جامعة سعد دحلب البليدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون العام

أطروحة دكتوراه

التخصص: حقوق

إستعمال الوسائل العلمية الحديثة في التحقيق الجنائي

وأثرها على حقوق المتهم

دراسة مقارنة

من طرف

فريد ناشف

أمام اللجنة المشكلة من

بن شيوخ الرشيد	أستاذ التعليم العالي	جامعة سعد دحلب البليدة	رئيسا
شربال عبد القادر	أستاذ التعليم العالي	جامعة سعد دحلب البليدة	مشرفا ومقررا
تاجر محمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة ملود معمري تيزي وزو	عضوا مناقشا
أبوبشير محند أمقران	أستاذ التعليم العالي	جامعة ملود معمري تيزي وزو	عضوا مناقشا
خليل عمرو	أستاذ محاضر "أ"	جامعة سعد دحلب البليدة	عضوا مناقشا
عمارة عبد الحميد	أستاذ محاضر "أ"	جامعة الجزائر	عضوا مناقشا

البليدة، نوفمبر 2013

شـــكر

أتقدم بالشكر الجزيل إلى المشرف على هذه الأطروحة الأستاذ الدكتور: " شربال عبد القادر"
على قبوله الإشراف على هذه الأطروحة، سداد رأيه ورشد نصحه، فجازاه الله عنا وسدد خطاه وبارك الله في علمه

كما أتقدم بالشكر والعرفان إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة مناقشة هذا العمل الذين خصصوا جزءا من وقتهم الثمين لمراجعة ومناقشة هذه الأطروحة وما قدموه من ملاحظات قيمة،

فبارك الله فيهم جميعا

ملخص

إن موضوع الأطروحة يدور حول مدى شرعية استعمال الوسائل العلمية الحديثة في التحقيق الجنائي سواء الأولى أمام الضبطية القضائية أو القضائي أثناء مرحلة التحقيق بشقيه الابتدائي والنهائي، وإلى أي مدى يؤثر ذلك على حقوق المتهم المكفولة في المواثيق الدولية والنصوص الداخلية الموضوعية والإجرائية.

وفي سبيل الوصول إلى إعطاء تحليل أدق لموضوع الأطروحة بما يتماشى مع الدراسات الحديثة التي تعتمد على إجراء المقارنات والمقاربات بين مختلف الأنظمة القانونية للوقوف على محاسن هذه الوسيلة وهذا النظام بما يتوافق مع الصكوك الدولية والنصوص الداخلية مما يمكن الدول إلى الإستلهام منها عمدت على اتباع المنهج التحليلي المقارن مع تقديم الملاحظات والانتقادات كلما لزم ذلك، لذا جاءت الدراسة مقسمة إلى بابين، باب نظري نقدم فيه المبادئ المستقرة في ضمان حماية حقوق وحريات الأفراد عند البحث عند الدليل وتقديمه، وباب تطبيقي يتمثل في إسقاط هذه الوسائل العلمية على التحقيقات الجنائية وإلى أي مدى تتعارض مع المبادئ المستقرة في الاتفاقيات الدولية والنصوص القانونية.

لقد تطرقت في الباب الأول إلى حدود المحقق الجنائي عند بحثه عن الدليل إذ تتمحور الدراسة والمناقشة في هذا الباب مع المبادئ الأساسية التي يجب الالتزام بها من طرف المحقق عند بحثه عن الدليل لذا قسمت هذا الباب إلى ثلاثة فصول، نتطرق في الفصل الأول إلى ماهية الدليل الجنائي ووظيفته الإثباتية، إذ قسمت هذا الفصل إلى مبحثين فتطرقت في المبحث الأول إلى إعطاء مفهوم للدليل الجنائي ورغم اختلاف التعاريف بشأنه، فقد خلصت إلى مجموعة عناصر مادية تقيم وتؤكد حدوث الواقعة الإجرامية مع التحقق من مختلف ظروفها ونسبتها إلى شخص مرتكبها، كما تطرقت إلى التمييز وإعطاء الفرق بين الدليل الجنائي ومختلف الوسائل الأخرى للتحقيق كالدلائل والآثار، والقرائن، كما بينت الصور المختلفة وكيفية استجلاؤه، وهي الدليل المادي الذي لا يمكن الوصول إليه إلا عن طريق المعاينة والتفتيش، والدليل القولي القائم إثباته على الشهادة والاعتراف والدليل الفني الذي يثبت بالخبرة والطب الشرعي، أما في المبحث الثاني فتطرقت إلى شروط الدليل الجنائي ووظيفته إذ توصلت إلى أن الدليل الجنائي حتى يكون له وزن في تحقق صفته الأساسية سواء من حيث إثبات واقعة الإجرامية بمختلف عناصرها وظروفها وإثبات المسؤولية عن الإسناد المادي والمعنوي لذا يشترط في هذا الدليل أن يكون ملائما ويقينيا ومشروعا.

أما الفصل الثاني فتطرقت فيه إلى أية حقيقة يريد الوصول إليها المحقق وهي بلا شك الحقيقة القضائية لذا تطرقت في المبحث الأول إلى ماهية الحقيقة القضائية، من حيث تعرفيها من كونها من الوجهة الإجرائية هي تلك النتيجة التي تم الوصول إليها بأتباع الإجراءات القانونية التي نص عنها المشرع لأجل إدراك الحقيقة ومن العناصر الموضوعية من كونها النموذج لكيفية وقوع الأحداث الإجرامية وطرق ارتكابها وكيفية وقوعها ولمن تسند نتيجتها، ودور المحقق في البحث عنها وما هي العوامل النفسية والجماعية التي تؤثر فيها ثم إدراكها، أما في المبحث الثاني فتطرقت إلى مفهوم الوصول إلى الحقيقة القضائية محللا ذلك في عنصرين أساسيين كل عنصر في مطلب إذ يتعلق أولهما بالنظم التشريعية المعروفة في النظم المقارنة لكشف الحقيقة القضائية وهذه النظم هي النظام الاتهامي من حيث تبيان مفهومه وخصائصه وتقيمه، وكذا نظام التنقيب والتحري من حيث مفهوم هذا النظام وخصائصه تقييمه، وكذا النظام المختلط السائد حاليا في مختلف التشريعات المقارنة خاصة اللاتينية منها فتطرقت إلى مفهوم هذا النظام وخصائصه وتقييمه، كما أنني لاحظت سيطرت مدارس الدفاع الاجتماعي حاليا لمحاولة إيجاد طريقة جديدة لمكافحة الجريمة وتقويم سلوك الجنائي وإعادة تأهيله لذا خصصت عنوانا خاصا بالنظام الاجتماعي من حيث فكرته وخصوصيته الإجرائية على أنني ختمت هذا المطلب بتحديد موقف النظام الإجرائي الجزائري في مختلف هذا الأنظمة الإجرائية، أما في المطلب الثاني فتطرقت إلى المذاهب الإثباتية للوصول إلى الحقيقة القضائية وذلك في أربع عناصر، إذ خصصت أولا لنظام الإثبات القانوني، والثاني الإثبات الحر، الثالث ألإثبات المختلط، كما أفردت عنصرا خاصا لنظام جديد بدأ يظهر في الممارسة القضائية وهو نظام الإثبات العلمي.

أما في الفصل الثالث فقد خصصته لدراسة الضمانات القانونية للمتهم عند البحث عن الدليل وتداوله، وذلك في مبحثين أولهما يخص الضمانات الموضوعية وذلك بدراسة ثلاثة أكبر ضمانات في ثلاثة مطالب متتالية، خصصت المطلب الأول إلى ضرورة احترام الحياة الخاصة مفصلا هذه الضمانة من حيث مفهوم وخصائص الحق في الحياة الخاصة، وطبيعتها والصور التي يظهر فيها هذا الحق والحماية التشريعية له، أما المطلب الثاني فخصصته إلى احترام الحق في السلامة الجسدية في ثلاثة عناصر مستقلة سواء من حيث ماهية الحق في السلامة الجسدية من حيث تعريفه هذا الحق وعناصره وطبيعته القانونية، كما تطرقت إلى المبادئ القانونية التي يقوم عليها الحق في السلامة الجسدية والحماية التشريعية لهذا الحق من الناحية الدولية والدستورية والجنائية، أما المطلب الثالث فأفردته إلى احترام الحق في الحرية الشخصية من حيث ماهية هذا الحق من حيث تعريفه وأساسه ومظاهره والحماية التشريعية له.

أما المبحث الثاني فخصصته إلى الضمانات الإجرائية للمتهم عند البحث عن الدليل، إذ تطرقت إلى ثلاثة ضمانات في ثلاث مطالب إذ خصصت المطلب الأول إلى حق المتهم الاعتصام بمبدأ افتراض

البراءة إذ حللت هذا الحق من حيث مفهومه وصفته القانونية وحمايته التشريعية واقتناع هذا المبدأ ودورها في إقامة الحكم القضائي، أما المطلب الثاني فخصصته إلى ضمان الأخطار الفوري للمتهم بالحقوق القانونية بمجرد توقيفه وهي حق المتهم بإحاطته وإعلامه بالتهمة المسندة إليه بمجرد توقيفه، وضمان حق المتهم بعدم اتهام الذات أي عدم إلزامه لتقديم دليل ضد نفسه أو يؤثر عنه وبالتالي له حق الصمت، واللجوء إلى الكذب، وعدم الشهادة ضد نفسه، وضمان حق المتهم في الاستعانة بمحام، كذا حق المتهم بطلب الكشف الطبي عليه بمجرد توقيفه، أما المطلب الثاني فخصصته إلى ضمان الإشراف القضائي على التحقيق إذ أن أي تحقيق قضائي لا بد أن يتم عن طريق سلطة القضاء وتحت رقابتها.

أما الباب الثاني فخصصته إلى التطبيق العملي تحت عنوان الوسائل العلمية الحديثة كآلية للبحث عن الدليل وذلك في ثلاثة فصول إذ تطرقت في الفصل الأول إلى استعمال الوسائل العلمية الحديثة للتعرف على شخصية المتهم وهذا في مبحثين يخص أولهما أخذ البصمات غير أنه نظرا لتطور علم البصمات فلم تعد حبيسة بصمة الإبهام أو الكف أو القدم، وإنما شمل عدة أنواع من البصمات، لذا قسمتها إلى البصمات الظاهرة وهي التي تظهر على الأسطح في مصرح الجريمة وهي بصمة الأصابع وبصمة راحة اليد والقدم، وبصمة صوان الأذن وبصمة الشفاه، أما البصمات غير الظاهرة والتي لا يمكن مشاهدتها وإنما البحث عنها عن طريق مختلف الوسائل العلمية وهي بصمة الرائحة وبصمة الصوت وبصمة المخ.

أما المبحث الثاني فخصصته إلى آلية أخرى تدخل في حكم البحث عن شخصية المتهم أو مقترف الجرم بل استجلاء الوصول إلى معرفة هذا المجهول وذلك عن طريق إجراء تحاليل الدم وغسيل المعدة وكذا لإجراء الشفرة الوراثية مبرزا جميع الإشكالات التي تطرحها هذه التقنية في الحياة العلمية.

أما الفصل الثاني فقد خصصته إلى استعمال الوسائل العلمية الحديثة عند السؤال والاستجواب وهي لا تخرج عن تلك الوسائل التي تبحث في أغوار النفس البشرية من خلال ملاحظة سلوك المتهم وإعطاء له قراءة قانونية وهذا في ثلاثة مباحث أولهما جهاز كشف الكذب من حيث مفهومه وتطوره وكيفية استخدامه في السؤال، أمام الضبطية والإستجواب مع تحديد قيمته القانونية، وموقف التشريع المقارن، أما المبحث الثاني فقد خصصته للتنويم المغناطيسي من حيث المفهوم العلمي لظاهرة التنويم المغناطيسي ومدى تطبيقها في الممارسة القضائية وماهية مصداقيتها كما أبرزت موقف التشريعات المقارنة وموقف القضاء المقارن عن هذه الآلية، أما المبحث الثالث فخصصته لحالة التحليل التخديري التي تعد آلية طبية تم استعمالها في ساحة القضاء لذا تطرقت إلى تعريفه وموقف الفقه من الأدلة الناتجة عن استعمال التنويم المغناطيسي وما هو موقف القضاء عند الممارسة العلمية لهذه الوسيلة عند سؤال المتهم وإستجوابه.

أما الفصل الثالث فقد خصصته إلى استعمال الوسائل العلمية والتقنية لمراقبة المشتبه فيه أو المتهم، ونظرا لأن المراقبة تتنوع من المراقبة السمعية والمراقبة البصرية، فقد تطرقت بالتحليل والتفصيل لهذين الحالتين، إذ خصصت المبحث الأول إلى المراقبة السمعية للمشتبه فيه أو المتهم إذ تطرقت في المطلب الأول إلى التقاط وتسجيل الحديث أثناء المحادثة الشخصية المباشرة وهذا بإعطاء المفهوم القانون للحديث الشخصي والحماية القانونية المقررة له، وما هي قوة الدليل المتحصل عليه وموقف القضاء في الممارسة القضائية لهذه الآلية القانونية، أما المطلب الثاني فخصصته إلى اعتراض الاتصالات والمكالمات الهاتفية من حيث ماهية هذه التقنية والقوة القانونية للدليل المتحصل عليه من هذه التقنية .

أما المبحث الثاني فخصصته إلى المراقبة الصوتية للمشتبه فيه أو المتهم إذ تعرضت في المطلب الأول إلى ماهي الصورة موضوع الحماية القانونية، وأشكال الاعتداء على الحق في الصورة، ومدى شرعية استعمال تقنية التقاط الصورة لإقامة الدليل وإصدار الأحكام القضائية على أساسها من حيث التنظيم التشريعي والتطبيق العملي، أما في المطلب الثاني فتطرقت إلى الإشكالات العلمية التي تطرحها تقنية اعتراض الاتصالات والتقاط الصور من حيث مدى مساسها بالمبادئ المستقرة لحماية حقوق الإنسان.

أما الخاتمة فجاءت على جزئين جزء خصصته النتائج المتوصل إليها والتي أبرزت من خلالها أن المشرع الجزائري لم يواكب التطور الحاصل في الآليات العلمية في البحث عن الدليل، كما أن الممارسة القضائية لم تتدخل بشكل جوهري لوضع ضوابط استعمال هذه الوسائل أما الجزء الثاني فخصصته إلى التوصيات أو الاقتراحات التي قدمتها وهذا لتعديل العديد من النصوص، بما يتماشى وما هو مستقر في المبادئ الثابتة في الاتفاقيات الدولية.

الفهـــرس

شكر

ملخص

الفهرس

مقدمة 20

1. حدود المحقق الجنائي عن بحثه عن الدليل 23

1.1. ماهية الدليل الجنائي ووظيفته الإثباتية 23

1.1.1. مفهوم الدليل الجنائي وتميزه 24

1.1.1.1. تعريف الدليل الجنائي وأهميته 24

1.1.1.1.1. تعريف الدليل 24

1.1.1.1.1.1. تعريف الدليل لغة 24

2.1.1.1.1.1. تعريف الدليل قانونا 25

2.1.1.1.1. أهمية الدليل الجنائي 25

2.1.1.1. تميز الدليل الجنائي عما يشابهه 26

1.2.1.1.1. التمييز بين الدليل والدلائل 26

1.1.2.1.1.1. تعريف الدلائل 27

2.1.2.1.1.1. موقف التشريع من الدلائل 28

3.1.2.1.1.1. دور الدلائل في الإثبات الجنائي 28

2.2.1.1.1. التمييز بين الدليل والأثر 29

1.2.2.1.1.1. تعريف الأثر المادي وأهميته 29

2.2.2.1.1.1. الأساس العلمي للأثر المادي 30

3.2.2.1.1.1. الفرق بين الأثر المادي والدليل المادي 31

3.2.1.1.1. التمييز بين الدليل والقرينة 31

1.3.2.1.1.1. تعريف القرينة 32

2.3.2.1.1.1. أنواع القرائن 33

3.3.2.1.1.1. الفرق بين القرينة والدليل والأثر 34
4.3.2.1.1.1. قوة القرائن في الإثبات الجنائي 34
3.1.1.1. صور الدليل الجنائي 37
1.3.1.1.1. الدليل المادي 37
1.1.3.1.1.1. المعاينة 37
2.1.3.1.1.1. التفتيش 40
2.3.1.1.1. الدليل القولي 44
1.2.3.1.1.1. الشهادة 44
2.2.3.1.1.1. الاعتراف 48
3.3.1.1.1. الدليل الفني 53
1.3.3.1.1.1. الخبرة الفنية 53
2.3.3.1.1.1. الطب الشرعي 54
2.1.1. شروط الدليل الجنائي ووظيفته الإثباتية 55
1.2.1.1. شروط الدليل الجنائي 55
1.1.2.1.1. كون الدليل الجنائي ملائما 56
1.1.1.2.1.1. العنصر العقلي 56
2.1.1.2.1.1. العنصر المادي 56
2.1.2.1.1. كون الدليل يقينيا 56
1.2.1.2.1.1. مفهوم يقينية الدليل الجنائي 57
2.2.1.2.1.1. عناصر اليقين في الدليل الجنائي 57
3.1.2.1.1. كون الدليل مشروعا 58
1.3.1.2.1.1. الاتجاه الأول: قاعدة قبول الدليل غير المشروع 58
2.3.1.2.1.1. الاتجاه الثاني: قاعدة استبعاد الأدلة غير المشروعة 61
3.3.1.2.1.1. الاتجاه الثالث: الجمع بين مبدأ الاستبعاد والقبول 67
2.2.1.1. الوظيفة الإثباتية للدليل الجنائي 68
1.2.2.1.1. الدليل وإثبات وقوع الجريمة 69
1.1.2.2.1.1. دور الدليل في إثبات الركن المادي للجريمة 69
2.1.2.2.1.1. دور الدليل في إثبات الركن المعنوي للجريمة 72

2.2.2.1.1. دور الدليل في إثبات وسائل دفع المسؤولية الجزائية 75
1.2.2.2.1.1. موقف الفقه من مسألة إثبات وسائل دفع المسؤولية الجزائية 75
2.2.2.2.1.1. موقف القضاء من مسألة إثبات الدفوع 76
2.1. الحقيقة التي يستهدفها المحقق الجنائي 77
1.2.1. ماهية الحقيقة القضائية 78
1.1.2.1. مفهوم الحقيقة القضائية وتمييزها 78
1.1.1.2.1. تعريف الحقيقة القضائية 79
1.1.1.1.2.1. التعرف اللغوي للحقيقة 79
2.1.1.1.2.1. تعريف الحقيقة القضائية إصطلاحا 79
2.1.1.2.1. تمييز الحقيقة القضائية عما يشابهها 80
1.2.1.1.2.1. التمييز بين الحقيقة القضائية والحقيقة التاريخية 80
2.2.1.1.2.1. التمييز بين الحقيقة القضائية والحقيقة العلمية 81
3.2.1.1.2.1. التمييز بين التقين والاقتناع والحقيقة القضائية 81
2.1.2.1. موضوع الحقيقة القضائية وطبيعتها 82
1.2.1.2.1. موضوع الحقيقة القضائية 82
1.1.2.1.2.1. الأشخاص بوصفهم موضوعا للحقيقة القضائية 82
2.1.2.1.2.1. الأشياء بوصفها موضوعا للحقيقة القضائية 85
2.2.1.2.1. طبيعة الحقيقة القضائية 86
1.2.2.1.2.1. الاتجاه القائل بأن الحقيقة القضائية لها صفة الإطلاق 86
2.2.2.1.2.1. الاتجاه القائل بأن الحقيقة القضائية لها صفة النسبية 87
3.2.2.1.2.1. الاتجاه القائل بأن الحقيقة القضائية تجمع بين حقيقة المعرفة وحقيقة التعبير عن هذه المعرفة 87
3.1.2.1. دور المحقق في البحث عن الحقيقة والعوامل المؤثرة فيه 88
1.3.1.2.1. دور المحقق في البحث عن الحقيقة 88
1.1.3.1.2.1. دور النيابة العامة في البحث عن الحقيقة 89
2.1.3.1.2.1. دور قاضي التحقيق في البحث عن الحقيقة 90
3.1.3.1.2.1. دور قاضي الحكم في البحث عن الحقيقة 91
2.3.1.2.1. العوامل المؤثرة على المحقق في إدراك الحقيقة 92

1.2.3.1.2.1. العوامل النفسية والعاطفية 93
2.2.3.1.2.1. التقييد التشريعي للمحقق في البحث عن الحقيقة 97
2.2.1. منهج الوصول إلى الحقيقة القضائية 102
1.2.2.1. النظم التشريعية الإجرائية لكشف الحقيقة القضائية 102
1.1.2.2.1. النظام الاتهامي 103
1.1.1.2.2.1. .فكرة النظام الاتهامي وتطوره 103
2.1.1.2.2.1. خصائص النظام الاتهامي 104
3.1.1.2.2.1. تقييم النظام الاتهامي 105
2.1.2.2.1. نظام التنقيب والتحري 106
1.2.1.2.2.1. فكرة نظام التنقيب والتحري وتطوره 106
2.2.1.2.2.1. خصائص نظام التنقيب والتحري 107
3.2.1.2.2.1. تقييم نظام التنقيب والتحري 108
3.1.2.2.1. النظام المختلط 109
1.3.1.2.2.1. فكرة النظام المختلط وأساسه 109
2.3.1.2.2.1. خصائص وسمات النظام المختلط 110
3.3.1.2.2.1. تقييم النظام المختلط 111
4.1.2.2.1. نظام الدفاع الاجتماعي 111
1.4.1.2.2.1. فكرة النظام الإجرائي للدفاع الاجتماعي وأساسه 111
2.4.1.2.2.1. الخصوصية الإجرائية لنظام الدفاع الاجتماعي 112
3.4.1.2.2.1. تقييم نظام الدفاع الاجتماعي 114
5.1.2.2.1. موقف النظام الإجرائي الجزائري 114
1.5.1.2.2.1. من حيث تحريك الدعوى العمومية 114
2.5.1.2.2.1. من حيث التحقيق الابتدائي 115
3.5.1.2.2.1. من حيث المحاكمة 116
2.2.2.1. المذاهب الإثباتية للوصول إلى الحقيقة القضائية 116
1.2.2.2.1. نظام الإثبات القانوني أو المقيد 117
1.1.2.2.2.1. نشأة نظام الإثبات القانوني أو المقيد وتطوره 117
2.1.2.2.2.1. خصائص نظام الإثبات القانوني المقيد 118

3.1.2.2.2.1. تقدير نظام الأدلة القانونية 119
2.2.2.2.1. نظام الإثبات الحر أو المعنوي 120
1.2.2.2.2.1. نشأة وتطور نظام الإثبات الحر أو المعنوي 120
2.2.2.2.2.1. خصائص نظام الإثبات الحر أو المعنوي 121
3.2.2.2.2.1. تقدير نظام الإثبات الحر أو المعنوي 122
3.2.2.2.1. نظام الإثبات المختلط 123
1.3.2.2.2.1. فكرة نظام الإثبات المختلط وأساسه 124
2.3.2.2.2.1. خصائص نظام الإثبات المختلط 125
3.3.2.2.2.1. تقدير نظام الإثبات المختلط 125
4.2.2.2.1. نظام الإثبات العلمي 126
1.4.2.2.2.1. نشأة تطور نظام الإثبات العلمي 126
2.4.2.2.2.1. المشاكل الفقهية التي تواجه نظام الإثبات العلمي 127
5.2.2.2.1. تقييم موقف المشرع الجزائري من نظم الإثبات 129
3.1. ضمانات المتهم عند البحث عن الدليل وتداوله 130
1.3.1. الضمانات الموضوعية للمتهم عند البحث عن الدليل 131
1.1.3.1. احترام الحق في الحياة الخاصة 131
1.1.1.3.1. ماهية الحق في الحياة الخاصة 132
1.1.1.1.3.1. تعريف الحق في الحياة الخاصة 132
2.1.1.1.3.1. خصائص الحق في الحياة الخاصة 135
2.1.1.3.1. الطبيعة القانونية للحق في الحياة الخاصة------ 138
1.2.1.1.3.1. التكييف القانوني للحق في الحياة الخاصة 138
2.2.1.1.3.1. النطاق الموضوعي للحق في الحياة الخاصة 141
3.1.1.3.1. صور الحق في الحياة الخاصة وحمايتها القانونية 143
1.3.1.1.3.1. صور الحق في الحياة الخاصة 143
2.3.1.1.3.1. الحماية التشريعية للحق في الحياة الخاصة 149
2.1.3.1. احترام الحق في السلامة الجسدية 154
1.2.1.3.1. ماهية الحق في السلامة الجسدية 154
1.1.2.1.3.1. تعريف الحق في السلامة الجسدية 154

2.1.2.1.3.1. عناصر الحق في سلامة الجسم 156
3.1.2.1.3.1. الطبيعة القانونية للحق في السلامة الجسدية 159
2.2.1.3.1. المبادئ القانونية الخاصة بحماية جسم الإنسان 161
1.2.2.1.3.1. مبدأ خروج جسم الإنسان من دائرة التعامل 161
2.2.2.1.3.1. مبدأ عدم جواز المساس بجسم الإنسان 162
3.2.1.3.1. الحماية التشريعية للحق في السلامة الجسدية 163
1.3.2.1.3.1. الحماية الدولية للحق في السلامة الجسدية 163
2.3.2.1.3.1. الحماية الدستورية للحق في السلامة الجسدية 164
3.3.2.1.3.1. الحماية الجنائية للحق في السلامة الجسدية 165
3.1.3.1. احترام الحق في الحرية الشخصية 166
1.3.1.3.1. ماهية الحرية الشخصية 167
1.1.3.1.3.1. تعريف الحرية 167
2.1.3.1.3.1. أساس الحرية الشخصية 168
3.1.3.1.3.1. مظاهر الحرية الشخصية 169
2.3.1.3.1. موقف التشريع الإجرائي من قاعدة حرية لإرادة 172
3.3.1.3.1. الحماية التشريعية للحرية الشخصية 174
1.3.3.1.3.1. الحماية الدولية للحق في الحرية الشخصية 174
2.3.3.1.3.1. الحماية الدستورية للحرية الشخصية 176
3.3.3.1.3.1. الحماية الجنائية للحرية الشخصية 177
2.3.1. الضمانات الإجرائية للمتهم عند البحث عن الدليل 178
1.2.3.1. حق المتهم الاعتصام بمبدأ افتراض البراءة 178
1.1.2.3.1. ماهية مبدأ افتراض البراءة 179
1.1.1.2.3.1. تعريف مبدأ أصل البراءة 179
2.1.1.2.3.1. تقييم مبدأ أصل افتراض البراءة 180
2.1.2.3.1. الطبيعة القانونية لمبدأ افتراض أصل البراءة 181
1.2.1.2.3.1. مبدأ البراءة قرينة قانونية بسيطة 181
2.2.1.2.3.1. مبدأ البراءة حيلة قانونية 182
3.2.1.2.3.1. مبدأ افتراض البراءة أصل وحق من حقوق الشخصية 182

3.1.2.3.1. نتائج مبدأ أصل البراءة 184
1.3.1.2.3.1. النتائج الرئيسية لمبدأ افتراض البراءة 184
2.3.1.2.3.1. النتائج القانونية لمبدأ افتراض البراءة 188
4.1.2.3.1. الحماية التشريعية لمبدأ افتراض البراءة 189
1.4.1.2.3.1. حماية مبدأ افتراض البراءة في الإعلانات والمواثيق الدولية 189
2.4.1.2.3.1. الحماية الدستورية لمبدأ افتراض البراءة 190
2.2.3.1. ضمان الإخطار الفوري بالحقوق عند الاستجواب 191
1.2.2.3.1. حق المتهم بأن يحاط علما بالتهمة المنسوبة إليه 192
1.1.2.2.3.1. مفهوم حق إحاطة المتهم بالتهمة المنسوبة إليه 192
2.1.2.2.3.1. الحماية التشريعية لحق المتهم بإعلامه بالتهمة المسندة إليه 193
3.1.2.2.3.1. نطاق حق المتهم بإعلامه بالتهمة المسندة إليه 194
2.2.2.3.1. ضمان الحق في عدم اتهام الذات 196
1.2.2.2.3.1. حق المتهم في الصمت 197
2.2.2.2.3.1. ضمان حق المتهم في الكذب 199
3.2.2.2.3.1. ضمان حق المتهم بعدم الشهادة ضد نفسه 201
3.2.2.3.1. ضمان حق المتهم في الاستعانة بمحام 202
1.3.2.2.3.1. المبادئ المترتبة على حق المتهم في الاستعانة بمحام 203
2.3.2.2.3.1. موقف التشريعات المقارنة والوطني من ضمان حق المتهم في الاستعانة بمحامي 206
4.2.2.3.1. ضمان توقيع الكشف الطبي على المشتبه فيه والمتهم 211
1.4.2.2.3.1. أساس شرعية ضمان توقيع الكشف الطبي 211
2.4.2.2.3.1. أهمية ضمان الكشف الطبي 213
3.2.3.1. ضمان الإشراف القضائي على التحقيق 214
1.3.2.3.1. مقومات الإشراف القضائي على التحقيق 214
1.1.3.2.3.1. حياد سلطة التحقيق 215
2.1.3.2.3.1. سرية التحقيق 219
3.1.3.2.3.1. تدوين التحقيق 220
2.3.2.3.1. صور الإشراف القضائي على التحقيق 222

1.2.3.2.3.1. الرقابة الذاتية 222
2.2.3.2.3.1. الرقابة القضائية عن طريق المتهم 229
2. الوسائل العلمية الحديثة كآلية للبحث عن الدليل 231
1.2. استعمال الوسائل العلمية الحديثة للتعرف على شخصية المتهم 232
1.1.2. أخذ البصمات 233
1.1.1.2. البصمات الظاهرة أو المرئية 233
1.1.1.1.2. بصمة الأصابع 234
1.1.1.1.1.2. تعريف بصمات الأصابع 234
2.1.1.1.1.2. تطور دليل بصمات الأصابع 235
3.1.1.1.1.2. أنواع بصمات الأصابع 237
4.1.1.1.1.2. الأساسي العلمي للبصمات 238
5.1.1.1.1.2. حجية بصمة الأصابع في الإثبات الجنائي 239
6.1.1.1.1.2. مدى أثر أخذ بصمات الأصابع على حقوق وحريات المتهم 242
2.1.1.1.2. بصمة القدم وراحة اليد 243
1.2.1.1.1.2. بصمة راحة اليد 243
2.2.1.1.1.2. بصمة القدم 246
3.1.1.1.2. بصمة صوان الأذن 248
1.3.1.1.1.2. كيفية اكتشاف طبعات بصمة الأذن 249
2.3.1.1.1.2. الأساس العلمي لبصمة الأذن 249
3.3.1.1.1.2. حجية بصمة الأذن في الإثبات الجنائي 250
4.3.1.1.1.2. مدى أثر أخذ بصمات الأذن على حقوق وحريات المتهم 252
4.1.1.1.2. بصمة الشفاه 252
1.4.1.1.1.2. ماهية بصمة الشفاه وأهميتها 252
2.4.1.1.1.2. مدى حجية بصمات الشفاه في التحقيق الجنائي 253
3.4.1.1.1.2. مدى أثر أخذ طبعات بصمات الشفاه على حقوق وحرية المتهم 254
2.1.1.2. البصمات غير المرئية 254
1.2.1.1.2. بصمة الرائحة 255
1.1.2.1.1.2. تعريف بصمة الرائحة 255

2.1.2.1.1.2. النظرية التي تقوم عليها بصمة الرائحة 255
3.1.2.1.1.2. حجية بصمة الرائحة في الإثبات الجنائي 256
4.1.2.1.1.2. أثر استعراف الكلاب البوليسية على حقوق المتهم وحريته الشخصية 259
2.2.1.1.2. بصمة الصوت 259
1.2.2.1.1.2. ماهية البصمة الصوتية 260
2.2.2.1.1.2. حجية البصمة الصوتية في الإثبات الجنائي 261
3.2.2.1.1.2. مدى أثر أخذ صوت المشتبه فيه أو المتهم لإجراء المضاهاة على حقوقه وحرياته 263
3.2.1.1.2. بصمة المخ 263
1.3.2.1.1.2. التعريف ببصمة المخ 263
2.3.2.1.1.2. حجية بصمة المخ في الإثبات الجنائي 264
2.1.2. أخذ العينات البيولوجية وإجراء التحاليل 265
1.2.1.2. إجراء التحاليل 265
1.1.2.1.2. إجراء تحاليل الدم 266
1.1.1.2.1.2. تعريف الدم وأهميته في التحقيق الجنائي 266
2.1.1.2.1.2. الطبيعة القانونية لإجراء تحاليل الدم 270
3.1.1.2.1.2. مدى شرعية إجراء تحاليل الدم للحصول على الدليل 271
2.1.2.1.2. إجراء غسيل المعدة 280
1.2.1.2.1.2. الطبيعة القانونية لإجراء غسيل المعدة 281
2.2.1.2.1.2. مدى شرعية إجراء غسيل المعدة للحصول على الدليل 281
2.2.1.2. الشفرة الوراثية 285
1.2.2.1.2. ماهية الشفرة الوراثية 286
1.1.2.2.1.2. تعريف الشفرة الوراثية 286
2.1.2.2.1.2. اكتشاف الشفرة الوراثية وأهميتها 288
3.1.2.2.1.2. خصائص الشفرة الوراثية 291
2.2.2.1.2. إشكاليات الإثبات بالشفرة الوراثية 291
1.2.2.2.1.2. مدى أثر استخدام الشفرة الوراثية على الحق في السلامة الجسدية 292
2.2.2.2.1.2. مدى أثر استخدام تقنية الشفرة الوراثية على الحق في الخصوصية الجينية 296

3.2.2.2.1.2. إشكالية استخدام الشفرة الوراثية في الممارسة القضائية 297
3.2.2.1.2. موقف القضاء المقارن والوطني من الإثبات بالشفرة الوراثية 300
2.2. استعمال الوسائل العلمية الحديثة عند السؤال والاستجواب 301
1.2.2. جهاز كشف الكذب 302
1.1.2.2. ماهية جهاز كشف الكذب 303
1.1.1.2.2. البعد التاريخي لجهاز كشف الكذب 303
2.1.1.2.2. البعد المفاهمي لجهاز كشف الكذب 305
1.2.1.1.2.2. التعريف بجهاز كشف الكذب 305
2.2.1.1.2.2. كيفية استخدام جهاز كشف الكذب في الاستجواب 307
3.2.1.1.2.2. القيمة العلمية للجهاز والعوامل المؤثر في نتائجه 310
2.1.2.2. القيمة القانونية لنتائج جهاز كشف الكذب 312
1.2.1.2.2. موقف الفقه 312
1.1.2.1.2.2. الاتجاه المؤيد لاستعمال جهاز كشف الكذب 312
2.1.2.1.2.2. الاتجاه المعارض لاستعمال جهاز كشف الكذب 314
2.2.1.2.2. موقف التشريع المقارن 316
3.2.1.2.2. موقف القضاء 318
1.3.2.1.2.2. اتجاه القضاء الأنجلوسكسوني 318
2.3.2.1.2.2. اتجاه القضاء اللاتيني 320
3.3.2.1.2.2. موقف القضاء العربي 321
2.2.2. التنويم المغناطيسي 322
1.2.2.2. ماهية التنويم المغناطيسي 322
1.1.2.2.2. البعد التاريخي للتنويم المغناطيسي 322
2.1.2.2.2. البعد المفاهمي للتنويم المغناطيسي 324
1.2.1.2.2.2. التعريف بالتنويم المغناطيسي 325
2.2.1.2.2.2. المصداقية العلمية لنتائج التنويم المغناطيسي 329
2.2.2.2. القيمة القانونية للدليل المتحصل عن طريق التنويم المغناطيسي 330
1.2.2.2.2. موقف الفقه 330
1.1.2.2.2.2. الاتجاه المعارض لاستخدام التنويم المغناطيسي 330

2.1.2.2.2.2. الاتجاه المؤيد لاستخدام التنويم المغناطيسي 332
2.2.2.2.2. موقف التشريع 333
1.2.2.2.2.2. موقف التشريع الأنجلوسكسوني 333
2.2.2.2.2.2. موقف التشريعات ذات الأصول اللاتينية 334
3.2.2.2.2.2. موقف التشريعات العربية 335
3.2.2.2.2. موقف القضاء 337
1.3.2.2.2.2. موقف القضاء الأنجلوسكسوني 337
2.3.2.2.2.2. موقف القضاء اللاتيني 339
3.3.2.2.2.2. موقف القضاء العربي 340
3.2.2. التحليل التخديري 340
1.3.2.2. ماهية التحليل التخديري 341
1.1.3.2.2. البعد التاريخي لاستعمال التحليل التخديري 341
2.1.3.2.2. البعد المفاهيمي للتحليل التخديري 343
1.2.1.3.2.2. التعريف بالتحليل التخديري 343
2.2.1.3.2.2. المصداقية العلمية لنتائج التحليل التخديري 347
2.3.2.2. القيمة القانونية للنتائج المترتبة على التحليل التخديري 348
1.2.3.2.2. موقف الفقه 349
1.1.2.3.2.2. الرأي المعارض لاستخدام التحليل التخديري في التحقيق 349
2.1.2.3.2.2. الرأي المؤيد لاستخدام التحليل التخديري في التحقيق 351
3.1.2.3.2.2. الرأي الوسط لاستخدام التحليل التخديري في بعض الحالات فقط 352
2.2.3.2.2. موقف المشرع 353
3.2.3.2.2. موقف القضاء 354
1.3.2.3.2.2. موقف القضاء الأنجلو سكسوني 354
2.3.2.3.2.2. موقف القضاء اللاتيني 356
3.3.2.3.2.2. موقف القضاء العربي 358
3.2. استعمال الوسائل العلمية والتقنية لمراقبة المشتبه فيه والمتهم 359
1.3.2. المراقبة السمعية للمشتبه فيه أو المتهم 359
1.1.3.2. إلتقاط وتسجيل المحادثات الشخصية المباشرة 360

2.3.1.1.1.3.2. ماهية الحديث الشخصي موضوع التسجيل 361

2.3.1.1.1.1.3.2. مفهوم الحديث الشخصي 361

2.3.1.1.1.2.3.2. الطبيعة القانونية لتسجيل الحديث الشخصي 361

2.3.1.1.1.3.3.2. صور استخدام جهاز التسجيل 363

2.3.1.1.3.2. شروط حماية المحادثات الشخصية 365

2.3.1.1.1.2.3.2. خصوصية الحديث الشخصي 365

2.3.1.1.2.2.3.2. شكل الاعتداء 367

2.3.1.1.3.3.2. مدى شرعية تسجيل الأحاديث الشخصية للحصول على الدليل 368

2.3.1.1.1.3.3.2. التنظيم القانوني لتسجيل الأحاديث الشخصية الخاصة 368

2.3.1.1.2.3.3.2. حجية الدليل المتحصل عليه عن طريق التسجيل 372

2.3.1.2.1.3.2. اعتراض الاتصالات والمكالمات الهاتفية وتسجيلها 379

2.3.1.2.1.1.3.2. ماهية اعتراض وتسجيل الاتصالات والمكالمات الهاتفية 380

2.3.1.2.1.1.2.1.3.2. مفهوم اعتراض وتسجيل الاتصالات والمكالمات الهاتفية 380

2.3.1.2.1.2.2.1.3.2. الطبيعة القانونية لاعتراض الاتصالات والمكالمات الهاتفية 381

2.3.1.2.1.3.2.1.3.2. صور اعتراض الاتصالات 382

2.3.1.2.2.1.3.2. مدى شرعية اعتراض الاتصالات والمكالمات الهاتفية للحصول على الدليل 386

2.3.1.2.2.1.2.2.1.3.2. التنظيم القانوني لاعتراض الاتصالات وتسجيلها 386

2.3.1.2.2.2.3.2. حجية الدليل المتحصل عليه عن طريق اعتراض وتسجيل الاتصالات 399

2.3.2.3.2. المراقبة البصرية للمشتبه فيه أو المتهم 406

2.3.2.1.2.3.2. استخدام أجهزة التصوير للحصول على الدليل 407

2.3.2.1.1.2.3.2. ماهية الحق في الصورة 407

2.3.2.1.1.1.2.3.2. تعريف الصورة وحق حمايتها 407

2.3.2.1.1.2.2.3.2. الطبيعة القانونية للحق في الصورة 410

2.3.2.1.1.3.2.3.2. أشكال الاعتداء على الحق في الصورة 411

2.3.2.1.1.4.2.3.2. صور استخدام أجهزة التصوير والمراقبة 412

2.3.2.1.2.2.3.2. مدى شرعية استخدام التصوير في المكان الخاص للحصول على الدليل 414

2.3.2.1.2.1.1.2.3.2. التنظيم التشريعي للمراقبة البصرية بالوسائل العلمية 415

2.3.2.1.2.2.1.2.3.2. مدى حجية الدليل المتحصل عليه عن طريق التصوير الخفي 417

2.2.3.2. الإشكاليات التي يطرحها استعمال الوسائل السمعية والبصرية عند البحث عن الدليل 422
1.2.2.3.2. الإشكالات الناتجة عن التنصت الهاتفي وتسجيل الأحاديث 423
1.1.2.2.3.2. مدى الفاعلية التقنية لأجهزة التنصت والتسجيل لقبول الدليل 423
2.1.2.2.3.2. القيمة القانونية للاعتراف الناتج عن تسجيل غير مشروع 424
3.1.2.2.3.2. مدى رضا صاحب الشأن على التسجيل الباطل 425
2.2.2.3.2. الإشكالات الناتجة عن استخدام آلات التصوير وكاميرات الفيديو 425
1.2.2.2.3.2. مدى شرعية دخول الأمكنة الخاصة خفية لتركيب آلات التصوير وأجهزة الفيديو بحثا عن الدليل الجنائي 426
2.2.2.2.3.2. مدى اعتبار التصوير عن طريق الأشعة تحت الحمراء انتهاكا لحرمة المنزل 427
3.2.2.2.3.2. مدى شرعية الدليل المقدم عبر الصورة أو شريط الفيديو من طرف الأشخاص العاديين 427
الخاتمة 429
قائمة المراجع 434

مقدمة

الجريمة ظاهرة اجتماعية عاصرت البشرية منذ وجودها، كما سارت معها أنظمة وإجراءات مكافحتها والبحث عن مرتكبيها جنبا إلى جنب على اعتبار أنه بمجرد وقوعها ينشأ حق المجتمع في ملاحقة الجاني وعقابه وما يقتضيه ذلك من تخويل القائمين على أمر الملاحقة الجزائية سلطة اتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لتمكينهم من أداء مهامهم في الكشف عن الحقيقة باعتبارها هدف التحقيق ومعاقبة الجاني باعتباره هدف المجتمع.

وبما أن التحقيق الجنائي يستلزم القيام ببعض الإجراءات لجمع الأدلة سواء المادية عن طريق المعاينة والتفتيش أو القولية عن طريق الاستجواب وسماع الشهود أو التقنية عن طريق ندب الخبراء، مما يجعل حقوق وحريات الشخص الخاضع للإجراء سواء كان مشتبها فيه أو متهما عرضة للانتهاك في حالة إساءة استعمال هذه السلطات من قبل القائمين على أمر الدعوى العمومية، مما أدى بالهيئات الدولية والإقليمية والتشريعات المقارنة إلى التدخل لوضع قواعد قانونية ترسم بموجبها الحدود التي يتعين على المحققين والقضاة الالتزام بها والوقوف عندها عند البحث عن الدليل وتداوله أمام القضاء بما يحقق التوازن بين غاية العدالة في الوصول إلى الحقيقة وحماية حقوق وحريات المتهم.

وإذا كانت التكنولوجيا الحديثة قد إمتدت إلى جميع مناحي الحياة لما تحققه من إشباع لحاجات المجتمع في أقرب وقت وبأقل كلفة وجهد، أغرت حتى أجهزة العدالة الجنائية سواء عند مباشرة إجراءات منع وقوع الجريمة بكشف خطرها والاحتياط منه قبل تحوله إلى ضرر بالمجتمع، أو عند إجراء التحقيق بشأنها لكشف حقيقة مقترفيها وتقديمهم إلى القضاء الأمر الذي أدى بالقائمين على إجراءات المتابعة الجزائية إلى الاستعانة بما حققته تطورات مختلف العلوم التطبيقية قصد الاستفادة منها في التحقيق الجنائي، مما أصبحت معه الحياة الخاصة للأفراد من المكاشفة بمكان أفرغها من محتواها وهدد بزوال الحماية المقررة لها، وقيدت حرية الأفراد ليس جسديا فقط بل برسم كيفية تصرفهم وسيرهم ومعاملاتهم مما أفقد الحرية عفويتها التي أنشئ لأجلها هذا الحق، وأثرت على السلامة الجسدية والنفسية للأفراد مما جعلها مهددة بإخضاعها لدائرة التعامل بها الذي يفقدها قدسيتها باعتبارها أساس وجود كل تشريع.

ومن هذا المنطلق هناك عدة أسباب دفعتني لاختيار موضوع هذا البحث الموسوم "استعمال الوسائل العلمية الحديثة في التحقيق الجنائي وأثرها على حقوق المتهم ".

أولها أن مرحلة التحقيق الأولي أو التمهيدي والتحقيق الابتدائي هما من أكثر مراحل الدعوى العمومية التي تمس وتنتهك فيها حقوق وحريات الأفراد مما يؤدي في العديد من الحالات الخروج على مبدأ قرينة البراءة التي يعتصم بها المشتبه فيه و المتهم منذ اللحظة الأولى لمباشرة إجراءات الملاحقة الجزائية.

وثانيها سيطرة الفكر العلمي والتأثر التكنولوجي على القائمين على البحث عن الحقيقة القضائية واقترابها وفي بعض الحالات تداخلها مع الحقيقة العلمية مما دفع بالقاضي في العديد من الحالات إلى التنازل على حقه في الفصل في القضايا لصالح الخبير مما أفقد قاعدة الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي أهميتها في الفصل في القضايا وقدسيتها في الممارسة القضائية.

وثالثها إغفال العديد من التشريعات المقارنة وخاصة تشريعنا الوطني وضع نصوص خاصة باستعمال الوسائل العلمية الحديثة في التحقيق الجنائي سواء بالحضر أو القبول والتنظيم، وترك مدى شرعية استعمالها للقواعد العامة التي تعطى لقاضي التحقيق استعمال كل الطرق التي يراها ضرورية لإدراك الحقيقة، مما أدى إلى تضارب وتناقض الأحكام والقرارات القضائية التي تستخدم فيها الوسائل العلمية الحديثة للبحث عن الدليل وتداوله حسب توجه كل قاضي بما جبل عليه من تنشئة دينية واجتماعية وما تأثر به ثقافة وفكرا.

وفي الأخير الوصول إلى اقتراح منهج يتضمن ما يجب أن يكون عليه الحال عند استعمال الوسائل العلمية الحديثة في التحقيق الجنائي بما لا يتعارض مع المبادئ المستقرة في الوجدان البشري وحملتها الاتفاقيات الدولية والإقليمية وسطرتها الدساتير الداخلية وطبقتها التشريعات الإجرائية دون المساس بحقوق المجتمع في الوصول إلى الحقيقة وملاحقة الجناة بما يحقق العدالة في الضمير الجماعي والإحساس بالأمن في الشعور الفردي.

وعلى هذا الأساس فإن إشكالية الرسالة تدور حول تأثير استعمال الوسائل العلمية الحديثة في التحقيق الجنائي للبحث عن الحقيقة على حقوق وحريات المشتبه فيه أو المتهم؟ وما هي القيمة القانونية للأدلة المتحصل عليها عن طريق استخدام الوسائل العلمية الحديثة؟ وهل يجوز تغليب مصلحة المجتمع في الوصول إلى الحقيقة القضائية ومعاقبة الجناة ولو بانتهاك طفيف لحقوق وحريات الأفراد؟

للإجابة على هذه الإشكالية والخروج بموقف المشرع الجزائري من المسائل موضوع البحث أو ما يجب أن يكون عليه تشريعنا وقضاؤنا الوطني يجدر بنا الإشارة منذ البداية أن الدراسة الحالية ستنصب على مرحلة التحقيق بمفهومه الواسع الشامل للتحقيق الأولي أو البحث التمهيدي الذي تقوم به الضبطية القضائية والتحقيق الابتدائي الذي يقوم به قاضي التحقيق.

كما أننا اعتمدنا في تحليل هذا الموضوع على الدراسة المقارنة التحليلية بين النظامين القضائيين الأنجلو سكسوني ممثلا في التشريع والقضاء الأمريكي والإنجليزي وأحيانا الإشارة إلى التشريع الكندي

والنظام اللاتيني ممثلا في التشريع والقضاء الفرنسي والألماني والإيطالي مع إبراز موقف التشريعات العربية ممثلا في التشريع والقضاء المصري مع الإشارة إلى موقف بعض الدول العربية الأخرى وهذا حتى نصل إلى تحديد مواطن القوة والضعف في التشريعات المقارنة للعديد من المسائل موضوع الإشكالية المطروحة أعلاه بما يعود بالفائدة الكثيرة في كيفية الاستفادة منها في تشريعنا الوطني بما يحقق التوازن بين غاية العدالة في الوصول إلى الحقيقة وحماية حقوق وحريات الأفراد.

وقد قسمنا البحث إلى بابين، باب نظري يتعلق بالمفاهيم الكبرى للدليل موضوع البحث والحقيقة التي يريد الوصول إليها وتقديمها عن طريق الدليل والضمانات المقررة للمتهم عند البحث عن الدليل وتداوله وباب تطبيقي عملي يتعلق في كيفية وضع هذه الوسائل العلمية الحديثة في الممارسة القضائية عند إجراء التحقيق سواء عند البحث عن الدليل المادي أو القولي أو التقني إذ نتطرق في الباب الأول إلى حدود المحقق الجنائي عند البحث عن الدليل وذلك في ثلاثة فصول نخصص الفصل الأول إلى ماهية الدليل الجنائي ووظيفته الاثباتية ونتطرق في الفصل الثاني إلى الحقيقة التي يستهدفها المحقق الجنائي على أن نعرج في الفصل الثالث إلى ضمانات المتهم عند البحث عن الدليل وتداوله.

أما الباب الثاني فنتطرق فيه إلى الوسائل العلمية الحديثة كآلية للبحث عن الدليل وذلك في ثلاثة فصول نتطرق في الفصل الأول إلى استعمال الوسائل العلمية الحديثة للتعرف على شخصية المتهم، ثم نخصص الفصل الثاني إلى استعمال الوسائل العلمية الحديثة عند السؤال والاستجواب على أن نتطرق في الفصل الثالث إلى استعمال الوسائل العلمية والتقنية لمراقبة المشتبه فيه والمتهم.

على أن نختم هذا الموضوع بالنتائج المتوصل إليها من خلال هذه الدراسة والاقتراحات والتوصيات التي نراها ضرورية للأخذ بها في تعديل بعض النصوص القانونية أو ضبط اتجاه الممارسة القضائية بما يتماشى مع المبادئ العامة والكلية المستقرة لدى الأنظمة القضائية السابقة ذات نفس الاتجاه بالنسبة للمسائل موضوع البحث.

فصل 1
حدود المحقق الجنائي عند البحث عن الدليل

إن غاية التحقيق الجنائي هي البحث عن الحقيقة التي تبنى على أساس الأدلة ويحملها الحكم الجنائي باعتباره عنونا للحقيقة القضائية، غير أن هذه الأخيرة التي تعتبر غاية الدعوى العمومية لا تظهر إلا بعد بحث مضني وشاق يختم به المحقق الجنائي تحقيقه مؤسسا إياه على مجموعة أدلة كافية ومقنعة.

إذا كان البحث عن الحقيقة هو غاية وهدف المحقق فلا بد من استعمال واستخدام الوسائل المشروعة للوصول إليها دون الاعتداء على الحقوق والحريات الأساسية للفرد، التي تعتبر أكبر ضمانة لمشروعية الدليل المتحصل عليه الذي يقام على أساسه الحكم الجنائي سواء القاضي بالإدانة أو البراءة.

وعلى هذا الأساس نحاول في هذا الباب التطرق إلى حدود المحقق الجنائي في بحثه عن الدليل في ثلاثة فصول، إذ استهلينا الفصل الأول بالتطرق إلى ماهية الدليل الجنائي ووظيفته الإثباتية وخصصنا الفصل الثاني إلى معرفة الحقيقة التي يستهدفها المحقق الجنائي على أن نخصص الفصل الثالث لضمانات المتهم عند البحث عن الدليل وتداوله وذلك على النحو التالي:

1.1. ماهية الدليل الجنائي ووظيفته الإثباتية

إن الدليل الجنائي هو الوسيلة التي يستعين بها المحقق الجنائي منذ المرحلة الأولى لتحريك الدعوى العمومية لكشف الحقيقة التي تؤدي إلى إقناع القاضي في إصداره لحكمه الجنائي الذي ينهي به الخصومة الجنائية.

غير أنه رغم هذه الأهمية للدليل الجنائي فقد اختلف تعريفه بين اللغويين والقانونيين إذ أنه إذا كان يتسع لدى الأولين لعدة معان أخرى فإنه عند الآخرين يختصر معناه في مفهوم ضيق، بما يحقق وظيفة أساسية وهو إثبات الوقائع محل المسألة المطروحة أمام القضاء.

لذا سنحاول دراسة مفهوم الدليل الجنائي وأهميته وصوره المختلفة وشروط صحته ومدى أثره ووظيفته في الإثبات وذلك في مبحثين اثنين، إذ نتطرق في المبحث الأول إلى مفهوم الدليل الجنائي وتميزه وصوره المختلفة، على أن نخصص المبحث الثاني لشروط الدليل الجنائي ووظيفته في الإثبات وذلك على النحو التالي:

1.1.1. مفهوم الدليل الجنائي وتميزه

لقد أعطى الفقه مفهوما للدليل الجنائي من الدقة بمكان تجعله يتميز عن غيره بخاصية ينفرد بها الأمر الذي يؤدي بنا إلى ضرورة التطرق إلى تعريف الدليل الجنائي لغة واصطلاحا وهذا حتى يمكن رسم حدوده التي تميزه عن غيره من وسائل الإثبات الأخرى وتحديد صوره المختلفة التي تبين كيفية الوصول إليه.

لهذا نحاول في هذا المبحث التطرق إلى مفهوم الدليل الجنائي في ثلاثة مطالب، نتطرق في المطلب الأول إلى تعريف الدليل الجنائي وأهميته، ثم في المطلب الثاني تميز الدليل الجنائي عما يشابهه، على أن نخصص المطلب الثالث إلى صور الدليل الجنائي.

1.1.1.1. تعريف الدليل الجنائي وأهميته

إن للدليل معنى في اللغة يختلف عما هو مستقر عليه في القانون وفي المفهوم الاصطلاحي، فإذا كان معنى الدليل لغة جاء بصورة عامة وشاملة، جعلت التمييز بين الدليل والإثبات ووسائل الوصول إليه مرتبطة ومتشابهة فإنه في الاصطلاح القانوني للدليل الجنائي معنى دقيق يمنع من تداخل معاني أخرى إلى جانبه، مما أكسبه أهمية بالغة باعتبار أن الدليل أساس الحق وروح الحقيقة القضائية التي تعد هدف الدعوى العمومية لذا نتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الدليل في الفرع الأول وأهميته في الفرع الثاني.

1.1.1.1.1. تعريف الدليل

إن للدليل معنى في اللغة واسع وشامل يكاد يتداخل مع معاني ومصطلحات كثيرة أخرى كالإثبات والقرينة والأثر، الأمر الذي أدى بالبعض إلى التصريح بعدم وجود اختلاف في المعنى بينهم عكس ماهو مستقر في القانون والاصطلاح وهذا ما نبرزه تبعا إذ نتطرق أولا إلى التعريف اللغوي للدليل وثانيا إلى التعريف القانوني للدليل.

1.1.1.1.1.1. تعريف الدليل لغة

يعرف الدليل في اللغة أنه المرشد وهو يستدل به، والدليل الدال أيضا، وقد دله على الطريق بضم الدال ويفتح الدال وكسرها ودلوله بالضم والفتح، ويقال أدل أصل الاسم الدالة بتشدد اللام، فلان يدل بفلان أي يثق به، والدال قريب من الهدى، وهما من السكينة والوقار في الهيئة المنظر والشمائل[85] ص 7.

كما جاء تعريف الدليل في كتاب لسان العرب، على أنه "البينة والإثبات" في اللغة تأكيد الحق بالبينة، ولفظ الدليل مشتق من مصدره وهو الإثبات، وهو ثبت والجمع إثبات كسبب وأسباب، ولفظه تثبت وتطلق مجازا على من كان حجة أي ثقة في روايته فيقال فلان ثبت من الإثبات أي ثقة من الثقات[94] ص 296، وجاء ذكر الدليل في القرآن الكريم بهذا المعنى اللغوي في قوله تعالى:(ثُمَّ جَعَلْنَا الشَّمْسَ عَلَيْهِ دَلِيلًا)[1].

ويلاحظ أن تعريف الدليل في اللغة واسع وأشمل فإذا كان شاملا فهو بذلك غير مانع من تداخل معاني أخرى معه مما جعله مرادفا لمعنى الإثبات والقرينة إذ لا تميز بين المعنيين، الأمر الذي يختلف في تعريفه القانوني والاصطلاحي.

2.1.1.1.1.1. تعريف الدليل قانونا

لقد اختلفت كلمة فقهاء القانون الجنائي في تعريف الدليل الجنائي وتباينت نظرتهم له بحسب اتجاهاتهم الفكرية والفلسفية إذ عرفه البعض بأنه "الوسيلة المبحوث عنها في التحقيقات بغرض إثبات صحة واقعة الجريمة أو ظرف من ظروفها المادية أو الشخصية"[32] ص 238.

كما عرفه البعض الآخر بأنه الوسيلة التي يستعين بها القاضي للوصول إلى الحقيقة التي ينشدها، بمعنى أن الدليل يكون وسيلة إقناع القاضي للوصول إلى الحقيقة حتى يتسنى له إصدار حكم في القضية وهو ما ينبغي الوصول إليه[71] ص 64.

كما عُرف الدليل بأنه:« البرهان القائم على العقل والمنطق في إطار من الشرعية الإجرائية لإثبات صحة افتراض أو لرفع درجة اليقين الإقناعي أو حفظها في واقعة محل خلاف»[39] ص 19.

كما عرفه البعض الآخر بأنه:«كل واقعة مادية أو معنوية تؤدي إلى إثبات وقوع الجريمة أو تحديد شخصية مرتكبها أو إثبات ارتكابه لها سواء تم ذلك مباشرة أو عن طريق غير مباشر»[79] ص 185.

2.1.1.1.1. أهمية الدليل الجنائي

المستقر في الفقه الجنائي أن الدليل يعتبر بالنسبة للحق بمثابة الروح بالنسبة للجسد فهو أساس وجوده ولا وجود للحق المطالب به ما لم يكن معززا بالدليل الذي يسنده ويحميه.

ونظرا لأهمية الدليل الجنائي باعتباره أساس الحكم القضائي فقد أولت الأنظمة القانونية المعاصرة أهمية بالغة للأدلة الجنائية وكيفية الوصول إليها عن طريق تبيان أحسن الطرق لتحقيق هذه الأدلة واستنباطها وطرق ضبطها وبيان مراقبة قوتها وحدودها. ورسمت للقضاء طرق جمع الأدلة وكيفية الأخذ بها باعتبارها السبيل الوحيد لإنهاء الخصومة الجنائية بحكم قضائي مبني على مجموعة

أدلة متساندة و مستساغة في العقل والمنطق تمثل الحقيقة القضائية التي انتهى إليها الحكم وتتطابق في الأغلب الأعم مع الحقيقة الواقعية المنشودة.

كما أصبح للدليل الجنائي أهمية بالغة في نطاق السياسية الجنائية بحيث أن تقدير العقوبة المناسبة التي تتلاءم مع شخصية المتهم لا تقوم على مجرد وجود دليل كاف وقائم لإدانة ومعاقبة المتهم، بل أنه من خلال الدليل يمكن التوصل لمعرفة ظروف ارتكاب الجريمة والحالة النفسية التي كان عليها المتهم وقت ارتكابها ومدى خطورته الإجرامية، مما أصبح للدليل أن يحقق الأمرين معا، التقدير القانوني للجريمة من حيث ارتكابها ونسبتها للمتهم من أجل تطبيق العقوبة الواجبة طبقا للقانون، وكذلك التقدير الاجتماعي للمتهم من حيث ظروفه الاجتماعية ومدى خطورته الإجرامية وهي الوسيلة العقابية لإعادة تأهيله لاختيار العقوبة واجبة التطبيق.

وإذا كان الهدف الرئيسي من الخصومة الجنائية هو الكشف عن الحقيقة القضائية باعتبارها هدف التحقيق فإن القاضي لا يكتفي بما بقدمه الخصوم من أدلة – النيابة والطرف المدني والمتهم _ بل يسعى هو نفسه للبحث عن هذه الحقيقة والتي لا سبيل لبلوغها إلا عن طريق الدليل الجنائي الذي يؤدي إلى كشف الحقيقة بطريقة يطمئن لها القاضي نتيجة اقتناعه بهذا الدليل، ويحقق الشعور بالعدالة لدى عامة الناس.

2.1.1.1. تميز الدليل الجنائي عما يشابهه

حتى يمكن لنا تبيان الدليل المطلوب تقديره قضائيا بوجه عام والدليل الجنائي بوجه خاص باعتباره السبيل الوحيد للوصول إلى الحقيقة القضائية والأساس الذي يبنى عليه القاضي قناعته في إصدار حكمه، يستلزم علينا التطرق إلى بيان الفوارق الجوهرية التي تميزه عن وسائل أخرى يلجأ إليها القاضي في البحث عن الحقيقة كالدلائل والآثار والقرائن.

لذا نتطرق في هذا المطلب إلى تمييز الدليل عن الدلائل في الفرع الأول ثم إلى التمييز بين الدليل والأثر في الفرع الثاني على أن نخصص الفرع الثالث إلى التمييز بين الدليل والقرينة.

1.2.1.1.1. التمييز بين الدليل والدلائل

إن الاستنتاج الذي ينجم عن الدليل هو الذي يتم عن طريق تحقيق قضائي نهائي يقطع على وجه الجزم واليقين بثبوت الواقعة الإجرامية ونسبتها إلى المتهم، أما الدلائل فلا يكون فيها الاستنتاج على وجه اليقين وإنما على سبيل الاحتمال، وتقبل الواقعة الواحدة أكثر من تفسير وهي لا ترقى إلى مرتبة الدليل ولا تصلح وحدها للإدانة وإن كانت مبررة للاتهام وكافية للإحالة أمام المحكمة[63] ص 148.

ونظرا لاختلاف الوسيلتين الدليل والدلائل سواء من حيث مصدرها وقوة كل واحدة منها في الإثبات يستدعي منا البحث التطرق أولا إلى تعريف الدلائل وأنواعها وثانيا موقف التشريع منها وثالثا دورها في الإثبات وهذا حتى يمكن لنا إقامة التمييز بين الدلائل والدليل وذلك على النحو التالي:

1.1.2.1.1.1. تعريف الدلائل

لم يتطرق المشرع الجزائري أسوة بمختلف التشريعات المقارنة الأخرى إلى تعريف الدلائل تاركا ذلك لمهمة الفقه، حيث عرفها البعض بأنها "علامات معينة تستند إلى العقل، وتبدأ من ظروف ووقائع يستنتج منها الفعل، وتعرض للوهلة الأولى بأن جريمة ما قد وقعت وإن شخصا معينا هو مرتكبها ومن ثمة هي مجرد قرائن لا تصح وحدها سببا للإدانة، أو هي القدر الضئيل المنشئ على احتمال معقول تؤيده الظروف التي تكفي للاعتقاد بارتكاب جريمة، ولكنها تبرر اتخاذ بعض الإجراءات الماسة بالحرية الفردية ضمانا لحسن سير العدالة"[55] ص 32. وعرفها البعض بأنها «وقائع مادية وأمارات خارجية أو سيكولوجية يستدل منها على قبول شبهة لقيام الإتهام عن واقعة مخالفة للقانون»[94] ص 306.

كما عرف البعض الآخر الدلائل بأنها:«الاستنتاج العقلي الذي يمارسه القاضي لإيجاد صلة بين واقعتين بهدف التوصل إلى معرفة حكم تلك الواقعة المجهولة من خلال الواقعة المعلومة أو الثانية بالنسبة له إلا أن تلك الصلة ليست قوية ولا حتمية دائما تحتمل صورا شتى من التأويل والاحتمال»[94] ص 306. كما عرفها آخرون بأنها:« العلامات المستقاة من ظاهر الحال دون التعمق في تمحيصها»[66] ص 469.

كما عرف بعض الفقه الدلائل على أنها:«العلامات الخارجية أو الشبهات المقبولة دون ضرورة التعميق في تمحيصها وتغليب وجوه الرأي فيها، وهي لا ترقى إلى مرتبة الأدلة، فهي قرائن ضعيفة أي استنتاج لأمر مجهول من أمر معلوم، لكن ضعفها يجيء من استنتاجها من وقائع قد لا تؤدي إلى ثبوت التهمة بالضرورة الحتمية ولا علم اللزوم العقلي فهي لا تصلح وحدها أمام محكمة الموضوع سببا للإدانة، بل للاتهام عملا بنص المادة 304 من قانون الإجراءات الجنائية، التي تقضي بأنه: "إذا كانت الواقعة غير ثابتة أو كان القانون لا يعاقب عليها تحكم المحكمة ببراءة المتهم»[40] ص 31.

من خلال التعريفات السابقة يظهر بوضوح أن الدلائل هي مجرد أمارات ومظاهر يقوم عليها الاحتمال بوقوع جريمة ما على وجه غير مؤكد وتبرر اتخاذ الضبطية القضائية لبعض الإجراءات الوقائية والماسة بحرية الفرد كالأمر بعدم مبارحة المكان والاستيقاف والتوقيف للنظر.

2.1.2.1.1.1. موقف التشريع من الدلائل

إذا كان الفقه مستقر على أن الدلائل هي مجرد أمارات ومظاهر خارجية تولد الاحتمال بوقوع جريمة وتتخذ عدة تأويلات غير مؤكدة فإن التشريع اتخذ نفس الوجهة في اعتبار الدلائل مجرد أمارات ومظاهر تبرر للضبطية القضائية اتخاذ الإجراءات الماسة بالحرية إذ نص المشرع الجزائري في أحكام المادة 41 من قانون الإجراءات الجزائية على اعتبار الجريمة تكون في حالة تلبس إذا كان المشتبه في ارتكابه للجريمة في وقت قريب من ارتكابها قد تبعه العامة بالصياح أو وجدت في حيازته أشياء أو وجدت آثار أو دلائل تدعو إلى افتراض ارتكابه أو مساهمته في الجريمة".

كما نص في المادة 51 في فقرتها الثانية من نفس القانون على أنه:«غير أن الأشخاص الذين لا توجد أي دلائل تجعل ارتكابهم أو محاولة ارتكابهم للجريمة مرجحا، لا يجوز توقيفهم سوى المدة اللازمة لاتخاذ أقوالهم، وإذا كانت ضد شخص دلائل قوية ومتماسكة من شأنها التدليل على اتهامه فيتعين على ضابط الشرطة القضائية أن يقتاده إلى وكيل الجمهورية دون أن يوقفه للنظر أكثر من ثمان وأربعون (48) ساعة ».

كما نص المشرع الجزائري في المادة 65 -1 الفقرة الثانية من نفس القانون على أنه:« غير أنه لا يجوز توقيف الأشخاص الذين لا توجد أية دلائل تجعل ارتكابهم أو محاولة ارتكابهم للجريمة مرجحا سوى المدة اللازمة لأخذ أقوالهم».

وإلى نفس الاتجاه اتجه المشرع المصري عند استعماله الدلائل في قانون الإجراءات الجنائية للتعبير عن الأمارات والعلامات الخارجية التي تبرر لمأموري الضبط القضائي إتخاذ إجراءات القبض في أحكام المادة 34 وعند تفتيش الأشخاص الذين يوجدون في منزل متهم أثناء تفتيش هذا الأخير في أحكام المادة 49.

3.1.2.1.1.1. دور الدلائل في الإثبات الجنائي

تعد الدلائل وسيلة من وسائل الإثبات الجنائي إذا كانت معززة بمجموعة قرائن تدعمها في إقامة الحكم بالإدانة، فهي غير كافية للاعتماد عليها وحدها لأنها لا ترقى إلى مرتبة الدليل، بل هي مجرد أمارات ومظاهر أعطاها القانون كآلية تبرر لضابط الشرطة القضائية لاتخاذ إجراء من الإجراءات الأمنية كالاستيقاف والمنع من مغادرة المكان، والقبض والوضع تحت النظر متى كانت كافية وتولد الاعتقاد بأنها تصح للإتهام وبداية البحث عن باقي الأدلة ضد المشتبه فيه.

وتختلف الدلائل في مراحل الدعوى العمومية، فهي تلعب دور الاتهام متى كانت كافية في مرحلة الاستدلال والتحقيق القضائي الابتدائي، بيد أنها في مرحلة الحكم ينحصر دورها في أنها تساهم

في تأكيد الدليل خاصة إذا كانت متناسقة غير متنافرة ولا تعارض فيها غير أنها لا تصلح دليلا للحكم لأنها غير قاطعة بل ترجح الاتهام فقط[94] ص 308.

ولا يجوز للمحكمة أن تعتمد على مجرد الدلائل التي لا تعدو أن تكون مجرد أمارات ومظاهر وحدها في تحقيق حالة اليقين الذي يؤسس عليه القاضي حكمه الصادر بالإدانة، ومن ثم فلا بد من اشتراط تعزيزها بأدلة أخرى تؤيدها، لذا فهناك فارق جوهري بين الأدلة والدلائل فإذا كانت الأولى كافية لإصدار الحكم بالإدانة لأنها ترقى إلى مرتبة اليقين لدى القاضي، أما الثانية فلا ترقى إطلاقا إلى تلك المرتبة ومن ثم لا تصلح إطلاقا للاعتماد عليها وحدها لإصدار الحكم بالإدانة.

وبالرغم من الأهمية التي تتميز بها الدلائل باعتبارها تمثل البداية لاتخاذ الإجراءات القضائية في مباشرة البحث عن الدليل غير أنها لا ترقى ولا تحل محل الدليل بمعناه الدقيق.

2.2.1.1.1. التمييز بين الدليل والأثر

نظرا لأن الأثر المادي هو المرحلة السابقة عن الدليل المادي وهو أساس بداية التحقيق باعتباره يوجد دائما في مسرح الجريمة، وحتى نقيم التمييز بين الدليل المادي والأثر المادي ولدواعي البحث العلمي يجدر بنا التطرق أولا إلى تعريفه وأهميته وثانيا بيان الأساس العلمي الذي يقوم عليه وأنواعه ثم ثالثا تمييزه عن الدليل المادي وذلك على النحو التالي:

1.2.2.1.1.1. تعريف الأثر المادي وأهميته

يطلق الأثر لغة على بقية الشيء وجمعه أثار[95] ص 21، أما اصطلاحا فهو علامة مادية ظاهرة أو غير ظاهرة في مسرح الجريمة أو عالقة بالمتهم أو المجني عليه تساعد على كشف الحقيقة من حيث إثبات وقوع الجريمة وتحديد مرتكبها[76] ص 1991، كالبصاق، المني والعرق والبصمة والشعر، والدم والرائحة. أو من الآلة التي استخدمها في جريمته كآثار البارود التي تخلفه الأسلحة النارية والآلات الحادة الأخرى كالعصى والقضبان الحديدية والسكاكين أو من ملابسه كقطع القماش أو الخيوط والألياف والأزرار[78] ص 505.

وللأثر المادي أيا كان موقعه له أهمية كبيرة في الوصول إلى عدة معلومات وعناصر يؤدي تجميعها إلى إقامة الدليل والوصول إلى الحقيقة فبفضله يمكن تحديد شخصية الجاني عند إعادة تمثيل الجريمة ومواجهة المتهم بما عثر عليه في مسرح الجريمة ومواجهته بالشهود وأقوال الضحايا وغيره من المتهمين المساهمين معه في إقتراف الجريمة.

وإذا كانت بعض هذه الآثار يمكن مشاهدتها بالعين المجردة فإن البعض منها وبسعي من المتهم لطمسها غير أن استعمال الوسائل العلمية يساعد في الوصول إلى الحقيقة.

كما أن الآثار المادية تكشف عن عادات وتقاليد الجاني من خلال مثلا أعقاب السجائر الموجودة بمسرح الجريمة تشير إلى أن الجاني معتاد على تدخين نوع معين من السجائر، كما أن علامات وآثار العنف الموجودة في مسرح الجريمة كتبعثر الأثاث وتكسرها وحالة الجدران والنوافذ والأبواب المحيطة بمكان الجريمة تؤكد الخطورة الإجرامية للجاني.

كما أنه من خلال الآثار المادية يمكن تشديد العقوبة أو تغيير حتى وصفها القانوني من جنحة إلى جناية وذلك إذا وجدت آثار أقدام مختلفة ومجموعة هائلة من مواد الكبريت أو بقايا شمع مع وجود كسر في النوافذ والأبواب وأثار إطارات السيارات هذا يوحي أن جريمة السرقة اقترفت من مجموعة جناة ليلا وعن طريق الكسر واستعمال مركبة مما يحول الواقعة إلى جناية السرقة الموصوفة.

2.2.2.1.1.1. الأساس العلمي للأثر المادي

إن تخلف الآثار في مسرح الجريمة أمر حتمي لا جدال فيه وهناك نظريتان علميتان تبين الأساس العلمي للأثر المادي وهما: نظرية تبادل المواد ونظرية بقاء المادة.

نظرية تبادل المواد

يرجع الفضل في صياغة هذه النظرية وربطها بالتحقيق الجنائي إلى العلامة الفرنسي أدمون أوكار سنة 1928 والتي مفادها " أن كل جسم يلمس جسم آخر لا بد أن يترك كل منهما على الآخر جزءا من مادته أو شكله عليه، وتتوقف طبيعة هذا الأمر على حالة كل من الجسمين وطريقة تلامسهما" لهذا تعد هذه النظرية من أشهر النظريات في علم البحث الجنائي الفني[94] ص 120.

واستنادا إلى هذه النظرية فإن أي تلامس يتم بين جسمين يترتب عنه أن جزءا من مادة أي منهما لا بد أن ينتقل إلى الآخر، غير أن السؤال المطروح ما هي علاقة نظرية تبادل المواد هذه بالجريمة وهل تفيد في الوصول إلى الحقيقة؟ غير أنه إذا علمنا أن الجريمة كواقعة مادية يرتب لها المشرع أثر قانوني فإن الجريمة هي عبارة عن احتكاك أو ارتطام أو تشابك بين عنصرين هما المجرم وما يحمله من أدوات لارتكاب الجريمة، ومسرح الجريمة وما به من متعلقات وأشخاص.

وإذا كانت الحقيقة القضائية – على ما سيأتي بيانه – تتكون من عنصران ماديات الجريمة وشخص الجاني، وبالتالي فإن أي عنصر يترك مادته وأثره على الآخر، وتأسيسا على ذلك فإنه عندما يرتكب أحد الجناة جريمة مهما كان حرصه وانتباهه لا بد أن يترك بمسرح الجريمة أثر من ذاته وملابسه أو أداوته أو رائحة معينة تدل عليه.

نظرية بقاء المادة

من الحقائق العلمية أن المادة لا تفني ولا تخلق من عدم، أي أن كل مادة سواء كانت عضوية أو غير عضوية فهي لا تفنى فهي دائما موجودة، وبالتالي فالمواد المتخلفة من حادث معين وهو ما يعبر عنه

بمتحصلات الجريمة قد تغير الظروف والملابسات من طبيعتها الأصلية بتغير صورتها وطبيعتها فإذا أمكن إرجاعها إلى حالتها الأصلية يمكن الوصول إلى الحقيقة[94] ص 120.

3.2.2.1.1.1. الفرق بين الأثر المادي والدليل المادي

إعتاد الدارسون والخبراء في مجال البحث الجنائي أن يطلقوا لفظ الأثر المادي والدليل المادي على ما يعثر عليه بمسرح الجريمة أو على الأشخاص أطراف الجريمة، من مواد تفيد في تحديد شخص الجاني والكشف عن الحقيقة، ولكن رغم ذلك ثمة فارق جوهري بينهما.

ذلك أن الأثر المادي هو ما يدرك بالحواس ويتخلف عن ارتكاب الجريمة سواء من المتهم أو الضحية أو الآلات أو الوسائل التي استخدمت في ارتكاب الجريمة، أما الدليل المادي فهو الحالة القانونية التي تنشأ عن ضبط الأثر المادي ومضاهاته وتحليله وإيجاد صلة بينه وبين المتهم فتكون إيجابية تثبت الواقعة الإجرامية على المتهم كما تكون سلبية وبالتالي تنفى الواقعة الإجرامية على المتهم[78] ص 504، 505. ومثال ذلك استعمال الجاني للآلة حادة لارتكاب جريمة القتل ووجود آثار مادية لهذه الآلة على جسم الضحية المجنى عليه، وعند فحص هذا الأثر ومضاهاته على أثر الآلة والمشتبه في استعمالها ووجود تشابه بين الاثنين نكون أمام دليل على أن هذه الآلة صاحبة الأثر وبالتالي إذا كانت تابعة للمتهم قام الدليل المادي على أنه مرتكب الجريمة أو مساهم فيها.

ولهذا فإن مرحلة الأثر هي مرحلة سابقة على مرحلة الدليل بما يكشف عنه المحقق في مسرح الجريمة أو في أماكن ذات صلة بالجريمة والمشتبه فيه فهي مجرد آثار مادية يطلق عليها مفتاح الغموض[63] ص 150 فإذا قام الخبير باستقراء مدلولها واستنتاج مكنوناتها تصبح قرينة على أمر معين ودليل مادي قائم على حقيقة معينة.

3.2.1.1.1. التمييز بين الدليل والقرينة

إذا كان الدليل هو الوسيلة القضائية الإجرائية التي يلجأ إليها القاضي لأجل إثبات جريمة معينة ونسبتها لمرتكبها فهو كاف لوحده لكي يقطع به دابر الشك باليقين، فإن القرينة جزء من هذه العملية الفكرية الاستنباطية التي يقوم بها القاضي لتفسير واقعة مجهولة لديه بواقعة معلومة بإسقاط أحوال وأثار هذه الأخيرة على الأولى لتفسيرها باعتبارها وسيلة إثبات غير مباشرة.

ونظرا لأهمية القرينة باعتبارها وسيلة من وسائل الإثبات للوصول إلى الحقيقة غير أنها تختلف اختلافا جوهريا عن الدليل لما لهذا الأخير من قوة ثبوتية كافية لوحدها لإقامة قناعة القاضي، فإن الأولى تحتاج إلى أمارات وقرائن متعددة للوصول لهذه الغاية. لذا كان لزاما علينا التمييز بين القرينة والدليل

ولا يتأتى ذلك إلا بإعطاء أولا تعريف للقرينة وثانيا بيان أنواعها وثالثا تميزها عن غيرها ورابعا تبيان أهميتها في الإثبات وذلك على النحو التالي:

1.3.2.1.1.1. تعريف القرينة

إن تعريف القرينة سواء في اللغة أو الفقه أو التشريع تصب كلها في معنى واحد وهو تفسير واقعة مجهولة بثبوت أخرى معلومة وذلك على النحو التالي:

تعريف القرينة لغة

القرينة في اللغة مأخوذة من المقارنة وهي المصاحبة ويقال أن فلان قرين فلان، ويقال قرن الشيء بالشيء أي اتصل به.

والقرينة هي مؤنث القرين، والقرين هو الصاحب، لذا يطلق على الزوجة بأنها قرينة الرجل لمصاحبتها إياه[94] ص 301، كما تطلق القرينة على النفس لاقترانها بصاحبها وقال تعالى:(قَالَ قَائِلٌ مِنْهُمْ إِنِّي كَانَ لِي قَرِينٌ)[1].

التعريف التشريعي للقرينة

إذا كانت القاعدة أن التعاريف من مهمة الفقه، فإن المشرع الجزائري لم يشذ على هذه القاعدة إذ لم يعطي تعريفا للقرينة سواء في قانون الإجراءات الجزائية أو القانون المدني تماشيا لما استقر عليه التشريع المقارن، إلا أنه أخذ بالقرينة كدليل إثبات في مختلف نصوص قانون الإجراءات الجزائية كما هو وارد في أحكام المادة 246 منه، من أن عدم حضور المدعي المدني المبلغ والمكلف بالحضور للجلسة قرينة على تركه دعواه، أو ما هو وارد في أحكام المادة 345 من أن المتهم المكلف بالحضور تكليفا شخصيا عند عدم حضور الجلسة أن يصدر في حقه الحكم حضوريا اعتباريا.

غير أن المشرع الفرنسي شذ على هذه القاعدة إذ عرف في المادة 1349 من القانون المدني القرينة بأنها:« النتائج التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة».

التعريف الفقهي للقرينة

اتجهت كل التعاريف سواء العربية أو الغربية إلى إعطاء تعريف للقرينة يتجه إلى استنباط مجهول من معلوم، وقد عرف الأستاذ أحمد نشأت القرينة بأنها:«استنباط القاضي لأمر مجهول من أمر معلوم»[15] ص 751، كما عرفها الأستاذ زكي أبو عامر بأنها:«صلة ضرورية بين واقعتين يكون ثبوت الأولى فيها دليلا على حدوث الثانية، أو صلة بين واقعة ونتيجتها يكون ثبوت الواقعة فيها دليلا على حدوث نتيجتها»[86] ص 181، كما عرفها الدكتور أحمد فتحي سرور [10] ص 347 بأنها:«استنباط يقوم إما على افتراض قانوني، أو على صلة منطقية بين واقعتين وفي حالة الأولى تعتبر القرينة قانونية وفي حالة الثانية تعتبر القرينة قضائية». كما عرفها الفقيه الفرنسي دونيديو دي فابر[19]

ص 183 بأنها: « الصلة الضرورية التي أنشئها القانون بين وقائع معينة أو هي نتيجة يتحتم على القاضي أن يستخلصها من وقائع أو واقعة معينة».

ويلاحظ أن جميع التعاريف التي قيلت في القرائن أن جميعها تدور حول محور واحد وهو أن القرينة تعني استنتاج مجهول من معلوم سواء تم ذلك بمعرفة المشرع وهي القرينة القانونية أو بمعرفة القاضي وهي القرينة القضائية.

2.3.2.1.1.1. أنواع القرائن

يكاد يجمع الفقه والقانون على أن القرائن نوعان قرائن قانونية وقرائن قضائية لذا نتطرق لهما تبعا.

القرائن القانونية القرائن القانونية هي تلك القرائن التي يتولى المشرع استنتاج الواقعة المجهولة من الواقعة المعلومة من خلال تحديد طرق وآليات ذلك تلزم القاضي لإقامة الدليل وهي إما أن تكون قاطعة لا تحتمل إثبات العكس وإما أن تكون غير قاطعة يجوز إثبات عكسها.

القرائن القانونية القاطعة

هي تلك القرائن والأمارات التي يضعها المشرع مقدما ويلزم بها القاضي لترتيب أثر معين على وجه اللزوم، ومثالها في التشريع الجزائري ما هو وارد في أحكام المادة 49 من قانون العقوبات التي حددت سن الثالثة عشر لبلوغ سن التمييز ودونها لا يكون الصغير مسؤولا جزائيا، وكذلك ما ورد في أحكام المادة 345 من قانون الإجراءات الجزائية من اعتبار تخلف المتهم المبلغ شخصيا عن الحضور إلى المحكمة أن يصدر في حقه حكما حضوريا اعتباريا.

وتقوم القرينة القانونية القاطعة على فكرة الاحتمال والرجحان، ولهذا فإن المشرع عندما يجعل القرينة قاطعة ليس لأنها تؤدي بالضرورة إلى حقيقة مؤكدة، فقوتها في القطع ليس سببها مطابقتها للواقع على نحو تام، فهي قد قامت على فكرة عامة وهي رجحان الوقوع[63] ص 186 مستندا المشرع قوتها في الإثبات على التجربة الثابتة بالقواعد العملية.

القرائن القانونية غير القاطعة

هي تلك القرائن التي لا تمثل إلا حجية نسبية، ولذلك يمكن إثبات عكسها وتعد قرينة البراءة صورة واضحة لهذا النوع من القرائن، ذلك أن الشخص تفترض براءته حتى تثبت إدانته بموجب حكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه، إذ أن المتهم يقدم للمحاكمة وبالتالي يجب معاملته على أنه بريئا على الرغم من الأدلة التي رجحت اتهامه وإحالته أمام المحاكمة[39] ص 190.

والقرائن القانونية سواء القاطعة أو غير القاطعة التي يمكن إثبات عكسها واردة على سبيل الحصر فلا يجوز للقاضي أن يضيف إليها قرائن جديدة، وبالتالي تمثل صورة واضحة على تقييد سلطة

القاضي الجزائي في تقدير الأدلة ومساس بقاعدة الإقتناع الشخصي للقاضي ذلك أن الدليل معد ومحدد سلفا من طرف المشرع.

القرائن القضائية

القرائن القضائية هي استنتاج واقعة مجهولة من واقعة معلومة قام الدليل على ثبوتها، ويشترط فيها حتى يمكن للقاضي الجنائي أن يستند إليها في حكمه توافر جملة من الشروط وهي:

- أن تكون الواقعة المعلومة ثابتة ثبوتا لا يحتمل التأويل، وهو ما يقتضي بالضرورة ألا يكون الدليل الذي أثبت تلك الواقعة من الأدلة التقديرية. بمعنى أن تكون الواقعة المعلومة ثابتة بدليل مادي سبق تقديمه وليس بدليل تقديري كشهادة الشهود ولا بد أن تكون القرينة أو الدليل الاستنباطي ذا طبيعة اتهامية.
- أن تكون القرينة قاطعة على ثبوت التهمة بمعنى رجحان إسناد الواقعة المجرمة للمتهم.
- أن يكون القاضي عند قيامه بالاستنتاج قد اتبع المنهج العقلي وأعمال المنطق في إدراك هذه الدلالة.

3.3.2.1.1.1. الفرق بين القرينة والدليل والأثر

تختلف القرينة عن الدليل في أن هذا الأخير كافيا لوحده لإقامة الحجة على المتهم بيد أن القرينة لوحدها غير كافية.

وتختلف القرائن عن الدلائل أو الأمارات في أن القرائن يكون من وقائع يؤدي بالضرورة إليها بحكم اللزوم العقلي فلا تقبل تأويلا آخر مقبولا، في حين أن الدلائل لا يكون الاستنتاج فيها لازما بل قد يفسر على أكثر من وجه ويقبل أكثر من احتمال ومن ثم لا تكفي وحدها للإدانة وإن كانت تكفي وحدها لاتخاذ إجراءات الاستدلال وتوجيه الإتهام[81] ص 143.

4.3.2.1.1.1. قوة القرائن في الإثبات الجنائي

اختلف فقهاء القانون الجنائي في الاعتماد على القرائن القضائية واعتبارها كافية وحدها في الإثبات وإصدار الأحكام الجنائية على أساسها، وقد كان لهذا الاختلاف الأثر البالغ على اتجاه المحاكم وذلك في ثلاثة اتجاهات كبرى تتمثل في الآتي.

الاتجاه الأول: يرى هذا الاتجاه أن القرائن القضائية من الطرق الأصلية في الإثبات في المواد الجنائية مستدلين على قوتها في الإثبات على الخصائص التالية:

- إن مبدأ الاقتناع القضائي يخول للقاضي أن يستمد اقتناعه من أي دليل، وبالتالي فلا وجود لدليل يحظر على القاضي أن يستمد منه اقتناعه، بحيث إذا اقتنع بدلالة قرينة معينة وتوافرت في هذه الأخيرة الشروط المتطلبة في الدليل فلا يوجد أي سند في القانون يحرمه من الاعتماد عليها، وطالما أن هذه القاعدة مقررة

في القانون المدني الذي يعتمد القاضي فيه على أدلة محددة سلفا في القانون فمن باب أولى لا بد أن تقرر هذه القاعدة في الإجراءات الجزائية.

- نظرا للخطوات التي يمر بها الإثبات بالقرينة يعطى لهذه الأخيرة قوة في الإثبات، ذلك أنه يتطلب إثابتا كاملا للواقعة التي تستمد القرينة منها، كما أنه يستظهر علاقة سببية منطقية بين هذه الواقعة وبين الواقعة الأخرى التي يراد إثباتها، وإذا كان في الدعوى أدلة أخرى قولية كالشهادة والاعتراف فإن القاضي يتحرى من مدى اتساق وانسجام القرينة مع الشهادة والاعتراف وبالتالي يأخذ بدلالة القرينة.

- أن القرينة نظرا للشروط الواجب توافرها فيها للأخذ بها فإنها تمثل استنتاج على سبيل الجزم أو اليقين ومن ثم يستساغ أن تستند إليها الأدلة.

وقد كان لهذا الاتجاه أثره على بعض القضاء المقارن سواء الأنجلوسكسوني أو اللاتيني، إذ اتجه القضاء الفرنسي منذ زمن بعيد إلى نفس منحى الاتجاه الأول الذي يعتمد على القرائن القضائية ويعتبرها كافية لإصدار الحكم بالإدانة، إذ جاء في قرار صادر عن محكمة النقض مؤرخ في 1910/07/02 على أن:"القاضي يمكنه الاعتماد على القرائن القضائية في الإثبات وتكوين قناعته وذلك بشرط أن تطرح للنقاش شفاهة بالجلسة" وفي قرار آخر صادر بتاريخ 1956/01/03 بأنه:" تمزيق حوالة بريدية من خلال مشادات لم يكن فيها سوى الدائن والمدين يمكن أن يعزي منطقيا إلى المدين لأنه هو وحده صاحب المصلحة في ارتكاب مثل هذا الفعل».

كما استقرت محكمة النقض المصرية على أن القرينة القضائية تصلح دليلا كاملا ويجوز أن يستمد منها القاضي اقتناعه الذي يعتمد عليه في حكمه، وبالتالي فإن الإدانة في الاتجاه القضائي المصري يمكن أن تبنى على القرائن القضائية فقط إذ قضت في قرار لها مؤرخ في 1954/12/06 على:" أن القرائن تعتبر أدلة غير مباشرة للقاضي أن يعتمد عليها وحدها في استخلاص ما تؤدي إليه" وفي قرار آخر مؤرخ في 1952/06/03 قضت فيه على أنه:" متى استقرت عقيدة المحكمة على رأي فلا يهم أن يكون ما استندت إليه في ذلك دليلا مباشرا أو غير مباشرا ما دام هذا الدليل مؤديا عقلا إلى ما رتبته المحكمة عليه، فإن القانون لا يشترط في الدليل مهما كان نوعه أن يكون مباشرا أي شاهدا بذاته على الحقيقة المطلوب إثباتها، بل يكفي أن تستخلص منه المحكمة تلك الحقيقة بعملية منطقية تجريها[39] ص 182.

وإلى نفس هذا المسلك يتجه التشريع والقضاء الجزائري من أخذه بالقرائن القضائية واعتبارها كافية لإصدار الحكم بالإدانة، ذلك أن المشرع في قانون الإجراءات الجزائية نص في المادتين 212 و213 مما يفيد أنه يأخذ بالقرائن القضائية في إثبات الإدانة إذ تضمنت الأولى جواز إثبات الجرائم بجميع طرق الإثبات، وأحالت الثانية مسألة تقدير جميع عناصر الإثبات لحرية القاضي في بناء قناعته.

كما أن المحكمة العليا أكدت على اعتبار القرائن القضائية كافية لإصدار الحكم بالإدانة ففي قرار لها صادر عن الغرفة الجنائية بتاريخ 1981/07/09 والذي جاء فيه:" يمكن لقاضي الموضوع تأسيس اقتناعه على أية حجة حصلت مناقشتها حضوريا أمامه" وفي قرار آخر صادر عن الغرفة الجنائية بتاريخ 1997/02/04 والذي جاء فيه:" لا مانع عند انعدام الدليل المادي القاطع من استقراء الوقائع واستخلاص الدليل من المناقشات التي تدور في الجلسة". وفي قرار آخر صادر عن الغرفة الجنائية بتاريخ 2006/07/19 والذي جاء فيه:" إن غرفة الاتهام غير مجبرة على توفير الدليل القطعي للإدانة من أجل الإحالة إلى محكمة الجنح أو الجنايات، بل يكفي وجود قرائن تبعث على الاعتقاد بأن المتهم يكون قد ارتكب الفعل المنسوب إليه، وتبقى المحكمة المحال القضية إليها مختصة بالبحث في الأدلة القطعية.

الاتجاه الثاني: ذهب جانب آخر من الفقه إلى أنه لا يجوز للمحكمة أن تستمد حكمها على قرينة واحدة مهما كانت دلالتها، ذلك أن القرينة باعتبارها دليل غير مباشر في الإثبات وأن البشرية مازالت تعجز عن القطع واليقين حينما تستخلص واقعة مجهولة من واقعة واحدة معلومة وبالتالي فإن افتراض الخطأ وهو خلة بشرية تضحى قائمة مما يجعل الحكم الجزائي مبني على الافتراض ولا يمكن الاستناد على ذلك في الحكم لاحتمال الخطأ[39] ص 185.

وطالما القرينة بهذا المعنى لا ترقى إلى مرتبة الدليل الذي يتميز باليقين وبالتالي لا يجوز الاستناد عليها بالإدانة.

الاتجاه الثالث: يرى هذا الاتجاه أن القاضي لا يجوز له أن يعتمد في حكمه على قرينة واحدة ذلك أن القرينة مهما كانت دلالتها فهي ناقصة لأنها طريقة غير مباشرة للإثبات، وأنها تعتمد على القدرة البشرية في الاستخلاص والاستنتاج وأن المقدرة البشرية ما زالت عاجزة عن الجزم والتأكيد في استخلاص واقعة مجهولة من واقعة معلومة وأن افتراض الخطأ مهما كانت درجة ضآلته فإنه مشوب بالخطأ الذي يتعارض مع الأساس الذي تبنى عليه الأحكام القضائية من ضرورة توافر فيها الجزم واليقين[71] ص 215.

أما إذا اجتمعت عدة قرائن وكانت مشتقة من بعضها وليست متناقضة وتكون متساندة وحينئذ يستطيع القاضي الاعتماد عليها في إصدار حكمه القائم على تساند الأدلة، غير أنه الاعتماد على مجموعة القرائن القضائية في إصدار حكم الإدانة لا بد من توافر شرطين هما:

الشرط الأول: أن تكون القرائن جميعها التي استندت إليها المحكمة تؤدي إلى استخلاص الواقعة المجهولة وفقا لمقتضيات العقل والمنطق.

الشرط الثاني: لا يمكن أن يكون حلول المتهم هو مصدر للقرينة بمعنى لا يجوز للمحكمة أن تستخلص من هروب المتهم أثناء التحقيق أو عدم حضوره جلسة المحاكمة رغم تكليفه بالحضور قرينة على ارتكابه الواقعة المنسوبة إليه.

3.1.1.1. صور الدليل الجنائي

يتخذ الدليل الجنائي عدة صور، فهو إما أن يكون دليلا ماديا، أو قوليا أو فنيا، ولكل صورة من هذه الصور طرقا إجرائية في كيفية البحث عن الدليل، لهذا سنحاول في هذا المطلب التطرق إلى الصور الثلاثة للدليل الجنائي في ثلاثة فروع إذ نتطرق في الفرع الأول إلى الدليل المادي وفي الفرع الثاني إلى الدليل القولي على أن نخصص الفرع الثالث إلى الدليل الفني وذلك على النحو التالي:

1.3.1.1.1. الدليل المادي

الدليل المادي هو الذي يتكون جوهره من أثر مادي يمكن إدراكه بالحواس باعتباره يتكون من عناصر مادية ظاهرة لذا يوصف بأنه يتحدث عن نفسه لتميزه بالتحديد والوضوح[39] ص 20 ويؤثر في القاضي بطريقة مباشرة ومصدر الأدلة المادية هي المعاينة والتفتيش[63] ص 151.

ونظرا لأن المعاينة والتفتيش هما وعاء الدليل المادي فإن المشرع الجزائري أعطى أهمية بالغة لهذين الوسيلتين في قانون الإجراءات الجزائية، هذا ما سنتطرق إليه تبعا وذلك على النحو التالي:

1.1.3.1.1.1. المعاينة

نظرا لأهمية المعاينة المادية في الكشف عن الآثار المادية التي تعتبر جوهر الدليل المادي فإن المشرع الجزائري أسوة بالتشريعات المقارنة الأخرى نظمها في أحكام قانون الإجراءات الجزائية ومنحها لجميع الجهات القائمة بالتحقيق سواء الأولي أو التمهيدي الذي يقوم به ضابط الشرطة القضائية في أحكام المادة 49، ولقاضي التحقيق في مرحلة التحقيق الابتدائي في أحكام المادتين 79و 80 وقضاة الحكم في حالة التحقيق التكميلي في المادة 235، كما أنه أشرك أطراف الدعوى النيابة العامة والمتهم أو وكيله والطرف المدني أو وكيله في طلب إجراء المعاينات المادية طبقا لأحكام المادة 69 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية.

وحتى نقف على الدور الذي تلعبه المعاينة في الوصول إلى الدليل المادي وبالتالي كشف الحقيقة التي هي هدف التحقيق سنتطرق إلى تحليل ذلك بدراسة ماهية المعاينة وأهميتها والطبيعة القانونية لها وحجيتها في الإثبات وذلك تبعا على النحو التالي:

ماهية المعاينة وأهميتها

المعاينة عبارة عن إثبات مادي للحالة التي عليها الشيء أو المكان أو الشخص بواسطة المشاهدة والفحص المباشر[78] ص 9 بالحواس كالمس والبصر والشم والذوق[4] ص86، ممن يقوم بمباشرة الإجراء وذلك بهدف جمع الآثار المادية التي تدل على وقوع الجريمة وتحديد مرتكبها.

وتشمل المعاينة في المسائل الجنائية الإثبات المادي المباشر والفحص الدقيق للآثار المادية للجريمة مثل ما يتركه الجناة من آثار وأدوات استخدمت في الجريمة أو مخلفات هذه الأدوات، وإثبات حالة الأشخاص سواء كانوا شهودا أو جناة أو مجنى عليهم وربط كل هذه الآثار بالمشتبه فيه لإيجاد هذه العلاقة بين الأثر الموجود في مسرح الجريمة محل المعاينة وما علق بالمشتبه فيه، لذا قيل بحق أن مسرح الجريمة يعد الشاهد الصامت على وقوع الجريمة وعلى أساسه يتحدد أسلوب الجاني في ارتكابه للجريمة وتحديده[55] ص 278، وتظهر أهمية المعاينة بملاحظة الأمور التالية:

- تثبت المعاينة وقوع الجريمة من عدم وقوعها، ونوع الجريمة عمدية كانت أم غير عمدية، وزمان ارتكابها وسبب حدوثها والآلات المستعملة في ارتكابها.

- بملاحظة خط السير والبصمات المتواجدة في مسرح الجريمة وآثار الأقدام معرفة عدد الجناة وكيفية دخولهم إلى الأمكنة وهروبهم منها.

- من خلال ملاحظة الوسائل المستعملة والأفعال المعتاد القيام بها في مسرح الجريمة إمكان معرفة أسلوب الجناة وبالتالي الوصول إلى مقترف هذه الجرائم لاتحاد هذا الأسلوب مع جرائم أخرى اقترفت سابقا وضبط الجناة فيها، وهو ما يعرف بالبصمة النفسية.

- قد توجد في مسرح الجريمة بعض إفرازات جسم الإنسان من بقع دم أو سائل منوي أو شعر أو جزء من أظافر كل هذه الآثار عند عرضها لعملية التحليل والخبرة تكشف لنا عن الجاني أو على الأقل المشتبه فيه[21] ص 281.

الطبيعة القانونية للمعاينة

تتميز المعاينة بأنها وعاء للدليل الجنائي أصلا ومصدر للقرينة القضائية استثناءا وهذا ما نبينه تبعا:

المعاينة وعاء للدليل الجنائي

تنصب المعاينة مباشرة على الأشخاص والأماكن والأشياء لإثبات ما بها من أدلة تفيد في كشف الحقيقة، وبالتالي تعتبر وعاءا عاما للأشخاص من آثار سواء متعلقة بالمشتبه فيه أو المتهم أو متعلقة بالضحية، أو كانت بمكان الجريمة كأثار مادية مثل الأدوات المستعملة في ارتكاب الجريمة أو إفرازات الجسم المختلفة في مسرح الجريمة، وبالتالي فالدليل المادي طالما أمكن حمله وحيازته باعتباره ملموسا مما يمثل وعاءا للدليل المادي.

المعاينة مصدر للقرينة القضائية

اتجه بعض الفقه إلى أن المعاينة المادية تستمد منها القرائن الفعلية أو القضائية ذلك أنه قد تسفر المعاينة على أدلة مباشرة أو غير مباشرة فإذا كشفت المعاينة المباشرة على وفاة المجني عليه، ثم تبين إصابة المتهم بجروح وهو دليل غير مباشر فيستنتج منها مسؤوليته على الواقعة، وبالتالي فإنه في الحالة الثانية يعد استنتاج مجهول من معلوم.

كما أن الاستعانة بكلاب الشرطة لإجراء المعاينة قد يؤدي إلى الحصول على الدلائل التي تمنح للنيابة العامة سلطة توجيه الإتهام والأمر بمباشرة التحقيقات، ذلك أن استعمال كلاب الشرطة في التعرف على المشتبه فيهم في ارتكابهم للجريمة، وتتبع الأثر المادي والكشف على المواد المخدرة والمتفجرات. إذ أن استعراف كلاب الشرطة في الإثبات الجنائي عن طريق الشم تمثل دلائل لأنه لا يرقى إلى مصف الشاهد وبالتالي لا يكون دليلا كافيا لثبوت التهمة وإدانة المتهم فهي مجرد أمارات ودلائل تكفي لتوجيه التهمة فقط[78] ص 101.

حجية المعاينة في الإثبات

إن المعاينة شأنها شأن بقية أدلة الإثبات تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، إذ تكمن حجية المعاينة وقوة المحاضر المحررة بشأنها حسب تناسقها وتساندها مع باقي أدلة الدعوى.

ويرى البعض بحق أن الدليل الناتج عن المعاينة هو دليل مادي له قوته الإقناعية وأثره البالغ على عقيدة القاضي، أكثر من الدليل المعنوي الناتج عن الأدلة القولية المستمدة من الشهادة والاعتراف التي تخضع للإساءة وسوء الفهم وعدم الدقة في الملاحظة، كما تؤثر عليها المؤثرات النفسية كالإكراه أو الخوف أو الوعد، إلا أن الدليل المادي لا يعرف هذه الاحتمالات لذا اعتبر أقوى لإثبات الحقيقة. الأمر الذي أصبح معه الاتجاه واضحا إلى تغليب الدليل المادي والاعتماد عليه في التحقيقات الجنائية لقوته الاقناعية على القاضي طالما أن هذا الدليل قائم على حقائق علمية ثابتة.

وقد جرى القضاء المقارن على إعطاء المحاضر المحررة بناءا على المعاينة المادية قوة ثبوتيه إذ قررت المحكمة العليا بالجزائر في قرار لها مؤرخ في 1985/03/13 صادر عن الغرفة الجنائية بأنه:«لا يجوز لقضاة الاستئناف أن يستبعدوا ما ورد من معاينات مادية في المحاضر الجمركية ما لم يطعن فيها بعدم الصحة أي التزوير».

كما قررت محكمة النقض المصرية في قرار لها مؤرخ في 1954/03/29 على أن:«الدليل المستمد من تطابق البصمات هو دليل له قيمته وقوته الاستدلالية المقامة على أسس علمية وفنية»[2] ص 483.

2.1.3.1.1.1. التفتيش

نظرا لما يتميز به التفتيش من أهمية بالغة باعتباره وسيلة ناجعة في الوصول إلى الأدلة المادية لذا نحاول التطرق إلى إعطاء مفهومه وطبيعته القانونية، ومجال التفتيش وضماناته وذلك على النحو التالي:

مفهوم التفتيش وطبيعته القانونية

التفتيش عمل من أعمال التحقيق التي تستهدف كشف الحقيقة بشأن الجرم الواقع ومدى ثبوته في مواجهة المتهم[46] ص 550، ولقاضي التحقيق اللجوء إليه إما بنفسه وإما عن طريق أحد ضباط الشرطة القضائية وذلك بموجب إجراءات الندب.

وباعتبار التفتيش إجراء من إجراءات التحقيق الابتدائي فهو يتميز عن إجراءات الاستدلال الموكولة لضباط الشرطة القضائية الذين لهم حق إجراء التفتيش استثناءا في حالة الجريمة المتلبس بها أو بناءا على الإنابة القضائية، كما أنه يتميز من جهة أخرى عن إجراءات التحقيق النهائي التي يقوم بها قاضي الموضوع أثناء المحاكمة فلا يتصور فيها قيامه بإجراء التفتيش اللهم إلا إذا توصل في النهاية إلى إصدار حكم بإجراء بحث تكميلي في هذه الحالة تنتقل إليه سلطات قاضي التحقيق وبالتالي يمكن له إجراء التفتيش أثناء إجراء البحث أو التحقيق التكميلي.

محل التفتيش وشروطه

نظرا لأهمية التفتيش في إيجاد بعض الآثار والأمارات التي تؤسس الدليل المادي وبالتالي الوصول إلى الحقيقة فإن البحث عن هذه الآثار ينصب على أي محل يعتقد أن يوجد فيه سواء أكان مسكنا أو شخصا أو منقولا في سيارة أو متاع، لذا سنحاول التطرق إلى محال التفتيش هذه تبعا وذلك على النحو التالي:

تفتيش الأماكن

طبقا لأحكام المادة 81 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري فإن التفتيش يباشر في جميع الأماكن التي يعتقد العثور فيها على أشياء تكون مفيدة لكشف الحقيقة بغض النظر حول ما إذا كانت هذه الأماكن تعد محال إقامة للمتهم أو مجرد مكاتب وإدارات أو وقع على مسكن غير المتهم.

وقد أحاط المشرع المسكن بحصانة خاصة تحول دون تفتيشه إلا في الأحوال الاستثنائية وضمن شروط قانونية محددة لا يجوز مخالفتها أو إغفالها تحت طائلة البطلان مغلبا فيها مصلحة الجماعة في الوصول إلى الحقيقة ومتابعة الجاني عن مصلحة الفرد في الاستمتاع بحياته الخاصة.

والمنزل الذي يقصده المشرع الجنائي في معرض هذه الدراسة ليس المسكن بالمفهوم المدني الضيق ولا مكان الإقامة، بل يقصد به أي مكان خاص يشغله الإنسان وفي هذا عرف الدكتور رؤوف

عبيد المنزل:" بأنه ينصرف إلى المسكون والمعد للسكن، والشقة الخالية من سكانها لغيابهم أو المعروضة للإيجار، مفروشة أو غير مفروشة بصرف النظر عن مدة السكن ونوعها ومكانها حيث أن المطلوب أن يكون الانتفاع بالمكان خاصا لا عاما"[42] ص 371.

كما عرفته الدكتورة أمال عبد الرحمن عثمان بأنه:" المكان الخاص المغلق الذي يقيم فيه شخص أو أكثر أو يباشر فيه نشاطا معينا والذي يمتنع فيه على المواطنين عادة بدون تمييز ارتياده دون إذن من حائزه"[21] ص 457.

كما عرف القضاء الفرنسي المنزل بأنه:" المكان الذي يحق فيه للشخص أن يقول بأنه في داره، سواء كان يشغله أم لا، بصرف النظر عن السند القانوني الذي بمقتضاه يشغله والتعيين المخصص له"[4] ص 88.

وفقا للتعاريف المقدمة للمسكن المذكورة أعلاه فإن السكن بصفة عامة هو كل مكان خاص يشغله الإنسان ويمارس فيه حقه في الخلوة وبالتالي فإن التفتيش إذا أنصب على أي محل من هذا النوع سواء كان مسكن في عمارة أو غرفة مأجورة أو خيمة لا بد من الالتزام بالشروط القانونية لإجراء التفتيش.

وسواء تعلق التفتيش بمنزل المتهم أو منزل الغير وسواء قام به قاضي التحقيق أو ضابط الشرطة استثناءا، فقد وضع المشرع جملة من الشروط راعى فيها احترام الحياة الخاصة للإنسان وتتمثل هذه الشروط في الآتي:

ضرورة حضور صاحب المنزل عملية التفتيش: طبقا لأحكام المادة 45 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري فإنه لصحة وقانونية التفتيش يشترط حضور صاحب المنزل سواء كان هو المتهم أم لا وإذا تعذر عليه الحضور يطلب منه ضابط الشرطة القضائية، المناب أن يعين عنه مندوبا لحضور عملية التفتيش، وإذا رفض ذلك أو كان هاربا يجب على ضابط الشرطة القضائية أن يعين شاهدين من غير الموظفين الخاضعين لسلطته، غير أن هذا الشرط لا يؤخذ على إطلاقه إذا تعلق الأمر بجريمة من جرائم الإرهاب والتخريب المنصوص عليها في أحكام المواد من 87 مكرر إلى 87 مكرر 9 من قانون العقوبات، فإنه طبقا لأحكام المادة 45 فقرة 6 من قانون الإجراءات الجزائية يعفى قاضي التحقيق من الالتزام بحضور صاحب المنزل أو الشهود أثناء إجراء التفتيش.

ضرورة الالتزام بميقات التفتيش: لضمان حرمة الحياة الخاصة للأفراد وباعتبار المسكن مستودع السر بالنسبة للإنسان والمكان الذي عاش فيه خلوته فقد اشترط المشرع الجزائري في أحكام المادة 47 فقرة أولى من قانون الإجراءات الجزائية على أنه: «لا يجوز القيام بتفتيش المساكن قبل الساعة الخامسة صباحا ولا بعد الساعة الثامنة مساءا».

غير أن المادتين 47 و82 من قانون الإجراءات الجزائية أوردتا استثناءات على ميعاد التفتيش وبالتالي جوازه في جميع ساعات الليل والنهار وذلك إذا كان بطلب صاحب المنزل ورضاه، أو إذا

سمعت نداءات من الداخل، وفي جرائم المخدرات، وجرائم الدعارة المنصوص والمعاقب عليها بأحكام المواد من 342 إلى 348 من قانون العقوبات، والجرائم الموصوفة بأعمال إرهابية وتخريبية المنصوص والعقاب عليها بأحكام المواد من 87 مكرر إلى 87 مكرر 10 من قانون العقوبات.

إما في مواد الجنايات فقد أجازت المادة 82 من قانون الإجراءات الجزائية لقاضي التحقيق إجراء التفتيش في جميع ساعات الليل والنهار بشرط أن يباشر التفتيش قاضي التحقيق بنفسه وبحضور وكيل الجمهورية.

ضرورة ضمان احترام السر المهني: إذا وقع التفتيش على مسكن يشغله شخص ملزم قانونا بكتمان السر المهني، فإن المادة 3/45 من قانون الإجراءات الجزائية ألزمت قاضي التحقيق بأن يأخذ كل الترتيبات والتدابير الضرورية لعدم إذاعة أي مستند أو وثيقة قد حصل عليها أثناء التفتيش، كما أقر المشرع حماية جزائية حفاظا على السر المهني وذلك في أحكام المادة 85 من قانون الإجراءات الجزائية التي تنص على أنه: «يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 2000 إلى 20,000 دينار كل من أفشى أو أذاع مستندا متحصلا من تفتيش لشخص لا صفة له قانونا في الإطلاع عليه وكان ذلك بغير إذن من المتهم أو من خلفه أو الموقع بإمضائه على المستند أو الشخص المرسل إليه وكذلك كل من استعمل ما وصل إلى علمه منه ما لم يكن ذلك من ضرورات التحقيق القضائي».

وغنى عن البيان إذا وقع التفتيش على مكتب محام أو موثق فقد وضع المشرع مجموعة من الضمانات مثل حضور النقيب الجهوي للمحامين عند تفتيش مكتب محامي، وممثل غرفة الموثقين في حالة تفتيش مكتب الموثق.

ضرورة الحصول على الإذن بالتفتيش: لإجراء التفتيش نميز هنا بين حالة ما إذا كان القائم بالتفتيش ضابط الشرطة القضائية أو قاضي التحقيق.

عندما يقوم ضابط الشرطة القضائية بإجراء التفتيش أو الانتقال إلى مساكن الأشخاص الذين تظهر أنهم ساهموا في الجريمة أو أن بحوزتهم أوراقا أو أشياء متعلقة بالأفعال الإجرامية محل المتابعة فإن شرط لإجراء التفتيش الإذن المكتوب من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق مع ضرورة إظهاره قبل الدخول وهذا طبقا للمادة 44 من قانون الإجراءات الجزائية.

أما إذا كان قاضي التحقيق هو القائم بالتفتيش فإنه لا يشترط فيه الإذن المكتوب وإنما يكفي فقط إخطار وكيل الجمهورية الذي يعمل في دائرة اختصاصه وهذا طبقا لأحكام المادة 79 من قانون الإجراءات الجزائية.

أما إذا كان الانتقال إلى دوائر اختصاص المحاكم المجاورة للدائرة التي يباشر فيها وظيفته للقيام بجميع إجراءات التحقيق بما فيها التفتيش فعليه إخطار وكيل الجمهورية لدائرة اختصاصه ووكيل

الجمهورية لدائرة اختصاص المحكمة التي ينتقل إليها مقدما مع ذكر الأسباب الداعية لانتقاله وهذا طبقا لأحكام المادة 80 من قانون الإجراءات الجزائية.

تفتيش أماكن غير الإقامة

لقد أكدت الضمانات المقررة لحرمة المساكن من عدم جواز تفتيشها إلا بشروط منصوص عنها سلفا في القانون، توسعها لتشمل هذه الضمانات أماكن غير الإقامة مثل مكاتب المحامين والموثقين والمهندسين والعيادات الطبية الخاصة، ومكاتب المؤسسات الاقتصادية والتجارية، وهذا نظرا للسرية التي تتمتع بها هذه المحال، وبالتالي فنفس الشروط الواجب توافرها في تفتيش المساكن يشترطها في تفتيش أماكن غير الإقامة، بالإضافة إلى شرط حضور ممثل عن الهيئة التي يتبعها المعني.

تفتيش الأشخاص

بالإضافة إلى تفتيش الأماكن، فقد يكون الشخص محلا للتفتيش وذلك للبحث عن الدليل ويقصد بتفتيش شخص المتهم هو تلمس جسم المتهم وذلك للبحث عما يخفيه من أشياء تفيد في الكشف عن الحقيقة. وبالتالي فهو إجراء من إجراءات التحقيق. ويشترط لصحته أن يكون هناك اتهام موجه ضد شخص وأن يكون التفتيش بصدد ضبط أشياء تفيد في كشف الحقيقة[71] ص 495.

وغنى عن البيان أن المشرع منح لضابط الشرطة القضائية سلطة التقصي عن المتهم، في حالة التلبس أو حالة تنفيذ أمر الضبط، أو أمر الضبط والإخطار، وبالتالي يجوز تفتيش المتهم باعتبار أن الأوامر المذكورة أعلاه تعد سند للإجراء التفتيش.

وقد أجاز المشرع الجزائري في أحكام المادة 50 من قانون الإجراءات الجزائية لضابط الشرطة القضائية توقيف أي شخص في مجرى الاستدلالات القضائية وذلك للتعرف على هويته أو التحقيق في شخصيته وأن يمتثل له في كل ما يطلبه منه من إجراءات، وبالتالي فإنه يجوز تفتيش أي شخص بالرغم من عدم توجيه له الاتهام وهذا بمجرد توافر أمارات أو علامات توحي بأنه يخفي شيئا يساعد على الكشف عن الجريمة.

وإذا كانت أغلب التشريعات العربية قد نصت صراحة أنه لا يجوز تفتيش الأنثى إلا بمعرفة أنثى باعتبار أن هذه المسألة من النظام العام لمساسها بالآداب العامة، فإن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذه المسألة، غير أنه طبقا للقواعد المتعلقة بشرعية الإجراءات وعدم مساسها بحقوق وحريات المتهم، فإن القاعدة عامة وبدون نص لا يجوز تفتيش الأنثى إلا بمعرفة أنثى.

كما أجازت أغلب التشريعات المقارنة حتى أضحى استقرار قضائي على أنه يجوز تفتيش شخص غير المتهم متى كان متواجد في مسكن كان محل تفتيش أو كان بصحبه المتهم المراد تفتيشه متى توافرت دلائل وأمارات تفيد إخفائه لأشياء تفيد في كشف الحقيقة[71] ص 610.

2.3.1.1.1. الدليل القولي

يقصد بالأدلة القولية هي تلك الأدلة الصادرة من عناصر شخصية ناطقة عن اللسان تتمثل فيما يصدر عن الغير من أقوال وتؤثر في قناعة القاضي بطريقة غير مباشرة من خلال تقديره لقيمة هذه الأقوال، وتنحصر الأدلة القولية في المجال الجنائي بالشهادة والاعتراف.

وإذا كانت شهادة الشهود واعتراف المتهم يمثلان وعاء الدليل القولي فإنه حتى يكون دليلا منتجا وكافيا لإقامة قناعة القاضي يتعين أن تتوفر فيهما الشروط القانونية والإجرائية، لذا سنحاول تحليلها تبعا وذلك على النحو التالي:

1.2.3.1.1.1. الشهادة

نظم المشرع الجزائري كيفية سماع الشهود أمام قاضي التحقيق في أحكام المواد من 88 إلى 99 من قانون الإجراءات الجزائية، غير أنه يلاحظ أنه لم يعرف لا الشاهد ولا الشهادة، ويكاد ينعقد الإجماع لدى الفقه الجنائي على تعريف الشهادة بأنها تقرير الشخص لما يكون قد رآه أو سمعه أو أدركه على وجه العموم بحواسه[87] ص 205 وهي بهذا المعنى تعد من أهم طرق الإثبات أمام القاضي الجنائي، بل في الجرائم القولية كالسب والشتم لا يمكن تصور دليل آخر بدونها فيما عدا الاعتراف.

ونظرا لأهمية الشهادة في الإثبات الجنائي باعتباره وعاء للدليل القولي سنتطرق إلى القيود والضمانات الخاصة بالشهادة، وإجراءاتها وقوتها في الإثبات مع التطرق إلى شهادة طائفة من الأشخاص والإشكالات التي تثيرها.

القيود والضمانات الخاصة بالشهادة

نظرا للأهمية القصوى التي تحتلها الشهادة في تكوين قناعة القاضي سواء بالإدانة أو البراءة فقد أحاطها المشرع بعدة ضمانات وقيود عند الإدلاء بها سواء أمام قاضي التحقيق أو قاضي الحكم وذلك على النحو التالي:

الاستيثاق من شخصية الشاهد: ينبغي على القاضي - سواء قاضي التحقيق أو قاضي الحكم –عند الاستماع إلى شهادة الشاهد أن يتأكد من هويته وأنه لا تربطه بأطراف الدعوى – المتهم أو الطرف المدني- أي علاقة قرابة أو تبعية، وأهليته لأداء الشهادة، هذا مانص عنه المشرع الجزائري في أحكام الفقرة الأولى من المادة 93 من قانون الإجراءات الجزائية.بقولها:« يطلب من الشهود قبل سماع شهادتهم عن الوقائع أن يذكر كل منهم اسمه ولقبه وعمره وحالته ومهنته وسكنه وتقرير ما إذا كان له قرابة أو نسب للخصوم أو ملحق بخدمتهم أو ما إذا كان فاقدا الأهلية وينوه في المحضر عن هذه الأسئلة والأجوبة».

أداء الشاهد اليمين: باعتبار جوهر الشهادة هو قول الصدق لما رآه أو سمعه الشاهد، فإن حلفه اليمين يعتبر ضمانة لقول الصدق، ويعتبر ذلك شرطا ضروريا يترتب على عدم استيفائه بطلان الشهادة وعدم التعويل عليها كدليل لثبوت أو نفي التهمة على المتهم.

وقد حرصت جميع التشريعات المقارنة على ضرورة حلف الشاهد قبل أدائه الشهادة اليمين لقول الصدق. إذ حرص المشرع الجزائري على تبيان شكل وكيفية حلف اليمين في أحكام الفقرة الثانية من المادة 95 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه:«يؤدي كل شاهد ويده اليمنى مرفوعة اليمين بالصيغة الآتية:" اقسم بالله العظيم أن أتكلم بغير حقد ولا خوف وأن أقول كل الحق ولا شيء غير الحق"».

ونظرا لأهمية أداء اليمين كضمانة مهمة لصدق الشاهد فقد رتب القضاء المقارن بطلان الشهادة في حالة عدم أدائه اليمين، إذ جاء في قرار المحكمة العليا- الغرفة الجنائية – بتاريخ 1985/11/26 على أنه:" من المقرر قانونا أنه يكفي أن تثبت في محضر المرافعات أو في الحكم أن الشهود حلفوا اليمين على أن يقولوا الحق ذلك أن قول الحق هو الأمر الجوهري في حلف اليمين وليس من الضروري ذكر صفة اليمين بأكملها، ومن ثم فإنه إذا ما تضمن حكم المحكمة العسكرية أن الشهود أقسموا بأن يقولوا الحق ولا شيء غير الحق اعتبر ذلك كافيا ومطابقا للقانون"[149] ص 242.

كما حرص القضاء الفرنسي على أهمية أداء اليمين لصحة الشهادة إذ جاء في الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1968/1/22 على أن عدم الإشارة إلى أداء اليمين من طرف الشهود في محاضر المرافعات أو في الحكم يؤدي ذلك إلى نقض القرار.

ألا يقل سن الشاهد لأداء اليمين على ستة عشر سنة: مؤدى ذلك إن الشاهد الذي تؤخذ شهادته على سبيل الدليل أن يتجاوز سن 16 سنة وهذا حتى يمكن أن يؤدي اليمين، وبالتالي شهادة الصبي دون سن الستة عشرة تؤخذ شهادته على سبيل الاستئناس فقط.

الاستماع إلى كل واحد من الشهود على حدة: لا يجوز للمحقق سواء كان قاضي التحقيق في مرحلة التحقيق الابتدائي أو قاضي الحكم أثناء المحاكمة في مرحلة التحقيق النهائي، أن يستمع للشهود في حضور بعضهم البعض بل يلزم أن يستمع لكل واحد على حدة وتكمن الحكمة والعلة من ذلك لتجنب تأثيرهم المتبادل فيما بينهم بما يبدونه من أقوال.

وقد تطرق المشرع الجزائري إلى هذه الضمانة في أحكام المادة 90 من قانون الإجراءات الجزائية بقوله:« يؤدي الشهود شهادتهم أمام قاضي التحقيق يعاونه الكاتب، فرادى بغير حضور المتهم ويحرر محضر بأقوالهم».

تحرير محضر خاص بالشهادة: نظرا لأن التدوين يعتبر ضمانة هامة من ضمانات التحقيق فإن المادة 94 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري أوجبت على قاضي التحقيق تحرير محضر يدون فيه

تصريحات الشاهد يوقع عليه قاضي التحقيق والكاتب والمترجم إن اقتضى الأمر ذلك والشاهد وإذا كان المحضر يتكون من عدة صفحات يجب التوقيع على كل صفحة من صفحاته.

وقد رتب المشرع في أحكام المادة 95 من قانون الإجراءات الجزائية جزاءا إجرائيا عند عدم توقيع المعني وعدم الإشارة إلى أنه لم يوقع أو لا يعرف ذلك إلى إلغاء المحضر[4] ص 85.

إجراءات الشهادة

يمكن حصر إجراءات الشهادة في استدعاء الشاهد، وإجراءات حضوره، والتزامه بأداء الشهادة وذلك على النحو التالي:

استدعاء الشاهد: لقد أعطى المشرع الجزائري في أحكام المادة 88 من قانون الإجراءات الجزائية لقاضي التحقيق الحق في استدعاء أي شخص يرى فائدة من سماع شهادته كما أعطى هذا الحق في أحكام المادتين 69 و69 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية لكل من النيابة وللمتهم أو محاميه وللطرف المدني أو محاميه الحق في طلب من قاضي التحقيق استدعاء أي شخص في أي مرحلة من مراحل التحقيق وذلك لسماع شهادته إظهارا للحقيقة.

التزام الشاهد بالحضور: ينشأ على عاتق الشاهد فور تكليفه بالحضور التزاما بأن يحضر أمام الجهة القضائية قاضي التحقيق أو المحكمة وهذا لإدلاء بشهادته، وهذا تحت طائلة إحضاره بالقوة العمومية، علاوة على الحكم عليه بغرامة من 200 إلى 2000 دج وهذا بحكم من قاضي التحقيق غير قابل لأي طعن طبقا لأحكام المادة 97 من قانون الإجراءات الجزائية.

غير أنه إذا حضر الشاهد عند استدعائه للمرة الثانية أو من تلقاء نفسه وأبدى أعذارا مقبولة جاز لقاضي التحقيق بعد استطلاع رأي وكيل الجمهورية إعفائه من الغرامة جزئيا أو كليا.

وتتفق جميع التشريعات المقارنة على فرض غرامة على الشاهد المستدعي المتخلف على الحضور بدون عذر وهذا لما للشهادة من دور فعال والأهمية القصوى لها للوصول إلى الحقيقة.

ولأجل تحقيق ضمانة حضور الشاهد لأداء شهادته لم تكتفي بعض التشريعات المقارنة بوضع جزاءا ماليا (الغرامة) على الشاهد المتخلف عن الحضور دون عذر بل حفزت حضوره وذلك بتعويضه عن مصاريف التنقل والتعويض عن الحضور مثل المشرع اللبناني الذي أجاز في المادة 86 من قانون أصول المحاكمات الجزائية لقاضي التحقيق أن يقرر للشاهد الذي يطلب نفقة انتقاله التعويض الذي يستحقه، كما نص المشرع المصري والمشرع المغربي على تعويض الشاهد عن المصاريف التي أنفقها.

التزام الشاهد بالإدلاء الشهادة: يلتزم الشاهد بأن ينقل لقاضي التحقيق كل ما رآه أو سمعه بنفسه أو أدركه بحواسه بشأن الوقائع أو الأشخاص محل الإثبات[4] ص 84.

الإشكالات التي تثيرها طائفة من الشهود

يثير الفقه الجنائي مجموعة من الإشكالات التي تطرحها طائفة من الشهود لما يعتري شهادتهم بعض العوامل الذاتية الجسمانية والنفسية يكون الشاهد غير مدرك لها، لذا نتطرق لشهادة المرأة والطفل وكبار السن.

شهادة المرأة: لم تحظى شهادة المرأة بالتقدير والقبول أمام القضاء إلا في المجتمعات الحديثة إذ في التشريعات القديمة منعت المرأة من الشهادة على الإطلاق، غير أنه بازدياد المعرفة العلمية وتقدم البحوث والتجارب العلمية أكدت إنعدام أي فوارق بين الرجل والمرأة فيما يخص الإدراك والتذكر الأمر الذي جعل التشريعات المعاصرة تسوي بينها أمام القضاء.

غير أن المرأة بحكم طبيعتها الفيزيولوجية السكولوجية أثناء الحمل والولادة وفترات الطمث من اضطرابات هرمونية أو عصبية قد تكون لها بعض التأثير في إدراكها للأمور فيما تقدمه من شهادة[5] ص 908.

شهادة الأطفال: بينت تجارب علم النفس العديدة أن الأطفال عامة في أي موقف من المواقف يتأثرون بالإيحاء تأثيرا بالغا، لذا فإن شهادتهم لا بد أن تؤخذ بالحرص الشديد خاصة إذا تعلقت بجرائم العنف الجسدي أو الجنسي لذا فأغلب التشريعات المقارنة لم تلزم الشاهد دون سن معينة – 16 سنة في التشريع الجزائري بأداء اليمين للإدلاء بالشهادة، وبالتالي فإن شهادتهم تؤخذ على سبيل الاستئناس والاستدلال وليست على سبيل الدليل.

شهادة المسنين: كلما تقدم الإنسان في السن ودخل مرحلة الشيخوخة تتدهور حالته الصحية تدريجيا مما يؤثر على حواسه من سمع وبصر، وعدم إدراكه لما يدور حوله إذ تنقص ملكاته العقلية وقوة الإدراك لديه، مما يجعله يعيش منطويا على نفسه متأملا مع ذكرياته القديمة.

ونتيجة لهذا الضعف والوهن والتدهور في الملكات العقلية والإدراكية، لدى كباري السن يجعلهم خاضعين أكثر من غيرهم للإيحاء والتأثر بأفكار الغير أو بأفكارهم الخاصة والقديمة وبذلك تصبح شهادتهم غير كافية وغير دقيقة.

وإذا كانت مختلف التشريعات لم تضع حدا أقصى لسن الشاهد أو استثناء كبار ومتقدمي السن من أداء الشهادة فإن الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي في تقدير الشهادة لقبول البعض منها واستثناء البعض الآخر وفقا لقاعدة الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي تجعل الاعتماد على شهادة المسنين من قبل القاضي على قدر كبير من التحري.

قوة الشهادة في الإثبات الجنائي

إذا كانت الكتابة هي أقوى أدلة الإثبات في المسائل المدنية، فإن الشهادة تعتبر أقوى أدلة الإثبات في المسائل الجنائية باعتبارها نقل حي للوقائع كما حدثت بالمشاهدة أو السمع فهي أعطاء صورة حية على الوقائع.

ونظر لأن القضاء المقارن سواء في الجزائر أو مصر أو فرنسا يعطي لمحكمة الموضوع إن تزن أقوال الشاهد وتقدرها التقدير الذي تطمئن إليه دون أن تكون ملزمة ببيان أسباب أخذها بشهادة معينة وطرح أخرى فيما عدى التزامها بقيد المعقولية[86] ص 221.

فلمحكمة الموضوع أن تأخذ بشهادة المجني عليه، أو شهادة قريب للمجني عليه أو المتهم متى إطمأنت إليه وكان ذلك مسايرا للعقل والمنطق، كما يجوز لها تجزأة أقوال الشاهد فتأخذ ما تطمئن إليه وتطرح ما لا تطمئن إليه من أقوال.

وفي هذا تقرر محكمة النقض المصرية في حكمها المؤرخ في 1954/04/12 على أنه:« من المقرر أنه ليس بلازم أن تطابق أقوال الشهود مضمون الدليل الفني بل يكفي أن يكون جماع الدليل القولي غير متناقض - مع الدليل الفني تناقضا يستعصى على الملائمة والتوفيق». كما أقرت في حكم آخر لها مؤرخ في 1955/11/19 على أنه:« وليس لازما أن ترد على الحقيقة المراد إثباتها بأكملها وبجميع تفاصيلها بوجه دقيق إذ يكفي أن تكون من شأنها أن تؤدي إلى تلك الحقيقة باستنتاج سائغ تجرية المحكمة»[86] ص 224. كما إتجه قضاء المحكمة العليا بالجزائر إلى نفس الإتجاه وذلك في قرارها المؤرخ في 1983/11/08 الصادر عن الغرفة الجنائية الأولى إذ قررت:« إن شهادة الشهود كغيرها من أدلة الإثبات يقدرها قضاة الموضوع تبعا لاقتناعهم الشخصي»[26] ص 15.

2.2.3.1.1.1. الاعتراف

يعتبر الاعتراف أحد أقوى أدلة الإثبات القولية باعتباره ناطق على لسان المتهم يقر فيه بمسايرة وموافقة لما أسند له من اتهام من طرف النيابة العامة، ونظرا لأن الاعتراف دليل مشوب بالفطرة ذلك أن الإنسان لا يسعى إلى هلاك نفسه بنفسه[138] ص 179، لهذا نحاول دراسة الاعتراف باعتباره مصدر الأدلة القولية بالتطرق إلى تعريفه وشروط صحته وحجيته في الإثبات وذلك على النحو التالي:

تعريف الاعتراف

نظرا لأهمية الاعتراف في الإثبات الجنائي وأثره البالغ على بناء عقيدة القاضي بالإدانة، تصدى الفقه إلى إعطاء تعريف دقيق للاعتراف إذ عرفه بعضهم بأنه:« إقرار المتهم على نفسه بارتكاب الوقائع المكونة للجريمة كلها أو بعضها»[55] ص 415. كما عرفه البعض الآخر بأنه:« قول صادر عن المتهم يقر فيه بصحة ارتكابه للوقائع المكونة للجريمة بعضها أو كلها وهو بذلك أقوى الأدلة

وسيدها»[60] ص 20. وعرفته المحكمة العليا بالجزائر على أنه:« إقرار المتهم على نفسه، في مجلس القضاء إقرارا صادرا عن إرادة حرة لصحة التهمة المسندة إليه»[26] ص 13.

ونظرا لأهمية الاعتراف تصدت التشريعات المقارنة لتعريفه وبيان حكمه كما أولت المحاكم عناية خاصة له. إذ نص عنه المشرع الجزائري في أحكام المادة 341 من القانون المدني إذ عرف الإقرار وهو اعتراف مقدم أمام القضاء المدني بأنه:« الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة» كما بين حكم الاعتراف في أحكام المادة 213 من قانون الإجراءات الجزائية بقوله:« الاعتراف شأنه كشأن جميع عناصر الإثبات يترك لحرية تقدير القاضي».

شروط صحة الاعتراف

إن الاعتراف لا يستجمع سيادته على الأدلة. ولا تكون له قوة ثبوتية إلا إذا توافرت فيه جملة من الشروط تتمثل في الآتي:

- لا بد أن يكون اعتراف المتهم وإقراراه بارتكاب الجريمة أو إتيان أي فعل حسب التهمة المسندة إليه على نفسه أما أقوال المتهم بالنسبة لغيره من المتهمين فلا يجوز اعتبارها من قبيل الاعتراف.

- يلزم أن يكون اعتراف المتهم على نفسه قد تم في مجلس القضاء أي أمام قضاة الحكم إذ أن قوة الاعتراف وما يرتبه من إجراءات لا تكون إلا إذا تم أمام قضاة الموضوع لذا نصت الفقرة 02 من المادة 271 من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أنه:« وبعد ذلك يسأل المتهم عما إذا كان معترفا بارتكاب الفعل المسند إليه، فإن اعترف جاز للمحكمة الاكتفاء باعترافه والحكم عليه بغير سماع الشهود...». ولا وجود لمثل هذا النص في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

- يلزم أن يكون اعتراف المتهم صريحا لا يحتمل أي تأويل أو تفسير بحيث لا يترك أي استنتاج للقاضي من خلال الألفاظ والعبارات، وإنما لا بد أن يكون إقرار المتهم صريحا باقترافه للجريمة أو عنصر من عناصرها موضوع الاتهام المسند إليه.

- لا بد أن يكون الاعتراف صادرا عن إرادة حرة وإدراك تام وبالتالي يبطل الاعتراف كل ما يؤدي إلى انعدام الإدراك وحرية الاختيار، فأي عيب يصيب الإرادة كالغش والتدليس والإكراه يؤدي إلى بطلان القول وبالتالي بطلان الاعتراف[138] ص 192.

صحة الاعتراف وقوته في الإثبات

نظرا لأن الخصومة الجنائية تمر بثلاثة مراحل مرحلة جمع الاستدلالات التي يقوم بها ضباط الشرطة القضائية ومرحلة التحقيق التي يقوم بها قضاة التحقيق ومرحلة المحاكمة التي يشرف عليها قضاة الحكم، وتتميز مهمة هذه الهيئات الثلاثة في البحث عن الحقيقة باتخاذ مجموعة من الإجراءات والآليات ومنها سؤال وإستجواب المتهم وما يترتب على ذلك من إقرارا واعتراف قد يدلي به المشتبه فيه

أو المتهم الأمر الذي يستلزم علينا التطرق إلى قوة وحجية الاعتراف في هذه المراحل الثلاثة من مراحل الخصومة الجنائية.

حجية الاعتراف الصادر أمام سلطة الاستدلال

إن مهمة جمع الاستدلالات تعد من مهام ضباط الشرطة القضائية طبقا لأحكام المادة 12 ومايليها من قانون الإجراءات الجزائية، وبالتالي إذا اعترف المشتبه فيه أمام الضبطية القضائية عند قيامها بإجراء التحقيقات الأولية طبقا للمادة 17 من قانون الإجراءات الجزائية فهل له نفس قيمة الاعتراف المدلى به أمام قاضي الحكم؟ بمعنى ما هي القيمة القانونية لهذا الاعتراف المدلى به أمام الضبطية القضائية بمناسبة القيام بالتحقيقات الأولية؟

إن الاعترافات التي تحصل من طرف المشتبه فيه أمام الضبطية القضائية ليست لها قيمة الاعتراف المدلى به أمام قضاة الحكم وهذا على اعتبار أن الضمانات القانونية غير متوفرة، بالإضافة إلى أن الاعتراف يكون ناتج استجواب سليم روعيت فيه كل حقوق الدفاع في حين أن سماع المشتبه فيه بمحضر الضبطية القضائية لا يرقى إلى الاستجواب وبالنتيجة لا يرقى تصريح المشتبه فيه إلى اعتراف[85] ص 159.

غير أن المشرع الجزائري منح بعض المحاضر قوة مطلقة في الإثبات لا يمكن إثبات عكس ما دون فيه إلا عن طريق الطعن بالتزوير مثل محاضر الجمارك، إذ أنه طبقا لأحكام المادة 254 من قانون الجمارك فإن الاعترافات الواردة في المحاضر الجمركية ملزمة للقاضي.

ولقد أكدت المحكمة العليا الحجية المطلقة للاعترافات المدونة على محاضر بعض الموظفين الذين لهم صفة الضبطية القضائية في حدود اختصاصهم مما يمثل ذلك خروجا على القاعدة الجوهرية والشرط الأساسي في الاعتراف المعتبر قانونا من أنه ذلك الإقرار الذي يتم أمام ساحة القضاء، إذ قررت المحكمة العليا في قرار لها مؤرخ في 1984/03/17:« أن محاضر مفتشي العمل المثبتة للجرائم المتعلقة بتشريع العمل لها حجيتها إلى أن يطعن فيها بالتزوير». وفي قرار لها آخر مؤرخ في 1985/06/10 إذ قررت:« أن الاعترافات والتصريحات الواردة في المحاضر الجمركية لها قوة الإثبات إلى أن يثبت العكس طبقا للمادة 254 من قانون الجمارك لذلك لا يجوز لقضاة الاستئناف استبعاد اعتراف المتهم الوارد في المحضر الجمركي على أساس أن لهم السلطة المطلقة في تقدير هذا الاعتراف طبقا للمادة 213 إجراءات جزائية مخالفين هكذا أحكام المادة 254 فقرة 02 من قانون الجمارك التي تنص صراحة على أن محاضر الجمارك تثبت صحة ما ورد فيها من تصريحات واعترافات ما لم تثبت العكس»[26] ص 20، 21.

حجية الاعتراف الصادر أمام وكيل الجمهورية

لقد منح المشرع الجزائري لوكيل الجمهورية مهام التحقيق استثناءا وذلك في الجرائم المتلبس بها وهذا بصريح المادة 59 من قانون الإجراءات الجزائية إذ أجازت لوكيل الجمهورية في حالة الجريمة المتلبس بها إذا لم يقدم المتهم الضمانات الكافية لحضور جلسة المحاكمة، وكان الفعل المقترف مما يعاقب عليه بالحبس، ورأى أن الواقعة لا تستدعي فتح تحقيق قضائي، لوكيل الجمهورية أن يقوم باستجواب المتهم وتدوين أقواله على محضر رسمي وإيداعه الحبس المؤقت ليمتثل لأقرب جلسة على ألا تتجاوز مدة الحبس المأمور بها 8 أيام.

غير أن السؤال المطروح في حالة ما إذا إعترف المتهم في محضر الاستجواب بكل الأفعال المنسوبة إليه، ماهي قيمة وحجية هذا الاعتراف لاسيما وأن وكيل الجمهورية طرفا في الخصومة الجزائية يوم الجلسة قد يستغل هذا الاعتراف ضد المتهم؟

لقد أجابت المحكمة العليا بعدة قرارات لها عن هذا الإشكال مستقرة على أن الاعتراف المدلى به من طرف المتهم أمام وكيل الجمهورية في الجنحة المتلبس بها هو اعتراف قضائي له حجية الاعتراف المصرح به أمام قضاة الحكم إذ أقرت في قرار لها مؤرخ في 12 /06/ 1984 على أنه:«من بين الأدلة المحددة قانونا على سبيل الحصر الإقرار القضائي الذي يحصل أمام القضاة كإعتراف المتهم أثناء استجوابه من طرف وكيل الجمهورية بأنه زنى بالمتهمة»[149] ص 279. وقضت في قرار آخر مؤرخ في 1984/01/12 على أنه:« من المقرر قانونا أنه من بين الأدلة لإثبات جريمة الزنا الإقرار القضائي ومن ثم فإن الاعتراف بهذه الجريمة أمام قاضي من قضاة النيابة يعتبر إقرارا قضائيا يلزم صاحبه»[149].

حجية الاعتراف الصادر أمام قاضي التحقيق والمدون في محاضر التحقيق الابتدائي

إن قاض التحقيق وهو في سبيل الوصول إلى الحقيقة يقوم بجميع الإجراءات التي تساعده في جمع الأدلة، فقد يعترف أمامه المتهم أثناء استجوابه ويتم تدوين ذلك في محضر الاستجواب وبالتالي فالسؤال المطروح ماهي حجية هذا الاعتراف وماهي قوة هذه المحاضر؟

بالرغم من أن هذه المحاضر لها قوة الورقة الرسمية حسبما هو مستقر في أحكام المادة 324 من القانون المدني ولا يمكن دحض ما ورد فيها إلا عن طريق الطعن بالتزوير. طبقا للمادة 324 مكرر 5 من القانون المدني. إلا إن هذه القاعدة لا تجد مجالها في المسائل الجزائية ذلك أن المحكمة العليا وفي عدة قرارات لها صاغت قاعدة عامة مفادها أن محاضر التحقيق التي يحررها قاضي التحقيق وما تحتويه هذه المحاضر من اعترافات تخضع في كل الأحوال لتقدير المحكمة حسب المادة 213 من قانون الإجراءات الجزائية[85] ص 165.

فالمحكمة غير مقيدة بالاعتراف الوارد في محاضر التحقيق فلها أن تأخذ به عندما تطمئن له بالرغم من نكران المتهم في المحكمة، ولها أن تطرحه ولا تأخذ به إذا ثبت لديها عدم صحته، وهذا الموقف محل نظر إذ أن المحكمة العليا في قرارات سابقة الإشارة إليها – اعتبرت أن الاعتراف المدلى به أمام وكيل الجمهورية بمناسبة استجوابه للمتهم في الجريمة المتلبس بها، وكذا الاعترافات الواردة في المحاضر الجمركية له قوة الاعتراف القضائي ولا يمكن لقضاة الموضوع استعمال سلطتهم التقديرية المنوه عنها في أحكام المادة 213 من قانون الإجراءات الجزائية التي تجعل من الاعتراف شأنه شأن بقية أدلة الإثبات يخضع للسلطة التقديرية للقاضي الجزائي، وباعتبار أن وكيل الجمهورية والضبطية القضائية – الجمارك يعتبرون خصوم في الدعوى العمومية ورغم ذلك يؤخذ بالاعتراف المدلى به أمامهم وبالرغم من عنصر الإكراه المعنوي الذي يعتري المتهم أثناء الإدلاء بأقواله أمامهم، بالمقارنة لحياد قاضي التحقيق عن أطراف الخصومة ومحاولة البحث عن الحقيقة إذ اعتبرت المحكمة العليا أن الاعتراف المدلى أمام قاضي التحقيق لا حجة له بالمقارنة مع الاعتراف المدلى أمام وكيل الجمهورية وفي ذلك مفارقة خطيرة في تحديد قوة أدلة الإثبات.

حجية الاعتراف الصادر في مرحلة المحاكمة

لقد وضع المشرع المصري في قانون الإجراءات الجنائية قاعدة إجرائية في حالة الاعتراف الذي يدلي به المتهم أثناء المحاكمة[60] ص 106 وذلك في الفقرة 02 من المادة 271 مفادها:« وبعد ذلك يسأل المتهم عما إذا كان معترفا بارتكاب الفعل المسند إليه، فإن اعترف جاز للمحكمة الاكتفاء باعترافه والحكم عليه بغير سماع الشهود، وإلا فتسمع شهادة شهود».

وتطبيقا لهذه القاعدة فإن المتهم الذي يعترف أمام المحكمة ما نسب إليه يمثل حجة قاطعة عليه متى رأت المحكمة ذلك كافيا للإدانة باعتبار الأمر جوازي للمحكمة، غير أن من الناحية العملية ونظرا لكثرة الملفات المطروحة أمام الجهات القضائية الجزائية فإن تطبيق هذه القاعدة إدانة المتهم أو الحكم عليه مباشرة بمجرد اعترافه أمرا سائغا طبقا للمادة المذكورة أعلاه مما يعطى له حجية مطلقة بنص القانون.

غير أنه لا وجود لمثل هذا النص في التشريع الجزائري وبالتالي وإذا كان الاعتراف الصادر عن المتهم خلال جميع مراحل الخصومة الجنائية بترك تقدير لسلطة المحكمة باعتباره مثله مثل بقية أدلة الإثبات الأخرى، فإن هذه المسألة لا تترك على إطلاقها ذلك أن للاعتراف وقع كبير على عقيدة القاضي بما له من تأثير باعتباره يتعلق بالفطرة البشرية التي تأبى العقاب وبالتالي للاعتراف قوة كبيرة وأثر بالغ على وقع المحكمة.

3.3.1.1.1. الدليل الفني

الدليل الفني هو النتيجة التي يمكن الوصول إليها من خلال الاختبارات العلمية والمعملية[39] ص 25 التي يقوم بها الخبراء بصفة عامة أو الشرطة العلمية بصفة خاصة، وكذا الطب الشرعي في الأضرار الجسمانية التي تصيب الضحايا.

ويصدر الدليل الفني من أهل الخبرة، إذا ما تعلق الأمر بمسائل علمية فنية أو طبية لا يستطيع القاضي بحكم تكوينه العلمي والمعرفي أن يصل إلى إصدار حكمه إلا بالاعتماد على النتائج والاستفسارات التي يقدمها له الخبير الفني أو الطبيب الشرعي، لذا نتطرق إلى تحليل أولا الخبرة الفنية وثانيا الطب الشرعي، ومدى سلطة القاضي الجنائي في تقدير الدليل الفني وذلك على النحو التالي:

1.3.3.1.1.1. الخبرة الفنية

الخبرة الفنية هي عبارة عن استشارة فنية يستعين بها القاضي (قاضي التحقيق في مرحلة التحقيق الابتدائي، قاضي الحكم في حالة البحث التكميلي) لتقدير المسائل ذات الطابع الفني أو التقني التي يحتاج تقديرها إلى معرفة فنية أو علمية لا تتوافر لدى قاضي التحقيق بحكم تكوينه.

وقد نص المشرع الجزائري في أحكام المادة 143 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه: «لجهات التحقيق أو الحكم عندما تعرض لها مسألة ذات طابع فني أن تأمر بندب خبير إما بناءا على طلب النيابة العامة وإما من تلقاء نفسها أو من الخصوم». لذا نتطرق إلى تحليل موضوع الخبرة الفنية كمصدر للدليل الفني بالتطرق إلى موضوعها وكيفية ندب الخبير وسيرها وذلك على النحو الآتي:

موضوع الخبرة

إن موضوع الخبرة هو الإجابة على مسألة فنية وعلمية قد يتوقف عليها اتهام الشخص أو تحديد الجهة القضائية المختصة بإعطاء التكييف القانوني للجريمة على ضوء نتائج الخبرة لذا أجاز المشرع في أحكام المادة 143 لكل جهة من جهات القضاء سواء التي تجلس للتحقيق أو الحكم أن تأمر بندب خبير في موضوع علمي معين[4] ص 113.

ونظرا لأهمية الخبرة في الوصول إلى الدليل المادي فإن المشرع الجزائري بتعديله للمادة 143 من قانون الإجراءات الجزائية بموجب القانون رقم 22/06 المؤرخ في 2006/12/20 قد أشرك جميع أطراف الخصومة الجزائية (النيابة العامة، الطرف المدني والمتهم أو محاميه) لطلب ندب خبير.

كيف يتم ندب الخبير

إذا طرحت على قاضي التحقيق مسألة ذات طابع فني يستدعي أخذ رأي أهل الخبرة فإن المشرع الجزائري في أحكام المادة 144 من قانون الإجراءات الجزائية أعطى لقاضي التحقيق سلطة اختيار

خبير أو أكثر من الخبراء المذكورين في الجدول بعد استطلاع رأي وكيل الجمهورية، غير أنه أجاز له المشرع بصفة استثنائية وبقرار مسبب تعين خبير غير مقيد بالجدول.

إشراف قاضي التحقيق على الخبرة

منذ اللحظة الأولى التي يتم فيها ندب الخبير فإن قاضي التحقيق يقوم بالإشراف على الخبرة، إذ يحدد له مهمته والمسألة الفنية المراد معرفتها، كمعرفة هل أن التوقيع الوارد على الشيك، أو معرفة مواطن التزوير في وثيقة رسمية وكيف تم هذا التزوير، كما يحدد له المدة الزمنية التي يتعين عليه إنهاء خبرته بشأنها وذلك بإعداد تقرير مفصل على ذلك يتم عرضه على قاضي التحقيق. الذي يتعين عليه بدوره عرضه على أطراف الخصومة الجزائية لإبداء الرأي بشأنه.

2.3.3.1.1.1. الطب الشرعي

على الرغم من أن الطب الشرعي يدخل ضمن ندب الخبراء حسبما هو وارد في أحكام المادة 143 من قانون الإجراءات الجزائية، إلا أنه نظرا لأهمية الطب الشرعي في الجرائم الماسة بالسلامة الجسدية للإنسان أو حياته ارتأيت أن أخصص له عنوان مستقل.

تعريف الطب الشرعي

يعرف الطب الشرعي بأنه تلك المساحة من الممارسة الطبية المعنية بتتبع الحقائق الطبية لتقديمهما كأدلة أمام المحاكم المختلفة جزائية كانت أم مدنية.

وإذا كانت القاعدة التي يسوقها الفقه في إنجلترا والمعروفة بقواعد الاستبعاد من ضرورة عدم قبول رأي الشاهد كدليل، فإن الطبيب باعتباره شاهدا على مسألة ذات طابع فني فإنه استثناءا لا يمكن قبول رأيه إلا إذا توافرت الشروط التالية[122] ص 357:

- أن يكون الموضوع من النوع الذي لا يتسنى القطع فيه برأي موثوق به إلا من خلال دراسات محددة أو خبرة.
- أن يكون الشاهد – المقصود الطبيب- مؤهلا تأهيلا مناسبا.
- أن يذكر الشاهد (الطبيب الشرعي) كل الحقائق التي بنى عليها رأيه.
- أن يكون الرأي مستندا إلى حقائق ثابتة مستخدما وسائل وأسس متعارف عليها بين العلماء وموثوق بها.

مجالات الطب الشرعي

تتمثل مجالات وأهداف الطب الشرعي في تزويد الجهات القضائية بالمعلومات العلمية الكافية في فحص الوفاة والجروح المختلفة.

الطب الشرعي في حالة الوفاة

يتحدد الدور الرئيسي للطب الشرعي في حالة الوفاة بتحديد عدة نقاط هامة حتى يستطيع وكيل الجمهورية اتخاذ إجراءات الاتهام وقاضي التحقيق مباشرة التحقيق:

- تحديد سبب الوفاة حتى يمكن التفرقة بين الوفاة الطبيعية والوفاة الجنائية.
- تحديد الطريقة الفسيولوجية التي حدثت بها الوفاة والسبب المباشر الذي حدث في أجهزة الجسم الحيوية.
- تحديد زمن حدوث الوفاة على وجه الدقة بقدر المستطاع وهذا لما لتاريخ حدوث الوفاة ووقتها أهمية قصوى[139] ص 243.

دور الطب الشرعي في حالة تشخيص الجروح:

الجروح هي تباعد في أنسجة الجسم والتي ينشأ عنها جميع التغيرات الظاهرة أو الباطنية المصحوبة بتفرق اتصال الجلد، وتقاس هذه الجروح من حيث طولها وعرضها وعمقها وما إذا كانت الوسيلة المستعملة حادة كالسكاكين والزجاج أو أجسام صلبة كالحجارة ويعتبر تقرير الطبيب الشرعي أساس لمعرفة ما أثر هذه الإصابة على صحة الضحية ويبرز خطورة الأفعال وبالتالي استنتاج خطر المتهم.

ويعتبر تقرير الطبيب الشرعي ذا أهمية للقاضي لمعرفة مدى احتمالية أن تنتهي الإصابة أو الجرح بعاهة مستديمة وما إذا كان يجب إخضاع المصاب مرة ثانية للخبرة الطبية بعد مدة معينة، كما أنه يحدد مدة العجز عن العمل التي تعد فاصلة وأساسية في تكييف الواقعة إلى الجنحة أو مجرد مخالفة.

2.1.1. شروط الدليل الجنائي ووظيفته الإثباتية

حتى يكون الدليل الجنائي قادرا على تكوين اليقين لدى القاضي الجزائي لا بد أن تتوافر فيه جملة من الشروط البعض منها مستقاة من نصوص القانون والبعض الآخر تم استنتاجه من الممارسة القضائية. ومتى توافرت في الدليل شروطه الأساسية تحققت لديه وظيفته الأساسية في الإثبات.

لذا سنحاول في هذا المبحث التطرق إلى شروط الدليل الجنائي في المطلب الأول على أن نخصص المطلب الثاني إلى الوظيفة الإثباتية للدليل الجنائي.

1.2.1.1. شروط الدليل الجنائي

يجب أن تتوافر في الدليل الجنائي جملة من الشروط لإقامة اقتناع القاضي في إصدار حكمه سواءا بالإدانة أو البراءة، وتتمثل هذه الشروط في أن يكون الدليل ملائما، ومشروعا، ويقينيا ونعرض

لهذه الشروط في ثلاثة فروع متتالية، إذ نتطرق في الفرع الأول إلى كون الدليل الجنائي ملائما، ثم نتطرق في الفرع الثاني إلى كون الدليل يقينيا، على أن نفرد الفرع الثالث إلى كون الدليل مشروعا وذلك على النحو التالي:

1.1.2.1.1. كون الدليل الجنائي ملائما

يقصد بالدليل الملائم أن يكون الدليل المتحصل عليه أثناء التحري والتحقيق القضائي والمقدم في الدعوى العمومية ذا قيمة أساسية سواء من حيث وجود الواقعة الإجرامية أو من حيث نسبتها للمتهم[39] ص 54 ويقوم الدليل الملائم على عنصرين هما العنصر العقلي والعنصر المادي.

1.1.1.2.1.1. العنصر العقلي

بمقتضى هذا العنصر يكون الدليل منطقيا أي يتجه إلى إثبات الواقعة أو نفيها وفقا لمقضياة العقل والمنطق، مثال ذلك أن الدليل المقدم في جنحة قيادة سيارة في حالة سكر لا يكفي فقط وجود قارورة خمر في المقعد الخلفي للسيارة، بل لا بد من إثبات أن السائق كان يقود السيارة تحت تأثير الخمر ولا يتأتى ذلك إلا عن طريق إثبات وجود كمية من الخمر في دمه عن طريق الخبرة، وهنا يتوافر العنصر العقلي للدليل الملائم.

2.1.1.2.1.1. العنصر المادي

يقصد بالعنصر المادي للدليل الملائم، أن يكون الدليل الأكثر وزنا في الدعوى، بمعنى أن يحمل الدليل، في ذاته القدرة على إقناع القاضي بثبوت عناصر الجريمة ونسبتها للمتهم ويترتب على هذا المفهوم للعنصر المادي للدليل الجنائي ألا يحكم القاضي بعلمه الشخصي[39] ص 55، ومتى توافرت في الدليل عنصراه العقلي والمادي اعتبر الدليل ملائما.

2.1.2.1.1. كون الدليل يقينيا

يجب أن يكون الدليل مبنيا على الجزم واليقين إذا أراد القاضي أن يستند إليه في إصدار حكمه وهذا ما يعرف بيقينية الدليل الجنائي، وحتى يمكن لنا تحليل هذا الشرط يجدر بنا التطرق إلى مفهوم يقينية الدليل الجنائي وعناصره وذلك على النحو التالي:

1.2.1.2.1.1. مفهوم يقينية الدليل الجنائي

يقصد باليقين عبارة عن حالة ذهنية أو عقلانية تؤكد وجود الحقيقة، ويتم الوصول إليها عن طريق نوعين من المعرفة، المعرفة الحسية والمعرفة العقلية.

المعرفة الحسية: وهي تلك المعرفة التي يدركها القاضي أو المحقق بحواسه، إذ عند معاينته لمسرح الجريمة عن طريق حواسه لا يمكنه معاينة الفعل الجنائي لحظة وقوعه وإنما يعاين فقط النتائج التي ترتبت على السلوك الإجرامي.

المعرفة العقلية: وهي تلك المعرفة التي توصل إليها القاضي أو المحقق عن طريق التحليل أو الاستنتاج إذ يمكنه بإعمال العقل التوصل إلى الكيفية التي تمت بها الجريمة والأداة التي استخدمت والآثار التي تدل على شخصية مرتكبها ومراحل تنفيذها من قبل فاعلها كما حدثت على أرض الواقع[101] ص 623، 624.

وبالتالي فإن الدليل الجنائي حتى يكون مؤثرا وكافيا لإصدار الحكم القضائي لا بد أن يكون مبنيا على الجزم واليقين لا مجرد الشك والتخمين.

2.2.1.2.1.1. عناصر اليقين في الدليل الجنائي

حتى يكون الدليل الجنائي كافيا لإقامة الإقتناع لدى القاضي الجزائي لا بد من توافر عناصره وهي العنصر الشخصي لليقين القضائي والعنصر الموضوعي.

العنصر الشخصي لليقين: يكمن العنصر الشخصي لليقين، في الارتياح الداخلي الذي يصاحب القاضي أو المحقق عند الأخذ بدليل معين من أنه يعتمد عليه في قضائه، بما يرتاح إليه ضميره وإلى هذا المعنى نص المشرع الفرنسي في أحكام المادة 304 من قانون الإجراءات الجزائية المعدلة بموجب القانون المؤرخ في 2000/06/15، وهو نفس الإتجاه الذي اتجه إليه المشرع الجزائري في أحكام المادة 307 من قانون الإجراءات الجزائية كما عبر قانون الإجراءات الجنائية المصري على العنصر الشخصي لليقين القضائي وذلك في أحكام المادة 202 عندما قرر أنه:«يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حرية».

والعنصر الشخصي لليقين القضائي هو أمر نسبي تتفاوت فيه التقديرات لدى القضاة باعتباره أمر نفسي.

العنصر الموضوعي لليقين: يقصد بالعنصر الموضوعي في يقينية الدليل الجنائي هو أن يكون الدليل الذي اقتنع به القاضي هو أفضل دليل ممكن للبرهنة على ثبوت الواقعة ضد المتهم، بمعنى أنه يحمل في

طياته معالم قوته في الإقناع، بحيث يكون دليل الإدانة وجوهره هو صلاحيته بمفرده للحسم بوجود صلة بين الجريمة المقترفة وبين الشخص المتهم باقترافها[54] ص 588.

ويتم استنباط مدى توافر العنصر الموضوعي لليقين في دليل الإدانة من خلال تسبيب الأحكام، باعتبار أن التسبيب هو مظهر يبين بوضوح العوامل والظروف التي جعلت القاضي يقتنع بهذا الدليل لما حمله هذا الأخير من يقينية.

3.1.2.1.1. كون الدليل مشروعا

إذا كانت القاعدة المستقرة في الفقه والتشريع والقضاء المقارن، أنه لقبول الدليل أمام القضاء الجنائي لا بد أن يكون مشروعا بمعنى تم الوصول إليه وتقديمه إلى القضاء بطريق مشروع في إطار احترام حقوق الدفاع وقيم العدالة وأخلاقياتها، غير أن هذه القاعدة لا تؤخذ على إطلاقها إذ أن قاعدة شرعية الدليل تعرف في المحيط الإجرائي المقارن ثلاثة مواقف متباينة.

الاتجاه الأول يطبق قاعدة استبعاد الأدلة غير المشروعة بصورة جامدة ومطلقة، بحيث يجب استبعاد كل الأدلة المتحصل عليها بطرق غير مشروعة من ملف الدعوى، بينما الاتجاه الثاني يرى بأن المهم هو الوصول إلى الحقيقة وتعلق الدليل بالدعوى والواقعة المراد إثباتها بغض النظر عن كيفية الوصول والحصول على الدليل سواء كان بطريقة مشروعة أو غير مشروعة، بينما اتجاه ثالث يقف في حل وسط فلا يبني قاعدة عامة لكل الاتجاهات بل ينظر إلى كل واقعة على حدى فيمكن الأخذ بدليل غير مشروع إذا كان الاعتداء على مصلحة عامة للمجتمع، بينما لا يجوز الأخذ بالدليل غير المشروع إذا وقع الاعتداء على حقوق فردية عن طريق الموازنة بين مصلحة المجتمع ومصلحة الفرد[8] ص 39.

وقد كان لهذه الاتجاهات الثلاثة المتباينة انعكاساتها على الفقه والتشريع لذا سنحاول التطرق إلى هذه الاتجاهات الثلاثة تبعا وذلك على النحو التالي:

1.3.1.2.1.1. الاتجاه الأول: قاعدة قبول الدليل غير المشروع

لقد كان للاتجاه الفقهي المؤيد لقاعدة قبول الدليل غير المشروع أمام القضاء الجنائي عدة مبررات أثرت إلى أبعد حد على التشريع وهذا ما سنتطرق إليه تبعا وذلك على النحو الآتي:

مبررات مبدأ قبول الدليل غير المشروع

ثمة عدة اعتبارات ومبررات استند إليها أنصار مبدأ قبول الدليل أيا كان مصدره لتدعيم هذا المبدأ والتأكيد على ملائمته في السياسة التشريعية المعاصرة وفائدته من الناحية العملية، ويمكن جمع أبرز الحجج والمبررات التي يقدمها الفقه المقارن في النقاط التالية:

- إذا كان احترام حقوق الإنسان من العناصر الأساسية التي تقوم عليها النظم الديمقراطية في الوقت الحالي، إلا أن احترام هذه الحقوق لا يجب أن تكون مطلقة، ولا يمكن أن نقبل بانهيار النظام الاجتماعي بسبب احترام مبالغ فيه لهذه الحقوق والحريات، فاحترام هذه الحريات يجب أن يتراجع أحيانا أمام الضرورات الملحة لحماية النظام الاجتماعي.

- إن الدور الهام الذي تقوم به الدولة في حماية النظام الاجتماعي والمواطنين في ذات الوقت يقتضي بالضرورة السماح للسلطة أن تتمتع ببعض الاستثناءات في سبيل حماية المجتمع وذلك للمساس بحريات المواطنين[104] ص 702، 703.

- لا خوف على استخدام الأدلة غير المشروعة أمام سيطرة نظرية الاقتناع الحر للقاضي الجزائي في الوقت الراهن فله أن يأخذ بأي دليل إطمئن إليه فله أن يستبعد دليل مشروع "شهادة شاهد" وأن يأخذ بدليل تصريح متهم تم عن طريق تسجيل ميكروفوني غير مشروع.

- يرى البعض من مؤيدي مبدأ القبول على أنه من غير المنطقي ومن غير الجائز إطلاق سراح جاني خطير لا لسبب إلا لأن دليل إدانته الوحيد قد تم الحصول عليه من خلال خطأ الضابط هذا ما يؤدي بالمحكمة أن تواجه خطأين، خطأ المتهم من ارتكاب الجريمة، وخطأ الضابط الذي باشر الإجراء المعيب والذي جعل المتهم يفلت من العقاب كفساد الدليل الأمر الذي أدى بالبعض إلى القول بأن قاعدة الاستبعاد عند تطبيقها بحجة حماية الحريات الفردية ليستفيد منها المجرمين وحدهم هذا ما يؤدي إلى إعاقة مكافحة الجريمة وملاحقة المجرمين[8] ص 168.

- إن استبعاد الدليل لمجرد مخالفة القانون الإجرائي عند البحث عنه أو الحصول عليه يؤدي إلى احتقار القانون من طرف الكافة ويهدم نزاهة القضاء ويؤدي إلى فقدان الجمهور الثقة في نظام العدالة الجنائية وفي السلطة العامة القائمة عليها.

موقف التشريعات التي اعتنقت مبدأ القبول

تطبيقا للمبررات التي ساقها الفقه في تدعيم مبدأ قبول الدليل غير المشروع أخذت بعض التشريعات بهذا المبدأ وأبرزها التشريعان الإنجليزي والكندي.

موقف التشريع الإنجليزي

اعتنق التشريع الإنجليزي منذ أمد بعيد سواء في إطار قواعد "الكومون لو" التقليدية غير المكتوبة أو وفقا لقانون الشرطة والإثبات الجنائي الصادر سنة 1984 بمبدأ قبول الدليل غير المشروع أمام المحاكم الجنائية. وذلك اعتمادا على مبدأ الأخذ بالدليل المؤثر الذي له حجة قوية في موضوع الدعوى بغض النظر عن طريق الحصول عليه.

ويستند القضاء الإنجليزي في هذا الشأن إلى ضرورة التوصل إلى الحقيقة أيا كان الثمن، فالدليل غير المشروع يكون مقبولا أمام القضاء طالما كان مؤثرا ومتعلقا بموضوع الدعوى فإعتبارات الوصول إلى الحقيقة أولى بالرعاية من اعتبارات أخرى.

ومن أهم التطبيقات القضائية لقاعدة قبول الدليل غير المشرع أمام المحاكم الإنجليزية نطرح قضيتين الأولى في إطار قواعد "الكومون لو" العرفية غير المكتوبة والثانية حدثت في إطار قانون الشرطة والإثبات الجنائي الصادر سنة 1984 أين يظهر بوضوح أن المبدأ العام لقبول الدليل غير المشروع ظل راسخا في الاتجاه القضائي الإنجليزي.

ففي قضية على وحسين التي حدثت سنة 1966 وهما من رعايا باكستان حيث أتهما بالقتل وأدليا بأقوال تدينهما أثناء الحديث بلغة البنجاب وذلك بعد أن أخفى البوليس ميكروفون في غرفة مسكنهما بقصد مراقبة أحاديثهما دون إذن من السلطة القضائية المختصة، وعند عرض الموضوع أمام المحكمة المختصة وفي ردها على الدليل المتحصل عليه بطريقة غير مشروعة قبلت هذا الدليل وقررت في حكمها:«إن الدليل الذي يثبت التجريم مقبول أيا كان مصدره ولا يهم في هذا ما إذا كان البوليس القائم بالتسجيل قد حصل على إذن من الجهات المختصة أم لم يفعل ما دام لم يقوم بأي عمل من أعمال القمع والقسر»[104] ص 709.

وفي قضية حديثة نسبيا مؤرخة سنة 1996 وهي قضية R. V Khan Sultan، كان شخص قد اتهم مع شخص آخر بجلبهما كمية من مادة الهيروين وأطلق سراحه دون اتهام لعدم كفاية الأدلة، لكن الشرطة تعقبته بعد ذلك في زيارة له لمنزل صديقه، ووضعت جهاز تنصت في منزل الجار دون علم هذا الأخير ومن خلال تسجيل المحادثة اعترف الشخص المذكور بأنه كان مساهما في جلب كمية الهيروين التي أخلى سبيله عنها لعدم كفاية الأدلة، وقدم للمحاكمة واعترف أن صوته كان من الأصوات المسجلة على الشريط.

وقد اعتبر قاضي الموضوع أن الدليل المتحصل عليه يعد دليلا مقبولا، وقد أيدت محكمة الاستئناف هذا الحكم وهذا الرأي، غير أنه سمحت للمتهم الحق في الطعن أمام مجلس اللوردات تأسيسا على أن القضية تثير مسألة قانونية هامة وهي مدى قبول الدليل المتحصل عليه من خلال محادثة هاتفية مسجلة بجهاز تنصت وضعته الشرطة في منزل جار دون علم المالك أو الحائز للمنزل.

وقد قدم دفاع المتهم أمام مجلس اللوردات بوجوب استبعاد الدليل المتحصل عليه، المذكور أعلاه – تطبيقا لأحكام المادة 78 من قانون الشرطة والإثبات الجنائي على أساس أن الدليل تم الحصول عليه بطريق غير مشروع وفيه انتهاك لحرمة الحياة الخاصة، وقبوله في الظروف المشار إليها يعد إخلالا بحق المتهم في المحاكمة النزيهة، وهو الحق الذي تكرسه الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

غير أن مجلس اللوردات أقر بالتحليل الذي جاءت به المحكمة مؤسسا ذلك على أن المحكمة قررت أن الظروف التي تم فيها تحصيل الدليل، حتى ولو كانت تشكل خرقا للحق في حرمة الحياة الخاصة لا تنطوي على خطر الإخلال بنزاهة الإجراءات على نحو يتعين معه استبعاد الدليل وفقا للمادة 78 المشار إليها[8] ص 78. وبهذا الرأي الذي جاء به مجلس للوردات كرس مبدأ قبول الدليل غير المشروع في النظام القضائي الإنجليزي.

موقف التشريع الكندي

إن القاعدة في القانون الكندي كما كرستها المحكمة العليا الكندية هي قبول كافة أدلة الإثبات أمام القضاء الجنائي أيا كانت طريقة تحصيلها طالما كانت تلك الأدلة مرتبطة بالنزاع القائم، وقد استقر القضاء على إعطاء سلطة تقديرية للقضاة في استبعاد الأدلة التي تنطوي على إضرار جسيم بالمتهم أو ذات القوة الإقناعية التافهة أو ذات قبول واه.

وقد تأكد اتجاه القضاء الكندي بالأخذ بالدليل غير المشروع طالما كان منتجا في الإثبات وهذا في قضيتن حديثتين، قضية Sweitzer c la Reine سنة 1982، وقضية Seaboyer C R سنة 1991 إذ قررت المحكمة العليا فيها قاعدة أصلية مفادها قبول كافة الأدلة طالما كانت منتجة في الإثبات ولو تم تحصيلها بطرق غير مشروعة مع الاعتراف لمحكمة الموضوع بحقها في استبعاد الدليل الذي يؤدي قبوله المساس بالعدالة.

2.3.1.2.1.1. الاتجاه الثاني: قاعدة استبعاد الأدلة غير المشروعة

لقد كانت للمبررات الفقهية لقاعدة استبعاد الأدلة غير المشروعة عظيم الأثر في إقناع أغلب التشريعات اللاتينية والعربية، وكذا الأمريكية بقاعدة الاستبعاد على النحو الآتي بيانه:

مبررات قاعدة استبعاد الأدلة غير المشروعة

يتجه أغلب الفقه الجنائي المقارن إلى قاعدة استبعاد الأدلة غير المشروعة، بحيث لا يعتد في الحكم الجنائي لإدانة المتهم إلا على الأدلة التي تم الحصول عليها بطريقة مشروعة، باعتبار أن ذلك أنجع لتحقيق سياسة جنائية فعالة تحقق التوازن في حماية الفرد في عدم انتهاك حقوقه الدستورية وحماية حق المجتمع في الوصول إلى الحقيقة ومتابعة الجاني، ويقدمون لذلك عدة مبررات يمكن جمعها في الآتي:

- إن الإنسان في حماية حقوقه الأساسية بما فيها الحياة الخاصة وحقه في الدفاع وهي حقوق لسيقة بالشخصية والتي لا يجوز التنازل عنها مما يقتضي بالضرورة استبعاد الأدلة غير المشروعة في مرحلة البحث عن الدليل والأخذ به.

- إن للسلطة القضائية القائمة على مباشرة التحقيق والبحث عن الأدلة للوصول إلى الحقيقة لها من الإمكانيات المادية والبشرية التي تمكنها من تحقيق ذلك بالمقارنة للمتهم، وهو أضعف بكثير منها بالرغم من أنه خصم في الدعوى المنظورة أمام المحكمة في مواجهة سلطة الاتهام الممثلة للدولة وبالتالي فإن منح السلطة القضائية لإثبات الجريمة وإدانة المتهم بطرق غير مشروعة إنما هو عودة للأنظمة البوليسية.

- إن الدولة ممثلة في محاكمها لا بد أن تعطي المثل الأعلى في احترام حقوق الإنسان ولا يتأتى ذلك إلا إذا اعتمدت المحاكم في أحكامها على أدلة مشروعة، وبإمتناعها عن الاستناد على الأدلة المتحصل عليها بطرق غير مشروع لا تحقق الوظيفة التربوية والأخلاقية للقانون.

- إن أعمال قاعدة الاستبعاد للأدلة غير المشروعة إلى ردع رجال الشرطة والقائمين على التحقيق وصرفهم عن مخالفة القانون وهم يمارسون مهامهم في جمع الأدلة لأنهم يدركون أن الأدلة المتحصل عليها بطريق غير مشروع سيتم استبعادها.

موقف التشريعات التي اعتمدت مبدأ استبعاد الدليل غير المشروع

لقد كان للمبررات التي ساقها الفقه المقارن للأخذ بمبدأ استبعاد الأدلة غير المشروعة عظيم الأثر على التشريعات المقارنة وعمل القضاء ويتجلى ذلك في بعض التشريعات التي يتم التطرق إليها في هذه الدراسة:

موقف التشريع الأمريكي

بالرغم من أن التشريع الأمريكي ذو الأصل الأنجلوساكسوني المستمد من قواعد" الكومون لو" إلا أنه يتخذ موقفا متميزا من قواعد استبعاد الأدلة غير المشروعة، وقد تشكل هذا الموقف عبر مراحل زمنية ساهمت فيه عدة ظروف خاصة ازدواجية النظام القضائي ما بين الولايات وعلى المستوى الفدرالي[8] ص 84. وإن كان القانون الأمريكي في بدايته وفيا لقواعد "الكومون لو" الإنجليزي والتي تأخذ بالدليل المنتج في الدعوى بغض النظر عن مدى مشروعية مصدره وكيفية الحصول عليه. غير أنه كان لقضية Boyd v. United State لعام 1886 نقطة تحول في اتجاه التشريع الأمريكي إذ أكدت حينها المحكمة الاتحادية العليا أن إجبار الشخص على اتهام نفسه يعد مخالفة للتعديل الدستوري الخامس الذي يقر الحصانة ضد تجريم النفس، إلا أن هذا الحكم لا يجبر المحاكم الاتحادية الأخذ به، ففي حكم شهير للمحكمة الاتحادية عام 1904 ذهبت إلى أنه يسوغ لأي محكمة اتحادية أن تقرر قبول أي دليل منتج في الدعوى دون البحث عن الوسيلة التي تم الحصول على الدليل من خلالها.

ظل النظام الأمريكي يتسم بالازدواجية في مدى الأخذ بالدليل غير المشروع وذلك بين استقرار قضائي لدى المحكمة الاتحادية العليا يقوم على استبعاد الأدلة غير المشروعة باعتبارها مخالفة للتعديل الدستوري الرابع، وبين المحاكم الاتحادية التي ظلت وفية لقواعد "الكومون لو". وهو الأخذ بالدليل

المنتج في الدعوى بغض النظر عن مشروعية الحصول عليه من عدمه إلى أن جاء حكما شهيرا سنة 1961 في قضية Mapp. Y Ohio والذي ذهبت فيه المحكمة الاتحادية العليا على أن التعديل الدستوري الرابع ينطبق كذلك على مستوى الولايات (المحاكم الاتحادية) وبالتالي يتحتم على هذه الأخيرة استبعاد الأدلة المتحصلة بطريقة غير مشروعة.

موقف التشريع الفرنسي

يميز التشريع الفرنسي بين نوعين من البطلان الذي يلحق بأعمال قاضي التحقيق عند البحث عن الأدلة وهما البطلان القانوني والبطلان الجوهري[6] ص 37، فالبطلان القانوني هو ذلك النوع من البطلان الذي يتولى القانون وحده دون غيره تحديد حالات البطلان مسبقا جراء عدم مراعاة الإجراءات الأساسية التي نص عنها القانون، وبالتالي لا يملك القاضي استبعاد دليل معين إلا أذا كان البحث عنه قد تم بمخالفة إجراءات جوهرية نص عنها القانون وهذا تطبيقا لقاعدة لا بطلان بغير نص.

أما البطلان الجوهري فهو ذلك البطلان الذي يلحق عمل قاضي التحقيق عند مخالفته للإجراءات الجوهرية وهي تلك الشكليات التي تمس سلامة المتابعة الجزائية لاسيما عندما تنتهك حقوق الدفاع حسبما هو مقرر في المادة 172 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي التي تنص على أنه:«يتحقق البطلان إذا خولفت النصوص الجوهرية في هذا الفصل».

غير أن المشرع الفرنسي بموجب تعديله للمادة 171 من قانون الإجراءات الجزائية بموجب القانون الصادر في 24 أوت 1993 إذ نصت على أنه:«يتحقق البطلان عندما يترتب على إغفال إجراء جوهري منصوص عليه في قانون الإجراءات الجزائية أو بنص إجرائي آخر فيه مساس بحقوق الطرف المعني». وبعدما كان المشرع الفرنسي يقصر طلب إلغاء الإجراء المشوب بعيب البطلان أو اعتماده على دليل تم الحصول عليه بإجراءات غير مشروعة على قاضي التحقيق أو وكيل الجمهورية الذين لهما وحدهما طبقا للمادة 171 من قانون الإجراءات الجزائية الملغاة طلب ذلك أمام غرفة الاتهام، أصبح بموجب تعديل المادة 170[6] ص 22 من قانون الإجراءات الجزائية بالقانون رقم 93 -2 المؤرخ في 1993/01/04 التي أجازت لأطراف الدعوى خلال مرحلة التحقيق القضائي وحتى أثناء مرحلة البحث التمهيدي من إخطار غرفة الاتهام من أجل إلغاء إجراء من الإجراءات أو وثيقة معينة استبعادا للدليل غير المشروع.

وبالتالي فإن المشرع الفرنسي وكذا التطبيقات القضائية هناك تشدد في كيفية الحصول على الدليل إذ يتم استبعاد كل الأدلة غير المشروعة من دائرة التعامل الإجرائي، بل الأكثر من ذلك يعتبر الاعتماد على دليل غير مشروع في إصدار الحكم مساس بمبدأ النزاهة.

موقف المشرع المصري

يرتبط موقف التشريعات العربية ومنها المشرع المصري في مجموعها إزاء استبعاد الأدلة المتحصلة بطرق غير مشروعة حسبما هو مستقر في التشريعات ذات الأصول اللاتينية والفرنسية على وجه الخصوص.

وقد رتب المشرع المصري البطلان في المادة 331 من قانون الإجراءات الجنائية على عدم مراعاة أحكام القانون بأي إجراء جوهري دون تحديد ماهية الإجراء الجوهري[46] ص 138، وبالتالي فإنه غني عن البيان، أن المشرع المصري تبنى بصورة صريحة إن أي إجراء جوهري لم تتم احترامه في الخصومة الجزائية سواء أثناء البحث عن الدليل أو الحصول عليه أو تقديمه إلى القضاء يؤدي إلى استبعاد هذا الدليل لعدم مشروعيته، فشرط مشروعية الدليل أساس لإصدار الحكم القضائي الجنائي.

غير أن القضاء المصري لم يسير على وتيرة واحدة إذ ظل متردد بين قبول الأدلة المتحصلة بطرق غير مشروعة من عدمه إلى غاية صدور القانون رقم 1972/37 الخاص بالحريات العامة.

ذلك أنه في قضية تهريب العملة المعروفة بقضية "حمصى" طبقت المحكمة قاعدة الاستبعاد وكانت التحريات قد دلت على أن كل من المتهمان "رزق الله حمصى" وحيمى المغربية" يقومان بتهريب العملة إلى الخارج وقد أرسل المحققون مرشد إلى المتهم "رزق الله حمصى" وأقام معه صداقة، وفي يوم من الأيام التقى المرشد مع المتهم الأول "رزق الله حمصى" في إحدى أروقة البنك ودار بينهما حديث حول القيام بعملية تهريب العملة وقد تمكن المرشد من تسجيل الحديث في ميكروفون يخفيه تحت سترته، وكان هذا الاعتراف المدلى به والمسجل خفية الدليل الوحيد، غير أن المحكمة عند نظرها لهذه القضية أهدرت الدليل واعتبرته مجاف للأخلاق ويتعارض مع مبدأ الحرية المكفولة دستورا[104] ص 748.

غير أنه في قضية أخرى طبقت المحكمة قاعدة قبول الدليل غير المشروع، وتتلخص وقائع القضية[104] ص 749 إن دعوى رفعت أمام محكمة الجنح بتهمة إصدار شيك بدون رصيد، إلا أن المتهم أنكر توقيعه على الشيك وطعن بالتزوير في الإمضاء، إلا أن المجني عليه قرر أن توقيع المتهم على الشيك صحيح مستند في ذلك على اعتراف المتهم في تسجيل سابق بأنه يعترف بأنه أمسك القلم بأصبعيه السبابة والوسطى ووقع على الشيك إلا أن التوقيع كان غير طبيعيا.

حيث أن المحكمة اعتدت بالتسجيل الصوتي للمتهم والذي تم خفية واعتبرت أن اعترافه المسجل صحيح وأدانته بذلك وعند استئناف الحكم تم تأيده أمام المحكمة الاستئنافية، وعند الطعن بالنقض أعاب دفاع المتهم بأنه تم تسجيل أقوال المتهم خلسة ورغم ذلك رفض الطعن موضوعا.

ظل القضاء المصري يتردد في مبدأي القبول والاستبعاد للأدلة غير المشروعة إلى غاية صدور القانون رقم 37 سنة 1972، الخاص بالحريات العامة والذي أضاف المادتين 309 مكرر و309 مكرر "أ" إلى قانون العقوبات، إذ تعاقب هاتان المادتان بالحبس لمدة لا تزيد عن سنة لكل من يعتدي

على حرمة الحياة الخاصة عن طريق أجهزة تسترق السمع أو التسجيل مع مصادرة الأجهزة المستعملة، وبالتالي فإن المشرع المصري قد استبعد الأدلة غير المشروعة واستحال الأخذ بها أمام القضاء الأمر الذي يجعل شرط قبول الدليل أمام المحاكم المصرية لا بد أن يتم بالمشروعية في الحصول عليه وتقديمه للقضاء.

موقف المشرع الجزائري

لقد اتجه المشرع الجزائري نفس وجهة المشرع الفرنسي والمصري وذلك في استبعاد جميع الأدلة المتحصل عليها بطريقة غير مشروع في إقامة الدليل أمام القضاء وقد ظهر ذلك جليا في تقريره لنوعي البطلان القانوني والجوهري، وجسده في العبارات الواردة في العديد من النصوص القانونية:« إذ ذكر في بعضها تحت طائلة البطلان، والبعض الآخر يكون باطلا، يعتبر ملغى، يترتب عنه البطلان، بكل إجراء ينص على وجوب احترامه».

ويكون البطلان قانونيا إذا كان الإجراء الذي اتخذه القاضي أو أطراف الدعوى مخالفا لشروط وشكليات ضرورية بنص عنها القانون، مثل النص على عدم جواز اشتراك قاضي التحقيق للحكم في قضية سبق له وأن نظرها باعتباره قاضي التحقيق، وكذلك بطلان إجراءات التفتيش عند عدم مراعاة الشكليات والمواقيت الواردة في أحكام المادتين 45 و47 من قانون الإجراءات الجزائية، وكذلك من ضرورة تمكين المتهم عند استجوابه في الحضور الأول من الحقوق الواردة في نص المادة 100 وتذكيره بها والخاصة بعلاقته بالتهمة المنسوبة إليه، وحقه في الصمت واختيار محام مع منحه أجلا كافيا لذلك طبقا لأحكام المادة 105 من قانون الإجراءات الجزائية.

ويكون البطلان جوهريا إذا كان الإجراء المتخذ من طرف القاضي له مساس خطير بحقوق الدفاع أو حقوق أطراف الدعوى وهذا ما نص عليه المشرع في أحكام المادة 159 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه:«يترتب البطلان أيضا على مخالفة الأحكام الجوهرية المقررة في هذا الباب خلافا للأحكام المقررة في المادتين 100 و105 إذا ترتب على مخالفتها إخلال بحقوق الدفاع أو حقوق أي خصم في الدعوى».

وسواء كان الإجراء المعيب قد اتخذ صورة المخالفة القانونية أو الجوهرية فإنه يؤدي إلى بطلان الإجراء المتخذ وجميع الإجراءات اللاحقة له، وفي سبيل ذلك تمارس المحكمة العليا رقابة شديدة سواء في تقريرها للبطلان لمخالفة للإجراءات القانونية أو الجوهرية، أو في تفسيرها لمفهوم الإجراء الجوهري، ففي قرار صادر عن المحكمة العليا الغرفة الجنائية الأولى بتاريخ 1983/11/29 ملف رقم 34094 بينت ماهو الإجراء الجوهري عندما قررت أنه:« يكون الإجراء جوهريا عندما يهدف إلى حماية حقوق الدفاع أو حقوق أطراف الدعوى الجزائية أو يرقي إلى حسن سير العدالة»[144] ص

278. كما اعتبرت المحكمة العليا في قرار لها مؤرخ في 1989/11/28 ملف رقم 58430 أن الشكلية تعد جوهرية عندما تمس بحقوق من يتمسك بها"[155] ص 262.

كما قررت المحكمة العليا بصورة قطعية ترتيب البطلان على الدليل المستند إلى إجراء باطل وسحب هذا البطلان إلى كل الإجراءات اللاحقة له، وهذا ما أكدته في قرارها الصادر عن غرفة الجنح والمخالفات القسم الأول بتاريخ 1990/01/23 ملف رقم 59484 والذي جاء فيه على أنه:« يعتبر إجراءا جوهريا يترتب على مخالفته أو إغفاله البطلان لمساسه بحقوق الدفاع، استجواب المتهم قبل إصدار أمر إيداع ضده، وحق المتهم في اختياره محام للدفاع عنه، واستجواب المتهم والطرف المدني من طرف قاضي التحقيق، بحضور كاتب ضبط، فالمعيار في تحديد الإجراء الجوهري من غيره مرتبط بالمصلحة التي يحميها، سواء كانت هذه المصلحة عامة أم خاصة، ويترتب عن عدم مراعاة الإجراء الجوهري البطلان»[153] ص 200.

وقد عبر المشرع الجزائري بصورة صريحة على استبعاد الأدلة غير المشروعة لبناء حكم الإدانة[128]، وهذا في المادة 160 من قانون الإجراءات الجزائية حين قرر على أنه:« تسحب من ملف التحقيق أوراق الإجراءات التي أبطلت وتودع لدى قلم كتاب المجلس القضائي.

ويحظر الرجوع إليها لاستنباط عناصر أو اتهامات ضد الخصوم في المرافعات وإلا تعرضوا لجزاء تأديبي بالنسبة للقضاة ومحاكمة تأديبية للمحامين المدافعين أمام مجلسهم التأديبي».

ويقصر المشرع الجزائري- خلافا للمشرع الفرنسي- حق طلب إبطال الإجراء المعيب أو أوراق التحقيق التي اعتمدت على إجراء أو دليل غير مشروع على قاضي التحقيق بمناسبة تسوية الملف أو وكيل الجمهورية بمناسبة إبلاغه بملف التحقيق، إذ لهما وحدهما (قاضي التحقيق ووكيل الجمهورية) رفع طلب الإبطال أمام غرفة الاتهام وهذا بصريح المادة 158 من قانون الإجراءات الجزائية التي تنص على أنه:« إذا تراءى لقاضي التحقيق أن إجراء من إجراءات التحقيق مشوب بالبطلان فعليه أن يرفع الأمر لغرفة الاتهام بالمجلس القضائي بطلب إبطال هذا الإجراء بعد استطلاع رأي وكيل الجمهورية وإخطار المتهم والمدعي المدني.

فإذا تبين لوكيل الجمهورية أن بطلانا قد وقع فإنه يطلب إلى قاضي التحقيق أن يوافيه بملف الدعوى ليرسله إلى غرفة الاتهام ويرفع لها طلبا بالبطلان وفي كلتا الحالتين تتخذ غرفة الاتهام إجراءها وفق ما ورد في المادة 191».

وقد جسدت المحكمة العليا هذا التوجه التشريعي في قصر طلب إبطال الإجراء المعيب على قاضي التحقيق ووكيل الجمهورية في عدة قرارات لها منها قرارها المؤرخ في 2005/02/02 ملف رقم 362769[157] ص 387 والذي جاء فيه:«إن القانون لا يجيز للمتهم أو الطرف المدني طلب بطلان الإجراءات إلا أمام غرفة الاتهام بمناسبة استئناف أمر له ارتباط بالإجراء الباطل أو بمناسبة

عرض القضية برمتها على تلك الغرفة بعد أمر التسوية لقاضي التحقيق مثل الأمر بإرسال المستندات إلى النائب العام أما أثناء سير التحقيق فإن طلب البطلان لا يكون إلا من طرف القاضي المحقق نفسه أو وكيل الجمهورية».

ويعتبر عدم تمكين المتهم والطرف المدني من تقديم طلب إبطال الإجراء المشوب بالبطلان أو المعتمد على أدلة غير مشروعة وفيها مساس خطير بحقوق الدفاع أمام غرفة الاتهام مثل وكيل الجمهورية إجحافا في حق جزء هام من أطراف الخصومة الجزائية وإهدارا لحق الرقابة التي يمارسها المتهم أو دفاعه أو الطرف المدني أو دفاعه على نزاهة البحث والحصول على الدليل، عماد المحاكمة العادلة والنزيهة.

ويظهر التناقض واضحا في التشريع الجزائري فمن جهة يحرم المتهم والطرف المدني من تقديم طلب إبطال الإجراء المشوب بعدم المشروعية ومن جهة أخرى أجاز لهما حق التنازل عن التمسك بالبطلان وهذا خروجا على القواعد العامة التي مفادها من يملك الحق يملك التنازل عنه إذ نص في الفقرة 02 من المادة 157 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه:« ويجوز للخصم الذي لم تراع في حقه أحكام هذه المواد أن يتنازل عن التمسك بالبطلان ويصحح بذلك الإجراء ويتعين أن يكون التنازل صريحا ولا يجوز أن يبدي إلا في حضور المحامي أو بعد استدعائه قانونا». وكذلك في الفقرة 03 من المادة 159 التي تنص على أنه:« ويجوز دائما للخصم التنازل عن التمسك بالبطلان المقرر لمصلحته وحده ويتعين أن يكون هذا التنازل صريحا».

من خلال تحليل مواد قانون الإجراءات الجزائية وقرارات المحكمة العليا يتجلى بوضوح موقف المشرع الجزائري الذي ساير الاتجاه الفرنسي الذي يبني قاعدة استبعاد الأدلة غير المشروعة، بل يجعل استعمالها بعد تقرير بطلانها مسؤولية شخصية تقع على القاضي أو المحامي.

3.3.1.2.1.1. الاتجاه الثالث: الجمع بين مبدأ الاستبعاد والقبول

خلافا للاتجاهين السابقين ظهر اتجاه في الفقه ينادي بضرورة عدم الاعتماد كلية وبصفة مسبقة على أي من الاتجاهين قاعدة الاستبعاد أو القبول ويقدمون لذلك عدة مبررات، كما أثر هذا الاتجاه على بعض التشريعات:

مبررات اتجاه الجمع بين مبدأي الاستبعاد والقبول

- يرى هذا الاتجاه أن الأخذ بأي من قاعدة الاستبعاد أو القبول أمر غير جائز لأن ذلك يجعل من القاضي أداة للتنفيذ فقد يحرمه من سلطته التقديرية للاختيار الترجيح طبقا لقاعدة حرية الاقتناع التي تقوم عليها التشريعات الحديثة.

- إن عدم تقيد القاضي بأي من المبدأين تعطي للقاضي حق الموازنة بين المصالح المتعارضة وترجيح المصلحة ذات الأهمية الكبرى بغض النظر عن الكيفية التي تم الحصول بها على الدليل سواء كانت مشروعة أو غير مشروعة.
- إن النزاع المتعلق بالمصالح الفردية يطبق بشأنها قاعدة الاستبعاد.

لذا يرى هذا الاتجاه الفقهي أن تحديد قاعدة ثابتة في هذا الشأن لا يجب الخروج عليها قد تؤدي إلى نتائج غير مقبولة وتهدر الحق العام في سبيل حماية شرعية مصلحة خاصة، لذلك فلا بد أن تكون مسألة القبول أو الاستبعاد متروكة كلية لتقدير القاضي.

موقف التشريعات التي اعتمدت مبدأ الجمع بين قاعدتي الاستبعاد والقبول

لم نعتر خلال هذه الدراسة على التشريعات التي تبنت الجمع بين مبدأي الاستبعاد والقبول إلا ما ذكره الأستاذ الدكتور حسن علي حسن السمنى[104] ص 736 في رسالته للدكتوراه، من أن القانون الاسكتلندي إتجه هذا المسلك إذ قرر أن القاضي غير مقيد باتجاه معين، بل يجوز له قبول دليل عير مشروع لإصدار الحكم بالإدانة على المتهم بالنظر إلى خطورة التعدي ومدى تأثيره على المجتمع ذلك أنه يجوز للمحاكم أن تقبل الدليل الذي تم الحصول عليه بطرق غير مشروعة عندما يكون الاعتداء قد مس النظام الاجتماعي وتبرره حالة الضرورة.

إما إذا كان الدليل قد تم الحصول عليه بتصرفات غير مشروعة قد تمت بعد تفكير وتدبير دون ضرورة وانعدام صفة الاستعجال فإنه في هذه الحالة على المحاكم تطبيق قاعدة الاستبعاد.

وبالتالي فإن التشريع الاسكتلندي يوازن في المصالح المتنازعة ويترك سلطة تقديرية للقاضي لتقييم الدليل مع تغليب المصلحة العامة وحالة الضرورة ومبدأ الحفاظ على النظام الاجتماعي.

2.2.1.1. الوظيفة الإثباتية للدليل الجنائي

طبقا لقاعدة وجوب طرح الدليل ومناقشته بالجلسة، فإن القاضي الجزائي لا يستطيع أن يكون عقيدته ويبني حكمه إلا إذا أحيط علما كافيا وشاملا بصورة يقينية لكافة الوقائع التي تفيد في إثبات وقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم، أو عدم قيامها أصلا أو عدم وجود ما يؤكد إسنادها ماديا ومعنويا للمتهم، وهو في سبيل ذلك يعتمد على الدليل، لهذا فإن للدليل الجنائي دورا بارزا في إثبات وقوع الجريمة، وكل الوقائع المؤثرة على المسؤولية الجزائية الأمر الذي يؤدي بالضرورة إلى تحليل الدور الأساسي للدليل في الإثبات الجنائي وذلك بالتطرق في الفرع الأول إلى الدليل وإثبات وقوع الجريمة سواء من حيث إثبات الركن المادي أو المعنوي، على أن نتطرق في الفرع الثاني إلى دور الدليل في إثبات وسائل دفع المسؤولية الجزائية وذلك على النحو التالي:

1.2.2.1.1. الدليل وإثبات وقوع الجريمة

إن المهمة الأساسية والمحور الذي يدور حوله موضوع البحث عن الحقيقة من طرف القاضي الجنائي هو إثبات الأركان المكونة للجريمة وذلك لربط الأدلة المتحصل عليها للواقعة الإجرامية بعناصرها المادية والمعنوية.

1.1.2.2.1.1. دور الدليل في إثبات الركن المادي للجريمة

إثبات وقوع الركن المادي للجريمة بغض النظر عن طبيعته يعتبر عملا يدخل في صميم المهمة الأساسية للنيابة العامة، والطرف المدني الذي يقع عليه فوق ذلك عب إثبات الضرر الذي لحقه من الجريمة[86] ص 56.

ولا يكفي في ذلك إثبات وقوع الركن المادي للجريمة وإنما يجب إثبات جميع العناصر المكونة للركن المادي حسب النموذج القانون للواقعة الإجرامية محل البحث من سلوك مادي يتخذ صورة سلبية كالامتناع أو إيجابية كإتيان الفعل المادي ونتيجة مترتبة على هذا السلوك وعلاقة سببية تربط السلوك بالنتيجة هذا ما نحاول التطرق له تبعا وذلك على النحو التالي.

الدليل وإثبات الواقعة الإجرامية الإيجابية

إن إثبات السلوك الإجرامي في حالة إتيان واقعة ايجابية لا يثير أي صعوبة في إثباته من قبل النيابة العامة[54] ص 534 إذ أن إثبات الواقعة بالآثار والعلامات الواقعة في العالم الخارجي تؤدي دون عناء إلى إثبات مرتكب الجريمة، فثبوت كسر عظام اللامي للمجني عليه دليل على قتله بواسطة الخنق وثبوت وجود آثار السم بمعدة المجني عليه دليل على قتله بالسم، ووجود ذرات من معدن داخل الأجزاء الداخلية للقفل دليل على فتح الباب بمفتاح مصطنع ووقوع جريمة السرقة[79] ص 187.

الدليل وإثبات الواقعة الإجرامية السلبية إذا كان إثبات الواقعة الإيجابية لا يثير أي إشكال على النحو السابق الإشارة إليه فإن الأمر يدق وتظهر صعوبته في ما إذا كان يقع على سلطة الإدعاء- النيابة العامة – إثبات الأفعال السلبية كالامتناع أو الترك.

أثير هذا الإشكال لدى الفقه الفرنسي واختلف الرأي لديهم بين اتجاهين، الاتجاه الأول يتزعمه الفقيه "جارسون "E. Garçon" ويرى بأنه لا يقع على النيابة العامة إثبات الواقعة السلبية التي تشكل عنصرا من عناصر الجريمة وإنما هذا الالتزام يقع على المتهم الذي يكون ملزما بإثبات عدم توافر تلك الواقعة، وذلك بحجة الصعوبات التي تواجه النيابة العامة في إثبات الوقائع السلبية والسهولة التي يمكن للمتهم بها إثبات عدم وجود تلك الوقائع عن طريق إثبات الوقائع الإيجابية. ويضربون مثلا حيا يخص جريمة التشرد إذ يرون أن النيابة العامة لا تلتزم بإثبات أن المتهم ليست له وسيلة معروفة للعيش أو

ليست له حرفة أو صناعة معتادة وإنما يقع على عاتق المتهم أن يثبت بأن له وسيلة مشروعة للعيش وأنه صاحب حرفة أو صناعة[86] ص 57.

ويرى الاتجاه الثاني وهو الأغلب- بزعامة الفقيه جارو "R. Garraud" أن الرأي القائل بإعفاء النيابة من إثبات الواقعة السلبية يفتقر للسند القانوني، ذلك أنه مادام أن الواقعة السلبية تعد عنصر في الجريمة فقد وجب على النيابة العامة إثباتها سواء اتخذ الفعل مظهرا إيجابيا أم مظهرا سلبيا، ولا يبرر صعوبة إثبات السلوك السلبي في إعفاء النيابة العامة من عبء الإثبات. ونقل ذلك على عاتق المتهم لما في ذلك من إهدار لحق المتهم في التمسك الاعتصام بمبدأ افتراض قرينة البراءة.

أما فيما يخص الاحتجاج بصعوبة إثبات الواقعة السلبية لإعفاء النيابة العامة من إثبات الواقعة الإجرامية فيمكن التغلب على هذه الصعوبة كما يرى الفقيه جارو، إذ أن كل واقعة سلبية تتضمن بداخلها واقعة إيجابية يمكن للنيابة العامة إثباتها فإثبات عدم وجود وسيلة مشروعة للعيش في جريمة التشرد يمكن إثباته بإثبات التعطل الاختياري والفراغ[54] ص 536.

ونخلص مما تقدم إن للدليل دور بارز في إثبات الوقائع الإجرامية سواء اتخذت سلوكها الإجرامي صفة الفعل أي السلوك الإيجابي أو صورة الإمتناع أي السلوك السلبي.

مدى إمكانية إثبات قيام الركن المادي عن طريق القرائن القانونية

لقد أدى تطور السياسة الجنائية لمكافحة الجريمة أن تدخل المشرع في العديد من التشريعات المقارنة وذلك بالنص على قرائن قانونية يفترض بها وجود الركن المادي أو توافر عنصر من عناصره على نحو يعفي النيابة العامة من إثبات الدليل على قيام الركن المادي للجريمة محل التهمة المتابع بها المتهم، وتنقل بموجبه عبء الإثبات إلى المتهم لإثبات عدم قيام الجريمة في حقه، مما يمثل خروجا على مبدأ افتراض البراءة الذي من بين نتائجه أن عبء إثبات التهمة بقع على النيابة العامة وهذا ما سنتطرق له تبعا على النحو التالي:

بالنسبة للتشريع الفرنسي

لقد نص المشرع الفرنسي في عدة نصوص خاصة ومتفرقة على قرائن قانونية يتم بموجبها افتراض قيام الركن المادي للجريمة، ومن بين هذه النصوص نجد مثلا:

ففي جريمة القوادة المنصوص عنها في أحكام المادة 6/225 فقرة 3 من قانون العقوبات الفرنسي ففي هذا النوع من الجرائم افترض المشرع الفرنسي قيام الركن المادي لجريمة القوادة وذلك إذا لم يبرر المتهم موارده المالية التي ينفقها على نفسه ويقتات منها حال إقامته المعيشية أو كانت له علاقة معتادة مع شخص أو عدة أشخاص يقدمهم للدعارة.

وكذلك ما نص عنه المشرع الفرنسي في أحكام المادة 221 /6 من قانون العقوبات إذ افترض قيام الركن المادي لجريمة إخفاء أشياء متحصلة من جريمة، بالنسبة للشخص الذي تكون له سلطة على

القصر الذين اعتادوا ارتكاب الجنايات والجنح إذا لم يستطيع تبرير موارده المالية التي يقتات منها في التشريع المصري

أشار المشرع المصري سواء في قانون العقوبات أو قوانين خاصة أخرى على حالات ووقائع مادية متى توافرت لدى الجنائي تعتبر قرينة على قيام الركن المادي لبعض الجرائم ومنها:

فإثبات جريمة الزنا طبقا لأحكام المادة 276 من قانون العقوبات إذ نصت على أنه:«من الأدلة التي تقبل وتكون حجة على المتهم بالزنا هي...وجوده في منزل مسلم في المحل المخصص للحريم». فمن خلال تحليل هذا النص فإنه ينشئ قرينة قانونية على قيام حالة ارتكاب جريمة الزنا من واقعة ضبط المتهم في منزل مسلم في المكان المخصص للنساء وبالتالي يقع على المتهم عبء إثبات العكس كأن يكون طبيب حضر عن عجل لإسعاف الزوجة أو نظرا لحالة الضرورة القائمة التي تبرر له الدخول كحالة الحريق أو الزلزال أو اعتداء الغير فإذا عجز المتهم عن إثبات العكس كان ذلك كافيا لقيام الركن المادي لجريمة الزنا وإدانته بها.

وقد أقام المشرع المصري في قانون الكسب غير المشروع رقم 62 لسنة 1975 في أحكام المادة الثانية قرينة قانونية على أن الزيادة غير المتناسبة مع الدخل التي طرأت على الموظف إنما هو كسب غير مشروع ناجم عن استغلال الوظيفة أو الصفة أو بمخالفته سلوك محضور، فإذا أثبتت النيابة الزيادة الواضحة في ثروة المتهم وعدم تناسب هذه الزيادة مع دخله، يعد ذلك كافيا لقيام الركن المادي لتهمة الكسب غير المشروع، ولا يمكن للمتهم التخلص من التهمة وفق القرينة التي افترضها المشرع إلا بإثبات المصدر السليم والشرعي لأمواله.

- بالنسبة للتشريع الجزائري

لم يشذ المشرع الجزائري عما استقر في التشريعين الفرنسي والمصري من النص على القرائن القانونية لافتراض الركن المادي في بعض الجرائم وهذا يظهر بوضوح من خلال التطرق إلى الجريمتين التاليتين:

إذ نص المشرع الجزائري في أحكام المادة 4/343 من قانون العقوبات على نفس الحكم الوارد في أحكام المادة 6/225 من قانون العقوبات الفرنسي المتعلق بإثبات وقيام جريمة القوادة إذ أن هذه الأخيرة تقوم لمجرد عجز المتهم عن تبرير المصاريف وطريقة عيشه وإنفاقه، حال أنه يعيش أو له علاقات معتادة مع شخص أو عدة أشخاص يحترفون الدعارة، وبالتالي فإن عدم تبرير طريقة إنفاقه على حياته المعيشية يمثل قرينة قانونية على قيام الركن المادي لجريمة القوادة المنصوص عنها في أحكام المادة 343 /4 من قانون العقوبات.

كما نص المشرع الجزائري على حالة أخرى يتم إثبات فيها قيام الركن المادي لجريمة الإثراء غير المشروع عن طريق عدم تبرير الموظف الزيادة المعتبرة التي طرأت على ذمته المالية مقارنة

بمداخليه المشروعة وهذا يمثل قرينة قانونية لاتهامه بجنحة الإثراء غير المشروع لما قرر في أحكام المادة 37 من القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته- التي تنص على أنه:« يعاقب بالحبس من سنتين (02) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج كل موظف عمومي لا يمكنه تقديم تبرير معقول للزيادة المعتبرة التي طرأت في ذمته المالية بمقارنته لمداخليه المشروعة».

على الرغم من أن القرينة سواء القانونية أو القضائية تتضمن بحكم طبيعتها عنصرا محتملا أو مشكوكا في وجوده لا ترقى إلى مصف الدليل الجنائي القائم على اليقين ومع ذلك فإن المشرع سواء الجزائري أو المقارن – كما سبق بيانه- أعطى لها قوة الدليل الجنائي ولا يمكن للمتهم التخلص من عبئ الاتهام إلا بإثبات العكس، كما أنه نقل عبء الإثبات من النيابة العامة إلى المتهم الذي يجب عليه إثبات عكس ما تدعيه النيابة وهذا خروجا صارخا على مبدأ افتراض البراءة.

وإذا كانت المسؤولية المفترضة تجد أصلها وتطبيقها في أحكام القانون المدني، فإنه من خلال استقراء المواد السابق الإشارة إليها يتضح لنا جليا أن المشرع الجنائي استعارة أحكام المسؤولية المدنية المفترضة بقوة القانون لتطبيقها على أحكام المسؤولية الجزائية.

2.1.2.2.1.1. دور الدليل في إثبات الركن المعنوي للجريمة

تطبيقا لقاعدة أصل البراءة التي يعتصم بها المتهم فإنه يقع على سلطة الإدعاء أو النيابة العامة عبء إثبات الركن المعنوي بنفس درجة تحملها عبء إثبات الركن المادي.

وفي الواقع فإن إثبات الركن المعنوي يمثل أصعب مهمة تواجه النيابة العامة وهذا لتعلقه بأمر داخلي نفسي لا يمكن إدراكه واستجلائه والوصول إليه إلا عن طريق مظاهر مادية خارجية يمكن على أساسها إقامة الدليل على وجوده سواءا إتخذ صورة القصد الجنائي أو الخطأ غير العمدي على ما سيأتي بيانه.

الدليل في إثبات القصد الجنائي

يعرف القصد الجنائي في إجماع الفقه الذي أخذ بنظرية الإرادة على أنه علم الجاني بعناصر الجريمة واتجاه إرادته إلى تحقيق هذه النتيجة أو قبولها[90] ص 42. ويتجلى من خلال هذا التعرف أن القصد الجنائي يتكون من عنصران هما العلم والإرادة.

والعلم حالة ذهنية وظاهرة نفسية تمكن الإنسان من تبيان وربط العلاقة بين أمر ما والنشاط الذهني للشخص وبالتالي تصبح هذه الواقعة عنصرا من عناصر الخبرة الذهنية للشخص بحيث يستطيع الاستعانة بها في حكمه على الأشياء وفي تحديد كيفية التصرف إزاء الظروف المحيطة به.

ولا يقوم القصد الجنائي لدى الجنائي إلا إذا توافر لديه وبصورة ثابتة العلم، والذي محله العلم بكل واقعة ذات أهمية في تكوين الجريمة المتمثلة في سلوكه الإجرامي سواء اتخذ صورة الفعل أو الامتناع ومدى خطورته على الحق المعتدي عليه وصفاته، وتوقعه للنتيجة الإجرامية المترتبة على فعله ولا يمكن إثبات قيام العلم لدى الجاني إلا عن طريق أدلة خارجية تبين أن الجاني كان على علم بخطورة أفعاله على المصلحة المحمية قانونا.

أما الإرادة فهي نشاط نفسي اتجه إلى تحقيق غرض عن طريق وسيلة معينة عن وعي وإدراك، يستهدف من خلالها إشباع حاجات معينة توصف بأنها آثمة إذا تم إتيانها بالاعتداء على المصالح المحمية قانونا.

وطالما أن القصد الجنائي حسبما تم بيانه أنه يتكون من عنصران العلم والإرادة والذين لا يمكن إثباتهما إلا عن طريق الدليل المادي الذي يظهر في العالم الخارجي، فجريمة القتل العمد فيما هو منصوص عنها في أحكام المادة 254 من قانون العقوبات الجزائري من أنها:«القتل هو إزهاق روح إنسان عمدا»، وبالتالي يتعين على النيابة العامة إثبات توافر القصد الجنائي أي ضرورة إثبات العلم والإرادة.

ونظرا لأن القصد الجنائي هو في نهاية المطاف العلم بالوقائع لدى الجاني من أن سلوكه من شأنه أن يؤدي إلى الوفاة ورغم ذلك يوجه إرادته إلى تحقيقها دون غيرها، لذا فإن الطريق الطبيعي لاستظهار القصد لدى المتهم هو استنتاج مجهول من معلوم أي الاستناد إلى القرائن الفعلية والمتمثلة في الصلات الضرورية التي ينشئها القانون بين وقائع معينة، أو هي النتائج التي يتحتم على القاضي أن يستنتجها من وقائع معينة[40] ص 744.

وبالتالي فإن معرفة الوسيلة المستعملة، وظروف الاعتداء وحالة الأمكنة والعلاقة السابقة بين المتهم والضحية كلها قرائن إذا تجمعت أنتجت دليلا يعتمد عليه القاضي في الكشف عن القصد مما يؤكد أن للدليل دور فعال في استظهار القصد الجنائي.

وإلى هذا الاتجاه القاضي بضرورة تبيان الأدلة المادية لأجل استظهار القصد الجنائي ذهبت المحكمة العليا في عدة قراراتها ومنها قرارها المؤرخ في 1984/12/18 على أنه:« السؤال الخاص لجناية القتل العمدي أهمل فيه عنصر العمد الذي هو العنصر الأساسي في الجريمة ولا بد من استظهاره في السؤال لمعرفة فيما إذا كان القتل عمدا أم هو قتل خطأ فإنه طبقا لأحكام المادة 254 قانون عقوبات التي عرفت القتل العمدي يتعين أنه تتوافر في السؤال المطروح العناصر الثلاثة التي نصت عليها المادة وهي:

- العنصر المادي المتمثل في فعل القتل وأن يكون الفعل من الجاني ومن شأنه إحداث الوفاة
- أن يكون المجنى عليه إنسان على قيد الحياة.

- القصد الجنائي وهو العمد ويتحقق هذا العنصر في الجريمة إذ كان الجاني ارتكب الفعل بنية إحداث الموت لغيره مع علمه بذلك».

نخلص على أن القصد الجنائي بالرغم من أنه مسألة نفسية ذهنية كامنة في نفسية المتهم يتم استظهاره عن طريق أدلة مادية مما يجعل للدليل دورا بارزا لاستظهار القصد الجنائي.

الدليل وإثبات الخطأ غير العمدي

يعرف الفقه الجنائي الخطأ غير العمدي بأنه إرادة السلوك الذي تترتب عليه نتائج غير مشروعة لم يتوقعها الفاعل حالة كونها متوقعة وبوسعه من ثم أن يتوقعها وأن يتجنبها[97] ص 80. والخطأ غير العمدي بهذا المعنى يتكون من عنصرين هما:

خمول الإرادة عن توقع النتيجة

والذي تمثل فيه الإرادة الوجه السلبي للصلة النفسية التي تقوم بين إرادة الجاني ونتيجة فعله، إذ يتخلف الانتباه لدى الجاني حال تصميمه على السلوك وإبان مباشرته بالفعل لحدوث هذه النتيجة فالإرادة تغفل عن توقعها كأثر للسلوك مع أن هذا التوقع ممكنا في ضوء العلم بجوهر السلوك.

إمكانية توقع النتيجة: هو إمكان التنبؤ بحدوث النتيجة كأثر للسلوك أي إمكان تصورها وتصور العلاقة السببية الطبيعية بينها وبين السلوك حال القرار بالإقدام عليه وإبان مباشرة الحركة العضوية اللازمة لهذا القرار.

وقد وضع المشرع الجزائري في أحكام المادة 288 من قانون العقوبات مجموعة من الصور يمكن على أساسها استجلاء وتوافر الخطأ غير العمدي في حق المتهم عند قوله:« كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاثة سنوات وبغرامة من 1000 إلى 20.000 دج».

وبالتالي فإن هذه الصور التي وصفها المشرع لا يمكن الوصول إليها وإثباتها في حق المتهم إلا عبر وقائع مادية كامنة في سلوك الجاني تمثل دليلا على قيام الخطأ في جانبه وفي هذا تتجه المحكمة العليا في عدة قراراتها إلى ضرورة إثبات الخطأ غير العمدي بأدلة مادية يمكن على أساسها استنباط الصورة التي اتخذها سلوك الجاني الخاطئ. إذ جاء في القرار المؤرخ في 1990/11/27[154] على أنه:« لما كان الثابت في قضية الحال أن الضحية عبرت الطريق على رجليها وأثناء هذا العبور صدمتها السيارة التي كان يقودها المتهم بسرعة فائقة، أدى هذا الاصطدام إلى وفاتها ومن ثم فإن قضاة الاستئناف بإدانتهم للمتهم على أساس تهمة القتل الخطأ يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما. ومتى كان كذلك فإن النعي على القرار في الوجه المثار غير مؤسس يستوجب رفضه».

2.2.2.1.1. دور الدليل في إثبات وسائل دفع المسؤولية الجزائية

إذا كان المستقر عليه قضاءا وتطبيقا لقاعدة أصل البراءة فإنه يقع على النيابة العامة من خلال مجموعة أدلة إثبات التهمة على المتهم، مثل أدلة البصمات وأثار الأقدام العارية ومخلفات شخص المتهم كالشعر والرائحة التي تثبت تواجده في مسرح الجريمة، وكذا الأدلة التي تؤكد حمل جسد المتهم وملابسه لمخالفات الجريمة كالمقاومة والدماء العالقة ببشرة الجاني، وكذا العثور على متحصلات الجريمة لدى المتهم.

غير أن الجدل قد يثار بشأن دفع المتهم بما هو في مصلحته كالدفع بتوافر سبب من أسباب الإباحة، أو مانع من موانع المسؤولية والعقاب أو سبب من أسباب انقضاء الدعوى العمومية، فإن هذه الدفوع من شأنها أن تؤثر على المسؤولية الجزائية للمتهم ولا يمكن إثباتها إلا عن طريق أدلة مادية قائمة، غير أن الأشكال يطرح هل يقع إثبات هذه الدفوع على المتهم تطبيقا للقاعدة المستقرة في الإثبات المدني من أن "المدعى عليه ينقلب مدعيا عند الدفع"[86]ص 70. أم أن المتهم يكتفي بإثارة هذا الدفع ويقع على النيابة العامة إثبات عدم توافره ولا يتأتى في كلا الحالتين إلا بإثبات الأدلة المادية لوجود الدفع من عدم. ولمعالجة هذا الإشكال نتطرق إلى موقف الفقه والقضاء من ذلك على النحو التالي:

1.2.2.2.1.1. موقف الفقه من مسألة إثبات وسائل دفع المسؤولية الجزائية

ثار خلاف في الفقه الجنائي حول ما إذا كان المتهم هو الملزم بإثبات الدفوع المؤثرة في المسؤولية الجزائية والتي تكون في صالحه باعتباره مدعيا بها تطبيقا للقاعدة المعروفة في الإثبات المدني من أن "المدعى عليه يصير مدعيا بالدفع" أو أن ذلك يقع على النيابة العامة التي يجب عليها إثبات جميع أركان الجريمة بما فيها البراءة، التي انقسم الفقه إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: الرأي القائل بأن عبء إثبات الدفوع يتحمله المتهم

يرى هذا الاتجاه أن المتهم هو من يتحمل عبء إثبات الدفوع التي يراه في مصلحته عملا بالقاعدة العامة التي تقضي أن المدعى عليه ينقلب إلى مدعى عند تقديم الدفع وهذه قاعدة عامة في الإثبات غير مختصرة على المجال المدني بل يجور إعمالها في جميع مجال الإثبات بغض النظر عن تغير محله، ذلك أن الأصل في كل إنسان أنه مسؤول عن أفعاله فإن نفي هذا الأصل وإدعى خلافه فعليه أن يثبت صحة ما يدعيه[86]ص 196.

فإذا قامت النيابة العامة بمهمتها في إثبات أركان الجريمة وعناصرها حسب النموذج القانوني الوارد في نص قانون العقوبات والقوانين المكملة له، تكون قد قامت بالدور المنوط بها، فإذا دفع المتهم بأحد الدفوع سواء كانت دفوع موضوعية كالدفع بعدم حدوث الواقعة محل المتابعة أو دفوع قانونية كدفع

بقيام في حقه بسبب من أسباب الإباحة أو رجعية القانون الأصل للمتهم، أو توافر مانع من موانع المسؤولية أو العقاب أو وجود عذر معفى أو مخفف فإنه يتعين عليه حينئذ إثبات وجود هذا الدفع لأنه يصبح مدعيا به[54] ص 568.

الاتجاه الثاني: الرأي القائل بأن عبء إثبات الدفوع يقع على عاتق النيابة العامة

يرى هذا الاتجاه أنه إذا كانت القاعدة في الإثبات في المواد المدنية هي أن المدعى عليه ينقلب مدعيا عند الدفع فيقع عليه عبء إثبات ما يدعيه من دفوع سواء كانت قانونية أو موضوعية، إلا أن هذه القاعدة لا وجود لها في الإثبات في المسائل الجزائية، لأن قرينة البراءة تلعب دورها في تجنب انطباق تلك القاعدة على الإثبات في المواد الجنائية، بحيث يكون المتهم مكلفا بأن يقيم هو نفسه الدليل على الوقائع التي يدفع بها أو أوجه الدفاع التي يتقدم بها إلى القضاء وإنما يقع على النيابة إثبات عدم توافرها. والواقع أن هذا الرأي يتجه إلى تحميل النيابة العاملة ليس فقط إثبات العناصر المكونة للجريمة محل الإدعاء وإنما عليها إثبات انعدام كل دفع عندما يكون مرشحا للدفع به من طرف المتهم[86] ص 70.

2.2.2.2.1.1. موقف القضاء من مسألة إثبات الدفوع

نظرا لغياب نص صريح في التشريعات المقارنة يحدد الطرف الذي يتحمل عبء إثبات الدفوع المتعلقة بالمسؤولية الجزائية، الأمر الذي أثر على مسلك القضاء وعدم استقراره على وجهة واحدة.

موقف القضاء الفرنسي

لم يضع القضاء الفرنسي قاعدة واحدة وحكم ضابط يطبق على مسألة من يقع عليه عبء إثبات الدفوع المتعلقة بالمسؤولية الجزائية النيابة العامة أو المتهم المقدم للدفع، إذ ينظر لكل مسألة على حدى وهذا ما نلاحظه من خلال أحكامه المختلفة في هذا الشأن[54] ص 564.

ففي قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 1964/12/09 قررت المحكمة أنه:« إذا دفع المتهم بتوافر سبب من أسباب الإباحة فإن على المتهم فقط أن يثير السبب دون أن يثبت صحته وعلى القاضي التحقق مما يثيره المتهم من دفع».

وفي قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 1964/12/16 قضى بأنه:« إذا دفع المتهم بتوفر سبب من أسباب انقضاء الدعوى العمومية كالتقادم أو العفو فإن على القضاء أن يتصدى لهذا الدفع ويتحمل الإدعاء عبء إثباته لأنه من الدفوع التي تتعلق بالنظام العام المتعلقة بالركن الشرعي للجريمة وبالتالي ينبغي أن يثيره القاضي من تلقاء نفسه وعلى النيابة وحدها إثبات أن الدعوى لم تتقادم».

وفي قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 1972/12/29 والمتعلق بدفع المتهم بوجود حالة من حالات الإكراه أو القوة القاهرة أو حالة الضرورة فإن محكمة النقض قررت أنه: :«إذا كان الإكراه المعنوي من شأنه إعفاء المتهم من المسؤولية الجزائية فإنه حتى يقبل منه هذا الدفع ينبغي أن يستند إلى

وقائع وظروف ثابتة بوضوح وترتب عنها أنه كان من المستحيل عليه توفر هذا الخطر دون ارتكاب الجريمة».

ويلاحظ على محكمة النقض الفرنسية من خلال تواتر أحكامها أنها تفرق بين الدفع المتعلق بالنظام العام والدفع المتعلق بمصلحة المتهم، فإذا أثار المتهم دفعا متعلقا بالنظام العام فإنه يقع على النيابة العامة عبء إثبات ذلك أما إذا تعلق هذا الدفع بمصلحة الشخص المتمسك بها يجب على المتهم إثباته وهذا الاتجاه يشبه إلى حد كبير ما هو مستقر في القضاء المدني، من أن المدعى عليه يصبح مدعيا عند الدفع ويعد ذلك خروجا على مبدأ افتراض أصل البراءة.

موقف القضاء المصري

لقد اتخذت محكمة النقض المصرية موقفا فنيا يخص على من يقع عبء إثبات الدفوع المتعلقة بالمسؤولية الجنائية، يتفق مع قرينة أصل البراءة، ذلك أنها قررت في عدة أحكام لها أنه:« من واجب المحكمة بحث كل دفع جوهري يتقدم به المتهم، ويعد دفعا جوهريا إذا كان ظاهره متعلق بموضوع الدعوى المنضور أمامها، بحيث لوصح لرتب عليه القانون أثرا قانونيا لصالح المتهم، سواء تعلق هذا الأثر بنفي وقوع الجريمة والدعوى أو امتناع المسؤولية أو العقاب أو انقضاء الدعوى الجنائية، فإذا تمسك المتهم بهذا الدفع دون أن تفحصه المحكمة وترد عليه كان حكمها مشوب بالقصور في التسبيب فضلا عن إخلال المحكمة في أداء واجبها نحو إثبات الإدانة»[86] ص 72، 73.

2.1. الحقيقة التي يستهدفها المحقق الجنائي

إن الإنشغال الرئيسي للمشرع من خلال وضع قانون الإجراءات الجزائية والنص على وسائل البحث والتحري والتحقيق هو إظهار الحقيقة منذ اللحظة الأولى لوقوع الجريمة سواء تعلق الأمر بمدى وجود الأفعال المقترفة وإعطائها الوصف والتكييف القانوني أو من حيث تعلقها بالمتهم الماثل أمام القضاء ونسبة الفعل إليه.

ولاشك أن هذه المهمة حملها المشرع لكل الجهاز القضائي المتدخل في عملية البحث عن الحقيقة القضائية سواء الضبطية القضائية أثناء مرحلة البحث والتحري أو قاضي التحقيق أثناء التحقيق الإبتدائي أو قاضي الحكم في مرحلة التحقيق النهائي والمحاكمة، لذا فإنه من الضروري التطرق إلى ماهية الحقيقة القضائية التي يريد المحقق والقاضي الوصول إليها وذلك بإعطاء لها تعريفا محددا جامعا ومانعا يمكن التمييز بينها وبين حقائق أخرى قد تتداخل معها وتؤثر في وجودها ولا يمكن ذلك إلا بتبيان موضوعها وطبيعتها ودور المحقق في البحث عنها.

ونظر لأن الحقيقة المراد الوصول إليها هي الحقيقة الواقعية غير أن المشرع وضع لها منهجا محددا سواء من حيث إجراءات إدراكها والوصول إليها، أو من حيث أنظمة الإثبات عند البحث عنها

لهذا وصفت بالحقيقة القضائية. لذا نحاول في هذا الفصل التطرق إلى تبيان الحقيقة التي يستهدفها المحقق الجنائي وذلك في مبحثين نخصص المبحث الأول إلى ماهية الحقيقة القضائية على أن نفرد المبحث الثاني إلى منهج الوصول إلى الحقيقة القضائية.

1.2.1. ماهية الحقيقة القضائية

إن الهدف الأساسي الذي يسعى المحقق الوصول إليه منذ اللحظة الأولى لوقوع الجريمة هو إدراك الحقيقة التي يبني عليها الحكم الجزائي سواء القاضي بالبراءة أو الإدانة، غير أن السؤال المطروح في معرض هذه الدراسة أية حقيقة يريد المحقق الوصول إليها؟

ليس هناك شك سواء في الفقه أو القضاء على أن الحقيقة التي ينبغي أن يحملها الحكم الجزائي هي الحقيقة بمعناها اللغوي البسيط وهي تطابق المعرفة التي حملها الحكم مع الواقع[86] ص 7، ونظر لأن هذه الحقيقة لا يمكن الوصول إليها إلا عبر الدورة الإجرائية التي تقتضيها الخصومة الجزائية لذا وصفت بالحقيقة القضائية.

وحتى نصل إلى إعطاء مدلول كامل للحقيقة القضائية بحيث نستطيع تمييزها عن الحقائق الأخرى، يقتضي منا البحث التطرق إلى تعريفها وتمييزها عما يشابهها في المطلب الأول، كما أن الحقيقة القضائية تنصب على موضوع معين يبين طبيعتها لذا خصصنا المطلب الثاني بالتطرق إلى موضوع الحقيقة القضائية وطبيعتها. ونظرا لأن دور المحقق في البحث عن الحقيقة من حيث هو التزام تشريعي غير أن إدراك إياها تؤثر فيه عدة عوامل نفسية سواء كانت فردية أو جماعية أو عوامل تدخل المشرع في تحديده للقاضي طرق البحث عن الحقيقة الأمر الذي جعلنا نخصص المطلب الثالث إلى دور المحقق في البحث عن الحقيقة والعوامل المؤثرة فيه.

1.1.2.1. مفهوم الحقيقة القضائية وتمييزها

إن إعطاء تعريف دقيق ومحدد للحقيقة القضائية تعتبر مسألة جوهرية منذ البداية حتى يمكن لنا تمييزها عما قد يشابهها ويتداخل معها من مصطلحات وحقائق أخرى. وهذا ما نحاول التطرق إليه في هذا المطلب وذلك بإعطاء تعريف الحقيقة القضائية في الفرع الأول، ثم تمييزها عما شابهها في الفرع الثاني.

1.1.1.2.1. تعريف الحقيقة القضائية

يختلف التعريف اللغوي للحقيقة بصورة عامة، مع المفهوم القانوني لها وهذا ما نحاول إبرازه تبعا على النحو التالي.

1.1.1.1.2.1. التعرف اللغوي للحقيقة

المستقر لدى معاجم اللغة العربية – كإبن منظور، أو لسان العرب والجرجاني في التعريفات - أن الحقيقة مشتقة من الحق، وحق الأمر أنه صار ثابتا وواجبا وكان المراد منه على يقين، وأحق الشيء أي أوجبه، وتحقق عنده الأمر أي صح. والحقيقة ما أقر في الاستعمال على أصل وضعه، ويقال بلغ حقيقة الأمر أي ثبت[45] ص 582.

وإلى هذا المعنى كذلك ذهبت المعاجم الفرنسية في تعريفها القاموسي للحقيقة، فقد عرفها قاموس لتريه "Littré" أن الحقيقة هي "الصفة التي تجعل من الشيء ما هو عليه أو هي الرأي الذي يتطابق مع الشيء من حيث هو كائن".

وجاء في تعريف قاموس روبير "Robert" أن الحقيقة هي تلك "التي يمكن أن يخص برضا النفس".

وجاء في قاموس لاشولياره la cholière " أن الحقيقة هي موافقة الفكر للشيء".

2.1.1.1.2.1. تعريف الحقيقة القضائية إصطلاحا

لقد أعطى الفقه الجنائي للحقيقة القضائية تعريفا إجرائيا وآخر موضوعيا وذلك على النحو التالي:

التعريف الإجرائي

يقصد بالحقيقة القضائية في تعريفها الإجرائي تلك الحقيقة التي تم التوصل إليها بإتباع مجموعة من الإجراءات نص عليها المشرع الجنائي عبر مراحل الدعوى الجنائية.

التعريف الموضوعي

يقصد بالحقيقة في تعريفها الموضوعي هو النموذج لكيفية حدوث الواقعة الإجرامية وطريقة ارتكابها ومن اشترك أو ساهم فيها وغير ذلك من التفصيلات والحقائق كما حدثت بالفعل على مسرح الجريمة، وكذا حقيقة المجرم باعتباره فاعلا أصليا أو شريكا[101] ص 550.

2.1.1.2.1. تمييز الحقيقة القضائية عما يشابهها

تتداخل وتتقارب الحقيقة القضائية مع عدة حقائق أخرى متشابهة لها أو تتخذ نفس المنهج في الوصول إليها كالحقيقة التاريخية والحقيقة العلمية، كما يمثل اليقين القضائي والاقتناع الشخصي للقاضي تقارب بينه وبين الحقيقة القضائية لذا سنحاول في هذا الفرع التطرق أولا إلى التمييز بين الحقيقة القضائية والحقيقة التاريخية ثم ثانيا التطرق إلى التمييز بين الحقيقة القضائية والحقيقة العلمية وثالثا التمييز بين اليقين والاقتناع والحقيقة القضائية وذلك على النحو التالي:

1.2.1.1.2.1. التمييز بين الحقيقة القضائية والحقيقة التاريخية

إن الحقيقة القضائية والحقيقة التاريخية يشتركان في منهج البحث ذلك أن القاضي الجزائي والمؤرخ يتناولان في يحثهما عن الحقيقة على وقائع حدثت في الماضي أي يتعاملان مع أحداث سابقة ويشتركان في هذه الصفة من كونهما يبحثان عن هاتين الحقيقتين وينتسبان إلى الماضي.

ويظهر كذلك التشابه والتداخل بين الحقيقتين في أن كل من القاضي والمؤرخ يستعملان نفس الوسائل للوصول إلى الحقيقة وذلك بإعادة تمثيل ما وقع في الماضي عن طريق تصريحات الأطراف وسماع الشهود وإجراء المعاينة وباجتماع كل هذه المعطيات المتوصل إليها يسمح للقاضي والمؤرخ في إعطاء صورة عن الوقائع كيف وقعت وإلى من تنسب.

غير أن الاختلاف الجوهري بين الحقيقة القضائية والحقيقة التاريخية يمكن إجماله في العنصران التاليان:

- يستطيع المؤرخ ودون أية مسؤولية عليه أن يصرح بأنه لم يوفق في معرفة حقيقة الأحدث التي وقعت فعلا أثناء الفترة الزمنية التي يبحث فيها، غير أن موقف القاضي مغاير تماما لموقف المؤرخ ذلك أن تصريحه رسميا بعدم توصله إلى معرفة الحقيقة هو امتناعه عن اتخاذ قرار أو إصدار حكم في شأن المسألة المطروحة عليه مما يمثل هذا الموقف بالنسبة للقاضي جريمة نكران العدالة، لأن البحث في الحقيقة بالنسبة له وسيلة لإصدار الحكم.

- إن معرفة أحداث الماضي بالنسبة للمؤرخ تشكل الموضوع الأساسي للأبحاث وبالتالي لا يمنع هذا الأخير في أنه يستغرق مدة طويلة من الزمن في البحث عن هذه الحقائق التاريخية، الأمر الذي يختلف فيه مع القاضي الجزائي إذ أن إدراك الحقيقة القضائية عن طريق إصدار حكم يكون عنوانا لها مرتبط بمدة زمنية معقولة، وكل تباطؤ أو تهاون في إصدار الحكم قد يؤدي إلى تشكيك الرأي العام في قيمته وسمعة العدالة[83] ص 114.

2.2.1.1.2.1. التمييز بين الحقيقة القضائية والحقيقة العلمية

تتميز الحقيقة العلمية في أن وجود الفعل في الميدان العلمي يخضع لما يسمى بالملاحظة العلمية وذلك عن طريق التجريب لمرات عديدة ومتكررة حتى يمكن حل المشكلة بصفة نهائية، الأمر الذي دفع المفكرين إلى وصف الحقيقة العلمية بأنها حقيقة ذات طابع شمولي Vérité Universelle.

أما الحقيقة القضائية فهي حقيقة منفردة ووحيدة Vérité Unique، لأن الأفعال التي يسعى القاضي إلى إثباتها لا يمكن إخضاعها لا للملاحظة ولا للتجريب لأنها حدثت في الماضي ولا مجال لمحاولة تكرارها أو إحداثها من جديد بنفس الطريقة ونفس الظروف التي حصلت بها في أول الأمر وإن كان المشرع في جميع دول العالم على غرار المشرع الجزائري نص على إعادة تمثيل الجريمة كوسيلة لإدراك كيفية وقوع الأحداث[164] ص 303، 314.

ورغم هذا الاختلاف في عمل الخبير وهو يبحث عن الحقيقة العلمية على عمل القاضي هو بصدد البحث عن الحقيقة القضائية فإنه يوجد تكامل وترابط بينهما إذ أن القاضي في العديد من الحالات يستعين بالخبير وذلك لتفسير عدة أمور ذات طابع فني إلا أن الحقيقة العلمية لا يمكن أن تحل محل الحقيقة القضائية باعتبار أن الأولى هي جزء في بناء الثانية.

3.2.1.1.2.1. التمييز بين التقين والاقتناع والحقيقة القضائية

إن اليقين عبارة على حالة ذهنية تؤكد وجود الحقيقة ويتم الوصول إليه عن طريق نوعين من المعرفة الأولى المعرفة الحسية والتي تدركها الحواس أما الثانية المعرفة العقلية والتي يدركها العقل عن طريق الاستنتاج والتحليل، فالمحقق أو القاضي الذي يعاين جسم الجريمة عن طريق حواسه لا يمكن معاينة الجريمة لحظة وقوعها وإنما يعاين النتائج التي ترتبت عن الجريمة، وعن طريق التحليل والاستنتاج يتوصل إلى بناء كيفية وقوع الجريمة والملابسات والظروف التي وقعت فيها على وجه يقيني[101] ص 631.

واليقين الذي يتوصل إليه القاضي يقين نسبي وهو عرضة للتنوع والاختلاف من قاضي لآخر حسب عدة ظروف ترجع إلى النشأة الفكرية والتقيمية للأشياء، وعلى هذا الأساس يتم بناء الاقتناع. وهو التأكيد في كيفية وقوع الجريمة بصورة يقينية تولد لدى القاضي اقتناع في إصدار الحكم، غير أن السؤال المطروح ما هو الفرق بين الصور والمصطلحات الثلاثة اليقين والاقتناع والحقيقة القضائية.

يجمع الفقه الجنائي على أن اليقين والاقتناع والحقيقة عبارة عن حلقات ثلاثة في سلسلة واحدة، بدايتها اليقين الذي يتدرج من الضعف إلى القوة مع تدرج السير في إجراءات الخصومة الجنائية وعندما يكتمل هذا التدرج اليقيني ينشأ ما يعرف بالاقتناع في كيفية وقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم مما يكون

أساسا لإصدار الحكم الذي يمثل عنونا للحقيقة القضائية، فالعلاقة بين هذه المصطلحات الثلاثة هي علاقة تكامل تبدأ باليقين وتنتهي بالحقيقة القضائية.

2.1.2.1. موضوع الحقيقة القضائية وطبيعتها

إن البحث عن الحقيقة القضائية ينصب أساسا على إتخاذ مجموعة من الإجراءات القضائية محددة سلفا في القانون طبقا لمبدأ الشرعية الإجرائية يكون الهدف منها تجميع أكبر قدر ممكن من الأدلة يكون موضوعها إما الأشخاص أو الأشياء باعتبارهما الموضوع الذي يدور حولهما البحث عن الحقيقة.

إلا أن هذه الحقيقة التي يسعى القاضي إلى إدراكها من خلال مجموعة من الأدلة والتي اصطلح على تسميتها بالحقيقة القضائية قد احتدم النقاش بشأن طبيعتها من حيث اتسامها بالنسبية أو الإطلاق لذا سنحاول في هذا المطلب التطرق إلى موضوع الحقيقة القضائية في الفرع الأول ثم إلى طبيعتها في الفرع الثاني وذلك على النحو التالي:

1.2.1.2.1. موضوع الحقيقة القضائية

إن موضوع الحقيقة القضائية ينصب على أمرين هامين تتخذ فيهما مجموعة من الإجراءات تتعلق إما بالأشخاص أو الأشياء وهذا ما سنحاول التطرق إليه على النحو التالي::

1.1.2.1.2.1. الأشخاص بوصفهم موضوعا للحقيقة القضائية

بالرجوع إلى قانون الإجراءات الجزائية فإنه قد حصر الصفات التي يتخذها الأشخاص موضوع الحقيقة القضائية في ثلاث صفات هي صفة المتهم وصفة الشاهد وصفة الخبير وتتخذ كل صفة من هذه الصفات مجموعة الإجراءات الإثباتية حيال من تتوافر فيه لأجل الكشف عن الحقيقة.

بالنسبة للمتهم

متى توافرت مجموعة من الدلائل أو القرائن ضد الشخص على اقترافه أو مشاركته في ارتكاب جريمة معينة تتوافر فيه إما صفة المتهم أو المشتبه فيه وتتخذ في مواجهته مجموعة من الإجراءات القضائية لمعرفة الحقيقة القضائية بالنسبة لشخصه لذا نتطرق إلى التمييز بين المتهم والمشتبه فيه والإجراءات القضائية المتخذة ضد شخصه.

التمييز بين المتهم والمشتبه فيه

تختلف التشريعات الإجرائية في إطلاق المصطلح المناسب على الشخص موضوع المتابعة الجزائية سواء أثناء مرحلة البحث التمهيدي أو التحقيق أو المحاكمة ولتوضيح الفرق بين مصطلح المتهم

ومصطلح المشتبه فيه يحسن بنا التطرق إلى مفهومها في ظل الأنظمة القانونية لكل من فرنسا ومصر والجزائر[106] ص 47.

فالمشرع والفقه الفرنسي يقيم تفرقة واضحة بين المتهم والمشتبه فيه، فهذا الأخير هو كل شخص يتخذ ضده أو قبله ضابط الشرطة القضائية إجراء من إجراءات البحث التمهيدي وفقا لاختصاصاته الأصلية أو الاستثنائية، أما المتهم فهو كل شخص تتخذ ضده الإجراءات القضائية بعد تحريك الدعوى العمومية وتوجيه له الاتهام، إلا أنه بالنسبة للمتهم ميز بين ثلاثة أوصاف مختلفة ترتبط بين نوع المرحلة الإجرائية على النحو التالي[159] ص 314:

- L'inculpé وهو كل شخص يجري معه تحقيق قضائي.
- Le prévenu وهو كل شخص يحال أمام محكمة الجنح والمخالفات.
- L'accusé وهو كل شخص يحال أمام محكمة الجنايات.

أما المشرع المصري يستعمل مصطلحا واحدا وهو مصطلح المتهم وعممه على جميع الإجراءات سواء تعلق الأمر بإجراءات الاستدلال أو الاتهام أو التحقيق والمحاكمة ولا يستعمل مصطلح المشتبه فيه إذ نص في المادة 29 من قانون الإجراءات الجنائية على أنه:" لمأموري الضبط القضائي أثناء جمع الاستدلالات أن يسمعوا أقوال من يكون لديه معلومات عن الوقائع الجنائية ومرتكبها وأن يسألوا المتهم عن ذلك أو لهم أن يستعينوا بالأطباء وغيرهم من أهل الخبرة ويطلبوا رأيهم شفهيا أو بالكتابة...".

وكذا ما ورد في المادة 34 من أنه:" لمأمور الضبط القضائي في أحوال التلبس بالجنايات أو الجنح التي يعاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر، أن يأمر بالقبض على المتهم الحاضر الذي توجد دلائل كافية على اتهامه"، وكذلك ما ورد في المادة 84 من أنه "للمتهم وللمجني عليه وللمدعى بالحقوق المدنية وللمسؤول عنها أن يطلبوا على نفقتهم أثناء التحقيق صورا من الأوراق أيا كان نوعها، إلا إذا كان حاصلا لغير حضورهم بناء على قرار صادر بذلك". وكذا ما ورد في المادة 304 من أنه:" إذا كانت الواقعة غير ثابتة أو كان القانون لا يعاقب عليها تحكم المحكمة ببراءة المتهم ويفرج عنه إذا كان محبوسا من أجل هذه الواقعة".

ومما يلاحظ في هذه النصوص القانونية مجتمعة أن البعض منها يتعلق بمرحلة الاستدلال والبحث والتحري والآخر بمرحلة الاتهام، والبعض، الآخر بمرحلة التحقيق والمحاكمة ومع ذلك فإن المشرع المصري يستعمل في جميعها مصطلح المتهم للتدليل على الشخص الذي تباشر ضده الإجراءات الجزائية.

وإلى ذات الاتجاه سلكت محكمة النقض المصرية في عدة أحكام لها إذ أطلقت وصف المتهم على كل شخص يتخذ بشأنه إجراء من إجراءات الاستدلال أو التحقيق أو المحاكمة إذ جاء في الحكم الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 19 مارس 1981 على أنه:" المتهم في حكم المادة 126 فقرة أولى عقوبات مصري هو كل من وجه إليه الاتهام بارتكاب جريمة معينة ولو كان ذلك أثناء قيام مأموري الضبط القضائي بمهمة البحث عن الجريمة ومرتكبيها وجمع الاستدلالات ما دامت قد حامت حوله شبهة له ضلعا في ارتكابها.

وبالرجوع إلى قانون الإجراءات الجزائية نجد أن المشرع الجزائري على خلاف المشرع المصري يقيم التفرقة بين المتهم والمشتبه فيه مستندا في ذلك على معيار المرحلة الإجرائية فجميع الإجراءات التي تطبق على الشخص محل المتابعة في مرحلة البحث التمهيدي أو الاستدلالي التي يقوم بها ضابط الشرطة القضائية اعتبر مشتبه فيه ويتجلى ذلك في عدة نصوص قانونية منها ما نص عليه في أحكام المادة 41 من قانون الإجراءات الجزائية من أنه:«...كما تعتبر الجناية أو الجنحة متلبسا بها إذا كان الشخص المشتبه في ارتكابه إياها في وقت قريب جدا عن وقت وقوع الجريمة» وكذلك ما نص عليه في أحكام المادة 45 فقرة 2 من ذات القانون على أنه:«تتم عمليات التفتيش التي تجري طبقا للمادة 44 أعلاه على الوجه الآتي": 1- إذا وقع التفتيش في مسكن شخص يشتبه فيه في أنه....».

أما مصطلح المتهم فيطلقه المشرع الجزائري على كل شخص حركت ضده الدعوى العمومية أو فتح تحقيق قضائي ضده أو رفعت ضده الدعوى أمام محكمة الجنح والمخالفات مباشرة أو أحيل أمام محكمة الجنح والمخالفات أو أحيل أمام محكمة الجنايات وبعبارة أخرى يطلق مصطلح المتهم على كل شخص حركت ضده الدعوى العمومية دون تميز في مختلف مراحلها القضائية. عكس ما هو معروف لدى المشرع الفرنسي.

مجموعة الإجراءات الإثباتية المتخذة ضد المتهم والمشتبه فيه

متى توافرت في الشخص صفة المتهم أو المشتبه فيه تتخذ في مواجهته مجموعة من الإجراءات لأجل الحصول على الدليل وكشف الحقيقة القضائية أهمها تفتيش شخصه على ما يشمل جسمه أو ملابسه أو أمتعته التي في حوزته متنقلا بها، وكذا سماع أقواله واستجوابه ومناقشته ومواجهته بغيره من الشهود أو المتهمين أو بوسائل الإثبات الأخرى، مما قد يسفر عنه إعترافه.

كما قد يخضع المتهم أو المشتبه فيه لبعض الوسائل العلمية الحديثة لأجل الحصول على الدليل الفني كمعاينة جسمه واتخاذ ضده مختلف الإجراءات المخبرية أمام المخابر الجنائية.

بالنسبة للشاهد

يعتبر الشاهد موضوعا للحقيقة القضائية كذلك فمتى توافرت في الشخص هذه الصفة فقد وضع المشرع مجموعة من الإجراءات يتم بموجبها تحديد كيف يتم استدعائه وسؤاله عن الوقائع الإجرامية

المرتكبة والأشخاص محل المتابعة بوصفهم متهمين أو مشتبه فيهم حتى يمكن الحصول منه على شهادة تفيد في كشف الحقيقة.

وتعتبر الشهادة حسبما تم شرحه في الفصل الأول من هذا الباب، بأنها التعبير الصادق الذي يصدر في مجلس القضاء من شخص يقبل قوله بعد أداء اليمين في شأن واقعة عاينها بأية حاسة من حواسه.

ومن المقرر أن الشاهد يسمع ولا يستجوب، فلا يجوز للمحقق أن يسلك معه سبيل الاستجواب، بل لا بد أن يتركه يدلي بشهادته عن الواقعة المراد إثباتها بحرية تامة ودون تدخل منه، وبعد ذلك يتدخل المحقق بأسئلته التفصيلية لتحديد إطار الشهادة وحدودها[10] ص 403 فقط.

بالنسبة للخبير

متى توافرت في الشخص صفة الخبير يصبح هذا الأخير موضوعا للحقيقة القضائية وبالتالي يتم الاستعانة به فيما يتعلق بالمسائل الفنية البحتة التي يتعذر على المحقق أو القاضي أن يستمر في التحقيق فيها والوصول إلى الحقيقة إلا بعد إعطاء تفسير لهذه المسائل الفنية.

ولأجل الوصول إلى الحقيقة قد يطلب من الخبير إبداء رأيه بشأن تقدير مسألة من طبيعة خاصة مما يتطلب إدراكها لتلك الواقعة يتم إما بالملاحظة المجردة أو يتطلب أبحاثا وتجارب فنية حسب طبيعة المهمة المسندة إليه في أمر الندب، ثم استنتاجا لما أدركه مطبقا في ذلك معلوماته العلمية أو الفنية الخاصة بنقل ما توصل إليه من الحقائق المدعمة بالوقائع العلمية والفنية والتجريبية إلى القاضي[101] ص 564.

2.1.2.1.2.1. الأشياء بوصفها موضوعا للحقيقة القضائية

الأشياء التي قد تكون موضوعا للحقيقة القضائية قد تتخذ صفة المنقول أو العقار وقد تحتوي على مجموعة من الآثار تساعد المحقق أو القاضي في الوصول إلى كشف الحقيقة الأمر الذي جعل المشرع يخضعها بدورها لمجموعة من الإجراءات أهمها المعاينة وتفتيش الأشياء وضبطها.

والمعاينة - حسبما تم شرحه - هي قيام المحقق بالإطلاع على حالة الشيء سواء كان عقارا أو منقولا وذلك لرفع الآثار المادية التي قد تكون عالقة بهذا الشيء حتى يتم ربطها بقرائن ودلائل أخرى تمكن المحقق من ربط الصلة بين هذه الآثار وتلك الدلالة للوصول إلى قرينة أو قرائن كافية لإقامة الدليل أمام القضاء، وقد نظم إجراءاتها المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة في أحكام قانون الإجراءات الجزائية في أحكام المواد 69 مكرر، 79، 80 و 239.

كما يمثل تفتش المساكن وأماكن غير الإقامة موضوعا هاما للحقيقة القضائية باعتباره يمثل أساس جوهري للوصول إلى الدليل باعتباره يقع في موضع السر ولعل هذا ما أدى بالمشرع الجزائري

إلى تنظيم إجراء التفتيش بصورة جلية سواء بمعرفة الضبطية القضائية في أحكام المواد 44، 45، 48، و47 من قانون الإجراءات الجزائية أو بمعرفة قاضي التحقيق في أحكام المواد 81، 82، و 83.

كما يترتب على هذين الإجرائين المعاينة والتفتيش للحصول على أثار مادية يتم ضبطها حتى يتمكن إخضاعها للمعاينة العلمية ومواجهة بها المتهم باعتبار قد تمثل جسم الجريمة أو أحد مكوناتها أو عناصرها التي تساعد القاضي في الوصول للحقيقة الأمر الذي حدى بالمشرع إلى تنظيم كيفية ضبط الآثار المادية الموجودة بمسرح الجريمة كما نظم ضبط المراسلات السلكية واللاسلكية باعتبارها تمثل دليلا يساعد في الوصول إلى الحقيقة.

وقد نظم المشرع الجزائري ضبط الأشياء المادية بمناسبة إجراء التفتيش أو المعاينة في أحكام المواد 84، 85 و 86 من قانون الإجراءات الجزائية، كما نظم إجراءات ضبط المراسلات السلكية واللاسلكية في الفصل الرابع تحت عنوان – اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور في أحكام المواد من 65 مكرر 5 إلى 65 مكرر 10 من قانون الإجراءات الجزائية.

2.1.2.1.2.1. الأشياء بوصفها موضوعا للحقيقة القضائية

نظرا لأن البحث في طبيعة الحقيقة القضائية في المسائل الجزائية من حيث كونها نسبية أو مطلقة تعتبر مسألة ثانوية لا فائدة ترجى منها، الأمر الذي جعل طائفة كبيرة من الفقه تعرض عن الخوض في مسألة البحث في طبيعتها.

أما الطائفة القليلة من فقهاء القانون الجنائي الذين تعرضوا إلى تحديد طبيعة الحقيقة القضائية فيمكن أن نميز فيها بين ثلاث اتجاهات كبرى فهناك من الفقه من يرى أن الحقيقة القضائية في المسائل الجزائية تتميز بصفة الإطلاق وهي بذلك أقرب إلى الحقيقة الفلسفية، وهناك من يرى أنها تتميز بالنسبية، وهناك اتجاه وسطي يجمع بين الإطلاق والنسبية وذلك على النحو التالي:

1.2.2.1.2.1. الاتجاه القائل بأن الحقيقة القضائية لها صفة الإطلاق

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الحقيقة القضائية في المسائل الجزائية هي نوع من الحقيقة العلمية. فهي تتصف بالعمومية والإطلاق، وهي في ذلك تختلف عن الحقيقة القضائية في المسائل المدنية[101] ص 597.

ذلك أنه في المواد المدنية، فالغاية من الإثبات القضائي هو فض المنازعات التي تقوم بين الأفراد حول مختلف الحقوق، ولتحقيق الاستقرار في المجتمع يفرض الاكتفاء بالحقيقة النسبية القائمة على الظن الراجح المدعم بالأدلة الثبوتية لصالح مدعي بالحق الثابت بالدليل، ذلك أن السعي إلى الحقيقة القضائية

المطلقة يجعل باب المنازعات قائما إلى ما لا نهاية إلى غاية أدراك الحقيقة مما يتعارض مع جوهر دور القضاء المدني في فض وحل المنازعات القائمة بين الأفراد.

2.2.2.1.2.1. الاتجاه القائل بأن الحقيقة القضائية لها صفة النسبية

يقف هذا الاتجاه والذي يمثل أغلبية الفقه المقارن موقفا معارضا للاتجاه الأول ويرى أن الحقيقة القضائية في المواد الجزائية تتميز بأنها ذات طبيعة نسبية ذلك أنه إذا كانت الحقيقة في حد ذاتها كما حدثت في الواقع ذات طبيعة مطلقة فإن اكتشافها وإدراكها من طرف القاضي ذات طبيعة نسبية وهذا نظرا لعدم إمكانية إدراك الإنسانية للمعرفة المطلقة[161] ص 397.

ولكي يؤكد هذا الاتجاه وجهة نظره من تمتع الحقيقة القضائية بصفة النسبية وجه عدة انتقادات للاتجاه المضفي لصفة الإطلاق على الحقيقة القضائية وتشبيهها بالحقيقة العلمية وذلك على النحو التالي:

- إن الحقيقة العلمية كذلك لا تتميز بالإطلاق لأنها عرضة للخطأ الأمر الذي جعلها عرضة للتغيير باستمرار وهذا ثابت من خلال هجر العلماء لعدة نظريات علمية كان لها الصدى والثبات منذ فترة قصيرة وأثبت العلم بعد ذلك عدم صحتها عن طريق مختلف التجارب.

- إن موضوع المعرفة العلمية هو دراسة الوقائع والظواهر الطبيعية بحثا عن الحقيقة العلمية لمسألة محل البحث، وهذا لأجل صياغة قواعد وقوانين موضوعية تتميز بالعمومية، وهذا يختلف في طبيعة ومنهج البحث عن الحقيقة القضائية من كونها لا تنصب على العالم المادي، وإنما ينصب على الوقائع المقترفة ومدى نسبتها إلى المتهم. ويكون الفصل فيه عن طريق الأحكام القضائية ونسبتها إلى من صدرت في حقه من الأشخاص ويصبح ذلك أمر نسبي لارتباط الحكم القضائي بالشخص المنسوب إليه ولا يمكن عن طريق الحكم القضائي صياغة مبادئ أو قوانين عامة.

3.2.2.1.2.1. الاتجاه القائل بأن الحقيقة القضائية تجمع بين حقيقة المعرفة وحقيقة التعبير عن هذه المعرفة

اتجه رأي في الفقه إلى اتخاذ موقف وسط في تحديد طبيعة الحقيقة القضائية إذ يرون أن بناء الحقيقة القضائية في الحكم سواءا الصادر بالإدانة أو البراءة هو التعبير الموضوعي للحقيقة الواقعية وإن لهذه الأخيرة جانبان الجانب العيني للحقيقة أي وجودها بالأشخاص والأشياء في الواقع والجانب التصوري للحقيقة وهو وجودها في ذهن وتصور القاضي ومنه فالحقيقة في الواقع هي مطلقة غير أنها عند تصورها والتعبير عنها نسبيه، وبالتالي تتكون من النوعين[45] ص 581.

النوع الأول: الحقيقة العينية: وهي حقيقة ما يوجد في الواقع حقا – والمتمثلة في الوقائع الإجرامية والأشخاص والأشياء وقواعد القانون ووجود هذا النوع له طابع مطلق وكامل.
النوع الثاني: الحقيقة التصورية: وهي الحقيقة كما يدركها القاضي كإنسان، أي ما ينطبع من الحقيقة العينية في ذهن وعقل القاضي المتعلق بهذه الوقائع، ووجود هذا النوع ذي طابع ذاتي نسبي يسمى بحقيقة المعرفة.

3.1.2.1. دور المحقق في البحث عن الحقيقة والعوامل المؤثرة فيه

إن التزام المحقق بإدراك الحقيقة الواقعية طبقا لمبدأ الشرعية الإجرائية قد فرض عليه دورا إيجابيا في مجال البحث عن الأدلة التي يصل بمقتضاها إلى الحقيقة القضائية، فالقاضي الجزائي على خلاف القاضي المدني هو الذي يدير الخصومة الجنائية لأنه يستهدف الوصول إلى الحقيقة وإصدار الحكم الجزائي سواء بالإدانة أو البراءة، على اعتبار أنه يحقق غاية اجتماعية. كما أن المحقق أو القاضي قد يخطئ أحيانا في إدراك الحقيقة القضائية أو استخلاصها من العناصر المطروحة أمامه لشوائب أو علل كامنة في نفسه أو خارجة عن إرادته لارتباطها بالرأي العام مما تعيب إدراكه وفي الحالتين ينتهي القاضي في قضائه إلى ما لا يتفق مع الواقع وتصبح حينها الحقيقة القضائية مغايرة ومختلفة للحقيقة الموضوعية أو الواقعية[70] ص 199.

وعلى هذا الأساس نحاول في هذا المطلب التطرق إلى دور المحقق في بحثه عن الحقيقة وذلك في الفرع الأول على أن نخصص الفرع الثاني إلى العوامل المؤثرة على المحقق في البحث عن الحقيقة.

1.3.1.2.1. دور المحقق في البحث عن الحقيقة

إن النشاط والدور الأساسي الذي يقوم به المحقق في سبيل إدراك الحقيقة هو البحث عن الدليل الجنائي، ويختلف دوره في مرحلة الإعداد للدعوى العمومية عن دوره في مرحلة التحقيق للإحالة وكذا عن دوره في مرحلة الإعداد لإصدار الحكم، وهذا لاختلاف طبيعة الدليل المطلوب في كل مرحلة، ومن هنا كان إلزاما علينا عند دراسة دور المحقق في البحث عن الحقيقة بالتطرق إلى جميع الجهات القضائية المكلفة بالبحث عن الحقيقة سواء النيابة العامة عن طريق الضبطية القضائية أولا أو قاضي التحقيق ثانيا أو قاضي الحكم ثالثا وذلك على النحو التالي:

1.1.3.1.2.1. دور النيابة العامة في البحث عن الحقيقة

يظهر دور النيابة العامة كجهة قضائية تسعى في الوصول إلى الحقيقة سواء من خلال إشرافها على الضبطية القضائية في بحثهم عن الجرائم ومرتكبيها، أو في تجميع الدلائل والقرائن الكافية بعد وقوع الجرائم إعدادا لتحريك الدعوى العمومية، أو تدخلها أثناء سير الخصومة الجنائية في أية مرحلة من التحقيق القضائي في طلب إتخاذ إجراء يساعد في الوصول إلى الحقيقة.

لذا نحاول دراسة دور النيابة العامة في البحث عن الحقيقة وذلك بالتطرق إلى دورها قبل تحريك الدعوى العمومية وأثناء مرحلة التحقيق القضائي وذلك على النحو التالي:

الإشراف على الضبطية القضائية عند تجميع الدليل

يعتبر ضابط الشرطة القضائية في التنظيم القضائي الجزائري والفرنسي والمصري بحكم طبيعة دوره من مساعدي النيابة العامة وهو بهذا الوصف له دور هام يؤديه تحت إشراف وكيل الجمهورية والنائب العام سواء بعد وقوع الجريمة وقبل تحريك الدعوى العمومية، أو بعد تحريكها وفتح تحقيق قضائي بشأنها.

فبمجرد وقوع الجريمة ووصول علمها إلى الضبطية القضائية سواء عن طريق الشكوى أو البلاغ يتعين عليها القيام بجميع الإجراءات الاستدلالية التي تمثل جوهرها في التحري عن الجريمة وجمع العناصر والدلائل اللازمة التي تمكن وكيل الجمهورية من تحريك الدعوى العمومية حسبما هو وارد في أحكام المادة 18 فقرة أولى من قانون الإجراءات الجزائية التي تنص على أنه:«يتعين على ضباط الشرطة القضائية أن يحرروا محاضر بأعمالهم وأن يبادروا بغير تمهل إلى إخطار وكيل الجمهورية بالجنايات والجنح التي تصل إلى علمهم».

وحتى يتمكن وكيل الجمهورية من إدراك الواقعة الإجرامية بصورة كافية تمكنه من رفع الدعوى أمام المحكمة مباشرة، أو فتح تحقيق قضائي أن يطلب من الضبطية القضائية تزويده بكل الإيضاحات من جميع الأشخاص المتصلين بالواقعة كالمبلغ والمشتبه فيه والشاهد وهم في سبيل ذلك لهم أن يستعينوا بأهل الخبرة وإجراء المعاينات وإثبات حالة الأشياء ورفع الآثار المتواجدة بمسرح الجريمة[86] ص 92 وكل هذه الأعمال والإجراءات وإن كان الهدف منها هو مجرد الحصول على الدلائل والإمارات على مجرى الظاهر من الأمور وهي تمثل حقيقة بالنسبة لوكيل الجمهورية لاتخاذ إجراءات تحريك الدعوى العمومية.

تدخل النيابة العامة أثناء سير الخصومة الجنائية

إذا كان إظهار الحقيقة هو الانشغال الرئيسي لدى المشرع في جميع التشريعات المقارنة، فقد أعطى المشرع الجزائري للنيابة العامة سلطة التدخل في أية مرحلة كانت عليها الدعوى وذلك لطلب

اتخاذ أي إجراء يستهدف من خلاله إظهار الحقيقة سواء فيما تعلق بالأفعال المرتكبة أو فيما تعلق بشخصية المتهم[83] ص 107 وهذا ما نص عليه في أحكام المادة 69 فقرة أولى من قانون الإجراءات الجزائية على أنه:«يجوز لوكيل الجمهورية سواء في طلبه الافتتاحي لإجراء التحقيق أو بطلب إضافي في أية مرحلة من مراحل التحقيق، أن يطلب من القاضي المحقق كل إجراء يراه لازما لإظهار الحقيقة».

ويظهر حرص المشرع الجزائري من تمكين النيابة العامة في المساهمة في البحث عن الحقيقة بالرغم من خروج الملف من حوزتها وفتح تحقيق بشأنه عندما قرر في أحكام الفقرة الثانية من المادة 69 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه:« يجوز له في سبيل هذا الغرض الإطلاع على أوراق التحقيق، على أن يعيدها في ظرف ثمان وأربعين (48) ساعة". وفي حالة ما إذا امتنع قاضي التحقيق على اتخاذ الإجراء المطلوب منه من طرف وكيل الجمهورية فقد ألزمه المشرع في أحكام الفقرة 3 من المادة 69 المذكورة أعلاه أن يبلغ رفضه لوكيل الجمهورية خلال خمسة أيام بقرار مسبب وعند عدم الرد أو الرفض خلال هذه المدة، أجازت المادة المذكورة أعلاه لوكيل الجمهورية رفع الشأن سواء عن طريق استئناف أمر قاضي التحقيق بالرفض أمام غرفة الاتهام أو عرض الطلب مباشرة أمامها في حالة عدم الرد.

من خلال ملاحظة المادة 69 من قانون الإجراءات الجزائية يتبين بوضوح أن المشرع الجزائري جعل مهمة البحث عن الحقيقة انشغالا لا يقع على قاضي التحقيق وقاضي الحكم فقط بل كذلك مهمة تدخل في صميم عمل النيابة العامة.

2.1.3.1.2.1. دور قاضي التحقيق في البحث عن الحقيقة

إذا كانت مهام الضبط القضائي تتمثل في اتخاذ جميع التحريات وجمع الدلائل لمجرد وقوع الجريمة حتى تتمكن النيابة العامة من تحريك الدعوى العمومية، فعملها استدلالي سابق عن تحريك الدعوى العمومية، فأن قاضي التحقيق يستهدف بصورة رئيسية عملية البحث عن الأدلة وجمعها لأجل كشف الحقيقة باعتبارها غاية التحقيق وفي ذلك نص المشرع الجزائري في أحكام المادة 68 فقرة 1 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه:«يقوم قاضي التحقيق وفقا للقانون باتخاذ جميع إجراءات التحقيق التي يراها ضرورية للكشف عن الحقيقة، بالتحري عن أدلة الاتهام وأدلة النفي».

وإذا كان الهدف الرئيسي لقاضي التحقيق هو البحث والتنقيب عن الحقيقة سواء فيما يتعلق بثبوت التهمة أو عدم ثبوتها أو فيما يتعلق بنسبتها إلى المتهم أو عدم نسبتها إليه وذلك بالبحث عن الأدلة وتمحيصها، وفقا لمجموعة إجراءات وضعها المشرع كالانتقال إلى المعاينة، والتفتيش، وسماع الشهود، وندب الخبراء وضبط الأشياء والاستجواب والمواجهة ومراقبة الاتصالات وتسجيلها.

وحتى يفتح المشرع المجال واسعا أمام قاضي التحقيق لأجل الوصول إلى الحقيقة الواقعية عماد الحكم الجزائي وعنوانا للحقيقة القضائية لم يلزم المحقق بإتباع هذه الإجراءات وحدها دون غيرها بل له أن يلجأ إلى أي إجراء يراه مفيدا في إظهار الحقيقة غير وارد في قانون الإجراءات الجزائية بشرط ألا يكون في مباشرته له مساس لحرية المواطن أو حرمة مسكنه أو سلامته الجسدية والعقلية والنفسية وهذا حسب الإطلاق الذي جاءت به المادة 68 فقرة أولى من قانون الإجراءات الجزائية بحيث أعطت لقاضي التحقيق سلطة واسعة في اتخاذ جميع إجراءات التحقيق التي يراها ضرورية للكشف عن الحقيقة.

والحقيقة التي يحاول قاضي التحقيق الوصول إليها تتمل في تقديره للأدلة من حيث كفايتها أو عدم كفايتها للاتهام وتقديم المتهم للمحاكمة ويكفي لذلك مجرد ترجيح إدانته، وبالتالي فهو لا يبحث في مدى كفاية الأدلة للإدانة لأن تلك المسألة تدخل في عمل قاضي الموضوع والتي تخرج عن اختصاصه فإدراكه للحقيقة تتمثل في وصوله للأدلة المرجحة المبررة للاتهام ولإحالة المتهم أمام المحاكمة.

3.1.3.1.2.1. دور قاضي الحكم في البحث عن الحقيقة

تعتبر الدعوى الجنائية نشاط[86] ص 98 القاضي الجنائي ذلك أن الحقيقة التي يسعى إلى إدراكها هي الحقيقة الواقعية، وطالما أن الغاية التي تستهدفها الدعوى العمومية هي التجريم القائم على الحق والشرعية، فقد فرضت هذه الأخيرة على القاضي الجنائي دورا إيجابيا في السعي نحو الوصول إلى الحقيقة.

وإذا كان السعي لإدراك الحقيقة التزام يقع على جميع الهيئات القضائية منذ وقوع الجريمة وبداية مرحلة التحريات والبحث التمهيدي بمعرفة الضبطية القضائية، ومرحلة التحقيق الابتدائي بمعرفة قاضي التحقيق، فإن هذا الدور يتعاظم بصورة واضحة ويبرز في مرحلة المحاكمة عند إجراء التحقيق النهائي ذلك أن القاضي الجزائي هو الذي يدير الدعوى الجزائية إعمالا لمبدأ "القاضي الجزائي هو المسير للمحاكمة الجزائية"، فهو لا يمتلك فقط الوسائل القانونية والإجرائية للبحث عن الحقيقة من أي مصدر كانت، وإنما هو ملزم قانونا بالبحث عنها وإقامة الدليل على وجودها سواء كانت في صالح المتهم للقضاء بالبراءة أو في صالح الاتهام للقضاء بالإدانة.

وقد وضع المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة عدة نصوص قانونية تلزم بموجبها قاضي الحكم بالبحث عن الحقيقة منها ما ورد في أحكام المادة 286 فقرة 1 و2 من قانون الإجراءات الجزائية التي تنص على أنه:«ضبط الجلسة وإدارة المرافعات منوطان بالرئيس، له سلطة كاملة في ضبط حسن سير الجلسة وفرض الاحترام الكامل لهيأة المحكمة واتخاذ أي إجراء يراه مناسبا لإظهار الحقيقة».

وكما أنه إذا واجه قاضي الحكم مسألة ذات طابع فني أو تقني وكان يتوقف الفصل في القضية المطروحة أمامه لأجل إدراك حقيقتها الاستعانة بالفنيين وأهل الخبرة، فقد منحه المشرع طبقا لأحكام المادة 143 من قانون الإجراءات الجزائية سلطة ندب خبير بقوله "لجهات التحقيق أو الحكم عندما تعرض لها مسألة ذات طابع فني أن تأمر بندب خبير إما بناءا على طلب النيابة العامة وإما من تلقاء نفسها أو من الخصوم".

ويظهر الدور الإيجابي لقاضي الحكم في السعي والبحث عن الحقيقة بأنه إذا لاحظ بعد الانتهاء من التحقيق النهائي الذي دار أمامه بالجلسة، وعند إقفال باب المرافعة أن القضية المطروحة أمامه لم تنال القدر الكافي من التحقيق والتمحيص فقد منح له المشرع طبقا لأحكام المادة 356 من قانون الإجراءات الجزائية سلطة إجراء تحقيق تكميلي يقوم به هو شخصيا باستعمال جميع السلطات التي كانت لقاضي التحقيق سواءا المقرر له للبحث عن الأدلة أو لتأمينها وذلك بقوله:«إذا تبين أنه من اللازم إجراء تحقيق تكميلي يجب أن يكون ذلك بحكم ويقوم بهذا الإجراء القاضي نفسه. والقاضي المكلف بإجراء التحقيق التكميلي يتمتع لهذا الغرض بالسلطات المنصوص عليها في المواد من 138 إلى 142، ويخضع هذا التحقيق التكميلي للقواعد المقررة في المواد 105 إلى 108. ولوكيل الجمهورية أن يطلع بطريق المطالبة عند الاقتضاء على الملف في أي وقت أثناء إجراء التحقيق التكميلي على أن يعيد الأوراق في ظرف أربعة وعشرين ساعة».

ويعتبر إظهار الحقيقة هو الانشغال الرئيسي والالتزام القانوني الذي يقع على القاضي الجنائي، غير أنه في واقع الأمر لا يبحث عن أية حقيقة كانت وإنما يسعى فقط إلى التوصل عن طريق مجموعة من الإجراءات القانونية لإقامة الدليل على وجودها والاقتناع وفقا لقواعد الاستنتاج القائمة على المنطق والعقل لذا سميت بالحقيقة القضائية.

2.3.1.2.1. العوامل المؤثرة على المحقق في إدراك الحقيقة

إن المحقق أو القاضي الجنائي وهو يقوم بالبحث عن الحقيقة يتأثر بعدة عوامل ذاتية نفسية وعاطفية وموضوعية مرتبطة بالسلامة القانونية تتداخل كلها في ضبط الحقيقة القضائية مما قد يؤدي إلى إبتعادها على الحقيقة الواقعية، لذا سنتطرق في هذا الفرع أولا إلى العوامل النفسية وثانيا إلى العوامل المتعلقة بالسلامة القانونية عن طريق التقييد التشريعي وذلك على النحو التالي:

1.2.3.1.2.1. العوامل النفسية والعاطفية

يتأثر القاضي الجنائي وهو يبحث في الحقيقة القضائية بعدة أمور عاطفية ونفسية تؤدي إلى الانحراف بالحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية المنشودة وهذه العوامل النفسية قد تأخذ صورة فردية أو صورة جماعية.

العامل النفسي الفردي للقاضي

إن المهمة الأساسية التي تواجه المحقق أو القاضي الجنائي في سبيل الوصول إلى الحقيقة هو إسناد النتيجة الإجرامية إلى سلوك الجاني وهو ما يعرف بالإسناد المادي، واعتبار أن السلوك المقترف ناتج عن إرادة وإدراك من طرف الجاني وهو ما يعرف بالإسناد المعنوي ولا يصل القاضي أو المحقق إلى هذه الحقائق إلا من خلال العمل الذهني الذي يباشره عن طريق قواعد الاستنتاج والاستنباط حتى ترتسم لديه صورة من الربط الموجود بين المتهم والجريمة المرتكبة مما يكون اليقين لديه[83] ص 119.

وكما سبق أن بينا في معرض هذه الرسالة عند التمييز بين اليقين والاقتناع والحقيقة من أن هذه العناصر الثلاثة تعتبر حلقات في سلسلة واحدة للبحث عن الحقيقة وتنتهي بإصدار الحكم الذي يمثل عنوانا للحقيقة القضائية، ذلك أن بداية البحث هي اليقين حول ارتكاب الجاني للجريمة ونسبتها له، وخلال الدورة الإجرائية التي تقتضيها الخصومة الجنائية يصل المحقق أو القاضي إلى درجة من الاقتناع تولد له الحقيقة على أساسها يصدر حكمه.

غير أنه خلال هذه الدورة الإجرائية في البحث والتقصي يتأثر المحقق بعدة مؤثرات نفسية تكون مسؤولة بصورة أو أخرى في توجيه البحث لديه مما قد يؤدي إلى انحرافه في إدراكه للحقيقة الواقعية مما يجعل الحقيقة القضائية بعيدة عن الحقيقة الواقعية التي تمثل هدف كل محقق، ويمكن أن نتطرق إلى بعض هذه المؤثرات النفسية وذلك على النحو التالي:

أثر الجانب الطبعي

يتمثل الجانب الطبعي للقاضي أو المحقق والذي يتكون من الترسبات الثقافية والاجتماعية والأخلاقية والمعتقدات الدينية والمذهبية، ونظرتهم إلى الأشياء والأمور ومدى تأثرهم بالتطور العلمي من عدمه في تكوين شخصية المحقق أو القاضي، مما يؤثر بصورة واضحة في إدراكهم للحقيقة[93] ص 717.

ونظرا لأن المحقق أو القاضي يتولى وظيفة اجتماعية لأنه يفصل في نزاعات تهم المجتمع ككل وبالتالي فإن مختلف المؤثرات والتجارب التي اكتسبها القاضي لها أثرا بالغا في إدراكه للحقيقة، ولعل اختلاف المحققين يظهر بصور جلية في النهاية التي يصلون إليها من خلال التحقيق الذي يباشرونه إزاء

نفس الوقائع، فقد ينهي قاضي التحقيق تحقيقه بشأن بإدراكه لحقيقة معينة مفادها اقتراف الجاني لجرمه وإحالته أمام المحكمة، في حين أن ذات الوقائع تنتهي لدى قاضي تحقيق آخر بأمر بانتفاء وجه الدعوى ونفس هذا التأثير وارد لدى قضاة الحكم. وهذا الاختلاف ناتج عن أثر الجانب الطبيعي على المحقق.

تأثير الرأي العام

يلعب الرأي العام عن طريق مختلف وسائل الإعلام خاصة في الجرائم الخطيرة دورا بارزا في توجيه المحقق منذ اللحظة الأولى لوقوع الجريمة وإلى غاية صدور حكم بشأنها، مما يؤدي إلى ابتعاد الحقيقة التي ينتهي إليها عن الحقيقة الواقعية هدف التحقيق الجنائي وهذا تحت الحاجة الماسة والملحة لتلبية ضغوط الرأي العام على حساب الحقيقة[129] ص 179، 187.

ولعل التأثير الذي يمارسه الرأي العام على السلطة والقضاة يؤدي بصورة واضحة إلى فرضه من جهة أخرى على قضاة التحقيق والحكم، وهذا ما يمكن ملاحظته من خلال قرار صادر من إحدى محاكم الاستئناف في بريطانيا سنة 1986، حث فيه رئيس المحكمة الاستئنافية قضاة الدرجة الأولى على عدم التراخي في إنزال العقوبات في جرائم الاغتصاب محددا لهم كموجة للعقوبة خمس سنوات حبس كحد أدنى معللا ذلك بأن انتشار هذه الجرائم واتصافها بالعنف يهدد الأمن والسلامة العامة لذلك يجب أن يعلم المجرمون بأنه عقابا شديدا ينتظرهم ويمكن أن يصل بهم إلى عقوبة السجن المؤبد[93] ص 718.

ولهذا السبب تدخل المشرع الجزائري لمحاولة حماية المحقق والقاضي من هذا الضغط الممارس عليه عن طرف الرأي العام عن طريق الإعلام وخاصة الصحافة منه وذلك لأجل حمايته في الوصول إلى الحقيقة الواقعية باعتبارها هدف التحقيق الجاني، إذ نص في أحكام المادة 11 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه:«تكون إجراءات التحري والتحقيق سرية، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ودون إضرار بحقوق الدفاع، كل شخص يساهم في هذه الإجراءات ملزم بكتمان السر المهني بالشروط المبينة في قانون العقوبات وتحت طائلة العقوبات المنصوص عليه فيه».كما نص على هذا الحظر في قانون الإعلام، وذلك لمنع أي نشر أو تعليق للقضايا الجزائية المطروحة أمام التحقيق منعا للإنحراف بالحقيقة القضائية وابتعادها على الحقيقة الواقعية التي تظل دوما هدف الأولى.

تأثير الجانب النفسي والحالة الاجتماعية للمتهم

طبقا لما استقرت عليه السياسة الجنائية الحديثة من توجيه العقوبة نحو إصلاح المجرم بدت أهمية فحص شخصية المجرم وذلك بالإحاطة بتكوينه البيولوجي وحالته النفسية وتاريخه الشخصي ووضعه الاجتماعي[11] ص 216 وذلك منذ اللحظة الأولى لفتح التحقيق القضائي بشأنه حتى يمكن اختيار المعالجة الكفيلة خلال جميع مراحل الخصومة الجنائية.

وقد منح المشرع الجزائري لقاضي التحقيق حق فحص شخصية المتهم وذلك عن طريق الأمر بإجراء فحص طبي ونفسي على المتهم سواء بناءا على طلب المتهم أو محاميه أو من تلقاء نفسه وذلك في أحكام المادة 68 الفقرتين الأخيرتين اللتين تنصان على أنه:«ويجري قاضي التحقيق بنفسه أو بواسطة ضابط الشرطة القضائية طبقا للفقرة السادسة أو بواسطة أي شخص مؤهل لذلك من وزير العدل، تحقيقا عن شخصية المتهمين وكذلك حالتهم المادية والعائلية أو الاجتماعية غير أن هذا التحقيق اختياري في مواد الجنح، ويجوز لقاضي التحقيق أن يأمر بإجراء الفحص الطبي كما له أن يعهد إلى الطبيب بإجراء فحص نفساني أو يأمر باتخاذ أي إجراء يراه مفيدا وإذا كانت تلك الفحوص الطبية قد طلبها المتهم أو محاميه فليس لقاضي التحقيق أن يرفضها إلا بقرار مسبب».

وإذا أصبح المستقر عليه الآن في العلم والقانون الجنائي أن الاهتمام يجب أن يوجه إلى شخص الجاني قبل أن يوجه إلى الجريمة ذاتها وذلك لمعرفة الظروف والدوافع التي أدت إلى اقترافه الجريمة ولا يتأتى ذلك إلا بإجراء فحص شامل طبيا ونفسيا واجتماعيا حول شخصية الجاني لأن الهدف من توقيع الجزاء هو إصلاح المحكوم عليه وتأهيله وبالتالي فإن هذا الجزاء يتوافق مع شخصية الموقع عليه[48] ص 140 وباعتبار أن أوامر التحقيق سواء ما تعلق منها بالبحث عن الدليل أو باتخاذ الإجراءات الماسة بحرية المتهم لتأمين الدليل تقتضي كذلك باختيار الوسيلة الكفيلة واختيار الإجراء الملائم لاتخاذه ضد المتهم.

وقد يتخذ العامل النفسي والاجتماعي والنشأة التاريخية أثرا بالغا على نفسية القاضي مما يؤدي بالضرورة إلى قيام حالة التعاطف مع المتهم مما يؤثر بصورة جلية على إدراكه للحقيقة القضائية وابتعادها عن الحقيقة القضائية.

ويظهر المتهم بصورة جلية منذ اللحظة الأولى لبدأ التحريات من طرف الشرطة القضائية أو لفتح التحقيق القضائي أمام قاضي التحقيق إذ أن الأحكام السابقة وماض المتهم وجنس هذا الأخير تلعب دورا كبيرا في التأثير على الحقيقة القضائية[83] ص 122. إذ أن الإحصائيات التي أجريت عدة مرات تبين بصورة قطعية أن هناك ميل تلقائي نحو المفاضلة في المعاملة الإجرائية للمرأة أمام قاضي التحقيق وكذا تبرأة الإناث الجانيات أكثر مما هو عليه الحال بالنسبة للذكور، ذلك أن حماية المرأة من طرف الرجل تتجسد هنا كذلك وتمارس بصورة واضحة.

كما تثار هنا بصورة جلية الاعتبارات المرتبطة بالقضاء الطبقي فعوضا على القاضي أو المحقق بصورة عامة بدلا من البحث عن الحقيقة الواقعية قد ينحرف في موضوع البحث فيتحول الهدف ليصبح المفاضلة بين الأطراف المتنازعة وتفضيل شخص على آخر في دورة إجرائية تشهد تفضيل شخصية متهمة عن أخرى مما يؤثر على إدراك الحقيقة خدمة لطائفة طبقية على حساب الحقيقة.

العامل النفسي الجماعي

يظهر تأثير العامل النفسي الجماعي على المحقق في إدراك الحقيقة من جانبين اثنين أولهما التأثير الذي يمارسه القضاة على بعضهم في القضاء الجماعي وثانيهما التأثير الذي تمارسه الجماعات الإجرامية وهذا ما سنحاول إبرازه تبعا على النحو التالي:

التأثير المتبادل في القضاء الجماعي والشعبي

إذا كان البحث عن الحقيقة هو الانشغال الأهم للمشرع فلا بد أن يكون البحث عنها ناتج عن قناعة وإدراك المحقق الجنائي سواء في مرحلة التحقيق الأولى أو الابتدائي أو النهائي أثناء المحاكمة بعيدا عن كل تأثير يمارسه بعض القضاة أو أحدهم عن الآخر مما يؤثر عليه في كيفية إدراك الحقيقة.

غير أن هذا التأثير لا يمكن أن نلمسه في حالة قاضي التحقيق أو قاضي الجنح والمخالفات بالمحكمة الابتدائية، باعتبار أنه في الحالتين، يمارس القاضي تحقيقه في البحث عن الحقيقة بمفرده وفق ما استقر لديه في ضميره وقناعته الشخصية وفقا للأدلة المطروحة أمامه. غير أن التأثير يظهر بوضوح في حالة تشكيل المحكمة من قضاة متعددين، كحالة غرفة الاتهام والغرفة الجزائية بالمجلس ومحكمة الجنايات.

والأصل أنه في الجهات القضائية التي تتكون تشكيلتها من قضاة متعددين كغرفة الاتهام والغرفة الجزائية بالمجلس ومحكمة الجنايات أن كل قاضي يستقل في تكوين قناعته عن غيره من القضاة وكيف تكونت لديه الحقيقة[63] ص 224 فيما توصل إليه من نتيجة بشأن الواقعة محل نظره من خلال تقديره لأدلتها. لا يمكن سلبها منه أو فرض قناعة أخرى عليه، غير أن ما يمارسه رئيس الجلسة باعتباره هو الذي يدير المناقشة في التحقيق النهائي قد يوجه بصورة واضحة في كيفية إدراك الحقيقة.

ويظهر التأثير بقوة واضحة في محكمة الجنايات وهذا نظرا لطبيعة تشكيلتها إذ أنها تتكون طبقا لأحكام المادة 258 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري من قاضي يكون برتبة رئيس غرفة بالمجلس القضائي ومن قاضيين برتبة مستشارين ومحلفين اثنين.

وإذا كانت عملية تقدير الأدلة بالنسبة للقضاة لا تطرح أي إشكال في تقديرهم القانوني لها فإن تقدير المحلفين للأدلة لا تتم وفق ضوابط قانونية لعدم إلمامهم بها وإنما تقديرهم لها يتم وفقا لانطباعاتهم الناشئة عن الأفكار العامة والإحساس الشخصي طبقا للمفاهيم السائدة اجتماعيا وفق ضوابط تتحكم فيها العادات والتقاليد والبيئة المحيطة بهم.

ويترتب على ضعف كفاءة المحلفين، سهولة التأثير عليهم بالأداء والعواطف ووسائل الإعلام، ووضعيتهم إزاء ما يسود الرأي العام كما يتركون أنفسهم دائما للتأثر بالجنس والسن ودرجة التعليم والمركز الاجتماعي، ونظرا لأن أحكام محكمة الجنايات في التشريع الجزائري تصدر بالأغلبية طبقا لأحكام المادة 309 من قانون الإجراءات الجزائية جعل المشرع الجزائري يتدخل بموجب الأمر رقم

95 – 10 المؤرخ في 1995/02/25 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية إذ عدل بموجبه تشكيل محكمة الجنايات في أحكام المادة 258، وذلك بجعلها تتكون من محلفين اثنين بدلا من أربعة محلفين وهذا حتى يضمن القدر الكافي لأن يصدر الحكم حسب أغلبية القضاة وليس المحلفين.

التأثير النفسي الجماعي في حالة العصابات الإجرامية

قد تثور مسألة التأثير النفسي الجماعي الذي يواجهه القاضي بصورة عامة سواء كان قاضي التحقيق في مرحلة التحقيق الابتدائي أو قاضي الحكم في مرحلة التحقيق النهائي أثناء المحاكمة وذلك في حالة ما إذا واجه القاضي أشخاص متعددين ساهموا بطريقة جماعية في ارتكاب الجريمة سواء في صورة المساهمة الجنائية أو في صورة العصابات المنظمة.

فالمحقق في هذه الحالة وهو في سبيل الوصول إلى الحقيقة لا بد من معرفة تأثير كل واحد فيهم عن الآخر ومدى التأثير المتبادل بينهم لأجل تحديد مسؤولية كل واحد منهم على حدى ولتحديد الإدانة التي سوف يتلقاها كل واحد منهم بحسب الدور الذي قام به في عملية ارتكابه الجريمة ومساهمته في ذلك.

2.2.3.1.2.1. التقييد التشريعي للمحقق في البحث عن الحقيقة

إذا كان المشرع قد أعطى للمحقق سواء كان قاضي التحقيق أو قاضي الحكم سلطة تقديريه واسعة في كيفية البحث عن الحقيقة الواقعية في إطار احترام حقوق الدفاع، فإنه هناك بعض الحالات يتدخل المشرع الجنائي ولاعتبارات تتعلق بالسلامة القانونية للأحكام القضائية، وذلك لضبط كيفية البحث عن الحقيقة ويمكن أن نميز بين أربعة حالات تدخل بصورة واضحة في معرض هذه الدراسة وهي إعطاء بعض المحاضر حجية لا يمكن الاقتناع والبحث خارج الإطار الذي رسمه المشرع لها، واعتبار الحكم النهائي مقيد لسلطة القاضي في البحث عن الدليل، وتقييد سلطة البحث عن الدليل في جريمة الزنا مما رتبه المشرع، والتقيد بطرق الإثبات المدني في المسائل المرتبطة بالقضاء الجزائي، هذا ما سنحاول التطرق إليه تبعا وذلك على النحو التالي:

الحجية القانونية لمحاضر المخالفات وبعض الجنح

المبدأ المستقر في الفقه الجنائي أن المحاضر تعد من المحررات الرسمية التي لا تتمتع بحجية معينة في مجال الإثبات الجنائي، وبالتالي فإن الدليل المستمد منها يخضع شأنه شأن بقية الأدلة في المواد الجزائية لحرية القاضي في تقدير قيمته[63] ص 190.

غير أن المشرع جعل استثناءا لبعض محاضر المخالفات حجية في ما ورد فيها وبالتالي تعد حجة على صحة ما ورد فيها فلا يملك المحقق في البحث عن الحقيقة إلا الحقيقة التي حملها محضر المخالفات، إذ نص المشرع الجزائري في أحكام المادة 400 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه:«

تثبت المخالفات إما بمحاضر أو تقارير وإما بشهادة الشهود في حالة عدم وجود محاضر أو تقارير مثبة لها.

ويؤخذ بالمحاضر والتقارير المحررة بمعرفة ضباط أو أعوان الشرطة القضائية والضباط المنوط بهم مهام معينة للضبط القضائي الذين خول لهم القانون سلطة إثبات المخالفات كدليل إثبات إلى أن يقوم الدليل العكسي على ما تضمنته وذلك عدا الحالات التي ينص فيها القانون على خلاف ذلك، ولا يجوز أن يقوم الدليل العكسي إلا بالكتابة أو شهادة الشهود».

وتكمن أهمية محاضر المخالفات في تقيدها لسلطة القاضي في البحث عن الحقيقة خارج ما ورد في هذه المحاضر هو أن المشرع أعطى لهذه المحاضر حجية بحيث يجعل القاضي غير ملزم بإعادة التحقيق حول ما جاء فيها ويمكن له الاكتفاء بما ورد ولا يمكن نفي ذلك إلا عن طريق الكتابة أو شهادة الشهود.

كما أعطى المشرع لبعض محاضر الجنح مثل محاضر الجنح الجمركية الواردة في أحكام المادة 254 من قانون الجمارك حجة لما ورد فيها من معاينات مادية إلى أن يطعن فيها بعدم الصحة متى كانت محررة من قبل عونين محلفين.

وقد اتجهت المحكمة العليا بما يفيد إعطاء قوة ثبوتية وحجية لمحاضر معينة كمحاضر مفتشي العمل والضرائب والجمارك لما ورد فيها مقيدة لسلطة القاضي في ذلك عند بحثه عن الحقيقة ويتجلى ذلك بصورة واضحة في قرار لها صادر عن الغرفة الجنائية الثانية، بتاريخ 1982/6/10 والذي جاء فيه: «إن الاعترافات والتصريحات الواردة في المحاضر الجمركية لها قوة الإثبات إلى أن يثبت العكس طبقا للمادة 254 الفقرة 2 من قانون الجمارك – لذلك لا يجوز لقضاة الاستئناف استبعاد اعتراف المتهم الوارد في المحضر الجمركي على أساس أن لهم السلطة المطلقة في تقدير هذا الاعتراف طبقا للمادة 213 إجراءات جزائية مخالفين هكذا أحكام المادة 254 الفقرة 2 من قانون الجمارك التي تنص صراحة على أن محاضر الجمارك تثبت صحة ما ورد فيها من تصريحات واعترافات ما لم يثبت العكس»[26] ص 21.

ورغم أن المشرع أعطى لهذه المحاضر حجية لما ورد فيها من وقائع ومعاينات وتصريحات وبالتالي لا يجوز للمحقق أو القاضي أن يبحث عن الحقيقة خارج هذا الإطار الذي رسمه المحضر، وإن مكن المشرع دحض هذا المحضر بالدليل العكسي، أي أن هناك إمكانية يمنحها القانون لإثبات عكسها إلا أن هذه الإمكانية معترف بها للمتهم فقط، وبالتالي إذا تنازل المتهم بعدم استعمال حقه في الطعن فيها لإثبات عكسها فإن القاضي يبقى ملزما بحجيتها دون أن يمارس سلطته التقديرية بشأنها إذ حصر حق إثبات العكس بالخصوم فقط والقاضي ليس كذلك هذا ما يؤدي إلى حجب الدور الإيجابي للقاضي في

البحث والتحري عن الحقيقة حتى ولو شك في صحة الوقائع الواردة في المحضر وعدم قيام الاقتناع لديه بأنه يحمل الحقيقة الواقعية والتي يترجمها إلى حقيقة قضائية فهو ملزم بتطبيق ما ورد في المحضر.

أثر الأحكام والقرارات القضائية النهائية على الحقيقة

من خلال تعريف الحكم الجزائي من أنه:«كل قرار تصدره المحكمة حاصلا في منازعة معينة، سواء كان ذلك خلال الخصومة الجنائية أم لوضع حد لها، ويستوي أن تكون المنازعة موضوعية أو إجرائية»[45] ص 4 هذا ما يؤدي إلى اعتبار للحكم أهمية ذلك أن غاية الدعوى الجزائية هو الوصول إلى حكم حاسم له قوة نهائية، والحكم الذي يصدره القاضي يحمل قرينة قانونية باعتباره عنوانا للحقيقة وهذا طبقا لقاعدة مفادها "حجية الشيء المحكوم به".

ويعتبر الحكم الجزائي الفاصل بصفة نهائية في موضوع النزاع حجة لما ورد فيه ولا يجوز إعادة النظر فيما فصل فيه بحثا عن الحقيقة باعتبار أن الحقيقة التي حملها الحكم السابق أضحت حقيقة مطلقة مقيدة حتى وإن أراد الأطراف إعادة صياغة الوقائع تحت وصف آخر وهذا ما نص عنه المشرع الجزائري في أحكام المادة 311 من قانون الإجراءات الجزائية من أنه:« إذا أعفى المتهم من العقاب أو برئ أفرج عنه في الحال ما لم يكن محبوسا لسبب آخر دون إخلال تطبيق أي تدبير أمني مناسب تقرره المحكمة، ولا يجوز أن يعاد أخذ شخص قد برئ قانونا أو اتهامه بسبب الوقائع نفسها حتى ولو صيغة بتكييف مختلف».

ولتأكيد المشرع من أنه لا يمكن إعادة البحث في الحقيقة طالما أنه صدر حكم بشأنها بصفة نهائية ما أورده كذلك في أحكام المادة 6 من قانون الإجراءات الجزائية من أنه: «تنقضي الدعوى العمومية الرامية إلى تطبيق العقوبة بوفاة المتهم، وبالتقادم، والعفو الشامل وبإلغاء قانون العقوبات وبصدور حكم حائز لقوة الشيء المقضي فيه...».

تقييد سلطة المحقق في جريمة الزنا

لقد منح المشرع الجزائري للمحقق سواء كان قاضي التحقيق طبقا لأحكام المادة 1/68 من قانون الإجراءات الجزائية، أو قاضي الحكم طبقا لأحكام المادة 1/69 أن يتخذ جميع الإجراءات التي يراها ضرورية لكشف الحقيقة، مما يؤدي إلى إطلاق سلطته في الوصول إلى الدليل والبحث عن الحقيقة في إطار احترام الشرعية الإجرائية، إلا أن هذه السلطة تصبح مقيدة إذا رسم المشرع طرقا ووسائل إثباتية لا يمكن الخروج عنها ويصبح إدراك الحقيقة مقيدا.

لذا فإنه في جريمة الزنا حدد المشرع الجزائري الأدلة الواجب توافرها للقول بقيام الحقيقة القضائية لاقتراف المتهم جريمة الزنا وذلك في أحكام المادة 341 من قانون العقوبات لقوله:«الدليل الذي يقبل عن ارتكاب الجريمة المعاقب عليها بأحكام المادة 339 تقوم إما على محضر قضائي يحرره

أحد رجال الضبط القضائي عن حالة تلبس، وإما بإقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة عن المتهم وإما بإقرار قضائي». وبالتالي فإن إثبات جريمة الزنا لا بد أن يتم بثلاثة وسائل فقط لا غير وهي:

- إما محضر قضائي يحرره أحد رجال الضبطية في حالة التلبس، إذ هنا تحدث جريمة الزنا في حالة القبض على مقترفاها في حالة تلبس وتحرير محضر بذلك.
- وإما عن طريق إقرار في رسالة أو مستندات صادرة عن المتهم، أي اعتراف من المتهم تضمنه رسالة أو مستند عثر فيه أنه فعلا اقترف جريمة الزنا.
- وإما إقرار قضائي تمثل في اعتراف المتهم أمام القضاء فعلا أنه ارتكب جريمة الزنا.

وإلى نفس هذا الاتجاه سايرت المحكمة العليا في تفسيرها للمادة 341 من قانون العقوبات في عدة قرارات لها منها قرارها الصادر عن غرفة الجنح والمخالفات بتاريخ 1989/7/2 في قضية رقم 59100 من أنه[152]:«متى كان من المقرر قانونا أن الدليل الذي يقبل في إثبات جريمة الزنا يقوم إما على محضر قضائي يحرره رجال الضبط القضائي في حالة تلبس. أو بإقرار وارد في رسائل مستندات صادرة من المتهم أو بإقرار قضائي، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما أدانوا المتهمين بجريمة الزنا بناءا على قرائن لم تنص عليها المادة 341 من قانون العقوبات فإنهم بقضائهم كما فعلوا يكونوا قد خالفوا القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه».

وفي قرار آخر للمحكمة العليا مؤرخ في 1987/7/14 ملف 47004[150] والذي جاء فيه:«ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الاستئناف الذين أيدوا الحكم المستأنف لديهم من حيث إدانة المتهمين بجريمة الزنا وبالمشاركة فيه بمقتضى المادة 339 من قانون العقوبات مستندين على اعتراف المتهمة (ب ر) في محضر رجال الدرك الوطني والذي كان محل إنكارها طيلة سير التحقيق القضائي وكذا أمام المحكمة ومجلس القضاء فإنهم كما فعلوا بقضائهم تجاهلوا أحكام المادة 341 من ق ع المبينة لكيفية إقامة الحجة في جريمة الزنا على سبيل الحصر ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه».

وإلى نفس هذا الاتجاه من تقيد سلطة المحقق والقاضي في البحث عن أدلة جريمة الزنا ذهب المشرع المصري في أحكام المادة 276 من قانون العقوبات التي تنص على أنه:«الأدلة التي تقبل وتكون حجة على المتهم بالزنا هي القبض عليه حين تلبسه بالفعل أو اعترافه أو وجود مكاتيب أو أوراق أخرى مكتوبة فيه أو موجودة في منزل الزوجية وثبت عليه هذا الأمر بدعوى الزوجة يجازى بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور».

ويعتبر تقييد سلطة القاضي في إثبات جريمة الزنا أثر من آثار نظام الأدلة القانونية المقيدة لسلطة القاضي في البحث عن الحقيقة، ويتعارض بصورة واضحة لمهام قاضي التحقيق والحكم في إطلاق سلطتهم في البحث عن الحقيقة إلا بما يتعارض مع الشرعية الإجرائية.

أثر المسائل غير الجزائية على الحقيقة القضائية

قد تعرض على القاضي الجزائي سواء كان قاضي التحقيق أثناء مرحلة التحقيق الابتدائي أو قاضي الحكم في مرحلة التحقيق النهائي مسألة مدنية أو تجارية أو إدارية يتوقف عليها الفصل في المسألة الجزائية المطروحة عليه ففي هذه الحالة يتوجب عليه إتباع طرق الإثبات الخاصة بتلك المسائل.

ففي جريمة خيانة الأمانة لا بد من إثبات أن تسليم المال إلى المتهم كان بناءا على عقد من عقود الأمانة كالوديعة وعارية الاستعمال والرهن والوكالة. وهذه العقود تخضع في الإثبات إلى إجراءات خاصة بها منصوص عنها في القانون المدني، مما يجعل الحقيقة القضائية المراد الوصول إليها مقيدة في إثباتها بمسائل مدنية أخرى.

ويشترط الفقه لإلزام المحقق أو القاضي بإتباع طرق الإثبات المقررة في القوانين غير الجزائية بالنسبة للمسائل المعروضة عليه أحد أمرين[71] ص 166 هما:

- ألا تكون الواقعة محل الإثبات هي بذاتها محل التجريم ففي خيانة الأمانة فإن الجريمة ليست في العقد الذي حصل الإخلال به، وإنما هي في الإخلال بالثقة فهنا يمكن إثبات هذا الإخلال بجميع طرق الإثبات.

أما واقعة التسليم في خيانة الأمانة لا بد من إثباتها عن طريق تكييف نوع العقد الذي على أساسه يتم تسليم المال المبدد إلى الجاني وهنا يحتاج تكيف هذا العقد بالرجوع إلى قواعد القانون المدني من حيث إذا كان يشكل أحد عقود الائتمان كالوديعة والحراسة والعارية أو الوكالة.

- إذا كانت الواقعة المتعلقة بالقوانين غير الجنائية لازمة للفصل في الدعوى الجزائية فإذا كانت الواقعة المدنية يمكن أن تستدل المحكمة منها كقرينة على وقوع الجريمة مثل واقعة إتلاف السند أو تزويره فيمكن إثباته بجميع طرق الإثبات أيا كانت قيمة السند.

وإلى هذا الاتجاه سارت المحكمة العليا في عدة قرارات لها منذ مدة طويلة إذ في قرار قديم صادر عن الغرفة الجنائية بتاريخ 1974/7/9[26] ص 19 والذي جاء فيه:«يقتضي إثبات جنحة خيانة الأمانة أمرين اثنين: الأول وجوب إثبات قيام العقد الذي وقع تسليم الشيء بمقتضاه إلى المتهم والذي يشترط أن يكون من بين العقود المنصوص عليها على سبيل الحصر في المادة 376 من قانون العقوبات. والأمر الثاني وجوب إثبات العناصر الأخرى للجريمة كفعل الاختلاس أو التبديد إضرارا بمالكها أو واضع اليد عليها. فإذا كان يجوز إثبات هذه العناصر الأخيرة بكافة الطرق القانونية طبقا للقاعدة العامة الواردة في المادة 212 إجراءات جزائية فإن إثبات وجود العقد من عدمه يخضع لقواعد القانون المدني».

غير أنه إذا كان قاضي التحقيق وكذا قاضي الحكم على مستوى المحكمة الابتدائية أو جهة الاستئناف ملزمين عند بحثهم عن الحقيقة في حالة وجود مسائل مدنية أو إدارية أو تجارية تعترضهم في البحث، أن يرجعوا في تفسير هذه المسائل إلى قوانينها الخاصة فإن هذا القيد لا يقع على محكمة الجنايات لأن قضاتها طبقا لأحكام المادة 307 من قانون الإجراءات الجزائية غير ملزمين بذكر الوسائل التي توصلوا بها إلى بناء قناعتهم في إصدار أحكامهم وبناء الحقيقة القضائية لديهم سواء بإدانة المتهم أو تبرأته، وإنما لهم إقتناع شخصي مطلق في هذه المسائل.

2.2.1. منهج الوصول إلى الحقيقة القضائية

إن شرف البحث عن الحقيقة القضائية تعتبر المهمة الأساسية للمحقق والقاضي الجنائي، لذا وضع المشرع منهجا محددا للوصول إليها يتعلق بمجموعة الإجراءات الواجب إتباعها عبر مختلف مراحل الخصومة الجنائية منذ وقوع الجريمة إلى غاية صدور الحكم النهائي الذي يمثل عنوانا للحقيقة القضائية، وهو يختلف من تشريع لأخر وفقا لمتغيرين، هما النظم التشريعية التي يضعها المشرع في لدن تشريعه الإجرائي ويرسم على أساسه الطرق الإجرائية الكفيلة بالبحث عن الحقيقة، والمذاهب الإثباتية التي تتحكم في كيفية الوصول إلى الحقيقة، والوسائل التي تستخدمها تلك المذاهب الاثباتية في بحثها عن هذا النوع من الحقيقة.

لذا سنحاول في هذا المبحث التطرق إلى تحديد منهج الوصول إلى الحقيقة القضائية وذلك من خلال المتغيرين المذكورين أعلاه إذ نتطرق في المطلب الأول إلى النظم التشريعية الإجرائية لكشف الحقيقة القضائية، ونخصص المطلب الثاني إلى المذاهب الاثباتية التي تحكم كيفية الوصول إلى الحقيقة.

1.2.2.1. النظم التشريعية الإجرائية لكشف الحقيقة القضائية

إن النظم التشريعية التي تحكم إجراءات الكشف عن الحقيقة القضائية لم توضع دفعة واحدة بل كانت ثمرة تطور طويل عاصر المجتمع منذ نشأته الأولى باعتبار الجريمة ظاهرة اجتماعية وجدت منذ وجود الإنسان، وقد كان من نتائج هذا التطور أن تشكلت ونظمت هذه الإجراءات بما يتلائم وحاجة المجتمع إلى أن وصل إلى الحالة التي عليها في الوقت الراهن[101] ص 569.

وقد استقر الفقه الجنائي على أن نظام الإثبات في مباشرة الإجراءات الجزائية للبحث والكشف عن الحقيقة كان يتخذ أساسا إحدى طريقتين أما النظام الاتهامي وفيه يتكفل الأفراد بإظهار الحقيقة بأنفسهم ويتخذ القاضي دورا سلبيا، أما نظام التنقيب والتحري وفيه تتولى الدولة ممثلة في سلطتها العامة بالبحث عن الحقيقة ويلعب فيه القاضي دورا إيجابيا، ونظرا لتطرف هذين النظامين نشأ نظاما حاول الجمع بين مزايا النظامين وهو النظام المختلط أين قسمت الخصومة الجنائية بين مرحلتين، مرحلة

التحقيق الابتدائي واتبعت فيها قواعد نظام التنقيب والتحري، ومرحلة المحاكمة وطبقت بشأنها قواعد النظام الاتهامي.

وأمام تطور حركة الدفاع الاجتماعي ونفوذها في عدة تشريعات مقارنة أضاف الفقه الحديث نظام الدفاع الاجتماعي يقوم النظام الإجرائي فيه على وجوب الفصل بين أمرين الأول يتعلق بماديات الواقعة الإجرامية المنسوبة للمتهم والثاني يتعلق بالجزاء الواجب اختياره والذي يجب أن يتلائم مع الظروف الشخصية والاجتماعية للمتهم لإعادة تأهيله.

لذا سنحاول في هذا المطلب التطرق إلى هذه الأنظمة التشريعية الإجرائية في كشف الحقيقة القضائية في أربعة فروع، إذ نتطرق في الفرع الأول إلى النظام الاتهامي، وفي الفرع الثاني إلى نظام التنقيب والتحري، وفي الفرع الثالث إلى النظام المختلط، وأخيرا في الفرع الرابع إلى نظام الدفاع الاجتماعي على أن نخصص الفرع الخامس إلى موقف النظام الإجرائي الجزائري وذلك تبعا على النحو التالي:

1.1.2.2.1. النظام الاتهامي

حتى نصل إلى دراسة النظام الاتهامي من حيث أساسه وخصائصه وأهميته في الكشف على الحقيقة وأثره على التشريعات المقارنة يجدر بنا أن نتطرق إلى أساسه وتطوره وخصائصه وتقويمه وذلك على النحو التالي:

1.1.1.2.2.1. فكرة النظام الاتهامي وتطوره

يعتبر نظام الاتهام الفردي أقدم الأنماط ظهورا في المحيط الإجرائي فقد كان سائدا في الشرائع الفرعونية واليونانية والجرمانية وفرنسا في ظل النظام الإقطاعي[45] ص 101، ويعتمد في تنظيمه على صورة معينة للخصومة الجنائية واعتبارها نزاع شخصي بين خصمين المتهم والمجني عليه نفسه، أو ورثته بعد ذلك أو أحاد الناس يحل محل الضحية عن طريق طرح النزاع أمام شخص محايد من عامة الناس يسمى بالقاضي تكون مهمته سلبية يقتصر دوره على فحص وتقدير الأدلة التي يقدمها الخصوم وترجيح أحدهما في إطار التحقيق الذي يتم أمامه دون أن يتدخل في تجميع الأدلة أو البحث عن الحقيقة[101] ص 570 باعتبار أن الدعوى تبدأ مباشرة بمرحلة المحاكمة يمارسها المضرور من الجريمة بتوجيه الاتهام إلى الجاني ويتم فحص الأدلة مباشرة أثناء المحاكمة.

وقد شاع استعمال هذا النمط الإجرائي في ذلك العصر على اعتبار أن المجتمعات لم تكن قد نظمت بعد سلطتها القضائية على نحو نهائي كما هو الحال عليه في الوقت الراهن، بل أن الجريمة كانت لا تزال في هذا العصر جريمة خاصة ينصب آذاها على المجني عليه وحده لذا كانت الدعوى

الجنائية[86] ص 81 مثل الدعوى المدنية يحركها ويباشرها ويثبت أدلتها المجني عليه أو من يحل محله وورثته أو أحاد الناس.

وفي سياق تطور هذا النظام يمكن أن نميز فيه بين صورتين صورة الاتهام الفردي أين يباشر الدعوى الجنائية المجني عليه أو ذويه ويهدف من خلالها تحقيق مصلحة خاصة وهي التعويض وطلب توقيع العقوبة باعتبار أن الدعوى ملكا خاصا للضحية أو ذويه، غير أنه في مرحلة لاحقة تطور النظام الاتهامي من الفردي إلى الأهلي أو الشعبي وفيه يكون المجني عليه وغيره من أفراد الشعب حق رفع الدعوى الجنائية ضد المتهم بعد أن اعتبرت الجريمة ظاهرة اجتماعية ضارة بالمجتمع ككل في أمنه واستقراره مما يحق للمجني عليه أو غيره من الناس رفع الدعوى الجنائية للمطالبة بالتعويض والعقاب وهذا بعد أن بدأت تتشكل في المجتمعات البوادر الأولى لتشكيل الدولة[130] ص 30.

وعرف النظام الاتهامي تطبيقا له في إنجلترا إذ ظل المجني عليه والأفراد من أخبروا بالجريمة وحدهم طيلة القرن التاسع عشر وهم أصحاب الدعوى الجنائية يحركونها ويستعملونها أمام القضاء ولم يكن النائب العام يحرك الدعوى إلا في الجرائم التي تمس التاج مباشرة والقضايا الكبرى، ثم أنشئت وظيفة مدير الاتهامات العامة في أواخر القرن التاسع عشر ويعمل نائب عن النائب العام في إقامة الاتهام في الجرائم الجسيمة والتي تكون فيها المصلحة العامة غالبة، كما أخذ بهذا النظام في أغلب الدول ذات النظام الأنجلوسكسوني كالهند والسودان وكندا، كما يعرف هذا النظام تطبيق لدى بعض الولايات في الولايات المتحدة الأمريكية باعتبار أن هذه الأخيرة تأخذ بالنظام الاتهامي العام لا الفردي.

2.1.1.2.2.1. خصائص النظام الاتهامي

يتميز النظام الاتهامي بمجموعة من الخصائص تميزه عن غيره من الأنظمة يجعل البحث عن الحقيقة وإقامة الدليل في ظله يقوم به الأفراد في الجرائم الخاصة والنائب العام في الجرائم العامة والخطيرة، وهذا ما يظهر بوضوح على النحو التالي:

- يقع عبء إثبات الجريمة ونسبتها إلى المتهم على المجني عليه أو المضرور من الجريمة أو من شاهدها أو لمن أباحت له الشرائع بعد ذلك من المواطنين أو المكاتب المحلية التي ينتخب ممثلوها ويتصرفون في الاتهام بحرية كاملة، كما لا تتدخل السلطات العامة في جمع الأدلة وتقديمها لإثبات التهمة وإنما يقوم الخصوم بجمع الأدلة وتقديمها للقاضي لتقديرها وتقييمها دون أن يكون له سلطة البحث عليها، أو يأمر باتخاذ إجراء معين للكشف عن الحقيقة، لذا تميز دور القاضي في الإثبات بالسلبية، وليست له أي سلطة في تقدير الدليل، ونظرا لأن عبء الإثبات يقع على المتهم لإثبات براءته فكان دوما طليقا حتى يتمكن من جمع الأدلة ففكرة الحبس المؤقت لم تكن معروفة لتعارضها مع مبدأ حرية الفرد في البحث عن الدليل.

- ليس للقاضي دور فعال وإيجابي في البحث عن الحقيقة بل كان يقتصر دوره على الحكم لمن ترجح أدلته فيقتصر عمله على إدارة الجلسة والمناقشات وتوجيه سير الإجراءات دون التدخل في جمع الأدلة أو الأمر بأي إجراء مفيد في الوصول إلى الحقيقة، وإنما يستمع فقط إلى حجج الخصوم ويفحص الأدلة المقدمة ويوازن بينها، فخطته في إدارة الخصومة الجنائية سلبية مثله مثل القاضي المدني، فهو مقيد بالأدلة المقدمة له من الخصوم وبالتالي فالحقيقة التي يدركها في حكمه هي الحقيقة الشكلية التي تتوقف على مهارة الخصم في كيفية إدارة وتقديم الدليل، وليست الحقيقة الواقعية التي تعتبر من عمل ودور القاضي الجزائي[108] ص 168.

- يعتبر مبدأ الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي السبيل الوحيد لإدراك الحقيقة، وذلك أن القاضي كان يحكم وفقا لما استقر في ذهنه وعقيدته الذاتية لذا تميزت الأدلة في هذا النظام بأنها إقناعية لا قانونية وواقعية، لذا كان يسيطر على المحاكمة جو المنافسة لكيفية الوصول إلى إقناع القاضي لا كيفية الوصول إلى الحقيقة.

- كما تميزت قواعد الإجراءات الجزائية بأن الدعوى الجناية كانت تمر بمرحلة واحدة هي مرحلة المحاكمة لعدم وجود هيئة مكلفة بالتحقيق الابتدائي، كما أن أسلوب المحاكمة كان يتميز بالشفوية والعلانية[85] ص 27 وهذا لضمان حيدة القاضي عند الفصل في النزاع مع تمكين الخصوم من الإطلاع على جميع الأدلة والحجج وحضور جميع الإجراءات المتعلقة بجمع الدليل وتقديمه وهذا حتى يتمكن كل خصم من مناقشة الدليل المقدم من الخصم الآخر.

3.1.1.2.2.1. تقييم النظام الاتهامي

يمتاز النظام الاتهامي بتقريره ضمانة هامة للمتهم أهمها المساواة في الحقوق بين الاتهام والمتهم ذلك أن المجني عليه هو أقدر الناس على تقدير مدى ملاءمة مباشرة الاتهام في الجريمة الخاصة، كما حقق هذا النظام احترام حقوق المتهم وحرياته الشخصية من خلال اشتراط العلنية والشفوية وحضور الخصوم إجراءات المحاكمة، كما يعتبر اشتراك المتهم في البحث عن الحقيقة من خلال الاعتراف له بسلطة البحث عن الدليل وتقديمه إلى القضاء مما يدفع عنه الاتهام عن نفسه ويثبت براءته أو يحدد النطاق الحقيقي لمسؤوليته مما ينقله من مركز قانوني سيء إلى مركز قانون أحسن أو أقل سوءا.

وقد كان لهذه المميزات الأثر العظيم على عدة أنظمة إجرائية هامة ضمنتها التشريعات المقارنة الحديثة كمبادئ مستقرة في قوانينها مثل شرط علانية المحاكمة وفي حالة الإقرار بسريتها لمساسها بالنظام العامة والآداب العامة لا بد أن يكون النطق بالحكم في جلسة علنية وكذا شفوية المرافعة وحضور المتهم فيها واستبعاد جميع أشكال التعذيب والمعاملة غير الإنسانية التي تحط من كرامة الإنسان.

غير أن هذا النظام يؤخذ عليه عدة عيوب كانت السبب الجوهري في عدم تطبيقه برمته لدى العديد من التشريعات وخاصة اللاتينية منها ويمكن أن نجمع هذه المثالب في الآتي:

- أن النظام الاتهامي لا يهئ السبيل الصحيح لكشف الحقيقة بمعناها المطلق الذي يقوم على أساس إطلاق حرية القاضي في البحث عن الدليل والإقتناع به، إذ أن هذا النظام أخذ كلية بنظام الأدلة القانونية[45] ص 105.

- يعاب على هذا النظام بعدم اتساقه وانسجامه مع التنظيم الحديث للدولة وتوليها مهمة حماية المجتمع والأفراد عن طريق تعقب الجناة ومعاقبتهم ومكافحة الجريمة والإجرام، ذلك أن المجني عليه أو ذويه قد يمتنع عن تقديم شكوى ضد الجاني وملاحقته وذلك إما خوفا منه لبطشه أو نفوذه المالي والسياسي وإما لعجزه عن تحمل النفقات المالية التي تتطلبها تحريك الدعوى والسير فيها وإما لقلة خبرته في كيفية البحث عن الدليل خاصة في الجريمة الخطيرة والمعقدة[130] ص 30.

- يعاب على هذا النظام كذلك تطرفه في فرض العلانية حتى في مرحلة التحقيق الابتدائي عند البحث عن الدليل مما يعيق جمع الأدلة باعتبار أنه عمل يتميز بنوع من السرية لتحقيق الغاية التي شرع لأجلها، بالإضافة إلى سلبية عمل القاضي وعدم تدخله في البحث عن الحقيقة يجعل عملية الوصول إلى الحقيقة رهين بمن هو أقدر ماليا ونفوذا وقوة في الوصول إلى الدليل.

- إن النظام الاتهامي يصور الخصومة الجنائية وكأنها نزاع شخصي بين خصمين شأنه شأن النزاع المطروح أمام القاضي المدني، مما جعلها تخضع لنفس المبادئ المقررة في الإجراءات المدنية من كون الخصومة ملكا للأطراف، والتنازل عنها يضع حدا للمتابعة فيها، وتقديم الدليل رهين بالأطراف.

2.1.2.2.1. نظام التنقيب والتحري

يعد نظام التنقيب والتحري أحدث من سابقه إذ ظهر بظهور الدولة كسلطة يقع على عاتقها متابعة وملاحقة الجناة بعد أن انتقل الفكر الإنساني من اعتبار الجريمة عدوانا ضد الأفراد إلى عدوانا ضد المجتمع، لذا نحاول في هذا الفرع التطرق إلى نظام التنقيب والتحري ودوره في البحث عن الحقيقة بالتطرق إلى فكرته وتطوره ثم خصائصه وتقييمه وذلك على النحو التالي:

1.2.1.2.2.1. فكرة نظام التنقيب والتحري وتطوره

كان أول ظهور لنظام التنقيب والتحري في ظل القانون الروماني ثم طبق في القانون الكنسي في العصور الوسطى ومنه في المحاكم الملكية في النظام الفرنسي القديم، إذ كانت النيابة تمثل الملك وقد ظهر هذا النظام في ظل التغيرات السياسية التي عرفتها أوروبا وأدت إلى تقوية سلطة الدولة باعتبارها الهيئة الوحيدة المكلفة بفرض النظام وحماية أمن المجتمع.

ويقوم هذا النظام على تخويل النيابة العامة سلطة الاتهام في تحريك ومباشرة الدعوى العمومية، إذ أنها تمثل السلطة الحاكمة دون أن يكون بينها وبين المجني عليه أي تفويض. فللنيابة العامة أن تقيم الدعوى العمومية وترفعها إلى القضاء ولو لم تتلقى شكوى أو بلاغ من المجني عليه أو أحاد الناس، بل تبنى ذلك على مجرد علمها بوقوع الجريمة وتقديرها أنها جديرة بتحريك الدعوى العمومية وإحالة المتهم أمام المحاكمة ولو تنازل المجني عليه أو رغب في عدم رفع الدعوى لوقوع الصلح أو العفو، كما لها أن تصرف النظر على رفع الدعوى فلا تقيمها ولا تحركها أو ترفعها إلى القضاء حتى وإن كانت بناءا على شكوى أو بلاغ لتقديرها عدم ملاءمة تحريكها حتى وإن رغب الضحية أو المجني عليه في تحريكها ورفعها[108] ص 203.

وترتب عن تغير النظرة إلى الاتهام أن تغيرت النظرة إلى القضاء فاعتبر هذا الأخير إحدى الوظائف الهامة للدولة، وأصبح القاضي يلعب فيها دورا إيجابيا لأجل الكشف عن الحقيقة باعتبار الخصومة الجنائية لم تعد كما كانت في النظام الاتهامي نزاع شخصي بل أصبحت نزاع عام تمثل الجريمة عدوانا على المجتمع.

وقد ترتب على تدخل الدولة كسلطة في القضاء على الإجرام ومكافحة الجريمة إن منحت سلطات واسعة للقضاة لأجل إثبات إدانة المتهم وقد أدى ذلك إلى ضآلة ضمانات المتهم أمام تنامي دور القاضي في البحث عن الحقيقة بأية وسيلة ولو كان على حساب المتهم، والقاضي يبني حكمه على الحقيقة المستخلصة من ملف التحقيق فحسب، هذا ما يؤدي إلى اتجاه المحقق للتقدير الشخصي في تقرير الحقيقة مما يؤثر في إصدار الحكم بإدانة المتهم[45] ص 107.

2.2.1.2.2.1. خصائص نظام التنقيب والتحري

يتميز نظام التنقيب والتحري بأنه تطرف في منح سلطة واسعة للنيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية ومباشرتها كما اعتبر القضاء مهمة اجتماعية الهدف منه مكافحة الجريمة والوصول إلى الجناة مهما كان الأمر لأجل إقامة الحقيقة القضائية ومعاقبة المتهم حماية للمجتمع على حساب الحقوق الفردية والشخصية للمتهم ويظهر ذلك بوضوح في الآتي:

- تميز هذا النظام بإنشائه لهيأة رسمية تمثل الدولة وتوجه باسمها الاتهام وتدير جميع الإجراءات التي تستهدف إثبات إدانة المتهم، وكانت النيابة العامة في أول الأمر تمثل الملك باعتباره مصدر العدالة ثم أصبحت نيابة عامة على كل المجتمع، ولم تعد الدعوى الجنائية ملكا للمجني عليه بل أصبحت ملكا للمجتمع تباشرها وتحركها النيابة العامة بغض النظر عن مصلحة المجني عليه، فلم يعد هذا الأخير شريكا في الإجراءات الخاصة بالبحث عن الحقيقة، ومع تطور هذا النظام وغلوه في حماية الدولة

أعطيت صلاحيات لقاضي الحكم بأن يختص باتخاذ إجراءات المتابعة للجرائم التي تصل إلى علمه مما أدى إلى نشوء مبدأ أن كل قاضي نائب عام.

- تتميز إجراءات البحث عن الدليل في هذا النظام أنها تمر بثلاثة مراحل تبدأ بمرحلة التحريات، فمرحلة التحقيق ثم مرحلة المحاكمة والتي تنتقل فيها الدعوى إلى القضاء للحكم والفصل فيها والذي كان محددا بأدلة قانونية لا يجوز له الخروج عليها، الأمر الذي أدى إلى شرعية استعمال التعذيب وإكراه المتهم ماديا ومعنويا في سبيل الحصول على الاعتراف أو أدلة أفضل، مما أدى إلى فقدان قاعدة حياد القاضي وتجسد مفهوم عدم افتراض براءة المتهم مما يسمح بانتهاك حياته الخاصة ومجال الشخصية لديه[111] ص 115.

- تميز هذا النظام بأن اعترف بدور إيجابي للقاضي الجزائي إذ اعتبرت الحقيقة القضائية عمل القاضي فاعترف له بحق مراجعة كل التحقيق الابتدائي حتى يتعرف على الحقيقة هو بنفسه وليس كما صورها له قاضي التحقيق، كما أن مهمة البحث عن الدليل وتقديمه إلى القضاء يعد من المهام الأساسية للقاضي لأجل تأمين هذه الأدلة نشأ في ظله الحبس المؤقت كما تميز العمل الذي يقوم به القاضي بأنه وظيفة ضمن الدولة في مرفق القضاء، ولعل الدستور الجزائري لسنة 1976 عند نصه على وظائف الدولة عوض السلطات وصف سلطة القضاء بالوظيفة القضائية وهذا ما يؤكد ميله الجارف إلى تبني نظام التنقيب والتحري.

- تتميز الإجراءات في ظل هذا النظام من أنها سرية ومدونة وتباشر في غيبة الخصوم، وهذا تمكينا للقاضي من الوصول إلى الحقيقة بعيدا عن تأثير الخصوم[101] ص 575.

3.2.1.2.2.1. تقييم نظام التنقيب والتحري

أهم ميزة لهذا النظام هو انسجامه وتوافقه مع الوظيفة الحديثة للدولة باعتبارها السلطة القادرة على تعقب الجناة وتوقيع العقوبة عليهم مما يدعم مبدأ العدالة والمساواة ذلك أن الإفراد نظرا لفقرهم أو خوفهم أو جهلهم وعدم معرفتهم بإجراءات البحث عن الدليل فإن ترك لهم مهمة البحث عن الدليل وتقديمه إلى القضاء مثل النظام الاتهامي قد يؤدي إلى إفلات الجناة عكس نظام التنقيب والتحري الذي يقع على الدولة كسلطة لتعقب الجناة، كما أن الجريمة بمفهومها الحديث باعتبارها عدوانا ضد المجتمع وجدت في ظل نظام التنقيب والتحري والذي جعل من مهمته البحث عن الحقيقة، الشغل الشاغل للإجراءات الجنائية[108] ص 217.

غير أنه رغم هذه المزايا التي طبعت نظام التنقيب والتحري فإنه لم يسلم من النقد إذ وجهت له عدة مثالب يمكن أن نجملها في الآتي.

- مهما قيل من تبرير، في عدم الاعتراف لحق المجني عليه في اللجوء إلى القضاء وقصر ذلك على النيابة فقط، فيه انتقاص كبير لحق المجني عليه في التقاضي وسلب حقه في الإدعاء جنائيا قبل الجاني.
- إن هذا النظام بحصره في تحريك الدعوى العمومية ومباشرتها على النيابة العامة فيه حرمان للمجني عليه في اللجوء إلى القضاء خاصة إذا تقاعست النيابة العامة أو قدرت عدم أهمية الفعل المقترف طبقا لقاعدة الملاءمة المعترف لها به في تحريك الدعوى العمومية وبالتالي تصدر أمر الحفظ، حتى وإن كان هذا الأخير يجوز التظلم منه أمام مصدره وكيل الجمهورية أو رئيسه الإداري الأعلى النائب العام إلا أنه لا يحقق الغاية المرجوة من هذا التظلم لكونه لا يمثل عمل قضائي قابل للاستئناف أمام غرفة الاتهام.
- إن هذا النظام عكس النظام الاتهامي لا يحترم حقوق الدفاع ولا يقيم لها وزنا، ذلك أنه أجاز الحصول على الاعتراف عن طريق التعذيب مما يتنافى مع أبسط مبادئ المدنية واحترام أدمية الإنسان وسلامته البدنية والعقلية باعتبارها تمثل التزاما قانونيا يقع على المحقق ويرتب الجزاء الجنائي في حالة مخالفته.
- نظرا لأن نظام التنقيب والتحري أخذ بنظام الأدلة القانونية فلم يعد بمقدور القاضي أن يحكم في الدعوى وفق ما استقر في وجدانه واطمئن إليه ضميره طبقا لمبدأ الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي، وإنما صار مقيدا بأدلة محددة سلفا في القانون الذي يحدد قيمتها وكيفية الوصول إليها مما جعل القاضي أسير إرادة المشرع يحكم بالإدانة أو البراءة بحسب ما إذا توافرت الأدلة وفق ما وضعه المشرع من حيث قيمتها وإجراءات البحث عنها بغض النظر عن اقتناعه الشخصي هذا ما أدى إلى كثرة التظلمات والاستئنافات ضد الأحكام الصادرة[86] ص 84.

3.1.2.2.1. النظام المختلط

يعتبر النظام المختلط ثمرة جهود مظنية في البحث عن سمات كل من النظام الاتهامي ونظام التنقيب والتحري وذلك بوضعهم في نظام إجرائي واحد كانت نتيجته بروز النظام المختلط، لذا نحاول في هذا الفرع التطرف إلى فكرة وأساس النظام المختلط، والخصائص المميز له وتقييمه وذلك على النحو التالي:

1.3.1.2.2.1. فكرة النظام المختلط وأساسه

نظرا لأن النظام الاتهامي جاء ليعكس فكرا فرديا مجردا يحرص على حماية حقوق الأفراد وتقديسها على حساب المجتمع واعتماده على ما يقدمه المضرور من الجريمة من أدلة إثبات قد يعجز أحيانا كثيرة الوصول إليها إما لضعفه وسلطان وطغيان الجاني وإما لجهله لكيفية البحث عن الدليل أو عجزه في عدم إمكانية تحمل نفقات إجراءات التقاضي أمام وجود قاضي ذي دور سلبي لا يبحث على الحقيقة بقدر ما يوازن بين الأدلة المقدمة فقط في معرض المرافعة، مما جعل الوصول إلى الحقيقة

القضائية أمرا عسيرا وأصبحت الحقيقة القضائية بعيدة كل البعد عن الحقيقة الواقعية مما أضر بالعدالة الجنائية.

وإذا كان نظام التنقيب والتحري يعكس فكرا مطلقا في تقديسه للمجتمع وعدم اعتداده بالحرية الفردية بقدر اهتمامه بالوصول إلى الحقيقة ولو بانتهاك حقوق وحريات الأفراد اعتمادا على أدلة قانونية جاهزة مسبقا، سواءا في كيفية البحث عنها أو تقديرها في إطار السرية ولو على الخصوم مما يتعارض مع أبسط الحقوق والضمانات الأساسية للمتهم التي تعتبر غاية السياسة الجنائية في الوقت الراهن.

وعلى أنقاض النظامين السابقين وعلى هدى ايجابياتهما نشأ النظام المختلط الذي ليس له في الحقيقة سمات خاصة تميزه وينفرد بها، وإنما هو نظام جمع بين السمات التي تميز كلا النظامين الاتهامي والتنقيبي أو التحري، وساد هذا النظام في القرن التاسع عشر في العديد من الدول الأوروبية كما هو الحال في التشريع الإجرائي البلجيكي والإيطالي والإسباني والبرتغالي وعدد كبير من تشريعات الدولة الإفريقية المستقلة حينها[111] ص 86.

2.3.1.2.2.1. خصائص وسمات النظام المختلط

إن النظام المختلط ليست له خصائص وسمات خاصة به تميزه وإنما أخذ بكلا النظامين السابقين الاتهامي والتنقيبي وذلك حسب كل مرحلة من مراحل الخصومة الجنائية مكونا مجموعة من السمات الإجرائية، ميزتها الأخذ بنظام التنقيب والتحري في المرحلة التمهيدية لجمع الاستدلالات والتحري وتوجيه الاتهام، والأخذ بالنظام الاتهامي في مرحلة التحقيق والمحاكمة مع المزج بين النظامين في الأخذ بالدليل مع تطبيق قاعدة الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي وذلك على النحو التالي:

- من حيث الاتهام: لم يترك النظام المختلط الإدعاء بين أيدي الأفراد لثقل عبء الإثبات وعدم إمكانيتهم في ذلك مما يؤدي إلى ضياع الحقيقة وإفلات الجناة من العقاب وعدم توفير الأمن والطمأنينة للمجتمع، بل أن سلطة الاتهام واتخاذ الإجراءات الأولية والتمهيدية لجمع الدلائل والآثار الكفيلة بتوجيه الاتهام أسندت إلى سلطة عامة ممثلة في النيابة العامة، وهذه خاصية تميز نظام التنقيب والتحري أخذ بها النظام المختلط، غير أنه أشراك الأفراد في بعض الجرائم لتقديم شكوى يحرك بشأنها الدعوى العمومية وهي سمة من سمات النظام الاتهامي.

- أما من حيث التحقيق والمحاكمة: فيقوم النظام المختلط بالأخذ بمبدأ حرية الدليل سواء في مرحلة البحث عنه وتقديمه أمام القضاء وحرية الإقتناع به عند تقديره في مرحلة المحاكمة وهي السمة البارزة للنظام الاتهامي، مع إعطاء القاضي دور إيجابي في البحث عن الدليل في إطار حماية صارمة لحقوق وحريات المتهم المكفولة دستورا.

- أما من حيث الإجراءات: فتميز النظام المختلط بأخذه بأسلوب التدوين أو الكتابة، والسرية بالنسبة للجمهور في جميع مراحل التحقيق الابتدائي للوصل إلى الحقيقة دون أي تأثير خارجي وهو السمة البارزة لإجراءات إدارة الدليل في نظام التنقيب والتحري.

3.3.1.2.2.1. تقييم النظام المختلط

يمتاز النظام المختلط من أنه يحاول معالجة عيوب النظامين السابقين الاتهامي والتنقيبي وذلك عن طريق تفادي عيوبهما بإيجاد توافق بين غاية الدولة في الوصول الحقيقة وملاحقة الجاني وعقابه وغاية العدالة في حماية حقوق المتهم وحرياته. إلا أنه يعاب على هذا النظام عدم تميزه بالاستقرار والثبات فهو دوما عرضة للتغير والتعديل وفقا للتجارب وحسب النظم السياسية القائمة في كل دولة.

4.1.2.2.1. نظام الدفاع الاجتماعي

لقد أدى تعاظم الدور الاجتماعي في تفسير الظاهرة الإجرامية باعتبارها خلل اجتماعي اقترفه شخص مضار للمجتمع، أن نشأ نظام الدفاع الاجتماعي ضد الجريمة مستبدلا قانون الدفاع الاجتماعي بدلا من قانون العقوبات[41] ص 308 وما يترتب عن ذلك من وضع نظام إجرائي للدفاع الاجتماعي ذي طبيعة ومفهوم خاصين ينفرد بهما عن جميع الأنظمة الإجرائية السابقة.

وبالرغم من أن هذا النظام ذي نمط فقهي إلا أنه كان له عظيم الأثر على التشريعات المقارنة في كيفية سير إجراءات الدعوى الجنائية عند البحث عن الدليل وتأمينه لهذا سنحاول في هذا الفرع التطرق إلى ظهور نظام الدفاع الاجتماعي وأساسه والخصائص المميزة له وتقديره على النحو التالي:

1.4.1.2.2.1. فكرة النظام الإجرائي للدفاع الاجتماعي وأساسه

عرف الفقه الجنائي الحديث نظاما إجرائيا جديدا لكشف الحقيقة مناطه الفقه نشأ في أحضان مدارس الدفاع الاجتماعي على يد اثنين من أقطابها وهما المحامي الإيطالي "فيليبو جراماتيكا" Fillipio Garamatica" والمستشار الفرنسي "مارك أنسل " Marc Ancel".

لقد قاد الأستاذ فيليبو جراماتيكا اتجاها جديدا ومتطرفا أحدث ثورة في السياسة الجنائية الحديثة إذ بلغ به إيمانه بالاعتبارات الواجبة للذات الإنسانية حد المطالبة بإلغاء جميع العقوبات بل وإلغاء القانون والقضاء الجنائيين والاكتفاء بمكافحة الإجرام بنظام بديل محوره شخصية المجرم بجوانبها الاجتماعية والبيولوجية والسيكولوجية، ولم تعد ماديات الجريمة هي التي تدفع الفاعل بوصفه مركز الثقل في النظرية القانونية فإنه لا يمكن سؤاله بالنظر إلى فعل الجريمة فقط ومعاقبته بسبب ذلك الفعل أو الضرر

الناتج عنه، وهكذا نادى بضرورة إسناد فكرة المسؤولية الجزائية المرتبطة بالفعل واستبدالها بفكرة التكييف الاجتماعي أو مناهضة المجتمع من جانب الفاعل[9] ص 12.

وترتب على إلغاء المسؤولية الجزائية وإستبدالها بالمناهضة الاجتماعية الذاتية يستتبع إلغاء العقوبات ومعايير تطبيقها، كما يستتبع ظهور إجراءات جديدة لكيفية المتابعة الجزائية وقائية وعلاجية وتربوية تتجه من البحث عن حقيقة الوقائع الإجرامية المقترفة إلى حقيقة المجرم، محورها دراسة شخصية كل متهم أو مضار للمجتمع كما يسميه وهذا بدراسة شاملة على هدى معطيات العلوم التجريبية الحديثة لتحديد أسباب السلوك الشاذ وتقدير سبل المعاملة لإعادة تأهيله من جديد وإعداده للتآلف الاجتماعي بعد تقويم السلوك اللااجتماعي بدلا من قانون العقوبات والجزاءات الجنائية[41] ص 309 مبني على أساس فكرة التدابير ونظرية تفريد العقوبة اللازمة لها كوسيلة لبلوغ تلك الغاية.

غير أن مارك آنسل المستشار بمحكمة النقض الفرنسية. يرفض الفكر المتطرف الذي جاء به الأستاذ جرا ماتيكا الذي ينادي بإلغاء قانون العقوبات معتبرا أنه يمثل خطورة على نظامنا القانوني الذي يقوم أساسا على حماية حقوق الإنسان، ويصف مارك آنسل فكرته بأنها اتجاه نحو سياسة جنائية إنسانية[64] ص 176 وذلك من ضرورة العناية بفحص المجرم أملا في البلوغ إلى أقصى درجات التفريد في المعاملة الجنائية، وإعطاء مفهوم اجتماعي للقانون الجنائي واعتبار المجرم يعاني حالة عدم تكيف اجتماعي لذا لا بد من وضع نظام إجرائي يعتمد بالدرجة الأولى بحقيقة شخصية المتهم وفحصها على أساس علمي وضرورة وجود ملف لشخصية الجاني في كل الجوانب إلى جانب ملف الدعوى[101] ص 580.

ويبرز الفرق الجوهري بين الأنظمة السابقة ونظام الدفاع الاجتماعي من أنه إذا كانت النظم السابقة تتجه إلى البحث عن حقيقة الجريمة فإن هذا النظام يتجه إلى تحديد حقيقة المجرم، كما يبرز نظام الدفاع الاجتماعي بتقسيم الإجراءات إلى مرحلتين هما مرحلة الإدانة ومرحلة توقيع الجزاء، فإذا كانت المرحلة الأولى هدفها هو البحث عن الحقيقة عن طريق تجميع الدليل وتقديمه إلى القضاء فإن المرحلة الثانية تهدف إلى البحث في حقيقة المجرم وما هي الإجراءات الكفيلة لإعادة تأهيله.

2.4.1.2.2.1. الخصوصية الإجرائية لنظام الدفاع الاجتماعي

يتميز نظام الدفاع الاجتماعي كنمط فقهي يرسم طريق مغاير في البحث عن الحقيقة القضائية بمجموعة من الخصائص تتمثل في الآتي:

- يتميز نظام الدفاع الاجتماعي من أنه يجعل الإجراءات الجزائية تدخل في وظيفة الدولة وليست محضر نزاع شخصي يفترض أن يكون للمحقق والقاضي سلطة واسعة ليس بالبحث عن حقيقة الجريمة ونسبتها إلى المتهم فحسب بل يتطلب إدراك العنصر الثاني والمتمثل في حقيقة المجرم وذلك بفحص شخصية

المتهم اجتماعيا ونفسيا وعائليا وإفراد ملف خاص بشخصية المتهم إلى جانب ملف الدعوى وهذا لأجل الهدف الذي يستهدفه المحقق والقاضي ليس الحقيقة القضائية للوقائع محل المتابعة بل حقيقة المتهم كذلك باعتبارها موضوعا لها.

- تتميز إجراءات المتابعة الجزائية في نظام الدفاع الاجتماعي من أن المحاكمة الجنائية فيها مقسمة إلى مرحلتين المرحلة الأولى تتعلق بالفصل في ماديات الواقعة الإجرامية محل المتابعة، والثانية تنصب حول اختيار الجزاء الجنائي المناسب[45] ص 117 لشخصية المتهم بعد فحصها ودراستها من كل جوانبها والعلة من هذا التقسيم للمحاكمة بين مرحلة البحث في ماديات الجريمة والمرحلة اللاحقة المتعلقة بفحص شخصية المتهم تكمن من الخشية من تأثر القاضي بشخصية المجرم إذا فحص أثناء البحث عن ماديات الواقعة[101] ص 581 وغني عن البيان أنه عند دراستنا في المبحث السابق إلى العوامل المؤثرة على المحقق في إدراك الحقيقة قد أبرزنا الظروف النفسية والفردية والجماعية للمتهم والجناة ومدى أثرها على المحقق والقاضي في البحث والوصول إلى الحقيقة.

- يتميز نظام الدفاع الاجتماعي من أنه يوفر ضمانات حقيقية للمتهم من خلال فحص شخصيته قبل توقيع الجزاء المناسب له مما جعل النظام الإجرائي للدفاع الاجتماعي مرتبط ارتباطا دقيقا بالنظرية الحديثة للمجرم التي تجعل منه عدم تكيف اجتماعي يجب علاجه وليس عقابه، وقد وجدت هذه الميزة تطبيقا عمليا لها في بعض التشريعات منها قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي الذي نص في المادة 81 منه على أنه:«يقوم قاضي التحقيق في الجنايات ببحث حول شخصية المتهم ووضعه المادي والعائلي والاجتماعي» كما أجازت الفقرة السابقة من المادة 81 أعلاه لقاضي التحقيق في مادة الجنح أن يقوم بفحص شخصية المتهم من الناحيتين الطبية والنفسية، كما نص المشرع الجزائري في أحكام المادة 68 الفقرة الثامنة والتاسعة على وجوب فحص شخصية المتهم في الجنايات وجوازية ذلك في الجنح وذلك بقوله:« ويجري قاضي التحقيق بنفسه أو بواسطة ضابط الشرطة القضائية طبقا للفقرة السادسة أو بواسطة أي شخص مؤهل لذلك من وزير العدل تحقيقا عن شخصية المتهمين وكذلك حالتهم المادية والعائلية والاجتماعية غير أن هذا التحقيق اختياري في مواد الجنح، ويجوز لقاضي التحقيق أن يأمر بإجراء فحص نفساني أو يأمر باتخاذ أي إجراء يراه مفيدا، وإذا كانت تلك الفحوص الطبية طلبها المتهم أو محاميه فليس لقاضي التحقيق أن يرفض إلا بقرار».

- يولي النظام الإجرائي للدفاع الاجتماعي أهمية قصوى للإشراف القضائي لمراقبة تنفيذ العقوبة بما يحقق التكيف الاجتماعي للمجرم، وهذا ما أدى إلى إحداث نظام قاضي تنفيذ العقوبات في عدة أنظمة تشريعية مقارنة كالمشرع الإيطالي الذي نص على ذلك في أحكام المادة 44 من قانون العقوبات والمشرع الفرنسي في المادة 721 من قانون الإجراءات الجزائية.

- يتميز نظام الدفاع الاجتماعي أنه وضع مجموعة من المبادئ يتعين على كل تشريع جزائي أن يضمنها وهي وجوب الحد من العلانية، ووجوب حضور مدافع عن المتهم، ووجوب تسبيب الأحكام، وعدم إلزامية حضور المتهم لجميع إجراءات المحاكمة وحضور محامية يغني عن حضروه، عدم قيام الخصومة الجنائية بين النيابة العامة والدفاع كما كان سائدا في الأنظمة التقليدية (الاتهامي، والتنقيب والتحري) وإنما لابد أن تتسم الخصومة بالتعاون لاختيار التدبير المناسب وطرق الطعن غير موقفة لتنفيذ الأحكام، قابلية الأحكام لإعادة النظر في الشق المتعلق بالمعاملة العقابية للمتهم[45] ص 118.

3.4.1.2.2.1. تقييم نظام الدفاع الاجتماعي

يعد النظام الإجرائي للدفاع الاجتماعي من صميم خطة السياسة الجنائية القضائية التي تعمل على مكافحة الجريمة من خلال توقيع الجزاءات العقابية والتدابير الاجتماعية وتكمن أهميته في الاعتماد على الأساليب العلمية المنهجية والدراسات الاجتماعية لوضع الوسيلة الكفيلة بإعادة إدماج المحكوم عليه. كما يقيم نظاما إجرائيا للخصومة الجزائية لا يقوم هدفها على البحث عن حقيقة الواقعة الإجرامية بمعزل عن البحث عن حقيقة المجرم.

غير أنه من أهم عيوب النظام الإجرائي للدفاع الاجتماعي أنه أهمل الأساس الأخلاقي للمسؤولية الجنائية التي تقوم عليه السياسة الجنائية واهتم فقط بوضع التدابير كرد فعل ضد الجريمة وفق نظام إجرائي لا تبرز فيه حماية حقيقة لكيفية البحث عن الدليل وتأمينه باعتبارها أساس الملاحقة الجزائية قبل توقيع العقوبة واختيار التدبير المناسب.

5.1.2.2.1. موقف النظام الإجرائي الجزائري

لقد تأثر النظام الإجرائي الجزائري بما توصلت إليه الأنظمة اللاتينية في الوقت المعاصر وعلى رأسها التشريع الإجرائي الفرنسي إذ أخذ بخصائص كل من النظامين الاتهامي أو التنقيبي والتحري وذلك في إطار ما توصل إليه النظام المختلط في تحريك ومباشرة الدعوى العمومية، ونظام التنقيب والتحري في التحقيق الابتدائي والنظام الاتهامي في المحاكمة[85] ص 48، 49 وهذا ما يمكن إبرازه على النحو التالي:

1.5.1.2.2.1. من حيث تحريك الدعوى العمومية

إن تحريك الدعوى العمومية هو اتخاذ أول إجراء من إجراءاتها وذلك برفعها أمام القضاء إما عن طريق الاستدعاء المباشر طبقا لأحكام المادة 333 من قانون الإجراءات الجزائية وإما عن طريق

الطلب الافتتاحي الموجه من طرف وكيل الجمهورية لقاضي التحقيق لفتح تحقيق قضائي في جريمة معينة طبقا لأحكام المادة 67 من قانون الإجراءات الجزائية، كما أكد المشرع الجزائري هيمنة النيابة العامة على تحريك الدعوى العمومية وذلك في أحكام المادة الأولى الفقرة الأولى من قانون الإجراءات الجزائية بقوله:«الدعوى العمومية لتطبيق العقوبات يحركها ويباشرها رجال القضاء أو الموظفين المعهود إليهم بها بمقتضى القانون» كما نص في المادة 29 فقرة أولى على أنه:«تباشر النيابة العامة الدعوى العمومية باسم المجتمع».

كما أشرك المشرع الجزائري المضرور في تحريك الدعوى العمومية إما عن طريق الشكوى المصحوبة بالإدعاء المدني طبقا لأحكام المادة 72 من قانون الإجراءات الجزائية التي تنص على أنه:«يجوز لكل شخص متضرر من جناية أو جنحة أن يدعي مدنيا بأن يتقدم بشكواه أمام قاضي التحقيق المختص». وإما أن يحركها عن طريق الاستدعاء المباشر مع التكليف المباشر أمام المحكمة الفاصلة في مواد الجنح في جرائم محددة طبقا لأحكام المادة 337 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية التي أكدت على أنه يمكن للمدعي المدني أن يكلف المتهم مباشرة بالحضور أمام المحكمة في الحالات الآتية: ترك الأسرة، عدم تسليم الطفل، انتهاك حرمة منزل، القذف، إصدار صك بدون رصيد...».

وتحريك الدعوى العمومية عن طريق المضرور من الجريمة تعتبر سمة وميزة من مميزات النظام الاتهامي التي نقلها عن النظام المختلط، هذا ما يؤكد أنه في مجال تحريك الدعوى العمومية وهي المرحلة الأولى والأساسية لعرض النزاع أمام القضاء الجزائي قد جمع النظام المختلط فيها بين النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية أصلا وحق المضرور في ذلك استثناءا[100] ص 8.

2.5.1.2.2.1. من حيث التحقيق الابتدائي

تتميز أعمال قاضي التحقيق بأنها كتابية أي أن كل الإجراءات المتخذة من استجواب المتهم وسماع الشهود والأوامر المتعلقة بسير التحقيق أو التصرف فيه تكون مدونة وتتميز بالسرية في مواجهة الجمهور وهذا طبقا لأحكام المادة 11 من قانون الإجراءات الجزائية التي تنص على أنه:«تكون إجراءات التحري والتحقيق سرية، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك دون إضرار بحقوق الدفاع....».

كما يمتد التدوين والسرية ليشمل جميع الإجراءات التي تتخذهم غرفة الاتهام وهذا يبرز بوضوح في أحكام المادة 184 من قانون الإجراءات الجزائية التي تنص على أنه:«يفصل المجلس في القضية في غرفة المشورة بعد تلاوة تقرير المستشار المنتدب والنظر في الطلبات الكتابية المودعة من النائب العام والمذكرات المقدمة من الخصوم، ويجوز للأطراف أو محاميهم الحضور في الجلسة وتوجيه ملاحظاتهم الشفوية لتدعيم طلباتهم». وتعتبر السرية والتدوين التي تميز إجراءات التحقيق الابتدائي مظهر من مظاهر نظام التنقيب والتحري نقلها النظام المختلط.

3.5.1.2.2.1. من حيث المحاكمة

تتميز إجراءات المحاكمة في النظام القضائي الجزائي الجزائري بأنها شفوية وهذا ما نص عنه المشرع في أحكام المادة 285 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه:«المرافعات علنية ما لم يكن في علانيتها خطر على النظام العام والآداب وفي هذه الحالة تصدر المحكمة حكمها القاضي بعقد الجلسة سرية في جلسة علنية غير أن للرئيس أن يخطر على القصر دخول الجلسة وإذا تقررت سرية الجلسة تعين صدور الحكم في الموضوع في جلسة علنية»، كما نصت المادة 353 من نفس القانون على أنه:«إذا ما انتهى التحقيق بالجلسة سمعت أقوال المدعى المدني في مطالبته وطلبات النيابة العامة ودفاع المتهم وأقوال المسؤول بالحقوق المدنية عند الاقتضاء. وللمدعى المدني والنيابة العامة حق الرد على دفاع باقي الخصوم، وللمتهم ومحاميه دائما الكلمة الأخيرة ». ومن خلال ملاحظة ميزة الشفوية والعلنية التي تميز سير المحاكمة الجزائية في النظام الإجرائي القضائي الجزائري يتأكد بوضوح مسايرته للنظام الاتهامي.

غير أن المشرع الجزائري عندما قرر في أحكام المادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية بإعطاء سلطة تقديرية للقاضي الجزائي في اختيار أي من الوسائل الإثباتية الواردة في المواد من 213 إلى 238 من قانون الإجراءات الجزائية ثم الاعتراف له بالاقتناع الشخصي عند إصدار الأحكام الجنائية طبقا للمادة 307، فهذا يمثل جمع بين النظامين الاتهامي والتنقيبي في نظام واحد وهو النظام المختلط[85] ص 51.

2.2.2.1. المذاهب الإثباتية للوصول إلى الحقيقة القضائية

بالرجوع إلى قانون الإجراءات الجزائية سواءا في تشريعنا الوطني أو المقارن فإنه يتردد في كم من موضع أن الإنشغال الأساسي للقاضي سواءا كان قاضي التحقيق أو قاضي حكم هو معرفة الحقيقة والسعي للوصول إليها ولا يتأتى ذلك إلا بأحد أمرين إما أن يحدد للمحقق والقاضي سلفا بالأدلة التي يمكن بمساعدتها معرفة حقيقة الواقعة الإجرامية وإسنادها للمتهم ماديا ومعنويا وفي هذه الحالة يلتزم القاضي بالبحث عنها وإصدار حكمه طبقا لما رسمه له المشرع والتسليم بها أي كانت قناعته الوجدانية وهذا ما يطلق عليه نظام الأدلة القانونية، وإما أن يضع المشرع أمام القاضي كل الأدلة والوسائل الكفيلة للبحث عن الحقيقة ويترك له الحرية في إصدار الأحكام طبقا لاقتناعه الشخصي الداخلي وهو ما يعرف بنظام الأدلة المعنوية أو الإثبات المعنوي الحر، إلا أنه نظرا لتطرف النظامين نشأ نظام وسط للاثبات جمع خصائص كل من النظامين السابقين وهو السائد في الوقت الحاضر يعرف بالنظام المختلط[81] ص 131.

غير أن الفقه الجنائي المعاصر وتحت ضغط التطور العلمي والتكنولوجي والاعتماد على البحوث العلمية التجريبية في العديد من مناحي الحياة التي لم تسلم منها حتى الدراسات الاجتماعية والقانونية الأمر الذي أدى إلى ظهور نظام أخذ في البروز تدرجيا إلى أن استقر في العمل القضائي وهو نظام الإثبات العلمي.

وعلى هذا الأساس نحاول في هذا المطلب التطرق إلى المذاهب الاثباتية في البحث عن الحقيقة القضائية وذلك في خمسة فروع إذ نتطرق في الفرع الأول إلى نظام الإثبات القانوني أو المقيد، وفي الفرع الثاني إلى نظام الإثبات الحر والمعنوي، وفي الفرع الثالث نظام الإثبات المختلط، وفي الفرع الرابع نظام الإثبات العلمي، على أن نفرد الفرع الخامس إلى موقف المشرع الجزائري وذلك على النحو التالي:

1.2.2.2.1. نظام الإثبات القانوني أو المقيد

يعتبر نظام الإثبات القانوني أو المقيد أول الأنظمة الإثباتية التي عرفتها النظم الإجرائية الحديثة لذا نحاول التطرق إلى نشأة هذا النظام وتطوره، ثم خصائصه وتقديره وذلك على النحو التالي:

1.1.2.2.2.1. نشأة نظام الإثبات القانوني أو المقيد وتطوره

لم تعرف المراحل الأولى من العصور الرومانية نظاما محددا للإثبات لأنها كانت تأخذ بالوسائل البدائية في الإثبات القائمة على أساس الأحكام الغيبية التي كانت تسيطر على الحكم بالإدانة وحدها[45] ص 87 وهذا انعكاسا للفكر الاجتماعي في ذلك العصر، فيما عدا الاعتراف الذي كان يعتبر دليلا كاملا وكافيا وحده لاعتباره مصدرا للحقيقة المبحوث عنها حتى أسيء استعماله وأصبح السعي للحصول عليه الشغل الأهم للمحقق لإقامة الإدانة وتوقيع العقوبة مما برر اللجوء إلى التعذيب كسبيل مشروع للحصول على الاعتراف.

غير أنه أمام تطور المدنية ونشوء الدولة بمفهومها الحديث كسلطة قائمة على حماية المجتمع وبسط العدالة بدلا من الأفراد نشأ نظام الأدلة القانونية والذي يقوم على أن المشرع هو الذي يقوم بتحديد الدليل سلفا كما يقدر قيمته في الإثبات، وعلى القاضي أن يتقيد بالدليل نوعا وقيمة وليس له أن يكون اقتناعه بغير هذه الأدلة بحيث أن المشرع هو الذي ينظم مسألة اليقين بقواعد قانونية بحته وحل اليقين القانوني محل اليقين القضائي وحرم القاضي والمحقق من تكوين عقيدته في موضوع الدعوى وفقا لاقتناعه الشخصي وما استقر في ضميره ووجدانه، بل هو ملزم بإصدار حكم الإدانة أو البراءة وفقا لما رسمه له المشرع من الأدلة في إثبات الواقعة وتوقيع العقاب حتى وإن كانت تتعارض مع ما استقر في ضميره ووجدانه.

وقد وجد نظام الأدلة القانونية تطبيقا له في فرنسا والدول المحيطة بها وفي كل المنظومة اللاتينية وهذا بموجب الأمر الصادر سنة 1670 حيث عمد المشرع الفرنسي إلى إرساء قائمة كاملة بالأدلة مرتبة بطريقة تدريجية من حيث قوتها في الإثبات وفي تقدير العقوبة وقد قسمت إلى ثلاثة أنواع[44] ص 20:

الأدلة الكاملة: وهي الأدلة التي تكفي وحدها للمحقق أن يتصرف في الملف بالإحالة أمام الجهة القضائية المختصة، والقاضي عليه تطبيق العقوبة المنصوص عليها قانونا مهما كان اقتناعه الشخصي.

وحتى تكون البينة دليلا كاملا وكافيا لإصدار الحكم بالإدانة وتوقيع العقوبة الواردة في القانون كان يشترط شهادة شاهدين على نفس الواقعة، وأن يكون الشاهد قد شهد الواقعة بنفسه، ومشهود له بالاستقامة والخلق مع أن يكون حازما في شهادته.

كما أن المحرر أو المستند الكتابي لا يكون دليلا كاملا إلا إذا توافرت فيه الشرطين هما اتصاف المحرر بالرسمية أو مقرنا بإقرار المتهم وأن يكون نصا في ارتكاب الجريمة.

أما القرينة فلا تكون دليلا كاملا إلا إذا كانت واضحة تثبت ارتكاب الجريمة، إما الاعتراف فأصبح لا يكفي وحده لإقامة الدليل والوصول إلى الحقيقة القضائية إلا إذا أضيف له نصف دليل وهو شهادة شاهد واحد يجعل من الاعتراف دليلا كاملا للإدانة وتطبيق العقوبة الواردة في النص.

الأدلة شبه الوافية أو الناقصة: تتمثل هذه الأدلة في الشهادة المنفردة أو اعتراف المتهم لوحده غير المعزز بشهادة شاهد واحد وهذه الأدلة لا تسمح للقاضي بالحكم بالعقوبة المقررة قانونا وإنما يمكن أن يحكم بعقوبة أخف على اعتبار أن الحقيقة وفق ما رسمه المشرع لنشوئها لم تنشأ بعد في المحيط الإجرائي حتى يمكن توقيع أثارها في الإدانة الكاملة للمتهم وتوقيع العقوبة عليه.

الأدلة الخفيفة أو الأمارات البعيدة: وهذه الأدلة لوحدها غير كافية لإصدار حكم بالإدانة أو البراءة وإنما تسمح للقاضي أن يصدر حكم وسط سمي Mise en hors de Cours[83] ص 37 وهو ما يؤدي إلى توقيف الدعوى العمومية مؤقتا مع إمكان استئنافها إذا ظهرت أدلة جديدة من شأنها أن تعزز الأدلة السابقة.

2.1.2.2.2.1. خصائص نظام الإثبات القانوني أو المقيد

يتميز نظام الإثبات القانوني أو المقيد بمجموعة من الخصائص تجعل إدراك الحقيقة القضائية عمل يقع على المشرع أما المحقق ما هو إلا منفذ لمنهج معين وضعه المشرع وهذا ما يظهر بوضوح في النقاط التالية:

- يتميز نظام الأدلة القانونية بأن المشرع هو الذي يقوم بالدور الإيجابي في عملية الإثبات في الدعوى، فهو الذي ينظم طرق البحث عن الدليل وكيفية قبوله وطرق استبعاده وشروطه التي تحدد القيمة الإقناعية

لكل دليل، إذ المشرع هو الذي يظفى على بعض الأدلة حجة دامغة تكفي للقاضي إصدار حكم الإدانة على أساسها والتي توصف بالأدلة الكاملة مثلما عبر عنها المشرع الفرنسي في المرسوم الصادر سنة 1670 وأدلة أخرى نسبية، أو كما سماها المشرع الفرنسي في الأمر السابق ذكره بالأدلة الناقصة التي لا تكفي لإصدار حكم الإدانة وتوقيع العقوبة الواردة في النص بل هي سبيلا لتوقيع عقوبة مخففة على أساس أن الحقيقة لم يتم إدراكها كاملة حسب المشرع.

- يتميز دور القاضي والمحقق في هذا النظام بأن له دور آلي وموجه في بحثه عن الحقيقة إذ لا يتعدى دوره في البحث عن مدى توافر الأدلة وشروطها القانونية بحيث إذا لم تتوافر الأدلة وفقا لاشتراطات المشرع لا يمكن له الحكم بالإدانة وعقاب المتهم حتى وإن كانت قناعته الوجدانية تؤكد إذناب المتهم وإسناد الواقعة محل المتابعة إليه وهذا لعدم إمكانية تحري الحقيقة بطرق أخرى لم ينص عنها المشرع[101] ص 586.

- إن نظام الأدلة القانونية أو المقيدة قام بتقنين اليقين في قواعد عامة ومحددة على الرغم من أن اليقين مسألة واقع ترتبط بظروف كل قضية على حدى، هذا ما أدى إلى وضع القاضي في قالب صامد الهدف منه حماية حقوق المتهم غير أنه قد يؤدي إلى إفلات العديد من الجناة من العقاب.

3.1.2.2.2.1. تقدير نظام الأدلة القانونية

على الرغم من الهدف النبيل لنظام الأدلة القانونية من أنه كان يهدف إلى ضمان حقوق الأبرياء وحمايتهم ضد تجاوزات الأنظمة السابقة التي كانت تسمح للقاضي باستعمال كل الوسائل لأجل الحصول على دليل الإدانة ولو على حساب حرية وكرامة الإنسان، إلا أن هذا النظام لم يسلم من النقد فقد وجهت له عدة مثالب مما أدى في النهاية إلى زواله وانهياره في جميع التشريعات الإجرائية المقارنة، وهذا ما يمكن تبيانه على النحو التالي:

- اعتبر البعض أن نظام الأدلة القانونية يعتبر نظاما غير معقول لأنه لا يمكن أن يحدد المشرع للناس مقدما وسائل إثبات أفعال لا يعرفها والتي تختلف الصور التي تقع بها إلى ما لا نهاية، مع أنه لكل فعل أدلته الخاصة به[134] ص 223، 277 فوضع قاعدة عامة لكل الجرائم أمر غير منطقي وغير عقلاني.

- لا تتوافر في نظام الأدلة القانونية أي ضمانة لحماية حقوق الإنسان المترتبة على قاعدة قرينة البراءة إذ أن المتهم كان يجبر على حلف اليمين وكان التحقيق يحاط بسرية تامة حتى على الأطراف وكان التعذيب مشروع كوسيلة للحصول على الدليل مما قد يؤدي إلى إدانة بريء لمجرد عدم تحمله التعذيب بدنيا ونفسيا وتبرئة مذنب لمجرد قوة بنيته وتحمل طاقته النفسية لأشكال التعذيب فكانت الحقيقة تقوم على

أساس القوة وليس الإقتناع، هذا ما أدى بالفقيه بنتام إلى القول:« إن اليقين القانوني ليس بمقدوره أن يؤسس ضمانا جوهريا للعدالة، وأن المشرع لا يمكن أن يطمئن إلا بالإقتناع الذاتي للقاضي».

- إن هذا النظام لم يفي بحاجات الجماعة إلى توقيع العقاب المقرر قانونا لعدم توافر النصاب القانوني للدليل مما أدى إلى إفلات الجناة من العقاب في حالات كثيرة خاصة أمام إخراج القاضي والمحقق من دورهما الطبيعي في البحث عن الحقيقة وتحديد مدى توافر الإذناب والإسناد وتقدير العقوبة وفقا لاقتناعه الشخصي والاستعاض عنه بالاقتناع القانوني مما جعل القاضي لا يرى الحقيقة إلا عبر عين المشرع وهو بعيد كل البعد عن الوقائع محل المتابعة.

أمام هذه الانتقادات لم يستطع نظام الأدلة القانونية أن يستمر طويلا وأمام الدعوة إلى ضرورة إيجاد نظام آخر للإثبات يكون أكثر قدرة على تحقيق التوازن بين مصلحة المجتمع في الوصول إلى الحقيقة وملاحقة الجاني ومعاقبته وبين مصلحة المتهم في حماية حقوقه واحترام آدميته الأمر الذي أدى إلى ظهور نظام الاقتناع الذاتي للقاضي أو نظام الإثبات الحر.

2.2.2.2.1. نظام الإثبات الحر أو المعنوي

لم يظهر نظام الإثبات الحر أو المعنوي فجأة واحد بل جاء ثمرة تطور مستمر أخذ شيئا فشيئا يعطي للقاضي دورا بارزا في البحث عن الحقيقة والاقتناع بها حسبما استقر في وجدانه واطمئن إليه ضميره لذا نحاول في هذا الفرع التطرف إلى نشأة وتطور نظام الإثبات الحر أو المعنوي، وخصائصه وتقديره وذلك على النحو التالي:

1.2.2.2.2.1. نشأة وتطور نظام الإثبات الحر أو المعنوي

اختلفت تسميات الفقه لهذا النظام فالبعض يطلق عليه نظام الأدلة المعنوية Système des preuves orales ويطلق عليه بالعض الآخر النظام الحر للأدلة أو نظام الإثبات الحر Système des preuves libre، كما يطلق عليه آخرون الاقتناع الذاتي أو القناعة الوجدانية للقاضي Système ultime Conviction[111] ص 89.

وتظهر الجذور الأولى لنظام الإثبات الحر أو الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي في العصور القديمة في التشريع الروماني في العهد الجمهوري، كما برز في ظل التشريعات الإنجليزية القديمة في القرن الثالث عشر تحت وصف نظام المحلفين وهو الصورة العملية لنظام الإثبات الحر، وأخذ يتطور بصورة بطيئة حتى تبناه رجال الثورة الفرنسية في أول قانون إجرائي جزائي صادر في أعقاب الثورة وهو قانون تحقيق الجنايات الصادر في 09/20/ 1791 إذ نص في أحكام المادة 224 منه على أنه:«للمحلفين حرية التقدير المطلقة».

ويظهر بوضوح تبني المشرع الفرنسي لمبدأ الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي وحريته في بناء الحقيقة وإصدار الأحكام من خلال ملاحظة عدة مواد منها المادة 353 من قانون الإجراءات الجزائية التي تنص على أنه:«يتلو رئيس محكمة الجنايات العبارات التالية على المحلفين قبل دخولهم للمداولة بل وأن تعلق بخط كبير في أظهر مكان في غرفة المداولة: أن القانون لا يهتم بالوسائل التي اقتنع بها القضاة وهو لم يحدد لهم قواعد يتعين أن يسندوا إليها اقتناعهم بكفاية الأدلة أنه يلزم أن يسألوا أنفسهم في صمت وتأمل وأن يبحثوا في خلاصة ضمائرهم ما هو الإقتناع الذي أحدثته في عقولهم الأدلة المقدمة ضد المتهم ووسائل دفاعه. إن القانون لا يوجه إليهم إلا السؤال الآتي الذي يحوي كل حدود واجباتهم: هل لديكم اقتناع شخصي».

كما تبنى المشرع الفرنسي مبدأ الإقتناع الشخصي من خلال ما ورد في المادة 304 الخاصة بالمحلفين والتي جاء فيها:«يحلف المحلفون يمينا بأن يحكموا بالعدل طبقا لأدلة الاتهام ووسائل الدفاع بناءا على ضمائرهم واقتناعهم الداخلي مع النزاهة والحزم التي يتمتع بها إنسان حر ومستقيم». كما نص في المادة 427 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه :« فيما عدا الحالات التي ينص فيها القانون على خلاف ذلك تثبت الجرائم بكل وسائل الإثبات ويقضي القاضي طبقا لإقتناعه الشخصي » هذا ما يؤدي إن المشرع الفرنسي تبنى مبدأ الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي في بحثه عن الحقيقة ثم سارعت جميع الدول التي تأثرت بالقانون الفرنسي كالدول المحيطة بفرنسا ودول شمال أفريقيا والعديد من الدول العربية إلى تبني نفس مناهج المشرع الفرنسي القائم على الإقتناع.

2.2.2.2.2.1. خصائص نظام الإثبات الحر أو المعنوي

هناك عدة خصائص ومميزات يمتاز بها نظام الإثبات الحر أو المعنوي جعلت منه نظاما راسخا في عدة تشريعات مقارنة وتبنته أغلب الأنظمة الإثباتية المقارنة ويمكن إجمال هذه الخصائص في الآتي:

- المبدأ الأساسي الذي يقوم عليه هذا النظام هو أن الإقتناع الشخصي للقاضي وتقينه الخاص النابع من ضميره فقط هو الذي يبني على أساسه الحكم دون أن يملي عليه المشرع كقاعدة عامة طريق معين للوصول واستجلاء الحقيقة، فالقاضي حر في اختيار أي من الأدلة المطروحة أمامه للوصول إلى الحقيقة وإصدار حكمه بناءا على ما استقر في وجدانه وإطمئن إليه ضميره، وتظهر هذه الحرية من ناحيتين: الأولى حرية القاضي الجزائي بالاعتماد على جميع وسائل الإثبات في إطار احترام مبدأ الشرعية وحقوق الدفاع دون أن يملي عليه المشرع – كقاعدة عامة – دليل بعينه يلزمه الأخذ به لقوته الإقناعية، والثانية حرية القاضي في تقدير الأدلة المطروحة عليه دون أن يقيده المشرع بدليل معين لقوته الثبوتية[44] ص 23.

- يمتاز هذا النظام تخلصه من التعذيب كوسيلة مشروعة للحصول على دليل الإدانة وترك المجال أمام قاضي التحقيق والحكم واسعا لإستخدام كل الوسائل المتاحة ومنها العلمية لاستجلاء الحقيقة[111] ص 90.

- يتميز نظام الإثبات الحر كذلك بأنه يطلق حرية الأطراف في الإثبات فسلطة الإتهام أن تثبت التهمة بكافة وسائل الإثبات المشروعة وللمتهم أن يدحض هذا الاتهام بكل إمكانياته[101] ص 590 المشروعة وغير المشروعة على أن دليل البراءة يمكن الوصول إليه وتقديمه ولو كان قد تم الحصول عليه بطريق غير مشرع.

- إن الحرية التي يتميز بها القاضي الجزائي في نظام الإثبات الحر ليست مطلقة بل هي مقيدة في بعض الحالات أين يضع المشرع بعض القرائن القانونية يحدد في جرائم معينة كيف يتم فيها البحث عن الدليل وماهي القوة الإثباتية لهذا الدليل كما هو الحال في إثبات جريمة الزنا في التشريع الجزائري.

3.2.2.2.2.1. تقدير نظام الإثبات الحر أو المعنوي

هناك عدة مبررات جعلت العديد من الفقهاء والمشرعين تتبني نظام القناعة الوجدانية للقاضي الجنائي أو الإثبات الحر في البحث عن الدليل وإقامة الحقيقة وفقا للاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي إلا أنه لم يسلم كلية من النقد لعدة أسباب كما سيأتي تبيانه:

مبررات نظام الإثبات الحر أو المعنوي

دافع جانب من الفقه وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي "فوستن هلى Faustin Hielie" عن مبدأ حرية الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي وذلك بقوله:«إن المحلفين في موقعهم يرون ويسمعون للشهود وللمتهم وبقدر ما تقوى وتشتد المناقشات، فإن المحلفين يتأثرون بالاقتناع بكل الحواس، إنه الاقتناع البشري في نقائه وفي إخلاصه الطبيعي، إن الاقتناع المعنوي يبهر الجميع عندما يكون وليد الإحساس فالاقتناع لا يمكن أن يكون لا مأمورا به ولا مستوحى، إن هذا هو المعيار الصحيح للحقيقة البشرية».

إن هذا التعبير وهذا التقدير والإجلاء الذي أعطاه هذا الفقيه لنظام الإثبات الحر تلخص بوضوح مبررات إقتناع التشريعات المقارنة خاصة اللاتينية منها لمبدأ الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي في بحثه عن الحقيقة والاقتناع بها، ذلك أن ألإثبات في المواد الجزائية يرد على وقائع مادية ونفسية إذ أن للحقيقة القضائية شقين الأول يتعلق بحقيقة الوقائع الإجرامية وهي عناصر مادية والثاني يتعلق بحقيقة المجرم من حيث الإسناد المعنوي وبالتالي لا يمكن الوصول إلى الدليل وبناء الحقيقة على أساس ما يضعه المشرع سلفا يقيد به كل حركة وحرية للقاضي وإنما لا بد من فسح المجال أمام هذا الأخير بالاعتراف له بسلطة تقديرية واسعة تقوم على ما اقتنع به واستقر في وجدانه من حقائق أساس حكمه الجزائي.

الانتقادات الموجهة لنظام الإثبات الحر أو المعنوي

بالرغم من الأهمية القصوى لنظام الإثبات الحر في البحث عن الحقيقة وإصدار الحكم على أساس القناعة الخاصة للقاضي فإنه لم يسلم من النقد إذ وجهت له عدة مثالب يمكن إجمالها في الآتي:

- انتقد هذا المبدأ أنه يهدر دقة القواعد الخاصة بعبء الإثبات ذلك أنه مادام الاقتناع شخصي للقاضي الجزائي لا يهم أن يقدم الدليل لسلطة الاتهام أو المتهم وبالتالي يجعل قاعدة الشك تفسر لمصلحة المتهم لا معنى لها حيث يستطيع وفقا لاقتناعه الشخصي عند وجود أدلة[92] ص 326 متضاربة أن يفسر الشك ضد مصلحة المتهم.

- إن التقدير الشخصي للأدلة لا يسمح عمليا بأية رقابة للمحكمة العليا فيما يتعلق بقيمة الأدلة في الإثبات باعتبار أن تقدير مدى قوة الدليل المعتمد عليه في بناء الحقيقة ولو كان ضعيفا يدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا رقابة للمحكمة العليا في ذلك هناك عدة أحكام صادرة عن المحكمة العليا في الجزائر قررت صراحة أن مسألة تقدير الدليل تخرج عن إطار رقابة المحكمة العليا باعتبار أن هذه الأخيرة محكمة قانون وليست محكمة وقائع وأن تقدير الدليل يدخل ضمن تقدير الوقائع.

- إن هذا المبدأ وإن كان قد قصد به حماية مصلحة المتهم فإنه في الواقع قد يتخذ الاقتناع الشخصي ضد مصلحته خاصة في مجال الاعتراف فقد يتراجع المتهم عن الاعتراف المدلى به أمام الضبطية أو أمام قاضي التحقيق أثناء المحاكمة إلا أنه إعمالا لمبدأ حرية الإثبات قد يأخذ بالاعتراف المدلى به أمام الضبطية أو قاضي التحقيق بالرغم من تراجعه أمامه أثناء المحاكمة، وهنا يجعل صعوبة تحديد السلوك الذي يختاره المتهم أو محاميه للدفاع على موكله لأن الأمر يتعلق بنفسية القاضي.

– إن مبدأ الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي يمثل خطورة على مبدأ مهم للمتهم يعتصم به منذ اللحظة الأولى لتحريك الدعوى العمومية إلى غاية صدور الحكم النهائي وهو مبدأ افتراض البراءة الذي قد يتلاشى بصورة واضحة أمام طغيان مبدأ الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي، هذا ما أدى بالبعض إلى القول أنه: «من الأفضل العودة إلى نظام الأدلة القانونية الذي يضمن للمتهم على الأقل بأن لا يدان إلا إذا قام ضده دليل معين يعلمه مقدما ويرتب دفاعه ضده».

3.2.2.2.1. نظام الإثبات المختلط

أمام تطرف كل من نظام الإثبات القانوني أو المقيد ونظام الإثبات الحر أو الأدلة المعنوية إذ جعل الأول البحث عن الحقيقة القضائية وإصدار الأحكام مقيدا من طرف المشرع في تحديد الأدلة الواجب الأخذ بها وقوتها، أما الثاني نص على إطلاق سلطة القاضي والمحقق في كيفية البحث عن الحقيقة والأدلة المقيمة لها وقوتها في الإثبات، نشأ نظام وسط حاول التوفيق بين مزايا كلا النظامين في نظام واحد للإثبات سمي بالنظام المختلط.

وحتى يتسنى لنا إعطاء لهذا النظام حقه في الدراسة والتحليل باعتباره النظام السائد حاليا في أغلب التشريعات المقارنة نحاول التطرق إلى أساس هذا النظام وفكرته، وخصائصه وقيمته وذلك على النحو التالي:

1.3.2.2.2.1. فكرة نظام الإثبات المختلط وأساسه

يقوم نظام الإثبات المختلط على الملائمة بين النظامين السابقين فهو يحاول التوفيق والمزج بين اليقين التشريعي الذي يمثله نظام الأدلة القانونية أو الإثبات القانوني المقيد، واليقين القضائي الذي يمثله نظام الإثبات الحر أو الأدلة المعنوية، وبمقتضى هذا المزج والدمج بين النظامين يكون بمقدور القاضي أن يسعى في البحث عن الحقيقة وإصدار الحكم استنادا إلى اقتناعه الشخصي وكذا اقتناع المشرع بوضعه لدليل معين متى توافرت الشروط القانونية التي يستلزمها المشرع لقبول هذا الدليل[63] ص 68.

وأعطى الفقه صورتين يظهر من خلالها هذا التوفيق وهذه الملائمة بين النظامين وذلك على النحو التالي:

الصورة الأولى: إن التطابق بين اليقين القضائي والتشريعي مطلوب في الإدانة والبراءة على حد سواء بمعنى أنه لا يمكن للقاضي أن يصدر حكمه إلا إذا توافر لديه الاقتناع الشخصي المعزز بالأدلة القانونية وفقا للشروط التي وضعها المشرع، إلا أن أنصار هذا الاتجاه في هذه الحالة يمكنون القاضي من أن يتخذ حلا وسطا مؤقتا وذلك بإصدار قرار بعدم يقينية الاتهام على اعتبار أن الاتهام غير مؤكد ويوقف سير الدعوى مؤقتا مع تمتع المتهم بالحرية الشخصية وذلك بإطلاق سراحه إذا كان محبوسا.

الصورة الثانية: وهي اشتراط ضرورة توافر اليقين القضائي القائم على الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي، والتشريعي القائم على توافر الأدلة وفق شروط المشرع، وهذا في حالة الحكم بالإدانة فقط، أما حكم البراءة فيكفي فيها أي من اليقينين.

وقد دافع المستشار – روبسبير Robespir - في الجمعية التأسيسية الفرعية في فرنسا في اجتماعها المنعقد بتاريخ 1791/01/04 عن هذه الطريقة في التوفيق بين نظامي الاقتناع القضائي والاقتناع التشريعي وذلك بقوله:«إن المتهم لا يمكن اعتباره مدانا ما دامت الأدلة القانونية لم تتوفر وإذا وجدت لكنها تخالف الاقتناع الشخصي للقاضي»[89] ص 11. وكان اقتراحه يتكون من شقين، الشق الأولى أنه لا يمكن الحكم بإدانة المتهم ما لم تتوافر الأدلة التي حددها القانون، والشق الثاني أنه لا يحكم بإدانة المتهم مع قيام الأدلة القانونية إذا لم تتحقق القناعة الشخصية لدى القاضي ، بمعنى لا يمكن إدانة المتهم إلا إذا توافرت الأدلة القانونية واقتنع بها القاضي.

2.3.2.2.2.1. خصائص نظام الإثبات المختلط

في الحقيقة أن نظام الإثبات المختلط ليس نظاما اثباتيا مستقلا بذاته وإنما جاء للجمع بين الأدلة القانونية أو الإثبات المقيد، ونظام الأدلة المعنوية أو الإثبات الحر وبالتالي فإن خصائصه مشتقة من الجمع والتوفيق بين النظامين السابقين وهذا ما يمكن إبرازه على النحو التالي:

- في ظل نظام الإثبات المختلط يتحرر القاضي والمحقق من صرامة الشروط القانونية المقيدة عند تقديره للأدلة إذ يرجع دوما إلى ضميره واقتناعه الشخصي مع التقيد بالقواعد القانونية، التي تنظم تقدير الدليل، وهكذا فإن القاضي يجد نفسه من جهة ملزم بقبول واستبعاد أدلة معينة إذا توافرت شروط معينة وفي إطار الأدلة القانونية التي يقبلها يحتفظ بكل حرية بإخضاعها لتقدير قناعته الشخصية[44] ص 22.

- يتميز نظام الإثبات المختلط بأنه في جوهره صورة لنظام الأدلة المعنوية عندما يحتوي على استثناءات تكون في شكل شروط تقيد حرية القاضي في تقدير الأدلة أو في شكل أدلة قانونية محددة وفي حالة كثرة واتساع هذه القيود يصبح نظام الأدلة المعنوية هو نظام الإثبات المختلط.

- نظرا لأن الحقيقة القضائية تتكون من شقين وجود وقائعها في العالم الخارجي واقتناع القاضي أو المحقق بها في ضميره ووجدانه مما يجعل نظام الإثبات المختلط يمثل خاصية الحقيقة.

3.3.2.2.2.1. تقدير نظام الإثبات المختلط

بالرغم من أن نظام الإثبات المختلط ظهر على أنقاض نظامي الإثبات القانوني والإثبات الحر أو المعنوي وكان هدفه معالجة بعض العيوب التي لحقت بالنظامين السابقين وخلق نوع من التوفيق بين سلطة الدولة في إنزال العقاب بالمتهم وبين ضمانات الحرية الشخصية[85] ص 65. غير أن هذا النظام لم يسلم من النقد إذ وجهت له عدة مثالب يمكن إجمالها في الآتي:

- لقد أخذ على النظام المختلط حتى وإن قصد به الجمع بين مزايا النظامين السابقين والتخفيف من مضارهما إلا أنه في الواقع لا يراعي التوازن بين مصلحة المتهم في البراءة ومصلحة المجتمع في العقاب، ذلك أن جميع التشريعات الإجرائية لا بد أن تضع من الضوابط والحدود والقيود نصوصا تكفل الرقابة والنزاهة والحياد وبالتالي فالنظام المختلط ليس نظاما متكاملا للإثبات بل هو مجرد تسمية فقهية للجمع بين النظامين السابقين[111] ص 91.

- إن هذا النظام ينفرد بتحقيق مصلحة المتهم دون مراعاة للتوازن بينها وبين مصلحة المجتمع والتي تمثل الموازنة المطلوب تحقيقها في الأحكام الجزائية، ذلك أنه يبدو وللوهلة الأولى أن القاضي يتمتع في ظله بسلطة واسعة تقرب إلى أبعد الحدود للتطابق مع ما للقاضي من سلطة تقديريه في نظام الإثبات المعنوي أو الحر[63] ص 69.

- إن نظام الإثبات المختلط لا ينجح في التوفيق والملائمة بين اليقين القانوني واليقين القضائي وهذا لتعارضهما عمليا ذلك أن لكل يقين مجال خاص به فاليقين الذي يفرضه المشرع على القاضي على ما اصطلح تسميته باليقين القانوني لا يشكل في حقيقته إلا يقينا مصطنعا لا يمكن أن يفرض على قناعة القاضي الذي يجب أن يستقل في تقدير الأدلة بقناعة مستنبطة من وجدانه وضميره. ذلك أن محاولة هذا التوفيق بين اليقينين القانوني والقضائي لا يمكن أن يتحقق على الصعيد العملي لأن القضاة سواء أثناء التحقيق أو أثناء المحاكمة سيتأثرون بالقواعد التي حددها المشرع لنظام الأدلة القانونية مما يؤثر في قناعتهم الشخصية الأمر الذي يؤدي إلى أن يقين المشرع سلب يقين القاضي ويعدمه ويتحول نظام الإثبات المختلط إلى التطبيق العملي لنظام الأدلة القانونية.

4.2.2.2.1. نظام الإثبات العلمي

إن نظام الإثبات في الوقت الراهن يتجه بخطى سريعة إلى مرحلة جديدة أصبح يطلق عليها نظام الإثبات العلمي، حيث يزداد الاعتماد على البحوث العلمية والتكنولوجية المتطورة سواء لمحاربة الجريمة أو ما تسفر عنه نتائج البحوث العلمية في مجال الكشف عن الجريمة والوصول إلى حقيقة الواقعة الإجرامية وحقيقة إسنادها للمتهم عن طريق تزويد جهاز القضاء بالأدلة التي تم البحث عنها وإقامتها ليس في ساحة القضاء وإنما في المخابر العلمية.

وعلى هذا الأساس نحاول التطرق إلى دراسة نظام الإثبات العلمي كنظام ناشئ لم يستقر بعد ضمن المنظومة القانونية بقدر ما يمثل مجرد محاولات لبعض الفقه الجنائي خاصة مؤيدي المدرسة الوضعية وذلك بالتطرق أولا إلى نشأة وتطور نظام الإثبات العلمي على أن نتطرق ثانيا إلى المشاكل الفقهية التي تواجه نظام الإثبات العلمي وذلك على النحو التالي:

1.4.2.2.2.1. نشأة وتطور نظام الإثبات العلمي

يجب أن نقرر منذ البداية أن نظام الإثبات العلمي ليس نظاما إجرائيا للإثبات نشأ في أحضان تطور الفقه الجنائي، وإنما هو نتائج بحوث علمية متطورة ساعدت القضاء إما مساعدة في الوصول إلى الحقيقة واكتشاف الجريمة والمجرم عن طريق الوسائل العلمية المتطورة، الأمر الذي أدى بمجموعة من الفقه الجنائي الحديث إلى القول بأن هناك مرحلة جديدة عن مراحل تطور العملية الإثباتية تتميز عن سابقتها وهي نظام الإثبات العلمي[111] ص 91.

وقد أدى الاعتماد على البحوث العلمية وما تسفر عنه من نتائج بدءا من وقوع الجريمة ومعاينة مسرحها وإجراء مسبقا لها بالوسائل العلمية لرفع الآثار والأمارات التي قد توجد فيه ومعالجتها عن طريق تفسيرها والكشف عن غموضها في المخابر العلمية إلى غاية تقديمها أمام القضاء كدليل يساعد

قاضي التحقيق في الوصول إلى الأدلة الكافية للتصرف في الملف بالإحالة وقاضي الحكم للوصول إلى الحقيقة المقنعة لإصدار الحكم الجزائي سواء بالإدانة أو البراءة.

وقد كان للفلسفة الوضعية عامة والمدرسة الوضعية الإيطالية خاصة عظيم الأثر على مسائل الإثبات الجنائي متمثلا في زيادة استخدام العلم في مجال الأدلة الجنائية وهذا بهدف تقليل فرص الخطأ القضائي والرغبة في التوصل إلى درجة من اليقين القضائي يقترب بصورة جدية من الحقيقة الواقعية، هذا ما أدى بالعالم الجنائي والاجتماعي " انريكو فييري Enrico Ferri" إلى القول أن هناك نظاما جديدا للإثبات هو النظام العلمي الذي سوف يحل محل الأنظمة الإثباتية الأحرى يوما ما، وهنا تساءل "فيرى" في حالة حلول نظام الإثبات العلمي محل نظام الأدلة الأدبية أو الاقناعية ما مدى هذا الإحلال على الحرية في الاقتناع الذاتي للقاضي؟

وقد أدى التقدم العلمي الكبير وسيطرة التكنولوجية الحديثة على جميع مناحي الحياة إلى ظهور علامات بارزة في معالم نظام الإثبات الجنائي تتمثل في استحداث وسائل علمية جديدة تستطيع أن تتغلب على كل محاولات المتهم لتظليل العدالة وكشف ما يحاول طمسه من آثار في سعيه الحثيث لإثبات براءته المصطنعة والمخالفة للحقيقة الواقعية على حساب المجتمع الأمر الذي جعل الاستعانة بالخبراء لأجل الإثبات في الوقت الحاضر ذي أهمية قصوى في مساعدة القاضي في الوصول إلى الحقيقة وتكوين عقيدته في الاقتناع بصورة أشد يقينا.

2.4.2.2.2.1. المشاكل الفقهية التي تواجه نظام الإثبات العلمي

نظرا لأن نظام الإثبات العلمي بفرض نفسه في الوقت الراهن على سلطة القاضي والمحقق في البحث عن الدليل وإقامة الحقيقة التي ينشدها باعتبارها هدفه الأسمى. فغلب اللجوء إلى الخبرة العلمية للوصول إلى الحقيقة وحماية المجتمع ولو على حساب حماية حقوق وحريات الأفراد، الأمر الذي جعل نظام الإثبات العلمي عند تطبيقه العملي لحظة تقديم الدليل المتوصل إليه إلى القضاء وتداوله تثير بعض المشاكل يمكن التطرق إليها في الآتي:

مشكلة الشرعية الإجرائية

إن المستقر عليه لدى الفقه الجنائي أنه يقصد بالشرعية الإجرائية بأنه:« لا يجوز إتخاذ إجراء جنائي على المتهم إلا بناءا على قانون وتحت إشراف القضاء في حدود الضمانات المقررة بناءا على قرينة البراءة»[13] ص 16. إلا أن نظام الإثبات العلمي أولى ما يثيره عند التطبيق مساسه بمبدأ الشرعية الإجرائية ذلك أن الكثير من الوسائل العلمية للإثبات تمثل اعتداءا على حقوق المتهم وحرياته عندما يقتضي الأمر بالبحث عن الدليل التعامل مع جسم المتهم لأخذ العينات أو إفرازات الجسم أو الدم أو جزء من ظفر أو خصلة شعر مما يتطلبه إجراء الفحص والمقارنة، وهنا تطرح مشكلة الشرعية،

حول مدى احترام هذه الوسائل العلمية لكرامة الإنسان وحقوقه الشخصية وسلامته الجسدية والمعنوية. وكيف يتم الفصل بين الوسائل المشروعة وتلك غير المشروعة إذ قد يكون الحد الفاصل بينهما غير واضح[111] ص 95.

كما أن الإثبات العلمي يمس بعض المبادئ الجوهرية وهي تعد من الحقوق الدستورية مثل عدم التزام الشخص بإثبات براءته، ولا يمكن أن يكون المتهم شاهدا ضد نفسه. فالمشكلة المطروحة في الإثبات العلمي ليس في مدى فاعلية ونجاعة الوسائل العلمية في كشف الحقيقة وإنما المشكلة في مدى مشروعية استخدامها.

مشكلة شخصية العقوبة وتفريدها

إن نظرية تفريد العقوبة والاختبار القضائي باعتبارهما أساس السياسة الجنائية الحديثة القائمة على إعادة تأهيل المجرم باختيار عقوبة مناسبة له بعد دراسته اجتماعيا ونفسيا وأحاطة علما بكل جوانبه الحياتية هذا ما يؤدي إلى أن التعرف على شخصية الجاني ذات أهمية قصوى لاختيار العقوبة الملائمة والتدابير الأمنية الفعالة لتحقيق الغرض من العقاب، الأمر الذي يؤدي إلى ضرورة الحصول على معلومات عن حياة المتهم وعلاقاته وكل مكنونات نفسه مما يفقده حريته النفسية كحق الدخول في طي النسيان، مما يجعل البحث في ماضيه الاجتماعي والشخصي لاختيار العقوبة هو اعتداء على هذا الحق.

وللتخفيف من حدة ما يطرحه نظام الإثبات العلمي على الحرية الشخصية أن وضعت المؤتمرات الدولية ثلاثة شروط يجب الالتزام بها عند التحقيق في شخصية المتهم وهي[111] ص 96:

- نص صريح في القانون يبين الحالات التي تخضع للفحص.
- قرار مسبب من سلطة قضائية
- مراعاة القواعد اللازمة لممارسة حقوق الدفاع.

مشكلة المصلحة الأولى بالرعاية

إن نظام الإثبات العلمي نظرا لاعتماده في الوصول إلى الحقيقة على الوسائل العلمية في الإثبات الجنائي فإنه يثير مشكلة جوهرية وهي ماهي المصلحة الأولى بالرعاية هل هي مصلحة المجتمع بصرف النظر عن مصلحة الفرد؟ أم أن مصلحة الفرد هي الأولى بالرعاية بصرف النظر عن مصلحة المجتمع، كل هذه الإشكالات لم تصل بعد البحوث والدراسات القانونية للإجابة عليها كما أن أغلب التشريعات المقارنة لم تضمن تشريعاتها نصوص محددة دقيقة في ذلك.

مشكلة تأثير الإثبات العلمي على مبدأ الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي:

إن الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي لا يعتبر وسيلة يلجأ إليها للإثبات وإنما هو مبدأ نظامي يعرض للقاضي سلطة الاختيار بين مجموعة من الأدلة المطروحة أمامه والترجيح بينها وفقا لسلطته

التقديرية حسبما استقر في وجدانه وإطمأن إليه ضميره، غير أن الإثبات العلمي ونظرا لأنه يقدم دليل مادي استقر العلم بشأنه وقوة صحته من شأنه أن يؤثر على عقيدة القاضي.

إن القاضي باعتباره رجل قانون لا يمكن أن يلم بجميع مسائل الحياة منها ما هو مرتبط ارتباطا جوهريا وعضويا بعدة علوم قد تخرج عن اختصاص القاضي ومعرفته الوجدانية هذا ما يجعله ينساق وبالضرورة إلى التسليم بالنتيجة العلمية سواء في قناعته أو في حكمه.

ولكن رغم أن نظام الإثبات العلمي ما هو في الحقيقة إلى محاولات فقهية لترسيم نظام جديد للإثبات لم يتم النص عليه كنظام إجرائي إنما هو مطبق كنظام للبحث عن الحقيقة تحت مفهوم الخبرة في جميع التشريعات الإجرائية المقارنة.

5.2.2.2.1. تقييم موقف المشرع الجزائري من نظم الإثبات

من خلال استقراء مختلف نصوص قانون الإجراءات الجزائية الجزائري وما استقرت عليه اجتهادات المحكمة العليا أنه ترواح موقفه فيما يخص المذاهب الإثباتية بين الأخذ تارة بنظام الإثبات القانوني أو المقيد وتارة الأخذ بنظام الإثبات الحر أو المعنوي في إطار تغلب عليه الخلط بين النظامين شأنه في ذلك ما هو مستقر عليه في فرنسا وفي جميع التشريعات اللاتينية.

ذلك أنه بالرجوع إلى أحكام المادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية تنص على أنه:«يجوز إثبات الجرائم بأي طريقة من طرق الإثبات ما عدا الأحوال التي ينص فيها القانون على غير ذلك، وللقاضي أن يصدر حكمه تبعا لاقتناعه الشخصي»، كما نص في أحكام المادة 213 من ذات القانون على أنه:«الاعتراف شأنه كشأن جميع عناصر الإثبات يترك لحرية تقدير القاضي ». كما نص في آخر فقرة من المادة 284 من ذات القانون والخاصة بالمحلفين لمحكمة الجنايات:«...وإن تصدروا قراراتكم حسبما يستبين من الدلائل ووسائل الدفاع وحسبما يفرضه ضميركم ويقتضيه اقتناعكم الشخصي بغير تحيز وبالحزم الجدير بالرجل النزيه الحر...». كما نص في المادة 307 من ذات القانون في فقرتها الثانية:«إن القانون لا يطلب من القضاة أن يقدموا حسابا عن الوسائل التي بها قد وصلوا إلى تكوين اقتناعهم، ولا يرسم لهم قواعد بها يتعين عليهم أن يخضعوا لها على الأخص تقدير تمام أو كفاية دليل ما، ولكنه يأمرهم أن يسألوا أنفسهم في صمت وتدبر، وأن يبحثوا بإخلاص ضمائرهم في أي تأثير قد أحدثته في إدراكهم الأدلة المسندة إلى المتهم وأوجه الدفاع عنها ولم يضع لهم القانون سوى هذا السؤال الذي يتضمن كل نطاق واجباتهم هل لديكم اقتناع شخصي».

فيتجلى من خلال هذه المواد أن المشرع الإجرائي الجزائي الجزائري كقاعدة عامة يأخذ بنظام الإثبات الحر أو الإقناع الشخصي فيما يخص القضايا الجنائية أما قضايا الجنح والمخالفات، فنأخذ بنظام الاقتناع الشخصي المعزز بالدليل وهو النظام المختلط.

غير أنه استثناءا نص المشرع الجزائري في قانون الإجراءات الجزائية على عدة حالات يبين فيها بوضوح تبنيه تارة لنظام الإثبات القانوني أو الاقتناع التشريعي وذلك عندما يحدد أدلة إثبات معينة مثل ما هو الشأن في جريمة الزنا المنصوص عنها في أحكام المادة 339 من قانون العقوبات إذ أورد وسائل إثباتها حصريا في أحكام المادة 341 من ذات القانون من أنها تثبت إما بالاعتراف وإما بحالة التلبس، وإما برسائل متبادلة بين الأطراف تؤكد واقعة الزنا فخارج هذه الأدلة القانونية ليس للقاضي إعمال مبدأ اقتناعه الشخصي بحيث إذا لم يجد للإثبات جريمة الزنا المطروحة عليه حسبما حدد له المشرع من وسائل الإثبات يجب عليه أن يحكم بالبراءة حتى وإن كانت قناعته الشخصية اتجهت إلى إدانة المتهمين[57] ص 437..

3.1. ضمانات المتهم عند البحث عن الدليل وتداوله

يحظى جسم الإنسان بحماية خاصة ترتبط بقواعد فقهية تستند إلى فلسفة فقهاء القانون والإعلانات الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان ودساتير الدول وتشريعاتها الإجرائية التي فرضت سياجا قانونيا منيعا لحماية حقوق الإنسان أمام الزحف الهائل والمستمر للتطور العلمي والتكنولوجي وتدخله في جميع مناحي الحياة.

وقد ساهمت الاكتشافات الحديثة والتطور المستمر في الوسائل العلمية والتكنولوجية إسهاما كبيرا في تطور عجلة الحياة لدى الإنسان ورفاهيته مما أدى به إلى البحث الحثيث والمستمر لتطبيق هذه الوسائل في الكشف عن الجريمة والمجرم باعتبارها الشغل الأساسي لكل سياسة جنائية حديثة تهدف إلى تحقيق أمن واستقرار المجتمع مما جعل المتهم وهو موضوعا للحقيقة القضائية عرضة لإستعمال هذه الوسائل العلمية في مواجهته تستهدف كيانه المادي أو المعنوي والاعتباري للحصول على الدليل وتقديمه للقضاء.

وإذا كانت غاية العدالة في الوصول إلى الحقيقة فإنها لا تمارس في معزل عن حماية حقوق المتهم الأمر الذي جعل جميع تشريعات العالم تضمن دساتيرها وتشريعاتها العقابية العديد من الضمانات الموضوعية وتنص في تشريعاتها الإجرائية عن العديد من الالتزامات القانونية التي تقع على المحقق والقاضي سواء عند بحثه عن الدليل أو تداوله.

وتماشيا مع منطق هذا التقديم سنحاول في هذا الفصل التطرق إلى ضمانات المتهم عند البحث عن الدليل وتداوله وذلك في مبحثين إذ نتطرق في المبحث الأول إلى الضمانات الموضوعية على أن نخصص المبحث الثاني إلى الضمانات الإجرائية.

1.3.1. الضمانات الموضوعية للمتهم عند البحث عن الدليل

باعتبار أن البحث عن الحقيقة لمتابعة المتهم أو المشتبه فيه وتقديمه أمام القضاء تعد الشغل الرئيسي للمحقق سواء كان ضبطية قضائية أو قاضي تحقيق، ونظرا لأن المتهم يعد موضوعا للحقيقة القضائية فقد تتخذ في مواجهته عدة إجراءات لأجل الحصول على الدليل وتأمينه مما قد يمثل مساسا بحقوقه الموضوعية[7] ص 241 على سلامة جسمه وكيانه المعنوي أو مجاله الشخصي وحريته الفردية أو حياته الخاصة. الأمر الذي جعل المشرع في جميع تشريعات العالم وبموجب نصوص جزائية عقابية يتدخل لتوفير ضمانات قانونية لهذه الحقوق يتعين على المحقق الالتزام بها.

لهذا سنحاول التطرق إلى الضمانات الموضوعية للمتهم في مرحلة البحث عن الدليل وتداوله في ثلاث مطالب إذ نتطرق في المطلب الأول إلى احترام الحق في الحياة الخاصة وفي المطلب الثاني إلى احترام الحق في السلامة الجسدية والاعتبار على أن نخصص المطلب الثالث إلى احترام الحق في الحرية الشخصية للمتهم.

1.1.3.1. احترام الحق في الحياة الخاصة

يعد الحق في الحياة الخاصة العمود الفقري للحرية الشخصية وركيزة أساسية لحقوق الإنسان جبلت عليها البشرية ردعا من الزمن[102] ص 192، خاضت خلاله ثورات وحروب كثيرة حتى وصلت إلى ماهي عليه في الوقت الحاضر، فهي ثمرة تطور حضاري ونتاج قيم أخلاقية ودينية تتصل بأسس الحياة الاجتماعية إذ يقاس المستوى الحضاري للمجتمع بمدى حرصه على حماية وضمان حرمة الحياة الخاصة، غير أن هذا الحق ليس مطلقا بل تقيده اعتبارات المصلحة العامة متى كانت مصلحة المجتمع أولى بالرعاية من مصلحة الفرد، الأمر الذي يبرر اتخاذ بعض إجراءات التحقيق الجزائي تعتمد على وسائل علمية وتقنية في مواجهة المتهم لأجل كشف الحقيقة بما يمثله من اعتداء ظاهر على حقه في الحياة الخاصة.

وحتى يمكن لنا رسم الحدود التي يقف عندها المحقق عند بحثه عن الدليل أو تـأمينه وتقديمه إلى القضاء دون الولوج في خصوصيات المتهم بصورة تمثل انتهاكا سافرا لحقوق هذا الأخير يجب أن نتطرق إلى ماهية الحق في الحياة الخاصة في الفرع الأول، ثم نتطرق في الفرع الثاني إلى الطبيعة القانونية للحق في الحياة الخاصة، على أن نخصص الفرع الثالث إلى صور الحق في الحياة الخاصة وحمايتها.

1.1.1.3.1. ماهية الحق في الحياة الخاصة

حتى يمكن لنا إعطاء مفهوم شامل للحق في الحياة الخاصة لابد أن نتطرق إلى تعريف هذا الحق أولا ثم وتبيان خصائصه ثانيا وذلك على النحو التالي:

1.1.1.1.3.1. تعريف الحق في الحياة الخاصة

قبل التطرق إلى تعريف الحق في الحياة الخاصة يجدر بنا التنويه منذ البداية أن هذا الحق يصطلح على تسميته في النظام القانوني الأنجلوسكسوني بالحق في الخصوصية، أما الاصطلاح الشائع في النظام القانوني اللاتيني عموما والفقه والتشريع الفرنسي على الخصوص بالتعبير على هذا الحق بالحق في الحياة الخاصة وبما أن تشريعنا الوطني استلهم مبادئه القانونية من النظام القانوني اللاتيني ارتأيت الأخذ بالمصطلح الشائع في هذا النظام بالحق في الحياة الخاصة.

وإذا كان التعريف اللغوي للحق في الحياة الخاصة يتمثل في أنه: «ما ينفرد به الإنسان لنفسه دون غيره من الأمور والأشياء، وتكون الحياة الخاصة هي التي يختصها الإنسان لنفسه بعيدا عن تدخل الغير[7] ص 245؟ ومفهوم الغير يتسع ليشمل الدولة ذاتها ممثلة في أشخاص القانون العام[96] ص 151، فإنه في الاصطلاح القانوني على الرغم من كثرة الأحكام القضائية الفاصلة في حالات الاعتداء على الحق في الحياة الخاصة فإنه في الفقه والتشريع لم يعطي تعريفا محددا لمعنى هذا الحق بحيث يجمع شتات هذه الكلمة بما يحدد عناصرها فيتسع الاستعمال القانوني لها.

ويرجع السبب في عدم توحيد الفقه والتشريع المقارن لإعطاء تعريف محدد للحق في الحياة الخاصة في أنه من جهة نطاق الخصوصية يختلف من شخص إلى آخر إذ ما يعتبره بعضهم يدخل ضمن الحالات الخاصة التي تتميز بالسرية والكتمان فإنه لدى البعض الآخر غير ذلك، كما أنه من جهة أخرى فإن إعطاء تعريف للخصوصية محكوم إلى درجة معينة بالمجتمع وما يسوده من عادات وتقاليد وأعراف وأن الخصوصة هي انعكاسا لهذه العادات والتقاليد.

وقد كان لهذه الصعوبة في وضع تعريف محدد للحق في الحياة الخاصة أثر على الفقه والقضاء، فمنهم من وضع تعريفا وصفيا عاما، ومنهم من وضع تعريفا يقوم على تعداد ما يدخل ضمن هذا الحق مع ترك المجال مفتوحا لإدخال حقوق أخرى ومنهم من حاول وضع تعريف يجمع بينهما، غير أنه يمكن أن نميز بين اتجاهين، الاتجاه الأنجلوسكسوني ويمثله الفقه والقضاء الأمريكي والاتجاه اللاتيني يمثله الفقه والقضاء الفرنسي مع الإشارة إلى موقف الفقه المصري.

الاتجاه الأنجلوسكسوني في تعريف الحق في الحياة الخاصة

لقد تصدى الفقه الانجلوسكسوني لتعريف الحق في في الحياة الخاصة مما أثر على اتجاه القضاء، ومن أشهر التعريفات الوصفية التي وضعت لهذا الحق في المنظومة الانجلوسكسونية هو ذلك التعريف الذي وضعه المعهد الأمريكي للقانون والذي يستند إلى مشروع قانون الخطأ لسنة 1830 إذ نص على أنه:«إن كل شخص ينتهك بصورة جدية وبدون وجه حق، حق شخص آخر في ألا تصل أموره وأحواله إلى علم الغير وألا تكون صورته عرضة لأنظار الجمهور يعد مسؤولا أمام المعتدي عليه»[62] ص 119.

غير أن هذا التعريف رغم شهرته لم يسلم من النقد إذ عيب عنه أنه لم يضع معيارا محددا يمكن على أساسه إقامة التفرقة بين ما يجب إعلانه للناس وبين ما يجب أن يظل خفيا عنهم، كما قيل بأن هذا التعريف ربط بين الخصوصية والسرية كما جاء متسع غير مانع ولا جامع[7] ص 250.

ويعد الفقيه والقاضي الأمريكي "كولي Cooly" أول من أعطى وصف الخلوة للحق في الخصوصية إذ عرفها بأنها:«الحق في الخلوة أي حق الإنسان في الحياة الهادئة أو أن يترك دون إزعاج أو قلق» وقد كان لهذا التعريف عظيم الأثر على القضاء الأمريكي إذ في قضية شهيرة بمحكمة كاليفورنيا عرفت باسم قضية[102] ص 59 Kerbyv. Hall Rouch Studias لسنة 1942 إذ وصفت المحكمة الحق في الخصوصية بأنه:«حق الفرد في أن يعيش حياته بعيدا عن فضول الآخرين دون أن يتعرض بغير رضائه أو رغبته للوضع تحت دائرة الضوء، وهو باختصار حق الفرد أن يترك وشأنه».

وقد توصل البروفيسور "آلان وستن Alan westin" في الدراسة التي أجرها سنة 1967 حول أثر التطورات العلمية والتكنولوجية في الولايات المتحدة الأمريكية على الحرمة الشخصية إن وضع تقسيما للحرمة الشخصية في البنود الرئيسية التالية: العزلة والحياة العاطفية الخاصة، والإغفال والتحفظ إذ عرف الحرمة الشخصية بأنها:«مطلب الأفراد والجماعات والمؤسسات في آن يحددوا لأنفسهم متى وكيف وإلى أي مدى يمكن أن تصل المعلومات الخاصة بهم إلى الغير وإذا ما نظرنا إلى الحرمة الشخصية في إطار علاقة الفرد بالمشاركة الاجتماعية فإنها تبدو حق الفرد في أن ينسحب بمحض إرادته واختياره من المجتمع العام بالوسائل الطبيعية أو النفسية سواء أراد أن يعيش في عزلة أو في مجموعة صغيرة خاصة أو أن يعيش في تحفظ أو اختلاف مع الغير »[102] ص 59.

الاتجاه اللاتيني في تعريف الحق في الحياة الخاصة

تصدى جانب من الفقه الفرنسي الذي يمثل الاتجاه اللاتيني إلى إعطاء تعريفا محددا للحق في الحياة الخاصة كان له أثر في وضع النصوص القانونية بما يتماشى مع هذا التعريف.

إذ عرف الفقيه الفرنسي – كار بونيه Carbonnier" الحق في الحياة الخاصة بقوله:«إنها المجال السري الذي يملك الفرد بشأنه سلطة استبعاد أي تدخل من الغير وهي حق الشخص في أن يترك هادئا أي يستمتع بالهدوء أو أنها الحق في احترام الذاتية الشخصية».

كما عرفها "مارتين Martin" بطريقة ربط فيها الحق في الحياة الخاصة بالألفة بقوله:« أنها تمثل الحق في الحياة الخاصة الأسرية والشخصية الداخلية والروحية للشخص عندما يعيش وراء بابه المغلق»[73] ص 122.

وقد كان لربط الألفة بالحق في الحياة الخاصة واعتبارها مرادفا لهذه الأخيرة أثر على المشرع الفرنسي عندما نص في أحكام المادة 9 من القانون المدني على احترام الحياة الخاصة بقوله:« لكل شخص الحق في احترام حياته الخاصة وأن للقضاة أن يتخذوا جميع الوسائل مثل الحراسة والحجز وغيرها من الإجراءات لمنع أو وقف أي مساس بألفة الحياة الخاصة، وذلك دون المساس بحق الشخص في التعويض عما يصيبه من ضرر».

تعريف الفقه المصري

إلى نفس الاتجاه الذي سلكه الفقه الفرنسي في تعريفه للحق في الحياة الخاصة، حاول الفقه المصري أن يسلك طريقا مماثلا لنظيره الفرنسي محاولة منه المشاركة في وضع ورسم حدود هذا الحق، ويظهر التأثر بصور واضحة في استعماله نفس المصطلح "الحق في الحياة الخاصة" مؤكدا اعتناقه الاتجاه اللاتيني وهذا من خلال الإشارة إلى بعض آراء الفقه المصري في تعريفهم لهذا الحق وذلك على النحو التالي:

قدم الأستاذ رمسيس بهنام تعريفا وصفيا للحق في الحياة الخاصة يقوم على أساس تعداد ما يدخل ضمن هذا الحق إذ يرى أن الحياة الخاصة يراد بها « قيادة الإنسان لذاته في الكون المحيط به، يعني ذلك قيادة الإنسان لجسمه في الكون المادي المحيط لجسمه ومن مظاهره حرية الإبصار، وحرية التنفس، وحرية التذوق والأكل والشرب. وحرية الاستماع وحرية التحفظ على هويته الشخصية، أو السماح للغير بالتقاطها وحرية الشخص في مسكنه، وكذا قيادة الإنسان لنفسه في الكون النفسي. المحيط بنفسه ومن مظاهرها حرية العقيدة، وحرية الشعور وحرية الاتصال بالآخرين وحرية التحفظ على الأسرار أو البوح بها»[120].

كما عرف الدكتور نعيم عطية الحق في الحياة الخاصة بأنها: «حق الفرد في عدم ملاحقة الآخرين له في حياته الخاصة وإذا جاز تعريف الحرية بأنها حق الفرد في أن يترك وشأنه كحق الفرد في أن ينسحب انسحابا اختياريا ومؤقتا بجسمه أو فكره من الحياة الاجتماعية هو حقه في الخصوصية ومن ثم كان هذا الحق هو حرية المواطن في حياته الخاصة عن حق الفرد أن يمارس شؤونه الخاصة بمنآى عن تدخل الآخرين وهو أن يقتضي أن يحدد الفرد بنفسه متى وكيف وإلى أي مدى يمكن أن تصل

المعلومات المتعلقة بشؤونه الخاصة إلى الغير، فإذا خاض الآخرين في حياته الخاصة والدخول في أسرار خصوصيته اعتبر ذلك تهجما على خلوته واعتداءا على حريته وحياته الخاصة»[7] ص 256.

كما تضمن مؤتمر الحق في حرمة الحياة الخاصة المنعقد في كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية في الفترة ما بين 4 إلى 6 جوان 1987 تعريفا للحق في الحياة الخاصة على أنه:«حق الشخص في أن يحترم الغير كل ما يعد من خصوصياته مادية كانت أو معنوية أو تعلق بحرياته على أنه يتحدد ذلك بمسار الرجل العادي وفقا للعادات والتقاليد والنظام القانوني القائم في المجتمع ومبادئ الشريعة الإسلامية»[73] ص 119.

2.1.1.1.3.1. خصائص الحق في الحياة الخاصة

نظرا لأن الحق في الحياة الخاصة هو حق من حقوق الشخصية التي تثبت للشخص بصفته الآدمية التي تستمد وجودها من الوجود الإنساني للشخص يجمع الفقه على أن الحق في الحياة الخاصة تتميز بالسرية والنسبية وعدم قابلية الحق في الحياة الخاصة للتصرف فيه أو التنازل عنه، وعدم قابلية الحق في الحياة الخاصة للانتقال عن طريق الإرث وهذا ما يمكن بيانه على النحو التالي:

تميز الحياة الخاصة بالسرية

نظرا لأن الحياة الخاصة تنحصر في مجموعة وقائع أو معلومات أو صفات تكون مظاهرها سواءا ما تعلق منها بالكيان المعنوي أو المادي للإنسان أو جانبه المالي، وهي تتميز بالسرية وتتمتع بحماية قانونية كأسرار خاصة يعاقب القانوني على إفشائها من طرف الغير دون موافقة صاحبها. لذا يمكن تعريف السرية بأنها:« واقعة أو صفة ينحصر نطاق العلم بها في عدد محدد من الناس في حالة ما إذا كان ثمة مصلحة يقرها القانون لشخص أو أكثر في أن يظل العلم بها محصورا في ذلك النطاق»[91] ص 753.

وقد اعتنق القضاء الفرنسي الربط بين الحياة الخاصة وفكرة السرية في حكم قديم جدا صادر عن محكمة النقض مؤرخ في 1896/9/5 اعتبرت أن المعتقدات الدينية للشخص من الأمور السرية والمعلومات التي له الحق في عدم الإفشاء بها وهي تتمتع بالحماية القانونية باعتبارها تدخل ضمن حياته الخاصة[73] ص 126.

كما نحى القضاء المصري منحى نظيره الفرنسي في اعتبار السرية كمعيار محدد لمدلول الحق في الخصوصية وتطبيقا لذلك أصدرت إحدى المحاكم المصرية حكما في دعوى مقامة من سيدة ضد إحدى المجلات لقام هذه الأخيرة بنشر مقال يتضمن نقدا لاذعا لأحد عروض الأزياء الذي أقامته المدعية في مكان عام وأمام جمع من الجمهور، وقد رفضت المحكمة دعوى المدعية لعدم التأسيس القانوني وقد جاء في تأسيس الحكم على أن «المدعية قد تحملت مسؤولية عرض الأزياء على جمهور المشاهدين

والحاضرين في الحفل المقام منها في مكان عام، لذلك يجب عليها تقبل النقد الموجه إليها من الجمهور والرأي العام الممثل عن طريق المجلة ووسائل الإعلام على عملها».

ويستفاد من الأحكام السابق الإشارة إليها أن القضاء يتجه إلى الاعتماد على معيار السرية لاعتبار الواقعة محل الإفشاء تدخل ضمن الحياة الخاصة وبالتالي تنال الحماية القانونية المقررة لها مما يجعل السرية خاصية تميز الحياة الخاصة.

تميز الحياة الخاصة بالنسبية

باعتبار أن الزمان والمكان يتسمان دوما بالتطور إذ أن كلاهما يتصف بالتغيير فكان لهذين المتغيرين أثر بالغ على الحياة الخاصة مما وصفت بالنسبية، فالعادات والتقاليد المنتشرة في دولة واحدة تتسم بالتطور والتغيير وهذا لتطور المجتمع من زمان إلى آخر فما كان يعتبر من الأمور التي تدخل ضمن الحياة الخاصة ويحضى بالحماية غير أنه بتطور المجتمع وشيوع وسائل الاتصال أضحت من الأمور العامة التي لا تدخل في الخصوصية.

كما تختلف بعض مظاهر الحياة الخاصة من دولة لأخرى ففي الولايات المتحدة الأمريكية يعتبر معرفة جملة الضرائب التي يدفعها كل مواطن من الحقوق الدستورية التي يجوز لكل أمريكي معرفتها في حين أنه في فرنسا وفي أغلب الدول اللاتينية تعد الضرائب الخاصة التي يدفعها كل مواطن من الأمور التي تدخل ضمن الحياة الخاصة[61] ص 128.

عدم قابلية الحق في الحياة الخاصة للتصرف فيه أو التنازل عنه

باعتبار أن الحق في الحياة الخاصة تعتبر من حقوق الشخصية وبالتالي تخرج عن دائرة التصرفات والتعامل فيها بالبيع أو الهبة أو التنازل[109] ص 170، وإذا كان الاعتداء على الحق في الحياة الخاصة قد يصبح أساسا للتقويم المادي وفقا للأضرار التي لحقت بالشخص والتي يمكن له التنازل عن دعوى التعويض المدني إلا أن الاعتداء على الحياة الخاصة تمثل جريمة تمس مشاعر الإنسان وتهز وجدان المجتمع فإن الدعوى العمومية وإقامتها ملكا للمجتمع تمارسه النيابة العامة ولا أثر لتنازل الضحية على الدعوى العمومية وإجراءات المتابعة الجزائية.

غير أن الملاحظ أن المشرع الجزائري بعد أن نص في أحكام المادة 303 مكرر من قانون العقوبات على معاقبة بالحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات وبغرامة من 50,000 دج إلى 300,000 دج كل من تعمد المساس بحرمة الحياة الخاصة بأية تقنية كانت كالتقاط الصور أو تسجيل الحديث أو نقله أو الشروع في ذلك ونص في الفقرة الأخيرة أنه:«يضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية».

ويعتبر هذا الحكم في قانون العقوبات الجزائري الذي يعطي الحق للضحية في جريمة تمس الخصوصية بالتنازل على الدعوى بل أن الأكثر من ذلك فإنه إذا حرُكت الدعوى العمومية يمكن للضحية

أن يوقف جميع إجراءات المتابعة الجزائية لمجرد تنازله، بما يتعارض مع السمات والخصائص التي تميز الحياة الخاصة بأنها من الحقوق التي لا يجوز فيها التنازل أو التصرف فيها.

عدم انتقال الحق في الحياة الخاصة عن طريق الإرث

إن القاعدة المستقرة في الفقه أن الحقوق اللصيقة بالشخصية تنقضي بوفاة الشخص، غير أن بعض الحقوق المترتبة على الحق في الحياة الخاصة اختلف بشأنها الفقه فيما يتعلق بمدى قابليتها للانتقال عن طريق الميراث، ويمكن أن نميز في هذا الشأن بين اتجاهين.

الاتجاه الأول: انقضاء الحق في الحياة الخاصة بالوفاة

استقر الفقه في فرنسا على تكييف الحق في الحياة الخاصة على أنه حق من حقوق الشخصية مثل الحقوق اللازمة لشخصية الإنسان، وبالتالي فإن كل من الحق في الحياة الخاصة وحق الشخص في الاعتراض على نشر صورته أو أسرار حياته ينقضي بوفاة صاحبه، باعتبار أن الحق في الخصوصية كسائر الحقوق غير المالية لا تنتقل إلى الورثة بسبب الوفاة، ذلك أن علة حماية الحياة الخاصة هو حماية حقوق الإنسان حالة حياته فإذا مات فلا مبرر لفرض هذه الحماية[73] ص 155.

غير أن القضاء الفرنسي اتجه اتجاه آخر يختلف عما استقر لدى الفقه ففي حكم حديث نسبيا صدر عن المحكمة الاستئنافية بباريس بتاريخ 1977/1/11 جاء فيه:« إن الحق في احترام الحياة الخاصة يمتد بعد الوفاة ليشمل جثمان صاحبه، فلا يكون في وسع أحد كائنا ما كان بدون رضا الأسرة أن ينشر صورة الشخص المتوفي، فنشر صورة ممثل مشهور وهو في فراش الموت وبدون علم أسرته وبدون الحصول على إذن منها، يكون معه الصحفي الذي قام بهذا العمل قد تجاوز حقوق الإعلام واعتدى بذلك على حقوق الأسرة اعتداءا لا تبرره ضرورة المهنة التي يضطلع بها»[73] ص 155.

أما القضاء الأمريكي استقر منذ فترة طويلة إلى الالتزام بالقاعدة السائدة في نظام "الكومون لو Common law" التي تقضي بانقضاء الدعوى الشخصية بوفاة الشخص أما الدعاوى التي تحمي الملكية فتظل بالرغم من الوفاة قائمة ومن ثم فإن الحق في حرمة الحياة الخاصة لا يحمي إلا الأحياء ولا يجوز رفعها من طرف الورثة بعد وفاة صاحب الحق الشخصي لانقضائها بوفاته.

الاتجاه الثاني: انتقال الحق في الحياة الخاصة إلى الورثة

يرى جانب من الفقه الفرنسي[73] ص 158 أن أساس انتقال الحق في الحياة الخاصة من المتوفى إلى ورثته التركة المعنوية هو أن الورثة يكملون شخص مورثهم وهنا فإنه من الضروري تغيير هذا الرأي وفقا لطبيعة الحقوق اللصيقة بالشخصية وتطبيقا لذلك يكون على ورثة المتوفي التزام بأن يقوموا برعاية واحترام ذكرى مورثهم ويعكس ذلك إصرارهم على تطبيق أفكار وعقيدة المتوفي.

2.1.1.3.1. الطبيعة القانونية للحق في الحياة الخاصة

إن تحديد الطبيعة القانونية للحق في الحياة الخاصة يقتضي بالضرورة التطرق إلى بيان التكييف القانوني لهذا الحق حتى يمكن إن نرتب عليه الآثار القانونية والحماية الواجبة له، وتحديد النطاق الموضوعي لهذا الحق لذا نحاول التطرق أولا إلى التكييف القانوني للحق في الحياة الخاصة، ثم نتطرق ثانيا إلى النطاق الموضوعي للحق في الحياة الخاصة.

1.2.1.1.3.1. التكييف القانوني للحق في الحياة الخاصة

اختلف الفقه الجنائي الحديث في إرساء رأي موحد لإعطاء التكييف القانوني للحق في الحياة الخاصة وانطوائه تحت أي لواء من التقسيمات القانونية التي أرساها الفكر القانوني فمن الفقهاء من اعتبر الحق في الحياة الخاصة من قبيل حق الملكية، بينما اعتبره اتجاه آخر جزءا من الذمة المعنوية للشخص، وهناك اتجاه أحذ يستقر في الفكر والقضاء المقارن اعتبره حقا من حقوق الشخصية.

لذا سنحاول عرض هذه الاتجاهات الثلاثة، مع محاولة إعطاء موقف القضاء والتشريع المقارن مع استنباط قدر الإمكان موقف تشريعنا الوطني.

الحق في الحياة الخاصة حق ملكية

في بداية النقاش حول التكييف القانوني للحق في الحياة الخاصة ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار الحق في الحياة الخاصة هو من قبيل حق الملكية، ومن ثم يعد الإنسان مالكا لهذا الحق وكل اعتداء عليه يمثل اعتداء على حق الملكية وله في هذا الشأن ما للمالك من سلطان على ما يملك[109] ص 137، ويقوم هذا الاتجاه على أساس فكرة الحق في الصورة لكونها تخضع لما يخضع له حق الملكية من أحكام فالإنسان له حق ملكية على جسده، وشكله جزء من هذا الجسد، والصورة ماهي إلا تجسيدا لهذا الشكل ومن ثم تعمقت الفكرة لتشمل الحق في الحياة الخاصة بكافة مظاهرها[62] ص 143.

وكان لهذا الاتجاه صدى وتطبيق له لدى بعض القضاء المقارن إذ أن بعض المحاكم في كندا اعتنقت في اعتبار الحق في الحياة الخاصة من قبيل حق الملكية حيث أصدرت حكما في دعوى مرفوعة من طرف لاعب كرة قدم ضد جريدة لنشرها صورته دون الحصول على موافقته، وقد قضت المحكمة بقبول دعوى المدعى والحكم له بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء نشر صورته دون موافقته مؤسسة حكمها على أن نشر الصورة دون موافقة صاحبها يشكل مساس واعتداء على حقه في الملكية[73] ص 139.

وبالرغم من أن القانون الإنجليزي لا يعترف بالحق في الحياة الخاصة كحق مستقل بل يربطه بوسائل أخرى كالاعتداء على حق الملكية، حيث تشير بعض الأحكام القضائية هناك على إصرارها بعدم

وجود مساس بالحياة الخاصة عند عدم وجود مساس بحق الملكية، فلو أن شخصا التقطت له صورة خارج ممتلكاته فلا يحق له الإدعاء بوجود اعتداء على حياته الخاصة ما دام المصور لم يعتدي على أملاكه، وبالمقابل فلو أنه التقط هذه الصورة من داخل ممتلكاته فإن للشخص صاحب الصورة الإدعاء بوجود مساس واعتداء على حياته الخاصة تبعا للتعدي على ملكيته[109] ص 138.

أما القضاء الفرنسي، فقد ذهبت بعض أحكامه إلى اعتبار الحق في الحياة الخاصة من قبيل حق الملكية إذ في حكم قديم نسبيا صادر عن محكمة النقض بتاريخ 1963/2/26 اعتبرت أنه: «لما كان لكل شخص أن يتمتع وأن يستغل صورته بمقتضى ماله من حق ملكية مطلق، فإنه أحدا غيره لا يملك إمكانية التصرف فيه دون موافقته»[73] ص 139.

بالرغم من أن بعض الفقه والقضاء المقارن تبنى تكييف الحق في الحياة الخاصة على أنه حق ملكية إلا أن هذا الاتجاه لم يسلم من النقد إذ وجهت له عدة مثالب نذكر منها.

- إن خصائص الحق في الحياة الخاصة تتعارض مع خصائص حق الملكية ذلك أن كل حق عيني يفترض وجود صاحب حق، ومحل أو موضوع هذا الحق الذي يمارس من خلاله صاحب الحق سلطاته عليه فإذا اتحد صاحب الحق وموضوعه فإنه يستحيل ممارسة هذه السلطات وهو ما ينطبق على الحق في الحياة الخاصة ومنه لا يمكن أن يكون للشخص حق ملكية على جسمه أو جزء منه، فالصورة جزء من كيان الإنسان وملامحه فاعتراضه على إنتاج صورته أو نشرها دون رضائه لا يحمي شيئا ماديا بل يحمي شخصية الإنسان الذي تمثله الصورة مما يعني أن الحق في الحياة الخاصة ليس حق ملكية بل حق من حقوق الشخصية.

- إن وصف الحق في الحياة الخاصة من قبيل حق الملكية لا يوفر تلك الحماية المنشودة، فمالك العقار لا يستطيع أن يمنع الغير من تصوير منزله أو رسمه من الخارج، وبالتالي فإذا سلمنا بأن حق الإنسان على صورته هو حق ملكية فلا يستطيع منع الغير من تصوير ورسم شكله.

– لا تقوم فكرة أن الحق في الحياة الخاصة حق ملكية على سند صحيح لأنها تستند على آراء قديمة كانت سائدة في العصر الروماني والحال أن حق الملكية قد تغير مفهومه باعتباره وظيفة اجتماعية مما يجعل تكيفها على هذا الأساس في غير محله.

الحق في الحياة الخاصة عنصرا في الذمة المعنوية للشخص

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الذمة لها وجهين وجه مالي ووجه معنوي، وبالتالي فإن جملة الحقوق ذات الطبيعة المعنوية تدخل ضمن الذمة المعنوية أما الحقوق المالية تدخل ضمن الذمة المالية للشخص.

وفي هذا يرى الفقيه الفرنسي "مارتن Martine" أن الذمة المعنوية تضم بعض الحقوق مثل الحق في الخصوصية ويقع على الورثة واجب حماية الخصوصية لمورثهم وحماية شرفه واعتباره،

وإلى هذا الاتجاه أخذت بعض أحكام القضاء الفرنسي منها الحكم الصادر عن محكمة استئناف باريس في 1955/03/16 إذ قررت أن ذكريات الحياة الخاصة تتعلق بالذمة المعنوية وهي تعد امتدادا للشخصية[109] ص 141.

إلا أن هذا الرأي لم يلقى تأييدا من الفقه ذلك أن هذا الاتجاه يهدف إلى ضم مجموعة من الحقوق ذات طبيعة واحدة ضمن شريحة واحدة وتجسيدها بكيان متميز ضمن ذمة الشخص مما يعرف بالذمة المعنوية للشخص، غير أن الفصل بين الذمة المالية والذمة المعنوية للشخص ليس بالأمر الهين، ذلك أنه هناك بعض الحقوق لها طابع مالي أو ذات قيمة مالية بل أن الحق في الخصوصية ذاته تكمن فيه بعض المصالح ذات طابع مالي.

الحق في الحياة الخاصة حق من حقوق الشخصية

نظرا للانتقادات التي وجهت للاتجاهات السابقة في إعطاء تكييف الحق في الحياة الخاصة من اعتباره حق ملكية واعتباره حق في الذمة المعنوية للشخص ظهر الاتجاه الراجح في الفقه الفرنسي إلى اعتبار الحق في الحياة الخاصة من قبيل حق من حقوق الشخصية الملازمة لصفة الإنسان على اعتبار شخصية المرء غير قاصرة على كيانه المادي فقط بل تتعدى هذا الكيان لتشمل المقومات المعنوية للإنسان[73] ص 141، 142.

وقد اعتبر المشرع الفرنسي أن الحق في الحياة الخاصة من الحقوق الملازمة لشخصية الإنسان وذلك في أحكام المادة 09 من القانون المدني والتي تقرر أن للشخص الحق في احترام حياته الخاصة، كما أن قضائه وفي عدة أحكامه يتجه نحو ضرورة إدخال الحقوق الشخصية بما فيها الحق في الحياة الخاصة في الذمة المعنوية للشخص[62] ص 148.

كما اتجه المشرع المصري في أحكام المادة 50 من القانون المدني نفس الاتجاه عندما قرر أنه:«كل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر». ومن أمثلة الحقوق الملازمة للشخصية وفقا لما هو مستقر عليه في الفقه المصري حرية الشخص، وسلامة جسمه، أو سمعته الأدبية أو حرمة موطنه واسمه.

كما نص المشرع الجزائري في أحكام المادة 47 من القانون المدني على أنه:«لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر».

2.2.1.1.3.1. النطاق الموضوعي للحق في الحياة الخاصة

بعدما انتهينا إلى أن الحق في الحياة الخاصة هو من الحقوق الملازمة للشخصية يجدر بنا التساؤل هل أن هذه الشخصية يقصد بها الشخص الطبيعي فقط أم أنه يمكن أن يمتد التمتع بحماية الحق في الحياة الخاصة إلى الشخص الاعتباري؟ وهل الأسرة كمجموعة أشخاص طبيعية لها من الاستقلالية لتمتعها بالحق في الخصوصية؟ هذا ما سنحاول معالجته تبعا لذلك على النحو التالي:

تمتع الشخص الطبيعي بالحق في الحياة الخاصة

لما كان الإنسان هو الأساس الذي تقوم عليه جملة الحقوق المعترف بها له، وهو احترام إنسانيته وتعظيم كرامته لذا كان اهتمام المشرع والقضاء في مختلف الدول يتجه نحو حماية هذا الفرد ورعاية جميع حقوقه المادية والمعنوية وحتى الفكرية ومشاعره الذاتية، لذا جاءت النصوص التشريعية. والتطبيقات القضائية بما يؤكد هذه الحماية باعتبار أن أساس وجود الدولة هو حماية الإنسان بصفة مطلقة[109] ص 151.

غير أن السؤال الذي يطرح نفسه في معرض هذا التحليل هل يقتصر الاعتراف بهذا الحق في الحياة الخاصة على المواطن أم يشمل أي شخص بصفة مطلقة ليشمل الأجنبي المقيم في الدولة أو الزائر أو العابر لأراضيها؟

بالرجوع إلى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر بتاريخ 1948/12/10 نجده ينص في المادة 2 منه:«كل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات المذكورة في هذا الإعلان...». كما نصت المادة 3 على أنه:«لكل فرد حق في الحياة والحرية وفي الأمان على شخصه»، والمادة 12 التي تنص على أنه:«لا يجوز تعريض أحد لتدخل تعسفي في حياته أو في شؤون أسرته أو مسكنه أو مراسلاته ولا لحملات تمس شرفه وسمعته، ولكل شخص حق في أن يحميه القانون من مثل ذلك التدخل أو تلك الحملات».

وقد اتجه الدستور الجزائري إلى نفس الاتجاه الذي أخذه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان من شمل الحماية القانونية للحياة الخاصة بالنسبة للإنسان بمفهومه العام سواء كان مواطنا أو أجنبيا مقيما بأرض الوطن أو عابر لها وهذا ما أكده في المادة 34 بقوله:« تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة».

غير أنه بالرجوع إلى بعض الدساتير العربية نجد أنها تعترف بالحق في الحياة الخاصة للمواطن من حيث المبدأ، ذلك أنه في الدستور المصري الحالي لسنة 2012 يعترف بحرمة الحياة الخاصة للمواطن وذلك بصريح المادة 38 منه التي تنص على أنه:«حياة المواطنين الخاصة حرمة، وسريتها مكفولة، ولا يجوز مصادرة المراسلات البريدية والبرقية والإلكترونية والمحادثات الهاتفية وغيرها من

وسائل الاتصال ولا مراقبتها، ولا الإطلاع عليها إلا في الأحوال التي يبينها القانون، وبأمر قضائي مسبب ».

غير أنه في الحقيقة أن الدستور في أية دولة وضع كوثيقة عليا للمواطنين وحرياتهم في مواجهة السلطة العامة، غير أن هذه الحماية الواردة في الوثيقة الدستورية قررت للذات البشرية أي كان وبالتالي لا يعقل القول أن الأجنبي المقيم في الدولة أو العابر لأراضيها لا يحضى بحماية حياته الخاصة لأن القول بغير ذلك هو خروجا على المواثيق العالمية لحقوق الإنسان.

مدى تمتع الأسرة بالحق في الحياة الخاصة

قد يلجأ المحقق في سبيل البحث عن الدليل والوصول إلى الحقيقة إلى استعمال وسائل واتخاذ إجراءات فيها مساس ببعض الحقوق المتعلقة بالحياة الخاصة للمتهم أو الشخص المعني. مما يمثل كشف لخصوصياته، الأمر الذي يؤدي بنا طرح السؤال: هل أن كشف خصوصيات أحد أفراد الأسرة أثناء التحقيق معه أو عند اتخاذ إجراءات البحث والتحري ضده كالتقاط صوره أو اعتراض مراسلاته واتصالاته هو اعتداء على خصوصية الأسرة؟ وبالتالي هل الحماية القانونية للحياة الخاصة تسري على الحياة الأسرية؟

ذهب جانب من الفقه الفرنسي وعلى رأسهم الأستاذين "ر ليندن ور نيرسون – R Lindon" et R Nerson" إلى أن الأسرة تتمتع في مجملها بالحق في حرمة الحياة الخاصة[73] ص 147، كما بسط القضاء الفرنسي حمايته على الأسرة واعتبر أنها تتمتع بالحق في الحياة الخاصة، ففي حكم صادر عن محكمة باريس بتاريخ 1965/3/16 تتلخص وقائعه في أنه:«أحد المصورين كان قد تسلل إلى غرفة طفل مريض في مستشفى والتقط له صورة ونشرها في إحدى المجلات، فما كان أمام والدة الطفل إلا رفع دعوى على المصور باسمها لا باعتبارها وصية على ابنها القاصر، على أساس أن هناك اعتداء وانتهاك للحياة الخاصة للأسرة طالبة من المحكمة منع صدور المجلة ومصادرة النسخ المطبوعة منها أين قررت المحكمة الاستجابة لطلبها مؤسسة حكمها على أنه:« تصوير الطفل المريض وهو ملقى على سريره في المستشفى لا يشكل مساسا بحق الطفل في الخصوصية فقط وإنما من شأنه أن يمس خصوصية الأم أيضا».

وفي حكم آخر صادر عن المحكمة الابتدائية بمرسيليا (فرنسا) بتاريخ 1975/6/13 قررت صراحة فكرة الحق في الحياة الخاصة للعائلة في قضية تتلخص وقائعها في قيام صحفي بإحدى المجلات بنشر جزء من الحياة الخاصة لزوجة أحد المحامين، والتي كانت متزوجة من قبل برجل شرطة معروف، كان قد فصل من سلك الشرطة لاحترافه الجريمة ولقي حتفه في نزاع قام بينه وبين أحد زملائه المجرمين، وقد رأى الزوج الحالي لهذه السيدة –المحامي – إن ما تم نشره يعد اعتداء على حق الأسرة في الحياة الخاصة، فرفع دعوى أمام القضاء طالبا باسمه الحكم على المجلة بالتعويض لمساسها

بخصوصياته الأسرية عما أصابه من ضرر أين قررت المحكمة في حكمها أنه ما ذكره الصحفي على صدر المجلة ونشره يعد اعتداء صارخا على حق الأسرة في الحياة الخاصة وحكمت للمدعى بالتعويض عن هذا الضرر[62] ص 157.

كما قضت محكمة باريس الابتدائية في حكم مؤرخ في 1976/6/2 بأن الكشف عن الحياة العاطفية لأحدى الفتيات لا يعد اعتداء على حياتها الخاصة فحسب وإنما يعد اعتداء أيضا على حرمة الحياة الخاصة للأسرة التي تنتمي إليها[27] ص 158..

3.1.1.3.1. صور الحق في الحياة الخاصة وحمايتها القانونية

تظهر الحياة الخاصة من خلال مجموعة من الصور التي تقيم هذا الحق وتؤسسه ويمكن أن نذكر في هذه الدراسة مجموعة من الصور المتفق عليها في الفقه والتشريع المقارن ثم نبين الحماية القانونية للحق في الخصوصية.

1.3.1.1.3.1. صور الحق في الحياة الخاصة

تكاد تتفق التشريعات المقارنة على أن صور الحياة الخاصة تتمثل في حرمة المسكن والمكان الخاص، وحرمة المراسلات وحرمة المحادثات الشخصية، والحق في الصورة، وحرمة الأسرار المهنية وهذا ما سنحاول التطرق إليه على النحو التالي:

حرمة المسكن والمكان الخاص

إن الحق في حرمة المسكن هو امتداد لحق الإنسان في حياته الخاصة باعتباره مستودع أسراره وقلعه من قلاع حريته الشخصية لذا كانت حمايته القانونية واضحة في الدساتير والتشريعات المقارنة الأمر الذي أدى منذ أمد بعيد برئيس وزراء إنجلترا "وليم يث " (1759 – 1806) أن يعبر على حرمة المسكن بالقول:«بيت أكثر الرجال فقرا يستطيع أن يتحدى جميع سلطات التاج، فقد يكون هذا البيت هزيلا وقد يهتز سقفه، وتعصف به الرياح، وتتسرب إليه الأمطار ولكن ملك إنجلترا لا يستطيع أن يدخله إلا بإذن، ذلك أن بيت الرجل في النظم الديمقراطية قلعته»[52] ص 194.

ويتخذ مدلول المسكن في كل مكان يقيم فيه الشخص بصفة دائمة أو مؤقتة، وبناء على ذلك يتسع مدلوله ليشمل توابعه كالحديقة والمخزن والمرأب ويمتد كذلك إلى كل الأماكن الخاصة التي يقيم فيها ولو لفترة محدودة في اليوم[62] ص 172.

وقد عرف بعض الفقه العربي السكن بأنه:«كل مكان مسور يستخدم للإقامة فيه لفترة محددة أو على سبيل الدوام»[42] ص 372، وعرفه البعض الآخر بأنه:«ذلك المكان الذي يقيم فيه بعض الناس حيث الخلود للراحة والخلوة إلى النفس ومباشرة مظاهر الحياة الطبيعية كالأكل والراحة والنوم»[65]

ص 729. كما ذهب رأي في الفقه الفرنسي بزعامة الأستاذ "جارسون E . Garçon" إلى أن مفهوم المسكن يجب أن ينطوي على معنيين أولهما المكان الذي يستخدم بالفعل في الإقامة والسكن، والثاني المكان الذي وإن لم يستخدم بالفعل في الإقامة والسكن إلا أنه مخصص لهذا الغرض[73] ص 167.

كما عرفت المادة 122 من القانون المدني الفرنسي المسكن بأنه:«المكان الأساسي لإقامة الأشخاص» غير أن مدلول المسكن في القانون الجنائي أوسع منه دلالة من القانون المدني إذ عرفته محكمة النقض الفرنسية في قرار قديم مؤرخ في 1963/2/26 بأنه:« المكان الذي يحق للشخص قانونا أن يشغله»[62] ص 172 كما عرفت محكمة النقض المصرية في قرارها المؤرخ في 1969/1/6 السكن بأنه:«كل مكان يتخذه الشخص مسكنا لنفسه على وجه التوقيت أو الدوام بحيث يكون حرما آمنا لا يباح لغيره دخوله إلا بإذنه»[73] ص 165، كما إتجه التشريع والقضاء الأنجلوسكسوني إلى هذا التعريف الموسع للسكن إذ عرف في القانون العام الأمريكي بأنه:«المكان الذي يأوي إليه الشخص عادة ويختاره لمعيشته»[62] ص 172.

وإلى هذا الاتجاه الموسع اتجه قضاءنا الجزائري في إعطاء مدلول للسكن إذ جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1988/2/2 على أنه:«يتعين تحديد مفهوم المنزل الذي أشارت إليه المادة 295 ق. ع بمعناه الواسع وهو كل لواحقه التي ليست في متناول العامة كالسطح والفناء والحديقة إلى غير ذلك، وبما أن العارض اعترف بأنه دخل حديقة الضحية بغير إذنها فيعتبر تصرفه خلسة وتنطبق عليه بحق المادة 295 سالفة الذكر».

وقد حظى الحق في حرمة المسكن بحماية خاصة سواء في الدستور أو التشريع إذ نص الدستور الجزائري الحالي في المادة 40 منه على أنه:« تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة المسكن فلا تفتيش إلا بمقتضى القانون وفي إطار احترامه ولا تفتيش إلا بأمر مكتوب صادر عن السلطة القضائية المختصة».

كما وفر المشرع الجزائي الجزائري حماية خاصة لحرمة المسكن وذلك عن طريق تجريم ومعاقبة انتهاك الدخول خلسة وبغير إذن لمسكن الغير، بل جعل من دخول أحد رجال السلطة العامة بغير إذن مسكن أي مواطن ظرفا مشددا وذلك في صريح المادة 135 من قانون العقوبات التي تنص على أنه:«كل موظف في السلك الإداري أو القضائي وكل ضابط شرطة وكل قائد أو أحد رجال القوة العمومية دخل بصفته المذكورة منزل أحد المواطنين بغير رضاه، وفي غير الحالات المقررة في القانون وبغير الإجراءات المنصوص عليها فيه، يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 20.000 إلى 1000.000 دج دون الإخلال بتطبيق المادة 107».

كما جاءت قرارات المحكمة العليا بما يعزز هذا التوجه الدستوري والتشريعي في التطبيق العملي لحماية حرمة المسكن إذ جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1969/3/4 على أنه:«تقوم الجنحة إذا دخل الموظف بصفته المذكورة منزل أحد المواطنين بغير رضاه وفي غير الحالات

المقررة في القانون»[145] ص 56. وكذا في القرار الصادر بتاريخ 1981/6/30 والذي جاء فيه: «إن تنفيذ موظف لأوامر غير قانونية صادرة عن مسؤوليه لا تدخل ضمن ما يجيزه القانون»[148] ص 99.

حرمة المراسلات

تجسد المراسلات سواءا بمفهومها التقليدي المتعلق بالرسالة الورقية أو بمفهومها الحالي المتمثلة في النص الضوئي المرسل عبر وسائل الاتصال الحديثة كالإنترنت أفكار صاحبها التي يريد أن ينقلها إلى من يخاطبه دون أن يكون للغير الحق في الإطلاع على مضمونها لتمتعها بالسرية الأمر الذي يمنحها حرمة وتمثل التطبيق العملي للحق في الحياة الخاصة.

وقد عرف المشرع الجزائري المراسلات في المادة 9 من القانون المتضمن القواعد المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية رقم 03/2000 بأنها: «إتصال مجسد بشكل كتابي عبر مختلف الوسائل المادية التي يتم توصيلها إلى العنوان المشار إليه من طرف المرسل نفسه أو بطلب منه، ولا تعتبر الكتب والمجلات والجرائد واليوميات كمادة للمراسلات».

غير أن الدستور الجزائري وفي أحكام المادة 39 منه نص على أنه: «سرية المراسلات والاتصالات الخاصة بكل أشكالها مصونة»، وباستعماله عبارة "الاتصالات الخاصة بكل أشكالها" قد جمع كل أنواع المراسلات بمختلف أنواع الاتصال مما يعطي مفهوم للرسالة شاملا التعريف التقليدي لها المتمثل في الخطاب الورقي والحديث منه المتمثل في الاتصال الضوئي عبر شبكات المعلوماتية الرقمية.

وتعد المراسلات مجالا هاما لإيداع أسرار الأفراد سواء تعلق بالمرسل أم المرسل إليه أم بالغير فهي بمثابة محادثات شخصية تجسدت في صورة مراسلة ولا عبرة بشكل هذه الأخيرة فيستوي أن يكون رسالة موضوعة داخل ظرف مغلق أو مكشوف كالبرقية أو التلكس أو الفاكس أو نص عبر الإمايل وشبكة الإنترنت إلى غير ذلك من الأشكال التي تستحدثها التكنولوجية الحديثة طالما أن الواضح من قصد المرسل أنه لم يقصد إطلاع الغير عليها.

ونظرا لما تمثله الرسائل الشخصية باعتبارها مستودع السر بالنسبة للمرسل من أهمية قصوى في الحياة الخاصة للأفراد لذا جرم المشرع الجزائري فضها أو إتلافها من طرف الغير في أحكام المادة 303 من قانون العقوبات بقوله: « كل من يفضي أو يتلف رسائل أو مراسلات موجهة إلى الغير وذلك بسوء نية وفي غير الحالات المنصوص عليها في المادة 137 يعاقب بالحبس من شهر (1) إلى سنة (1) وبغرامة من 25,000 دج إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط».

ولتوفير حماية أكثر للحق في الحياة الخاصة فقد شدد المشرع الجزائري في العقوبة إذ قام باختلاس أو فض أو إتلاف الرسائل موظفا أو عونا من أعوان الدولة أو مستخدم بأية صفة كانت لدى مصلحة البريد وذلك في أحكام المادة 137 من قانون العقوبات التي تنص على أنه: «كل عون أو موظف

من أعوان الدولة أو مستخدم أو مندوب عن مصلحة للبريد يقوم بفض أو اختلاس أو إتلاف رسائل مسلمة إلى البريد أو يسهل فضها أو اختلاسها أو إتلافها يعاقب بالحبس من ثلاثة (3) أشهر إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 30,000دج إلى 500,000 دج. ويعاقب بالعقوبة نفسها كل مستخدم أو مندوب في مصلحة البرق يختلس أو يتلف برقية أو يذيع محتواها.

ويعاقب الجاني فضلا عن ذلك بالحرمان من كافة الوظائف أو الخدمات العمومية من خمس إلى عشر سنوات».

حرمة المحادثات الشخصية

يتصل حرية الكلام والتعبير بفكر وشعور الإنسان وما يلج في صدره اتصالا وثيقا بخصوصية الإنسان، ذلك أن الحديث يمثل الوسيلة التي يعبر بواسطتها عن مكنونات نفسه وهذا التعبير لا يبقى حبيس شعوره وينحصر بداخله بل يمتد إلى البوح به لطرف آخر في صور حديث في مكان خاص أو عبر الهاتف الثابت أو المحمول، مما لا يجوز معه التنصت على هذه المحادثات أو إفشاؤها للغير[62] ص 182 ذلك أن تدخل طرفا ثالثا خلسة عن طريق الالتقاط أو التسجيل أو نقل لحديث خاص هو مساس بسرية هذا الحديث وانتهاك للحق في الخصوصية.

ويقصد بعبارة الحديث أو المحادثات محل الحماية كل صوت له دلالة أو معنى عند سماعه حتى ولو كان رمزا طالما أن لهذا الرمز معنى مفهوم، كما أنه يتسع مفهوم المحادثة متى جرى بالإشارة وكانت وسيلة الانتهاك هي نقله بواسطة الدائرة التليفزيونية[96] ص 173 والكاميرات المخفية في مكان الحديث أو نقل ذلك عن طريق التنصت.

وقد توسع بعض الفقه الجنائي إلى بسط الحماية الجنائية إلى حديث النفس المسموع وهو الحديث الفردي الذي ينطق به الشخص اعتمادا على المكان الخاص الموجود فيه الذي يوفر له المأمن من أن يسمعه الآخرين، كما في حالة قيام الشخص بتسجيل مذكراته بصوته في آلة تسجيل[65] ص 309.

وتقتضي حماية خصوصية الفرد وهو بصدد اتصالاته الهاتفية أو محادثاته الخاصة تجريم التنصت أو الاستماع أو التسجيل والنشر للأحاديث الشخصية والمكالمات الهاتفية التي تتم من طرف الغير أو بدون إذن في القانون باعتبارها عملا يهدد الحرية الشخصية للفرد، وانتهاكا خطير للحق في الخصوصية، لذا نص المشرع الجزائري في أحكام المادة 303 مكرر من قانون العقوبات على أنه:«يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من 50,000 دج إلى 300.000 دج كل من تعمد المساس بحرمة الحياة الخاصة للأشخاص بأية تقنية كانت وذلك:

- بالتقاط أو تسجيل أو نقل مكالمات أو أحاديث خاصة أو سرية بغير إذن صاحبها أو رضاه...».

حرمة صورة الإنسان

تعد الصورة انعكاسا لشخصية الإنسان ليس في مظهرها المادي فحسب، بل في مظهرها المعنوي أيضا باعتبارها تعكس مشاعر الإنسان وأحاسيسه ورغباته، فهي المرآة المعبرة في كثير من الأحيان عما يخفيه الإنسان بداخله[62] ص 176، لذا اعتبرت الصورة إحدى مظاهر الحياة الخاصة التي للشخص الحق عليها في حمايتها.

ويجمع الفقه على أن الصورة موضوع الحماية المقصودة هي "امتداد ضوئي لجسم الإنسان امتدادا يدل عليه وهي على خلاف الحديث الشخصي التي لا تعبر عن فكرة ولا دلالة لها غير إشارتها إلى شخصية صاحبها ولا فرق إن كانت الصورة على حقيقتها كما التقطت أو أن الفاعل قد أدخل عليها بعض التغيرات كأن تأخذ الصورة شكلا كاريكاتيريا[91] ص 775.

وبناءا على ما للصورة من أثر على شخصية الإنسان خاصة عند التقاطها له بغير علمه سواء في مكان عام أو خاص وإساءة استعمالها أضرارا به، الأمر الذي أدى بالقضاء الفرنسي إلى وضع مبدأ عام يقتضي عدم جواز نشر الصورة بدون موافقة الشخص صاحب الصورة، ذلك أنه في حكم له صادر عن محكمة باريس في 1967/2/27 وضعت مبادئ عامة إذ أن الممثلة الشهيرة بريجيت باردو Brigide Bardot قدمت شكوى في أنها صورت داخل منزلها وهي في ملابس خفيفة وقد وجدت المحكمة أن الصورة أخذت بواسطة عدسات تيلفزيونية مقربة دون علمها فقررت المحكمة مبدأ "أن حق الشخص على صورته ليس فيه استثناء في حالة النجوم والشخصيات المشهورة، إلا إذا كانت هناك موافقة على النشر، كما أنه إذا كان نشر الصورة مسموحا به بخصوص حياتهم العامة فإن هذا الافتراض غير مقبول إذا كان النشر عن حياتهم الخاصة"[72] ص 105.

وقد تدخل المشرع الجزائي في العديد من التشريعات المقارنة لحماية الحق في الصورة باعتبارها تمثل مظهرا من مظاهر خصوصية الإنسان، ففي فرنسا تدخل المشرع الجزائي بموجب قانون 17 جويلية 1970 وذلك لتجريم أخذ صور فوتوغرافية أو أفلام أو تسجيل خلسة دون معرفة الشخص الذي تم أخذ صورته أو فيلم له، إذ نصت المادة 368 على أنه:«يعاقب بالحبس من شهرين إلى 12 شهرا أو غرامة من ألف إلى خمسين ألف فرنكا أو بكلا العقوبتين كل من تعدى عمدا على الحرية الشخصية لآخر عن طريق تسجيل أو نقل بأي جهاز صورة شخص آخر أخذت في مكان خاص دون رضائه».

وقد عدل المشرع الفرنسي المادة 368 من القانون الصادر في 1970/7/17 واستبدالها بالمادة 1/226 من قانون العقوبات الجديد لسنة 1992 إذ استثنى شرط المكان الخاص بالنسبة لنقل وتسجيل الحديث إنما أبقى شرط المكان الخاص بالنسبة لالتقاط الصورة وذلك بنص:«يعاقب... بالتقاط أو تسجيل أو نقل صورة شخص يوجد في مكان دون رضاه»[73] ص 204.

ويوسع القضاء الفرنسي في تشديد الحماية الجنائية للحق في الحياة الخاصة من خلال معاقبة التقاط أو نشر صورة إنسان وهو ميتا أو على فراش الموت دون الإذن من ورثته إذ أن محكمة النقض الفرنسية أيدت حكما صادرا عن محكمة استئناف باريس سنة 1977 في واقعة تتعلق بجريدة " Paris Match" كانت قد نشرت صورتين تمثلان الرئيس الفرنسي السابق "فرونسوا ميتران" وهو يرقد على سرير الموت، وقد التقطت الصورتين سرا دون علم الأسرة التي تقدمت بشكوى ضد مدير النشر عن جريمة اعتداء على الحياة الخاصة وقد قضت المحكمة على أنه:«يستنتج من القضاء الثابت والمتواتر أن الاعتداء على الحياة الخاصة يتمثل في التقاط صورة لأي شخص حي أو متوفي»[52] ص 226.

كما جرم المشرع المصري الاعتداء على الحياة الخاصة بالتقاط الصور للأشخاص، إذ نصت المادة 309 مكرر من قانون العقوبات على أنه:«يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة كل من اعتدى على حرمة الحياة الخاصة للمواطن وذلك بأن ارتكب أحد الأفعال الآتية في غير الأحوال المسموح بها قانونا أو بغير رضا المجني عليه أ....ب التقط أو نقل بجهاز من الأجهزة أيا كان نوعه صورة شخص في مكان خاص أو عن طريق التيلفون فإذا صدرت الأفعال المشار إليها في الفقرتين السابقتين أثناء اجتماع على مسمع ومرأى من الحاضرين في ذلك الاجتماع فإن رضا هؤلاء يكون مفترضا.

ويعاقب بالحبس الموظف العام الذي ارتكب أحد الأفعال المسنة بهذه المادة اعتمادا على سلطة وضيفته ويحكم في جميع الأحوال بمصادرة الأجهزة وغيرها مما يكون قد استخدم في الجريمة أو تحصل عنها، كما يحكم بمحو التسجيلات المتحصلة عنها أو إعدامها».

وقد سلك المشرع الجزائري نفس مسلك المشرعين الفرنسي والمصري وذلك بموجب القانون رقم 06 - 23 المؤرخ في 2006/12/20 الذي أضاف المادة 303 مكرر في قانون العقوبات وذلك بقوله: «يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاثة (3) سنوات وبغرامة من 50,000 دج إلى 300,000 دج كل من تعمد المساس بحرمة الحياة الخاصة للأشخاص بأية تقنية كانت وذلك- 1.... 2- بالتقاط أو تسجيل أو نقل صورة لشخص في مكان خاص بغير إذن صاحبها أو رضاه... ».

ومما تقدم تبين لنا بوضوح أن الصلة وثيقة جدا بين الحق في الصورة والحق في الخصوصية، ويعد المساس بالصورة أخطر أنواع الاعتداء على الحياة الخاصة لما تمثل الصورة من تعبير وعلى الحالة التي لا يريد الشخص إعلام الغير بها أكثر من الحديث.

حرمة الأسرار المهنية

يتصل السر اتصالا وثيقا بخصوصية الإنسان، ذلك أنه لكل شخص الاحتفاظ بأسراره في مكنونات ضميره وله إن شاء أن يدلي بها أو بعضها إلى آخر يثق به ويتعين على هذا الأخير كتمانه. وإذا كان كتمان السر مهنيا يعد التزاما قانونيا لما يقع على المؤتمن على السر من عقوبات جزائية عند

إفشائه فإن كتمان السر غير المهني واجب فرضته الأخلاق ومبادئ الشرف مما يجعله غير محمي بالنصوص الجزائية.

ونص المشرع الجزائري على حماية الأسرار المهنية في أحكام المادتين 301 و302 من قانون العقوبات إذ نص في المادة 301 على أنه:«يعاقب بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر وبغرامة من 20,000 دج إلى 100,000 دج الأطباء والجراحون والصيادلة والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاءها ويصرح لهم بذلك.

ومع ذلك فلا يعاقب الأشخاص المبينون أعلاه، رغم عدم التزامهم بالإبلاغ عن حالات الإجهاض التي تصل إلى علمهم بمناسبة ممارسة مهنتهم، بالعقوبات المنصوص عليها في الفقرة السابقة إذا هم أبلغوا بها، فإذا دعوا للمثول أمام القضاء في قضية إجهاض يجب عليهم الإدلاء بشهادتهم دون التقيد بالسر المهني».

كما نص في المادة 302 على أنه:«كل من يعمل بأية صفة كانت في مؤسسة وأدلى أو شرع في الإدلاء إلى أجانب أو إلى جزائريين يقيمون في بلاد أجنبية بأسرار المؤسسة التي يعمل فيها دون أن يكون مخولا له ذلك يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 20,000 دج إلى 100,000 دج .

وإذا أدلى بهذه الأسرار إلى جزائريين يقيمون في الجزائر تكون العقوبة الحبس ثلاثة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 20,000 دج إلى 100,000 دج .

ويجب الحكم بالحد الأقصى المنصوص عليه في الفقرتين السابقتين إذا تعلقت الأسرار بصناعة أسلحة أو ذخائر حربية مملوكة للدولة.

وفي جميع الحالات يجوز الحكم علاوة على ذلك على الجاني بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 من هذا القانون لمدة سنة على الأقل وخمس سنوات على الأكثر».

ومن خلال ملاحظة المادتين 301 و 302 من قانون العقوبات السالف الإشارة إليهما يتجلى بوضوح أن جريمة إفشاء السر تشكل صورة من صور الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة وهذا لانتهاكها حق الإنسان أو الجماعة بالاحتفاظ بوقائع أو أشياء تظل في طي النسيان أو قصر العلم بها على نطاق ضيق أو على أشخاص محددين بحكم وظائفهم أو بإرادة واختيار صاحب السر[96] ص 154.

2.3.1.1.3.1. الحماية التشريعية للحق في الحياة الخاصة

نظرا لما تتمتع به مظاهر وصور الحق في الحياة الخاصة السالفة الذكر من حرمة باعتبارها تمثل مستودع سر الإنسان وألفته وخلوته وإرادته في العيش بعيدا عن أنظار الناس، فقد حظت باهتمام

وحماية قانونية خاصة سواءا على المستوى الدولي أو الإقليمي وفي مختلف الإعلانات والاتفاقيات وكذا على مستوى الحلقات الدراسية التي انعقدت لأجل دراسة مختلف الأخطار التي تواجه الحق في الحياة الخاصة وحث الدول لتبني توصيات هذه المؤتمرات في قوانينها الداخلية سواء على مستوى الدستور أو القانون الأمر الذي يؤدي بنا في هذه الدراسة تبيان الحماية المقررة لهذا الحق على المستوى الدولي ثم على المستوى الداخلي وذلك على النحو التالي:

حماية الحق في الحياة الخاصة على مستوى الدولي

يمكن أن نميز في هدا الصدد بين اتفاقيتين دوليتين نصا على حماية الحق في الحياة الخاصة وحثتا دول المجتمع الدولي خاصة الموقعة والمصادقة عليهما لتكييف نصوصها القانونية بما يتماشى وأهداف هذين الاتفاقيتين وهما:

الإعلان العالمي لحقوق الإنسان

عندما صدر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1948/12/10 أصبحت مسألة حماية حقوق الإنسان وحرياته وحفظ كرامته بما يحقق عدم انتهاك حرمة حياته الخاصة تقع على عاتق المجتمع الدولي، إذ نص هذا الإعلان على حماية الحرية الشخصية للإنسان ضد انتهاك حرمة حياته الخاصة بمختلف صورها وذلك في أحكام المادة 12 التي تنص على أنه:« لا يجوز تعريض أحد لتدخل تعسفي في حياته أو في شؤون أسرته أو مسكنه أو مراسلاته، ولا بحملات تمس شرفه وسمعته ولكل شخص حق في أن يحميه القانون من مثل ذلك التدخل أو تلك الحملات».

كما وضع هذا الإعلان القيود الواردة على ممارسة الحق في الحياة الخاصة وفقا للقانون وذلك في أحكام المادة 29 فقرة 2 منه بقوله:«لا يخضع أي فرد في ممارسة حقوقه وحرياته، إلا للقيود التي يقررها القانون مستهدفا منها حصرا، ضمان الاعتراف الواجب بحقوق وحريات الآخرين واحترامها، والوفاء بالعدل من مقتضيات الفضيلة والنظام العام ورفاه الجميع في مجتمع ديمقراطي».

العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية

نظرا لأن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان جاءت نصوصه تفتقر للقوة القانونية الملزمة فقد وافقت الجمعية العام للأمم المتحدة في 16 ديسمبر 1966 على إصدار العهد الدولي للحقوق السياسية والمدنية، وتفرض هذه الاتفاقية التزامات قانونية محددة على الدول تتمثل في ضرورة احترام الحقوق الموجودة فيها وتتعهد الدول المصادقة عليها بحماية شعوبها ضد المعاملة القاسية وغير الإنسانية والمهينة وتقرر حق كل إنسان في الحياة الخاصة والحرية والأمن[135] ص 128.

ولأجل تحقيق القوة الإلزامية للعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية فقد جاء في المادة 2 منه على أن تتعهد كل دولة طرفا في هذا العهد باحترام الحقوق المعترف بها في هذه الوثيقة مع التزامها

بتكيف نصوصها التشريعية والدستورية وفقا لأحكام هذا العهد، كما نص في المادة 17 منه على حماية الحق في الحياة الخاصة وذلك بقوله:« لا يجوز تعريض أي شخص على نحو تعسفي أو غير قانوني للتدخل في خصوصياته أو شؤون أسرته أو بيته أو مراسلاته، ولا لأي حملات غير قانونية تمس شرفه أو سمعته، من حق كل شخص أن يحميه القانون من مثل هذا التدخل أو المساس».

حماية الحق في الحياة الخاصة على مستوى القانون الداخلي

نظرا للحماية والقدسية التي أعطتها الاتفاقيات الدولية للحق في الحياة الخاصة والحث على ضرورة تضمين وتكييف النصوص الداخلية للدول بما يتماشى ومبادئ هذه الاتفاقيات، فإن جميع الدول خاصة الموقعة على الاتفاقيات لم تتأخر في النص على حماية الحق في الحياة الخاصة في لدن الدستور مما وفر لها حماية قانونية قصوى باعتباره أعلى وثيقة تأتي على قمة التسلسل الهرمي في النظام القانوني الداخلي، كما جعلت الاعتداء على هذه الحقوق أو تقييدها يمثل جريمة يعاقب عليها القانون مما جعل الحماية الجزائية أقوى سبل لتحقيق أهداف هذه الحماية، لذا نتطرق إلى الحماية الدستورية للحق في الحياة الخاصة، ثم حمايتها الجزائية وذلك على النحو التالي:

الحماية الدستورية للحق في الحياة الخاصة

تتفق غالبية الدساتير العالمية على احترام الحق في الحياة الخاصة والحرص على تضمين إعلاناتها الدستورية مادة أو مواد تنص فيها على هذه الحماية بهدف وضع نظام اجتماعي تصان فيه كرامة الإنسان وتحمي حقوقه، فقد اهتم المشرع الدستوري الجزائري في جميع دساتيره بالحق في الحياة الخاصة ومنها دستورها الحالي إذ نص في المادة 32 على أنه:«الحريات الأساسية وحقوق المواطن مضمونه.

وتكون تراثا مشتركا بين جميع الجزائريين والجزائريات، واجبهم أن ينقلوه من جيل إلى جيل كي يحافظوا على سلامته وعدم انتهاك حرمة الإنسان ويحضر أي عنف بدني أو معنوي أو مساس بالكرامة»، كما نص في المادة 39 على أنه:«لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة وحرمة شرفه يحميهما القانون.

سرية المراسلات والاتصالات الخاصة بكل أشكالها مضمونة».

أما دستور جمهورية مصر العربية الحالي لسنة 2012 فقد اهتم بالنص على الحق في الحياة الخاصة، إذ تم تقرير حرمة المساكن وحظر دخولها أو تفتيشها إلا بأمر قضائي مسبب وفقا لأحكام القانون وهذا في أحكام المادة 39، كما أكد في أحكام المادة 38 على حرمة الحياة الخاصة والنص على حرمة المراسلات البريدية والبرقية والمحادثات التليفونية وغيرها من وسائل الاتصال وكفالة سريتها وحظر مصادرتها أو الإطلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائي مسبب ولمدة محددة وفقا للقانون، كما شدد على ضرورة احترام الحق في الحياة الخاصة والحريات الشخصية وذلك بعدم تطبيق بشأن الجرائم

المتعلقة بها قواعد التقادم وهذا في أحكام المادة 1/80 التي تنص على أنه:« كل اعتداء على أي من الحقوق والحريات المكفولة في الدستور جريمة لا تسقط عنها الدعوى الجنائية ولا المدنية بالتقادم، وتكفل الدولة تعويضا عادلا لمن وقع عليه الاعتداء»[141].

- كما نص دستور الجمهورية العربية السورية على بعض مظاهر وصور الحق في الحياة الخاصة وذلك في أحكام المادة 31 منه على أنه:«المساكن مصونة لا يجوز دخولها أو تفتيشها إلا في الأحوال المبينة في القانون». كما أكد على سرية المراسلات في أحكام المادة 32 منه على أنه:«سرية المراسلات البريدية والاتصالات السلكية مكفولة وفقا للأحكام المبينة في القانون».

أما في فرنسا تعاقبت دساتيرها منذ دستور 1791 على احترام مظاهر حق الخصوصية وحمايتها إذ نادت بعدم المساس بالحقوق الفردية وهذا ما يؤدي إلى احترام المجلس الدستوري الفرنسي لحياة الأفراد الخاصة، وقد كان له دور خلاق في إلغاء بعض النصوص القانونية المخالفة والماسة بحقوق الأفراد الأساسية المنصوص عنها في المبادئ الدستورية كالحق في الحياة الخاصة وهذا ما يؤكد صدور قرار في 1977/1/12 يقضي بعدم دستورية نص يخول ضباط الشرطة القضائية ومساعديهم اقتحام الحياة الخاصة باعتباره مخالفا للحق في الحرية الشخصية.

أما في المملكة المتحدة فليس هناك دستور مدون كما هو الشأن في فرنسا وإنما البرلمان هو صاحب الفصل في جميع الحقوق العامة والفردية، وبالتالي ففي بريطانيا لا يوجد إعلان حقوق بمعنى الكلمة بل أن هذه الحقوق غير مدونه في قواعد دستورية وإنما ترجع إلى العرف الذي استقر فاكتسب قوة القانون.

أما في الولايات المتحدة الأمريكية فإن حماية الحق في الحياة الخاصة ممتدة الجذور إلى العهد الأعظم "المجناكارتا" الصادرة على الملك جون "ببريطانيا " سنة 1215 م، كما تجد صداها في إعلان الحقوق لسنة 1629، فالحقوق الأساسية في الولايات المتحدة الأمريكية منصوص عنها بصفة عامة في الدستور الاتحادي، وبما أن الدستور يقيد سلطة الحكومة في تقييد حرية المواطن كان للمحكمة العليا دورا بارزا في إحداث تعديلات في الدستور الأمريكي مثل التعديل الرابع المتعلق بحرمة الشخص في مسكنه وأوراقه ومتعلقاته الشخصية من التفتيش.

الحماية الجنائية للحق في الحياة الخاصة

تماشيا لما قررته الدساتير والإعلانات الدستورية تدخل المشرع الجنائي لمختلف التشريعات المقارنة وذلك للنص على تجريم وعقاب كل اعتداء يطال أي حق في الحياة الخاصة وذلك ما يمكن إبرازه في القانون الفرنسي والمصري والجزائري.

فقد كانت حماية الحق في الحياة الخاصة في فرنسا تتم في بادئ الأمر ضمن أحكام المسؤولية المدنية من ضرورة إبراز الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، غير أنه أثناء الممارسة القضائية تبين

عدم تحقيق هذا التنظيم التشريعي الحماية الكافية للحق في الحياة الخاصة لعدم توافر الردع العام والخاص اللازم للجاني، الأمر الذي أدى بالمشرع الفرنسي أن تدخل بموجب القانون رقم 643 المؤرخ في 1970/7/17[135] ص 138 واستحدث نصوصا يجرم فيها الاعتداء على الحياة الخاصة من ذلك المادة 368 التي تعاقب على استراق السمع أو تصوير بشخص متى تم هذا في المكان الخاص كما نص في المادة 369 على تجريم الاحتفاظ أو إفشاء تسجيلات أو مستندات مما يكون قد تم الحصول عليها بأي فعل من الأفعال السابقة كما نص في المادة 370 على أنه:«يعد تعديا عليه بالتطبيق للمادة 368 كل من عمد إلى النشر بأي وسيلة منقولة عن صورة شخص آخر دون رضاه إذ لم يظهر تماما أو لم يثبت بوضوح أنها مجرد نقل عن شكله».

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد تدخل بموجب القانون رقم 37 لسنة 1972 وذلك لتعديل بعض النصوص المتعلقة بضمان حريات المواطنين إذ أضاف مادتان جديدتان إلى قانون العقوبات وهما المادة 309 مكرر و 309 مكرر "أ".

إذ أن المادة 309 مكرر تعاقب بالحبس لكل شخص قام في غير الأحوال المصرح بها قانونا باستراق السمع أو تسجيله لمحادثات جرت عن طريق التليفون أو في مكان خاص أو التقط أو نقل صور لشخص في مكان خاص.

كما عاقب في المادة 309 مكرر "أ" أي شخص يقوم بإذاعة أو استعمال تسجيلا أو مستند تم الحصول عليه بالطريقة المذكورة في المادة 309 مكرر.

كما حدد في المادة 95 الحالات التي يجوز فيها لقاضي التحقيق ضبط المراسلات أو الخطابات على أن يكون الأمر متعلق بجناية أو جنحة عقوبتها الحبس لثلاثة أشهر وذلك لمدة 30 يوم قابلة للتجديد.

كما نص المشرع الجزائري على الحماية الجنائية للحق في الحياة الخاصة في عدة مواد في قانون العقوبات منها المادتين 301 و302 اللتان تنصان على معاقبة الذي يقوم بإذاعة السر المهني، والمادة 303 التي تعاقب كل شخص يقوم بفض أو إتلاف رسائل موجهة الغير، كما نص في المادة 303 مكرر على تجريم وعقاب بالحبس والغرامة كل شخص تعمد المساس بحرمة الحياة الخاصة للأشخاص عن طريق تسجيل أو التقاط أو نقل صور لشخص في مكان خاص بغير إذن صاحبه كما عاقب في المادة 303 مكرر أ كل شخص احتفظ أو وضع أو سمح بأن توضع في متناول الجمهور أو الغير التسجيلات والصور التي تم التقاطها أو تسجيلها طبقا للمادة 303 مكرر المذكورة أعلاه.

وعندما تدخل المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 06 – 22 المؤرخ في 2006/12/20 المتعلق باعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور وأضاف المواد 65 مكرر 5 إلى 65 مكرر 10 فقد وضع شروطا محددة للضبطية القضائية وقاضي التحقيق للجوء إلى هذه الوسيلة في التقاط الأحاديث وتسجيلها أو تصوير الأشخاص المتهمين أو المشتبه فيهم.

2.1.3.1. احترام الحق في السلامة الجسدية

إن بداية الدليل هي مجموعة آثار تتخلف عن الجريمة، ويعد مسرحها المكان الخصب لوجود هذه الآثار والتي يقوم الخبير المختص أو ضابط الشرطة العلمية أو أحد أعوانه برفعها والتحفظ عليها، ليتم نقلها إلى المخبر العلمي لإجراء الفحوصات الفنية عليها مما تقتضي بالضرورة أخذ نظائر متشابهة لهذه الآثار حتى يتسنى له إجراء المقارنة والمضاهاة الفنية.

فإذا كان مصدر العينة المطلوبة كضابط لإجراء عليها المقارنة مع الأثر المتحصل عليه في مسرح الجريمة جمادا أو حيوانا أو نباتا فإنه لا يطرح أي إشكال قانوني في ذلك، وكذلك الحال بالنسبة لأخذ العينة من جثة المجني عليه فإن العرف التشريعي المقارن لا يرى مانعا في ذلك، غير أن المسألة تدق وتراوح بين القبول والرفض، إذا اقتضت ظروف التحري أو التحقيق القضائي لفحص الأثر المتحصل عليه أخذ عينة كعينات الدم أو الشعر أو الأظافر أو إفرازات الجسم كالبول والبراز والعرق والمني أو طبعات البصمات وذلك لفحصها وتحديد الصلة بينها وبين الأثر المتخلف من الجريمة مما يجعل جسم الإنسان عرضة للمساس بسلامته الأمر الذي ترتب عليه التزام يقع على المحقق الجنائي وهو احترام الحق في السلامة الجسدية.

لذا نحاول أن نحلل هذا الحق في ثلاثة فروع إذ نتطرق في الفرع الأول إلى ماهية الحق في سلامة الجسم، ثم نتطرق في الفرع الثاني إلى المبادئ القانونية الخاصة بحماية جسم الإنسان على أن نخصص الفرع الثالث إلى الحماية التشريعية للحق في السلامة الجسدية.

1.2.1.3.1. ماهية الحق في السلامة الجسدية

نظرا لأن أخذ العينات أو الإفرازات أو الأنسجة أو الطبعات تقع على جسم الإنسان سواء كان مشتبها فيه في مرحلة التحري وجمع الاستدلالات أو متهما في مرحلة التحقيق القضائي مما يمثل مساسا بالحق في السلامة الجسدية، لذا نحاول التطرق لتحديد ماهية هذا الحق من خلال إعطاء تعريف محدد له، وإبراز عناصره الأساسية وتحديد طبيعته القانونية وذلك على النحو التالي:

1.1.2.1.3.1. تعريف الحق في السلامة الجسدية

لأجل إعطاء تعريف لمعنى الحق في السلامة الجسدية يقتضي منا تحديد مدلول لفظ الجسم ثم تحديد تعريف الحق الذي ينصب على سلامة هذا الجسم.

تحديد مدلول الجسم

الجسم هو الكيان الذي يباشر وظائف الحياة، وهو محل الحق في سلامة الجسم والموضوع الذي ينصب عليه أفعال الاعتداء على هذا الحق، وتستوي جميع أجزاء الجسم في نظر القانون فلا فرق بين الاعتداء الذي ينال جزءا معينا من الجسم واعتداء آخر ينال جزءا آخر منه، وتطبيقا لذلك يستوى عدوانا ينال جزءا خارجيا كجرح يصيب الوجه أو الأطراف وعدوان ينال جزءا داخليا باطنا كتمزق يصيب الطحال أو الكبد أو اضطراب يمس سير الجهاز الهضمي أو التنفسي اللهم في تحديد التكييف القانوني لنوع الجريمة بين جنحة أو مخالفة الضرب والجرح وجناية ضرب أو جرح مؤدي إلى عاهة مستديمة[91] ص 428.

ولا يقف القانون عند النظر في مادة الجسم ذاتها، وإنما الحماية المقرر للجسم تشمل مقدرة الأعضاء على أداء وظائفها الطبيعية، ومن ثم كان كل مساس بهذه المقدرة اعتداء على سلامة الجسم.

وإذا كان مدلول الجسم يتمثل فيما صدرت عنه وظائف الحياة على تعدادها واختلاف أنواعها فإن مدلوله يشمل بهذا المعنى كذلك النفس، فالاعتداء الذي يعرقل الوظائف الذهنية والنفسية هو اعتداء يمس سلامة الجسم فإتيان فعل يصيب المجني عليه بالجنون أو يصيب إمكانياته الذهنية بالاختلال هو اعتداء على سلامة الجسم حتى وإن لم يترك آثارا في مادته كإطلاق النار في اتجاه شخص دون إصابته معتمدا تحقيق هدف إرهاب الضحية فقط.

تعريف الحق في سلامة الجسم

يقصد بالحق في سلامة الجسم المصلحة التي يسبغ عليها القانون حماية من أجل أن تسير الحياة في الجسم على نحو طبيعي وأن يحتفظ بتكامله الجسدي وأن يتحرر من آلامه البدنية[91] ص 421.

وبالتالي فإن الحق في سلامة الجسم ينصب على توفير الحماية القانونية للعناصر الثلاثة التي تشكل هذا الحق وهي السير الطبيعي لوظائف الجسم الطبيعية، والتكامل الجسدي والتحرر من الآلام، غير أن الفقه الجنائي الحديث اختلف بشأن الحماية المقرر لجسم الإنسان هل هي قاصرة على مادة الجسم في حد ذاتها أم أنها تشمل قدرة أعضاء الجسم على أداء وظائفها؟

في إجابته على هذه الإشكالية انقسم الفقه الجنائي بين اتجاهين:

الاتجاه الأول: يرى هذا الاتجاه أن الحماية القانونية للجسم لا تقتصر على حماية مادة الجسم في ذاتها بل تمتد إلى مقدرة أعضاء الجسم على أداء وظائفها الطبيعية، وبالتالي فإن المساس بهذه المقدرة يعد اعتداء على الحق في سلامة الجسم حتى وإن لم يترك آثارا مادية تنال لجزء بعينة من مادة الجسم، مبررين رأيهم بالقول أن مادة الجسم ليس لها في هذا الصدد أهمية في ذاتها وإنما الذي يمثل كل الأهمية هي الوظائف التي تؤديها.

الاتجاه الثاني: يرى هذا الاتجاه أن حماية جسم الإنسان تتحدد بمدى انتمائها إلى مادة الجسم، ذلك أن الجسم وحدة واحدة وليس مجموعة متفرقة من الأعضاء يقوم كل منها بدوره بمعزل عن غيره، مبررين عن رأيهم أن كل عضو في جسم الإنسان له حماية قانونية حتى وإن كان هذا العضو عاجزا تماما عن ممارسة دوره الإيجابي لهذا تقع جريمة الاعتداء على سلامة الجسم من ضرب أو جرح شخص في موضع من جسمه أصيب بشلل أو يفقأ عينا فقدت من قبل قدرتها على الإبصار ويرى الدكتور ماروك نصر الدين في رسالته للدكتوراه الموسومة الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، أن هذا الرأي الأخير هو الرأي الراجح معللا موقفه من أن لجسم الإنسان قدسية يتعين عدم المساس بها، حتى ولو كان هذا المساس بجزء لا وظيفة له فقدسية الجسم لا تسقط عنه حتى في هذه الحالة.

غير أننا نرى أن الاتجاه الثاني والرأي الذي ذهب إليه الدكتور ماروك نصر الدين المذكور أعلاه تعوزه الدقة ويختلف عن القواعد المقررة لحماية جسم الإنسان خاصة في جرائم الضرب والجرح المؤدي إلى عاهة مستديمة ذلك أننا نرى أن الرأي الأول هو الأقرب إلى الصواب باعتبار أن العضو الذي فقد وظيفته مثل العين التي تفقد الإبصار فإن فقئها لا يؤدي إلى اعتبار الواقعة جناية ضرب وجرح مؤدي إلى عاهة مستديمة.

وقد اتجهت محكمة النقض المصرية في عدة أحكام لها إلى مسايرة الاتجاه الفقهي الأول بمناسبة تحديد مدلول العاهة المستديمة بأن مناطها ليس ذات العضو وإنما بمدى قدرته على أداء وظيفته ففي قرار لها مؤرخ في 1925/01/03 قضت بأنه:« فقد جزء من صيوان الأذن كزوال ثلثه العلوي أو فقد حلمة الأذن مع جزء صغير من الحافة الخلفية للصيوان لا يعتبر عاهة مستديمة لأن العضو باق ويؤدي وظيفته». وفي قرار آخر مؤرخ في 1927/05/24 قضت أن:«كسر الأسنان أو فقدها لا يقلل من منفعة الفم بطريقة دائمة لإ مكان أن يستبدل بها أسنان صناعية تؤدي وظيفتها»، وفي قرار آخر مؤرخ في 1966/11/02 قضت أنه:«شحمة الأذن لا تؤدي في مجال السمع وظيفة وإنما هي مجرد خلية».

وإلى نفس هذا الاتجاه الفقهي الأول الذي أخذ به القضاء المصري سايره القضاء الجزائري وهذا ما نلاحظه في القرار الصادر عن المحكمة العليا غرفة الجنح والمخالفات بتاريخ 2001/12/25 تعود وقائع القضية في أنه:«تعرض شخص إلى ضرب وجرح عمدي ما أدى إلى إستئصال البنكرياس وبمناسبة عرض الملف على غرفة الاتهام رأت هذه الأخيرة أن البنكرياس يعد من الأجهزة وليس من الأعضاء وبالتالي أعادت تكييف الوقائع من جناية الضرب والجرح العمدي المؤدي إلى عاهة مستديمة إلى جنحة الضرب والجرح العمدي طبقا لأحكام المادة 266 من قانون العقوبات وبناءا على طعن بالنقض في قرار غرفة الاتهام قضت المحكمة العليا أن كل جزء من الجسم هو عضو منه وأن البنكرياس هو عضو في الجسم وأن فقدانه يؤدي إلى فقدان التوازن في التركيبة الجسمية فقضت بنقض القرار المطعون فيه»[156].

2.1.2.1.3.1. عناصر الحق في سلامة الجسم

من خلال التعريف المقترح للحق في سلامة الجسم، وما استقر عليه الفقه والقضاء من أن الحماية المقررة للجسم تكمن في قدرة أعضاء الجسم على أداء وظائفها بشكل طبيعي، ولذا فإن الحق في سلامة الجسم يتكون من عناصر أساسية يمثل مساس أي منها اعتداء على جسم الإنسان وهي السير الطبيعي لوظائف الحياة والتكامل الجسدي والتحرر من الآلام البدنية والاحتفاظ بالسكينة النفسية والراحة والتوازن النفسي، هذا ما نحاول تبيانه على النحو التالي:

السير الطبيعي لوظائف الحياة

الحق في سلامة الجسم محله جسم الإنسان والذي يتكون من أعضاء وأنسجة وخلايا تشكل في مجموعها جسم الإنسان الذي يقتضي أن يكون كل جزء منه يسير طبيعيا وفقا لوظائف الحياة، وإلى هذا المعنى اتجه المشرع الجزائري في تقرير حماية جسم الإنسان في القانون رقم 09-01 المؤرخ في 2009/02/25 المتعلق بالاتجار بالأعضاء المتمم لقانون العقوبات بالمواد من 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر29، إذ نص في أحكام المادة 303 مكرر 17 على معاقبة كل شخص ينتزع عضوا من شخص سواء كان حيا أو ميتا دون الحصول على موافقته وفقا للشروط القانونية، كما نص في المادة 303 مكرر 18 على معاقبة كل من قام بانتزاع أنسجة أو خلايا أو بجمع مواد من جسم شخص.

ويلاحظ من خلال المادتين 303 مكرر 17 و303 مكرر18 من قانون العقوبات أن المشرع الجزائري يقصد بجسم الإنسان مادة الجسم كلها سواء تمثلت في الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا.

ويقصد بالسير الطبيعي لوظائف الحياة المحافظة على المستوى الصحي العادي للإنسان ويتحقق ذلك إذا اجتمعت أعضاء الجسم وأجهزته على أداء الحد الأدنى من الوظائف الطبيعية اللازمة لتحقيق الحياة[96] ص 88.

ويقتضي هذا العنصر الأول للحق في سلامة الجسم المصلحة التي يعترف بها القانون لكل شخص في أن يحتفظ بالنصيب الذي يتوافر لديه من الصحة، أي مصلحته في أن لا يهبط مستواه الصحي فكل فعل ينقص من هذا النصيب هو مساس بالحق في سلامة الجسم سواء تحقق ذلك عن طريق إحداث مرض لم يكن موجودا لدى المجني عليه أو الزيادة في مقدار مرض كان المجني عليه يعان منه بغض النظر عن الوسائل المادية التي استعملها الجاني للمساس بجسم الضحية وتكامله فمن يوجه أشعة معينة لجسم الإنسان تحدث له اختلالات في وظائف بعض أجهزة الجسم الداخلية سواء تمثلت في الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا حسبما هو مستقر لدى المشرع الجزائري في القانون رقم 09-01 المؤرخ في 2009/02/25 المتعلق بالاتجار في الأعضاء يعد معتديا على الحق في سلامة الجسم حتى وإن لم يترك آثارا وعلامات ظاهرة، ومن يجعل شخص يستنشق غازا يحمل جراثيم مرض فيصبه به،

أو يحمل مواد كيماوية تؤثر على أجهزة جسمه آجلا أو عاجلا يعتبر معتديا على الحق في سلامة الجسم[91] ص 429.

التكامل الجسدي

يقصد بالتكامل الجسدي مصلحة الجسم في أن يحتفظ بمادته في كل جزئياتها حسبما استقر لدى المشرع الجزائري في القانون رقم 09-01 السابق الإشارة إليه، يترتب على ذلك أن كل فعل ينقص من مادة الجسم يعد اعتداء على سلامته سواء تمثل في استئصال عضو أو بانتزاع أنسجة أو خلايا داخلية أو خارجية كبيرة الأهمية بالنسبة لوظائف الحياة في الجسم أو قليله.

ويتحقق المساس بالتكامل الجسدي مما يمثل اعتداء على الحق في سلامة الجسم[52] ص 231 لمجرد العبث بمادة الجسم كإحداث فتحة في جلد الإنسان، أو وخز جزء من الجسم بإبرة، حتى وإن كان ذلك لا يترك أثر بالجسم أو ترك أثر لفترة وجيزة من الوقت ولا يشترط أن ينطوي على هبوط في المستوى الصحي أو إن يتسبب عنه الآم للمجنى عليه.

التحرر من الآلام البدنية

يقصد بعنصر التحرر من الآلام البدنية هو بقاء الإنسان متمتعا بحالة الارتياح والسكينة البدنية التي تتولد عنده دائما نتيجة لعدم شعوره بالأم بدنية، فإذا اعتراه هذا الشعور كان في ذلك مساسا بسلامة جسمه سواء اتخذ صورة تسبب ألم جديد لم يكن يعاني منه المجني عليه أو زيادة آلام كان يعاني منها من قبل[96] ص 89.

وقد ثار خلاف في الفقه حول مدى اعتبار الأفعال البسيطة والتي تحدث ألام بدنية لدى الشخص كأعمال الحجامة والكي والوشم وخرق أذن الإناث لوضع حلي الزينة كالأقراط مثلا من الأفعال الماسة بسلامة الجسم وبالتالي تنال الحماية الجزائية التي يوفر لها المشرع أم أنها تخرج من هذه الطائفة.

ذهب رأي في الفقه الجنائي يتزعمه الدكتور نجيب حسني إلى القول بأن تحمل الشخص بتلك الآلام وعدم متابعته الفاعل بها يستند إلى إباحة هذا الفعل[91] ص 431.

وذهب رأي آخر يتزعمه الدكتور علي بدوي بأن عدم متابعة الفاعل عن تلك الأفعال والتي تتخلف منها الآلام البسيطة للجسم مرده تفاهة تلك الآلام واعتبارها قليلة الأهمية.

وبخلاف التشريعات العربية فقد حسم المشرع السوداني هذا الخلاف بنص صريح اعتبر فيه أن الأفعال التي تخلف آلاما بدنيه بسيطة لا يشكو منها الشخص العادي والتفكير والطباع تخرج من عدد الأفعال الماسة بالسكينة البدنية ومن ثم تنال من الحق في سلامة الجسم، وأسس المشرع السوداني في تقرير ذلك إلى أن القانون لا يحسب حسابا للترافه مما يستوجب على أفراد المجتمع أن يتحملوا بعض الآلام الناشئة عن بعض المضايقات والاعتداءات التي لا يتصور وجود جماعة بدونها ومن أمثلتها مضايقة شخص لآخر بالضغط على جسمه أثناء الركوب أو الدخول في عربة نقل.

كما أن السائد عملا في اتجاه القضاء الجزائري أنه يأخذ بنفس وجه نظر المشرع السوداني ولو بدون نص لأنها من الأمور المألوفة وفقا للمجرى العادي للأمور في المجتمع.

الاحتفاظ بالسكينة النفسية

إذا كانت السكينة البدنية تمثل في استمتاع الشخص بصحته الجسمانية بغير تكبد للآلام البدنية، فإنه كذلك تمتد لتشمل نفس الإنسان وتمثل السكينة النفسية في تحرر الجسم من الآلام النفسية والعصبية التي تؤثر على الحالة النفسية للمجني عليه عموما.

وإذا كان الحق في سلامة الجسم محله جسم الإنسان فإن دلالة لفظ الجسم تنصرف لتشمل جميع جزئيات الجسم وأجهزته وأعضائه سواء تلك التي تؤدي وظائف عضوية كالجهاز الهضمي أو التنفسي أو تلك التي تؤدي وظائف نفسية المتعلقة بالشعور والإحساس، لذا فإن الفقه الجنائي المعاصر استقر على اعتبار جسم الإنسان وحدة واحدة وبالتالي فإن الاعتداء على أحد أعضائه أو أنسجته أو خلاياه، مثل الاعتداء على الحالة النفسية للمجني عليه ويخضع لأحكام جرائم الضرب والجرح.

وقد توسع القضاء الفرنسي في نظرية العنف النفسي كأساس لتجريم أفعال المساس بالحق في سلامة الجسم، ذلك أن قيام الجاني باستعمال آلة التلفون بقصد إزعاج أو إحداث انفعال لدى شخص ما أو قيام ساكن العلو بالطرق على الأرضية لإزعاج الساكن الأسفل في ملكية الطبقات أو تفجير مفرقعات على باب مسكن المجني عليه، مما أزعجه بشدة وزاد من حدة مرض القلب الذي يعانيه، كل هذه الأمثلة اعتبرها القضاء الفرنسي من قبيل أفعال مجرمة يعاقب عليها القانون لاعتدائها على الحق في سلامة جسم الضحية في جانبه النفسي.

وإلى نفس الاتجاه الذي اتجهه القضاء الفرنسي جرم المشرع الجزائري عدة أفعال تمثل اعتداء على السلامة النفسية للمجني عليه كالتهديد في أحكام المواد من 284 إلى 287 من قانون العقوبات، وكذلك ما نص عنه في أحكام الفقرة الثانية من المادة 442 مكرر من قانون العقوبات والتي تنص على أنه:«يعاقب بنفس العقوبة من يقلق راحة السكان بالضجيج أو الضوضاء أو التجمهر للاستعمال أدوات رنانة أو زاحم بالألعاب الجماعية أو بأية وسيلة أخرى في الأماكن العمومية أو في الأماكن المعدة لمرور الجمهور».

3.1.2.1.3.1. الطبيعة القانونية للحق في السلامة الجسدية

اختلف الفقه الجنائي المعاصر في تحديد الطبيعة القانونية للحق في سلامة الجسم فمنهم من اعتبرها مصلحة يحميها القانون وهناك من اعتبرها سلطة لصاحب الحق، وهناك من اعتبرها رابطة قانونية وهناك من اعتبرها تمثل صور من الحرمة الشخصية للأفراد، هذا ما نحاول تبيانه وذلك على النحو التالي[51] ص 64، 69:

الحق في سلامة الجسم مصلحة يحميها القانون

ذهب رأي في الفقه إلى أن الحق في السلامة الجسدية تمثل مصلحة يعترف بها القانون، وعلى ذلك استقرت فكرة المصلحة كقيمة يعتمد بها كوسيلة لإشباع الحاجات الإنسانية، لذا فإن المحافظة على الصحة وسلامة جسم الإنسان تشكل قيمة لا بد للقانون من احترامها والنص عليها كحق يحمي المنفعة بهذا الجسم.

غير أن هذه المنفعة في إطار المحافظة على سلامة الجسم هي مصلحة عامة إذ جوهرها الصفة الاجتماعية على اعتبار أن حماية جسم الإنسان باعتباره عضو في البنيان الاجتماعي للمجتمع[7] ص 300.

الحق في سلامة جسم الإنسان سلطة لصاحبه

ذهب رأي آخر في الفقه إلى أن الحق في سلامة الجسم هي سلطة يقررها القانون للشخص تتحقق له ميزة الاستئثار والتسلط على الشيء وبالتالي فإن سلطة الإنسان على جسده تعطي له حق التصرف في جسده على وجه الإنفراد.

والسلطة التي يقصدها على هذا الرأي هي المكننة والقدرة التي تمكن الشخص ممارسة حقه، وهذه السلطة ذات طابع قانوني لأن المشرع يصبغ عليها هذه الصفة من خلال الحماية القانونية المقررة لها بما يعطي لها صفة المشروعية.

الحق في سلامة الجسم رابطة قانونية

يرى جانب آخر عن الفقه أن الحق في سلامة الجسم عبارة عن رابطة قانونية بين الشخص وكيانه الجسدي يحميها القانون ويعترف بوجود النظام القانوني ومن هنا تصبغ على الرابطة صفة المشروعية.

والجسد عبارة عن مجموعة من أعضاء تمارس وظائفها الحيوية المادية أو النفسية في إطار القواعد الطبيعية بما يحقق علاقة قائمة بين الشخص وممارسة وظائفه الاجتماعية بما يستوجب توفير الحماية القانونية لهذه الرابطة.

الحق في سلامة الجسم يعتبر صورة من صور الحرية الشخصية

ذهب رأي في الفقه إلى أن الحق في سلامة الجسم تجد أساسها في الحريات العامة الأساسية التي يتمتع بها الإنسان ذلك أن لكل إنسان الحق في سلامة بدنه والمحافظة على حياته وممارسة حريته الشخصية ضد جميع الانتهاكات مما يستوجب احترام آدميته وكرامته، وحظر تعذيبه وتحريم استخدام كافة وسائل الإكراه لانتزاع أقواله واعترافاته.

وقد تجسد وصف حماية السلامة الجسدية بالحرية الشخصية حسبما ساقته المادة 4 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي الصادر في أعقاب الثورة الفرنسية بتاريخ 1789/8/26 في تحديدها لمفهوم الحرية أنها:« قدرة الإنسان على إتيان فعل لا يضر بالآخرين» كما أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 1948/12/10 نص في المادة 3 منه عن «الحرية والسلامة الجسدية عندما قرر أن لكل فرد حق في الحياة والحرية وفي الأمان على الشخص»[52] ص 233.

2.2.1.3.1. المبادئ القانونية الخاصة بحماية جسم الإنسان

إن استخدام الوسائل العلمية والتكنولوجية الحيوية في التحقيق القضائي لأجل الوصول إلى الحقيقة القضائية يعد في أغلبه من الأعمال الطبية والعلمية التي تقع على جسم الإنسان مما قد تشكل مساسا بحرمته الجسدية والنفسية وبالتالي فإن رسم الحدود القانونية لهذه التقنيات الحديثة يستوجب الرجوع إلى المبادئ القانونية المستقرة لحماية حرمة جسم الإنسان.

وقد استقر في الفكر القانوني منذ زمن بعيد وقبل ظهور الوسائل العلمية الحديثة مجموعة من المبادئ القانونية تتعلق بحماية جسم الإنسان والمتمثلة في مبدأ خروج جسم الإنسان من دائرة التعامل، ومبدأ عدم جواز المساس بجسم الإنسان[125] ص 783، 829، وهذا ما نحاول التطرق إليه وذلك على النحو التالي:

1.2.2.1.3.1. مبدأ خروج جسم الإنسان من دائرة التعامل

من المبادئ المستقرة في الفقه والمترتبة على مبدأ معصومية الجسد "مبدأ خروج جسم الإنسان من دائرة التعامل"، وبالتالي يحظر على الإنسان أن يتصرف في جسده وبدنه، كما يحظر على الغير ذلك.

والتصرف المحظور هنا هو ذلك التصرف الذي من شأنه أن يجعل من جسد الإنسان في مجموعه من قبل الأشياء التي يمكن التعامل بها أو تقييمها بالمال مما لا يمكن أن تكون محلا ممكنا ومشروعا للحقوق والمعاملات[81] ص 437.

ولحماية معصومية جسم الإنسان وجعله خارجا عن أي دائرة للتعامل المالي فقد نصت المادة 16 مكرر 1 من القانون المدني الفرنسي على أنه:«لا يجوز أن يكون جسم الإنسان وعناصره، ومنتجاته محلا لحق مالي»، وتطبقا لذلك جاء قانون 1994/07/29 في فرنسا وذلك لتكريس هذا المبدأ بالنص على «عدم جواز تقديم أي مبالغ للشخص الذي يتهيأ لإقتطاع عناصر من جسمه للحصول على أحد منتجاته».

أما في القوانين العربية فإن إخراج جسم الإنسان من دائرة التعامل والحقوق المالية فإن أغلبها يرجعه إلى القواعد العامة المستقرة في القانون المدني، بينما بعض التشريعات مثل المشرع الكويتي الذي نص في المادة 7 من المرسوم رقم 55 لسنة 1987 المتعلق بزراعة الأعضاء البشرية إذ قررت أنه:«لا يجوز بيع أعضاء الجسم أو شراؤها بأي وسيلة أو تقاضي أي مقابل مادي عنها»، أما المشرع المصري فقد نص على عدم مشروعية التعامل المالي في جسم الإنسان طبقا للقاعدة العامة الواردة في أحكام المادة 81 من القانون المدني التي تنص على أنه:«كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية».

أما المشرع الجزائري فيرجع هذا الحظر للتعامل المالي في جسم الإنسان طبقا لقواعد مشروعية المحل إذ يقع باطلا بطلانا مطلقا كل اتفاق يقع على محل أو سبب غير مشروع وهذا حسبما هو وارد في أحكام المادة 93 من القانون المدني التي تنص على أنه:«إذا كان محل العقد مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا». وكذا ما ورد في أحكام المادة 97 من أنه: «إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام والآداب كان العقد باطلا». وطالما أن المشرع الجزائري نص في المادة 303 مكرر 16 من القانون رقم 09-01 المؤرخ في 2009/02/25 المتعلق بالإتجار بالأعضاء المتمم لقانون العقوبات على أنه: «يعاقب بالحبس من ثلاثة (3) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 300.000 دج إلى 1.000.000 دج كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها. وتطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو من جسم شخص».

2.2.2.1.3.1. مبدأ عدم جواز المساس بجسم الإنسان

من المبادئ المستقر في الفقه والقضاء المقارن ومنذ زمن بعيد والمترتبة على مبدأ معصومية جسم الإنسان هو حظر أي عمل أو فعل من شأنه أن يشكل مساسا بجسم الإنسان ويقع هذا الحظر على أي شخص يقوم بالاعتداء على جسم شخص آخر كما يشمل هذا الحظر الشخص ذاته إذ يمتنع عليه المساس بجسمه أو بأي عضو من أعضائه ذلك أن جسم الإنسان مصون من أي اعتداء يقع عليه[81] ص 442.

وقد نص المشرع الفرنسي في أحكام القانون رقم 94/653 المؤرخ في 1994/07/29 على هذا المبدأ المتعلق بعدم جواز المساس بجسم الإنسان إذ نص في المادة 16 فقرة 1 على أنه: «لكل شخص الحق في احترام جسمه وجسده وأن جسم الإنسان غير قابل للمساس والاعتداء عليه».

وإذا كانت التكنولوجيا الحيوية وأنشطة الطب البيولوجي لا يجوز ممارستها إلا إذا استهدفت غايات محددة في القانون سواء كانت علمية أو طبية أو علاجية وبالتالي فإن فن التحقيق الجنائي الحديث

في البحث عن الحقيقة لمتابعة الجناة ومكافحة الجريمة يقتضي استعمال هذه التكنولوجية الحيوية التي يكون جسم المتهم أو المشتبه فيه مسرحا لها كاستخراج عينة من جسمه لمقارنتها مع الآثار المتحصل عليها في مسرح الجريمة أو التأكد من حالته الصحية كحالة القيادة في حالة سكر فإن ذلك يقوم به قاضي التحقيق في النظام الإجرائي الجزائري طبقا للقاعدة العامة المتعلقة بتعيين الخبير باعتبارها مسألة فنية عارضة حسبما هو وارد في أحكام المادة 143 فقرة 1 من قانون الإجراءات الجزائية التي تنص على أنه:«لجهات التحقيق أو الحكم عندما تعرض لها مسألة ذات طابع فني أن تأمر بندب خبير إما بناءا على طلب النيابة العامة وإما من تلقاء نفسها أو من الخصوم...».

غير أننا نرى نظرا لأن مجال التكنولوجية الحيوية وما تقتضيه من تدخل في البحث في جسم الإنسان والكشف على خصوصياته مثل الجينية منها، وباعتباره شرع استعمال الإثبات العلمي وخاصة البصمة الوراثية يستدعي بالضرورة دعوة المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة التدخل بتنظيم طرق الإثبات العلمي في المجال الجزائي بضبط قواعد البحث عن الدليل واستعماله بما يحفظ كرامة جسم الإنسان لعدم كفاية القواعد العامة لتوفير هذه الحماية.

3.2.1.3.1. الحماية التشريعية للحق في السلامة الجسدية

نظر لما يحظى به جسم الإنسان من حماية خاصة ضاربة بجذورها منذ القدم سواءا في الشرائع السماوية أو الشرائع الوضعية الأولى، كما امتدت هذه الحماية إلى الاتفاقيات الدولية والإقليمية واستقرت في القوانين الداخلية باعتبارها مبادئ دستورية تحظى بحماية خاصة تشكل مهمة إنسانية لدى أنظمة الحكم القائمة مما جعل الاعتداء على جسم الإنسان بصفة عامة وبأي وسيلة كانت ومهما كان القائم بالاعتداء يشكل جريمة يعاقب عليها القانون.

لهذا نحاول في هذا الفرع التطرق أولا إلى الحماية الدولية للحق في السلامة الجسدية ثم ثانيا إلى الحماية الدستورية لهذا الحق على أن نعرج ثالثا إلى الحماية الجزائية للسلامة الجسدية، وذلك على النحو التالي:

1.3.2.1.3.1. الحماية الدولية للحق في السلامة الجسدية

إن الهدف الأسمى للاتفاقيات الدولية والإقليمية هو توفير أكبر حماية للإنسان باعتباره غاية وجود الدول والأنظمة ومن بينها حفظ كرامته وسلامة جسده من كل عدوان سواء وقع من الأفراد أو من ممثلي السلطة.

وقد بذل المجتمع الدولي جهودا كبيرة لإعلان كرامة الإنسان إذ نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مادته 3 على أنه:«لكل فرد حق في الحياة والحرية والأمان على شخصه» كما نص في

المادة 4 على أنه:«لا يجوز استرقاق أحد واستعباده ويحظر الرق والاتجار بالرقيق بجميع صورهما»، كما جاء في المادة 5 على أنه:«لا يجوز إخضاع أحد للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة».

وقد حرصت الاتفاقية الدولية لمناهضة التعذيب التي صادقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1984/12/10 والتي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 1987/6/26 على إعطاء تعريف شامل جامع ومانع للتعذيب على أنه: «أي عمل ينتج عنه ألم أو عذاب شديد، جسديا كان أم عقليا، يلحق عمدا بشخص ما بقصد الحصول من هذا الشخص أو من شخص ثالث، على معلومات أو اعتراف أو معاقبته على عمل ارتكبه أو يشتبه في أنه ارتكبه هو أو شخص ثالث، أو عندما يلحق مثل هذا الألم أو العذاب لأي سبب من الأسباب يقوم على التمييز أيا كان نوعه، ويحرض عليه، أو يوافق عليه أو يسكت عنه موظف رسمي أو أي شخص آخر يتصرف بصفته الرسمية ولا يتضمن ذلك الآلام أو العذاب الناشئ فقط عن عقوبات قانونية أو الملازم لهذه العقوبات أو الذي يكون نتيجة عرضية لها».

كما أكد العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على إلزام الدول باحترام السلامة الجسدية في مرحلة التحقيق الأولي والقضائي وأثناء المحاكمة وهذا ما نص عنه في المادة 7 على أنه:«لا يجوز إخضاع أحد للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة وعلى وجه الخصوص لا يجوز إ'جراء أية تجربة طبية أو علمية لأحد دون رضاه الحر».

ونظرا لشيوع استعمال التكنولوجيه الحيوية في البحث عن الدليل الجنائي أثناء مرحلة التحقيق الأولي والقضائي وكثرة اللجوء إلى البصمة الوراثية وما يترتب عليه من أخذ عينات من جسم الإنسان إذ نص في البند السابع من الإعلان العالمي للجينوم البشري وحقوق الإنسان لسنة 1997 على أنه: «لكل إنسان الحق في الخصوصية الجينية بما في ذلك الحق في منع أخذ أو تخزين عينات من أجسامهم للحصول على المعلومات الجينية دون رضائهم طوعا»[81] ص 458.

2.3.2.1.3.1. الحماية الدستورية للحق في السلامة الجسدية

لقد حرصت أغلب دساتير العالم على النص على المبادئ الأساسية لحماية السلامة الجسدية للإنسان سواء كان متهما أو مشتبها فيه أو أي شخص آخر وذلك في لدن النصوص الدستورية مما أكسب هذا الحق قيمة دستورية.

إذ نص الدستور الجزائري على حماية الحق في السلامة الجسدية وهذا في عدة مواد منها المادة 34 التي تنص على أنه: «تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة» كما أكدت المادة 35 على أنه: «يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وكل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية».

وقد نص الدستور المصري الحالي لسنة 2012 في المادة 41 على أنه:« لجسد الإنسان حرمة ويحظر الاتجار بأعضائه، ولا يجوز أن تجرى عليه التجارب الطبية، أو العلمية بغير رضاه الحر الموثق وفقا للأسس المستقرة في العلوم الطبية، وعلى النحو الذي ينظمه القانون».

كما أكد الدستور العراقي الدائم لسنة 2005 المبادئ الأساسية لحماية السلامة الجسدية للإنسان بغض النظر لوضعيته إزاء جهاز العدالة إذ نص في المادة 15 على أنه: «لكل فرد الحق في الحياة والأمن والحرية»، والمادة 37 فقرة ج على أنه:«يحرم جميع أنواع التعذيب النفسي والجسدي والمعاملة غير الإنسانية»[52] ص 140.

3.3.2.1.3.1. الحماية الجنائية للحق في السلامة الجسدية

أقرت القوانين الجنائية المقارنة الحماية اللازمة في حالة ارتكاب جرائم ضد سلامة الجسم خاصة إذا كان الهدف منها الحصول على اعترافات أثناء مرحلة الإشتباه أو التحقيق، فقد تضمنت تلك القوانين أحكاما غايتها حماية النفس البشرية أو جسم الإنسان بما تحافظ على تكامله وتحرره من الآلام البدينة.

والمشرع الجزائري لم يشذ على هذه القاعدة إذ استخدم أسلوب الحماية الحصرية في تقرير حمايته لعناصر الحق في السلامة الجسدية إذ جرم طائفة من الأفعال واعتبرها ماسة بعناصر هذا الحق وهي التي تندرج تحت وصف أعمال العنف العمدي إذ نص في المادة 264 من قانون العقوبات على أنه:«كل من أحدث عمدا جروحا للغير أو ضربه أو ارتكب أي عمل آخر من أعمال العنف أو التعدي يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج إذا نتج عن هذه الأنواع من العنف مرض أو عجز كلي عن العمل لمدة تزيد عن خمسة عشرة يوما».

ونظرا لأن إعطاء المواد الضارة يمثل اعتداء على سلامة الجسم نظرا لما يؤدي من إنقاص من نصيب الجسم من الصحة بما يؤدي إلى التعطيل الجزئي أو الكلي بصفة مؤقتة أو دائمة لسير أجهزة الجسم بصورة ضعيفة وفقا للنواميس الخلقية كحقن شخص بمادة ضارة مما يعطل الإدراك لديه لفترة طالت أو قصرت ومن هنا جاء حرص المشرع الجزائري في أحكام المادة 275 من قانون العقوبات إذ نص في فقرتها الأولى على أنه: «يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاثة سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 100.000 دينار كل من سبب للغير مرضا أو عجزا عن العمل الشخصي وذلك بأن أعطاه عمدا وبأية طريقة كانت وبدون قصد إحداث الوفاة مواد ضارة بالصحة».

كما جرم المشرع الجزائري فعل التعذيب مهما كانت صفة الشخص الواقع عليه التعذيب مشتبها فيه أو متهما أو محكوما عليه أو أي شخص آخر ومهما كانت صفة القائم بالتعذيب بل حرص على جعل صفة ممثل السلطة العامة الآمر أو القائم بالتعذيب ظرفا مشددا ومهما كان سبب التعذيب سواء للحصول

على اعترافات أو أخذ معلومات وهذا تماشيا مع الاتفاقية الدولية لمناهضة التعذيب الصادرة بتاريخ 1984/12/10 والموقعة عليها الجزائر بتاريخ 1989/05/16.

وعلى هذا الأساس تدخل المشرع بموجب القانون رقم 04-15 المؤرخ في 2004/11/10 المعدل والمتمم لقانون العقوبات إذ أضاف المواد 263 مكرر 263 مكرر1 و263 مكرر2 المتعلقة بتجريم التعذيب، إذ عرف التعذيب في أحكام المادة 263 مكرر من أنه:«يقصد بالتعذيب كل عمل ينتج عنه عذاب أو ألم شديد جسديا كان أو عقليا يلحق عمدا بشخص مهما كان سببه».

كما حرص على نزاهة التحريات والتحقيق القضائي وجعله يتم بمنأ من التعذيب والمعاملة القاسية والحاطة بكرامة الإنسان وحياته الجسمية والنفسية وذلك بنص في المادة 263 مكرر 2 على أنه: «يعاقب بالسجن المؤقت من عشرة (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 150.000 دج إلى 16000.000 دج كل موظف يمارس أو يحرض أو يأمر بممارسة التعذيب من أجل الحصول على اعترافات أو معلومات أو لأي سبب آخر، وتكون العقوبة السجن المؤبد إذا سبق التعذيب أو صاحب أو تلى جناية غير القتل العمد ويعاقب بالسجن المؤقت من خمس (5) سنوات إلى عشرة (10) سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 1000.000 دج كل موظف يوافق أو يسكت عن الأفعال المذكورة في المادة 263 مكرر من هذا القانون».

من خلال هذه النصوص يتجلى بوضوح حرص المشرع الجزائري على جعل التحريات والتحقيق القضائي يتم في إطار احترام السلامة الجسدية للأفراد مهما كان مركزهم في الدعوى العمومية وذلك وفقا لما هو مقرر من حماية في الشرعية الدولية والدستورية.

3.1.3.1. احترام الحق في الحرية الشخصية

تعد الحرية الشخصية أصل جميع الحقوق والسبب في نشوء جميع الأنظمة المتعلقة بأي حق، وذلك على أساس أن الحرية أسبق في الوجود من الحقوق، ونشأة أي حق تبدأ بعد الاختيار الحر، مما يجعل للفرد مكنة إتيان الفعل أو عدم إتيانه في نفس الوقت مع عدم الإضرار بالآخرين[140] ص 100. ويعتبر الإقرار بالحرية الشخصية للأفراد مبدأ أساسي في الخصومة الجزائية باعتباره يقع قي الأساس من التشريع والقواعد الإجرائية[41] ص 456، لذا حضيت بأهمية بالغة سواء في إطار القانون الدولي أو التشريعات الداخلية للدول.

لهذا نحاول أن نعالج في هذا المطلب ضمانة احترام الحق في الحرية الشخصية في ثلاثة فروع، نتطرق في الفرع الأول إلى ماهية الحرية الشخصية ثم في الفرع الثاني إلى موقف التشريع الإجرائي من قاعدة حرية الإرادة، على أن نخصص الفرع الثالث إلى الحماية التشريعية للحرية الشخصية.

1.3.1.3.1. ماهية الحرية الشخصية

حتى يمكن لنا أعطاء مفهوم شامل للحرية الشخصية يتعين علينا التطرق إلى تعريف الحرية الشخصية ثم ثانيا إلى الأساس الذي تقوم عليه هذه الحرية، ثم ثالثا إلى مظاهرها وذلك على النحو التالي:

1.1.3.1.3.1. تعريف الحرية

يلاحظ على التشريعات والدساتير المقارنة أنها أحجمت عن وضع تعريف محدد للحرية الشخصية، وكل ما فعلته هو النص على ضرورة احترامها وكيفية ممارستها وجزاء الاعتداء عليها مما فتح الباب أمام اجتهادات الفلاسفة عامة وفقهاء القانون خاصة لوضع تعريف محدد للحرية الشخصية يعكس وجهة نظر الفقه وانتمائه الفكري ويساير المعنى اللغوي لها.

ونظرا للعمق والبعد الفلسفي للحرية، وشمولها للفكر الإنساني فقد اختلف الفقهاء في إعطاء تعريف موحد لها ويمكن أن نميز بين مجموعة من التعاريف حتى نصل إلى التعريف الأقرب إلى الفكر القانوني المرتبط بموضوع دراستنا.

فقد عرف جون ستيوارث مل الحرية بأنها:«إطلاق العنان للناس ليحققوا خيرهم بالطريقة التي يرونها طالما كانوا لا يحاولون حرمان الغير من مصالحهم أو لا يعرقلون جهودهم لتحقيق تلك المصالح»[52] ص 23، 24.

وعرف الفقيه أندريه هوريو الحرية بأنها:«سلطة ولكن قبل أن تكون سلطة على الذات أن الإنسان حر لأنه بفضل عقله سيد نفسه».

غير أن الملاحظ في هذه التعاريف للحرية وإن كانت جامعة إلا أنها غير مانعة من تداخل حقوق أخرى معها مما جعل التميز بين الحرية الشخصية والحق والإرادة غير ممكن الأمر الذي يجعلنا أميل إلى تبني التعريف الذي قال به الدكتور "ويلي لوبن Willy lubin" في رسالته للدكتوراه من أن الحرية الشخصية هي:« أن يكون الشخص قادر على التعرف في كافة شؤون نفسه، وفي كل ما يتعلق بذاته آمنا من الاعتداء عليه في نفسه أو عرضه أو ماله أو مأوى أو حق من حقوقه على ألا يكون في تصرفه عدوان على غيره»[7] ص 292.

ونرى أن التعريف الذي قال به الدكتور ""ويلي لوبن Willy lubin" هو التعريف الأقرب الذي يتماشى مع ما قررته الأمم المتحدة في حملتها العالمية من أجل حقوق الإنسان إذ عرفت الحرية الفردية بأنها:«أن يحترم القانون حق كل فرد في أن يفكر كيفما شاء، وأن يقول ما يريد وأن يذهب أين يبغي في الحدود التي ينص عليها القانون دون أن يمنعه أحد من ذلك».

2.1.3.1.3.1. أساس الحرية الشخصية

اختلف الفقه المعاصر في تحديد الأساس القانوني الذي تقوم عليه الحرية الشخصية فمنهم من اعتبرها حقا ومنهم من اعتبرها واجبا، ومنهم من أصبغ عليها صفة حقوق الشخصية اللصيقة بالإنسان وهذا ما يمكن تبيانه على النحو التالي:

اعتبار الحرية حق

يرى الفيلسوف الإنجليزي جون لوك أن الحرية تجد أساسها في أنها تمثل حقا في أن يقوم الإنسان بفعل أي شيء تسمح به القوانين، ويبرر ذلك بأن الناس جميعا قد ولدوا أحرارا وبالتالي فإن الحرية طبيعية لدى الإنسان تميز وجوده كإنسان بصفة عامة.

وقد تأثر الفيلسوف الفرنسي مونتسكيو بنفس وجهة نظر الفيلسوف جون لوك من اعتبار الحرية حقا إذا اعتبر الحرية هي الحق فيما يسمح به القانون والمواطن الذي يسمح لنفسه ما لا يبيحه له القانون لن يتمتع بحريته لأن باقي المواطنين سيكون لهم نفس القوة، كما كانت لهذه الأفكار في تأمين الحرية على واضعي بيان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي الصادر في 1789/8/26 إذ نص على أن الحرية حق الفرد في عمل كل ما لا يضر بالآخرين.

نظرا لأن الاتجاه الأول اعتبر الحرية مرادفة للحق وهما يعبران عن معنى مشترك إلا أنهما يختلفان من عدة زوايا جعلت الفقه الحديث يهجر هذا التأسيس وذلك للأسباب التالية:

إن الحق وفقا لما هو مستقر في القانون المدني – تحكمه نظريتان النظرية الشخصية في تعريف الحق والتي صاغها الفقيه الألماني "سافيني Savini" والتي مفادها أن الحق هو سلطة أو قدرة إرادية يمنحها القانون للشخص، والنظرية الموضوعية التي وضعها الفقيه الألماني كذلك إهريخ Inring" أن الحق هو مصلحة مشروعة يحميها القانون فالعبرة بالحق ليست بالإرادة وإنما بغاية الإرادة فيما الحرية هي رابطة بين إرادة شيء والقدرة على القيام بهذا الشيء.

- إن الحق هو مركز قانوني يمكن تقديره بمال بينما الحرية مركز إنساني لا يمكن تقديره بمال.
- إن الحق يقابله الواجب وهو مركز قانوني فيما الحرية يقابلها الإكراه والجبر.

اعتبار الحرية واجب

يرى الفيلسوف "جان جاك روسو" إن الحرية تجد أساسها في أنها واجب طاعة الإرادة العامة ضمن المجتمع الذي تعيش فيه ذلك أن هذه الإرادة تهدف إلى المصلحة العامة إذ أن الإنسان كائن اجتماعي يعيش في حياة معقدة ومتداخلة مع غيره، وأن درجة تمتعه بالحرية يتوقف على التنظيم الاجتماعي الذي هو عضو فيه فالإكراه القانوني هو ثمن يدفع مقابل الحريات فالشخص يتنازل عن

بعض ما يعتبره من حقوقه وذلك ليستفيد من الحرية التي تمثل واجب والتزام قانوني الذي يمثل الإرادة العامة للمجتمع.

انتقد بعض الفقه هذا التأسيس الذي جاء به جان جاك رسو من اعتبار الحرية التزام قانوني وواجب يقع على الشخص اتجاه الجماعة إذ اعتبر الفقيه ليون ديكي[52] ص 28، أن الإنسان لا يعتبر حرا طبقا لرأي جان جاك روسو إلا إذا كان خاضعا دون قيد للإرادة العامة للمجتمع أي إرادة الأغلبية وهذا خروجا عن الحرية بمفهومها العام التي تعني الخلو من القيود، وانعدام كل العوائق أمام ممارسة الشخص لحياته وبالتالي خضوعه للإرادة العامة هو تقليصا للحرية من قبل الجماعة.

اعتبار الحرية صفة لصيقة بشخصية الإنسان

اعتبر بعض الفقه أن الحرية صفة لصيقة بشخصية الإنسان قوامها الإرادة بأن يفعل الإنسان ما يريد بحيث بموجب هذه الإرادة التي تعد قوة نفسية لدى الإنسان يستطيع بها القيام بما يميل إليه بعد القدرة على ذلك.

فحسب هذا الرأي فالتكوين الخلقي عند الإنسان يمر بمراحل أولها الحاضر أي نشوء الفكرة في ذهن الشخص ثم توجيه الإنسان لشيء يتصوره ثم الرغبة ثم الإرادة وهي قوة نفسية يخصص بها الإنسان وجوده وأفعاله التي يميل إليها وبالتالي تحقق إرادته للقيام بفعل يرغب فيه.

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري فقد نص في أحكام المادة 46 من القانون المدني على أنه:«ليس لأحد التنازل عن حريته الشخصية»، هذا ما يؤكد أن الحرية الشخصية صفة لصيقة بشخصية الإنسان باعتبارها من حقوق الشخصية على أساس أن هذه الحقوق تتميز بعدم التنازل أو التصرف فيها[66] ص 108.

3.1.3.1.3.1. مظاهر الحرية الشخصية

يرى الأستاذ جون بردال Jean Pradel"[165] ص 198، 223 بحق أنه أثناء المرحلة التمهيدية للدعوى العمومية تقع عدة اعتداءات على الحرية الفردية أقلها خطورة يظهر أثناء عملية الاستيقاف، وفحص الهوية الشخصية وأخطرها الأوامر القاضية بالحرمان من الحرية الفردية التي يصدرها قاضي التحقيق في مرحلة التحقيق الابتدائي المتمثلة في الأمر بالقبض والحبس المؤقت، هذا ما يؤكد بأن مظاهر الحرية الشخصية تتمثل في حرية التنقل باعتبار أن عملية الاستيقاف للتأكد من هوية الشخص أو الأمر بعدم مبارحة المكان فيه مساس بالحق في حرية التنقل، وكذلك الأمر بالقبض أو الحبس المؤقت هي من الأوامر الماسة بالأمن الشخصي للفرد، لذا نحاول التطرق إلى هذين المظهرين وذلك على النحو التالي:

حرية التنقل

الهدف الأساسي من ضمان حرية التنقل باعتباره مظهرا للحق في الحرية الشخصية هو منع السلطة من تقييد حرية الفرد عن طريق توقيفه سواء للتأكد من هويته أو للنظر، ولا يكون ذلك إلا في الأحوال المنصوص عليها قانونا ووفقا للأشكال المحددة فيه.

وإذا كنت جميع التشريعات المقارنة تضع معايير تعتبر كاشتراطات لاتخاذ الإجراءات الماسة بحرية المشتبه فيه، وضمانة لعدم تعسف ضابط الشرطة القضائية في اتخاذ هذه الإجراءات المتعلقة بالتوقيف والاستيقاف أو التفتيش، إذ استخدام المشرع الإجرائي الأمريكي في القانون الفيدرالي اصطلاح السبب المعقول وهو نفس المصطلح الذي استعمله المشرع الكندي في المادة 487 من قانون الإجراءات الجزائية لإصدار إذن بالتفتيش أو ضبط الأشياء، لا بد من توافر أسباب معقولة بأن الجريمة ارتكبت أو يشتبه في ارتكابها، وإن هذا الإجراء المتخذ من شأنه أن يساعد عن كشف الحقيقة، ونفس المعيار المتعلق بالأسباب المعقولة كمبرر للقبض اتجه إليه المشرع الإنجليزي في أحكام المادة 24 من قانون الشرطة إذ أجاز لأفراد الشرطة القبض على المشتبه فيه إذا توافرت أسباب معقولة تولد قناعة لدى رجل الضبط القضائي أن المشتبه فيه اقترف جريمة أو هو على وشك اقترافها[142] ص 287، 333.

أما المشرع الفرنسي والتشريعات العربية المتأثرة به فقد استخدمت تعبيرات مختلفة عن تلك التي أخذت بها التشريعات الأنجلوسكسونية وإن كانت جميعها تتفق على أنها معايير تولد الشك بأن الشخص المشتبه فيه اقترف جريمة معينة أو على وشك اقترافها لو ترك وشأنه لاقترفها لا محالة، ذلك أن قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي استخدم في المواد 63-77 و78 تعبير دلائل قوية ومتوافقة تستدعي الاتهام "des indices faisant présumé" واستعمل في المادة 105 عبارة الدلائل الخطيرة والمترابطة "des indices graves et concordant"، كما استعمل في المواد 17، 211، 212 تعبير إثباتات كافية "Des charges suffisantes".

ولم تشذ التشريعات العربية على استخدام العبارات ذاتها أو القريبة منها التي استعملها المشرع الفرنسي ذلك أن المشرع المصري في أحكام قانون الإجراءات الجنائية وضع عدة عبارات تؤخذ كمعايير تبرر لضابط الشرطة القضائية اتخاذ إجراء أو أكثر من الإجراءات الماسة بالحرية كالقبض أو الحجز أو التوقيف أو الاستيقاف مثل ما يشترطه في المادة 34 من ضرورة توافر الدلائل الكافية على اتهام المشتبه فيه في الجريمة المتلبس بها لتبرير القبض عليه، كما اشترط في المادة 35 حتى يمكن توقيف المشتبه فيه والتحفظ عليه في غير حالات التلبس ضرورة توافر الدلائل الكافية كمعيار لاتخاذ هذا الإجراء، كما اشترطت المادة 49 لتفتيش المتهم جسديا أو شخص آخر كان متواجد مع المتهم في منزل هذا الأخير عند تفتيشه ضرورة توافر قرائن قوية.

كما استعملت بعض القوانين العربية الأخرى نفس العبارات التي استعملها المشرع المصري كمعايير لجواز تقييد حرية المتهم أو المشتبه فيه، مثل ما استعمله قانون الإجراءات الجنائية السوداني في المادة 25 منه عبارة الأسباب المعقولة من أن المشتبه فيه يدبر لارتكاب جريمة أو يتخذ الحيطة لإخفاء نفسه في ظروف تدعو للشبهة التي تثير القبض عليه، وكذا ما استعمله قانون الإجراءات الجنائية الإماراتي في أحكام المادتين 53 و54 من ضرورة توافر أمارات قوية تبرر القبض على المتهم، وكذلك ما ورد في المادة 62 من قانون الإجراءات الجنائية الكويتي الذي اشترط توافر دلائل جدية للاتهام لتبرير توقيف والقبض على المشتبه فيه أو المتهم[3] ص 289.

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فقد ميز بين أمرين، أو حالتين فإذا تعلق الأمر بمنع أي شخص من مبارحة أو مغادرة مكان وقوع الجريمة، وهو إجراء يقيد حرية التنقل المكفولة دستورا فقد أجازت المادة 50 من قانون الإجراءات الجزائية لضابط الشرطة القضائية منع أي شخص من مبارحة مكان وقوع الجريمة إلى غاية التعرف على هويته أو التحقق من شخصيته تحت طائلة المتابعة الجزائية وعقابه لمدة لا تتجاوز 10 أيام حبس وغرامة 500 دينار جزائري، كما نص في الفقرة الثانية من المادة 51 من نفس القانون على أنه:«غير أن الأشخاص الذين لا توجد أية دلائل تجعل ارتكابهم أو محاولة ارتكابهم للجريمة مرجحا لا يجوز توقيفهم سوى المدة اللازمة لاتخاذ أقوالهم»، هذا ما يؤكد أن الأمر بعدم المبارحة ومغادرة المكان وتوقيف شخص لأخذ أقواله بالرغم من عدم وجود أي دليل ضده وهما حالتان يمسان بصورة واضحة الحرية الشخصية ويمثلان قيدا على حرية التنقل ورغم ذلك لم يضع لها المشرع معيارا أو قيدا على ضابط الشرطة القضائية لضمان عدم تعسفه.

أما إذا تعلق الأمر باتخاذ ضابط الشرطة القضائية إجراء حجز المشتبه فيه توقيفا للنظر لمدة 48 ساعة وضع المشرع الإجرائي معيار الدلائل القوية والمتماسكة والتي من شأنها أن تؤدي إلى إتهامه مع إلزامه بإخطار وكيل الجمهورية فور وضعه للتوقيف للنظر مع تقديمه في مدة أقصاها 48 ساعة أمام وكيل الجمهورية إلا إذا رأى هذا الأخير ضرورة تمديد التوقيف تحت النظر لمدة أخرى حسبما هو وارد في المادة 51 من قانون الإجراءات الجزائية "مرة واحدة في جرائم الاعتداء على أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات مرتين إذا تعلق الأمر بالجرائم الماسة بأمن الدولة، ثلاث مرات في جرائم المخدرات والجرائم المنظمة وجرائم تبيض الأموال وجرائم الصرف، و5 مرات في الجرائم الموصوفة بأنها أفعال إرهابية أو تخريبية. مما يؤدي إلى طول مدة الحجز تحت النظر الذي لا بد أن يكون لمدة قصيرة ولا يمكن اعتباره عقوبة تخل بالهدف الذي وجد لأجله ويصبح وسيلة لإرغام المشتبه فيه للاعتراف أو التصريحات التي في غير صالحه بطرق غير إرادية وقصرا عليه.

وحتى يحقق المشرع الجزائري الضمانات الكافية للحرية الشخصية ولا يقيدها إلا بنص في القانون وضمن الشروط المحددة فيه فقد اعتبر أن تجاوز للمدة المحددة للحجز أو التوقيت تحت النظر مكونا لجريمة حبس شخص تعسفيا.

الحق في الأمن الشخصي

يعتبر الحق في الأمن الشخصي أدق صور الحرية الشخصية فهي تعبر عن حق الإنسان في عدم القبض عليه أو حبسه إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون، وضمن الشروط والحالات التي حددها وأي خروج عن مقتضياتها يعد جريمة يعاقب عليها القانون تحت وصف جريمة الخطف أو الحبس والحجز دون وجه حق.

وقد اختلف الفقه الجنائي المعاصر في وضع تعريف محدد للقبض والحبس أو الحجز إذ عرفه أحدهم بأنه:« أمر يصدره المحقق بوضع المتهم تحت تصرفه وإبقائه[73] تحت يد السلطة القائمة بالتحقيق للفترة الزمنية المحددة»، وعرفه البعض الآخر بأنه:«حرمان الشخص من حرية التجول فترة من الوقت طالت أو قصرت وإرغامه على البقاء في مكان معين»، ويرى البعض الآخر أن القبض على الشخص هو إمساكه من جسمه وتقييد حركته وحرمانه من حرية الذهاب والإياب كما يريد، أما الحبس والحجز فكلاهما يقتضي حرمان المجني عليه من حريته فترة من الزمن"[52] ص 164.

وتعتبر الأوامر الصادرة من قاضي التحقيق المتعلقة بأوامر الحرمان من الحرية الفردية كالحبس المؤقت أو تقيدها كالرقابة القضائية أكبر تهديد للحرية الشخصية لأنه يمس في الأساس ضمانة الحق في الأمن الشخصي لذا حرصت جميع تشريعات العالم على وضع شروط محددة لتقييد اللجوء إلى هذا الإجراء تحت إشراف قضائي أعلى لضمان مراقبة حسن تطبيقه.

2.3.1.3.1. موقف التشريع الإجرائي من قاعدة حرية لإرادة

إن احترام الحرية الشخصية للمتهم أو المشتبه فيه لا تعد ضمانة لهذا الأخير فقط بل تعد قاعدة حرية الإرادة الأساس الذي تقوم عليه جميع إجراءات الخصومة الجزائية بما يعد احترام هذه الحرية يقع في المقام الأول، من التزام مبدأ الشرعية الإجرائية وهذا ما يمكن تبيانه في الحالات التالية:

إن الأشخاص بوصفهم موضوعا للحقيقة القضائية يظهرون في الخصومة الجزائية لكل واحد دورا فيها منذ وقوع الجريمة عند بدء التحري والتحقيق بشأنها إلى غاية صدور حكم نهائي وبات بشأنها وهم المحقق سواء كان ضابط شرطة قضائية أو قاضي تحقيق أو قاضي من غرفة الاتهام أو مستشار بالمحكمة العليا حسب الأوضاع والقاضي والمحلف، والخبير والشاهد والضحية أو المجني عليه، والمسؤول عن الحقوق المدنية والطرف المدني والمتهم وبالتالي فكل شخص من هؤلاء يفترض بداهة أنه سليم الإرادة وحرية الاختيار ولا يتصور أن يقوم تنظيم إجرائي يفترض أن الجهة القائمة على

الإجراء أو الواقع عليها الإجراء مسلوبة الإرادة منعدمة الاختيار أو مقيدة فيه لسبب أو لآخر وأي مساس بذلك هو انتهاك للحرية الشخصية مبطل الإجراء.

- من الثوابت المستقرة في العدالة الجنائية أنه كلما كان نظام الضبط القضائي والإداري متين وحريص كلما كان ذلك سببا أساسيا لنجاحه في مكافحة الجريمة عن طريق ضمان الوصول إلى الجاني وإخضاعه للعقاب بما يحقق كذلك الردع العام عن طريق تيقن المجتمع أن أي مجرم مصيره الملاحقة الجزائية وتوقيع عليه العقاب.

- غير أن عمل الضبطية القضائية أثناء المرحلة التمهيدية التي تسبق الدعوى العمومية وتوجيه الاتهام وكذا قاضي التحقيق عند البحث عن الدليل لأجل إحالة المتهم أمام المحاكمة لا بد أن تتم في إطار احترام الحرية الشخصية للمتهم أو المشتبه فيه، لأن ضمان احترام الحرية الفردية هو الذي يخلق الثقة في نفس المتقاضين ومنه المجتمع في جلال القضاء وصدق أحكامه على اعتبار أن الثقة هي أكبر ضمانة للوصول إلى الحقيقة.

- من النتائج المترتبة على الاعتراف بضرورة توافر حرية الإدارة في أطراف الخصومة الجزائية وخاصة المتهم أو الطرف المدني إذ أن هذه الإرادة لها دور فعال في تصحيح إجراء من إجراءات التحقيق المشوب بالبطلان، ومثال ذلك ما قرره المشرع الجزائري في أحكام المادتين 157 و 158 من قانون الإجراءات الجزائية أنه إذا لم تراعي وتحترم الحقوق المقررة للمتهم والطرف المدني سواء تلك الواردة في أحكام المادة 100 و 105 أو تلك الحقوق المتعلقة بالتحقيق والتي يمثل مخالفتها إخلال بحقوق الدفاع فإنه جعل تنازل من شُرع البطلان لمصلحته عن التمسك بالبطلان يصحح ذلك الإجراء ما يجعل للإرادة دور في تصحيح إجراءات قضائية باطلة حتى يجعل لاحترام الحرية الفردية دور في الاعتراف بدورها في تصحيح الإجراءات.

- تعترف جميع التشريعات الإجرائية المقارنة للمتهم حرية كاملة في الإجابة عن أسئلة المحققين أو الامتناع عن الإجابة دون أن يكون لهذا الامتناع ضرر عليه ولا يمكن أن تسير ضد مصلحته باعتباره أن حق الصمت حقا دستوريا، وهذا ما قرره المشرع الجزائري صراحة في أحكام المادة 100 من قانون الإجراءات الجزائية والتي مفادها يتحقق قاضي التحقيق حين مثول المتهم لديه لأول مرة من هويته ويحيطه علما صراحة بكل واقعة من الوقائع المنسوبة إليه وينبهه بأنه حر في عدم الإدلاء بأي إقرار وينوه على ذلك التنبيه في محضر.

ولا تحقق هذه القاعدة "الحق في الصمت" غايتها إلا بالتسليم بأن للمتهم كامل الحرية في الاختيار وتوجيه رغبته في الإجابة عن الأسئلة المطروحة من طرف المحققين أو الامتناع عنها حسبما يمليه عليه تقديره لمصلحته في الدفاع، وما يصدق قوله حول حريته في الإجابة أمام المحقق يسري وبنفس الأوضاع للمتهم أمام قضاة الحكم أثناء المحاكمة.

رغم أن الاعتراف اعتبره المشرع الجزائري شأنه شأن جميع عناصر الإثبات يترك تقديره للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع إلا أنه في الممارسة القضائية وخاصة الجنحية منها له وقع على مسامع القاضي وقد يبني حكمه عليه لذا فلا قيمة لهذا الاعتراف إلا إذا كان صادرا عن إرادة حرة من طرف المقر مما يجعل الاعتراف بالحق في الحرية الشخصية وتوفير ضماناتها للمتهم أكبر وسيلة لتحقيق العدالة خاصة إذا كان حكم الإدانة مبني على الاعتراف.

لقد استحدث المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 09- 01 المؤرخ في 2009/02/25 والمتعلق بالعمل للنفع العام المعدل والمتمم لقانون العقوبات إذ استحدث نظام بديل للعقوبة في المواد من 5 مكرر 1 إلى 5 مكرر 6 وهو إعطاء الحق للمتهم في بعض الجرائم التي لا تكون عقوبتها المنصوص عنها في قانون العقوبات 3 سنوات حبسا وأن العقوبة المحكوم بها لا تتجاوز سنة من أن يختار بين العقوبة السالبة للحرية وضعه في المؤسسة العقابية وبين العمل لمدة معينة للنفع العام سواء في مؤسسة عمومية، ولا يمكن أن يتحقق ذلك إلا بالاعتراف بحرية الإرادة وتحقيق الضمانات الكافية لحرية المتهم حتى عند اختيار العقوبة المناسبة له.

3.3.1.3.1. الحماية التشريعية للحرية الشخصية

تكتسي الحرية الشخصية أهمية بالغة في حياة الفرد والمجتمع باعتبارها الأساس الفلسفي الذي قامت عليه أفكار فقهاء عصر النهضة في أوروبا واعتمدتها الثورات في العصر الحديث بهدف تصبوا إليه. لذا أولتها إعلانات الحقوق والاتفاقيات الدولية والإقليمية ودساتير الدول وقوانينها الداخلية أهمية قصوى أرست لأجلها القواعد والأحكام الخاصة بضمانها وكفالتها، ولم تسمح بالتعرض لها أو التقييد منها إلا في حدود معينة وفقا لشروط محددة تقتضيها ضرورات العدالة للبحث عن الجناة وحماية أمن المجتمع وسلامته في إطار معاقبة كل من يعتدي على هذا الحق وهذا ما نبرزه على النحو التالي.

1.3.3.1.3.1. الحماية الدولية للحق في الحرية الشخصية

نظرا للحروب التي عانت منها البشرية في بداية ومنتصف القرن العشرين والتي جاءت نتيجة طغيان الحكام واستبداد الأنظمة بدون أي شعور لحماية حقوق وحريات الأفراد. وما قاسته البشرية من هلاك ملايين الأشخاص خلال جيلين إبان الحربين العالمتين، كان لزاما على المجتمع الدولي صياغة ووضع مجموعة من الاتفاقيات والمواثيق والإعلانات تحمي بموجبها حقوق وحريات الأفراد وتحقق أمن المجتمع ويعد ميثاق الأمم المتحدة، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الشرعية الدولية لحماية الحق في الحرية الشخصية وهذا ما يمكن التطرق إليه تبعا وذلك على النحو التالي:

ميثاق منظمة الأمم المتحدة

تضمن ميثاق الأمم المتحدة لسنة 1945 العديد من المواد التي تؤكد على ضرورة حماية الحرية الشخصية للأفراد من تعسف السلطة، إذ أشارت الفقرة الثانية من المادة الأولى من الميثاق على احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعا دون تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين، ولا فرق بين الرجال والنساء، كما تضمنت المادة 13 العديد من التوصيات التي تؤدي إلى العمل والحرص على تحقيق الحقوق والحريات الأساسية للإنسان.

الإعلان العالمي لحقوق الإنسان

جاء الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر بتاريخ 1948/12/10 لتكريس حقوق وحريات الأفراد والشعوب إذ تضمنت ديباجته ضرورة صياغة وثيقة خاصة بالحقوق الأساسية للمواطنين تكون من البساطة بمكان بما يجعلها في متناول وفهم جميع الأفراد حكاما ومحكومين.

ويقوم الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على مبادئ أساسيه تنبع منها جميع الحقوق والحريات إذ نص في المادة الأولى على أنه:«يولد جميع الناس أحرارا ومتساوين في الكرامة والحقوق» كما نصت المادة 2 على أن:«كل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات المذكورة في هذا الإعلان دون تمييز» كما نصت المادة 3 على:«كل فرد الحق في الحياة والحرية وفي الأمان على شخصه»، ونصت المادة 8 على:«لكل شخص حق اللجوء إلى المحاكم الوطنية المختصة لإنصافه الفعلي من أية أعمال تنتهك الحقوق الأساسية التي يمنحها إياه الدستور والقانون». كما نصت المادة 5 على أنه:«لا يجوز اعتقال أي إنسان أو حجزه أو نفيه تعسفيا» ونص في المادة 18 لكل فرد حق في حرية التنقل وفي اختيار محل إقامته داخل حدود الدولة لكل فرد حق مغادرة أي بلد، بما في ذلك بلده وفي العودة إلى بلده.

العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية

تضمن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 23 مارس 1966 عدة مواد تخص حماية حقوق وحريات الأفراد خاصة وأنه نص في مادته الثانية على أن تتكفل كل دولة طرفا في هذا العهد بأن تكيف نصوصها بما يتماشى ومواد هذا العهد إذ نص في مادته 3 على أن:«كل دولة طرفا في هذا العهد بأن تكفل توفير سبل فعال للتظلم لأي شخص انتهكت حقوقه وحرياته المعترف بها في هذا العهد، حتى ولو صدر الانتهاك من أشخاص يتصرفون بصفتهم الرسمية».

كما نص في المادة 9 فقرة 1 على أن:« لكل فرد حق في الحرية والآمان على شخصه، ولا يجوز توقيف أحد أو اعتقاله تعسفيا ولا يجوز حرمان أحد من حريته لأسباب ينهي عليها القانون وطبقا للأجراء المقرر فيه». كما نصت المادة 12 على حق الفرد في التنقل والتجول ومغادرة بلده أو العودة إليه دون أي قيد.

2.3.3.1.3.1. الحماية الدستورية للحرية الشخصية

نظرا لأهمية النص على الحرية الشخصية في النصوص القانونية فإن العديد من الدول نصت في لدن دساتيرها على الحرية الشخصية وهذا ما يمكن ملاحظته باستعراض مختلف الدساتير المقارنة.

حماية الحرية الشخصية في الدستور الأمريكي

يعتبر إعلان استقلال أمريكا على التاج البريطاني سنة 1776 أكبر وأول وثيقة تضمنت النص على الحقوق والحريات الفردية في لدن الديباجة واعتبراهما حقين طبيعيين كالحق في الحياة والحرية.

وقد صدرت عدة تعديلات دستورية في الفترة من 1789 إلى 1791 بين التعديلات العشرة تضمنت النص على الحرية الفردية وحق التقاضي وضمان الحق في المحاكمة العادلة، كما تضمن الدستور الأمريكي الرقابة القضائية إذ منح للمحكمة العليا سلطة النظر في أي تشريع يصدر عن الكونجرس الأمريكي وإعلان عدم دستوريته مما كان لها دور كبير في صيانة الحقوق والحريات العامة للأفراد.

حماية الحرية الشخصية في الدستور الفرنسي

لقد جاء الدستور الفرنسي الأول الصادر عقب الثورة الفرنسية سنة 1791 مكرسا للمبادئ التي قررها إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في 1789/08/26 والذي كان يقرر التحرر والاعتراف للإنسان بحريته وشخصيته كمواطن كامل الحقوق، أين تم وضع أول دستور قيد فيه سلطات الملك وأكدت حرية التنقل وحرية التعبير ونشر الأفكار وعدم معاقبة شخص أو إلقاء القبض عليه أو حجزه إلا في حدود الشروط المحددة قانونا للصالح العام والأمن العام.

كما تعاقبت الدساتير الفرنسية سواء دستور 1793، أو دستور 1795 أو دستور 1848 وكذا دستور 1946 والدستور 1958 والدستور الحالي لسنة 2008، على النص على حماية الحق في الحرية الشخصية وتقرير ضماناتها بما يحقق عدم التعسف في تقيد هذه الحرية إلا ضمن شروط محددة في القانون وللضرورات التي يمليها التحقيق والعدالة.

حماية الحرية الشخصية في الدساتير العربية

لقد تضمنت جل الدساتير العربية النص على الحرية الشخصية بما يتماشى والاتفاقيات والإعلانات الدولية الخاصة بحماية حقوق الإنسان كميثاق منظمة الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، وهذا لأجل تأكيد مسايرة اتجاهاتها السياسية بما يتوافق والشرعية الدولية، ويمكن أن نتطرق إلى نماذج من هذه الدساتير وذلك على النحو التالي:

الدستور المصري لسنة 2012: لقد تضمن الدستور المصري الحالي لسنة 2012 عدة نصوص تخص حماية الحرية الشخصية للأفراد إذ نص في المادة 34 على أنه:« الحرية الشخصية حق طبيعي وهي

مصونة لا تمس» وتضمنت المادة 35 منه حظر تقييد الحرية الشخصية بأي قيد في غير حالة التلبس إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق، وبشرط أن يصدر بأمر قضائي مع جعل الحبس الاحتياطي محدد المدة مع تبليغ كل من تقيد حريته خلال 12 ساعة ويقدم لسلطة التحقيق خلال 24 ساعة مع حضور محاميه أو ندب له محام.

كما تضمنت المادة 42 على حظر حرمان الإنسان من الإقامة في جهة معينة، أو إلزامه بالإقامة في مكان معين أو منعه من مغادرة الوطن أو العودة إليه.

وحتى يوفر المشرع الدستوري المصري حماية قصوى للحرية الشخصية نص على قاعدة إجرائية بحتة في صلب الدستور وذلك عندما قرر في أحكام المادة 80 من أن الاعتداء على الحرية الشخصية جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم.

الدستور الجزائري الحالي

لقد أكد الدستور الجزائري الحالي الصادر سنة 1996 المعدل سنة 2008 على حماية الحقوق الأساسية والحريات الفردية دون أن يذكر مصطلح الحرية الشخصية كما فعل الدستور المصري وإنما اعترف للفرد الحق في هذه الحرية وهذا ما نلمسه في عدة نصوص منها المادة 47 التي نصت على أنه:«لا يتابع أحد ولا يوقف أو يحتجز إلا في الحالات المحددة بالقانون وطبقا للأشكال التي نص عليها»، كما نص في المادة 45 منه على أن:«كل شخص يعتبر بريئا حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته مع كل الضمانات التي يتطلبها القانون»[141].

3.3.3.1.3.1. الحماية الجنائية للحرية الشخصية

تتفق جميع التشريعات المقارنة على تجريم فعل القبض أو الحجز أو الحبس دون وجه حق وكذا الاختطاف وهي من الجرائم الماسة بالحرية الشخصية، ونظرا لأن المشرع الجزائري لم يشذ على هذا الاتجاه نورد فقط وجهة نظره نموذجا.

لقد جعل المشرع الجزائري من أمر الموظف بأي عمل ماس بالحرية الشخصية تقيدا بها بالحبس أو الحجز دون وجه حق ومن غير أساس قانوني مكون لجناية وذلك في صريح المادة 107 من قانون العقوبات بقوله:«يعاقب الموظف بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات إذا أمر بعمل تحكم أو ماس سواء بالحرية الشخصية للفرد أو بالحقوق الوطنية لمواطن أو أكثر».

كما جعل المشرع الاختطاف أو الحبس أو الحجز أو القبض بدون أمر من السلطات أو خارج الحالات التي يجيزها القانون تمثل جناية وهذا في صريح المادة 281 من قانون العقوبات التي تنص على أنه:« يعاقب بالحبس المؤقت من خمس إلى عشر سنوات كل من اختطف أو قبض أو حبس أو

حجز أي شخص بدون أمر من السلطات المختصة وخارج الحالات التي يجيز أو يأمر بها القانون بالقبض على أفراد، وتطبق ذات العقوبة على من أعار مكانا لحبس أو لحجز هذا الشخص.

وإذا استمر الحبس أو الحجز لمدة أكثر من شهر تكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة».

من خلال ذكر هذين النصين فقط يتبين أن المشرع الجزائري شأنه شأن التشريعات المقارنة الأخرى يوفر للحرية الشخصية أقصى حماية جنائية من خلال تقرير أي اعتداء على الحرية يكون جناية في الأغلب الأعم.

2.3.1. الضمانات الإجرائية للمتهم عند البحث عن الدليل

نظرا لأن موضوع دراستنا متعلق بمدى شرعية استعمال الوسائل العلمية الحديثة في التحقيق الجنائي وأثرها على حقوق المتهم وحرياته، وباعتبار أن التحقيق ينصب على البحث عن الدليل في موطن المتهم الذي يكون جسمه أو حياته الخاصة أو حريته مسرحا لها الأمر الذي يجعل الضمانات المراد معالجتها هي تلك التي تنصب على هذا الجانب فقط دون الولوج والبحث في ضمانات أخرى قد تؤدي بنا إلى الإنحراف عن هدف الدراسية.

ويعتبر مبدأ افتراض البراءة الذي يفرض على النيابة العامة تقديم دليل الإدانة أكبر ضمانة إجرائية يتمسك بها المتهم خلال جميع مراحل الخصومة الجزائية، ويترتب على ذلك بالضرورة وتحت طائلة بطلان الاستجواب ضرورة إحاطة المحقق للمتهم بالتهمة أو التهم المنسوبة إليه في الطلب الافتتاحي أو الشكوى المصحوبة بالإدعاء المدني، وكل ما يطرأ من تعديل لهذه التهم أو إتخاذ إجراءات البحث عن الدليل مع عدم إرغام المتهم بالكلام أو تقديم دليل ضد نفسه، وكل هذه الإجراءات لا بد أن تخضع للرقابة القضائية العليا حتى يكون الإشراف القضائي على مجريات التحقيق كضمانة كافية لتحقيق المحاكمة العادلة والسريعة والنزيهة.

لهذا نحاول في هذا المبحث التطرق إلى الضمانات الإجرائية التي تكفل المحاكمة العادلة والنزيهة للمتهم وذلك بالتطرق في المطلب الأول إلى حق المتهم في الاعتصام بمبدأ افتراض البراءة على أن نتطرق في المطلب الثاني إلى حق المشتبه فيه والمتهم بالإعلام بالحقوق عند السؤال والاستجواب. على أن نخصص المطلب الثالث إلى ضمان الإشراف القضائي على التحقيق.

1.2.3.1. حق المتهم الاعتصام بمبدأ افتراض البراءة

المستقر لدى الفقه الجنائي أن الجريمة أمر شاذ وغير مألوف والأصل في الإنسان عدم ارتكابها إذ يفترض فيه طهارة اليد وسلامة النية مهما أحاط به من شك وقامت في جانبه من شبهات، ذلك أن

الوصف القانوني المسلم به أن الإنسان بريء مهما كانت التهمة الموجهة له ووزن الدلائل القائمة ضده، إذ لا يمكن الاعتماد على ما تم تجميعه في مرحلة الاستدلال والتحري من دلائل وأمارات أو في مرحلة التحقيق من قرائن وأدلة للجزم والقول بوجود صلة بين المتهم والواقعة الإجرامية المنسوبة إليه، بل إلى أن يفصل القضاء في ذلك بموجب حكم نهائي وبات يقطع بموجبه الشك باليقين[77] ص 99.

لذا قررت جميع المواثيق والإعلانات الدولية مبدأ أصل افتراض البراءة وتضمنته جميع الدساتير والتشريعات المقارنة باعتباره يمثل الحد الأدنى للشرعية الإجرائية وضمانة جوهرية لحرية الإنسان، لذا نحاول أن نتطرق في هذا المطلب إلى تفصيل هذا المبدأ في عدة فروع إذ نتطرق في الفرع الأول إلى ماهية مبدأ افتراض البراءة، وفي الفرع الثاني إلى الطبيعة القانونية لمبدأ أصل البراءة، ونتطرق في الفرع الثالث إلى نتائج مبدأ أصل البراءة، على أن نخصص الفرع الرابع إلى الحماية التشريعية لمبدأ افتراض البراءة، وذلك على النحو التالي:

1.1.2.3.1. ماهية مبدأ افتراض البراءة

من المستقر عليه فقها وقضاءا والثابت قانونا أن المتهم خلال جميع مراحل الخصومة الجزائية وإلى أن يصدر حكما نهائيا وباتا لا بد أن يعامل على أنه بريء مهما كان وزن الأدلة المقامة ضده، وهذا تطبيقا لضمانة إجرائية هامة تأتي في صدارة تطبيق مبدأ الشرعية الإجرائية وهي مبدأ أصل البراءة، لذا نحاول التطرق إلى تعريف هذا المبدأ أولا، ثم نتطرق ثانيا إلى مبررات هذا المبدأ.

1.1.1.2.3.1. تعريف مبدأ أصل البراءة

يجمع الفقه الجنائي على أن المقصود بمبدأ افتراض البراءة في المتهم هو إلقاء عبء إثبات الجريمة على النيابة العامة ومعاملة المتهم على أساس أنه بريء إلى غاية صدور حكم نهائي في شأنه إلا أنهم اختلفوا في تأصيل تعريف موحد بشأن هذا المبدأ، ويمكن لنا أن نميز بين مجموعة من التعاريف.

إذ عرف الأستاذ محمد محي الدين عوض[54] ص 15 مبدأ أصل البراءة بأنها:" أن البراءة في نظر القانون لها مدلولان أحدهما موضوعي والآخر شخصي، فأما المدلول الموضوعي فمؤداه أن البراءة باعتبارها قرينة قانونية يلقى على عاتق سلطة الاتهام عبئ الإثبات فالمتهم بريء حتى تثبت إدانته قانونا، وأما المدلول الشخصي فمؤداه أن هذا المبدأ ليس فقط موجها لعبء الإثبات وإنما موجها إلى القائمين على الدعوى الجنائية وتفرض عليهم معاملة المتهم على أنه بريء، طالما أن إدانته لم تثبت بعد بحكم قضائي وبالتالي فهذا المبدأ يحد من الموقف الاتهامي الذي تتخذه هذه الهيئات ويجعلها تغلب فكرة الخطأ في العفو عن الخطأ في العقوبة، وهذان المدلولان يشكلان المدلول القانوني لأصل البراءة.

كما عرف الأستاذ محمد زكي أبو عامر مبدأ أصل البراءة بقوله:«قرينة البراءة تعني افتراض براءة كل فرد، مهما كان وزن الأدلة أو قوة الشكوك التي تحوم حوله أو تحيط به، فهو بريء هكذا ينبغي أن يعامل وهكذا ينبغي أن يوصف طالما أن مسؤوليته لم تثبت بمقتضى حكم صحيح ونهائي صادر عن القضاء المختص»[86] ص 39.

كما اعتبر الأستاذ أحمد فتحي سرور مبدأ أصل البراءة وقاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني، وجهان لعملة واحدة ذلك أن تطبيق قاعدة "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني" والتي تؤكد أن الأصل في الأشياء الإباحة والاستثناء هو التجريم والعقاب ، يفترض حتما قاعدة أخرى هي افتراض البراءة في المتهم، حتى يثبت جرمه وفقا للقانون[13] ص 179.

كما عرف الأستاذ محمد محدة مبدأ افتراض البراءة بأنه:«حق معاملة الشخص مشتبها فيه كان أو متهما في جميع مراحل الإجراءات ومهما كانت جسامة الجريمة التي نسبت إليه، على أنه بريء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات وفقا للضمانات التي يقررها القانون في كل مرحلة»[82] ص 225.

غير أنه من خلال ملاحظة التعاريف التي أعطيت لمبدأ أصل البراءة نجدها تدور كلها حول محور أساسي مفاده أن كل شخص يكون محل متابعة جزائية لاتهامه باقترافه جريمة معينة بصفته فاعلا أصليا لها أو مجرد شريكا فيها أن يعامل على أساس أنه بريء مهما كان وزن الأدلة المقامة ضده إلى غاية صدور حكم نهائي وبات بشأنه ينقلب مبدأ أصل البراءة إلى أصل الإدانة.

2.1.1.2.3.1. تقييم مبدأ أصل افتراض البراءة

يرى أنصار الاعتراف بمبدأ أصل البراءة في المتهم أن هناك عدة اعتبارات ومبررات تدفعهم إلى تأييد هذا المبدأ وتبنى نتائجه يمكن إجمالها في الآتي:

- أن مبدأ افتراض أصل البراءة في المتهم يعد من المسلمات التي تتطابق مع طبائع الأشياء ذلك إن الجريمة أمر عارض شاذ وغير مألوف وقوعها من شخص ذلك أن الإنسان يلتزم دوما بالقانون السائد في بلاده والاستثناء إلى الخروج عنه، هذا ما يؤدي بنا إلى تقرير أن الأصل في الإنسان الخير والفضيلة وبراءة الذمة ونقاء السريرة والاستثناء هو الشر والرذيلة، لذا فإن أصل الإنسان هو البراءة.

- إن حماية الحرمة الشخصية للأفراد وكفالة أمنهم الشخصي من طغيان السلطة القائمة على أمر الدعوى العمومية مبني على أساس أن المتهم بريء إلى غاية إثبات إدانته بحكم نهائي، والقول والعمل بغير ذلك يؤدي إلى إهدار كرامة الإنسان والاعتداء على حرية الأشخاص لمجرد وجود شك في اقتراف الجريمة مما يجعل ذلك خروجا على قواعد الأحكام القائمة على الحزم واليقين لا على الشك والظن والاحتمال.

- إن المتهم شخص ضعيف أمام باقي أطراف الخصومة الجزائية خاصة النيابة العامة صاحبة سلطة الاتهام لما لها من قوة وامتيازات السلطة التي تتيح لها جميع أدلة الاتهام والمحافظة عليها، لذا يجب أن يضمن للمتهم قدر من الحرية لدحض هذه الأدلة وتفنيدها بما يستوجب أن تظل معاملته على أنه بريئ إلى غاية أن يتم تأكيد أدلة الاتهام بموجب حكم إدانة نهائي وبات وحائز لقوة شيء المقضي فيه.

- إذا لم يتم معاملة المتهم على أساس أنه بريء خلال جميع مراحل الخصومة الجزائية يقتضي بالضرورة ألزامه بتقديم دليل براءته أي أن يقدم الدليل الذي ينفي عليه ارتكابه للجريمة محل المتابعة، وهذا الدليل يستحيل تقديمه إلى القضاء لأنه دليل سلبي مما يترتب على ذلك التسليم بإدانة المتهم، مما يؤدي بنا إلى تطبيق قواعد المسؤولية المفترضة أمام القضاء الجزائي بالرغم من أن هذا النوع من المسؤولية يوجد في المسائل المدنية فقط ولا وجود له كأصل أمام المحاكم الجزائية.

- إن إجراءات الدعوى العمومية وما تقتضيه من بحث وتحري وتحقيق قضائي لأجل الوصول إلى الحقيقة القضائية قد يؤدي بوكيل الجمهورية في حالة التلبس أو قاضي التحقيق عند فتح التحقيق أن تتخذ إجراءات الحبس المؤقت ضد المتهم لأجل تأمين الأدلة إلا أنه قد يصدر أمر بانتفاء وجه الدعوى أو حكم بالبراءة مما يمثل حسبه على ذمة التحقيق أو في إطار إجراءات التلبس مساسا خطيرا لحريته دون حكم قضائي بالإدانة، وللتخفيف من حدة هذه الانتهاكات للحرية الشخصية لا بد أن يعامل المتهم على أساس أنه بريء وما يترتب عليه من نتائج كالتخفيف إلى أبعد حد من مساوئ الحبس المؤقت.

2.1.2.3.1. الطبيعة القانونية لمبدأ افتراض أصل البراءة

لقد اختلف الفقه الجنائي في تحديد الطبيعة القانونية لمبدأ افتراض البراءة وذلك في ثلاثة اتجاهات كبرى فهناك من الفقه وهي الغالبية التي اعتبرت مبدأ افتراض البراءة قرينة، وهناك من اعتبرها مجرد حيلة، وهناك من اعتبرها أصل وحقا من الحقوق، وهذا ما نحاول التطرق له تبعا على النحو التالي:

1.2.1.2.3.1. مبدأ البراءة قرينة قانونية بسيطة

يرى بعض الفقه أن افتراض البراءة في المتهم إلى أن يصدر حكم نهائي بإدانته هي قرينة قانونية بسيطة أي تقبل إثبات العكس بجميع طرق الإثبات[86] ص 42.

ويبرر هذا الرأي في اعتبار افتراض البراءة قرينة لأنها قائمة على أساس استنتاج مجهول من معلوم، والمعلوم في هذه الحالة هو أصل الأشياء المعتبرة دوما مباحة ما لم يقرر بحكم قضائي وتطبيقا لمبدأ الشرعية الجنائية وجود نص قانوني بوقوع الجريمة والمجهول المستنتج من هذا الأصل هو براءة الإنسان إلى غاية إثبات إدانته بحكم قضائي نهائي حائز لقوة المقضي فيه[54] ص 38.

وإن مصدر هذه القرينة هو القانون ذلك أن أغلب التشريعات المقارنة نصت على قرينة البراءة في لدن دساتيرها وإن كانت توصف بأنها قرينة قانونية بسيطة تقبل إثبات العكس إلا أنه لا يمكن دحضها عن طريق أدلة الإثبات المقدمة من طرف النيابة أو قاضي التحقيق ولا بموجب الإجراءات التي يباشرها قاضي الحكم وفقا لدوره الإيجابي في البحث عن الحقيقة عن طريق التحقيق النهائي أثناء المحاكمة، بل أن قرينة البراءة تظل قائمة ومنتجة لجميع آثارها ونتائجها المباشرة وغير المباشرة إلى غاية صدور حكم نهائي بات حائز لقوة الشيء المقضي فيه.

2.2.1.2.3.1. مبدأ البراءة حيلة قانونية

اتجه بعض الفقه الفرنسي[54] ص 40 الحديث إلى القول بأن افتراض البراءة تعد حيلة قانونية تم افتراضها في قانون الإجراءات الجزائية، وتظهر هذه الحيلة بصورة جلية خاصة في حالة التلبس بالجريمة ذلك أنه بالرغم من مشاهدة الجريمة حال اقترافها فتفرض براءة المتهم عند مثوله أمام وكيل الجمهورية وكذا أمام قاضي الحكم ما يضفي على مبدأ افتراض البراءة صفة الحيلة القانونية.

ويرى هؤلاء الفقهاء تأسيسهم على اعتبار مبدأ افتراض البراءة حيلة قانونية ذلك أن القانون وضع قناع البراءة على المتهم بغض النظر عن الوقائع المنسوبة إليه وأدلتها وهذا لأجل ترتيب نتائج قانونية تتمثل في الحرية الشخصية التي يجب أن يظل يتمتع بها خلال جميع مراحل الخصومة الجنائية إلى غاية صدور حكم نهائي.

غير أن هذا الرأي نظرا لهزالة الأسس القائم عليها لم يسلم من النقد إذ وجهت له عدة مثالب أهمها أن إفتراض البراءة حقا من حقوق الإنسان يؤسس على الفطرة التي جبل الإنسان عليها وليس أمرا مصطنعا، كما أن وصف مبدأ افتراض البراءة بأنه حيلة لا يتماشى مع المنطق السليم لسير إجراءات البحث عن الدليل وإقامته ذلك أن الحيلة تعد إحدى وسائل الصياغة القانونية التي تجعل من الشيء غير صحيح شيئا صحيحا، لا يمكن تطبيقها في مجال قواعد القانون الجنائي، فإذا كانت القرائن ذاتها تلقى مقاومة ورفض من جانب كبير من الفقه لإقامة الحكم الجزائي على أساسها فكيف يمكن لنا قبول الحيلة في مجال الإثبات الجنائي[86] ص 42.

3.2.1.2.3.1. مبدأ افتراض البراءة أصل وحق من حقوق الشخصية

يذهب أغلب الفقه إلى اعتبار أن مبدأ افتراض البراءة يعد أصل وحقا من الحقوق الشخصية، ذلك أن الدولة وهي صاحبة الحق في كشف الحقيقة وتوقيع العقاب على من تثبت إدانته، فإن المتهم تبرز مصلحته في أن يعامل على أنه بريء، وبالتالي يقع على عاتق الدولة التزاما بأن تهيأ لمن تتهمه بارتكاب الجريمة كافة الحقوق ومنها حقه في أصل البراءة[54] ص 51.

وما يؤكد اعتبار مبدأ افتراض البراءة حقا من حقوق الشخصية أن المشرع الفرنسي نص عليه كحق شخصي في أحكام المادة 9- 1 من القانون المدني والتي عدلت بموجب القانون رقم 516 لسنة 2000 المتعلق "بتدعيم حماية قرينة البراءة وحقوق المجني عليه".

وبنفس الاتجاه أخذ المشرع المصري إذ اعتبر في المادة 50 من القانون المدني مبدأ افتراض البراءة حقا شخصيا عندما نص على أنه:« لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة الشخصية أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر».

كما اعتبر القضاء المصري أن مبدأ افتراض البراءة يعد أصل في الإنسان وحقا من حقوق الشخصية وليست مجرد قرينة قانونية بسيطة وهذا في حكم صادر عن المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 13 لسنة 12 قضائية دستورية بتاريخ 1992/01/12 إذ جاء فيه:«افتراض البراءة لا يتمخض عن قرينة قانونية، ولا هو من صورها ذلك أن القرينة القانونية تقوم على تحويل للإثبات من محله الأصلي، ممثلا في الواقعة مصدر الحق المدعى به إلى واقعة أخرى قريبة منها متصلة بها، وهذه الواقعة البديلة هي التي يعتبر إثباتها إثباتا للواقعة الأولى بحكم القانون، وليس الأمر كذلك بالنسبة إلى البراءة التي افترضها الدستور فليس ثمة واقعة أحلها الدستور محل واقعة أخرى، وأقامها بديلا عنها، وإنما يؤسس افتراض البراءة على الفطرة التي جبل الإنسان عليها، فلقد ولد حرا مبرءا من الخطيئة أو المعصية، ويفترض على امتداد مراحل حياته أن أصل البراءة لازال كامنا فيه مصاحبا له فيما يأتيه من أفعال إلى أن تنقض محكمة الموضوع هذا الافتراض بقضاء جازم لا رجعة فيه، يصدر على ضوء الأدلة التي تقدمها النيابة العامة مثبتة بها الجريمة التي نسبتها إليه، فكل ركن من أركانها وبالنسبة إلى كل واقعة ضرورية لقيامها بما في ذلك القصد الجنائي بنوعيه إذا كان متطلب فيها وبغير ذلك لا ينهدم أصل البراءة»[54] ص 42.

كما إعتبر المشرع الجزائري مبدأ افتراض البراءة أصل وحق ملازم للشخصية عندما قرر في أحكام المادة 47 من القانون المدني على أنه:« لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر»، كما أكدت المحكمة العليا طبيعة الحق في مبدأ افتراض البراءة عندما وصفته في حكم لها مؤرخ في 1985/10/25 بأنه أصل بقولها:« الأصل أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته نهائيا، وأن عبء الإثبات على النيابة العامة التي تقوم بتحريك الدعوى العمومية ومباشرتها»[26] ص 17.

وما يؤكد أن مبدأ افتراض البراءة من الحقوق الأساسية ذلك أن جميع الأفراد متساوين في الاستفادة من هذا الحق إذ كفلته جميع المواثيق الدولية لحقوق الإنسان وأكدته جميع التشريعات المقارنة وأصبح من الحقوق المحمية دوليا ودستوريا[14] ص 246.

3.1.2.3.1. نتائج مبدأ أصل البراءة

يترتب على مبدأ افتراض البراءة نتائج هامة في المحيط الإجرائي تعد الحصن الذي يحمي حقوق وحريات المتهم والمشتبه فيه أثناء مرحلة البحث على الدليل وتداوله خاصة أمام استفحال ظاهرة استعمال الوسائل العلمية في التحقيقات الجزائية.

ولعل أخطر هذه النتائج هو إلقاء عبء إثبات الجريمة وجميع أركانها وظروفها على النيابة العامة والتي تمثل النتيجة الرئيسية بالإضافة إلى نتائج قانونية اقتضتها ظروف تطبيق بعض القواعد الإجرائية، وهذا ما نحاول التطرق إليه تبعا وذلك على النحو التالي:

1.3.1.2.3.1. النتائج الرئيسية لمبدأ افتراض البراءة

إن النتيجة الرئيسية لأعمال مبدأ افتراض البراءة الأصلية هو إلقاء عبء الإثبات على النيابة العامة وما يرتبه ذلك من جعل الشك يفسر لمصلحة المتهم، مع إلزامية قيام وبناء الأحكام الجزائية على الجزم واليقين لا على الظن والاحتمال، لذا يمكن إبراز هذه النتائج الرئيسية وذلك على النحو التالي:

إلقاء عبء الإثبات على النيابة العامة

إن إثبات الأمر بوجه عام هو إقامة الدليل عليه ويقصد به الدعوى العمومية إقامة الدليل على وقوع الجريمة أولا وعلى إسنادها للمتهم ثانيا، ويقع هذا العبء على النيابة العامة[112] ص 4 يساعدها في ذلك الضحية أو المدعى المدني إذا كانت القضية طرحت على القضاء بناءا على شكوى أو إدعاء مدني.

ويترتب على هذه القاعدة بحكم اللزوم إعفاء المتهم من تحمل عبء إثبات براءته فيقع ذلك على النيابة العامة إثبات قيام الجريمة بجميع أركانها الشرعية والمادية والمعنوية والتعرف على هوية المتهم وإسنادها المادي والمعنوي له. غير أن الإشكال الذي يطرح في هذه المسألة هو ذلك المتعلق بمعرفة ما إذا كان هذا العبء يقع بأكمله على النيابة العامة أو أن جزء من الإثبات يقع على المتهم وهو ذلك المتعلق بالدفوع الجنائية؟

نظرا لأن الدفع بمعناه الاصطلاحي يقصد به جميع وسائل الدفاع التي يجوز للمتهم أن يستعين بها للتوصل إلى تبرئته من الاتهام المسند إليه سواء كان دفعا شكليا متعلقا بالإجراءات أو موضوعيا متعلق بموضوع الإتهام، وبالتالي فإن هذا الدفع المثار يجب أن يقرع مسامع المحكمة متعلق بموضوع الدعوى المطروحة ومنتجا فيها ومشتملا على ما يرمي إليه صريحا في طلبه ومصرا عليه في طلباته الختامية[56] ص 7، إلا أن القضاء الفرنسي تواتر في أحكامه على التميز في الدفوع المتعلقة بالنظام

العام والدفوع المتعلقة بمصلحة المتهم، إذ أن الدفوع التي في صالح المتهم ولا تتعلق بالنظام العام فيقع عبء إثباتها على هذا الأخير.

الشك يفسر لصالح المتهم

إن قاعدة الشك يفسر لمصلحة المتهم تعد نتيجة منطقية مترتبة على مبدأ افتراض البراءة ذلك أنه يتعين على القاضي أن يحكم بالبراءة كلما ثار الشك لديه في الإدانة إذ أن الأحكام في المواد الجزائية يجب أن تبنى على الجزم واليقين لا على الظن والاحتمال.

ورغم أن قاعدة الشك يفسر لمصلحة المتهم ليس منصوصا عليها بشكل صريح في المواثيق الدولية والنصوص القانونية الداخلية إلا أنه تم إعمالها تطبيقا لمبدأ قرينة البراءة، غير أن المشرع الفرنسي وبموجب قانون تدعيم قرينة البراءة الصادر بتاريخ 2000/06/15 قد نص على قاعدة الشك عندما قرر في المادة 304 على أنه:« يجب على رئيس المحكمة أن يوجه المحلفين قائلا لهم "...وعليكم أن تتذكروا بأن المتهمين يفترض براءاتهم، وبأن الشك يجب أن يستفيد منه المتهمون».

والثابت أن الطريق من الشك إلى الاقتناع اليقيني هو طريق يمتد من اللحظات الأولى لمبدأ التحريات وجمع الاستدلالات وعلى امتداد مراحل الدعوى العمومية إلى غاية المحاكمة الأمر الذي يؤدي بنا بالضرورة إلى طرح إشكالية مدى أثر الشك في كل مرحلة من هذه المراحل ومتى يرتب نتائجه القانون ويستفيد منه المتهم؟

للإجابة على هذه الإشكالية يجدر بنا التطرق إلى أثر الشك في مرحلة التحقيق الابتدائي وفي مرحلة التحقيق النهائي أو المحاكمة.

أثر الشك في مرحلة التحقيق الابتدائي

التحقيق الابتدائي مرحلة قضائية تتمثل في قيام قضاة التحقيق في القضايا الهامة التي أقيمت بها الدعوى العمومية أمامهم، لذا فإن قاعدة الشك يفسر بمصلحة المتهم لا تثور في هذه المرحلة ولا يستفيد منها المتهم باعتبار أن الحقيقة القضائية لم تكن قد اكتملت بعد.

وعلى هذا الأساس فإن قاضي التحقيق تقتصر مهمته على مجرد فحص كفاية الأدلة أو عدم كفايتها المبررة للاتهام أو الإثباتات المكونة للجريمة والتي تبرر إحالة المتهم إلى المحاكمة أو إصدار أمر بانتفاء وجه الدعوى.

وغني عن البيان أن عبارة الأدلة الكافية الواردة في أحكام المادة 163 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري تستعمل في التحقيق الابتدائي بمعنى مغاير عند استعمالها في مرحلة المحاكمة، ذلك أن المقصود بها في التحقيق الابتدائي أنها أدلة تسمح بتقديم المتهم للمحاكمة ورفع الدعوى عليه مع رجحان الحكم عليه بالإدانة لذا وصفها المشرع الجزائري بحق بالدلائل.

وقد جرى قضاء المحكمة العليا في الجزائر على تبني هذه الرأي وذلك في قرار حديث صادر بتاريخ 2004/02/09 إذ قررت أن:«البحث في قضية الشك مناط بقضاة الموضوع وليس بجهات التحقيق إذ لا يجوز لهذه الجهات تفسير الشك أو الموازنة بين أدلة الإثبات وتغليب إحداها على الأخرى إذ أن مهمة جهات التحقيق هي البحث وجمع الأدلة ضد المتهمين أو لصالحهم ثم الانتهاء بعد ذلك إلى تقديم ما إذا كانت هناك أعباء كافية لإحالة المتهمين على جهة الحكم دون أن تفصل جهة التحقيق في تلك الأدلة التي يترك بشأن تمحيصها وموازنتها إلى الجهة المخول لها هذه المهمة».

وحتى يوفر ضمانات أكبر لمبدأ الشك يفسر لمصلحة المتهم في الإجراءات الجزائية، فقد تدخل المشرع الفرنسي بموجب قانون تدعيم قرينة البراءة رقم 516/2000 المؤرخ في 2000/06/15 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية، استحدث نظام الشاهد المساعد وفرق بينه وبين المتهم الذي صار يطلق عليه بموجب القانون المذكور أعلاه الشخص موضوع الفحص، والشاهد المساعد هو الشخص المشتبه فيه الذي لم يتقرر بعد اعتباره متهما لعدم توافر دلائل كافية على إثبات مسؤوليته في ارتكاب الفعل الإجرامي أو مشاركته فيه ولكن تم مساعدته عن طريق السماح له بالإستعانة بمحام عندما يقوم قاضي التحقيق بسماع أقواله كشاهد مساعد فهو مركز وسط بين الشاهد العادي والمتهم.

ويظهر توفير الضمانات القانونية لتقرير مبدأ الشك يفسر لمصلحة المتهم في النظام القضائي الفرنسي من خلال جعله للشاهد المساعد القاعدة العامة وأن الاتهام هو الاستثناء إذ نص في الفقرة الأخيرة من المادة 1/80 من قانون الإجراءات الجزائية المعدلة بالقانون رقم 516/2000 على أنه:«لا يجوز لقاضي التحقيق أن يمضي في إجراء وضع الشخص للفحص إلا إذا قدر عدم إمكانية اللجوء إلى تطبيق نظام الشاهد المساعد».

كما حددت المواد من 1/113 إلى 8/113 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي المعدل بموجب القانون رقم 516/2000 الحالات التي يكون فيها سماع الشخص بوصفه شاهد مساعد، وهي حالة ما إذا ورد اسم الشخص في الطلب المقدم من طرف وكيل الجمهورية لقاضي التحقيق لفتح التحقيق وكان يرغب هذا ألأخير في عدم سماعه كمتهم يتم في هذه الحالة سماعه كشاهد مساعد.

أو حالة الشكوى المصحوبة بالإدعاء المدني المرفوعة من طرف المجني عليه مباشرة أمام قاضي التحقيق فيجوز للمشتكي منه أن يرفض سماعه كشاهد إذا قدر المشتكي منه ورفض سماعه كشاهد عادي يتعين على قاضي التحقيق حينها سماعه كشاهد مساعد، أو حالة ما إذا اتهم أحد الشهود لشخص بإقترافه الجرم محل التحقيق أو وجدت دلائل تؤدي إلا الإعتقاد بأن الشخص اقترف الجريمة محل التحقيق أو مساهما فيها، في هذه الحالة أجاز المشرع الفرنسي لقاضي التحقيق سماع الشخص محل الاتهام كشاهد مساعد.

ويلاحظ من خلال تعديل المشرع الفرنسي لقانون الإجراءات الجزائية بموجب قانون تدعيم قرينة البراءة رقم 516/2000 المؤرخ في 2000/06/15 أنه رتب أثر مبدأ الشك يفسر لمصلحة المتهم حتى في مرحلة التحقيق إذا قدر أن عدم كفاية الأدلة لا يمكن توجيه الاتهام للشخص محل الاشتباه بل يتم سماعه كشاهد بحضور محاميه.

الشك في مرحلة المحاكمة

من القواعد المسلمة أن الأحكام في المواد الجزائية يجب أن تبنى على الجزم واليقين لا على الظن والاحتمال، ذلك أنه إذا كانت المحكمة لم تنته من الأدلة التي تطرقت إليها في معرض مناقشتها في الجلسة إلى الجزم بنسبة الفعل إلى المتهم أو إن الشك راودها في نسبتها إليه وجب على قاضي الموضوع القضاء ببراءة المتهم.

ويجري القضاء المقارن على أن التشكيك في إسناد التهمة للمتهم كافي لإصدار الحكم بالبراءة وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها مؤرخ في 1974/11/26 على أنه:«يكفي في المحاكمات الجنائية أن يتشكك القاضي في صحة إسناد التهمة لكي يقضي بالبراءة»، وفي قرار آخر صادر عن محكمة النقض السورية بتاريخ 1965/05/23 على أنه:«أن القضاء مؤسسة مهمتها الحكم بالعدل والقسط ولا يكون ذلك إلا بالعمل على إبراز الوقائع واضحة جلية لا لبس فيها ولا غموض تدعمها أدلة قاطعة وحاسمة لا يتطرق إليها الشك أو الشبهة ولا يلتبس فيها الاحتمال وكل دليل بين طياته شكا أو شبهة أو احتمالا يجب أن يكون مصيره الإهمال لأن في ذلك فقط يسود الحق ويقوم العدل»[112] ص 36.

وقد وضع المشرع الجزائري قاعدة عامة على أن عدم ثبوت الأدلة ضد المتهم يؤدي إلى براءته، ولا شك أن الثبوت يكون يقينيا وبصورة جازمة والشك نقيض اليقين مما يؤدي بالضرورة إلى توافر عدم الثبوت المنصوص عنه في أحكام المادة 364 من قانون الإجراءات الجزائية التي مفادها:«إذا رأت المحكمة أن الواقعة موضوع المتابعة لا تكون أية جريمة في قانون العقوبات أو أنها غير ثابتة أو غير مسندة للمتهم قضت ببراءته من المتابعة بغير عقوبة ولا مصاريف».

كما أخذ القضاء الجزائري بقاعدة الشك يفسر لمصلحة المتهم في عدة قرارات له من بينها قراره الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1987/07/14 والذي جاء فيه:«وحيث علاوة على ذلك فإنه يلاحظ في القرار المطعون فيه تناقض جسيم في حيثياته ومنطوقه ذلك لأن قضاة المجلس قد صرحوا من جهة أن المتهم يستفيد من الشك، وذلك بالسطر السادس عشر من الصفحة الثانية، ثم صرحوا بإدانته في منطوق القرار والحال أن الشك يفسر دائما في صالح المتهم، وعليه يتعين أن الوجه المثار من طرف الطاعن قد جاء مؤسس وينجر عنه نقض القرار المطعون فيه»[150].

2.3.1.2.3.1. النتائج القانونية لمبدأ افتراض البراءة

عند تطبيق مبدأ افتراض البراءة في الممارسة القضائية فإنه يرتب عدة نتائج ثانوية يتعلق بكل واقعة على حدى سواء ضمن القواعد الموضوعية أو الإجرائية ومن أهمها:

- يستوجب مبدأ افتراض البراءة أنه في حالة البدء في التنفيذ المكون للركن المادي للشروع في الجريمة أو المحاولة المنصوص عنها في أحكام المادة 30 من قانون العقوبات الجزائري إذا كان هذا البدأ في التنفيذ صالحا للتطبيق على عدد من الجرائم ذات الجسامة المختلفة فإن مبدأ افتراض البراءة يقتضي أن قصد المتهم قد تعلق بارتكاب الجريمة الأقل جسامة طالما أنه لا يوجد دليل يتعلق قصده بغيرها[86] ص 46. ويعد ذلك نتيجة منطقية لأن الإنسان لا يسأل إلا على القدر المتيقن في حقه.

- يقتضي مبدأ افتراض البراءة أنه في طلب التماس إعادة النظر كطريق غير عادي للطعن في الأحكام والقرارات القضائية النهائية لا يجوز رفعه ضد الأحكام التي قضت ببراءة المتهم وهذا بصريح المادة 531 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري التي تنص على أنه:«لا يسمح بطلبات إعادة النظر، إلا بالنسبة للقرارات الصادرة عن المجالس القضائية أو للأحكام الصادرة عن المحاكم إذا حازت قوة الشيء المقضي فيه وكانت تقضى بالإدانة في جناية أو جنحة».

- إن المتهم الذي كان محبوسا مؤقتا في فترة المحاكمة فإذا صدر في حقه حكم يقضي بالبراءة أو بعقوبة الحبس مع وقف التنفيذ أو بغرامة مالية أو بعقوبة سالبة للحرية أقل من مدة الحبس المؤقت أو تساويها يجب إطلاق صراحه ويسترجع حريته كمبدأ خلال مدة الاستئناف والطعن بالنقض تطبيقا لمبدأ افتراض البراءة، وإذا كان طليقا وصدر في حقه حكم بالحبس النافذ دون أن يكون مشمولا بالأمر بالإيداع أو الأمر بالقبض فإنه يبقى في حالة حرية وطليقا في فترة الاستئناف والطعن بالنقض إلى غاية صيرورة الحكم نهائيا، وهذا بصريح المادة 365 من قانون الإجراءات الجزائية التي تنص على أنه:«يخلي سبيل المتهم المحبوس مؤقتا فور صدور الحكم ببراءته أو بإعفائه من العقوبة أو الحكم عليه بالحبس مع إيقاف التنفيذ أو بالغرامة، وذلك رغم الاستئناف ما لم يكن محبوسا لسبب آخر، وكذلك الشأن بالنسبة للمتهم المحبوس مؤقتا إذا حكم عليه بعقوبة الحبس بمجرد أن يستنفد مدة حبسه المؤقت مدة العقوبة المقضى بها عليه».

- رتبت المادة 309 من قانون الإجراءات الجزائية حكم مستخلص من مبدأ افتراض البراءة والذي مفاده إنه أثناء مداولة محكمة الجنايات فإنه يتم التصويت في أوراق هوية سرية بواسطة الاقتراع عن كل سؤال يتم طرحه في غرفة المشورة فإنه بالنسبة لأوراق التصويت البيضاء أو تلك التي يقرر أغلبية الأعضاء بطلانها تعد في صالح المتهم.

يعد مبدأ افتراض البراءة السبب غير المباشر وراء ما يقرره القانون من ضرورة حضور المتهم إلى الجلسة بغير قيود ولا أغلال ويضيف الفقه الفرنسي ضرورة حضور المتهم بملابسه المدنية باعتبار أن قرينة البراءة تفترض أن يعامل المتهم على أنه بريء إلى غاية صدور حكم نهائي ضده ذلك أن ملابسه المدنية صورة لصفة البراءة فيه وقد تجلى ذلك بصورة واضحة في الممارسة العملية ولو بغير نص حضور المتهم للمحاكمة بملابسه المدنية وهذا ما قرره المشرع الجزائري في أحكام المادة 293 في قانون الإجراءات الجزائية التي تنص على أنه:«يحضر المتهم بالجلسة مطلقا من كل قيد ومصحوبا بحارس فقط».

وتعد هذه بعض النتائج الثانوية الهامة التي فرضها مبدأ افتراض البراءة لما لها من تأثير على القضاة وخاصة المحلفين مما يجعل الحرص على تطبيقها مداعاة لحماية المبدأ.

4.1.2.3.1. الحماية التشريعية لمبدأ افتراض البراءة

نظرا لاعتبار مبدأ افتراض البراءة التطبيق العملي والإجرائي لمبدأ كفالة الحرية الشخصية للمتهم فقد حضى هذا المبدأ بحماية خاصة سواء في المواثيق والإعلانات الدولية والإقليمية أو في الدساتير والقوانين المقارنة، لذا سنحاول التطرق إلى التكريس التشريعي لمبدأ افتراض البراءة. على المستوى الدولي ثم على المستوى الداخلي وذلك على النحو التالي:

1.4.1.2.3.1. حماية مبدأ افتراض البراءة في الإعلانات والمواثيق الدولية

يعتبر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادرتين عن هيئة الأمم المتحدة أعلى وثيقتين دوليتين، تطرقتا لمبدأ افتراض البراءة ونصتا على أحكامه وضرورة تكييف نصوص الدول الموقعة على هذه المواثيق أو الاتفاقيات بما يسايرها[37] ص 103 وهذا ما يمكن ملاحظته تبعا على النحو التالي:

في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان

يعد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن هيئة الأمم المتحدة في 1948/12/10 مصدرا دوليا لحماية حقوق الإنسان بوجه عام والحق في التمسك بمبدأ افتراض البراءة بوجه خاص وهذا في أحكام المادة 11 بفقرة أولى التي تنص على أنه:« كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئا إلى أن يثبت ارتكابه لها قانونا في محاكمة علنية تكون قد وفرت له فيها جميع الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه».

ويبرز هذا النص بصورة واضحة الاعتراف الدولي بأصل البراءة في المتهم مما يجعلها حقا من حقوق ألإنسان التي تولد معه وتظل ملازمة له يتمسك ويتحصن بها اتجاه سلطة الاتهام ولا يمكن دحضها إلا بموجب حكم نهائي صادر عن محاكمة علنية وعادلة وفرت فيها جميع الضمانات القضائية.

في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية

يعتبر العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادر عن هيئة الأمم المتحدة بتاريخ 1966/12/16 والساري المفعول بداية من 23 مارس 1976 نقطة تحول كبرى في حماية حقوق الإنسان على المستوى الدولي وهذا لطبيعة هذه الوثيقة التي صدرت في صور معاهدة ملزمة للدول التي تصادق عليها أو تنظم لها وهذا بصريح المادة الثانية من الاتفاقية التي تلزم كل دولة طرفا في هذا العهد أن تلتزم باحترام الحقوق والحريات والضمانات الواردة فيها وإن تكيف نصوصها التشريعية أو غير التشريعية على منوال هذه الاتفاقية.

وقد كرس العهد الدولي حق المتهم بالاعتصام بمبدأ افتراض البراءة باعتباره من الحقوق الأساسية للإنسان وذلك في صريح المادة 2/14 بقوله:« من حق كل متهم بارتكاب جريمة أن يعتبر بريئا إلى أن يثبت عليه الجرم قانونا».

كما وضع العهد في المادة 3/14 مجموعة من الضمانات التي تكرس المبدأ في التطبيق العملي منذ اللحظة الأولى لاتخاذ إجراءات التحري وتحريك الدعوى العمومية إلى غاية صدور حكم نهائي وبات وحائز لقوة الشيء المقضي فيه. كالحق في تبليغ المتهم بالوقائع المسندة له مع تمكينه من اختيار محام للدفاع على حقوقه مع محاكمته في وقت معقول وحضوريا أمام قاضيه الطبيعي، وهي كلها من الضمانات المترتبة على مبدأ افتراض البراءة.

2.4.1.2.3.1. الحماية الدستورية لمبدأ افتراض البراءة

نظرا لأهمية مبدأ افتراض البراءة باعتباره قاعدة دولية فقد حرصت جميع دساتير العالم على النص على هذا المبدأ في صلب الدستور بل البعض منها ضمنه في ديباجة الدستور مما وفر لها حماية دستورية.

لقد تضمن إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في أعقاب الثورة الفرنسية بتاريخ 1789/08/26 النص صراحة على مبدأ افتراض البراءة، وباعتبار إعلان الحقوق مصدر أساسي للدستور الفرنسي فقد تضمنت جميع دساتير فرنسا في ديباجتها النص على تمسكها بحقوق الإنسان كما هي معرفة بإعلان الحقوق لسنة 1789 الأمر الذي يؤدي بالضرورة إلى اعتبار قرينة البراءة قاعدة دستورية في النظام الفرنسي.

كما نص الدستور الكندي في المادة 11 فقرة د منه على أن:«أي شخص متهم بارتكاب جريمة تفترض براءته إلى أن تثبت إدانته وفقا للقانون في محاكمة عادلة وعلنية أمام محكمة مستقلة ومحايدة».

كما نصت جل الدساتير العربية على مبدأ افتراض البراءة إذا نص الدستور المصري الحالي لسنة 2012 في مادته 77 فقرة 2 على أنه:« والمتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية عادلة

تكفل له فيها ضمانات الدفاع»، كما نص الدستور السوري في المادة 34 على أن:«كل إنسان بريئا حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية»، كما نص الدستور الكويتي في مادته 34 على أنه:«المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية لممارسة حق الدفاع، ويحظر إيذاء المتهم جسمانيا أو معنويا».

ولم يشذ المشرع الدستوري الجزائري في جميع دساتيره المتعاقبة على التنصيص على مبدأ افتراض البراءة إذ جاء في المادة 45 من الدستور الحالي على أنه:« كل شخص يعتبر بريئا حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته، مع كل الضمانات التي يتطلبها القانون».

أما الدستور الأمريكي فلم ينص صراحة على مبدأ افتراض البراءة وإنما تضمنه التعديلين الخامس والسادس إذ يفرض على القاضي قبل بدأ المحاكمة توجيه المحلفين إلى أن يأخذوا في اعتبارهم أن:«الأشخاص المتهمين بالجريمة أبرياء حتى تثبت إدانتهم»[54] ص 129.

2.2.3.1. ضمان الإخطار الفوري بالحقوق عند الاستجواب

يعتبر الاستجواب إجراءا مركزيا في التحقيق القضائي[6] ص 73 لما تتضمنه من مناقشة المتهم تفصيلا عن التهمة الموجهة إليه ومواجهته بالأدلة القائمة ضده إثباتا أو نفيا كمحاولة لكشفه الحقيقية[54] ص 349 باعتبارها هدف التحقيق ومناط الدعوى العمومية ووسيلة دفاع.

وإذا كانت الغاية من الاستجواب هو جمع الأدلة خاصة القولية منها مما يجعل المحقق يتعامل مباشرة مع شخص المتهم الأمر الذي يترتب عنه تأثيرا بليغا على مركز المتهم لما تتخذ ضده مجموعة من الإجراءات الاحتياطية للبحث عن الدليل من خلال مناقشته في تفاصيل الوقائع محل المتابعة أو المرتبطة بها أو مواجهته بغيره من المتهمين أو الشهود أو إخضاعه للخبرة أو اعتراض مراسلاته أو اتصالاته وتسجيلها إلى غير ذلك من الإجراءات التي كفلها المشرع لصالح المحقق في بحثه عن الدليل أو تداوله.

ونظرا لخطورة الإجراءات ومساسها بقرينة البراءة التي يتحصن بها المتهم في مواجهة القضاء فقد أقرت العديد من التشريعات المقارنة مجموعة من الضمانات يتعين على المحقق إخطار بها المتهم قبل البدأ في استجوابه مع منحه الوقت الكافي للتمسك بها تحت طائلة البطلان، وغنى عن البيان أن هناك فرق جوهري بين ضمان الأخطار بالحقوق وباستخدام هذه الحقوق، فالحق محل الحماية في الحالة الأولى يتمثل في التزام يقع على المحقق قبل بدأ إجراءات السؤال واستجواب المتهم إخطاره بالحقوق التي كفلها له المشرع وإثبات ذلك في محضر تحت طائلة البطلان، أما الحق محل الحماية في الحالة الثانية فهو حق المتهم في استخدام الحقوق المقررة له قانونا وفقا لما يراه أنسب لمصلحته دون أن يرتب البطلان عند عدم استعماله بإرادته[3] ص 218.

ويمكن لنا أن نميز بين أربعة ضمانات كبرى نتطرق لها تبعا في أربعة فروع إذ نتطرق في الفرع الأول إلى حق المتهم بأن يحاط علما بالتهمة المنسوبة إليه، ثم نتطرق في الفرع الثاني إلى حق المتهم في الصمت، على أن نخصص الفرع الثالث لحق المتهم في تعيين محام، ونتطرق أخيرا في الفرع الرابع إلى حق المتهم بطلب الكشف الطبي.

1.2.2.3.1. حق المتهم بأن يحاط علما بالتهمة المنسوبة إليه

يعتبر إخطار المتهم عند الحضور الأول أمام قاضي التحقيق وقبل بدأ استجوابه في موضوع الاتهام بالوقائع المسندة إليه إحدى الضمانات الهامة لأنه على أساسها يستطيع المتهم أن يحدد مدى حاجته للضمانات المقررة قانونيا كحقه في الصمت أو توكيل محام للدفاع عليه ومساعدته.

ونظرا لأهمية حق إحاطة المتهم بالتهمة المنسوبة إليه قبل إتخاذ أي إجراء في مواجهته يجدر بنا التطرق إلى مفهوم هذا الحق والحماية التشريعية المقررة له ونطاقه وذلك على النحو التالي:

1.1.2.2.3.1. مفهوم حق إحاطة المتهم بالتهمة المنسوبة إليه

يقصد بحق إحاطة المتهم بالتهمة المنسوبة إليه إبلاغه بكل الوقائع المسندة إليه والأدلة المقامة ضده مع بيان التكييف القانوني لها والنصوص الجزائية التي تنطبق عليها وهذا حسبما أشارت إليه المادة 09 فقرة 02 من العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 إذ نصت على "وجوب إبلاغ كل من يقبض عليه بأسباب ذلك عند حدوثه، كما يجب إبلاغه فورا بأية تهمة توجه إليه".

ونظرا لأن اللغة هي وسيلة التبليغ بالتهمة والوقائع فإنه يتعين أن يكون تبليغ المتهم بما أسند إليه من اتهام بلغة يفهمها الأمر الذي يؤدي بنا إلى التفرقة بين فرضين الأول إذا كان المتهم أصما أو أبكما والثاني إن يكون أجنبيا لا يستطيع التحدث بلغة البلد محل المتابعة أو المراد إتخاذ فيه إجراء من إجراءات المتابعة الجزائية الأمر الذي يؤدي بالضرورة إلى مساعدة المتهم بمترجم مختص في لغة الإشارات إذا كان أصم أو مترجم لغة إذا كان أجنبي[3] ص 223، وقد تفطن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لهذه المسألة المهمة على خلاف التشريعات الإجرائية المقارنة إذ نص في المادة 3/14 فقرة "أ" على أنه:« لكل متهم بجريمة أن يتمتع أثناء النظر في قضيته وعلى قدم المساواة التامة بالضمانات الدنيا التالية:- 1- أن يتم إعلامه سريعا وبالتفصيل وفي لغة يفهمها بطبيعة التهمة الموجهة إليه وأسبابها».

وقد أشار المشرع الجزائري في أحكام المادة 100 من قانون الإجراءات الجزائية لهذا الحق عندما نص في الفقرة الأولى إلى أنه:« يتحقق قاضي التحقيق حين مثول المتهم لديه لأول مرة من هويته ويحيطه علما صراحة بكل واقعة من الوقائع المنسوبة إليه...». وإلى نفس المعنى إتجه المشرع

المصري إذ نص في الفقرة الأولى من المادة 123 من قانون الإجراءات الجنائية على أنه:« عند حضور المتهم لأول مرة في التحقيق يجب على المحقق أن يتثبت من شخصيته ثم يحيطه علما بالتهمة المنسوبة إليه ويثبت أقواله في المحضر».

غير أنه يلاحظ القصور في أحكام المادة 100 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري وكذا المادة 123 من قانون الإجراءات الجنائية المصري في أنهما لم يعطيا تعريفا كاملا وافيا لهذا الحق إذا لم يشيرا إلى التزام قاضي التحقيق ببيان التكييف القانوني للوقائع محل المتابعة الجزائية أو الإتهام مع إظهار ظروفها المشددة إن وجدت وبلغة مفهومة لدى المتهم حسبما جاء في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية خاصة وإن كلا الدولتين قد وقعتا على هذا العهد.

وقد تفطن المشرع الفرنسي إلى هذه المسألة إذ عدل المادة 116 من قانون الإجراءات الجزائية بموجب القانون رقم 2000- 516 المؤرخ في 2000/06/15 المتعلق بتدعيم قرينة البراءة إذ نص على أن:« قاضي التحقيق يقوم خلال حضور المتهم أمامه لأول مرة بإحاطته علما بكل واقعة من الوقائع المنسوبة إليه وكذا التكييف القانوني المعطى لهذه الوقائع وينوه عن ذلك في المحضر».

2.1.2.2.3.1. الحماية التشريعية لحق المتهم بإعلامه بالتهمة المسندة إليه

نظرا لأهمية ضمان إعلام المتهم بالتهمة والوقائع المسندة إليه من قبل المحقق عند أول مثول له لأجل التحقيق فقد نصت جميع المواثيق الدولية والدساتير والتشريعات الداخلية على هذا الحق ورتبت البطلان الإجرائي الجوهري عند مخالفته.

إذ نصت المادة 9 فقرة 2 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على أنه:« يجب إبلاغ كل من يقبض عليه بأسباب ذلك عند حدوثه، كما يجب إبلاغه فورا بأية تهمة موجهة إليه». كما نص في المادة 14 -3 فقرة أ على أنه:« لكل متهم بجريمة أن يتمتع أثناء النظر في قضيته وعلى قدم المساواة التامة بالضمانات الدنيا التالي: أ- أن يتم إعلامه سريعا وبالتفصيل وفي لغة يفهما، بطبيعة التهمة الموجهة إليه وأسبابها».

أما على مستوى التشريعات الإجرائية فقد نص المشرع الفرنسي في المادة 116 من قانون الإجراءات الجزائية المعدلة بموجب القانون رقم 2000 – 516 المؤرخ في 2000/06/15 المتعلق بتدعيم قرينة البراءة على أن يقوم قاضي التحقيق خلال حضور المتهم أمامه لأول مرة بإحاطته علما بكل واقعة من الوقائع المنسوبة إليه وكذا التكييف القانوني المعطى لهذه الوقائع وينوه عن ذلك في المحضر.

أما في الولايات المتحدة الأمريكية فإن قاعدة إعلام المتهم بالوقائع المسندة إليه قبل أي سؤال من الشرطة أو استجواب من طرف القضاء قد تم النص عليه في التعديل الدستوري السادس التي أوجبت

إخطار المتهم بطبيعة وبسبب الاتهام، أما في بريطانيا فإن هذا التنبيه يرد بصورة أخرى حسب قواعد القضاء لسنة 1964[93] ص 575.

كما حرصت جل التشريعات العربية على النص في لدن قوانينها الإجرائية على ضرورة إعلام المتهم بالوقائع المسندة إليه قبل بدأ الاستجواب ومنذ اللحظة الأولى لحين تقديمه للمحقق (قاضي التحقيق أو النيابة). إذ نص المشرع الجزائري في المادة 100 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه:« يتحقق قاضي التحقيق حين مثول المتهم لديه لأول مرة من هويته ويحيطه علما صراحة بكل واقعة من الوقائع المنسوبة إليه...» وحرصا منه على تحقيق حماية قانونية أكبر لهذا الحق فقد رتب المشرع الجزائري في أحكام المادة 157 من قانون الإجراءات الجزائية بطلان محضر الاستجواب في الحضور الأول وكل ما يتلوه من إجراءات في حالة عدم إعلام المتهم بالوقائع المسندة إليه وتدوين ذلك في محضر الاستجواب في الحضور الأول وذلك بقوله:« تراعي الأحكام المقررة في المادة 100المتعلقة باستجواب المتهمين والمادة 105 المتعلقة بسماع المدعى المدني وإلا ترتب على مخالفتها بطلان الإجراء نفسه وما يتلوه من إجراءات».

كما نص المشرع المصري في المادة 123 فقرة 1 من قانون الإجراءات الجنائية على هذه الضمانة بقوله:« عند حضور المتهم لأول مرة في التحقيق يجب على المحقق أن يثبت من شخصيته ثم يحيطه علما بالتهمة المنسوبة إليه ويثبت أقواله في محضر»، وإلى هذا المعنى ذهبت المادة 123 من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي بالقول:« على قاضي التحقيق أو المحقق أن يستجوب المتهم خلال أربع وعشرين ساعة من حضوره بعد التثبت من شخصيته وإحاطته علما بالجريمة المنسوبة إليه». كما نص المشرع الأردني في المادة 63 من قانون أصول المحاكمات الجزائية على ذلك بقوله:« عندما يمتثل المشتكي عليه أمام المدعى العام يثبت من هويته ويتلو عليه التهمة المنسوبة إليه، ويطلب جوابه عنها». كما نص المشرع اللبناني في المادة 70 من قانون أصول المحاكمات الجزائية على أن:« قاضي التحقيق بعد أن يعلم المدعى عليه في المقابلة الأولى عن الأفعال المنسوبة إليه يطلب جوابه عليها».

3.1.2.2.3.1. نطاق حق المتهم بإعلامه بالتهمة المسندة إليه

إن حق إحاطة المتهم بالتهمة المسندة إليه يشمل أمرين أساسيين أولهما حق المتهم في حضور الإجراءات التي تتخذ في مواجهته، وثانيا حق إعلامه بالأوامر القضائية المتعلقة بإجراءات التحقيق إلا أنه إلى أي مدى يمكن أن يطبق هذا الحق في مرحلة البحث التمهيدي أو جمع الاستدلالات، هذا ما نحاول التطرق له تبعا وذلك على النحو التالي:

حق المتهم في حضور الإجراءات التي تتخذ في مواجهته

يترتب على حق إعلام المتهم بالوقائع المسندة إليه ضرورة حضور المتهم جميع الإجراءات التي تتخذ في مواجهته وهذا حتى تكون له نوع من الرقابة على صحة الإجراء وإدخال الطمأنينة إلى نفسه باعتبار ذلك نوعا من الإعلان.

ومثال ذلك وجوب تفتيش مسكن المتهم في حضوره أو في حضور من ينوب عنه أو بحضور شاهدين من غير التابعين للضبطية القائمة بالإجراء، كما أن ضبط الأوراق والخطابات والمراسلات وفرزها في حضور المتهم، وإذا اقتضت الضرورة إجراء أي تحقيق في غياب المتهم فإنه بمجرد الانتهاء من تلك الضرورة يتعين على قاضي التحقيق إطلاع المتهم بجميع الإجراءات التي تمت في غيبته[47] ص 162.

حق إعلام المتهم بالأوامر القضائية المتعلقة بالتحقيق

إذا كان إعلام المتهم بالتهمة المسندة إليه من أهم حقوق الدفاع فإنه يترتب عليه بالضرورة حقا آخر لا يقل عليه أهمية وهو ضرورة تبليغ المتهم بجميع الأوامر القضائية المتعلقة بالتحقيق وهذا حتى يتسنى له استئنافها أمام غرفة الاتهام وهذا بصريح المادة 168 من قانون الإجراءات الجزائية التي تنص في فقرتها الأولى على أنه:« تبلغ الأوامر القضائية في ظرف أربع وعشرين ساعة بكتاب موصى عليه إلى محامي المتهم وإلى المدعى المدني ويحاط المتهم علما بأوامر التصرف في التحقيق بعد انتهائه...».

وقد اعتبرت المحكمة العليا في عدة قرارات لها أن الإغفال عن القيام بإجراء تبليغ أوامر التصرف في التحقيق وفقا للأشكال المنصوص عنها قانونا، خرقا لقواعد جوهرية في الإجراءات إذ جاء في قرار صادر بتاريخ 1984/11/27 على أن:« أمر قاضي التحقيق لم يبلغ للطاعن، وإن مجرد وجود نسخة من رسالة موجهة إليه من قاضي التحقيق دون أن تكون مرفقة بوصل التضمين يدل على أن التبليغ لم يتم حسب الشروط المنصوص عليها في القانون ومن ثم فإنه لا يعتد به ويعتبر كأن لم يكن وبناء على ذلك فإن غرفة الاتهام بقضائها بعدم قبول الطعن شكلا لوقوعه خارج الآجال تكون قد خرقت قواعد جوهرية في الإجراءات»[146] ص 297.

إلى أي مدى يمكن تطبيق حق إعلام المشتبه فيه بالوقائع المسندة إليه في مرحلة البحث التمهيدي

نظرا للأهمية القصوى التي توليها التشريعات المقارنة خاصة الأوروبية منها لمبدأ حق إعلام المتهم بالوقائع المسندة إليه منذ المرحلة الأولى لتوقيفه وأخذ الإيضاحات منه في مرحلة التحريات والبحث التمهيدي الأمر الذي جعل هذا الحق يستفيد به المشتبه فيه وهذا تماشيا مع أحكام المادة 05 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي تنص في فقرتها الثانية على أنه:« يجب إبلاغ أي شخص يتم توقيفه في أقصر مدة باللغة التي يفهمها بأسباب هذا التوقيف كما يجب إبلاغه بكل اتهام يوجه إليه».

وتقييدا بأحكام الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان تدخل المشرع الفرنسي وبموجب القانون رقم 2000/ 516 المؤرخ في 2000/06/15 المتعلق بتدعيم قرينة البراءة المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية إذ عدل المادة 62 فقرة 1 بما يحقق ضمان إخطار المشتبه فيه فورا وبلغة يفهمها بحقوقه، وبطبيعة التهمة المنسوبة إليه أثناء مرحلة الاستدلال.

أما المشرع الجزائري فلم يتطرق لضمان إخطار المشتبه فيه بطبيعة الواقعة المنسوبة إليه خلال مرحلة البحث التمهيدي أو الاستدلال إذ أنه أشار فقط في المادة 51 من قانون الإجراءات الجزائية إلى أنه:« كل شخص أوقف للنظر يخبره ضابط الشرطة القضائية بالحقوق المذكورة في المادة 51 مكرر 1 أدناه ويشار إلى ذلك في محضر الاستجواب»، وبالرجوع إلى المادة 51 مكرر 1 فإن الحقوق التي ألزم بها ضابط الشرطة القضائية تمكين المشتبه فيه الموقوف تحت النظر بوسيلة للاتصال فورا بذويه، وزيارة عائلته له، وإجراء الفحص الطبي. أما إخطار المشتبه فيه بالوقائع المسندة إليه قبل بدأ سماعه على محضر في مرحلة الاستدلال لم ينص عليها المشرع الجزائري صراحة.

وإلى نفس الاتجاه سار عليه المشرع المصري إذ لم ينص في قانون الإجراءات الجنائية على ضمانة الإخطار الفوري بالتهمة المسندة للمتهم أثناء مرحلة الاستدلال إذ أن المادة 29 جاءت خالية من الإشارة لهذا الحق، غير أنه بصدور دستور 2012 تضمن النص على هذا الحق في أحكام المادة 35 فقرة 2 بقوله:« ويجب أن يبلغ كل من تقيد حريته بأسباب ذلك كتابة خلال اثنى عشر ساعة».

الأمر الذي يجعل إغفال المشرع الجزائري على النص على هذا الحق الجوهري المتعلق بأكبر ضمانة من ضمانات حقوق الدفاع عند المقابلة الأولى في مرحلة الاستدلال إهدار واضح لحقوق الدفاع وخروجا صارخا على المبادئ التي قررها العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 الذي له قوة الإلزام لمجرد التوقيع عليه من الدول مما يقع عليها التزاما لتكييف نصوصها الإجرائية والعقابية على المبادئ المقررة في العهد خاصة وإن أغلب الجرائم التي لا تستدعي تحقيق قضائي والتي تم إحالتها أمام جهات الحكم مباشرة اعتمادا على محضر الاستدلالات والبحث التمهيدي.

2.2.2.3.1. ضمان الحق في عدم اتهام الذات

لقد استقر في الفكر القانوني الحديث وكنتيجة مترتبة على قرينة البراءة أن للمتهم حق مطلق في الدفاع عن نفسه بكل الطرق والسبل بما يضمن عدم توفير أي أدلة من جانبه لاتهامه أو تأكيد ذلك لذ له الحرية في اختيار طريقة الدفاع التي يراها مناسبة خاصة أمام عدم تكافؤ الوسائل بين المتهم وسلطة الاتهام أو الإدعاء فله أن يمتنع عن أي تصريح متخذا سلوكا سلبيا قوامه الصمت، أو إبداء أقوال كاذبة أو التراجع عما صرح به.

ويتخذ ضمان الحق في عدم اتهام الذات ثلاثة صور تتمثل أولا في الحق في الصمت وثانيا الحق في الكذب وثالثا حق المتهم بعدم الشهادة ضد نفسه، هذا ما سنحاول التطرق إليه تبعا وذلك على النحو التالي:

1.2.2.2.3.1. حق المتهم في الصمت

إذا كان الأصل أن ينظر إلى الشخص على أساس أنه حرا من كل إثم أو خطيئة حتى يظهر ما يغير هذا الأصل وهو الحكم البات، وبالتالي فإنه وفقا لذلك يصبح غير ملزم بأن يبدي أقوال أو يقدم أدلة براءته لتعارض ذلك مع قرينة البراءة الأمر الذي يترتب عنه حقه في أن يقف موقفا سلبيا خلال إجراءات التحقيق لأخذ أقواله واستجوابه بأن يمتنع على الكلام ويلتزم الصمت وليس للمحكمة بأي حال من الأحوال أن تعتبر امتناع المتهم عن الكلام أو الإجابة قرينة ضده، فحقه في التزام الصمت ينطوي في الأساس على حق مكفول بموجب المواثيق الدولية[57] ص 508.

لذا نشأ في أحضان النظام الأنجلوسكسوني خاصة التشريع الأمريكي ضمان حق المتهم في الصمت، ثم انتقل باحتشام إلى النظام اللاتيني ومنه إلى التشريعات العربية لذا نحاول التطرق إلى هذا الحق بالتعرض إلى مدلوله ثم أساس شرعيته وذلك على النحو التالي:

مدلول ضمان الحق في الصمت:

إن الحق في الصمت أو مصطلح الحق في أن يظل المتهم صامتا يعتبر تعبيرا مسلكيا اتخذه القضاء الأمريكي في قضية ميرندا الشهيرة في ولاية أريزونا عام 1966 ثم شاع استعماله بنفس المصطلح والمعنى في التشريعات اللاتينية الحديثة كما اتجه الفقهاء والشراح إلى الأخذ بنفس المصطلح.

وقد ذهب أغلب الفقهاء إلى اعتبار أن الحق في الصمت ما هو إلا مظهر من مظاهر عدم إدانة النفس أو تجريم الذات، ذلك أن الإمتناع عن الكلام واتخاذ موقف سلبي تجاه كل إجراء يستهدف تأكيد اتهامه يحمل في ذاته معنى الحق في عدم تجريم الذات[54] ص 391.

وإلى هذا المعنى الفقهي ذهب الأستاذ أحمد فتحي سرور في إعطائه معنى شامل للحق في الصمت من أنه حق قانوني للمتهم يمكنه من السكوت أو الامتناع عن الإجابة على ما قد يواجهه من سلطة أو استجواب من قبل جهة التحقيق في جريمة من الجرائم دون أن يفسر صمته على أنه قرينة ضده، فالصمت حق له ، ولا يجور أن يضار شخص لممارسة حقه[14] ص 495.

أساس شرعية ضمان حق الصمت

نظرا لأهمية ضمان حق المتهم في الصمت باعتباره منبثق عن قرينة البراءة التي تعد الحصن الذي يحتمي به المتهم في موجهة سلطة الاتهام لذا وجد شرعيته في بعض الاتفاقيات الدولية والقوانين الداخلية وهذا ما نبرزه على النحو التالي:

ضمان حق الصمت في المواثيق والمعاهدات الدولية

لم تتطرق صراحة المواثيق الدولية ولا إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في أعقاب الثورة الفرنسية عام 1789 وكذا الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ولا الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لحق الصمت، إذ أن الاتفاقية الدولية الوحيدة التي أشارت إلى هذا الحق هي العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 وذلك في المادة 3/14 لقوله: « لكل متهم بجريمة أن يمتنع أثناء النظر في قضيته وعلى قدم المساواة التامة بالضمانات الدنيا التالية... و/ ألا يكره على الشهادة ضد نفسه أو على الاعتراف بذنب».

ضمان حق الصمت في القوانين الداخلية المقارنة

من بين التشريعات الإجرائية التي نصت صراحة على حق المتهم في الصمت المشرع الألماني الصادر سنة 1968 في أحكام المادة 136 فقرة أولى من قانون الإجراءات الجزائية على ضرورة تنبيه المتهم إلى أنه حر في الإدلاء أو عدم الإدلاء بأي أقوال عند الاستجواب أو السؤال أمام النيابة العامة أو الشرطة[66] ص 182.

وقضت المادة 367 من قانون الإجراءات الجزائية الإيطالي على أنه:« إذا رفض المتهم الإجابات يشار إلى ذلك في المحضر ويستمر القاضي في التحقيق»، كما نص على حماية جزائية لحق الصمت عندما قرر في أحكام المواد 562، 608، 609، 612 من قانون العقوبات على معاقبة كل من يستخدم السلطة أو يستعمل التهديد أو مختلف وسائل العنف أو الإيحاء لحمل المتهم على الكلام.

أما في التشريعات الأنجلوسكسونية القديمة كان المتهم الذي يظل صامتا أمام الاتهام الموجه له يعتبر مذنبا ويحكم عليه، إذ أن صمت المتهم أثناء الاستجواب كان يعتبر قرينة على اقترافه للجريمة وظلت هذه النظرة سائدة إلى نهاية القرن الثامن عشر، إذ أنه بصدور قانون سنة 1898 في إنجلترا منح المتهم الحق في الصمت كما حرم على هيئة الادعاء أن يؤول صمت المتهم في غير صالحه ومنع من توجيه الأسئلة التي تحرجه لاتخاذ هذا الموقف، أو يفسره على وجه يتعارض مع حقوق الدفاع، كما نصت القواعد القضائية التي وضعها قضاة المحكمة العليا في إنجلترا سنة 1912 على أنه يجب على الشرطة أثناء البحث والتحقيق مع المتهم أن يوجهوا له التحذير بحقه في الصمت، كما تضمن القانون الصادر سنة 1986 والخاص بتنظيم العلاقة بين البوليس وحقوق المتهم على حقه المطلق في الصمت والاحتفاظ بسكوته[116] ص 40، 41.

أما في الولايات المتحدة الأمريكية فلقاعدة حق الصمت قديستها إذ أن الدستور الأمريكي ومنذ قضية ميراندا كرسه في التعديل الخامس منه بقوله:« لا يمكن إجبار أي شخص على الشهادة ضد نفسه في القضايا الجنائية كما لا يحرم أي شخص من حريته أو حياته أو ممتلكاته دون إجراء قانوني».

أما في التشريع الفرنسي فبعد ما كان صمت المتهم في ظل قانون 1670 يفسر على أنه بمثابة اعتراف منه بحقيقة تلك الوقائع وكان يعامل بمثابة أخرس وتستمر إجراءات الدعوى ضده، كما كان يعتبر رفض المتهم الإجابة أمام محكمة الجنح بمثابة غياب عن الحضور رغم وجوده بالجلسة، ويعتبر الحكم الصادر في الدعوى حكم غيابي، واستمر هذا الوضع سائدا في فرنسا إلى غاية صدور المرسوم المؤرخ في 8 و9 أكتوبر 1998[57] ص 509 ثم تأكد بموجب القانون المؤرخ في 1898/12/06 الذي أقر للمتهم الحق في عدم الإجابة على الأسئلة الموجهة إليه. إذ نص في مادته 12 على إلغاء تكليف المتهم بحلف اليمين قبل استجوابه، ورغم عدم تعرضه صراحة لحق الصمت إلا أن الفقه قدر أنه يستفاد منه ضمنيا تقريرا لهذا الحق.

وقد أقر المشرع الفرنسي بموجب المادة 1/114 من قانون الإجراءات الجزائية بإلزام قاضي التحقيق بتنبيه المتهم عند حضوره أمامه لأول مرة إلى أنه حر في عدم الإدلاء بأي قرار ويثبت ذلك التنبيه بمحضر التحقيق، وعدم تنبيهه إلى هذا الحق يترتب عليه بطلان التحقيق.

ومن بين التشريعات العربية التي نصت صراحة على حق المتهم في الصمت نذكر المشرع العراقي في أحكام المادة 182 فقرة 02 من قانون أصول المحاكمات الجزائية إذ نص على أن:« المتهم لا يجبر على الكلام أثناء التحقيق ولا على الإجابة على الأسئلة الموجهة إليه في حالة رفضه الإجابة أو إذا أعطى إجابات مزورة لا توقع عليه أية عقوبة ولا يعتبر هذا الرفض اعترافا ضمنيا».

كما نص المشرع السوداني على هذا الحق في أحكام المادة 218 الفقرة الثانية من قانون الإجراءات الجنائية بقوله:« لا عقاب على المتهم إذا امتنع عن الإجابة على الأسئلة أو أدلى بإجابة كاذبة...».

كما نص المشرع المغربي في أحكام الفصل 127 من قانون المسطرة الجنائية على ضرورة إشعار المتهم بأنه حر في الإدلاء أو عدم الإدلاء بأي تصريح أثناء المقابلة الأولى مع قاضي التحقق».

كما نص المشرع الجزائري صراحة في أحكام المادة 100 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه:« يتحقق قاضي التحقيق حين مثول المتهم لديه لأول مرة من هويته ويحيطه علما صراحة بكل واقعة من الوقائع المنسوبة إليه وينبهه بأنه حر في عدم الإدلاء بأي إقرار وينوه عن ذلك التنبيه في محضر...».

2.2.2.2.3.1. ضمان حق المتهم في الكذب

إن قول الحق ليس التزاما قانونيا يقع على المشتبه فيه أثناء السؤال في مرحلة البحث التمهيدي أو المتهم عند الاستجواب والمواجهة في مرحلة التحقيق الابتدائي أو القضائي، لذا بدأ يظهر في الفقه الجنائي الحديث حق مترتب على عدم الإلزام بإدانة الذات وهو حق اللجوء للكذب واعتبر وسيلة دفاع

يمكن للمتهم التمسك بها لذا نحاول التطرق إلى هذه الضمانة من حيث مضمونها وأساسها التشريعي وذلك على النحو التالي:

مضمون حق المتهم في الكذب

نظرا لاستقرار الفقه الجنائي الحديث على أن للمشتبه فيه أو المتهم أن يتخذ ما يراه مناسبا من الوسائل للدفاع عن نفسه، لذا فهو حر للإدلاء بأقواله أو الامتناع عن ذلك أمام جهة الاستدلال والتحقيق، وإذا صرح بأقوال معينة فهو غير ملزم بقول الحقيقة وفي هذا يصرح الدكتور محمود محمود مصطفى على أنه:« من السهل إرغام شخص على الكلام ولكن من العسير إجباره على قول الحق».

وبالتالي فإن مضمون حق المتهم في اللجوء إلى الكذب عند مباشرة السؤال أو الاستجواب معه يترتب على عدم التزامه بقول الحقيقة.

الأساس التشريعي لحق المتهم في الكذب

إن الملاحظ أن أغلب تشريعات العالم لم تتطرق صراحة إلى حق المشتبه فيه أو المتهم بالإدلاء بأقوال كاذبة، واعتبار ذلك ضمانه من ضمانات التحقيق، ولم نجد في معرض هذه الدراسة إلا تشريعين عربيين ذكرا صراحة حق المتهم في الكذب، وهما المشرع السوداني في المادة 218 فقرة 2 من قانون الإجراءات الجنائية إذ نصت على أنه:« لا عقاب على المتهم إذا امتنع عن الإجابة على الأسئلة أو أدلى بإجابة كاذبة، وللمحقق أن يستنتج ما يراه عادلا من ذلك الإقناع أو الإجابة الكاذبة». كما نص المشرع العراقي في المادة 182 فقرة 2 من قانون أصول المحاكمات الجزائية على أنه: «المتهم لا يجبر على الكلام أثناء التحقيق ولا على الإجابة على الأسئلة الموجهة إليه وفي حالة رفضه الإجابة أو إذا أعطى إجابات مزورة لا توقع عليه أية عقوبة...»[66] ص 181.

أما بقية التشريعات المقارنة والعربية والتي تعترف بحق المتهم في الصمت بصفة ضمنية وتعتبره ضمانة من ضمانات التحقيق فإنه يترتب على هذا الحق حق التصريح كذبا، كما أن قول الحق ليس التزاما قانونيا يقع على المتهم بخلاف الشاهد وطالما أن المشرع لم يرتب جزاء إجرائي أو عقابي عند تصريح المتهم كذبا فيما يخص الوقائع – دون الهوية – فإنه يترتب ضمنيا اعتراف المشرع بحق لجوء المتهم للكذب باعتباره وسيلة من وسائل الدفاع.

غير أن الأمر يختلف بالنسبة للتشريع الأمريكي نظرا لاختلاف طبيعة هذا النظام مع النظام القضائي اللاتيني من أنه لا وجود لنظام قاضي التحقيق إذ أن مناقشة الأدلة كلها تتم أثناء المحاكمة فإذا اختار المتهم أن يدلي بأقواله كشاهد فإنه يكون خاضعا للمناقشة من جانب الخصم ويكون بذلك قد نزل عن حقه في الصمت وعدم الإدلاء بالأقوال وكل تصريح كاذب يؤدي به إلى المساءلة الجزائية بجريمة شهادة الزور[143] ص 335، 432.

3.2.2.2.3.1. ضمان حق المتهم بعدم الشهادة ضد نفسه

يعتبر حق المتهم بعدم الشهادة ضد نفسه إحدى الضمانات الجوهرية للمتهم نشأ في أحضان النظام الأنجلوسكسوني وخاصة الأمريكي منه إذ لا يمكن أن يلزم المتهم بتقديم أي معلومات ضد نفسه أو يمكن أن ترتد عليه سوءا وتؤثر على مركزه لذا نتطرق إلى تحليل هذا الحق بالتطرق إلى مضمونه وتأسيسه التشريعي وذلك على النحو التالي:

مضمون حق المتهم بعدم الشهادة ضد نفسه

يجد حق المتهم بعدم الشهادة ضد نفسه مضمونة وأساسه في الحكمة التي توخاها المشرع من التمييز بين المتهم والشاهد في إلزام هذا الأخير فقط بأداء اليمين عند التصريح بالشهادة، أما المتهم فلا يجبر على أداء اليمين عند التصريح بأقواله بل أن قاضي التحقيق أو قاضي الحكم يرفض قبول أدائه لليمين، وهذا لتجنب الضغط على المتهم معنويا حتى لا يدلي بأقوال تتعارض مع مصالحه ويخل بمركزه الدفاعي بحيث لا يجبر على إبداء أقوال ضد رغبته أو يشهد ضد نفسه في أية مرحلة من مراحل الخصومة الجنائية.

وتثور المشكلة ويصبح الدفاع بضمان حق المتهم بعدم الشهادة ضد نفسه ضروريا عندما يستدعي المحقق شخصا للحصول منه على معلومات معينة أو إيضاحات في قضية محل تحقيق دون تحليفه اليمين، إذ لا يستطيع الشخص في هذه الحالة فهم طبيعة مركزه الحقيقي، هل هو شاهد استدلال أو أنه متهم ضمنا، ذلك لأن أداء الشهادة بغير يمين ينطوي على إثارة الشك في مركز الشاهد الذي قد يشعر بالإشارة إليه بالاتهام. ومن هذا ينشأ له الحق في ألا يشهد ضد نفسه لأنه إذا كان متهما فمن حقه الصمت وإن كان شاهد استدلال فلا مسؤولية عليه إن هو امتنع عن أداء الشهادة[77] ص 111.

الأساس التشريعي لحق المتهم بعدم الشهادة ضد نفسه

إن حق المتهم في ألا يمثل شاهدا ضد نفسه تجد نطاقها ومداها في جميع مراحل الخصومة الجزائية، ذلك أنه أثناء مرحلة البحث التمهيدي وجمع الاستدلالات عند القيام بأخذ المعلومات وبسؤال الأشخاص لأجل الإيضاحات يمتنع على الضبطية القضائية تحليف الشخص المسموع اليمين حتى لا يكون في مركز الشاهد ويصبح مدفوع معنويا بالتصريح بأقوال أو إيضاحات في غير صالحه أو ترتد عليه سوءا.

كما أنه عند مثول الشخص أمام سلطة التحقيق الابتدائي كشاهد وتحليفه اليمين ينبغي التعامل معه على هذا النحو فإذا تحول موقفه بتوجيه الاتهام إليه أو يشعر المحقق بأن هناك دلائل قوية تشير إلى كفايتها في توجيه له الاتهام فإنه في هذه الحالة يمتنع على قاضي التحقيق أخذ المعلومات منه باعتباره شاهدا لأن توجيه له الاتهام يوفر له ضمانات أكبر، أقلها حقه في تبليغه بالتهمة الموجهة إليه وحقه في

الصمت، وإلى هذا الموقف أشار المشرع الجزائري في أحكام المادة 89 فقرة 2 من قانون الإجراءات الجزائية بقوله:«ولا يجوز لقاضي التحقيق المناط به إجراء تحقيق ما ولا لرجال القضاء وضباط الشرطة القضائية المعهود إليهم القيام بإجراء بمقتضى إنابة قضائية بغية إحباط حقوق الدفاع الاستماع إلى شهادة أشخاص تقوم ضدهم دلائل قوية ومتوافقة على قيام اتهام في حقهم».

ويجد مبدأ حق المتهم في عدم الشهادة ضد نفسه أصله في التشريع الأمريكي إذ تضمن التعديل الدستوري الخامس عددا من النصوص بقصد حماية الأشخاص المتهمين ومنها شرط ألا يصبح الشخص في أي قضية جنائية شاهدا على نفسه إذ ورد في التعديل أنه:« لا يمكن إجبار أي شخص على الشهادة ضد نفسه في القضايا الجنائية»[93] ص 574.

ويأخذ المشرع الفرنسي بحق المتهم بعدم الشهادة ضد نفسه كنتيجة مترتبة على الحق في الصمت المنصوص عليه في أحكام المادة 114 من قانون الإجراءات الجزائية.

أما المشرع الجزائري وضع القاعدة العامة بالنسبة لحق المتهم بعدم الشهادة ضد نفسه عندما قرر أن الاعتراف يؤخذ شأنه شأن بقية أدلة الإثبات يترك لتقدير قاضي الموضوع وذلك في أحكام المادة 213 من قانون الإجراءات الجزائية، كما قرر في أحكام المادة 89 فقرة 2 من ذات القانون أن الشخص الماثل أمام قاضي التحقيق لسماع شهادته وأخذ منه الإيضاحات في قضية محل تحقيق قضائي أن يمتنع قاضي التحقيق لسماع شهادته إذا كانت هناك قرائن ودلائل تولد لدى قاضي التحقيق قناعة باتهام هذا الشخص في القضية وهذا حماية لحقوق الدفاع.

ونخلص مما سبق أن الشاهد وتحت ثقل اليمين يصبح مقيد بأحد أمرين وفي كلاهما تقيدا لحريته إما قول الحقيقة ولو تحت الضغط والإكراه المعنوي الذي فرضه اليمين وإما الكذب ويصبح حينها مقترف لجريمة شهادة الزور لذا لا يجوز إرغام الشخص بتقديم شهادة ضد نفسه عن طريق سماعه كشاهد وهذا حتى لا يتم وضعه أمام اختيار إحدى الطريقين السابقين الأمر غير المرغوب فيه لأنه يقيد سير العدالة ويتعارض مع المحاكمة العادلة والنزيهة.

3.2.2.3.1. ضمان حق المتهم في الاستعانة بمحام

يعد حق الإنسان في أن يدفع التهمة عنه حق مقدس يمارسه في أية مرحلة من مراحل الدعوى الجزائية ولا يمكن الحكم عليه دون تمكينه من الدفاع عن نفسه بكل الوسائل القانونية المتاحة[93] ص 523 لذا يعد حق المتهم في الاستعانة بمدافع أحد فروع حقوق الدفاع المرتبة على افتراض أصل البراءة.

وقد كفلت جميع المواثيق الدولية والتشريعات المقارنة هذا الحق مما ترتب عنه مجموعة من النتائج لذا نحاول أن نتطرق في هذا الفرع إلى المبادئ المترتبة على حق المتهم في الاستعانة بمحام أولا، ثم موقف التشريعات المقارنة وتشريعنا الوطني.

3.2.2.3.1. ضمان حق المتهم في الاستعانة بمحام

كفلت المواثيق والمعاهدات الدولية والتشريعات الداخلية حق المتهم الاستعانة بمدافع أو محام في كافة مراحل الخصومة الجنائية باعتبار هذا الحق من نتائج أصل البراءة، وأقرت مجموعة من الالتزامات والمبادئ لأجل وضع هذا الحق موضع التنفيذ وتتمثل في الآتي:

إخطار المتهم بحقه في الاستعانة بمدافع أو محام

من أهم الحقوق التي ينبغي أن يعرفها كل شخص يحتجز أو يقبض عليه لأجل سؤاله أو توجيه له تهمة أو اتخاذ ضده إجراء من إجراءات التحقيق القضائي، إن من حقه الاستعانة بمحام ويجب إعلامه فورا بهذا الحق، وقد حرصت المواثيق الدولية ومنها العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على ضرورة هذا الإخطار في أحكام الفقرة "ب" من المادة 3/14 بقولها:« كل متهم بجريمة أن يتمتع أثناء النظر في قضيته وعلى قدم المساواة التامة بالضمانات الدنيا التالية أن يعطي من الوقت ومن التسهيلات ما يكفيه لأعداد دفاعه وللاتصال بمحام يختاره بنفسه».

كما نص المبدأ الخامس من المبادئ الأساسية الخاصة بدور المحامين التي اعتمدها بالإجماع مؤتمر الأمم المتحدة الثامن لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين عام 1990 على أنه:« لكل شخص الحق في طلب المساعدة من محام يختاره بنفسه لحماية حقوقه وإثباتها، وللدفاع عنه في جميع مراحل الإجراءات الجزائية»[54] ص 356.

وقد نص المشرع الجزائري على هذا الحق في أحكام المادة 100 من قانون الإجراءات الجزائية عندما قرر بأنه:« يجب على قاضي التحقيق أن يخطر المتهم عند مثوله أمامه لأول مرة بأن له الحق في اختيار محام للدفاع عنه... » وإلى نفس الاتجاه ذهب المشرع المصري في أحكام المادة 124 من قانون الإجراءات الجنائية بقوله:«لا يجوز للمحقق في الجنايات وفي الجنح المعاقب عليها بالحبس وجوبا أن يستجوب المتهم أو يواجهه بغيره من المتهمين أو الشهود إلا بعد دعوة محاميه للحضور».

حق المتهم في اختيار محاميه

إذا كان إخطار المتهم بحقه في اختيار محاميه يعتبر التزاما قانونيا يقع على المحقق منذ اللحظة الأولى التي يمتثل فيها المتهم أمامه، فإن حق المتهم في اختيار محاميه يعتبر مكننة قانونية أعطاها المشرع للمتهم وذلك لاستعمال حقه بحرية أو الإحجام عن ذلك حسبما يقدره هو وفقا للظروف والوقائع محل المتابعة.

ونظرا لعلاقة الثقة القائمة بين المتهم ومحاميه، مما يبرر حق المتهم في اختيار محاميه بكل حرية فقد نصت المادة 3/14 فقرة "د" من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على أنه:«كل متهم بجريمة أن يتمتع أثناء النظر في قضيته وعلى قدم المساواة التامة بالضمانات الدنيا التالية:

أن يحاكم حضوريا وأن يدافع عن نفسه أو بواسطة محام من اختياره».

حق المتهم في المساعدة القضائية لندب له محام

نظرا لأهمية حضور محام عن المتهم للدفاع على حقوقه فقد أولت الاتفاقيات الدولية والإقليمية والتشريعات الداخلية اهتماما كبيرا بذلك، حيث إذا لم يكن للمتهم محام من اختياره فله الحق في أن ينتدب له القاضي محاميا للدفاع عنه كما تقتضيه ذلك مصلحة العدالة في حماية حقوق المتهم أو يعجز عن دفع نفقات المحامي مما يصبح أهلا للمساعدة القضائية. وقد نصت المادة 3/14 فقرة "د" من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على أنه:« وأن يخطر بحقه في وجود من يدافع عنه إذا لم يكن له من يدافع عنه، وإن تزوده المحكمة كلما كانت مصلحة العدالة تقتضي ذلك بمحام يدافع عنه دون تحميله أجر ذلك إذا كان لا يملك الوسائل الكافية لدفع هذا الأجر».

وبالتالي فإنه وفقا للعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية فإن الدولة ملزمة بتعيين محام دون مقابل للدفاع على المتهم متى كان هذا الأخير عاجزا عن دفع نفقات المحامي أو أن مصلحة العدالة لأجل تحقيق المحاكمة العادلة تشترط ضرورة تعيين محام ينتدب لهذا الغرض من طرف القاضي المحقق، وإلى أحكام هذه الاتفاقية نص المشرع الجزائري في أحكام المادة 100 من قانون الإجراءات الجزائية من أنه:«وإن يدلي بأقوال يتلقاها قاضي التحقيق منه على الفور كما ينبغي للقاضي أن يوجه المتهم بأن له الحق في اختيار محام عنه فإن لم يختر له محاميا يعين له القاضي محاميا من تلقاء نفسه إذا طلب منه ذلك وينوه على ذلك في محضر»,. بل الأكثر من ذلك لم يترك المشرع الجزائري حق انتداب محام للمتهم العاجز عن ذلك من طرف قاضي التحقيق بل أصدر قانون لهذا الغرض وهو قانون المساعدة القضائية.

كما نص المشرع المصري في أحكام المادة 124 فقرة 3 من قانون الإجراءات الجنائية على أنه:«وإذا لم يكن للمتهم محام، أو لم يحضر محاميه بعد دعوته، وجب على المحقق من تلقاء نفسه أن ينتدب له محاميا».

والملاحظ أن المشرع الجزائري جعل من انتداب المحامي من طرف قاضي التحقيق رهين طلب المتهم في حين المشرع المصري جعل انتداب المحامي للدفاع على المتهم الذي ليس له محاميا للدفاع عليه التزاما يقع على المحقق يقوم به من تلقاء نفسه وليس بناءا على طلب المتهم، هذا ما يحقق المحاكمة العادلة أكثر مما هو وارد لدى المشرع الجزائري.

حق المتهم الاتصال بمحاميه

إن سرعة اتصال المتهم بمحاميه بمجرد توقيفه وفي اللحظات الأولى لبدء إجراءات المتابعة الجزائية تمثل رقابة هامة لتفادي التعذيب أو سوء المعاملة أو الاعتراف المتسرع أو الإدلاء بتصريحات ترتد عليه سوءا وقد أكدت المادة 3/14 فقرة "ب" العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية من أنه:«أن يعطي من الوقت والتسهيلات ما يكفيه لأعداد دفاعه للاتصال بمحام يختاره بنفسه»[37] ص 216.

ويترتب على ذلك كفالة حق المتهم أن يتصل بمحاميه كلما شاء ذلك سواء كان المتهم مفرجا عنه أو محبوسا مؤقتا على ذمة التحقيق وفي هذه الحالة الأخيرة فإن مقابلة المتهم لمحاميه تتم في انفراد وبدون حضور أي شخص نظرا لطابع السرية التي كفلها المشرع للعلاقة القائمة بين المتهم ومحاميه[40] ص 529، وهذا ما قرره المشرع الجزائري في أحكام المادة 102 من قانون الإجراءات الجزائية التي تنص على أنه:«يجوز للمتهم المحبوس بمجرد حبسه أن يتصل بمحاميه بحرية ولقاضي التحقيق الحق في أن يقرر منع من الاتصال لمدة عشر أيام ولا يسري هذا المنع في أية حالة على محامي المتهم» وهو نفس الحكم الذي نص عنه المشرع المصري في أحكام المادة 141 من قانون الإجراءات الجنائية بقوله:«للنيابة العامة ولقاضي التحقيق في القضايا التي يندب لتحقيقها في كل الأحوال أن يأمر بعدم اتصال المتهم المحبوس بغيره من المسجونين وألا يزوره أحد وذلك بدون إخلال بحق المتهم في الاتصال دائما بالمدافع عنه بدون حضور أحد».

وترتب على حق اتصال المتهم بمحاميه أن تتميز هذه العلاقة بالسرية، إذ لا يمكن أن يكون محامي المتهم شاهدا ضد موكله ولا يمكن ضبط أي مراسلات واتصالات تمت بين المتهم ومحاميه ويترتب على ذلك أن اعتراض المكالمات أو تسجيل الاتصالات أو التقاط صور خاصة بلقاء المتهم مع موكله تعرض صاحبه إلى المتابعة الجزائية المنوه عنها في أحكام المادة 303 مكرر من قانون العقوبات الجزائري والتي تقابل المادة 309 مكرر من قانون العقوبات المصري.

دعوة المحامي للحضور عند استجواب المتهم

في غير الحالات التي تقتضيها دواعي الاستعجال الناجمة عن وجود شاهد في خطر الموت أو وجود أمارات على وشك الاختفاء حسبما حددته المادة 101 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري أو المادة 124 من قانون الإجراءات الجنائية المصري، فإنه لا يتم استجواب المتهم إلا بحضور محاميه أو دعوته لذلك. وغني عن البيان أن دعوة المحامي تتم بموجب رسالة موصى عليها بالعلم بالوصول أو يتم شفاهة مع إثبات ذلك في محضر.

ويرتب على حق دعوة محامي المتهم لحضور الاستجواب أو المواجهة هو تمكينه من الإطلاع على الملف في مدة أربع وعشرين ساعة على الأقل وهذا بصريح المادة 105 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، باعتبار ذلك يمثل ضمانة ذات أهمية قصوى في تحقيق المحاكمة العادلة إذ رتب

على مخالفتها بطلان محضر الاستجواب وكل ما يتلوه من إجراءات وهذا بصريح المادتين 157 و158 من قانون الإجراءات الجزائية.

2.3.2.2.3.1. موقف التشريعات المقارنة والوطني من ضمان حق المتهم في الاستعانة بمحامي

إذا كانت التشريعات الأوروبية والأمريكية قد خطت خطوة كبيرة في ضمان تمكين الشخص الاستعانة بمحام منذ اللحظة الأولى لاتخاذ إجراءات الاستدلال تماشيا مع الاتفاقيات الدولية كالعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية واتفاقياتها الإقليمية فإن التشريعات العربية وتشريعنا الوطني لا زال لا يعترف بهذا الحق للشخص المتابع جزائيا إلا في مرحلة التحقيق الابتدائي والمحاكمة وهذا ما يمكن تبيانه على النحو التالي:

في القانون الأمريكي

تعد الولايات المتحدة الأمريكية من أكثر الدول التي أرسى فيها القضاء ضمانات لكل شخص متابع أمام القضاء الجزائي منذ اللحظة الأولى لبداية إجراءات المتابعة في مرحلة الاشتباه، إذ أنه في سنة 1938 اتجهت المحكمة العليا إلى أن التعديل الدستوري السادس الذي لا يضمن المساعدة القضائية للمتهم فقط بل ينبغي أن يصبح هذا الحق مكفولا للمتهم الفقير، بأن تندب له المحكمة محاميا بمعرفتها، ولا يجوز النظر في قضية جزائية بدون حضور محام يساعد المتهم، إذ قررت القاعدة 44 من قواعد الإجراءات الجنائية أن حق تعيين محام لمساعدة المتهم وقفا على الإجراءات في المحاكم الاتحادية حيث كل متهم غير قادر على الاستفادة بخدمات محام له الحق في أن تعين له المحكمة محاميا في كل مرحلة من مراحل الإجراءات ابتداء من مثوله أمام الموظف القضائي المسؤول أو أمام المحكمة أو الاستئناف[72] ص 422، 423.

ثم جاء بعد ذلك حكم المحكمة العليا لسنة 1966 في قضية ميراندا أريزونا " Miranda V. Arizona" والذي أرست فيه المحكمة مجموعة من المبادئ والضمانات فيما يتعلق بحق المشتبه فيه أهمها إعطاء الحق لأي شخص تتعرض حريته للمساس من جانب الشرطة أن يستعين بمحام ويلتزم رجل الشرطة تنبيهه لهذا الحق وإلا اعتبر الإجراء المتخذ ضده وجميع الإجراءات اللاحقة باطلة[77] ص 91.

ومن أشهر أحكام المحكمة العليا الأمريكية في هذا الشأن قضاؤها في قضية " Berwer V. Williams" سنة 1977 الذي قضت فيه ببطلان حكم الإدانة الصادر ضد المتهم وتتلخص وقائع القضية في "أن أحد المتهمين تم القبض عليه بجريمة القتل العمدي وعند أخذ أقواله في غياب محاميه اعترف المتهم بجرمه بناءا على استدراجه من جانب ضابط الشرطة بالتلاعب بعواطفه من خلال ما

يسمى بالوعظ الديني وتم إحالته إلى المحاكمة، وصدر في حقه حكم بإدانته بجريمة القتل العمدي تأسيسا على اعترافه المدلى به أمام الشرطة، غير أنه عند الطعن في هذا الحكم أمام المحكمة العليا قضت ببطلان هذا الحكم لأنه إنطوى على إهدار لضمانات دفاع المتهم التي تتطلب أخذ أقواله في وجود محاميه وعدم استغلال ذلك للحصول على اعتراف من المتهم.

وانطلاقا من المبادئ المقررة من المحكمة العليا الأمريكية والمكرسة في التعديلين الدستوريين الرابع والسادس فإن النظام الأمريكي يعتبر تعيين محام للمتهم حقا دستوريا يستفيد منه كل شخص له الحق في اختيار محاميه وتوكيله منذ اللحظة الأولى لتوقيفه أمام الشرطة، وإذا كان في حالة عوز أو فقير فلا يمكن حرمانه من هذا الحق باعتباره حقا دستوريا إذ يقع على عاتق الدولة أو الحكومة المحلية تأمين نفقات المحامي للمعوز لأن حق الدفاع يعد من مقومات المحاكمة العادلة القائمة على المساواة بين المواطنين أمام القضاء ومنها مساواتهم في الاستفادة بخدمات محام للدفاع عنهم[93] ص 708.

في القانون الفرنسي

السائد في النظام الفرنسي قبل سنة 1993 أنه كان يعترف بحق المتهم بالاستعانة بمحامي في مرحلة التحقيق الابتدائي فقط مثلما هو سائد الآن في معظم التشريعات العربية، وعدم تمتع المشتبه فيه بضمان الاستعانة بمحام أثناء مرحلة الاستدلال والبحث التمهيدي وهذا راجع لعدم إقرار المشرع الإجرائي الفرنسي صراحة لهذا الحق فضلا عن التفسير الضيق المطبق الذي أعطاه القضاء الفرنسي للمادة 3/6 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان بشأن الاستعانة بمحامي بعدم شملها لمرحلة الاستدلال[165] ص 198، 247.

غير أنه نتيجة للحكم الصادر عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ضد فرنسا بتاريخ 1992/08/27 بناءا على دعوى مرفوعة أمامها من طرف السيد توماس نتيجة عدم تمتعه بحقه في الاستعانة بمحام أثناء مرحلة الاستدلال ما يمثل خرقا للضمانات المقررة بموجب الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في مادتها 3/6 أين فرضت عليها تعويضات مالية طائلة نتيجة هذا الخرق. الأمر الذي أدى بالمشرع الفرنسي إلى جانب ما هو وارد في أحكام المادة 114 من قانون الإجراءات الجزائية من إلزام قاضي التحقيق بإخطار المتهم بحقه في تعيين محام وإذا لم يختره يقوم قاضي التحقيق بندب له محام إذا طلب ذلك، تقرر هذا الحق كذلك للمشتبه فيه وذلك بموجب القانون المؤرخ في 4 يناير ثم 24 أوت لسنة 1993 المتضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية إذ نص في المادة 4/63 على أن للشخص المتحفظ عليه لدى الشرطة القضائية في مرحلة الاستدلالات حق اللقاء بمحاميه وذلك بعد مرور عشرين ساعة من التحفظ.

غير أنه نتيجة للانتقادات التي وجهها الفقه الفرنسي إلى تعديل سنة 1993 على أنه لم يسمح بتدخل المحامي إلا بعد عشرين ساعة من التحفظ وكان يجب أن يكون منذ اللحظة الأولى للتوقيف تماشيا

مع ما هو مستقر لدى التشريعات الأوروبية الأخرى حتى يكون متوافقا مع الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، كما أن هذا التعديل استثنى بعض الجرائم الخطيرة كالجرائم الإرهابية والمخدرات، والجرائم المنظمة كجريمة القوادة المشددة وجرائم السرقة المشددة كونها أكثر تعقيدا وخطورة على الأمن والنظام العام إذ أنه لا يسمح لتدخل المحامي أمام الضبطية القضائية إلا بعد مرور ستة وثلاثين ساعة[54] ص 367.

ونظرا لما كشفته الإحصائيات من أن عدد كبير من المشتبه فيهم كان يتم إطلاق صراحهم عادة وبعد مرور 19 ساعة من الحجز أي قبل إكتمال 20 ساعة التي يسمح للمشتبه فيه الاتصال بمحاميه الأمر الذي أدى بالمشرع الفرنسي أن يتدخل ثانية بموجب قانون تدعيم قرينة البراءة الصادر برقم 2000/516 المؤرخ في 2000/06/15 إذ عدل المادة 4/63 من قانون الإجراءات الجزائية أين كفل حق الشخص المتحفظ عليه في اللقاء بمحاميه منذ اللحظة الأولى لبداية التحفظ كما أنه عند تمديد التحفظ يكون للشخص المتحفظ عليه حق لقاء محاميه بعد انقضاء 12 ساعة من بداية التمديد لعدة مرات ولمدة 30 دقيقة في كل مرة، وعند نهاية كل لقاء يكون للمحامي الحق في إبداء ما يراه من ملاحظات يتم تدوينها في محضر الشرطة، إلا أن المشرع الفرنسي رغم هذا التعديل أبقى على الاستثناءات الخاصة ببعض الجرائم الخطيرة إذ جعل حق التحدث مع المحامي بعد مرور 36 ساعة من التحفظ في الجرائم الخطيرة كالسرقة المشددة والقوادة المشددة وبعد مرور 72 ساعة في حالة الجرائم الإرهابية والاتجار بالمخدرات[3] ص 574.

غير أنه نتيجة للحركات المناهضة لقانون تدعيم قرينة البراءة لسنة 2000 المعدل لقانون الإجراءات الجزائية والتي قام بها العديد من رجال الشرطة القضائية نظرا لكثرة القيود المطروحة عليهم، وزيادة الأحكام المقرر لبطلان الإجراءات وعدم إمكانية توفير محام في اللحظة الأولى للاحتجاز وكثرة الجرائم مما أضعف شعور المجتمع الفرنسي بالأمان تدخل المشرع الفرنسي لتعديل المادة 4/63 مرتين بعد سنة 2000 الأول في 2002/3/4 إذ أصبح حق المشتبه فيه للاستعانة بمحام يكون بعد مرور 3 ساعات من التحفظ وليس منذ بداية الاحتجاز وهذا حتى تكون هناك مدة كافية لحق المحامي وتفادي بطلان الإجراءات، أما التعديل الثاني كان في 2004/03/10 إذ جعل إلزام إعلان المشتبه فيه بحق في الاستعانة بمحام يختلف باختلاف جسامة الجريمة في الجنايات والجنح المتعلقة بجرائم السرقات في طرق المواصلات (النشل) والقوادة المشددة أو المنظمة، والسرقة بظروف التشديد لا يتدخل المحامي إلا بعد مرور 48 ساعة من التحفظ، أما جرائم الاتجار بالمخدرات وجرائم الاشتراك في الأعمال الإرهابية لا يستطيع أن يتدخل المحامي إلا بعد مرور 72 ساعة.

في القانون المصري

إذا كان من الثابت والمستقر عليه في النظام القضائي الجزائي المصري أنه من حق المتهم الاستعانة بمحام في مرحلة التحقيق الابتدائي، ويلزم المحقق سواء كان عضو النيابة العامة أو قاضي التحقيق بإخطار المتهم بحقه في تعيين محام للدفاع عليه قبل إجراء الاستجواب والمواجهة وهذا بصريح المادة 124 من قانون الإجراءات الجنائية التي تنص على أنه:« لا يجوز للمحقق في الجنايات والجنح والمعاقب عليها بالحبس وجوبا أن يستجوب المتهم أو يواجهه بغيره من المتهمين أو الشهود إلا بدعوة محاميه للحضور... وإذا لم يكن للمتهم محام، أو لم يحضر محاميه بعد دعوته، وجب على المحقق من تلقاء نفسه أن يندب له محاميا».

غير أن الإشكال طرح أمام القضاء المصري حول مدى جواز استعانة المشتبه فيه في مرحلة البحث التمهيدي وجمع الاستدلالات أمام الضبطية القضائية بمحام لحماية حقوقه؟

لقد تطرقت محكمة النقض المصرية لهذه المسألة واستقر قضاؤها على أن المشرع الإجرائي لم ينص صراحة على حق المتهم الاستعانة بمحام أثناء مرحلة الاستدلال وأكدت ذلك في قرارها المؤرخ في 1961/05/01 والذي جاء فيه:« ما يقوله المتهم بشأن بطلان محضر جمع الاستدلالات بسبب أن البوليس منع محاميه من الحضور معه أثناء تحريره لا يستند إلى أساس في القانون» وقد أصبح هذا الحكم مرجعا تعتمد عليه محاكم الموضوع.

موقف المشرع الجزائري

الثابت قانونا وفقا لأحكام المادة 100 من قانون الإجراءات الجزائية والمستقر عليه قضاءا في النظام القضائي الجزائري أن مشرعنا الوطني يعترف للمتهم بحقه في الاستعانة بمحام للدفاع على مصالحه وتمثيله منذ اللحظة الأولى لامتثاله أمام قاضي التحقيق كما يتعين على هذا الأخير أن يخطره بحقه في تعيين محام من اختياره فإن لم يحضر محاميا عين له قاضي التحقيق محاميا من تلقاء نفسه متى طلب المتهم ذلك.

غير أنه يلاحظ على المادة 100 من قانون الإجراءات الجزائية أن ندب قاضي التحقيق محاميا للدفاع على مصالحه ومساعدة المتهم أثناء التحقيق رهين بطلب المتهم وبالتالي فإن حضور المحامي من عدمه في التحقيق ليس شرطا لسلامة الإجراءات مثلما هو مستقر عليه في النظام القضائي الأمريكي.

غير أن الإشكال يطرح بالنسبة لمدى اعتراف المشرع الجزائري لحق المشتبه فيه الاستعانة بمحام في مرحلة البحث التمهيدي أو جمع الاستدلالات أمام الضبطية القضائية.

إن المستقر عليه في الممارسة القضائية وبدون أي سند لا في القانون أو اجتهادات المحكمة العليا ليس للمشتبه فيه الحق بالاستعانة بمحام في مرحلة البحث التمهيدي أو الاستدلالات، الأمر الذي يستدعي ضرورة تدخل المشرع الجزائري وبموجب نصوص صريحة لتمكن المشتبه فيه الاستعانة

بمحام في مرحلة البحث التمهيدي أو الاستدلال أمام الضبطية القضائية وذلك على غرار ما فعله المشرع الفرنسي من خلال تعديله للمادة 63 من قانون الإجراءات الجزائية بموجب القانون لسنة 1993، وقانون تدعيم قرينة البراءة الصادرة بالقانون رقم 516/2000 المؤرخ في 2000/06/15 وكذلك تماشيا مع أحكام المادة 3/14 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 الموقعة عليه الجزائر.

4.2.2.3.1. ضمان توقيع الكشف الطبي على المشتبه فيه والمتهم

يمثل ضمان الفحص الطبي على المشتبه فيه في مرحلة الاستدلال أو البحث التمهيدي والمتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي أهمية قصوى باعتبارها من الضمانات المتفرعة على قرينة البراءة، وتكمن أهمية طلب الكشف الطبي في المرحلة الأولى للمتابعة الجزائية لما قد يتعرض له المشتبه فيه في هذه المرحلة من إكراه وسوء معاملة وحتى التعذيب من قبل جهة الاستدلال لحمله على الاعتراف أما أهمية هذا الطلب في المرحلة التالية أثناء التحقيق القضائي تكمن في مدى ملائمة الأوامر المقيدة للحرية وخاصة الحبس المؤقت بالنسبة للمتهم الذي يعاني من أمراض خطيرة أو مزمنة تقتضي علاجا خاصا ومتابعة مستمرة أمام مؤسسات استشفائية متخصصة، أو مدى احترام السلامة الجسدية والنفسية للمتهم أثناء البحث عن الدليل خاصة إذا كان هذا الأخير مسرحه جسم المتهم. لذا نحاول أن نتطرق في هذا المقام أولا إلى أساس شرعية ضمان توقيع الكشف الطبي ثم ثانيا: أهمية ضمان الكشف الطبي.

1.4.2.2.3.1. أساس شرعية ضمان توقيع الكشف الطبي

تضمن التشريعين الفرنسي والجزائري الإشارة بصورة واضحة إلى حق المشتبه فيه والمتهم في الكشف أو الفحص الطبي أثناء مرحلة الاستدلال أو التحقيق في حين فإن القانون المصري جاء خاليا من الإشارة لهذا الضمانة فيما عدا ما تضمنته بعض تعليمات النيابة العامة في هذا المقام، وهذا ما يمكن تحديده تبعا وذلك على النحو التالي:

موقف المشرع الأمريكي:

يستمد ضمان الكشف الطبي للمتهم المحتجز في القانون الأمريكي أساسه من المبادئ التي قررتها المحكمة العليا سنة 1966 في قضية ميراندا لذا فإن أساسه قضائيا أمرت به المحكمة العليا في قرارها المذكور أعلاه.مما أصبغ عنه الصفة الدستورية.

موقف المشرع الفرنسي:

قرر المشرع الإجرائي الفرنسي ضمانة الكشف الطبي على المشتبه فيه منذ فترة[3] ص 581 وذلك في أحكام قانون الإجراءات الجزائية لسنة 1958 وذلك في الفقرتين 4 و5 من المادة 63 على

أنه:« يأمر عضو النيابة العامة من تلقاء نفسه أو بناءا على طلب المشتبه فيه أو أحد أفراد أسرته بتوقيع الكشف الطبي بعد انقضاء مدة الأربع وعشرين ساعة».

غير أنه يلاحظ على هذا النص أن توقيع الكشف الطبي ليس إلزاميا لأنه لم ينص على الجزاء عند مخالفتها. كما يأمر به بعد انتهاء فترة الحجز تحت النظر على أساس أن فترة الحجز هي 24 ساعة وفقا لأحكام المادة 63 من قانون الإجراءات الجزائية.

غير أنه بموجب التعديلات التي أجراها المشرع الفرنسي سنة1993 على قانون الإجراءات الجزائية جعل طلب الكشف الطبي جائز خلال فترة الاحتجاز إذ قرر في المادة 63 من قانون الإجراءات الجزائية المعدلة بموجب القانون لسنة 1993 على أنه:« لكل شخص محتجز الحق في طلب أن يفحصه طبيب يحدده ضابط الشرطة القضائية أو النائب العام، وفي حالة مدة الاحتجاز يستطيع أن يقدم هذا الطلب مرة أخرى كما يستطيع النائب العام وكذلك ضابط الشرطة القضائية أن يأمر من تلقاء نفسه توقيع الكشف الطبي على المحتجز، ويجوز تقديم طلب الفحص الطبي عن طريق أقارب المشتبه فيه المحتجز في حالة عدم طلب المشتبه فيه، أو عدم أمر ضابط الشرطة القضائية أو وكيل الجمهورية».

وإذا كان للمشتبه فيه المحتجز في النظام القضائي الفرنسي أصبح منذ تعديل سنة 1993 له الحق في طلب الكشف الطبي منذ توقيع الحجز عليه، فإن أخطاره بهذا الحق المنصوص عليه في أحكام المادة 63 لم يتم تقريره إلا بموجب قانون تدعيم قرينة البراءة الصادرة في 2000/06/15 أين نص في المادة 1/63 من قانون الإجراءات الجزائية المعدل بإلزام ضابط الشرطة القضائية بإخطار المشتبه فيه المحتجز بحقه في توقيع الفحص الطبي عليه منذ بدء التوقيف تحت النظر، ويترتب على عدم الإخطار بطلان إجراءات التوقيف تحت النظر وكل الإجراءات التالية له.

موقف المشرع المصري

استقر الفقه المصري[3] ص 585 على أن المشرع المصري لم يقرر ضمان إخطار المشتبه فيه بحقه في أن يفحصه طبيب لتحديد حالته الصحية في مرحلة الاستدلال وهذا لخلو أي تشريع سواء في القانون أو الدستور الإشارة إلى هذا الحق.

أما في حالة تقديم المتهم أمام جهات التحقيق أجاز له المشرع تقديم طلب الكشف الطبي عليه لتحديد آثار سوء المعاملة وفقا لإدعائه وبعد هذا الطلب شكوى مقدمة من المتهم ضد الضبطية القضائية. غير أنه للتخفيف من هذا الفراغ التشريعي الرهيب في النظام القضائي المصري تدخلت محكمة النقض المصرية في عدة أحكام لها إذ جاء في القرار المؤرخ في 1965/10/25 على أنه:« الاعتراف الذي يعول عليه يجب أن يكون اختياريا وهو لا يعتبر كذلك، ولو كان صادقا إذا صدر تحت تأثير إكراه أو تهديد أيا كان نوعه والدفع ببطلان الاعتراف دفع جوهري على المحكمة مناقشته والرد عليه سواء وقع على المتهم المعترف أو على غيره من المتهمين ما دام الحكم قد عول على هذا الاعتراف للإدانة».

موقف المشرع الجزائري

يتميز موقف المشرع الجزائري من مسألة ضمان حق المشتبه فيه والمتهم من الكشف الطبي أنه جاء قريبا لما استقر عليه المشرع الفرنسي بعد تعديل سنة 1993 لقانون الإجراءات الجزائية مع بعض الاختلاف.

إذ لم ينص المشرع الجزائري على إلزام ضابط الشرطة القضائية إعلام المشتبه فيه الموقوف تحت النظر بحقه في طلب الكشف الطبي عليه وإنما نص في الفقرة الثانية من المادة 51 مكرر 1 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه:«عند انقضاء مواعيد التوقيف للنظر يتم وجوبا إجراء فحص طبي للشخص الموقوف إذا ما طلب ذلك مباشرة أو بواسطة محاميه أو عائلته ويجري الفحص الطبي من طبيب يختاره الشخص الموقوف من الأطباء الممارسين في دائرة اختصاص المحكمة، وإذا تعذر ذلك يعين له ضابط الشرطة القضائية تلقائيا طبيبا تضم شهادة الفحص الطبي لملف الإجراءات».

ويلاحظ من خلال هذه المادة أنه يجوز للمشتبه فيه بصفة مباشرة أو عن طريق أحد أفراد عائلته أو محاميه طلب إجراء الفحص الطبي بمعرفة طبيب من اختاره وهو وجوبي على الضبطية القضائية باعتباره من المستندات التي تظم إلى ملف الإجراءات.

أما في فترة الاحتجاز تحت النظر فقد أجازت الفقرة الأخيرة من المادة 52 من قانون الإجراءات الجزائية إجراء الفحص الطبي على المشتبه فيه بقولها:« يجوز لوكيل الجمهورية إذا اقتضى الأمر، سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد أفراد عائلة الشخص الموقوف للنظر أو محاميه، أن يندب طبيبا لفحصه في أية لحظة من الآجال المنصوص عليها في المادة 51 أعلاه».

ويلاحظ أن الآجال المنصوص عنها في المادة 51 التي يجوز فيها طلب الفحص الطبي هي فترة التوقيف تحت النظر وفي جميع فترات التمديد المنصوص عليها، كما يلاحظ على هذه المادة أن الأمر جوازي لوكيل الجمهورية في الاستجابة لطلب الكشف الطبي على المشتبه فيه الموقوف للنظر لأنه لم يرتب أي جزاء على مخالفتها، كذلك أن المشرع رتب البطلان في أحكام المادة 157 و158 من قانون الإجراءات الجزائية لمخالفة إجراءات التحقيق المنوه عنها في أحكام المادتين 100 و105 من قانون الإجراءات الجزائية دون محاضر السماع التي تتم بمعرفة الضبطية القضائية، كما أن مخالفة المادة 51 المذكورة أعلاه لا ترتب أي أثر على صحة إجراءات المتابعة.

أما فيما يخص مرحلة التحقيق الابتدائي فقد أجاز المشرع لقاضي التحقيق سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب المتهم أو محاميه إجراء الفحص الطبي وذلك في صريح المادة 68 فقرة أخيرة بقوله:« يجوز لقاضي التحقيق أن يأمر بإجراء الفحص الطبي كما له أن يعهد إلى طبيب بإجراء فحص نفساني أو يأمر باتخاذ أي إجراء يراه مفيدا، وإذا كانت تلك الفحوص الطبية قد طلبها المتهم أو محاميه فليس لقاضي التحقيق أن يرفضها إلا بقرار بسبب».

ويلاحظ أن المشرع الجزائري وإن كان قد منح للمتهم أثناء مرحلة التحقيق الابتدائي حق طلب إجراء الفحص الطبي ويتعين على قاضي التحقيق في حالة الرفض أن يكون ذلك بقرار مسبب إلا أن هذا الطلب غير ملزم لأنه لم يرتب المشرع جزاء عن الرفض كما أنه ليس من القرارات التي يجوز للمتهم استئنافها وهذا بصريح المادة 172 من قانون الإجراءات الجزائية التي حددت على سبيل الحصر الأوامر التي يجوز للمتهم أو محاميه استئنافها وهي تلك الأوامر المنصوص عنها في المواد 65 مكرر 4 و69 مكرر و 74 و123 مكرر و125 و 1/125 و125 مكرر و125 مكرر 2 و127 و143 و154، وبالتالي فالأمر يرفض إجراء فحص طبي طبقا للمادة 68 المذكورة أعلاه لا تدخل ضمن الأوامر التي يجوز للمتهم استئنافها أمام غرفة الاتهام.

2.4.2.2.3.1. أهمية ضمان الكشف الطبي

تظهر أهمية ضمان توقيع الكشف الطبي على المشتبه فيه الموقوف تحت النظر في مرحلة البحث التمهيدي وجمع الاستدلالات أو المتهم المحبوس مؤقتا على ذمة التحقيق في أنها تحقق عدة اعتبارات لحماية الحرية الشخصية والسلامة الجسدية للموقوف مؤقتا بما يضمن صحة الاعترافات والتصريحات وسلامة الإجراءات للمحاكمة العادلة والنزيهة ويظهر ذلك في الاعتبارات التالية:

تظهر أهمية ضمان الكشف الطبي في حماية الحرية الشخصية والسلامة الجسدية للمشتبه فيه الموقوف تحت النظر مما يتعرض له من تعذيب أو سوء المعاملة لحمله على الاعتراف، وكذلك بالنسبة للمتهم المودع في الحبس المؤقت على ذمة التحقيق تحديد ما إذا كانت حالته الصحية تتحمل وضعه في الحبس المؤقت أم لا لكونه يعاني من مرض مزمن أو خطير يحتاج لرعاية طبية خاصة لدى مؤسسات استشفائية متخصصة.

حماية ضباط الشرطة القضائية وأعضائهم من إدعاءات المشتبه فيه الموقوف تحت النظر كونه تم الاعتداء عليه أو سوء معاملته وقت الحجز وفي حقيقة الأمر أن المشتبه فيه المدعى أصاب نفسه متعمدا أو اعتدى عليه من طرف غيره من المحتجزين، ولعل هذا ما جعل المشرع الجزائري في أحكام المادة 51 مكرر 1 من قانون الإجراءات الجزائية يوجب على ضابط الشرطة القضائية عند انتهاء فترة التوقيف تحت النظر وقبل تقديم المشتبه فيه أمام وكيل الجمهورية عرضه على طبيب في دائرة الاختصاص لفحص المشتبه فيه وضم الشهادة الطبية في ملف الإجراءات.

يُمكن الكشف الطبي لجهات الرقابة غرفة الاتهام أو قضاة الحكم فرصة الرقابة على إجراءات الاستدلال والتحقيق من أنها تمت في حدود القانون وأن الشهادة الطبية أو التقرير الطبي المرفق بالملف يثبت أن ما اتخذ من إجراءات في مواجهة المتهم المؤدية إلى التصريح بأقوال واعترافات قد تمت بإرادة حرة[3] ص 593، 594.

ولعل ما يؤكد أهمية إجراء الفحص الطبي على المشتبه فيه وضم الشهادة الطبية في ملف إجراءات الاستدلال، إن التقرير الطبي الذي أعده أطباء السجن المعالجين للسيد "توماس Tomas" سنة 1983 والذي يثبت من خلال الفحوصات أنه خضع للتعذيب وسوء المعاملة على يد الضبطية القضائية الفرنسية اعتبرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في حكمها المؤرخ في 1992/08/27 تقريرا رسميا صادرا من جهة إدارية تتمثل في إدارة السجون وأدانت على أساسه فرنسا وحكمت بتعويضات معتبرة للمدعى توماس.

3.2.3.1. ضمان الإشراف القضائي على التحقيق

إن قاضي التحقيق يجري تحقيقه في القضية المكلف بها سواء كان ذلك في صالح المتهم أو في غير صالحه باعتبار أن الهدف المراد الوصول إليه هو بلوغ الحقيقة من أن الأدلة المتوصل إليها كافية للاتهام، وإحالة المتهم أمام الجهة القضائية المختصة أم أنها غير ذلك لعدم توافر الصفة الإجرامية أو الجزائية في الفعل محل المتابعة أو أن الأدلة غير كافية أو غير مسندة للمتهم.

ولا يحقق التحقيق هدفه هذا إلا إذا توافر الإشراف القضائي على أعمال التحقيق باعتباره يؤدي دورا مزدوجا فهو من جهة أثناء مباشرة إجراءات التحقيق يضمن التوازن من جهة حماية حقوق وحريات المتهم وحماية المجتمع في الوصول إلى ملاحقة الجاني ومعاقبته، ومن جهة أخرى في حالة وقوع خرق لإجراء جوهري يمس المشروعية وينتهك حقوق الدفاع يكفل الضمان القضائي توقيع الجزاء الإجرائي بإبطال الإجراء المنتهك وكل ما رتبه من إجراءات لاحقة له.

ويظهر الإشراف القضائي على التحقيق سواءا في التشريع الإجرائي الجزائري أو المقارن في عدة مواد متفرقة البعض منها يرسم مبادئ ومقومات هذا الإشراف القضائي والبعض الآخر يضع الآليات القانونية الكفيلة بضمان تحقيق هذا الإشراف من خلال الرقابة الذاتية أو رقابة المتهم للتحقيق. وعلى هذا الأساس سنحاول التطرق في الفرع الأول إلى مقومات الإشراف القضائي على التحقيق ثم في الفرع الثاني إلى صور الإشراف القضائي على التحقيق.

1.3.2.3.1. مقومات الإشراف القضائي على التحقيق

إن الإشراف القضائي على التحقيق يقوم على مجموعة من المبادئ والمقومات مستوحات كلها من مبدأ الشرعية الإجرائية التي تستهدف تحقيق التوازن بين غاية العدالة في الوصول إلى الحقيقة ومعاقبة الجاني وغاية المتهم في حماية حقوقه وحرياته من تعسف السلطة القائمة على التحقيق والمحاكمة، لذا استقرت في الفقه والتشريع والقضاء المقارن مجموعة من المبادئ التي تعطي للإشراف القضائي على التحقيق المصداقية والطمأنينة لمن قُدر لهم أن يقفوا موقف الاتهام.

ويمكن أن نميز بين ثلاثة مبادئ أساسية تمثل المقومات التي يقوم عليها التحقيق، نتطرق إليها تبعا وهي أولا حياد سلطة التحقيق، وثانيا سرية التحقيق، وثالثا تدوين التحقيق[46] ص 514.

1.1.3.2.3.1. حياد سلطة التحقيق

من مفترضات الضمان القضائي تتولى أعمال التحقيق هيئة قضائية مختصة تتمتع بالاستقلالية سواء في مواجهة النيابة العامة أو قضاة الحكم، مع منح أطراف الخصومة الجزائية حق طلب تنحي قاضي التحقيق أو رده، الأمر الذي يؤدي بنا دراسة مبدأ حياد سلطة التحقيق بالتطرق إلى عناصره وهي إسناد التحقيق لسلطة قضائية، واستقلال هيئة التحقيق، وحق تنحي قضاة التحقيق.

إسناد التحقيق لسلطة قضائية

إن القضاء هو الحارس الطبيعي للحقوق والحريات من أن تتعرض للخطر عند مباشرة الإجراءات الجزائية سواء عند البحث عن الدليل أو تداوله وتقديمه أمام القضاء، ولا سبيل للمتهم للاطمئنان على نزاهة هذه الإجراءات واحترامها لحقوقه المكفولة دوليا ودستوريا إلا بإسناد التحقيق الابتدائي إلى جهة قضائية مختصة لها من النزاهة والاستقلالية وكفاءتها في تقدير الأوضاع وتدبر الأمور[35] ص 76 بما يحقق هذه لغاية للمتهم، بعيدا عن كل وسائل الضغط واضعا ثقة مصلحة المجتمع وحقوق المتهم في كفة واحدة ولا يرجح أي منهما إلا وفقا لما تجمعت لديه من أدلة وقرائن كافية لهذا الرجحان.

وقد كفلت المواثيق الدولية ضرورة إسناد التحقيق إلى هيئة قضائية مختصة إذ نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر بتاريخ 1948/12/10 في أحكام المادة 10 على أنه:« لكل إنسان على قدم المساواة التامة مع الآخرين، الحق في أن تنظر قضيته محكمة مستقلة ومحايدة، نظرا منصفا وعلنيا للفصل في حقوقه والتزاماته أو في أية تهمة جزائية توجه إليه». كما نص العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الصادر سنة 1966 في مادته 14 فقرة أولى على أنه:« الناس جميعا سواء أمام القضاء، ومن حق كل فرد لدى الفصل في أية تهمة جزائية توجه إليه أو في حقوقه والتزاماته في أية دعوى مدنية، أن تكون قضيته محل نظر منصف وعلني من قبل محكمة مختصة مستقلة حيادية منشأة بحكم القانون».

وقد حذا المشرع الجزائري حذو المشرع الفرنسي فيما يتعلق بالجهة التي تتولى التحقيق الابتدائي إذ أسنده إلى قضاة أصليين على درجتين، وهم قضاة التحقيق كدرجة أولى حسبما نص عليه في أحكام المادة 38 من قانون الإجراءات الجزائية التي تنص على أنه:« تناط بقاضي التحقيق إجراءات البحث والتحري ولا يجوز له أن يشترك في الحكم في قضايا نظرها بصفته قاضيا للتحقيق وإلا كان ذلك الحكم باطلا...» وكذا قضاة غرفة الاتهام باعتبارهم جهة تحقيق من الدرجة الثانية فيما يخص

الجنايات وجهة رقابة على أعمال قاضي التحقيق من حيث مدى ملائمة إجراءات التحقيق المتخذة ومدى صحتها إذ لها في سبيل ذلك حق إبطال الإجراء المعيب والتصدي لموضوع الدعوى طبقا لمقتضيات المواد 186، 187، 190 و191 من قانون الإجراءات الجزائية.

وإن اتفقت جميع النظم الإجرائية المقارنة على ضرورة إسناد التحقيق الابتدائي إلى هيئة قضائية إلا أنها اختلفت فيما يخص السلطة القائمة به فمنهم من أسند ذلك إلى جهة قضائية مهمتها التحقيق فقط مثل ما هو سائد في النظام القضائي الفرنسي والجزائري بإنشائه نظام قاضي التحقيق، وهناك من أسند التحقيق الابتدائي إلى السلطة التي تتولى الاتهام مثلما هو سائد في التشريعات التي تجمع بين سلطة الاتهام والتحقيق على غرار ما هو سائد في التشريع المصري والأردني والليبي.

استقلال هيئة التحقيق

يتضمن مبدأ استقلالية هيئة التحقيق جانبين من الاستقلالية فمن ناحية أولى تستقل سلطة التحقيق عن سلطة الاتهام بحيث لا يجوز إسناد هذين المهمتين (الاتهام والتحقيق) لسلطة واحدة لتعارض واختلاف مهام كل هيئة عن الأخرى، ومن ناحية ثانية استقلال سلطة التحقيق عن قضاة الحكم بحيث لا يجوز لقاضي التحقيق أن يفصل أو يشترك في الحكم في قضية سبق له أن حقق فيها[35] ص 815 هذا ما نحاول التطرق إليه في جانبين:

الفصل بين سلطة التحقيق وسلطة الاتهام

يقصد بالفصل بين وظيفتي الاتهام والتحقيق أن يتولى مهمة الاتهام أو الإدعاء جهة قضائية غير الجهة التي تتولى مهمة التحقيق الابتدائي، إذ تقوم كل هيئة بمهمتها استقلالا عن الأخرى فتحريك الدعوى العمومية من اختصاص النيابة العامة أما التحقيق فهو من اختصاص قاضي التحقيق، ويرجع السبب في عدم تجميع سلطة التحقيق والاتهام في يد هيئة قضائية واحدة ذلك أن من يتولى الاتهام عند مباشرته للتحقيق في قضية وجه فيها الاتهام للأشخاص محل التحقيق قد بين فكرة مسبقة مما يؤثر عليه عند مباشرته للتحقيق.

استقلال سلطة التحقيق عن الحكم

لقد استقر التشريع والقضاء المقارن على فصل سلطة التحقيق عن قضاة الحكم لأجل ضمان أكبر قدر ممكن من الحيادية والموضوعية باعتبارهما أساس ضمان الإشراف القضائي على التحقيق، فمن يشترك في المحاكمة كقاضي حكم في قضية سبق له أن حقق فيها باعتباره قاضي تحقيق قد يتأثر بما سبق أن اتخذه من قرارات أو بما تكون لديه من قناعات بشأن القضية التي سبق له القيام بالتحقيق فيها لذا فقد يميل عند المحاكمة إلى رأيه السابق الذي اتخذه كقاضي تحقيق[46] ص 517.

وقد أكد المشرع الفرنسي في قانون الإجراءات الجزائية على مبدأ الفصل بين وظيفتي التحقيق والحكم وذلك في أحكام المادة 49 بقوله:« قاضي التحقيق مكلف بإجراءات التحقيق ولا يجوز له تحت طائلة البطلان، أن يشترك للحكم في قضية جزائية نظرها بصفته قاضيا للتحقيق».

كما نص المشرع المصري في أحكام المادة 247 فقرة 2 من قانون الإجراءات الجنائية على هذا الاستقلال بين الهيئتين بقوله:« ويمتنع عليه – أي القاضي- كذلك أن يشترك في الحكم إذا كان قد قام في الدعوى بعمل من أعمال التحقيق أو الإحالة أو أن يشترك في الحكم في الطعن إذا كان الحكم المطعون فيه صادرا منه».

كما نص المشرع اللبناني على ذلك في أحكام المادة 52 من قانون أصول المحاكمات الجزائية بقوله:« ولا يجوز لقاضي التحقيق أن ينظر أو يحكم في الدعوى، التي حقق فيها».

غير أن المشرع العراقي شذ على هذه القاعدة إذ أعطى لقاضي الحكم أن يقوم بمهمة التحقيق رغم أنه يضمن وقت مباشرته للتحقيق الجلوس إلى الحكم وهذا استثناءا كما هو وارد في أحكام المادة 51 فقرة "ب" من قانون أصول المحاكمات الجزائية بقولها:« إذا اقتضت الضرورة إصدار قرار أو اتخاذ إجراء فوري في أثناء التحقيق في جناية أو جنحة، ولم يكن قاضي التحقيق موجودا فعلى المسؤول عن التحقيق عرض الأمر على أي قاضي في منطقة اختصاص قاضي التحقيق أو أية منطقة قريبة منها للنظر في اتخاذ ما يلزم... لأي قاضي أن يجري التحقيق في أية جناية أو جنحة وقعت بحضوره ولم يكن قاضي التحقيق موجودا»[30] ص 253.

حق تنحية قاضي التحقيق عن الدعوى

إن رد أو تنحية قاضي التحقيق عن الدعوى يعتبر ضمانة هامة من ضمانات الإشراف القضائي ووسيلة يراقب بها أطراف الخصومة الجزائية النيابة العامة والمتهم نزاهة التحقيق وابتعاده عن الشبهات.

غير أن الملاحظ أن حق طلب تنحي أو رد قاضي التحقيق لا يمكن قيامه وتصوره إلا بالنسبة للتشريعات التي أخذت بنظام استقلالية هيئة التحقيق عن هيئة الإدعاء أو الاتهام، أما التشريعات التي أسندت مهمة التحقيق إلى النيابة العامة مثل أغلب التشريعات العربية كالمصري والليبي والقطري، والأردني فإنها لا تجيز الرد أو طلب تنحي المحقق وهذا تطبيقا لقاعدة "أن الخصم لا يمكن أن يرد خصمه" وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها مؤرخ في 1956/06/26 على أنه:«إن علاقة القرابة بين المتهم وقاضي التحقيق لا تنزع عن هذا الأخير صلاحياته في القيام بالتحقيقات التي قد ندبته لها النيابة العامة».

أما المشرع الجزائري فقد نص على تنحية قاضي التحقيق أو رده لضمان حق الإشراف القضائي وإبعاد الشبهات واطمئنان المتقاضين ويمكن أن نميز بين حالتين لتنحي قاضي التحقيق الأولى

منصوص عنها في أحكام المادة 71 من قانون الإجراءات الجزائية والمتعلقة بحسن سير العدالة والثانية منصوص عليها في أحكام المادة 191 والمتعلقة ببطلان الإجراءات[4] ص 55 وهذا ما سنحاول التطرق له تبعا وذلك على النحو التالي:

تنحية قاضي التحقيق لحسن سير العدالة

لأجل إبعاد الشبهات وتحقيق حسن سير العدالة والإنصاف فقد أعطى المشرع الجزائري في أحكام المادة 71 فقرة 1 من قانون الإجراءات الجزائية للمتهم إمكانية طلب تنحية قاضي التحقيق وذلك بقوله:« يجوز لوكيل الجمهورية أو المتهم أو الطرف المدني لحسن سير العدالة، طلب تنحية الملف من قاضي التحقيق لفائدة قاضي آخر من قضاة التحقيق».

وحتى يحقق طلب التنحية جدواه باعتباره آلية جوهرية لحماية ضمانات نزاهة وعدالة التقاضي فبعد ما كان طلب التنحية طبقا للمادة 71 – قبل تعديلها- يقدم إلى وكيل الجمهورية الذي له أن يصدر قرارا بذلك غير قابل لأي طعن مما لا يحقق استقلالية التحقيق، تدخل المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 08/01 المؤرخ في 2001/06/26 وعدل بموجبه المادة 71 من قانون الإجراءات الجزائية وأصبح طلب التنحية يقدم لرئيس غرفة الاتهام بقولها:« يرفع طلب التنحية بعريضة مسببة إلى رئيس غرفة الاتهام وتبلغ إلى القاضي المعني الذي يجوز له تقديم ملاحظاته الكتابية. ويصدر رئيس غرفة الاتهام قراره في ظرف ثلاثين (30) يوما من تاريخ إيداع الطلب بعد استطلاع رأي النائب العام، ويكون هذا القرار غير قابل لأي طعن».

تنحية قاضي التحقيق لبطلان الإجراءات

إن غرفة الاتهام في النظام القضائي الجزائري باعتبارها جهة عليا للتحقيق والمراقبة للشرعية الإجرائية، فإذا رفعت إليها إجراءات الدعوى بمناسبة استئناف مختلف الأوامر التي يصدرها قاضي التحقيق وفي حالة ما إذا كشفت سبب من أسباب البطلان أن تقضي ببطلان الإجراء المشوب بعدم الشرعية وكذا الإجراءات اللاحقة له إذا اقتضى الأمر ذلك[4] ص 57.

وهي طبقا لأحكام المادة 191 من قانون الإجراءات الجزائية ملزمة باتخاذ قرار من القرارات الثلاثة الآتية، فإما أن تتصدى لموضوع الإجراء المشوب بالبطلان وتصححه إن أمكن ذلك، وإما أن تعيد الملف إلى قاضي التحقيق الذي حقق فيه وذلك لمواصلة التحقيق وفقا للمهام الوارد في قرار غرفة الاتهام، وإما أن تحيل الملف لقاضي تحقيق آخر لمواصلة إجراءات التحقيق وفي هذا الحالة الأخيرة يعتبر تنحية قاضي التحقيق قد تم لبطلان أو خرق الإجراءات.

وما يؤكد حرص المحكمة العليا على تحقيق استقلالية قاضي التحقيق وحمايتها لهذه الضمانات بموجب عدة قرارات لها منها قرارها الصادر عن الغرفة الجنائية بتاريخ 1986/04/15 الذي جاء فيه:«إذا كان من الثابت أن غرفة الاتهام قضت ببطلان بعض إجراءات التحقيق وأمرت النيابة العامة

باتخاذ ما تراه مناسبا بشأنها دون أن تتصدى للإجراءات بإحالة المتهمين أمام المحكمة المختص أو بإتمام الإجراءات سواء بمعرفة نفس قاضي التحقيق أو غيره من القضاة، فإنها تكون قد تركت الدعوى معلقة، وأخطأت في تطبيق القانون، لذلك يستوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه»[1989] ص 265، 266..

2.1.3.2.3.1. سرية التحقيق

يقصد بسرية التحقيق أن تتم إجراءات التحقيق في غير علانية ويعتبر ذلك مظهرا من مظاهر النظام التنقيبي والتحري إذ أن المبدأ المستقر وبصفة مطلقة في جميع التشريعات المقارنة هو سرية التحقيق بالنسبة للجمهور[46] ص 517.

وقد نص المشرع المصري في أحكام المادة 75 من قانون الإجراءات الجنائية على أنه:«تعتبر إجراءات التحقيق ذاتها والنتائج التي تسفر عنها من الأسرار ويجب على قضاة التحقيق وإعفاء النيابة العامة ومساعديهم من كتاب وخبراء وغيرهم من يتصلون بالتحقيق أو يحضروا فيه بسبب وظيفتهم أو مهنتهم عدم إفشائها ومن يخالف ذلك منهم يعاقب طبقا للمادة 310 من قانون العقوبات».

وقد نص المشرع الجزائري على سرية التحقيق وذلك في أحكام المادة 11 من قانون الإجراءات الجزائية إذ جاء في الفقرتين الأولى والثانية على أنه:«تكون إجراءات التحري والتحقيق سرية، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، ودون إضرار بحقوق الدفاع، كل شخص يساهم في هذه الإجراءات ملزم بكتمان السر المهني بالشروط المبينة في قانون العقوبات وتحت طائلة العقوبات المنصوص عليها فيه».

ولتحقيق الحماية لسرية التحقيق وكتمان السر المهني فقد أجازت عدة قوانين فرعية منظمة لمختلف الوظائف والمهن متابعة كل من أخل بذلك تأديبيا بالإضافة إلى المتابعة الجزائية التي تقوم بها جهات القضاء، ذلك أنه بالنسبة للقضاة فالمادة 8 من القانون الأساسي للقضاء الصادر بموجب القانون رقم 04/11 المؤرخ في 09/06/ 2004 تلزم القاضي بالمحافظة على سرية المداولات وعدم إفشاء المعلومات المتعلقة بالملفات القضائية وهذا تحت طائلة المتابعات التأديبية الواردة في أحكام المادة 84 وما يليها من نفس القانون مع إمكانية متابعته جزائيا بتهمة إفشاء أسرار مستندات لأشخاص لا صفة لهم فيها طبقا لأحكام المادتين 46 و85 من قانون العقوبات.

وكل الأشخاص الذين يساهمون في التحقيق أو يشتركون فيه نظرا لطبيعة وظيفتهم أو مهنتهم كالكتاب والخبراء والمحامين والمحضرين القضائيين فإنه بالإضافة إلى المتابعة التأديبية من طرف الجهة التي يتبعونها عند إفشائهم لأسرار التحقيق فقد وضع المشرع قاعدة عامة في أحكام المادة 301 من قانون العقوبات لمتابعتهم جزائيا.

وإذا كان المشرع يقرر عدم علانية التحقيق الابتدائي بالنسبة للجمهور ليس فقط حماية للمتهم من التشهير به مما يؤدي إلى المساس بكرامته وسمعته بسبب التحقيق الذي قد ينتهي بإصدار أمر بانتفاء وجة الدعوى من طرف قاضي التحقيق أو الحكم بالبراءة عند مثوله أمام المحكمة، وإنما حماية للجمهور نفسه من التأثير السيئ لنقل تفاصيل الجريمة وتفاديا من تأثير الرأي العام على القضاة[5] ص 13، 14 خاصة عندما يكون نقل أخبار التحقيق للرأي العام في بعض الجرائم الخطيرة والتي تشد الرأي العام لها بصورة مخالفة وغير دقيقة للوقائع والأشخاص، هذا ما أدى بالمشرع الجزائري أن يتدخل بموجب القانون رقم 22/06 المؤرخ في 2006/12/20 وذلك لتعديل المادة 11 من قانون الإجراءات الجزائية وذلك بالنص في الفقرة الثالثة على أنه:« غير أنه تفاديا لانتشار معلومات غير كاملة أو غير صحيحة أو لوضع حد للإخلال بالنظام العام، يجوز لممثل النيابة العامة دون سواه أن يطلع الرأي العام بعناصر موضوعية مستخلصة من الإجراءات على أن لا تتضمن أو تقيم للاتهامات التمسك بها ضد الأشخاص المتورطين».

وغنى عن البيان أن سرية التحقيق المقصودة هنا هي السرية بالنسبة للجمهور، أما بالنسبة للخصوم – المتهم والنيابة العامة والطرف المدني- فإن الأصل هو علنية التحقيق بالنسبة لهم باعتباره أكبر ضمانة للتحقيق واحترام حقوق الدفاع، بعدم مفاجأة المتهم بأدلة أثناء المحاكمة لم يطلع عليها أثناء التحقيق ولم يحصل المناقشة بشأنها أثناء الاستجواب. إلا أنه يمكن أن يكون التحقيق سري بالنسبة للخصوم وهذا في حالة الاستعجال القصوى كالانتقال لمعاينة آثار قد تندثر بسرعة لا تعطي الوقت الكافي لقاضي التحقيق استدعاء المتهم أو محاميه بشأنها أو سماع شاهد قدر قاضي التحقيق سماعه منفردا قبل مواجهته بالمتهم، غير أنه يتعين على قاضي التحقيق بعد انتهاء دواعي السرية أن يطلع المتهم عما تم من إجراءات في غيبته لأنها تدخل ضمن حق الإعلام أو الإخطار المنوه عنها كقاعدة عامة إلزامية في أحكام المادة 100 من قانون الإجراءات الجزائية. كما سبق الإشارة إليه.

3.1.3.2.3.1. تدوين التحقيق

نظرا لأهمية التدوين في إثبات الإجراء المتخذ ومراقبته فقد وضع المشرع في مواد متفرقة شروط لقيام عنصر التدوين لذا سنحاول التطرق إلى مفهوم التدوين وأهميته ثم إلى شروطه على النحو التالي:

مفهوم التدوين وأهميته

تقتضي القواعد العامة في الإجراءات الجزائية تدوين جميع إجراءات التحقيق عن طريق الكتابة وذلك في محاضر رسمية أعدت لهذا الغرض ذات شكليات حددها المشرع باعتبارها ضمانا للخصوم حتى يستطيع كل منهم الرجوع إلى ما يجري فيه ليبني دفاعه على أساسه[29] ص 112.

وتكمن أهمية التدوين لإثبات الإجراء المتخذ وكذا مراقبة مدى شرعيته سواء من طرف غرفة الاتهام بمناسبة إطلاعها على ملف الدعوى بناءا على استئناف أحد أوامر قاضي التحقيق أو بمناسبة تصديها لإرسال المستندات للاتهام في الجنايات، أو قضاة الحكم بمناسبة الفصل في الدعوى وممارسة رقابتهم اللاحقة للشرعية الإجرائية.

شروط التدوين

حتى يتحقق عنصر تدوين التحقيق لا بد أن يتم ذلك في محضر رسمي يثبت فيه الإجراءات والأوامر التي اتخذها قاضي التحقيق محرر من طرف كاتب التحقيق مشتملا على مجموعة من البيانات المحددة، هذا ما يمكن تحليله على النحو التالي:

لا بد من وجود محضر رسمي لتدوين الإجراءات

إن إجراءات التحقيق بما تحويه من أعمال يتخذها قاضي التحقيق لجمع الدليل أو أوامر يعدها لتأمينه ولا بد أن تتم من الناحية الفعلية في محضر رسمي هو محضر التحقيق، وهذا لأجل الإثبات مما يؤدي بالضرورة أن تخلف التدوين في محضر رسمي انعدام الإجراء لعدم إمكانية إثباته.

لذا نص المشرع المصري في قانون الإجراءات الجنائية في أحكام المادة 24 على إلزامية تدوين الإجراءات التي يتخذها ضباط الشرطة القضائية في محضر رسمي، كما نص في المادة 73 على قاعدة عامة توجب تدوين قاضي التحقيق لكل الإجراءات والأوامر في محاضر وذلك بقوله: «يستطحب قاضي التحقيق في جميع إجراءاته كاتبا من كتاب المحكمة يوقع معه المحاضر، وتحفظ هذه المحاضر مع الأوامر وباقي الأوراق في قلم كتاب المحكمة».

كما نص المشرع الجزائري في عدة مواد متفرقة من قانون الإجراءات الجزائية على تدوين جميع إجراءات التحقيق المتعلقة بجمع الأدلة وهذا بصريح المادة 68 وكذا تدوين إجراءات الانتقال للمعاينة والتفتيش طبقا لأحكام المادتين 79 و80 وتدوين تصريحات الشهود طبقا للمواد 90، 91 و94 وكذا تدوين تصريحات المتهمين عند استجوابهم طبقا للمادتين 100 و108 وكذا تدوين جميع الأوامر الماسة أو المقيدة للحرية.

لا بد من تحرير المحضر من طرف كاتب التحقيق

القاعدة المشتركة في التشريع والقضاء المقارن أن محضر التحقيق يحرر بمعرفة كاتب التحقيق وهذا الإجراء يتعلق بالشرعية باعتبار التدوين عمل مادي لكاتب التحقيق كأمين ضبط أنيط به هذه المهمة وبسبب عمل يتعلق بضرورة تفرغ المحقق للتحقيق ذاته بوصفه عملا ذهنيا خالصا[46] ص 521.

واسطحاب كاتب لتدوين محضر التحقيق أمر ضروري لتعلقه بالشرعية وإضفاء صفة الرسمية عليه إذ نصت عليه جميع التشريعات إذ نص على ذلك المشرع الجزائري في المادة 68 من قانون

الإجراءات الجزائية كقاعدة عامة، والمشرع اللبناني في المادة 57 من قانون أصول المحاكمات الجزائية والمشرع المصري في أحكام 73 من قانون الإجراءات الجنائية.

اشتمال محضر التحقيق على بيانات محددة

إن محضر التحقيق باعتباره وثيقة رسمية فقد اشترط المشرع في عدة مواد ضرورة توافر بيانات جوهرية فيه وإلا أدى إغفالها إلى بطلانها كإثبات كافة إجراءات التحقيق كانتقال للمعاينة أو تصريحات الشهود أو المتهمين، وتاريخ وساعة تحريره وتوقيع الكاتب والقاضي على المحضر بالإضافة إلى المتهم أما إذا رفض يدون رفضه، وهذا للأهمية في البيانات والإثبات.

2.3.2.3.1. صور الإشراف القضائي على التحقيق

يترتب على الإشراف القضائي على التحقيق الاعتراف للقائمين على سير الدعوى الجزائية ممارسة رقابتهم على صحة الإجراءات ورعاية حقوق الأطراف فيما إذا حصل انتهاك وإهدار لها تدخلت إما عفويا من تلقاء نفسها وهو ما يعرف بالرقابة الذاتية وإما بناءا على إخطار المتهم أمام جهة التحقيق أو جهة الرقابة[93] ص 731.

لذا فإن صور الإشراف القضائي على التحقيق تتجسد أولا عن طريق الرقابة الذاتية وثانيا عن طريق الرقابة القضائية بناءا على إخطار المتهم وهذا ما سنحاول التطرق له تبعا وذلك على النحو التالي:

1.2.3.2.3.1. الرقابة الذاتية

إن قاضي التحقيق في مباشرته لإجراءات التحقيق القضائي لأجل الوصول إلى الحقيقة باعتبارها هدفه الأسمى الذي أنيط بها لأجله، يتعين عليه عند اتخاذه لإجراءات البحث عن الدليل أو تداوله أن يمارس رقابة ذاتية على أعماله من خلال التقيد ببعض الالتزامات، حاولنا أن نوزعها على مراحل التحقيق والتي تتمثل في الالتزام بمبادئ الاتهام والقيام بمراقبة شرعية الإجراءات وإنهاء التحقيق في مدة معقولة.

التقيد بمبادئ الاتهام

إذا كانت القاعدة المستقرة في التشريع الإجرائي المقارن خاصة اللاتيني منه أن قاضي التحقيق ملزم باتهام الشخص المسمى في الطلب الافتتاحي لإجراء التحقيق كما هو وارد في أحكام المادة 67 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، فإنه حر في اتهام شخص آخر غير مسمى في الطلب الافتتاحي، وذلك عملا بمبدأ أن قاضي التحقيق يخطر بالوقائع وليس بالأشخاص[4] ص 50 إذا تبين له أن هناك شخص لم يرد اسمه في الطلب الافتتاحي سواء تم سماعه أمام الضبطية القضائية وقدر وكيل الجمهورية

عدم توجيه له الاتهام معتبرا إياه شاهدا أو أنه لم يتم سماعه على الإطلاق بل وصل إلى علم قاضي التحقيق بناءا على الاستجواب الذي أجراه مع المتهم أو باقي المتهمين أو عند سماع الشهود أنه قد ساهم في ارتكاب الوقائع المحالة إليه بصفته فاعلا أو شريكا فله أن يوجه له الاتهام.

غير أن هذه الحرية التي يتمتع بها قاضي التحقيق في توجيه الاتهام مقيدة بالتزامين يتعين عليه أن يمارس رقابته الذاتية في عدم مخالفتهما دون نص قانوني وهي:

يجب ألا يكون الاتهام متسرعا

يجب على قاضي التحقيق ألا يتسرع في توجيه الاتهام، بحيث لا يقرر اتهام شخص إلا بعد أن يستوضح الأمر ويتأكد يقينيا أن لهذا الاتهام سند في القانون يبرره وفي الواقع يؤسسه، وهذا حفاظا على حرية وكرامة الأشخاص لما يحدثه الاتهام من صدمات نفسية على الشخص لها تداعيات كبيرة على محيطه الأسري والاجتماعي والمهني.

يجب ألا يكون الاتهام متأخرا

يتعلق الأمر هنا عندما لا يكون الشخص المشتبه فيه محل اتهام وبالتالي فإن قاضي التحقيق يأخذ أقواله على أساس أنه شاهد.

غير أن الأمر الذي يجب على قاضي التحقيق التقيد به عندما يمارس رقابته الذاتية على أعماله أنه يمتنع عن سماع الشخص على أساس أنه شاهد في الوقت الذي توجد فيه دلائل قوية على مساهمته في الجريمة وهذا تجنيبا لاتهامه مما يؤدي إلى حرمانه من الضمانات التي كفلها له المشرع في أحكام المادة 100 من قانون الإجراءات الجزائية والمتمثلة أساسا في الحق في طلب تعيين محام لمساعدته، وتمكينه بالوقت الكافي من ذلك، وحقه في الصمت وعدم الإدلاء بتصريحات تمثل شهادة ضد نفسه أو ترتد عليه سوءا.

وقد نص المشرع الفرنسي على هذا الحظر في أحكام المادة 105 من قانون الإجراءات الجزائية بقوله:« يحظر على قاضي التحقيق وكذلك على رجال الضبط القضائي وأعضاء النيابة في حالة الندب للتحقيق أن يأخذوا أقوال أحد الأشخاص الذي توجد ضده دلائل قوية على ارتكابه للجريمة بوصفه شاهدا يغرض حرمانه من الحق في الدفاع». كما نص المشرع الجزائري على نفس الحكم في المادة 89 فقرة 2 من قانون الإجراءات الجزائية بقوله:« ولا يجوز لقاضي التحقيق المناط به إجراء تحقيق ما ولا لرجال القضاء وضباط الشرطة القضائية المعهود إليهم القيام بإجراء بمقتضى إنابة قضائية بغية إحباط حقوق الدفاع الاستماع إلى شهادة أشخاص تقوم ضدهم دلائل قوية ومتوافقة على قيام اتهام في حقهم».

وإلى نفس الاتجاه من ضرورة التزام قاضي التحقيق بعدم التأخر أو التسرع في الاتهام ، ذهبت المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 2002/03/05 والذي جاء فيه:« إن عدم سعي قاضي

التحقيق العادي في إحضار وثيقة التهديد لمعرفة صفة المتهم وتاريخ تحريرها يعتبر تسرعا في التخلي عن البحث في القضية».

غير أن الملاحظ سواء بالنسبة للمشرع الفرنسي في أحكام المادة 105 المذكور أعلاه أو المشرع الجزائري في أحكام المادة 89 فقرة 2 سابق ألإشارة إليها التي تحظر على قاضي التحقيق سماع شخص بوصفه شاهدا متى توافرت دلائل وقرائن قوية تؤدي إلى الاعتقاد بارتكابه أو مساهمته في الجريمة موضوع المتابعة أنه لم يرتب الجزاء على مخالفتها ولا تدخل ضمن الحالات التي يجوز استئنافها أمام غرفة الاتهام طبقا لمقتضيات المادة 172 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري الأمر الذي يجعل قاضي التحقيق في هذه الحالة يقيم فقط مجرد رقابة ذاتية دون تعقيب عليه.

هذا ما أدى بحق بمجموعة من الفقه الجنائي الفرنسي تقرر في هذه الحالة أن الدفاع لا يحظى بحماية كافية سواءا من جانب المشرع الذي يشترط لكي يحظر أخذ أقوال متهم بصفته شاهدا نية الإضرار بالحق في الدفاع، وهو أمر يصعب إثباته لاعتبار الموضوع ذاته المتعلق بالنية، وكذا لتعلقه بشخص يراد إقامة الدليل ضده وهو قاضي التحقيق، أو من جانب القضاء والذي يفسر بشكل ضيق جدا مفهوم الدلائل التي تلزم أن تؤدي إلى الاتهام وسوءا من جانب القائم بالإجراء الذي يصعب عليه بصورة واضحة تلافى التعارض القائم بين الحق في الدفاع وموجبات البحث عن الحقيقة[165] ص 218.

مراقبة الشرعية الإجرائية

في إطار الرقابة الذاتية التي يمارسها قاضي التحقيق على شرعية الإجراءات أعطى المشرع الجزائري لكل من قاضي التحقيق ووكيل الجمهورية طبقا لأحكام المادتين 158 و159 من قانون الإجراءات الجزائية حق طلب رفع الإبطال أمام غرفة الاتهام لإبطال الإجراء المشوب بعدم المشروعية ويتضمن انتهاكا لحقوق الدفاع.

إذ نص في المادة 158 على أنه:«إذا تراءى لقاضي التحقيق أن إجراء من إجراءات التحقيق مشوب بالبطلان فعليه أن يرفع الأمر لغرفة الاتهام بالمجلس القضائي بطلب إبطال هذا الإجراء بعد استطلاع رأي وكيل الجمهورية وإخطار المتهم والمدعي المدني.

فإذا تبين لوكيل الجمهورية أن بطلانا قد وقع فإنه يطلب إلى قاضي التحقيق أن يوافيه بملف الدعوى ويرسله إلى غرفة الاتهام ويرفع لها طلبا بالبطلان.

وفي كلتا الحالتين تتخذ غرفة الاتهام إجراءها وفق ما ورد في المادة 191».

كما نص في المادة 159 على أنه:« يرتب البطلان أيضا على مخالفة الأحكام الجوهرية المقررة في هذا الباب خلاف الأحكام المقررة في المادتين 100 و105 إذا ترتب على مخالفتها إخلال بحقوق الدفاع أو حقوق أي خصم في الدعوى.

وتقرر غرفة الاتهام ما إذا كان البطلان يتعين قصره على الإجراء المطعون فيه أو امتداده جزئيا أو كليا على الإجراءات اللاحقة له.

ويجوز دائما للخصم التنازل عن التمسك بالبطلان المقرر لمصلحته وحده ويتعين أن يكون هذا التنازل صريحا.

ويرفع الأمر لغرفة الاتهام طبقا للمادة السابقة وتفصل فيه طبقا لما هو مقرر في المادة 191».

يلاحظ أن المشرع الجزائري أعطى لقاضي التحقيق ووكيل الجمهورية فقط حق رفع طلب إبطال الإجراء المشوب بعدم المشروعية أمام غرفة الاتهام أو التي يمثل انتهاكا لحقوق الدفاع المتمثلة في حق الإخطار بالحقوق الواردة في المادة 100 كالحق في إعلام المتهم بالوقائع المسندة إليه، والحق في الصمت والحق في تعيين محامي أو الحقوق الواردة في المادة 105 المتعلقة بحق الاستجواب وسماع الطرف المدني برفقة محاميه مما يمثل تقصير حقيقي من قبل المشرع في عدم توفير حماية حقيقة لحقوق الدفاع، ذلك أن الإجراء الذي فيه انتهاك لحقوق الدفاع يرجع لهذا الأخير حق رفع دعوى إبطاله أمام غرفة الاتهام باعتباره صاحب المصلحة والصفة هذا من جهة.

ومن جهة أخرى أنه هو الأقدر على تقدير مدى إلزامية إلغاء الإجراء الباطل بالإضافة إلى أن من الناحية العملية والمنطقية وفقا للمألوف في المجرى العادي للأمور أن مرتكب الإجراء الباطل لا يقوم على إبطاله حماية له وتكتما على ما اقترفه.

ولهذه الأسباب الجوهرية قام المشرع الفرنسي بتعديل المادة 173 من قانون الإجراءات الجزائية إذ سمح بالإضافة إلى قاضي التحقيق ووكيل الجمهورية للمتهم حق تقديم طلب إبطال الإجراء المشوب بعدم المشروعية أو فيه انتهاك لحقوق الدفاع أمام غرفة الاتهام.

إنهاء التحقيق في مدة معقولة

من النتائج المترتبة على قرينة البراءة هو ضرورة إنهاء التحقيق في مدة معقولة لذا حرصت جل المواثيق الدولية والإقليمية التي تعني بحماية حقوق الإنسان على تضمين نصوصها حق المتهم بجريمة معينة في أن يحاكم عنها خلال مدة معقولة إذ نص العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 في المادة 3/14 فقرة "ج" على حق المتهم في أن يحاكم دون تأخير مبرر له".

وإذا كان لفظ المحاكمة الذي تتعلق به المدة المعقولة ينصرف إلى كل الإجراءات التي تباشرها السلطات المختصة ابتداءا من تاريخ توجيه الاتهام ولحين صدور حكم نهائي في الجريمة المرتكبة[126] ص 247، 334 فإنه من باب أولى تشمل المدة المعقولة فترة التحقيق الابتدائي باعتبارها الفترة الطويلة لأنها تتعلق بالبحث عن الحقيقة.

وقد نص كل من الدستور الأمريكي والميثاق الكندي للحقوق والحريات على الحق في المحاكمة في مدة معقولة ورسم قضائهما مبادئ لإنهاء إجراءات التقاضي في مدة محددة، فإن المشرع الفرنسي

وبموجب تعديله لقانون الإجراءات الجزائية بموجب قانون تدعيم قرينة البراءة رقم 516/2000 المؤرخ في 2000/06/15 نص على إجراءات إنهاء التحقيق القضائي، أما المشرع المصري والجزائري مازالا يطبقان القواعد العامة المتعلقة بانتهاء آجال الحبس المؤقت كمعيار للحث على المحاكمة في مدة معقولة.

موقف المشرع الكندي

لقد تضمن ميثاق الحقوق والحريات الكندي الذي دخل حيز التنفيذ في 1982/04/17 في مادته 11 فقرة "ب" على حق المتهم في أن يحاكم في مدة معقولة مما أصبح لكل شخص حق المطالبة في أن يصدر بحقه حكم قضائي يفصل نهائيا فيما نسب إليه.

وقد تدخلت المحكمة العليا الكندية للفصل في أول قضية طرحت عليها سنة 1986 إذ اعتبرت أن الحق في المحاكمة في مدة معقولة يعد حق شخصي ليس له بعد اجتماعي.

وابتداء من سنة 1990 وسعت المحكمة العليا الكندية الحقوق محل الحماية بمقتضى مبدأ حق المتهم في المحاكمة خلال مدة معقولة إذ قررت "يصعب تصور حرمان أكثر من ذلك الذي يصيب أشخاص أبرياء متهمين بارتكاب جرائم وحرموا خلال مدة طويلة من القدرة على إثبات براءتهم وذلك بسبب طول مدة الإجراءات، فانتظار انتهاء الدعوى يعد عذابا وعقوبة حالت بالمتهمين وأسرهم، وهذا في الوقت الذي يوجد مبدأ أساسي هو افتراض براءة المتهم إلى أن تثبت إدانته.."[126] ص 261.

موقف المشرع الأمريكي

ظهر الحق في المحاكمة السريعة مما يتضمن سرعة إنهاء التحقيق القضائي كحق من حقوق الإنسان في التعديل السادس للدستور الأمريكي، غير أنه نظرا لعدم تضمن الدستور الأمريكي لجزاء مخالفة الحق في محاكمة سريعة فإن القضاء الأمريكي داءب وأطردت أحكامه على توقيع جزاء إسقاط قرار الاتهام كجزاء عن التأخر في إنهاء التحقيق والمحاكمة في مدة معقولة، كما واجهت تحديد معقولية المدة صعوبة تطبيق التعديل الدستور السادس في هذا المجال[123] ص 217، 299.

أمام هذا الوضع أصدر المشرع الأمريكي قانون فدرالي سنة 1974 يتعلق بكيفية تطبيق آليات المحاكمة السريعة إذ نص في الباب 18 فقرة 316 "أ" «يتعين أن تتخذ إجراءات التحقيق ضد الشخص باعتبار أنه متهما في مهلة لا تتعدى 30 يوما من تاريخ القبض عليه أو الأمر بضبطه وإحضاره».

كما حدد ذات القانون في الباب رقم 18 مهلة 70 يوم من صدور قرار الاتهام يلزم خلالها أن تبدأ المحاكمة بيد أن بعض قوانين الولايات المتحدة الأمريكية حدد مهلة معينة يتعين ألا يتم تجاوزها حين صدور قرار الإحالة وبدأ المحاكمة مثل قانون كل من ولاية كولورادو وتكاساس وميسورى، الذي حدد هذه المهلة بمدة 120 يوما بين قرار الإحالة وبداية المحاكمة في نظر الموضوع.

وقد رتب المشرع الأمريكي جزاءات عن عدم الالتزام بهذه المدد سواء في توجيه الاتهام أو الإحالة أمام المحكمة ومهلة المحاكمة أمام قاضي الموضوع وهو الحكم بالتعويض للمتهم نتيجة الإضرار التي أصابته من التأخير في إنهاء التحقيق والمحاكمة بالإضافة إلى البطلان، كما قرر جزاءا إجرائيا وهو إسقاط الاتهام.

غير أن اشتراط القانون الأمريكي طبقا للفقرة 316/ "أ" ضرورة تمسك المتهم بحقه الدستوري في المحاكمة السريعة منذ بداية توجيه قرار الاتهام وبداية التحقيق إلى غاية المحاكمة فإذا انتفى هذا التمسك يعد ذلك تنازلا ضمنيا على هذا الحق وأنه قرينة على انتفاء الضرر والذي يعد شرطا لوقوع انتهاك حق المحاكمة السريعة.

موقف المشرع الفرنسي

لأجل انتهاء التحقيق القضائي في مدة معقولة استحدث المشرع الفرنسي آليات جديدة بموجب قانون تدعيم قرينة البراءة الصادر تحت رقم 516/2000 بتاريخ 2000/06/15 إذ أورد في النص التمهيدي الثالث الفقرة الرابعة حق المتهم في المحاكمة في مدة معقولة بقوله:« يجب أن يتم الفصل نهائيا في الاتهام الموجه لشخص في مدة معقولة». مستوحيا ذلك وملتزما بما هو وارد في المادة 6 من المعاهدة الأوروبية لحقوق الإنسان[126] ص 297.

وقد حرص المشرع الفرنسي بموجب قانون تدعيم قرينة البراءة المعدل لقانون الإجراءات الجزائية المذكور أعلاه على أن يتم التحقيق مع المتهم خلال مدة محددة سواء في الجنح أو في الجنايات يتعين على قاضي التحقيق الالتزام بها تحت طائلة الجزاءات الإجرائية وذلك ضمن آليات قانونية تتمثل في الآتي:

طبقا لنص المادتين 89-1 و116 فقرة 4 من قانون الإجراءات الجزائية المعدل يتعين على قاضي التحقيق عند مثول المتهم أمامه وجوب إخطاره بالمدة المتوقعة للإجراءات وهي ألا تتجاوز سنة في الجنح و18 شهرا في الجنايات تحتسب من تاريخ توجيه الاتهام عن طريق الطلب الافتتاحي الموجه من وكيل الجمهورية إذا كان الاتهام من طرف هذا الأخير، أو من تاريخ توجيه قاضي التحقيق الاتهام للشخص الغير مسمى في الطلب الافتتاحي أو المشتكي به في الشكوى المصحوبة بالإدعاء المدني.

طبقا للفقرة الأولى من المادة 175 من قانون الإجراءات الجزائية المعدل فإذا انقضت المدة المذكورة أعلاه دون الانتهاء من التحقيق أجاز المشرع الفرنسي للمتهم حق طلب من طرف قاضي التحقيق إنهاء التحقيق معه باتخاذ إحدى أوامر التصرف في التحقيق سواء بالإحالة أمام الجهة القضائية المختصة لمحاكمته أو إصدار أمر بانتفاء وجه الدعوى.

طبقا للمادة 7/207 من قانون الإجراءات الجزائية المعدل في حالة سكوت قاضي التحقيق عن الرد على طلب إنهاء التحقيق الموجه له من طرف المتهم أو إصدار أمر برفض الطلب يجوز للمتهم

تقديم هذا الطلب إلى رئيس غرفة الاتهام الذي يتعين عليه خلال مدة ثمانية أيام من تاريخ إرسال الملف له أن يصدر قرارا غير قابل لأي طعن. إما برفض الطلب وإعادة الملف أمام نفس قاضي التحقيق، وإما بقبول الطلب وفي هذه الحالة تنعقد غرفة الاتهام لتقرير إما بإحالة المتهم والقضية أمام الجهة القضائية المختصة للمحاكمة، أو إصدار أمر بالأوجه للمتابعة، أو تقديم القضية أمام قاضي تحقيق آخر.

إذا لا حظ قاضي التحقيق بأنه استغرق مدة أطول مما هو محدد في القانون وحتى يبرر موقفه فإن المشرع الفرنسي في أحكام المادة 2/175 المعدلة لقانون الإجراءات الجزائية ألزم قاضي التحقيق بعد مرور سنتين على بدأ التحقيق دون الانتهاء منه أن يصدر أمر يوجهه إلى رئيس وغرفة الاتهام يبين فيه أسباب عدم الانتهاء من التحقيق والأسباب التي تدعوا على استمراره وتصوره لمآل القضية مع ضرورة تجديد إصدار هذا الأمر كل ستة أشهر.

موقف المشرع المصري

لقد نص الدستور المصري في المادة 67 منه على أنه:« تكفل الدولة سرعة الفصل في المنازعات»، ولم يجد القضاء المصري في هذا النص إقرارا لحق دستوري للمتهم في إنهاء إجراءات التحقيق والمحاكمة في مدة معقولة أو على وجه السرعة[123] ص 91، هذا ما يؤكد أن المشرع المصري لم يكفل للمتهم الحق في إنهاء التحقيق في مدة معقولة لإحالته للمحاكمة لعدم وجود أي نص في قانون الإجراءات الجنائية أو قانون آخر يبين الآليات المنضمة لكيفية تحديد المدة التي يتعين خلالها توجيه الاتهام أو إجراء التحقيق أو التصرف فيه بالإحالة أو انتفاء وجه الدعوى.

وإن كان المشرع المصري قد استعمل في المادة 276 مكرر من قانون الإجراءات الجنائية "على وجه السرعة" للفصل في بعض القضايا بقوله:«يحكم على وجه السرعة في القضايا الخاصة بالأحداث والخاصة بالجرائم المنصوص عليه...».

فإن هذا التعبير من العمومية بمكان لا يحل المشكلة لأنه لم ينص على مدة محددة كمعيار يتعين خلالها إنهاء التحقيق والتصرف فيه وبالتالي لا وجود لحق المتهم في إنهاء التحقيق في مدة معقولة وفي المحاكمة السريعة.

موقف المشرع الجزائري

إن موقف المشرع الجزائري من مشكلة إنهاء التحقيق الابتدائي في مدة معقولة ومحددة لضمان المحاكمة السريعة لا يخرج عما هو مستقر في النظام القضائي المصري، إذ جاءت نصوص الدستور ونصوص قانون الإجراءات الجزائية خالية من الإشارة إلى المدة التي يتعين خلالها إنهاء التحقيق وإجراء المحاكمة.

وإن كان المشرع الجزائري قد حدد مدد الحبس المؤقت في أحكام المواد من 123 إلى 125 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية والنص على مواعيد لمختلف إجراءات البحث عن الدليل وإصدار الأوامر إلا أنها لا تمثل آليات قانونية محددة لإنهاء التحقيق في مدة معقولة.

ونظرا لأن ضمان إنهاء التحقيق في مدة معقولة ومحددة سلفا يخطر بها المتهم اللحظة الأولى التوجيه له الاتهام تعتبر أكبر ضمانة لتحقيق الرقابة الذاتية من طرف قاضي التحقيق والتقليل من مساوئ الاتهام والمتابعة الجزائية وتدعيما لمبدأ قرينة البراءة الأمر الذي يؤدي بنا أنه حماية لمبدأ الشرعية الإجرائية وفقا لما هو مستقر في الشرعية الدولية ضرورة وضع آليات قانونية لتحديد مدد زمنية لأجل إنهاء التحقيق في أجل معقول عماد المحاكمة السريعة أساس المحاكمة العادلة على غرار التغيير الذي أحدثه المشرع الفرنسي في قانون الإجراءات الجزائية بموجب القانون رقم 516 /2000المؤرخ في 2000/06/15 الذي يمثل ثورة حقيقية في حماية حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية.

2.2.3.2.3.1. الرقابة القضائية عن طريق المتهم

إن المتهم أو محاميه خلال مرحلة التحقيق القضائي يمارس رقابة غير مباشرة على التحقيق مما يعتبر صورة للإشراف القضائي وهذا من خلال الطلبات التي يقدمها والدفوع التي يثيرها أثناء مرحلة التحقيق والاستئنافات التي يرفعها ضد أوامر قاضي التحقيق، هذا ما سنحاول التطرق إليه تبعا وذلك على النحو التالي:

الطلبات كإحدى وسائل الرقابة والإشراف

قد يكون تقصي الحقيقة من طرف قاضي التحقيق مفتقرا مما يجعل تدخل المتهم أو محاميه بتقديم طلب لإجراء معين وسيلة للوصول إلى الحقيقة، لذا عُرفت الطلبات بأنها:«كل ما يتقدم به المتهم أو محاميه في الدعوى الجنائية منصبا على موضوعها بهدف تحقيق مصلحة فيها وذلك لإثبات واقعة معينة أو نفيها يكون من شأنها إذا صحت رفع الاتهام المنسوب إلى المتهم»[77] ص 187.

لذا كفل المشرع الجزائري حق المتهم في تقديم الطلبات كوسيلة لممارسة رقابته وإشرافه على التحقيق القضائي في مواد متفرقة من قانون الإجراءات الجزائية منها حق المتهم في طلب إجراء المعاينة أو سماع شاهد وذلك في صريح المادة 69 فقرة 1 مكرر التي تنص على أنه:« يجوز للمتهم أو محاميه والطرف المدني أو محاميه في أية مرحلة من مراحل التحقيق، أن يطلب من قاضي التحقيق تلقي تصريحات أو سماع شاهد أو إجراء معاينة لإظهار الحقيقة» وكذا حقه في طلب تعيين خبير كما ورد في أحكام المادة 143 فقرة 1 بقوله:« لجهات التحقيق أو الحكم عندما تعرض لها مسألة ذات طابع فني أن تأمر بندب خبير إما بناءا على طلب النيابة العامة وإما عن تلقاء نفسها أو من الخصوم».

إبداء الدفوع كوسيلة لدرئ الاتهام

يقصد بالدفوع هي جميع الوسائل التي يجوز للمتهم أن يبديها ويستعين بها للتوصل إلى دفع الاتهام عليه أو لتبرأته سواء كان الدفع شكليا متعلقا بإجراءات الدعوى أو موضوعيا متعلقا بموضوع الاتهام والجريمة محل المتابعة[56] ص 7 والإخلال بهذا الحق هو حرمان المتهم من إبداء أقواله بكامل حرية، مما يتعارض مع الحق في إبداء الأقوال المنصوص عنها في أحكام المادة 100 من قانون الإجراءات الجزائية التي جعل المشرع الجزائري من مخالفتها أو انتهاكها البطلان المطلق.

وقد نظم المشرع الجزائري الدفوع الشكلية المتعلقة بإجراءات الدعوى العمومية في أحكام قانون الإجراءات الجزائية في مواد متفرقة كالدفع بانقضاء الدعوى العمومية سبب الوفاة، أو التقادم أو سبق الفصل أو العفو الشامل، أو الدفوع المتعلقة باختصاص الضبطية القضائية أو وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق أو المحكمة أو الدفوع المتعلقة بشكليات البحث عن الدليل الموجبة للتفتيش أو المتابعة أو الاستجواب أو سماع الشهود.

كما نظم المشرع الدفوع الموضوعية المتعلقة بموضوع الاتهام في قانون العقوبات والقوانين المكملة له سواء ما تعلق منها بالأعذار المخففة أو المعفية أو ما تعلق بشروط قيام الواقعة الإجرامية.

ومن خلال اعتراف المشرع للمتهم بحقه في إبداء الدفوع الشكلية والموضوعية فإنه يمارس من خلال هذه الآليات القانونية سلطة الرقابة غير المباشرة على التحقيق لدرئ الاتهام.

استئناف الأوامر كوسيلة لإخطار جهة الرقابة

لقد أعطى المشرع الجزائري للمتهم أو محاميه في أحكام المادة 172 من قانون الإجراءات الجزائية حق استئناف جميع الأوامر التي تمس حقوقه وذلك بقوله:« للمتهم أو لوكيله الحق في رفع استئناف أمام غرفة الاتهام بالمجلس القضائي عن الأوامر المنصوص عليها في المواد 65 مكرر 4 و69 مكرر و74 و123 مكرر، و125 و125 -1 و125 مكرر و 125 مكرر 1 و125 مكرر 2 و127 و143 و154 من هذا القانون، وكذلك عن الأوامر التي يصدرها قاضي التحقيق في اختصاص بنظر الدعوى، أما من تلقاء نفسه أو بناءا على دفع أحد الخصوم بعد الاختصاص».

وإذا كان استئناف أوامر قاضي التحقيق من طرف المتهم أو محاميه هي آلية قانونية ووسيلة إجرائية لتمكين جهة الرقابة – غرفة الاتهام – من ممارسة رقابتها على الشرعية الإجرائية وحماية الإشراف القضائي على التحقيق من طرف المتهم فإن المشرع الجزائري من خلال حصره للأوامر التي يجوز للمتهم استئنافها وهي لا تمثل جميع الأوامر الماسة بحقوق الدفاع مثل مخالفة أحكام المادة 100 و105 والأمر بالإحالة طبقا للمادة 164 مما يمثل إهدار لحقوق الدفاع بالرغم من إجازته للنيابة العامة استئناف جميع أوامر قاضي التحقيق حتى تلك المقرر لمصلحة الدفاع وعدم الموازنة بين أطراف الخصومة الجزائية وعدم التوازي في الأسلحة الإجرائية عماد المحاكمة المنصفة غاية المحاكمة العادلة.

الفصل 2
الوسائل العلمية الحديثة كآلية للبحث عن الدليل

أدى التطور العلمي والتكنولوجي إلى ظهور تقنيات لها أهميتها في شتى مجالات الحياة وجدت لتحقيق حاجات المجتمع ومنها مكافحة الجريمة باعتبارها الانشغال الأساسي الذي عاصر البشرية منذ نشأتها.

وإذا كان مسرح الجريمة المكان الخصب الذي توجد فيه الآثار المادية التي يمكن إجراء المضاهاة بينها وبين مثيلاتها لدى المشتبه فيه أو المتهم لأجل الوصول إلى الدليل المادي ومنه إقامة الحكم القضائي، فإن الأمر لم يتوقف عند هذا الحد بل لجأ علماء الأدلة الجنائية وتحقيق الشخصية إلى جعل من جسم الإنسان سواء من جانبه المادي أو المعنوي وسيلة للبحث عن الدليل من خلال إخضاعه لاختبارات علمية، وذلك للوصول إلى الحقيقة مما أدى إلى تداخل الحقيقة القضائية باعتبارها هدف المحقق والقاضي مع الحقيقة العلمية هدف الخبير.

ونظرا لما يثيره استعمال الوسائل العلمية الحديثة في التحقيق الجنائي من إشكالات سواء على المستوى الفني أو القانوني والقضائي فإنه يشترط في الوسيلة المستعملة في التحقيق القضائي حتى تكون حديثة ومقبولة ضرورة أن تتوافر فيها صفة العلمية بمعنى حصول الإجماع العلمي بشأنها من حيث صحة النتائج المتوصل إليها، كما تشترط صفة الحداثة في الأسلوب المستعمل أي أنه لم تصل إليها صفة التواتر والاستقرار ولا تزال تحيط بها شتى الاحتمالات المتعلقة بالنتائج.

وباعتبار أن قانون الإجراءات الجزائية شرع لتحقيق هدفين الأول يتعلق بتحديد الأطر والأساليب الكفيلة في الوصول إلى الحقيقة والهدف الثاني حماية حقوق وحريات الأفراد وبالتالي فإن أي وسيلة علمية لا يكون لها أثر وحجية في التحقيق القضائي إلا إذا استعملت دون مساسها بالحقوق الأساسية للمتهم وحرياته الفردية.

وإذا كانت الوسائل العلمية الحديثة التي تستعمل لكشف الحقيقة سواء تعلقت بالمجرم أو الواقعة الإجرامية، من الأكثرية بمكان لا يمكن أن تجمعها هذه الأطروحة، فإننا سنتقيد في بحثنا هذا على مجمل الوسائل العلمية التي تثير بعض المشاكل القانونية والفنية واختلفت آراء الفقه بشأنها وتضاربت أحكام القضاة في الاقتناع بها نظرا لأن موضوعها ينصب إما على الجانب المادي أو النفسي أو الماس بحياة المتهم الخاصة لهذا قسمنا هذا الباب إلى ثلاثة فصول إذ نتطرق في الفصل الأول الوسائل الحديثة

للتعرف على شخصية المتهم، والفصل الثاني إلى الوسائل العلمية الحديثة عند سؤال المتهم واستجوابه وفي الفصل الثالث إلى الوسائل العلمية والتقنية لمراقبة المتهم.

1.2. استعمال الوسائل العلمية الحديثة للتعرف على شخصية المتهم

نظرا لأن المتهم يعتبر موضوع الحقيقة القضائية لما تتخذ في مواجهته بعض الإجراءات القانونية يكون الهدف منها الحصول على الدليل الذي قد يمس كيانه المادي لأنه يستهدف الحصول على آثار بيولوجية من جسمه كرفع طبعات البصمات أو أخذ العينات أو إجراء التحاليل لما يفرزه جسم المتهم.

وقد أسفر التطور العلمي والتكنولوجي عن ظهور تقنيات لها خطورتها في شتى المجالات وعلى جسم الإنسان، وباعتبار الجريمة ظاهرة اجتماعية عاصرت البشرية منذ وجودها فإن مكافحتها كذلك سار جنبا إلى جنب مع تطور سبل وطرق ارتكابها، الأمر الذي أصبح معه جسم الإنسان مسرحا وموطنا للدليل المراد الوصول إليه وجعل من مبدأ عدم اتهام الذات أو قاعدة عدم تقديم الشخص شهادة ضد نفسه ينتهك في العديد من المرات لأجل الوصول إلى الجناة وتقديمهم إلى العدالة.

ورغم أهمية أخذ طبعات البصمات والعينات من جسم المتهم وإجراء التحليل لما يفرزه جسمه ومقارنتها بالآثار المتحصل عليها في مسرح الجريمة لأجل كشف الحقيقة والوصول إلى مقترف الجريمة وحماية المجتمع، إلا أن مقتضيات احترام آدمية الإنسان وحفظ كيانه وسلامة جسمه وفقا لما قررته الاتفاقيات الدولية والتشريعات الداخلية تقتضي ألا تتخذ هذه الإجراءات إلا بالقدر اليسير الذي لا تنتهك فيه حقوق المتهم.

لهذا نحاول من خلال هذا الفصل التطرق إلى الوسائل العلمية التي تستعمل حيال جسم المتهم للحصول على الدليل لإقامة الحكم سواء بالبراءة أو الإدانة، وبالتالي سنركز فقط على الوسائل التي احتدم بشأنها النقاش الفقهي واختلفت لأجلها موقف التشريعات المقارنة، وأطردت المحاكم في القضاء المقارن التصدي لها لمساسها بجسم الإنسان، وهي على نوعين الأول يمس الجانب الخارجي والظاهري لجسم الإنسان كأخذ البصمات بمختلف أنواعها، والنوع الثاني يمس الجانب الداخلي والباطني لجسم الإنسان كأخذ العينات وإجراء التحاليل، وعلى هذا الأساس قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين، نتطرق في المبحث الأول إلى أخذ البصمات، على أن نخصص المبحث الثاني إلى أخذ العينات البيولوجية وإجراء التحاليل.

1.1.2. أخذ البصمات

أدى اكتشاف علم البصمات في أواخر القرن التاسع عشر إلى حدوث ثورة علمية في مجال وسائل كشف ومكافحة الجريمة وقد اعترفت معظم تشريعات العالم واستقر القضاء لديها منذ مدة طويلة، بحجية بصمات الأصابع واعتبارها دليل لا يحتمل الشك أو التأويل لدقته العلمية ونتائجه السليمة[133] ص 183 إلا أنهم اختلفوا في مدى الاعتماد عليها وحدها لإصدار الحكم باعتبارها دليلا أم أنها لا تعدو أن تكون مجرد قرينة غير كافية لوحدها لإصدار الحكم ما لم تكن معززة بقرائن ودلائل أخرى.

وإذا كانت بصمات الأصابع قد مرت بمراحل طويلة ومتعددة استغرقت مدة من الزمن في البحث والتجارب حتى وصلت إلى مكانة عالية ومستقرة في الإثبات الجنائي واطمأن إليها القائمين على البحث والتحقيق والحكم، فإنه قد ظهرت في علم الأدلة الجنائية وفن التحقيق الجنائي بصمات أخرى غير بصمات الأصابع كبصمة الأذن وبصمة الشفاه والرائحة والصوت والمخ لا تقل أهمية من حيث الحجية عن بصمات الأصابع وإن كان التشريع والقضاء لم يتصدى لها بالصورة التي تصدى فيها لبصمات الأصابع.

ونظرا لأن مسرح الجريمة وجسم المجني عليه أو الجاني يمثل المكان الأوفر لتواجد البصمات فمنها ما هو ظاهر يمكن رفعه من موضعه ومنها ما هو غير مرئي يتخذ صورة الرائحة أو الصوت أو الموجات الكهربائية لذا حاولنا في هذا المبحث أن نقسم البصمات إلى نوعين إذ نتطرق في المطلب الأول إلى البصمات الظاهرة والمرئية، ثم نتطرق في المطلب الثاني إلى البصمات غير الظاهرة وذلك على النحو التالي.

1.1.1.2. البصمات الظاهرة أو المرئية

نقصد بالبصمات الظاهرة أو المرئية في معرض هذه الدراسة تلك الطبعات التي يتركها الجاني في مسرح الجريمة أو جسم المجني عليه والتي يمكن رؤيتها سواء بالعين المجرد أو باستعمال الآلات والوسائل التقنية والتي يمكن رفعها من موضعها والاحتفاظ بها لمضاهاتها بنظيراتها من جسم المشتبه فيه أو المتهم.

ويمكن أن نركز في هذا المطلب على دراسة بعض أنواع البصمات الظاهرة الشائعة في القضاء والتشريع، وذلك في أربعة فروع ، وهي بصمة الأصابع في الفرع الأول وبصمة القدم وراحة اليد في الفرع الثاني وبصمة الأذن في الفرع الثالث وبصمة الشفاه في الفرع الرابع.

1.1.1.1.2. بصمة الأصابع

إن أهم الأدلة التي عساها أن توجد في مسرح الجريمة بصمات الأصابع وطبعات راحة اليد وآثار الأقدام وهي أدلة قوية في الإثبات ذلك أن تقرير الخبير بعد الفحص الذي يجريه عليها ينتهي إما إلى أن البصمة الموجودة بمسرح الجريمة يتطابق مع بصمة المتهم أو أنها غير مطابقة لها، ونظرا لقوتها التدليلية فإنه يتوقف عليها في كثير من الأحيان إدانة المتهم أو براءته[69] ص 56.

ونظرا لما لبصمة الأصابع والملحقة بها كراحة اليد والقدم من أهمية قصوى في الإثبات الجنائي سنحاول تحليل ذلك بالتطرق أولا إلى تعريف بصمة الأصابع وثانيا إلى أنواع بصمات الأصابع وثالثا إلى الأساس العلمي لبصمات الأصابع ورابعا إلى حجية بصمة الأصابع في الإثبات الجنائي وخامسا إلى مدى أثر أخذ بصمات الأصابع على حقوق المتهم وذلك على النحو التالي:

1.1.1.1.1.2. تعريف بصمات الأصابع

إن التعريف اللغوي للبصمة لا يختلف عن التعريف الاصطلاحي لها وما تواتر عليه الفقه وما استقر لدى القضاء، لذا فإنه من الضروري الإشارة إلى التعريف اللغوي ثم التعريف الاصطلاحي وذلك على النحو التالي:

التعريف اللغوي

البصمة مشتقة من البصم وهو ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر ويقال "ما فارقتك شبرا ولا فترا ولا عتبا ولا رتبا ولا بصما"، ورجل ذو بصم أي غليظ البصم،، وتبصم بصما أو ختم بطرف أصبعه، والبصمة أثر الختم بالأصبع، والبصمة عند الإطلاق ينصرف مدلولها على بصمات الأصابع وهي الانطباعات التي تتركها الأصابع عند ملامستها سطح مصقول وهي طبع أصل أشكال الخطوط الحلمية التي تكسو جلد الأصابع وهي لا تتشابه إطلاقا حتى في أصابع الشخص الواحد[2] ص 31، 32.

التعريف الاصطلاحي

البصمة عبارة عن تلك الخطوط البارزة التي تحاذيها خطوط أخرى منخفظة والتي تتخذ أشكالا مختلفة على جلد أصابع اليدين والكفين من الداخل وعلى أصابع وباطن القدمين، وتسمى هذه الخطوط بالخطوط الحلمية[16] ص 22، ونظر لأن هذه الخطوط توجد في حالة رطبة دائما لإفرازات العرق التي تنتشر بسطحها فهي تترك طبعها على كل جسم تلامسه، وهذه الإفرازات تزداد حسب النفسية التي يكون عليها الشخص، ولا شك أن المجرم عند اقترافه لجرمه تكون حالته النفسية مضطربة مما يزداد إفرازه للعرق الذي يترك البصمة بارزة على الأسطح التي يلامسها خاصة الملساء منها.

كما جاء في الموسوعة البريطانية أن البصمات تحمل معنى العصمة من الخطأ في تحديد هوية الشخص، لأن ترتيب الأقلام أو الحزوز في كل أصبع عند كل إنسان وحيدا وليس له مثيل، ولا يتغير مع النمو وتقدم السن، وبالتالي فهي أساسية في إظهار هوية الشخص الحقيقية بالرغم من الإنكار الشخصي أو افتراض الأسماء أو حتى تغير الهيئة الشخصية من خلال تقدم السن أو المرض أو العمليات الجراحية أو الحوادث.

2.1.1.1.1.2. تطور دليل بصمات الأصابع

لقد عرف الصينيون واليابانيون بصمة الأصبع منذ ثلاثة آلاف سنة في ختم العقود والمواثيق التي كانت تنقش على ألواح خشبية غير أن استخدامهم للبصمات لم يكن لأساس علمي أو للإثبات وإنما كجزء من معتقداتهم الدينية[81] ص 101،وقد أشار القرآن الكريم منذ النزول إلى بصمة الأصابع عند النص على اليَنان وهو نهاية الأصبع أين توجد البصمة في قوله تعالى:(لَا أُقْسِمُ بِيَوْمِ الْقِيَامَةِ (1) وَلَا أُقْسِمُ بِالنَّفْسِ اللَّوَّامَةِ (2) أَيَحْسَبُ الْإِنْسَانُ أَلَّنْ نَجْمَعَ عِظَامَهُ (3) بَلَى قَادِرِينَ عَلَى أَنْ نُسَوِّيَ بَنَانَهُ (4))[1].

ولم تصل بصمات الأصابع إلى هذه الأهمية القانونية القصوى باعتبارها إحدى أقوى أدلة الإثبات في المحيط الإجرائي في الوقت الراهن إلا بعد فترة طويلة من الأبحاث والتجارب، ذلك أن علم البصمات يدين كثيرا للعالم الانجليزي "وليم هرشل" في وضعه للأسس الأولى لاستعمال طبعات البصمات في الإثبات إذ أنه في سنة 1858 عندما عين "وليم هرشل" موظفا بإحدى الإدارات الإنجليزية العاملة في الهند استعمل بصمة اليد بأكملها للتوقيع على العقود وعندما عين حاكما لمدينة "هوغاي" بالهند سنة 1877 كانت إحدى مهامه دفع تعويضات متقاعدي موظفي الحكومة، وحتى لا ينتحل أي شخص صفة موظف حكومي متقاعد متوفي عمد إلى استعمال بصمات الأصبع الأول والوسطى في اليد اليمنى للموظف المتقاعد على ايصالات دفع رواتبه وسرعان ما جعل "وليم هرشل" هذا الإجراء سياسة محلية رسمية في كل الوثائق القانونية.

عندما تقاعد 'وليم هرشل" من وظيفته في الحكومة الإنجليزية بالهند رجع إلى إنجلترا محملا بكل الوثائق والمخطوطات التي تؤكد خصوصية البصمات واختلافها من شخص لآخر بل وفي نفس اليد من أصبع لآخر.

وفي سنة 1888 اعتمد الطبيب الأنثروبيولوجي الإنجليزي"فرانسيس غالتون" على أبحاث العالم "وليم هرشل" وبذلك بدأ غالتون يدرس كيفية العثور على طريقة لتصنيف أصابع اليدين وتأكيد اختلافهم إذ وجد أن كل بصمة تحتوي على مثلث صغير تسير الخطوط فيها معا وسماه "دلتا" "delta" وتمكن من تمييز أربعة أنواع من بصمات الأصابع وهي البصمات التي لا تحتوي على المثلث دلتا والبصمات

التي تحتوي مثلث دالتا إلى اليسار في الأصبع، والبصمات التي يوجد بها مثلث الدلتا إلى اليمين من الأصبع والبصمات التي تحتوي على عدة مثلثات.

وفي سنة 1892 نشر "غالتون" كتابه "بصمات الأصابع" "Finger Print" تضمن جميع أبحاثه في مجال البصمات. وقد كان لهذا التطور العلمي الأثر البالغ في استعمال النتائج المتوصل إليها في علم البصمات وفي التحقيقات الجنائية، إذ استعملت هذه الطريقة لأول مرة سنة 1892 في الأرجنتين من طرف أحد المحققين ويدعى "جون فيزوفيتش "Jaun Visovitch" الذي طبق نظام "غالتون" الخاص ببصمات الأصابع في قضية أم قتلت طفليها الصغيرين، وبحلول سنة 1894 أصبح سلك الشرطة في الأرجنتين أول هيئة نظامية في العالم تعتمد على طبعات البصمات في التحقيقات الجنائية، وانتشرت هذه الطريقة في تحقيق الشخصية في كل بلاد أمريكا الجنوبية والنرويج وفينلندا خاصة بعد موافقة مؤتمر البوليس الدولي على هذه الطريقة سنة 1905.

أما في إنجلترا فقد كان للأبحاث التي قام بها العالم الإنجليزي إدوارد هنري " EDWARD, Henry" في تحقيق الشخصية بالطرق العلمية سنة 1895 إذ وضع طريقته المشهورة على الأسس الرئيسية لأشكال البصمات التي وضعها العالم "جالتون" المعروفة "بدالتا" حتى عرفت طريقته بطريقة "جالتون هنري" وعند عرض هنري، أبحاثه عن البصمات أمام الجمعية العمومية لتقدم العلوم سنة 1899 في دوفر حصل على موافقة المجمع العلمي على نظامه للبصمات وكان لهذا الاعتراف أثر كبير في استعمالها رسميا في شرطة اسكتلنديا رد "عام 1901[84] ص 402.

أما في فرنسا فعندما عرضت أبحاث "هنري" حول البصمات أمام المجمع العلمي الفرنسي وافق عليها سنة 1906 وقرر أن دليل البصمة مستمد من أسس علمية لا سبيل إلى الشك في صحتها، وكان ذلك بداية للأخذ به في نظام تحقيق الشخصية لدى الشرطة الفرنسية.

أما في الولايات المتحدة الأمريكية فقد بدأ استعمال نظام البصمات لتحقيق الشخصية رسميا سنة 1902 عندما قرر ديوان الموظفين بمدينة نيويورك بضرورة أخذ بصمات الموظف الجديد عند تقديم أوراق ترشحه، وهذا لتتم الاستعانة بها في تحقيق شخصيته عند اجتياز اختبارات المسابقة للتعين في حالة الشك بأن شخص آخر حضر ليؤدي الاختبار بدلا منه، وفي سنة 1924 أخذت المباحث الفيدرالية الأمريكية "F. B. I" بنظام البصمات عندما قامت بفتح قسم تحقيق الشخصية بواشنطن يضم بصمات جميع مجرمي الولايات المتحدة الأمريكية.

كما عرفت البصمات لدى الشعوب الأسيوية خاصة اليابانيين والصينيين منذ القرن السابع الميلادي، إذ كان الرجل في اليابان طبقا لقانون صادر سنة 703 لكي يطلق زوجته أن يقدم مستندا بأسباب الطلاق محررا بيده وموقعا عليه ببصمة أصبعه.

وتعتبر مصر أقدم الدول العربية التي أخذت بنظام البصمات وذلك عام 1896 كطريقة لتحقيق شخصية الفرد، ومنذ سنة 1903 اعتمدت عليها رسميا متبعة طريقة خاصة لأخذ وتصنيف وحفظ بصمات الأصابع العشرة، وتوالت الدول العربية لأخذ بنظام البصمات لتحقيق الشخصية مفضلة في مجملها طريقة هنري في رفع وترتيب وحفظ البصمات[25] ص 218.

3.1.1.1.1.2. أنواع بصمات الأصابع

تتميز بشرة باطن اليد والقدم وأطراف الأصابع عند الإنسان بوجود خطوط بارزة تسمى بالخطوط الحلمية وهي التي تشكل البصمة، وإن كانت تتشابه في المظهر العام فإنها لا تتشابه على الإطلاق في التفاصيل لذا قسم العلماء البصمات إلى أربعة أنواع[59] ص 186، 187 رئيسية هي:

النوع المقوس

تكون الخطوط الحلمية في هذا النوع من البصمات ممتدة من أحد جانبي البصمة إلى الجانب الآخر في شكل قوس، والخطوط فيها تنتهي عند الجانبين ولا تعود ثانية إلى الدوران ويمثل هذا النوع حوالي 6 % من البشر، وهو ينقسم إلى صنفين:

- الصنف الأول: ويسمى المقوس العادي وهو الذي لا تشكل فيه الخطوط أي زوايا ويكون على شكل قبة.

- الصنف الثاني: ويسمى المقوس الخميس وهو الذي تشكل فيه الخطوط زاوية حادة من جانب القمة.

النوع الحلزوني أو المستديرات

في هذا النوع تتخذ الخطوط الحلمية للبصمة شكل دوائر يمكن ملاحظتها بسهولة، ونجد هذه الاستدارة أحيانا تشبه دوران عقارب الساعة وفي البعض الآخر عكس عقارب الساعة مع وجود مركز ودالتاوين بكل بصمة "delta" ويمثل حوالي 25 % من البشر هذا النوع من البصمات.

النوع المنحدرات

تتخذ الخطوط الحلمية في هذا النوع من البصمات شكل منحدر إلى الأسفل مع وجود مركز دلتا على صنفين:

الصنف الأول: تنحدر الخطوط الحلمية من اليمين إلى اليسار ويمثل هذا الصنف 65 % من البشر.

الصنف الثاني: تنحدر الخطوط الحلمية من اليسار إلى اليمين ويمثل هذا الصنف 03 % من البشر.

النوع المركب

تتخذ الخطوط الحلمية في هذا النوع وفي بصمة واحدة عدة أشكال فيها الأقواس، والانحدار والاستدارة مع وجود أكثر من دلتا ومركز وهو نادر يمثل حوالي 01 % من البشر.

4.1.1.1.1.2. الأساسي العلمي للبصمات

إن أية وسيلة علمية حتى تصبح مقبولة قانونا في التحقيقات الجنائية لا بد أن تتميز بالدقة في النتائج المتوصل إليها بتحقيقها للإجماع العلمي، لهذا فإن السؤل المطروح ما هو الأساس العلمي الذي من أجله احتلت البصمات الصدارة والقطعية المطلقة في الإثبات الجنائي؟

تؤكد البحوث العلمية والتجارب التي أجراها الخبراء على البصمات أنها تتميز بعدة حقائق ومزايا هامة جعلتها تحتل الصدارة في قيمة أدلة الإثبات لوقعها الإقناعي المتميز على عقيدة القاضي، ويرجع السبب في ذلك إلى الحقائق التالية[127] ص 33، 36:

عدم إنطباق بصمتين لشخصين مختلفين

أكدت الدراسات العلمية والبحوث والتجارب التي أجريت على بصمات الأصابع أنه لا يمكن أن تنطبق بصمتين لشخصين مختلفين ولا يمكن أن تنطبق بصمة أصبعين لشخص واحد.

وقد أكد عالم البصمات "فرنسيس جالتون" في كتابه بصمات الأصابع الصادر سنة 1892 بعدم إمكانية تطابق بصمتين لشخصين تام الانطباق كما لا يحتمل حدوث ذلك إلا في عدد يبلغ 64 ألف مليون شخص وبحسب تعداد سكان العالم وقت إجراء البحث 1600 مليون (حاليا حوالي 5 آلاف مليون شخص) فإنه لا يمكن أن تتطابق بصمتين لشخصين مختلفين أو لأصبعين مختلفين لشخص واحد إلا بعد مضي 4 ملايين قرن من الزمن الأمر غير المتصور[16] ص 24.

واستقر الرأي في معظم دول العالم بعد توصيات الحلقة الدولية حول مشاكل البصمات التي عقدتها هيئة الشرطة الدولية الجنائية بباريس في نوفمبر1976 على ضرورة وجود 12 نقطة مميزة كافية لتقرير التطابق بين بصمتين شريطة أن تكون العلامات واضحة وألا يدخل في هذه العلامات فتحات المسام العرقية أو عرض الخطوط الحلمية، وألا توجد في البصمة نقطة اختلاف واحدة[16] ص 24 هذا ما يؤكد عدم التطابق عن البصمات.

ثبات البصمات وعدم تغيرها بالعوامل المكتسبة

دلت الدراسات العلمية والبحوث الحديثة المنجزة في هذا المجال أن الخطوط الحلمية التي تتكون منها البصمة تبدأ في التكوين منذ الشهر الرابع للجنين وتبدأ في كسوة الأصابع وراحة اليدين وباطن القدمين ويكتمل في الشهر السادس من الحمل وتظل ثابتة ولا تتغير مطلقا طوال حياة الشخص.

وقد طرحت قضية تطابق البصمة المجهولة المتحصل عليها في مسرح الجريمة مع البصمة المعلومة للمشتبه فيه بعد مدة طويلة من الزمن في القضاء الأمريكي مما يؤكد هذا الثبات ذلك أنه في سنة 1974 وقعت جريمة قتل في مدينة برونكس الأمريكية راحت ضحيتها أرملة واتهم فيها لص سابق يبلغ من العمر 37 عاما، وقد رفع المحققين البصمات التي وجدت على زجاج النافذة وكأس الخمر في مسرح

الجريمة وتم الاحتفاظ بها في ملفات الشرطة لمدة 17 سنة، ومن خلال عرض هذه البصمات على جهاز الكمبيوتر التابع لعدة ولايات أمريكية، تبين أن هذه البصمات تتفق مع بصمة رجل آخر يدعى "هيرمان مابيرز" الذي كان يعيش سابقا في مدينة بورنكس وانتقل منها إلى جنوب كاليفورنيا، هذا ما يؤكد مما لا يدع مجالا للشك أن البصمة لا تتغير ولا تتبدل طيلة مدة 17 عاما أو نتيجة التقدم في السن[2] ص 39.

عدم تأثر أشكال البصمات بالوراثة والأصل

تنتقل إلى الإنسان عن طريق الوراثة عدة صفات منها ما ينتقل إليه عن طريق أصوله الخاصة القريبة أو عن عرقه العام،ومن هذه الصفات ما هو جسمي ومنها ما هو عقلي أو نفسي.

وقد أكدت الدراسات العلمية في علم الوراثة الذي يهتم بدراسة انتقال الخصائص الوراثية للأجيال المتعاقبة أنه إذا كانت الصفات والخصائص والعلامات سواء الجسمانية منها أو العقلية والخلقية تنتقل بالوراثة فإن طبعات البصمات لا تعرف هذه الخاصية إذ أن كل مخلوق له طبعات بصماته تختلف عن الآخر حتى في نفس الأسرة بين الأصول والفروع وحتى بين التوائم من البويضة الواحدة ومن الجنس الواحد.

5.1.1.1.1.2. حجية بصمة الأصابع في الإثبات الجنائي

نظرا لما تكتسبه بصمات الأصابع من أهمية علمية بدقتها وفرديتها مما أكسبها قوة تدليلية وإثباتية في المسائل الجنائية تعرض لها كل من الفقه والتشريع والقضاء المقارن لإعطاء لها هذه الأهمية وذلك على التفصيل الآتي:

موقف الفقه

لقد كان للحقائق العلمية المستقرة والثابتة منذ وقت طويل من أن لبصمات الأصابع قوة ثبوتية معصومة من الخطأ لإنفراد كل شخص بخصائص وأشكال بصمات أصابعه وعدم تماثلها مع غيره، عظيم الأثر على فقهاء القانون عامة والفقه الجنائي خاصة الأمر الذي جعل الرأي الغالب في الفقه المقارن مستقر على اعتبار الدليل المستمد من البصمة دليلا قاطعا في الإثبات الجنائي سواء بالإدانة أو بالبراءة.

وتعد البصمة من الناحية القانونية أولى القرائن العلمية المستحدثة ولها قيمتها البرهانية في الإثبات وهو دليل على وجود صاحبها في المكان الذي وجدت فيه، غير أن الاختلاف قائم بين الفقه حول مدى الاعتماد عليها وحدها في حالة عدم توافر أدلة أخرى تسندها كشهادة الشهود.

ذهب فريق من الفقه إلى القول بضرورة تأييد قرينة البصمة بأدلة أخرى إذ لا يجوز للمحكمة أن تصدر حكمها على مجرد قرينة واحدة أين ما كانت قوتها الاثباتية وصحتها في التدليل الجنائي لأنها لا ترقى إلى مركز الدليل.

بينما ذهب فريق آخر من الفقه الجنائي إلى القول بأن البصمة يجوز الاعتماد عليها كقرينة إثبات قوية كافية لوحدها دونما حاجة إلى أدلة تدعمها باعتبارها دليلا مستقلا بذاتها[121] ص 56.

غير أننا نلاحظ أن الرأي الأول القائل بعدم كفاية قرينة البصمة لوحدها لإدانة المتهم وعقابه بما نسب إليه أقرب إلى الصواب، وتوافقها مع شروط الدليل الجنائي القائم على الجزم واليقين، ذلك أن وجود بصمة المشتبه فيه في مسرح الجريمة كافيا لتوجيه الاتهام باعتبارها قرينة أما لإصدار الحكم بالإدانة فلا يمكن الاعتماد على قرينة البصمة وحدها لأنها تأخذ أكثر من تأويل وتفسير مما يعرض الدليل الجنائي الذي هو أساس الحكم بالإدانة إلى الشك والذي يفسر دوما لمصلحة المتهم الأمر الذي يؤدي بنا إلى القول بضرورة تعزيز قرينة البصمة بأدلة أخرى كشهادة الشهود حتى تكون كافية للإدانة.

موقف التشريع

لقد كان للعرض الذي قدمه السيد إدوارد هنري، مدير تحقيق الشخصية بالمملكة المتحدة سنة 1895 أمام الجمعية البريطانية لتقدم العلوم المنعقد في دوفر والمتعلق بأبحاثه عن البصمات وتصنيفها، إذ قررت بعد دراسة هذه الأبحاث القوة التدليلية لبصمات الأصابع والتي لا تشوبها شبهة أو شك الأمر الذي أدى باستعمال شرطة اسكتلنديارد لهذه التقنية وذلك منذ سنة 1901، ثم استعمل في الولايات المتحدة الأمريكية منذ سنة 1902، وفي 1905/10/20 أبرمت اتفاقية بين دول أمريكا اللاتينية "المعاهدة الدولية للشرطة" وكان بين بنود الاتفاقية النص على استخدام البصمات في تحقيق الشخصية.

وصدر في فرنسا سنة 1914 قانون ينظم استعمال بصمات الأصابع في تحقيق الشخصية وكان بديلا للقانون الذي كان سائدا منذ سنة 1879 القائم على نظام المقاسات البدنية.

أما في الدول العربية فبعض التشريعات نصت صراحة على جواز اللجوء إلى طريقة البصمات في كشف مرتكب الجريمة ومثالها ما نص عليه المشرع العراقي في المادة 70 من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم 23 سنة 1971 بقوله:« لمحاكم التحقيق أو المحقق أن يرغم المتهم أو المجني عليه في جناية على التمكين من الكشف على جسمه، وأخذ تصويره الشمسي أو بصمة أصبعه أو قليل من دمه أو شعره أو أظافره أو غير ذلك، مما يفيد التحقيق لإجراء الفحص اللازم عليها، ويجب بقدر الإمكان أن يكون الكشف على جسم الأنثى بواسطة أنثى». وكذا المشرع المصري في أحكام المادة 225 من قانون العقوبات بقوله:« يعاقب بصمة الأصبع كالإمضاء في تطبيق أحكام هذا الباب».

أما المشرع الجزائري فلم ينص صراحة على حكم أخذ بصمات الأصابع في التحقيق الجنائي وتحقيقات الشخصية غير أن ذلك يدخل ضمن أعمال الضبطية في رفع الآثار من مسرح الجريمة طبقا للقواعد العامة في مسح مسرح الجريمة باعتباره عملا شرطيا يدخل ضمن مهامهم في مكافحة الجريمة والبحث عن الجناة، وبالتالي فإن المشرع أشار إليها ضمنيا في أحكام المادة 42 فقرة 02 من قانون الإجراءات الجزائية التي أوجبت على ضابط الشرطة القضائية عند انتقاله إلى مكان الجريمة المتلبس

بها:« أن يسهر على المحافظة على الآثار التي يخشى أن تختفي وأن يضبط كل ما يمكن أن يؤدي إلى إظهار الحقيقة». أما مقارنة البصمة المجهولة التي عثر عليها بالبصمة المعلومة للمشتبه فيه أو المتهم فتدخل ضمن القاعدة العامة التي نص عنها المشرع في أحكام المادة 68 من قانون الإجراءات الجزائية والتي مفادها أنه:« يقوم قاضي التحقيق وفقا للقانون، باتخاذ جميع إجراءات التحقيق التي يراها ضرورية، للكشف عن الحقيقة بالتحري على أدلة الاتهام وأدلة النفي».

موقف القضاء

نظرا لما تتمتع به بصمة الأصابع من أهمية في الإثبات الجنائي فقد استقر القضاء المقارن إلى الأخذ بها باعتبارها قرينة لها وقعها القوي على سلطة التحقيق في التصرف في الدعوى وعقيدة القاضي في إصدار حكمه سواءا القاضي بالإدانة أو البراءة.

إذ تعرض القضاء الإيطالي لمدى مشروعية الدليل المستنبط من بصمات الأصابع وقيمتها في الإثبات الجنائي إذ قررت المحكمة الدستورية العليا في حكم لها صادر سنة 1972 بمشروعية الدليل المأخوذ من بصمات الأصابع، أما من حيث اعتبار بصمة الأصابع دليلا كافيا لوحده أو مجرد عنصر أو قرينة بسيطة لا بد من تدعيمها بقرائن وعناصر أخرى، فقد ذهبت محكمة النقض الإيطالية في حكم لها إلى أنه:« أخذ البصمات من شأنه أن يوفر كافة الضمانات المتعلقة بدقة المعلومات وصدقها، ويمكن التعويل عليها من قبل القاضي بوصفها المصدر الوحيد لتكوين عقيدته شريطة أن تكون الطريقة المستخدمة في الكشف عن البصمة أو أخذها صحيحة، وألا يكون هناك شبهة أو شك يمنع من استخدام هذه الطريقة ويكون للقاضي سلطة تقدير هذه المسألة».

كما أشار القضاء المصري في عدة أحكام له صادرة عن محكمة النقض تعطى لبصمة الأصابع حجية مطلقة في الإثبات الجنائي إذ قررت في حكم لها مؤرخ في 1954/03/29 على أنه:«الدليل المستمد من تطابق البصمات هو دليل مادي له قيمته وقوته الاستدلالية المقاسة على أسس علمية وفنية لا يوهن منها ما يستنبطه الطاعن من احتمال وجود تماثل غير تام بين بصمات شخص وآخر»[49] ص 15، كما قضت في حكم لها مؤرخ في 1967/04/17 على أن:« البصمات ذات حجية مطلقة سواء في ذلك بصمات الأصابع أو راحة اليد».

كما أكد القضاء الأردني أهمية بصمات الأصابع في الإثبات الجنائي وقوتها التدليلية، إذ اعتبرتها محكمة التمييز الأردنية دليلا قانونيا مقبولا وذلك في قرارها رقم 66/114 والذي جاء فيه:«حيث أن المادة 160 من هذا القانون (المقصود قانون أصول المحاكمات الجزائية) اعتبرت البصمة من جملة البيانات المقبولة قانونا، فإن اعتماد المحكمة على البصمة كبينة في الدعوى هو اعتماد قانوني».

وقد أكد القضاء الجزائري على اعتبار بصمة الأصبع لها قوة القرينة غير كافية لوحدها للإدانة ما لم تعزز بدليل مادي آخر، وذلك في قرار صادر عن المحكمة العليا غرفة الجنح والمخالفات بتاريخ

04/ 06/ 2002 والذي جاء فيه:« أن وجود البصمات وحدها في جريمة ما، لا يرقى إلى دليل وإنما تعد قرينة تحتاج إلى دليل قضائي يدعمها».

6.1.1.1.1.2. مدى أثر أخذ بصمات الأصابع على حقوق وحريات المتهم

إذا عثر المحقق على البصمة في مسرح الجريمة فإنه يقوم برفعها باعتبارها من الآثار المتخلفة عن الجريمة ومن باب القيام بالتحريات أو التحقيق القضائي قد يلجأ المحقق إلى أخذ طبعات بصمات المشتبه فيه لمضاهاتها ومقارنتها مع تلك البصمات الأمر الذي يؤدي بنا طرح الإشكال التالي: هل أخذ طبعات بصمات المتهم أو المشتبه فيه ومضاهاتها بتلك التي تم العثور عليها في مسرح الجريمة يمثل اعتداءا على حقوق وحريات المتهم؟

إن هذا الإشكال لا يطرح على التشريعات التي نصت صراحة على جواز المحقق أخذ بصمات الأشخاص المشتبه فيهم أو المتهمين كالمشرع العراقي الذي نص في المادة 70 من قانون أصول المحاكمات الجزائية والمشرع الأردني في المادة 160 من قانون أصول المحاكمات الجزائية والمشرع السوداني إذ نصوا جميعهم على جواز ذلك الأمر الذي يعتبر الإجراء شرعي ولا يمثل مساسا بحقوق وحريات الأفراد لشرعيته الإجرائية والقول بغير ذلك هو دفع بعدم دستورية النص.

غير أن الإشكال يدق والمسألة تطرح بحدة بالنسبة للدول التي لم تتضمن تشريعاتها نص يبيح صراحة جواز المحقق توقيف المشتبه فيه أو المتهم لإرغامه لأخذ طبعات بصماته لمقارنتها بتلك التي عثر عليها في مسرح الجريمة، مما يستدعي الرجوع إلى القواعد المستقرة في الاتفاقيات الدولية والتشريعات الداخلية المتعلقة بضمانات المتهم الموضوعية والإجرائية السابق الإشارة إليها في الفصل الثالث من الباب الأول باعتبارها تمثل معيارا وضابطا للقياس هنا.

إن الإجابة على هذه الإشكالية تطرح مسألتين جوهريتين الأولى مدى اعتبار أخذ بصمات المشتبه فيه أو المتهم لإجراء المقارنة تمثل تقديم المتهم شهادة ضد نفسه الأمر المحظور والثانية مدى اعتبار أخذ البصمات لإجراء المقارنة اعتداء على حقوق وحريات المشتبه فيه أو المتهم.

قبل تحليل هذه الإشكالية يجدر بنا الإشارة إلى أن المحكمة الدستورية العليا بإيطاليا في حكم لها مؤرخ سنة 1962 سنت قاعدة دستورية مفادها:« أن أخذ بصمات الخطرين على الأمن والمشتبه فيهم ممكن ومشروع دونما حاجة إلى إذن من القضاء»[49] ص 26.

إن أخذ طبعات بصمات المشتبه فيه أو المتهم ومضاهاتها مع البصمات التي تم العثور عليها في مسرح الجريمة مما قد يسفر عنه التطابق والتماثل وبالتالي توجيه الاتهام وإدانة الشخص بما نسب إليه لا يمثل على الإطلاق انتهاكا لقاعدة عدم جواز تقديم الشخص لشهادة ضد نفسه، ذلك أن الشهادة هي تصريح لإقامة الدليل القولي يدلي به شخص لا علاقة له بالوقائع الإجرامية بعد أدائه اليمين القانونية

الأمر الذي يخالف كلية لأخذ طبعات البصمات مما يجعل ذلك غير مخالف لمبدأ عدم اتهام الذات أو تقديم شهادة ضد النفس.

كما يذهب غالبية الفقه أن الأمر غير المشروع الذي فيه مساس بحرية وكرامة وجسم الإنسان هو ذلك الإكراه المادي أو المعنوي الذي ينصب على المتهم أو المشتبه فيه للحصول منه على الاعتراف أما الإكراه بغرض التحقق عن بعض الأدلة المادية كأخذ طبعات البصمات لإجراء المقارنة والمضاهاة فهو أمر غير محرم وهي وسائل مستعملة في التحقيقات منذ زمن بعيد[16 ص 97.

كما أن مضاهاة البصمات من الأمور غير الماسة على الإطلاق بحرمة جسم الإنسان ذلك أن أعمال الخبرة من شأنها المساس بحرمة الجسم أما طلب طبعات البصمات فلا أثر على الإطلاق على جسم الإنسان[103] ص 257 وبالتالي فإذا كان يجوز تبرير الخبرة لوجود نص إجرائي ينضمها فإنه من باب أولى يجوز تبرير أخذ طبعات البصمات خاصة مع جواز القياس إجرائيا.

وإذا كانت الإجراءات الجزائية تبيح لضابط الشرطة القضائية القبض على المشتبه فيه في الجريمة المتلبس بها مما يستتبع بالضرورة تفتيشه رغم أنه في مرحلة الاشتباه وقبل توجيه له الاتهام فمن باب أولى تبيح هذه الإجراءات أخذ طبعات البصمات باعتبار أنه ليس فيها هذا القدر من الاعتداء على حرية وجسم الإنسان وكرامته، كما أن أخذ طبعات البصمات يدخل ضمن الإيضاحات التي يجوز الحصول عليها لتسهيل التحقيق[111] ص 107، وبالتالي فإن الفقه الجنائي يكاد يجمع على أن أخذ طبعات البصمات لا يمثل بأي حال من الأحوال اعتداء على سلامة وحقوق المتهم.

2.1.1.1.2. بصمة القدم وراحة اليد

من الحقائق الثابتة في التحقيق الجنائي الفني وما توصل إليه علم الأدلة الجنائية إن لبصمات راحة اليد والقدم جميع الخصائص المميزة والثابتة الموجودة في بصمات الأصابع وإن كانت لا تضاهيها في الحجية ذلك أن الخطوط الحلمية والنقاط المميزة توجد في بصمات اليد والقدم العارية مثلما توجد في بصمات الأصابع الأمر الذي جعل المحققين يلحقانهما ببصمة الأصابع، لذا نحاول أن نتطرق بالدراسة والتحليل إلى أولا بصمة راحة اليد ثم ثانيا إلى بصمة القدم.

1.2.1.1.1.2. بصمة راحة اليد

قد يترك الجاني في مسرح الجريمة طبعة راحة يده كلها أو جزء منها عند ملامسته لبعض الأشياء والأثاث، خاصة الأسطح الملساء منها، لذا أمكن على المحققين رفعها ومضاهاتها بطباعة المشتبه فيه للتوصل إلى الحقيقة، لذا فإن من الأهمية بمكان التطرق إلى ماهية بصمة راحة اليد وتطورها، ثم حجية بصمة راحة اليد في الإثبات الجنائي وذلك على النحو التالي:

ماهية بصمة راحة اليد وتطورها

تمثل بصمة راحة اليد تلك الخطوط الحلمية الشبيهة بما هو موجود على الأصابع[67] ص 116 وهي لا تسير على خط مستقيم تماما بل تنحني وتتقوس مما قد ينتج عنه ظهور أشكال المقوسات والدائرية والمنحدرات، فإذا وجدت بعض هذه الأشكال بجزء من راحة اليد في مسرح الجريمة فإن عملية المضاهاة والمقارنة تتم على أساس مقارنة نوع وعدد وموضع النقاط المميزة[2] ص 371.

وتكمن أهمية بصمة الكف التي تظهر على مسرح الجريمة، من بصمة كف كاملة إلى جزء منها فقط وهذا حسب المكان الذي طبع عليه، ووضعية الجاني في وضع يده أو لمسه لشيء معين فالطبعات التي تظهر على قضبان الحديد، وعجلة قيادة السيارة لا تسمح إلا بظهور جزء من راحة اليد عندما تتصل أو تلتصق بها وهذه الأشياء هي التي تحددها فيما إذا كانت الطبعة هي لبصمة أصابع أو كف يد، لذا لا يمكن على الإطلاق وضع نظام لحفظ بصمات الكف[31] ص 143 في بنك معلومات مثلما هو جاري بالنسبة لبصمة الأصابع لأنها لا تخضع لشكل أو أشكال محددة لجزئية وجودها في مسرح الجريمة.

ونظرا لأن لكل جزء من بصمة الكف يتكون من أشكال فيتم تحديد نقطة مميزة يمكن الارتكاز عليها والبحث بموجب النقطة المميزة في الأثر وما يقابلها في الطبعات المقارن عليها، وهي تخضع لنفس الوسيلة وقواعد بصمات الأصابع من ضرورة توافر 12 علامة مميزة على الأقل في العينة المجهولة تطابق مع مثيلاتها في العينة المعلومة الممثلة في بصمة المتهم.

حجية بصمة راحة اليد في الإثبات الجنائي

لقد كان لنجاح مفتش الشرطة "بانلي" في إدخال نظام بصمات الأصابع المنفردة ضمن عمل شرطة أسكوتلنديارد البريطانية سنة 1927 حول "بانلي" رفقة مساعده مفتش التحري "فردريك تشيريل" انتباههما إلى بصمات راحة اليد فأخذا يتتبعان أثر هذه الطبعة الجديدة، إذ في سنة 1931 قام أحد اللصوص واسمه "جون ايغان" بارتكاب جريمة سرقة في الضواحي الشمالية الغربية من لندن وترك في مسرح الجريمة طبعات بصمات يده على سطح زجاجي لإحدى الطاولات وعند قيام المفتش "تيشريل" برفع البصمات وجد بصمة كف يد الجاني عند مواجهة السارق "جون ايفان" بها انهار واعترف بالسرقة غير أنه عند تقديمه للمحاكمة وأمام إنكاره وعدم حضور المفتش لأخذ شهادته لم تأخذ المحكمة ببصمة راحة اليد كدليل إثبات لعدم استقرارها قانونا مثلما هو الحال عليه لبصمة الأصبع التي دخلت الخدمة في الإثبات منذ 1927.

ظل الأمر في إنجلترا على ما هو عليه إلى غاية سنة 1942 أين هاجم مجموعة من اللصوص مسكن تاجر متقدم في السن وقاموا بقتله وسرقة محتويات خزانته المعدنية، وعند إجراء مسح لمسرح الجريمة من طرف المفتش "تشيربل" عثر على بصمة لكف اليد في الجانب الداخلي لباب الخزانة وعند

مواجهة المشتبه فيه "جورج سيلفيروسا "بعد اعتقاله ومطابقة بصمة راحة يده مع البصمة التي عثر عليها في باب الخزانة اعترف بجرمه وإنه كان رفقة شخص آخر يدعى "سام داشورد" وكان لدليل بصمة الكف قوة إثبات وإقناع قوية أمام القضاء فصدر في حقهما حكم بإدانتهما وإعدامهما شنقا وتعد هذه القضية الأولى التي تدخل فيها بصمة الكف إلى ساحة الإثبات أمام القضاء الجزائي.

وقد أخذت الولايات المتحدة الأمريكية ببصمات راحات اليد كدليل من الأدلة الجنائية وهذا منذ سنة 1944 عندما استدعت إحدى المحاكم ثمانية خبراء بصمات لأخذ رأيهم العلمي في بصمات راحات الأيدي، وقرر جميعهم أن بصمة راحة اليد لها نفس الخصائص المميزة الموجودة في بصمة الأصبع فأخذت المحكمة برأيهم في بناء حكمها ثم توالت مختلف محاكم الولايات الأخذ بهذا الرأي حتى أصبحت بصمة راحة اليد دليل من الأدلة الجنائية له نفس حجية بصمة الأصابع.

أما في مصر فيزخر قضاؤها بوجود عدة أحكام أدلى فيها برأيه في بصمة راحة اليد نركز في معرض هذه الدراسة على حكمين، الأول صادر عن محكمة النقض بتاريخ 1954/03/29 والذي جاء فيه :« كما أورد ما يثبت من تقرير إدارة تحقيق الشخصية عن مضاهاة البصمات التي رفعت من مكان الحادث على بصمات الطاعن في مواضع مختلفة من راحة يده وأصابعه من أنها وجدت مطابقة لوجود عدة علامات فنية مميزة بلغت العشرين في بعض المواضع، وكان ما أورده الحكم في ذلك من شأنه أن يؤدي إلى ما رتبه عليه من إدانة الطاعن بالجريمة فلا محل لما يثيره طعنه من مناقشة فيما أخذت به من شهادة شاهد الرؤية من أنه رآه وقت الحادث وتيقن منه مادامت هي قد اطمأنت إلى صدق شهادته، فأخذت بها ولا عبرة بعد ذلك بكونه لم يتعرف عليه وقت ما أثناء التحقيق»[16] ص 99.

وفي حكم ثاني صادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 1967/04/17 أعطت المحكمة لبصمة راحة اليد قوة بصمة الأصابع في الإثبات والتدليل بقولها:« متى كان كتاب مدير مصلحة تحقيق الشخصية قد أفصح من أن بصمات راحة اليد ذات حجية مطلقة في تحقيق الشخصية كبصمات الأصابع تماما لأنها تستند إلى نفس الأسس العلمية التي تقوم عليها بصمات الأصابع. فتختلف بصمات راحة اليد باختلاف الأشخاص ولا يمكن أن تتطابق ما لم تكن لشخص واحد، فإن ما جنح إليه الطاعن من تفرقة بين الدليل المستمد من بصمة أصبع وذاك المستمد من بصمة راحة اليد أو جزء منها، إطلاق حجية الإثبات في الأولى وحصرها في الأخرى إنما هي تفرقة لا تستند إلى سند علمي أو أساس فني، ويكون الحكم المطعون فيه قد أصاب في أخذه بهذه الحقيقة العلمية وفي الاستناد إلى ما جاء في تقرير البصمات من أثر بصمة راحة اليد المرفوعة من على الخزانة ينطبق تمام الانطباق على بصمة راحة اليد اليمنى للطاعن، لتوافر النقاط المميزة بالبصمة المرفوعة ومطابقتها لنظائرها ببصمة راحة اليد اليمنى للطاعن»[2] ص 484.

أما لدى القضاء الجزائري ونظرا لعدم الحصول على أي قرار صادر عن المحكمة العليا أو حكم من المحاكم الابتدائية فيما يخص القوة الثبوتية وحجية بصمة راحة اليد أمام القضاء الجزائي فإن ذلك يدخل ضمن المبادئ المستقرة في الخبرة من أن تقدير الخبرة مسألة موضوعية تخضع لقضاة الموضوع دون رقابة في ذلك من طرف المحكمة العليا، غير أنه في العديد من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا ألزمت هذه الأخيرة قضاة الموضوع بضرورة الرجوع إلى الخبرة كلما طرحت أمامهم مسألة ذات طابع فني، إذ في قرار لها مؤرخ في 1984/05/15 قدرت أنه:« ليس لقضاة الاستئناف أن يفصلوا في أمور فنية بحتة خلافا لرأي أهل الخبرة أن يبينوا في قضائهم أسباب ذلك»[149] ص 232.

2.2.1.1.1.2. بصمة القدم

لعبت آثار الأقدام دورا بارزا في تتبع الجناة وتقصي أثرهم حتى أصبحت وسيلة هامة في تحقيق شخصية صاحبها وهذا نظرا للشكل الذي تتركه على الأجسام التي تتصل بها، سواءا كانت القدم عارية أو محتذية، ولو أنها في الأولى أدق لاقتراب الخطوط الحلمية فيها بما هو وارد من حيث الشكل والفردية في بصمة الأصابع.

لهذا سنحاول دراسة بصمة القدم بالتطرق إلى تعريفها وتطورها التاريخي، ثم أهميتها في مسرح الجريمة ثم حجية آثار الأقدام في الإثبات الجنائي وذلك على النحو التالي:

تعريف بصمة القدم وتطورها

أثر أو بصمة القدم هو شكلها الذي تتركه عند ملامستها لجسم قابل للتأثر مثل الرمل أو الطين أو التراب الناعم، أو الذي تطبعه على جسم آخر بمادة تكون عالقة بها مثل الدم أو الماء أو التراب[53] ص 340.

وطريقة قص الأثر أو تتبع أثر الأقدام تقنية معروفة عند العرب منذ زمن بعيد يرجع إلى آلاف السنين إذ كانوا يتتبعون الإبل والمواشي المسروقة أو التائهة في الصحاري والقفار ويستدلون على مكان تواجدها ويقتفون أثر أقدام الأشخاص ويبرزون من حيث الأثر جنس الشخص وطريقة مشيه واتجاه سيره حاملا معه شيئا ما أم لا. ولا زال المحققين في الدول العربية يعتمدون على قصاص الأثر في إرشادهم إلى اتجاه الجناة وعددهم في المناطق الصحراوية[76] ص 209.

ولم يتم الاستعانة بآثار الأقدام بصفة علمية كوسيلة إثبات أمام القضاء الجزائي إلا في أواخر سنة 1846 في فرنسا إذ وقعت بتاريخ 1846/11/27 جريمة قتل راح ضحيتها فتاتان ببلدة ألبي بفرنسا لاحظ الطبيب الشرعي الدكتور "كاوس "الذي عاين الجثتين وجود أثر قدم بالقرب من باب غرفة إحداهن ملطخة بالدماء وقد وجهت التهمة في بادئ الأمر إلى ضابط صف بشغل في وحدة عسكرية بالقرب من مسكن الضحيتين، غير أن الدكتور كاوس بين أن بصمة القدم التي عثر عليها بالغرفة لرجل ضخمة لا

تناسب المتهم مما أدى ذلك إلى إطلاق صراحه مع مواصلة التحريات، إذ تم العثور على قميص الجاني ملطخا بالدماء في إحدى الغرفتين وبعرضه على محلات الغسيل دلوا على صاحب القميص وبمضاهاة البصمة المجهولة للقدم التي تم العثور عليها في مكان الحادث انطبقت تماما مع بصمة هذا الشخص مما أدى إلى اتهامه وإدانته بجناية القتل هذه.

أهمية آثار الأقدام في مسرح الجريمة

تلعب آثار الأقدام دورا بارزا في إرشاد المحققين إلى مرتكب الجريمة والوصول إلى الحقيقة وكذا معرفة ظروف ارتكاب الجريمة وعدد الجناة ويظهر ذلك من خلال الأمور التالية:

- إن الجسم الذي توضع عليه القدم قد تطبع عليه إذا كان أرضا طينية أو رملية أو مبللة كما تحمل آثار هذا الجسم لتعلق بمسرح الجريمة فتترك طبعة القدم وبالتالي تكون ذلك أمر أساسي في كشف شخصية صاحب طبعة القدم المضبوطة في مسرح الجريمة مع طبعة قدم المشتبه فيه، ويكون الأمر أكثر دقة ووضوحا في حالة القدم العارية[59] ص 162.

- يعتبر تقصي أثر الأقدام في المناطق الصحراوية وسيلة فعالة للوصول إلى الجناة خاصة في قضايا المخدرات والإرهاب والتهريب لذا يعتمد رجال الأمن والجمارك على قصاص الأثر في تعقب المهربين.

- تلعب آثار الأقدام المتحصل عليها في مسرح الجريمة دورا بارزا في معرفة اتجاه سير الجناة والمناطق النى مروا بها وبالتالي فإن عرض المشتبه فيه أو صورته أمام الأهالي الذين مر بمساكنهم أو مزارعهم الجناة دور بارز في التحقيق وبداية الحصول على شهادة الشهود في مدى تواجد المشتبه فيهم في مكان الحادث.

- إن تواجد عدة آثار لأقدام الحفاة متفرقة في مسرح الجريمة تؤكد أن الجناة كانوا كثر وإن كل واحد فيهم أنيط به دور معين عند تنفيذ الجريمة وهذا من خلال استقراء الحالات التالية[25] ص 232:

فتواجد عدة آثار أقدام غير أنها تنتهي عند مدخل المسكن محل السرقة أو الذي نفذت فيه جريمة ما قتل مثلا تؤكد أن صاحبه كان يقوم بحراسة المكان.

في حالة تواجد آثار أقدام مباشرة قرب سور المنزل أو أي مكان فيه حائط يدل على أن الجاني تسور السور للدخول إلى المكان.

وفي حالة تواجد آثار أقدام البعض منها تابعة للمحني عليه لكن البعض الآخر لا تنطبق عليه تؤكد أن هذه الأخيرة تابعة للجاني وأنه هو من استدرج الضحية لهذا المكان.

لذا فإن لآثار الأقدام قوة الإثبات وقرينة قوية لبداية البحث والتحقيق مع المشتبه فيه فقد تؤدي إلى اعترافه مما تكتسي أهمية قصوى في التحقيقات الجنائية خاصة في الحالات التي لا تتوافر إلا آثار الأقدام.

حجية آثار الأقدام في الإثبات الجنائي

بمجرد وقوع الجريمة وانتقال المحقق إلى مسرحها فقد يجد طبعات آثار أقدام على بعض الأسطح والأرضية الأمر الذي يؤدي به إلى رفعها عن طريق تصويرها مع مضاهاتها ومقارنتها مع بصمة قدم المشتبه فيه مما قد يؤدي إلى تطابقها وتماثلها أو اختلافهما.

هذا ما يؤدي بنا إلى طرح سؤالين جوهريين يتمثل الأول في مدى إمكانية الاعتماد على تطابق وتماثل بصمة قدم المتهم (البصمة المعلومة) مع آثار القدم المتحصل عليه في مسرح الجريمة (البصمة المجهولة) لتوجيه الاتهام وإدانة المتهم بما نسب إليه؟ والثاني إلى أي مدى يمثل إجراء هذه المقارنة والمضاهاة لبصمة قدم المتهم مع الأثر المتحصل عليه اعتداء على الحرية الشخصية وحقوق المتهم؟

إن الرأي المستقر عليه فقها والمؤيد قضاءا أن بصمة القدم لا ترقى إلى صفة الدليل بل لها قوة الدلائل التي تعطي الحق للنيابة العامة في توجيه الاتهام كما أنها تمثل قرينة غير كافية لوحدها في إصدار الحكم بالإدانة ما لم تعزز بدليل آخر يسندها ويرفع من قوتها الإقناعية أمام القاضي وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في حكم لها مؤرخ في 1975/11/30 والذي جاء فيه:« لما كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن المحكمة لم تبني قضاءها بصفة أصلية على ما استبان لها من تقرير خبير الأدلة الجنائية من وجود آثار أقدام تتفق وطبيعة أقدام الطاعنين الثاني والثالث بالقرب من مكان الحادث وفي الاتجاه الذي قالت الشاهدة الثانية بأن الطاعنين قد سلكوه، وإنما استندت إلى وجود تلك الآثار كقرينة تعزز بها أدلة الثبوت التي أوردتها، فإنه لا جناح على الحكم أن هو عول على تلك القرينة تأييدا أو تعزيزا»[25] ص 232.

أما فيما يخص مدى أثر إجراء مضاهاة ومطابقة بصمة قدم المتهم مع بصمة القدم المتحصل عليها في مسرح الجريمة على حقوق وحريات المتهم فإن ذلك يعتبر عمل من أعمال التحريات يأخذ حكم التفتيش وبالتالي لا أثر له على حقوق وحريات الأفراد.

3.1.1.1.2. بصمة صوان الأذن

إن لبصمة صوان الأذن أهمية كبيرة، ذلك أنها تأتي في المرتبة التالية مباشرة لبصمة الأصابع وراحة اليد وطبعات الأقدام كوسيلة للتعرف على شخصية المتهم[16] ص 59، وهذا ليس لاختلاف بصمات صوان الأذن من شخص لآخر وإنما لاختلاف بصمة كلا الأذنين إذ أن الخطوط والعلامات والأقواس التي تتكون منها الأذن اليمنى تختلف عن تلك التي تتكون منها الأذن اليسرى، كما أن هذا الشكل لا يختلف منذ الولادة إلى الوفاة فيما عدا كبر حجمها تبعا لنمو الإنسان.

ونظرا لحداثة أسلوب استعمال بصمات الأذن في التحقيقات الجنائية وعدم وجود دراسة شاملة كتلك التي حضيت بها بصمات الأصابع مما قلل اللجوء إليها قضائيا الأمر الذي أدى إلى ندرة الأحكام

القضائية بشأنها إلا بعض الأحكام المتناثرة والقليلة جدا على المستوى الدولي، لذا سنحاول دراسة هذا النوع من البصمات بالتطرق أولا إلى كيفية استنطاق مسرح الجريمة بحثا عن بصمة الأذن وثانيا الأساس العلمي الذي تقوم عليه بصمة الأذن وثالثا مدى حجية بصمة الأذن في الإثبات الجنائي ورابعا أثر أخذ طبعات بصمات الأذن على حقوق وحرية المتهم.

1.3.1.1.1.2. كيفية اكتشاف طبعات بصمة الأذن

لقد ثبت من الناحية الفنية أن خبراء الأدلة الجنائية يركزون على مكان الحادث أو مسرح الجريمة باعتباره الشاهد الحي على الواقعة الإجرامية وذلك لأجل استنطاقه للحصول على الآثار لبصمات الأذن[95] ص 76،77 ومنها.

- من الأعمال الأولية التي يقوم بها الجناة لأجل الاستكشاف والتأكد من تواجد أصحاب المنزل المراد سرقته أو الدخول لارتكاب جريمة أخرى التنصت عبر الأبواب والنوافذ الخارجية وذلك بوضع ألأذن بصفة مباشرة وملاصقة لها، وفي هذه الحالة تترك هذه الأذن طبعاتها على تلك الأبواب والنوافذ مما يشكل بصمة ظاهرة خاصة إذا كانت الأبواب والنوافذ ذات أسطح ملساء ولامعة باعتبارها المكان المفضل جدا لظهورها.

- من الطرق التي يتبعها الجناة لفتح الخزائن الحديدية ذات الأرقام السرية وكذا الأبواب الحديثة ذات الأرقام المشفرة أن يضع الجاني أذنه على باب الخزانة بصفة مباشرة ومرتطمة به وذلك لسماع حركة فتح القفل عند تحريكه للأرقام في سلسلة من التجارب قد تأخذ وقتا طويلا يعد كافيا جدا لترك طبعات بصمة أذنه على الخزانة أو الباب نظرا لتبلل الأذن بالعرق وهي مادة مفضلة جدا لترك الأثر.

- أحيانا قد يدخل الجاني من فتحات ضيقة جدا تجبره على الالتصاق بالحائط أو الزجاج أو الأبواب مما يؤدي إلى ترك طبعات بصمة أذنه.

- قد يلجأ الجاني وقت اقترافه جريمة السرقة داخل المنزل أن يتكأ على بعض الأثاث قد تكون أسطح الثلاجات أو شاشات التلفزيون أو الأثاث الخشبي خاصة الأملس منه مما يؤدي إلى ترك طبعات بصمات أذنه.

2.3.1.1.1.2. الأساس العلمي لبصمة الأذن

قام العالم الفرنسي "الفونس برقون" بإجراء دارسة لقياس الجسم البشري تناول فيها الحديث عن 11 مقياسا تستند إلى قواعد ثابتة في علم التشريح وكان من رأيه أن الأذن وسيلة مؤكدة من وسائل التعرف على الشخصية بعد قيامه بقياس وتسجيل طول وعرض الأذن اليمنى للفرد. غير أنه لم يقدم

نظاما متكاملا لتصنيف الأذن البشرية حتى يمكن الاعتماد عليه في التحقيقات الجنائية والتعرف على الشخصية[133] ص 194.

غير أنه في سنة 1949 قام العالم الإنجليزي "الفرد فيكتور أيانار بللي" بإجراء دارسة شاملة في هذا الميدان تمكن من استنباط نظام تصنيف الأذن فيكون بمثابة أسلوب مكمل لبصمات الأصابع، إذ ابتكر وسائل مستحدثة لقياس الأذن اليمنى وتصوريها تسمح تصنيف الصور الفوتوغرافية ووضعها في سجلات تحفظ في الأرشيف إذ تكون لها نفس القيمة الثبوتية مثل بصمات الأصابع وضمن دراسته في ملف عن تحقيق الشخصية بواسطة الأذن سنة 1968[15] ص 60.

وقد توصل عالم التشريح الإنجليزي "هايلر HAELRE" في دراسة قام بها على بصمة الأذن توصل إلى أن للأذن علامات مميزة تختلف من شخص إلى آخر وقرر أنه من غير المحتمل أن يوجد بين كل 300 مليون شخص أكثر من واحد له نفس العلامات، وبالرغم من أن الدراسات العلمية حول بصمة الأذن لا زالت في بدايتها ولم تصل إلى إجماع علمي حولها إلا أنه كان لها عظيم الأثر في مساعدة المحققين الجنائيين في الوصول إلى التعرف على الجناة وكشف الحقيقة.

3.3.1.1.1.2. حجية بصمة الأذن في الإثبات الجنائي

عند إعدادنا لهذه الأطروحة لم نجد أي قرار أو حكم قضائي سواء في الجزائر أو القضاء العربي يؤسس حكمه على بصمة الأذن أو الإشارة إليها، ويرجع ذلك إلى أن فرق البحث والتحقيق الجنائي لم تصل بعد إلى استظهار بصمة الأذن من مسرح الجريمة لتقديمها إلى جهات القضاء حتى يمكن إدلاء الرأي القضائي بشأنها، فإنه أمكن في الدول الغربية الاعتماد على بصمة الأذن في التحقيق الجنائي والوصول إلى الحقيقة وكان لأحكام القضاء وعلى الرغم من قلتها في الاعتماد عليها الأثر البالغ في إعطائها حجية كحجية بصمة الأصبع.

وقد استعملت بصمة الأذن لأول مرة في التحقيقات الجنائية في أواخر سنة 1910 في كندا في قضية سرقة وتتلخص وقائعها في قيام بعض اللصوص باقتحام نادي ومحاولة كسر خزانته لسرقة الأموال غير أنهم فشلوا في فتحها مكتفين بأخذ بعض السجائر والأشياء التي كانت متواجدة بالنادي، قام المحققين برفع البصمات على السطح المعدني للخزانة غير أن الجناة يبدوا أنهم استعملوا القفازات مما تعذر عليهم رفع بصمات الأصابع، غير أنهم عثروا على طبعات أذن على سطح الخزانة يبدو أن أحد الجناة كان يتنصت على صوت فتح قفل الخزانة الأمر الذي جعل المحققين يقومون برفع صورة بصمة الأذن والاحتفاظ بها في أرشيف التحقيقات الجنائية لاستعمالها لاحقا.

وبعد مدة وفي قضية أخرى ضبط أحد الجناة في قضية سرقة وكانت آثار حذائه مماثلة لآثار الحذاء الذي وجد في مكان الحادث في القضية السابقة، وأن السجائر المضبوطة معه من نفس النوع الذي

تم سرقته من النادي ورغم مواجهته بهذه الدلائل أصر المتهم على الإنكار مما إضطر المحقق إلى مقارنة بصمة أذنه اليمنى واليسرى مع بصمة الأذن التي عثر عليها في النادي أين أنهار المتهم واعترف بجرمه، ونتيجة لذلك اعتمد القضاء الكندي بصمة الأذن ودخلت لأول مرة في عالم البصمات[16] ص 59.

وفي قضية أخرى كان البوليس البريطاني[31] ص 53 قد نجح في تتبع شخص ترك بصمة أذنه على نافذة أحد المنازل أي كان يقوم بالتصنت على حركة السيدة في البيت وبعد وقوع جريمة قتل السيدة تم مواجهة المتهم بهذه البصمة أين اعترف وتم إدانته ومعاقبته بالسجن مدى الحياة، وقد اقتنع القضاء البريطاني بالأدلة بما فيها بصمات الأذن.

كما أثبتت بصمات الأذن فائدتها في إحدى جرائم القتل الخطيرة التي وقعت عام 1958 بمدينة "أوساكا" في اليابان، وتتلخص وقائع تلك الجريمة أن المتهم كان يدير مع صديقته أحد الملاهي الليلية وقد اختلف معها حول ملكية الملهى وفي ذات ليلة قام الجاني بقتلها وهي نائمة عن طريق الخنق، غير أنه أثناء عملية الخنق لامست أذن الضحية الحائط الذي كان مغطى بنوع من الورق اللامع وانطبعت لها عدة بصمات من الأذن اليمنى بعد إتمام جرمه قام الجاني بنقل جثة الضحية إلى منزله بمدينة كوبي المجاورة لمدينة أوساكا حيث تسكن الضحية ووجه الاتهام للجاني وعند استجوابه أنكر علاقته بالجريمة مدعيا بأن الضحية لم تكن معه يوم الحادث. غير أنه عند قيام المحققين بتفتيش غرفة الجاني تم العثور على طبعات بصمة أذن القتيلة في عدة أشكال تؤكد أن البصمة قد انطبعت على الورق اللامع في ظروف استعمال العنف، وبمواجهة المتهم بهذه البصمة انهار واعترف بالجريمة[95] ص 77.

وقد كان لأهمية بصمة الأذن وفرديتها وقوتها في التحقيقات الجنائية أن أنشأ البوليس البريطاني أول بنك معلومات لبصمات الأذن وقد دخلت أكثر من 1200 صورة لبصمات الأذن بنك معلومات متخصص في مركز التحقيقات الجنائية بمنطقة دورام البريطانية[31] ص 52.

لقد كان لبصمة الأذن في العديد من القضايا الجنائية الخطيرة أهمية بالغة في التحقيقات الجنائية على الرغم من قلتها، غير أنه نظرا لعزوف الدراسات العلمية في هذا المجال بالمقارنة للدراسات الهامة التي عنيت ببصمة الأصابع والصوت والرائحة وغيرها، وقلة الأحكام القضائية التي اعتمدت على بصمة الأذن وندرتها في القضاء العربي مما لا يعطيها في الوقت الراهن قوة بصمة الأصابع، غير أن طبعاتها تكون أثر متحصل عليه في مسرح الجريمة مما يعطي لها قوة القرينة الجائزة لتوجيه الاتهام وتحريك الدعوى العمومية وبدأ فتح التحقيقات القضائية على أنها غير كافية لإصدار الحكم بالإدانة طالما أن الحكم الجزائي لا يقوم على مجرد قرينة واحدة لم يتواتر القضاء على التعامل بها بل لا بد من وجود أدلة أخرى تساندها، لهذا نرى بأنه لا مانع من اعتبار بصمة الأذن قرينة في الإثبات الجنائي لها بعض الحجية.

4.3.1.1.1.2. مدى أثر أخذ بصمات الأذن على حقوق وحريات المتهم

إن رفع بصمات الأذن من مسرح الجريمة عن طريق وسائل التصوير والالتقاط ومقارنتها ببصمة إذن المشتبه فيه والمتهم عن طريق تصوير هذه الأخيرة ومضاهاتهما لا يمثل بأي حال من الأحوال اعتداء على حقوق وحريات المتهم لأنه لا مساس لها بالسلامة الجسدية والنفسية للمتهم إذ أنه إذا كان من الجائز قانونا لضابط الشرطة القضائية توقيف المتهم في جريمة متلبس بها وتفتيشه أو عند القبض عليه لتنفيذ الأمر بالقبض أو الضبط والإحضار، أو بناء على أنابة أو أمر من قاضي التحقيق أو وكيل الجمهورية لإجراء التفتيش فإن أخذ البصمات عموما ومنها بصمة الأذن يعد نوع من التفتيش الذي لا أثر له على حقوق المتهم.

4.1.1.1.2. بصمة الشفاه

قد يجد المحقق عند مسحه لمسرح الجريمة طبعة شفاه على كوب ماء أو فنجان القهوة أو على خطاب يحمل تهديدا موقعا بطابع شفاه وترفع هذه الطبعة وذلك لمقارنتها ومضاهاتها بطبعة شفاه المتهم أو المشتبه فيه والتي اسطلح على تسميتها ببصمة الشفاه.

لهذا نتطرق إلى دراسة هذا النوع من البصمات بالتطرق أولا إلى ماهية بصمة الشفاه وأهميتها في تحديد شخصية المتهم والكشف على الحقيقة، ثم ثانيا حجيتها في الإثبات الجنائي، ثم ثالثا أثرها على حقوق وحريات المتهم. وذلك على النحو التالي:

1.4.1.1.1.2. ماهية بصمة الشفاه وأهميتها

يقصد ببصمة الشفاه تلك التجعدات والتشققات في الشفتين والتي لها نفس خواص الشخصية التي تتمتع بها بصمات الأصابع، وقد كان للكلمة التي ألقاها العالم البرازيلي "سندر سانتوس". " Synder Sintos" أمام المؤتمر الرابع للطب الشرعي المنعقد بكوبناغن في أغسطس 1966 عظيم الأثر في بداية الأبحاث حول تحديد الشخصية عن طريق تشققات وتجاعيد الشفاة على ما أصبح يعرف ببصمة الشفاه، كما توصل في أبحاثه التي أجراها أن تجعدات وتجاعيد الشفتين يمكن تقسيمها إلى بسيطة وأخرى مركبة ثم تقسم بعد ذلك إلى ثمانية أنواع فرعية لتحديد ذاتية الشخص[133] ص 196.

ثم توالت الأبحاث العلمية لخبراء تحديد الشخصية حول بصمة الشفاه إذ قامت مجموعة من العلماء اليابانيين بإجراء دراسة على عينة من الأشخاص وذلك بجمع طبعات الشفاه لعدد 280 مواطن يتوزعون على 150 من الذكور و130 من الإناث بمختلف الفئات العمرية التي تتراوح بين سن السادسة والسابعة والخمسين كما شملت الدراسة عدد 18 توأما تتراوح أعمارهم بين 11 و13 سنة بأحد

المدارس المتوسطة التابعة لمدينة طوكيو، وقد توصلت هذه الأبحاث العلمية إلى عدة نتائج هامة لم تكن متوقعة وهي عدم تطابق بصمات للشفاه على الإطلاق وحتى بين التوائم بالرغم من تقارب طبعات شفاههم[59] ص 205.

كما أجرى باحث ياباني آخر دراسة شملت 1364 شخص موزعين بين 757 من الذكور و607 منذ الإناث وتوصل في نهاية أبحاثه أن بصمات الشفاه متغير من شخص لآخر وأنها ثابتة لا تتغير من الولادة إلى غاية الوفاة مما دفعه إلى التقرير بأن قوتها في الإثبات تؤدي وتضاهي نفس قوة بصمة الأصابع[133] ص 197.

وفي بحث تقدمت به باحثتان مصريتان في المؤتمر الأول للعلوم الطبية الشرعية بمصر سنة 1988 أكدتا فيه أنهما أجريتا بحثهما على عينة تتكون من 1000 مواطن من الإناث والذكور يتوزعون على ثلاثة محافظات هي الدقهلية والمنوفية والغربية وأثبتت النتائج المتوصل إليها أنه لا يتفق شخصان مهما كانت درجة قرابتهما في تماثل بصمات الشفاه وأن عدد الحزوز في الشفة العليا أكثر منهما في الشفة السفلى وهو في الذكور أكثر بروز منها في الإناث، وبالتالي توصلتا إلى أن بصمة الشفاه لها أهمية كبرى في مجال تحديد الشخصية والبحث الجنائي[81] ص 103 خاصة عند عدم العثور في مسرح الجريمة على بصمات الأصابع ووجود بصمات الشفاه على خطاب أو كأس أو بوق سيجارة.

2.4.1.1.1.2. مدى حجية بصمات الشفاه في التحقيق الجنائي

لم يتطرق أي تشريع سواء العربي منه أو المقارن إلى بصمة الشفاه ولم نعثر خلال إعداد هذه الدراسة على اجتهاد قضائي سواء المقارن منه أو الجزائري يبدي برأيه حول مدى حجية وشرعية الأخذ ببصمات الشفاه لإقامة الحكم الجزائي القاضي بالإدانة، الأمر الذي يؤدي بنا بالرغم من الدراسات العلمية التي أكدت على أهمية ودقة وفردية بصمة الشفاه الرجوع إلى القواعد العامة في الإثبات الجنائي من اعتبار طبعات بصمة الشفاه المرفوعة من مسرح الجريمة لمضاهاتها مع بصمة شفاه المشتبه فيه أو المتهم لها حكم الأثر المادي وقوة القرينة فهي كافية لوحدها فقط لتوجيه الاتهام وبداية التحقيق القضائي غير أنها غير كافية على الإطلاق لإصدار حكم بالإدانة ما لم تكن معززة أو مسندة بأدلة أخرى تساعد القاضي على بناء قناعته وإصدار حكمه.

وفي قضيتين نادرتين الأولى في القضاء الياباني والثانية في القضاء المصري طبقت فيهما بصمة الشفاه إذ أمكن التوصل إلى مرتكب الجريمة من خلال مضاهاة بصمة شفاه المتهم ببصمة الشفاه المرفوعة من مسرح الجريمة.

ففي منتصف شهر ديسمبر 1968 تلقى مدير عام إدارة شرطة طوكيو باليابان خطابا مجهولا عن جماعة إرهابية تحمل تهديدا ينذر بنسف وتفجير مقر القيادة لشرطة المدينة غير أنه لوحظ بجانب

عنوان الظرف وجود بصمتين لشفاه ومن خلال مقارنة هذين البصمتين للشفاه مع بصمات شفاه لبضع المشتبه فيهم تم التوصل إلى الجناة[119] ص 37.

وفي قضية أخرى استعملت فيها بصمة الشفاه للتعرف على الجاني طرحت أمام القضاء المصري ونظرت فيها المحكمة الابتدائية بالمطرية – القاهرة – في القضية رقم 5453 لسنة 1979 إذ تم تحديد شخصية الجاني من خلال بصمة الشفاه وتم التحفظ على هذه البصمة بالملفات التابعة لمصلحة الأدلة الجنائية بالقاهرة[2] ص 292.

3.4.1.1.1.2. مدى أثر أخذ طبعات بصمات الشفاه على حقوق وحرية المتهم

قد يعثر المحققين في مسرح الجريمة على بصمة شفاه على كوب ماء أو خطاب أو بوق سيجارة وهو مرتبط كثيرا بإجرام النساء لأن بصمة الشفاه تكون ناتجة على أحمر الشفاه الذي يضعنه النسوة على شفاههن مما ينطبع على أي جسم تلامسه المرأة بشفتيها خاصة إذا كان هذا الجسم أملس كالزجاج والمعادن اللامعة وبالتالي في حالة رفع هذه البصمة وطلب من المشتبه فيها أو المتهمة طبع عينة بصمة شفاهها على الورق الخاص بذلك لإجراء المضاهاة هل يمثل ذلك اعتداءا على حقوق وحريات هذه المتهمة؟

إن وضع طابع الشفاه على الورق التي تؤخذ كعينة للمقارنة لا يمثل على الإطلاق اعتداء على الحرية الفردية للأشخاص ولا مساس فيه للخصوصية أو السلامة الجسدية ولا يعد انتهاكا لحق الشخص في عدم الشهادة ضد نفسه لأن بذلك يأخذ حكم التفتيش وبالتالي يترتب على هذا الأخير مقارنة طبعات الشفاه مع العينة المتحصل عليها في مسرح الجريمة هو نوع من إجراء التحسس الجسدي الظاهري المكون لصورة التفتيش مما يجعل ذلك من باب أولى أمرا مشروعا ومبررا.

2.1.1.2. البصمات غير المرئية

إن المحقق عند انتقاله لمسرح الجريمة لا بد أن يرفع كل الآثار المادية المتواجدة مهما صغر حجمها أو لوحظ عدم أهميتها في بادئ الأمر، مستعملا في ذلك حاسة النظر سواءا بالعين المجردة أو عن طريق الوسائل التقنية لرفع هذه الآثار وإخضاعها للخبرة الفنية، في مختبرات الشرطة العلمية ولعل أكثرها شيوعا البصمات الظاهرة والمرئية.

غير أنه هناك نوع آخر من الآثار يعتمد المحقق في استنطاقها ومعرفة علاقتها بالمشتبه فيه أو المتهم على حاسة الشم أو السمع وهذا لفردية الرائحة المنبعثة أو الصوت باعتبارها لا تترك طبعات في مسرح الجريمة يمكن مشاهدتها، كما أن هناك حالات تفسير سلوك المشتبه فيه كدليل على اقترافه للجريمة محل المتابعة لذا اصطلح على تسميتها بالبصمات غير المرئية.

ونركز في معرض هذه الدراسة التطرق إلى ثلاثة أنواع من البصمات غير المرئية نظرا لشيوع استعمالها وتقدم علم الأدلة الجنائية وفن التحقيق الجنائي في البحث فيها وذلك في ثلاثة فروع إذ نتطرق في الفرع الأول إلى بصمة الرائحة وفي الفرع الثاني بصمة الصوت على أن نخصص الفرع الثالث إلى بصمة المخ.

1.2.1.1.2. بصمة الرائحة

لقد أثبتت دراسات علم الأدلة الجنائية أن لكل إنسان رائحة خاصة به ينفرد بها على بني البشر إذ هي تنتقل في صورة أبخرة يحملها الهواء ويتم الإحساس بوجودها وتبين طبيعتها خاصة إذا ما استعملت وسيلة تقنية لإدراكها لذا اصطلح على تسميتها ببصمة الرائحة، لذا نحاول التطرق في تحليلها إلى أولا تعريفها ثانيا الأساس العلمي لبصمة الرائحة، ثالثا حجيتها في الإثبات الجنائي، ورابعا مدى أثر استعمال الكلاب البوليسية لشم المشتبه فيه أو المتهم على الحرية الفردية وذلك على النحو التالي:

1.1.2.1.1.2. تعريف بصمة الرائحة

يقصد بالرائحة تلك الخاصية الطبيعية التي تنبعث من الشخص وتتخلف على متعلقاته ويمكن لحاسة الشم غير العادية إدراكها في وجود الشخص نفسه أو في كل جسم يمسك به أو يمر عليه، ونظرا لفردية رائحة الإنسان واختلافها من شخص لآخر وإمكانية الحصول عليها اصطلح على تسميتها ببصمة الرائحة إذ جاء في القرآن الكريم ما يؤكد هذه الفردية في قوله عز وجل على لسان سيدنا يعقوب عليه السلام:(وَلَمَّا فَصَلَتِ الْعِيرُ قَالَ أَبُوهُمْ إِنِّي لَأَجِدُ رِيحَ يُوسُفَ لَوْلَا أَنْ تُفَنِّدُونِ)[1].

كما أثبتت صحتها عندما استغلت حاسة الشم لدى الكلاب البوليسية المدربة في شم الأثر المادي المتمثل في الروائح التي يتركها الجاني في مسرح الجريمة ثم تتبعه رائحته والتعرف على صاحبه.

2.1.2.1.1.2. النظرية التي تقوم عليها بصمة الرائحة

إن التحقيق من شخصية الجاني بالاستناد إلى رائحته قد تزايدت أهميتها بفضل القاعدة التي استقرت في المخابر العلمية وهي تخطو لتستقر قضاءا، والتي تؤكد على أنه لا وجود لشخصين لهما رائحتان متطابقتان بل أن كل فرد ينفرد برائحة تميزه عن غيره وتترك آثارها وتستقر في كل الأمكنة التي تمر بها.

ويتم الاستعراف على الجاني من خلال إخضاع رائحة المشتبه فيه التي تم أخذ عينة من المكان الذي يكون فيه إلى المقارنة والتحليل مع عينة الرائحة المجهولة التي تم العثور عليها من خلال المتعلقات

الموجودة في مسرح الجريمة ويتم ذلك من خلال طريقة تقليدية تتمثل في استعراف الكلاب البوليسية أو من خلال أجهزة القياس[81] ص 170.

إن تجربة استخدام الكلاب البوليسية ذات السلالات النقية المعروفة والمدربة تسمح بإمكانية التعرف على الجاني من خلال رائحته الخاصة والفردية والتي تكون قد علقت بمسرح الجريمة إذ يتم إعطاء قطعة قماش أو أي شيء يحوي رائحة الجاني وهي عينة البصمة المجهولة ثم أمر الكلب بشم هذه الرائحة مع عرض أمامه عدة أشخاص مشتبه فيهم وأمره بالبحث بينهم على من يحمل نفس هذه الرائحة وهي العينة المعلومة الخاصة بالشخص الماثل للتحقيق، مع تكرار العملية عدة مرات وتغيير مواضع ومواقع المشتبه فيهم في كل مرة، إذ أنه نظرا لحاسة الشم القوية التي يتميز بها الكلب يصل إلى معرفة لمن تعود هذه الرائحة مع إرشاد مدربة إلى المشتبه فيه صاحب الرائحة للعينة المجهولة.

ولعل الخاصية التي تتميز بها الكلاب البوليسية وقدرتها الفائقة على شم الروائح المختلفة التي تم تدريبهم بشأنها شاع استعمالهم من طرف مصالح الأمن في المناطق العامة والمطارات والأماكن التجارية الكبرى والطرق السريعة عند إجراء المراقبة بحثا عن المخدرات والمتفجرات، وهذا ما أكدته التجارب العلمية على أنه حينما تستقر القدم الآدمية على الأرض لمدة ثانية واحدة فإن الرائحة المنبعثة في كل فترة تبلغ ما بين مليون إلى ثلاثة ملايين مرة قدر الكمية الدنيا التي يمكن أن يشمها الكلب كما يمكن له شم الأشياء بعد انفصالها عن صاحبها وتميز رائحتها بعد مرور ستة أشهر طالما تم وضعها في حرز خاص[38] ص 145.

ولتجنب النقد الذي وجه إلى استعمال الكلاب البوليسية في التعرف على الجناة من خلال الرائحة فقد عكفت الدراسات العلمية الحديثة على تصميم عدة أجهزة منها تلك التي تخضع لإجراء التحليل الطيفي للكتل "Spectrographie de Masse" أو جهاز "Gaz. Chromatographie"، كما تمكنت إحدى معاهد الأبحاث في شيكاغو بأمريكا من اختراع جهاز يمكنه التحقق من وجود القنابل داخل الطائرات وأطلقوا عليه اسم شمام القنابل".

3.1.2.1.1.2. حجية بصمة الرائحة في الإثبات الجنائي

إن البحث في مدى حجية بصمة الرائحة في الإثبات الجنائي طرحه الفقه ليس من جانب قوة هذه الوسيلة وإنما من ناحية مدى الاعتماد عليها إذا كانت ناتجة عن استعراف الكلاب البوليسية، كما كان للقضاء رأي تأرجح في بدايته بين القبول والاستبعاد إلا أنه استقر مؤخرا على اعتبار استعراف الكلاب البوليسية يعد قرينة لتعزيز الدليل وليس إقامته وبناء الحكم الأمر الذي يؤدي بنا التطرق إلى موقف الفقه ثم القضاء.

موقف الفقه

اختلف الفقه الجنائي بشأن الاعتراف الذي يصدر عن المتهم بعد الاستعراف عليه من طرف الكلب البوليسي بين اتجاه أهدر كل حجية لبصمة الرائحة في هذا المجال، واتجاه ثاني يبرر هذه الحجية ويعطي لها قيمة القرينة وهذا على النحو التالي:

الاتجاه الأول: الرافض لحجية بصمة الرائحة بناءا على استعراف الكلاب البوليسية

ذهب رأي في الفقه إلى القول أن استخدام الكلاب البوليسية للاستعراف على المتهمين يعتبر وسيلة من وسائل الإكراه المبطلة للاعتراف الصادر عن المتهم فهو يتخذ صورة الإكراه المادي في حالة ما إذا تهجم الكلب على المتهم مما أدى به إلى الاعتراف.

كما أنه يتخذ صورة الإكراه المعنوي في حالة ما إذا لم يتهجم الكلب على المتهم ورغم ذلك اعترف إذ أنه في هذه الحالة الأخيرة وجه الإكراه الأدبي تمثل في استخدام الكلاب الشرطية مما ولد التهديد في نفسية المتهم وخلق جو إرهابي، الأمر الذي يجعل القول مبطلا والاعتراف غير سليم لتخلف حرية الإرادة في القول[60] ص 94.

وبتوافر التهديد المعنوي على نحو ضمني عن طريق إحداث جو اللا أمن، فوضع المتهم بين عدة أشخاص آخرين ومرور الكلب الشرطي ومدربه أمامهم للتعرف على الجاني من خلال شم كل واحد منهم والتفاف المحقق وضابط الشرطة هذه التصرفات كلها تعتبر جوا إرهابيا يفسد اعتراف المتهم حتى ولو لم يتهجم عليه الكلب الشرطي.

الاتجاه الثاني: المؤيدة لبصمة الرائحة بناءا على استعراف الكلاب البوليسية

ذهب رأي في الفقه إلى التسليم بعدم سلامة وشرعية اعتراف المتهم الناتج عن تهجم الكلب البوليسي والوثوب عليه باعتباره إكراه مادي مبطل للاعتراف ومهدر لحجته، غير أن اعتراف المتهم عندما قام الكلب البوليسي بشم رائحة أو العينة المجهولة لدى المتهم وإرشاد مدربه إليه لا يمثل على الإطلاق إكراها معنويا بل وسيلة ناجحة للوصول إلى الجناة وحماية المجتمع والقول بغير ذلك هو تعطيل دون مقتضى بعدم الاستعانة بالكلاب البوليسية مما يترتب على ذلك الابتعاد كلية عن استعمال الوسائل العلمية للكشف عن الجريمة والمجرم لتحقيق غاية العدالة وهي حماية المجتمع.

ونظرا لثبوت نجاح الكلاب الشرطية في القيام بعمليات تتبع الأثر لتحديد مكان اختفاء الجناة والهاربين من وجه العدالة أو المخدرات والمتفجرات والآلات المستعملة في الجريمة ومتعلقاتها التي كانت في مكان الحادث وبالتالي الإرشاد على المتهمين[68] ص 76.

موقف القضاء

نظرا لندرة الأحكام القضائية التي تطرقت إلى بصمة الرائحة مما تعذر علينا الوصول إلى تبيان اتجاه القضاء فيما عدى بعض الأحكام الصادر عن القضاء المصري والمتعلقة باعتراف المتهم بناء على استعراف الكلاب الشرطية عن رائحته.

مبدئيا فإن تعرف الكلب الشرطي على المتهم ليس من إجراءات التحقيق القضائي التي يستلزم القانون تصورها شكلا خاصا يتعين الالتزام بها سواء في القانون الجزائري أو المصري أو المقارن، غير أنه نظرا لأهمية هذه الوسيلة فقد نظمها المشرع المصري في التعليمات الموجهة للنيابة العامة إذ جاء في المادة 47 من هذه التعليمات على أنه:« إذا وجدت آثار يضن أنها لملابس المتهمين أو مخلفاتهم يجوز الاستعانة على التعرف على أصحابها بالكلب البوليسي...»[74] ص 87.

وقد استقر القضاء المصري على اعتبار أن الاستعانة بالكلاب البوليسية للوصول إلى الدليل يعد وسيلة من وسائل الاستدلال ويأخذ حكم القرينة متى تم الاعتراف من طرف المتهم بعد التعرف عليه عن طريق الكلب البوليسي دون أن يتهجم عليه، ذلك أنه في حكم صادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 1939/10/23 والذي جاء فيه:« لا مانع من الاستعانة بالكلاب البوليسية كوسيلة من وسائل الاستدلال للكشف عن الجريمة».

وقد تواتر القضاء المصري على التمييز بين الاعتراف الناتج عن تهجم الكلب البوليسي وذلك الذي تم دون تهجم الكلب عليه، إذ أنه في الحالة الأولى اعتبر الاعتراف ناتج عن إكراه وتهديد لا حجة له في عدة أحكام لها منها حكمها المؤرخ في 1949/12/26 بقولها:« إن الاعتراف المشوب بالإكراه لا يصح التعويل عليه كدليل إثبات في الدعوى، فإذا كان المتهم قد تمسك أمام المحكمة بأن العبارات التي تفوه بها أثناء تعرف الكلب البوليسي عليه إنما صدرت عنه وهو مكره لوثوب الكلب عليه لما خشيه من أذاه ومع ذلك فإن المحكمة قد عدتها إقرارا منه بارتكاب الجريمة وعولت عليها في إدانته دون أن ترد على ما دفع به فإن حكمها يكون مشوبا بالقصور»[49] ص 11.

كما أعطت محكمة النقض المصرية للاعتراف الناتج عن استعراف الكلاب البوليسية قوة القرينة وذلك في حكم لها مؤرخ في 1951/11/26 بقولها:«إذا بقي المتهم مصرا على إنكاره رغم استعراف الكلب عليه فإن هذا الاستعراف لا يعدو عن كونه قرينة تكميلية يمكن الاستناد إليها في تعزيز الأدلة القائمة في الدعوى دون أن يؤخذ بها كدليل قائم بذاته على ثبوت التهمة»[49] ص 12.

كما أن تقدير هذا النوع من الدليل الناتج عن استعراف الكلب البوليسي يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع إذ جاء في حكم صادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 1957/11/26 قولها:«ليس ثمة ما يمنع محكمة الموضوع من أن تعزز ما لديها من الأدلة باستعراف الكلاب الشرطية متى ارتاحت إليه كوسيلة من وسائل الاستدلال في الدعوى».

وبعد تردد طويل فقد استقر القضاء الأمريكي على قبول الدليل الناتج من استعراف الكلاب البوليسية متى تم تعزيزه بأدلة أخرى بشرط أن يكون الكلب ومدربه مكتسبين خبرة تامة في هذا المجال.

وأن كنا لم نجد أي حكم صادر عن المحكمة العليا في الجزائر يدلي برأيه حول موقف القضاء الجزائري من حجية الدليل الناتج عن استعراف الكلاب البوليسية، فإنه يرجع ذلك إلى اعتباره من وسائل جمع الاستدلالات لا الأدلة وله حكم القرينة.

4.1.2.1.1.2. أثر استعراف الكلاب البوليسية على حقوق المتهم وحريته الشخصية

قد يجد المحقق في مسرح الجريمة قطعة قماش أو قفاز أو أي شيء من المتعلقات الخاصة بالجاني ونظرا لما استقر عليه علميا أن رائحة الجاني تظل عالقة بهذه الأشياء لمدة طويلة فإذا قام المحقق بعرض هذه القطعة من القماش على الكلب البوليسي لشمها ثم أمره في تفتيش عن هذه الرائحة بين مجموعة من الأشخاص المشتبه فيهم هل يمثل ذلك اعتداء على حق المتهم والمشتبه فيه بأن يعامل معاملة تليق بآدميته أو تمثل اعتداء على الحرية الفردية للمتهم.

إن استعمال الكلاب البوليسية المدربة على تتبع وتقفي أثر الرائحة مما قد يؤدي إلى قيام الكلب بالتقرب من المشتبه فيه وشم رائحته لا يمثل أي مساسا بكرامة المشتبه فيه أو المتهم باعتبار ذلك يعد وسيلة للبحث عن الدليل وأن التهديد الذي يترتب من الخوف لا يرقى إلى درجة الإكراه المعنوي المبطل للإرادة أساس القول المبرر للاعتراف.

2.2.1.1.2. بصمة الصوت

الصوت ظاهرة فيزيائية تصدر عن الإنسان عند النطق بالكلام وذلك للخواص الذاتية والمميزات الفردية التي تميز كل إنسان عن الآخر[31] ص 67، وقد ورد في القرآن الكريم ما يؤكد هذه الفردية في قوله تعالى: على لسان النملة عند تعرفها على نبرة صوت سيدنا سليمان عليه السلام:(حَتَّى إِذَا أَتَوْا عَلَى وَادِ النَّمْلِ قَالَتْ نَمْلَةٌ يَا أَيُّهَا النَّمْلُ ادْخُلُوا مَسَاكِنَكُمْ لَا يَحْطِمَنَّكُمْ سُلَيْمَانُ وَجُنُودُهُ وَهُمْ لَا يَشْعُرُونَ)[1].

ونظرا لفردية الصوت واختلافه من شخص لآخر، فقد عكفت دراسات علم الأدلة الجنائية والتجارب التي أجرتها المخابر الجنائية للشرطة العلمية على دراسة هذه الظاهرة وتوصلت إلى أن الأصوات كالبصمات لا تتطابق، وبالتالي فإن التعرف على الجاني من خلال نبرات صوته أصبح من الأدلة العلمية في مجال البحث الجنائي وتحقيق الشخصية، لذا سنحاول التطرق في هذا الفرع إلى ماهية البصمة الصوتية أولا، ثم ثانيا إلى حجيتها في الإثبات الجنائي على أن نخلص ثالثا أثر الأخذ ببصمة الصوت على حقوق وحريات المشتبه فيه أو المتهم وذلك على النحو التالي:

1.2.2.1.1.2. ماهية البصمة الصوتية

قبل التطرق إلى تحليل ماهية البصمة الصوتية يجدر بنا الإشارة إلى أن بعض الفقه الجنائي يعترض[38] ص 143 على هذه التسمية ويقرر عدم صحة إطلاق لفظ البصمة على ما دون بصمة الأصبع وبالتالي لا بد من الاستعاضة بعبارة بصمة الصوت بفردية الصوت لأن الصوت لا تتخلف عنه بصمة مثل تلك التي يتركها الأصبع على سطح ما.

ونحن من جانبنا وتماشيا مع هذا المنطق والرأي السديد قسمنا دراسة البصمات إلى بصمات مرئية وظاهرة وهي التي تترك طبعتها على الأسطح كبصمات الأصابع والأذن والشفاه أما التي لا تترك طبعاتها كبصمات الصوت والرائحة ضمن البصمات غير المرئية، هذا ما يمكن تبيانه من خلال تعرفها ونظامها.

تعريف البصمة الصوتية

يقصد بالبصمة الصوتية ذلك الرنين الذي يخرج خلال النطق بالكلمات والجمل والمفردات التي تميزه، ويختلف من شخص لآخر مما أدى إلى اعتباره بصمة نتيجة هذا التميز ويتم الوصول إلى الجاني عن طريق تقنية البصمة الصوتية من خلال مطابقة الخصائص الصوتية لكلام المشتبه فيه أو المتهم مع الخصائص الصوتية لكلام سبق تسجيله ويتم ذلك بثلاثة طرق:

طريقة طابور العرض[117] ص Identification parade158

تتم هذه الطريقة في حالة ما إذا سمع الشاهد أو الضحية الجاني وهو ينطق بكلمة أو عبارة أثناء ارتكابه للجريمة خاصة في جرائم العنف والاغتصاب فيتم عرض المشتبه فيه ضمن مجموعة من الأشخاص دون أن يرى الشاهد أحدا منهم، ويطلب من كل شخص أن ينطق بالكلمة أو العبارة التي سمعها الشاهد أو الضحية فإن تعرف على الصوت كان ذلك قرينة لبداية الاتهام وفتح تحقيق قضائي بشأن الوقائع محل التهمة.

طريقة تسجيل الأصوات

تتم هذه الطريقة بتسجيل ونقل الموجات الصوتية من مصادرها بنبراتها ومميزاتها الفردية وخواصها الذاتية على شريط تسجيل بحيث يمكن إعادة سماع الصوت للتعرف على مضمونه وإدراك خواصه التي تشكل عناصر المقارنة عند مضاهاة الصوت الوارد في الشريط[31] ص 67، وهو البصمة أو العينة المجهولة مع صوت المشتبه فيه أو المتهم مما يتيح تقرير إسناده له يعد قرينة للاتهام وبداية التحقيق وليس قرينة لإقامة الدليل وإصدار الحكم أو نفي ذلك عنه.

طريقة مضاهاة الأصوات

يتم في هذه الطريقة مضاهاة الأصوات بين العينة المخزنة أو المسجلة وهي العينة المجهولة مع كلام المتهم أو المشتبه فيه وهو العينة المعلومة عن طريق جهاز التخطيط التحليلي للصوت، الذي يرسم بيانات مختلفة ويتكلف الجهاز بإجراء المقارنة بين الصوت المخزن وصوت المتهم.

كما يتم تحويل رنين صوت المشتبه فيه أو المتهم إلى ذبذبات مرئية بواسطة جهاز تحليل الصوت "الأسبكتروجاف" وتستخدم هذه الوسيلة في البنوك لفتح خزائن العملاء التي لا تفتح إلى عن طريقة بصمة الصوت[137] ص 35.

خصائص البصمة الصوتية

يعتبر علم تحقيق أو تميز الأصوات وتشخيص الجاني من خلال صوته من الأدلة العلمية الرائدة في تحقيق الشخصية، كما أن شيوع استعمالها لدى المحققين نظرا للنتائج المتوصل إليها في دقة التعرف على الجناة بنسبة 99%[133] ص 191 ويرجع هذا كله للخصائص التي تتميز بها البصمة الصوتية والتي تتمثل في الآتي[2] ص 236:

- إن لكل إنسان جهازا صوتيا فريدا لا يشابهه أحد فيه ومهما كان تقليد الشخص لصوت شخص آخر أو استعمال وسائل كغلق الأنف أو وضع منديل على الفم ثم التكلم لا يجدي نفعا باعتبار أن نبرات الصوت لكل إنسان مختلف عن الآخر.

- اختلاف الأشخاص في النظام العصبي للجهاز الصوتي إذ أن إصدار الأصوات خلال حالة الغضب أو الخوف أو السعادة يمكن الاستدلال عليها ومعرفة الحالة النفسية التي كان عليها الجاني عند إصدار صوته المسجل.

2.2.2.1.1.2. حجية البصمة الصوتية في الإثبات الجنائي

حتى يكون لبصمة الصوت حجية تضاهي حجية بصمة الأصابع في الإثبات الجنائي لا بد من توافر شروط وضمانات للتسجيل الصوتي، ومتى أمكن ذلك كان لها قوة أمام القضاء الجزائي، لذا نتطرق إلى ضمانات مشروعية التسجيل الصوتي ثم موقف القضاء من بصمة الصوت.

مشروعية التسجيل الصوتي

تعتمد مشروعية دليل الإسناد في نسبة صوت الجاني المسجل على الشريط والذي يمثل العينة المجهولة إلى صوت المشتبه فيه أو المتهم وهو العينة المعلومة على عنصرين وهما العنصر الإجرائي والعنصر الفني.

العنصر الإجرائي

يتمثل العنصر الإجرائي لمشروعية دليل الإسناد في نسبة الصوت المسجل إلى مصدره (المتهم أو المشتبه فيه) لا بد من التقيد بمجموعة القواعد الشكلية نصت عليها جميع القوانين الإجرائية المقارنة التي تبرر التقاط المكالمات وتسجيل الأحاديث مثل ما نص عنه المشرع الجزائري، في أحكام المواد من 65 مكرر 5 إلى 65 مكرر 10 من قانون الإجراءات الجزائية.

العنصر الفني

إن العنصر الفني الضروري لإسناد الكلام والصوت المسجل إلى مصدره المشتبه فيه أو المتهم لا بد أن يتحقق من خلال جانبين لأجل الوصول إلى دقة المقارنة والمضاهاة وهما:

أولهما الجانب الفيزيائي البحت القائم على استخدام جهاز التخطيط التحليلي للصوت.

وثانيهما الجانب الاورتوفوني القائم على أساس دراسة عيوب النطق والخصائص الذاتية للتخاطب والتي تعتبر من عناصر الصوت التي يجب أن تخضع للدراسة عن طريق السماع من قبل خبير النطق والتخاطب عند إجراء المقارنة

ومتى توافرت في الصوت المسجل العناصر الإجرائية المنصوص عنها قانونا وتم إجراء المقارنة والمضاهاة بين صوت الجاني المسجل في الشريط وهو العينة المجهولة وصوت المشتبه فيه أو المتهم وهو العينة المعلومة عن طريق الوسائل الفنية اعتبر الدليل هنا تم الوصول إليه عن طريق ما يعرف ببصمة الصوت.

موقف القضاء من بصمة الصوت

إن بصمة الصوت لا تعتبر عملا إجرائيا وإنما تعد عملا استدلاليا باعتباره وسيلة للتعرف على شخصية المشتبه فيه صاحب الصوت لذا فإن الأخذ بها في المحاكم كدليل إثبات لا زال غير قائما وهذا لحداثة هذه البصمة.

ففي الولايات المتحدة الأمريكية اعترفت العديد من المحاكم في مختلف الولايات بالبصمة الصوتية كدليل مادي يمكن تقديمه للقضاء على خلاف رأي المكتب الفدرالي لتحقيق الشخصية F. B. I الذي لا يبيح تقديم البصمة الصوتية أمام القضاء بالرغم من اعتماده عليها.

أما في القضاء العربي أو الوطني فلم نجد حكما أو قرارا قضائيا أعطى رأيه في البصمة الصوتية سواءا بالرفض أو القبول حتى يمكن أن نستنبط موقفه.

غير أنه يلاحظ في النظام الجزائري طالما أن المشرع قد حدد في المادة 65 مكرر 5 على سبيل الحصر الجرائم التي يجوز إليها اللجوء إلى تسجيل الأصوات والكلام المتفوه به وبالتالي فإن تسجيل الصوت محدد من حيث نوع الجرائم مما يجعل البصمة الصوتية قاصرة من الناحية الفنية إلا على جرائم معينة السابق الإشارة إليها في العنصر الإجرائي . الأمر الذي يجعل البصمة الصوتية تعتمد على

الطريقة التقليدية وهي طابور العرض أي شهادة السماع ومدى توافق كلام المشتبه فيه مع الكلام الذي سمعه الشاهد مما يجعل قوتها في الإثبات ضئيلة ولا تبدوا أن تكون مجرد وسيلة استدلال.

3.2.2.1.1.2. مدى أثر أخذ صوت المشتبه فيه أو المتهم لإجراء المضاهاة على حقوقه وحرياته

إن قيام المحقق بطلب من المشتبه فيه أو المتهم بترديد العبارات والكلمات التي سمعها الشاهد أو الضحية والتي تم تسجيلها على الشريط لإجراء المضاهاة والمقارنة والوصول إلى أن الكلام يعود إلى المشتبه فيه وبالتالي توجه له الاتهام أو إلى المتهم، مما قد يمثل قرينة لتكملت الدليل لا يمثل أي اعتداء أو انتهاك للحرية الشخصية ولا يعد من قبيل اتهام الذات لأنه لا يوجد فيه أي عنصر إكراه مادي أو معنوي وهو مجرد عمل من أعمال الاستدلال لأنه يدخل ضمن أعمال التحريات فهو يأخذ حكم الدلائل والقرائن وليس حكم الدليل.

3.2.1.1.2. بصمة المخ

لقد أدى التطور العلمي للبحث في الأدلة الجنائية وعلم تحقيق الشخصية في الولايات المتحدة الأمريكية إلى اكتشاف تقنية دقيقة جدا للتعرف على الجناة والوصول إلى الحقيقة عن طريق تكنولوجيا الموجات الكهربائية للدماغ أو ما يعرف ببصمة المخ لذا نتطرق أولا إلى التعريف ببصمة المخ ثم ثانيا حجيتها في الإثبات الجنائي.

1.3.2.1.1.2. التعريف ببصمة المخ

إن المخ هو أهم عضو من أعضاء جسم الإنسان يتألف من كتلة متشابكة من الخلايا العصبية التي تعمل على إعطاء الإشارات لتميز الأشياء أو تذكر بعض الأمور مع إمكانية استرجاع المواقف الماضية.

وللحديث عن بصمة المخ نجد أنه إذا ضبط المتهم لارتكابه جريمة معينة ويحاول إنكار التهمة الموجهة إليه فإن هناك وسيلة تؤكد أنه مرتكب الجريمة رغم إنكاره وذلك عن طريق موجة توجد بالمخ ترتبط بالذاكرة تسمى P300 وعندما يتعلم الإنسان شيء ما ويريد أن يتذكره بعد فترة من الزمن فإن الموجة الموجودة بالمخ والمسماة P300 هي التي تقوم بهذا الدور دون أن يحدث أي مساس من طرف الإنسان[119] ص 67.

وتقوم هذه النظرية في التحقيقات الجنائية على أنه لو أن مشتبه فيه تم اتهامه بارتكاب جريمة قتل بسكين ذو مقبض خشبي أحمر مثلا (أداة الجريمة) فأنه يتم إجراء مواجهة معه بأن يجلس المتهم أو المشتبه فيه أمام شاشة كومبيوتر بينما يجلس المحقق أمام جهاز آخر ليسجل النتائج في صورة خطوط بعد أن يكون قد تم ربط هذه الأسلاك برأس المتهم، بحيث يتم عرض على المتهم عبر الشاشة مجموعة من السكاكين ليس من بينها السكين أداة الجريمة فلا يظهر أي تغيير مفاجئ على الرسم البياني أمام المحقق لكن عند عرض أداة الجريمة (السكين دو المقبض الخشبي الأحمر) تتأثر الموجة P300 ويرتفع الخط البياني إلى أقصى حد على هيئة قوس مما يدل على أن ذاكرته تنطبق على الصورة الموجودة للسكين النى شاهدها وأن له علاقة بالحادث.

وطبقا للرأي العلمي بأن مخ الإنسان يصدر شحنة كهربائية إيجابية عند لحظة التعرف على شيء مألوف لديه وفي هذا المثال المذكور أعلاه فإن هذا الشيء هو السكين الذي تعرف عليه المخ من خلال جهاز الكمبيوتر.

2.3.2.1.1.2. حجية بصمة المخ في الإثبات الجنائي

يرجع الفضل في إكتشاف بصمة المخ إلى العالم الأمريكي الدكتور "لورانس فارويل" وقد تم تجربة هذا النوع من البصمة في القضاء الأمريكي في ولاية إيوا الأمريكية وقد اعتمد على نتائجها في إصدار الحكم، ويمكن أن نتطرق إلى قضيتين استخدمت فيهما تقنية بصمة المخ للبحث عن الدليل في القضاء الأمريكي.

وتتعلق القضية الأولى بالمتهم "تيري هارينجتون" الذي كان محكوما عليه بالمؤبد عام 1977 لارتكاب جريمة قتل "جون شوير" إذ بعد إجراء الاختبارات التي قام بها الدكتور "لورانس فارويل" أظهرت الاختبارات أن المتهم "هارينجتون" لم يكن موجود في مكان الحادث وقت ارتكاب الجريمة لأن المخزون في مخ "هارينجتون" لم يجاري مشهد الجريمة مما يدل أنه لم يكن موجودا في مسرح الجريمة وقت وقوعها الأمر الذي أدى بمحكمة إيوا العليا أن تصدر بتاريخ 2009/12/26 حكم بنقض وإبطال الحكم الصادر ضد "تيري هارينجتون" وطلب إجراء محاكمة جديدة بعد مضي 24 سنة بالسجن هذا ما يدعم بصمة المخ التي أدت إلى تبرئة المتهم[2].

أما القضية الثانية فتتعلق بالمتهم "جيمس جريندر" من ولاية ميسوري الأمريكية والمتهم فيها بارتكابه جريمة اغتصاب وقتل المجنى عليها "جولي هيلتون"، وفي أغسطس 1999 أجرى الدكتور لورانس فارويل اختيارات على المتهم عن طريق إخضاعه للموجات الدماغية وأظهرت النتائج أن المخزون في مخه يجاري تفاصيل ونتائج الجريمة مما أدى به كذلك إلى الاعتراف بارتكابه جرائم اغتصاب وقتل أخرى وأدين وحكم عليه بالسجن المؤبد[31] ص 65.

ورغم أن المحكمة العليا الأمريكية وضعت أربع معايير حتى يمكن قبول الدليل العلمي المبتكر وهو هل العلم اختبره؟ هل سبق نشره؟ هل العلم دقيق؟ هل المبتكر مقبول في الجالية العلمية؟ ولكن رغم حداثة بصمة المخ فإن المحكمة العليا بولاية "إيوا" الأمريكية أخذت بالدليل المادي الذي ترتب عن بصمة المخ باعتبارها ليست من المتطلبات القانونية، ومهما يكن من أمر فإن ما يعرف ببصمة المخ لا زالت في بدايتها ولم يثبت استعمالها أمام القضاء بصورة تامة مما يعطي لها مجرد قوة الدلائل الاستدلالية فقط.

2.1.2. أخذ العينات البيولوجية وإجراء التحاليل

لقد أدى تطور علم الأدلة الجنائية وتحقيق الشخصية إلى تحول أنظار الباحثين في مكافحة الجريمة من البحث عن الدليل في مسرح الجريمة ثم مواجهته بالمشتبه فيه أو المتهم مما قد يسفر عن اعترافه، إلى الانتقال إلى فحص جسم المشتبه فيه أو المتهم بعد وقوع الجريمة عن طريق إقامة المقارنة والمضاهاة في ما خلفه جسم الجاني في مكان الجريمة من مخلفا ت بيولوجية وهو العينة المجهولة مع العينات التي تم أخذها من جسم المتهم للوصول إلى الحقيقة وهو العينة المعلومة.

ولا شك أن الحقيقة المتوصل إليها في هذا الجانب هي حقيقة علمية تختلف عن الحقيقة القضائية التي تقوم على إجراءات محددة للوصول إليها ضمن مبادئ مستقرة لا يجوز مخالفتها قائمة على أساس احترام الخصوصية والسلامة الجسدية والحرية الفردية للمشتبه فيه أو المتهم.

وإذا كانت إجراءات التحاليل المخبرية عن طريق أخذ عينات الدم والبول والتنفس واستخراج محتويات المعدة وإفرازات الجسم البشري قد استقرت في العمل القضائي باعتبارها تدخل ضمن أعمال الخبرة، فإن التطور العلمي الحاصل في التقنية الحيوية والهندسة الوراثية الذي لا زال في بداية البحث قد أثار العديد من الإشكالات في البحث الجنائي والعمل القضائي.

لذا تماشيا مع منطق هذا التقديم سنحاول دراسة وتحليل هذا البحث في مطلبين إذ نتطرق في المطلب الأول إلى إجراء التحاليل على أن نخصص المطلب الثاني إلى الشفرة الوراثية.

1.2.1.2. إجراء التحاليل

إن التفتيش يشمل الفحص الظاهري لجسد المشتبه فيه أو المتهم وذلك عن طريق لمس ثيابه أو نزع ملابسه الخاصة وفحص جسده ظاهريا لضبط ما قد يكون لاصقا به من آثار وأدلة مادية تم وضعها في أماكن معينة وحساسة من جسمه، أو وضعها في فمه وحال ابتلاعها مما مكن القائم بالتفتيش إلى إرغامه على فتح فمه ونزع ذلك الشيء مما يمثل صورة للفحص الجسدي الخارجي التي تعتبر تفتيشا تطبق بشأنه كافة القواعد الخاصة بتفتيش الأشخاص بشرط أن يكون تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى باعتبار ذلك قاعدة من النظام العام.

غير أن التفتيش قد يمتد إلى داخل جسم الإنسان وذلك لأجل إيضاح جانب من جوانب شخصية المتهم للتعرف على هويته وعلاقته بمسرح الجريمة أو معرفة حالته العقلية أثناء القيام ببعض التصرفات التي يشترط فيها القانون سلامة العقل وبقاء الإدراك كاملا كما في حالة تجريم قيادة المركبات في حالة سكر، أو استخراج ما يحتويه جسم المتهم أو المشتبه فيه باعتباره يمثل ماديات الجريمة وجسمها كما هو الحال في ابتلاع المخدر لعدم ضبطه مما يستتبع إجراء غسيل المعدة لاستخراج محتوياتها.

وإذا كان إجراء التحاليل كوسيلة علمية للتفتيش داخل جسم المشتبه فيه أو المتهم بحثا عن الدليل المادي لإقامة الحقيقة القضائية وإصدار الحكم، فإنها من الأكثرية بمكان لا يمكن جمعها كلها في هذه الدراسة مما قد تنصرف عن هدفها، لذا قصرنا دراستنا فقط على ما هو شائع من تحاليل في الممارسة القضائية وهما إجراء تحاليل الدم الذي سيكون موضوع الفرع الأول، وإجراء غسيل المعدة الذي سيكون موضوع الفرع الثاني.

1.1.2.1.2. إجراء تحاليل الدم

قد يلجأ المحقق أثناء التحقيق التمهيدي أو الابتدائي وفي سبيل الوصول إلى الحقيقة إلى أخد عينة من دم المشتبه فيه أو المتهم وهذا لتحديد فصيلتها ومقارنتها مع العينة الموجودة بمسرح الجريمة مما يؤدي تطابقهما إلى قيام قرينة قضائية ضد المتهم كافية لتعزيز الاتهام والإحالة أمام الجهة القضائية المختصة، أو لتحديد الحالة العقلية والنفسية له كما في حالة قيادة المركبات في حالة سكر لإمكانية الإدانة وتوقيع الجزاء.

ونظرا لأهمية تحليل البقع الدموية في التحقيق الجنائي يجدر بنا التطرق أولا إلى ماهية الدم وأهميته في التحقيق الجنائي، ثم ثانيا الطبيعة القانونية لإجراء تحاليل الدم، وثالثا: مدى شرعية إجراء تحاليل الدم للحصول على الدليل.

1.1.1.2.1.2. تعريف الدم وأهميته في التحقيق الجنائي

إن الخصوصية التي تتميز بها البقع الدموية بعد تحليلها وفرت للمحققين أدلة كافية للوصول إلى الحقيقة وإقامة الحكم لذا نتطرق إلى تعريف الدم وأهميته في التحقيق الجنائي تبعا وذلك على النحو التالي:

تعرف الدم

الدم عبارة عن نسيج سائل يوجد داخل القلب والأوعية الدموية ويتميز عن بقية أنسجة الجسم بأن خلاياه لا تبقى ثابتة بل تتحرك خلال الجسم بأكمله داخل الأوعية الدموية، ويمثل الدم 7 % من وزن جسم الإنسان وهو يتكون من جزئين، جزء سائل يسمى بلازما الدم تشكل 55 % من حجم الدم وهي

التي تبين الفصيلة وجزء يمثل خلايا الدم وتشكل 45 % من حجم الدم وفيها كريات الدم الحمراء والبيضاء والصفائح الدموية[95] ص 37.

وإن كان الإنسان قد أدرك منذ القدم الصلة الوثيقة بين الدم والحياة، فإنه لم يتم تثبيت نهائيا الصلة بين خفقان القلب والدورة الدموية المتواصلة عبر كل أنحاء الجسم إلا سنة 1616 على يد العالم والطبيب الإنجليزي "وليم هارفي".

وقد تمكن الطبيب وعالم الوظائف الجسدية النمساوي "كارل لاند شتاينر" سنة 1900 من تقسيم الدم إلى أربعة فصائل ولا زال مستقرا حتى الآن إلى "O"" AB". B. A" ومن ثم تشترك البشرية جمعاء في هذه الفصائل كل حسب فصيلته، وقد أثبتت الإحصائيات أن تلك الفصائل موزعة في العالم طبقا لمايلي 45 % فصيلة دمهم "O " و42 % فصيلة دمهم "A" و 10 % فصيلة دمهم B و 3 % فصيلة دمهم "AB"[68] ص 260.

وقد اعتبر المشرع الجزائري الدم من الأعضاء في تقرير الحماية الجنائية له عندما جرم وعاقب في أحكام المادة 303 مكرر 18 من قانون العقوبات كل انتزاع لأنسجة أو خلايا أو تجميع مواد عن جسم الإنسان والدم باعتباره نسيج يحضى بهذه الحماية بقوله:« يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج كل من قام بانتزاع أنسجة أو خلايا أو بجمع مواد من جسم شخص مقابل دفع مبلغ مالي أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها...».

أهمية تحاليل الدم في التحقيقات الجنائية

يلعب تحليل الدم دورا بارزا في التحقيقات الجنائية سواءا لتحديد حالة الشخص أو علاقته بالجريمة بعد إعداد مسح لمسرحها وإعطاء صورة عن كيفية وقوع الأحداث بعد ملاحظة بقع الدم.

فحص الدم لتحديد حالة الشخص

قد يستدعي التحقيق في بعض الحالات على المحقق الأمر بنزع كمية من دم المتهم أو المجني عليه لإجراء التحاليل بشأنها للوصول إلى معرفة حالة الشخص المعني الذي تقوم عليه الحقيقة القضائية باعتباره موضوعا لها، لذا يمكن إبراز هذه الأهمية في الحالات التالية:

حالة فحص الدم لإثبات السكر

إن أخذ عينة من دم المتهم في جنحة القيادة في حالة سكر لإجراء عليها التحاليل ومعرفة نسبة الكحول في الدم أمرا وجوبيا لتوجيه الاتهام وتوقيع العقوبة على الجاني، إذا لا يكفي اعتراف المتهم من أنه تناول مسكرا للقضاء بإدانته بجنحة سياقة مركبة في حالة سكر، كما أن السلطة التقديرية للقاضي مقيدة بضرورة وجود خبرة مدعمة بتقرير يحدد النسبة المؤوية للكحول في الدم للقول بقيام الجريمة وفي ذلك تقرر المحكمة العليا في الجزائر في قرارها رقم 19713 المؤرخ في 1981/02/19 على أنه:« وحيث أن تثبيت التهمة إلى المتهم بناءا على اعترافه فقط فإن قضاة الموضوع خرقوا بصفة ظاهرة

القانون، ذلك أن الخبرة ضرورية في حالة ارتكاب جنحة السياقة في حالة سكر ولو كان الجاني معترفا بذلك»[96] ص 218.

وقد نص المشرع الجزائري على جنحة السياقة في حالة سكر في أحكام المادة 74 من القانون رقم 04/01 المؤرخ في 2001/08/19 المتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرق وسلامتها وأمنها، كما وضع في أحكام المادة 2 من ذات القانون نسبة 0,20 غرام في الألف ملل من الكحول في الدم للقول بنشوء الجريمة.

حالة فحص الدم لنفي وإنكار البنوة

يحدث في الممارسة القضائية أن ينكر الزوج بنوة المولود الذي تضعه زوجته ويرفض إلحاقه بنسبه وذلك لعدة أسباب دفعت بالزوج إلى ذلك، وبالتالي فإن فحص الدم عن طريق تحليله بالاعتماد على نوعية فصيلة الدم عند كل من الأب والأم والولد يمكن الاعتماد عليها في نفي البنوة وذلك بصفة قطعية وليس إثبات البنوة[44] ص 75.

ويعتمد الإثبات في نفي البنوة عن طريق فحص الدم على قانون مندل للوراثة بحيث أنه إذا كانت فصيلة دم الأب هي o وفصيلة دم الأم o ففصيلة الإبن تكون دائما o ولا تكون أبدا " AB، B، A، وإذا كانت فصيلة دم الأب O وفصيلة دم الأم A فإن فصيلة دم الإبن تكون إما O أو A ولا يمكن أن تكون ، AB، B. وإذا كانت فصيلة دم الأب B وفصيلة دم الأم O فإن الإبن تكون فصيلة دمه B، O ولا يمكن أن تكون AB، A، وإذا كانت فصيلة الأب AB وفصيلة الأم O فالإبن تكون فصيلة دمه AB، O.

وإعمالا لهذا الجدول الذي وضعه العلماء فإن الإبن إذا كانت فصيلة دمه لا يمكن أن تنسب للوالدين معا عند اتحادهما أو لواحد منهما تكون في هذه الحالة أمام صحة إدعاء الأب بنفي البنوة والنسب وبعد فحص الدم وسيلة فعالة لنفي النسب.

وقد كانت لهذه الطريقة في فحص الدم لنفي النسب أن أخذت بها محكمة نيوجرسي العليا الأمريكية بقولها:« أصبح من المقبول علميا في الأوساط الطبية والعلمية أن نتائج اختبارات فصائل الدم في مجال نسب الطفل إلى الأب ليس مجرد رأي خبير بل هو تقرير واقع، ولما كان الأمر كذلك فلا بد من قبول هذه النتائج أمام المحاكم، فإذا قررت محكمة الموضوع أن هذه النتائج ليست قاطعة فإن قرارها يكون بمثابة أن تصدر المحكمة قرارا بأن الأرض منبسطة وليست كروية»[68] ص 263.

حالة فحص الدم لتحديد هوية الشخص

إذا كان تحليل الحامض النووي للوصول إلى الشفرة الوراثية للمتهم وسيلة ناجعة للوصول إلى تحديد هوية الشخص، فإن الخبراء المختصون في ميدان تحليل الدم، بتحليل سيروم الدم إلى مركباته الأساسية ونسبة كل مركب فيه. يمكن الوصول إلى تحديد هوية الشخص.

وتعتمد نتيجة هذا التحليل في أهميتها في ميدان الإثبات الجنائي على أنه لا يوجد أي احتمال لوجود تشابه في الطابع الخاص بسيروم الدم بين شخصين[44] ص 77.

حالة فحص الدم لتحديد أسباب الوفاة

من خلال فحص الدم للشخص المتوفي يمكن التوصل إلى سبب الوفاة إذ يمكن الكشف عن المواد السامة أو المخدرة والتي تكون مسؤولة عن تلك الوفاة[25] ص 184 وبالتالي تقدير هل أن الوفاة إجرامية واتخاذ إجراءات المتابعة القضائية من طرف النيابة العامة بالأمر بفتح تحقيق قضائي أو أن الوفاة طبيعية وبالتالي إصدار أمر بالحفظ لعدم توافر العنصر الإجرامي.

أهمية ودور البقع الدموية في مسرح الجريمة

إن تواجد البقع الدموية في مسرح الجريمة له دور فعال في تحديد طرق ومعالم التحقيق الجنائي فبالإضافة إلى أهمية رفع هذه البقع الدموية من مسرح الجريمة ومقارنتها ومضاهاتها بفصيلة دم المشتبه فيه أو المتهم مما تمثل دلائل وقرائن لفتح تحقيق قضائي بشأنه عن سبب تواجده في مسرح الجريمة، فإن وجود البقع الدموية في مكان الحادث يعطي أكثر من دلالة على كيفية وقوع الجريمة وسير الأحداث مما يساعد في التحقيق الجنائي من عدة أمور.

حالة تحديد الزمن التقريبي لوقوع الجريمة

إن وجود بقع الدم في مسرح الجريمة يعطي صورة واضحة للمحقق حول الزمن التقريبي الذي وقعت فيه الجريمة من خلال معرفة الزمن الذي مضى على البقع الدموية الموجودة في مكان الحادث وهذا الوقت يتحدد حسب حالة البقعة ولونها[95] ص41.

إذ تأكد لدى خبراء الأدلة الجنائية أن الدم يجف بسبب حالة المكان ومدة جفافه مرتبطة بحالة الطقس ومكان تواجد البقع كما أن لون الدم يبدأ يتحول من الأحمر البني الغامق كلما طال زمن تواجدها في مكان الحادث مما يعطي صورة واضحة ولو تقريبية لتاريخ الحادث مما يمكن قاضي التحقيق بإعطاء تصور عن الأحداث.

حالة تحديد مكان الجريمة وحركة الجاني

من خلال ملاحظة انتشار البقع الدموية يستطيع المحقق التوصل إلى معرفة هل أن الجريمة ارتكبت في مكان تواجد الجثة لكثافة وغزارة البقع الدموية أم أنها ارتكب في مكان آخر وأن المجني عليه هرب إلى المكان الذي وجدت فيه جثته أو قام الجاني بأخذها إلى مكان العثور عليها نظر لقلة البقع الدموية[25] ص 183.

كما أن البقع الدموية تحدد ما إذا تواجد في مسرح الجريمة أكثر من شخص من خلال إجراء تحاليل عن البقع الموجودة لمعرفة الفصائل الدموية المرفوعة.

حالة تحديد البقع الدموية للبناء الهيكلي للحادث

يمكن لخبراء الأدلة الجنائية عند انتقالهم إلى مكان الحادث خاصة في جرائم القتل دراسة حالة انتشار البقع الدموية بحيث أن انتشارها بكثافة وتطاير البقع إلى مسافات بعيدة يؤكد استعمال الجاني لآلة حادة. كما أن انتشار هذه البقع قد يبين صورة عن كيفية وقوع الأحداث[69] ص 101.

كما أن وجود كتابات بالدم تؤكد طبيعة الانتقام وكل هذه المعطيات تساعد قاضي التحقيق في كيفية وصوله إلى الحقيقة.

2.1.1.2.1.2. الطبيعة القانونية لإجراء تحاليل الدم

اختلف الفقه الجنائي في تحديد الطبيعة القانونية لإجراء تحاليل الدم والبول في اتجاهين أحدهما يعتبر الإجراء من قبل التفتيش والآخر يعطيه وصف الخبرة وذلك على النحو التالي:

الاتجاه الأول القائل باعتبار إجراء تحاليل الدم تفتيشا

يرى أغلب الفقه الجنائي سواء الغربي أو العربي وسانده في ذلك القضاء أن استخدام الوسائل العلمية لفحص المتهم يعد تفتيشا لأنه تضمن قيدا على حرمة سر الشخص في ذات الوقت الذي تقيد فيه حريته ومن ثم فتلك مسألة تدخل في نطاق تفتيش الأشخاص[40] ص 113.

وقد ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى أن فحص الدم وإن كان يتضمن اعتداء على جسم الإنسان إلا أن النصوص تبيحه وبالتالي فهو جائز بوصفه تفتيشا وتطبيق ذات القاعدة على إجراء تحاليل البول.

كما ذهب جانب من الفقه المصري أن كل إجراء يهدف إلى التوصل إلى دليل مادي في جريمة يجري البحث في أدلتها ويتضمن اعتداء على سر الإنسان، يدخل ضمن نطاق التفتيش ومن ثم فإن غسيل المعدة وفحص الدم والبول يعتبره تفتيشا، والتفتيش بطبيعته يحوي إكراها، كل ما هنالك أنه ينبغي ألا تكون من شأن هذا الإجراء الإضرار بالمتهم صحيا، ولذلك لا يقوم به إلا طبيب تحت إشراف المحقق، إما القول بإخراج مثل هذه الإجراءات من إطار التفتيش من شأنه الإضرار بمصلحة العدالة وإفلات المجرمين من العقاب.

الاتجاه الثاني: القائل باعتبار تحاليل الدم تدخل ضمن أعمال الخبرة

ذهبت القلة من الفقه الجنائي[40] ص 114 إلى اعتبار إجراء تحاليل الدم مستقل في خصائصه وأهدافه عن التفتيش بل المقصود به هو أن يوضح جانبا من جوانب شخصية المتهم أو حالته العقلية أو غير ذلك مما يؤثر في مسؤوليته الجنائية، وهذا الأمر يدخل في نطاق استجواب الشخصية وهو أمر يندرج ضمن أعمال الخبرة.

وإذا كان التفتيش أن يمتد إلى داخل جسم الإنسان كغسيل المعدة وإجراء تحاليل الدم والبول، فلا يمكن اعتباره تفتيشا بل هو إجراء خبرة لأنه لا يمكن أن ينتزع الدليل من جسم الإنسان.

كما يؤكد بعض الفقه[66] ص 209 وجهة النظر هذه من أن تحليل الدم وإن كان تفتيشا إلا أنه ليس بالمعنى المقصود منه، لأنه مجرد إجراء يقصد به التثبت من حقيقة موقف المتهم وهو يتدرج في نطاق ومجال الخبرة بوجه عام، فالذي يقوم به الطبيب المختص وليس المحقق، ولا يتمتع بصفة الضبطية القضائية، كما أن إجراء تحاليل الدم أو البول يتم غالبا بمجرد قيام بعض قرائن الاتهام ضد مقترف الجريمة وقبل أن يوجه له أي اتهام، بينما التفتيش يلزم للقيام به توافر أدلة قانونية ولا يباشر إلا ضد المتهم.

3.1.1.2.1.2. مدى شرعية إجراء تحاليل الدم للحصول على الدليل

إن البحث في مدى شرعية استخراج كمية من دم المشتبه فيه أو المتهم لإجراء التحاليل وبالتالي الحصول على الدليل يثير مسألتين أساسيتين الأولى ماهي القيمة القانونية للدليل المتحصل عليه من إجراء تحليل الدم؟ والثانية إلى أي مدى يعتبر استخراج كمية من دم المشتبه فيه أو المتهم يمثل اعتداء على السلامة الجسدية والحرية الشخصية؟

القيمة القانونية للدليل المتحصل عليه من إجراء تحاليل الدم

لأجل تحديد القيمة القانونية للدليل المتحصل عليه من خلال إجراء تحليل الدم من حيث اعتباره دليلا كافيا لوحده لإصدار الحكم بالإدانة أو مجرد قرينة لا يمكن الاعتماد عليها ما لم تكن معززة بقرائن ودلائل أخرى، لا بد أن نميز بين فرضيتين:

الفرض الأول: إذا كان سحب عينات الدم لتحليلها وتحديد نسبة الكحول أو المخدر فيها شرطا أساسيا لتوجيه الاتهام وإصدار الحكم بالإدانة يصبح نتائج التحاليل المخبرية دليلا قاطعا للإدانة متى توافرت النسبة المئوية المحظورة قانونا والتي اعتبر المشرع الجزائري حالة السكر وهي وجود نسبة 0,20 غ في 1000 ملل كحول في الدم، وبالتالي يعد شرطا الاتهام وتوقيع الإدانة هو توافر هذه النسبة المئوية على الأقل ويعتبر ذلك الدليل الوحيد المعتمد عليه، وهذا ما أطرد قضاء المحكمة العليا منذ مدة على اشتراطه منها قرارها المؤرخ في 1981/02/19 ملف رقم 19713 والذي جاء فيه:« أن الخبرة ضرورية في حالة ارتكاب جنحة السياقة في حالة سكر ولو كان المجني عليه معترف بذلك».

الفرض الثاني: في حالة سحب كميات الدم لإجراء المقارنة بين دم المشتبه فيه أو المتهم والدم الموجود في مسرح الجريمة كما في حالة جريمة القتل يعد في هذا الفرض تطابق العينتين مجرد قرينة لا ترقى إلى مصف الدليل وغير كافية لوحدها للإدانة وأن كانت كافية للاتهام، ذلك أن الفقه الجنائي أجمع على عدم اعتبار الاتفاق بين فصيلة الدم في هذه الحالة دليلا قاطعا لإدانة المتهم وهذا لاتحاد ملايين البشر في فصائل الدم على اعتبار وجود أربعة فصائل الدم مشترك فيها البشرية جمعاء[25] ص 190، يجعل اتحاد الفصيلتين مجرد قرينة.

وإن كان يدل تطابق بقعة الدم الموجودة في مسرح الجريمة مع فصيلة دم المشتبه فيه أو المتهم تواجد هذا الأخير في مكان الحادث فقط إذ قد يكون هذا التواجد عرضي أو لإسعاف الضحية إلى غير ذلك من الحالات لا تعطي للقاضي سلطة إصدار حكم الإدانة القائم على الجزم واليقين.

أثر إجراء تحاليل الدم على الحرية الفردية والسلامة الجسدية للمتهم

في إطار البحث عن الحقيقة باعتبارها الانشغال الأساسي للمحقق وهدف الإجراءات الجزائية، قد يلجأ المحقق إلى أخذ عينة من دم المشتبه فيه أو المتهم وذلك لإجراء عليها التحاليل سواء لتحديد نسبة الكحول أو المخدر في الدم، أو لمضاهاة فصيلتها نظرتها التي تم العثور عليها في مسرح الجريمة الأمر الذي يؤدي إلى طرح عدة إشكالات على بساط البحث أهمها ألا يعتبر حجز المشتبه فيه أو المتهم لبضع من الوقت في المستشفى لنزع كمية الدم تقييدا لحريته الفردية؟ وهل أن غرس شوكة الإبر في جسمه لاستخراج كمية الدم لا تمثل تعدي على السلامة الجسدية؟ وهل أخذ العينة من دم المشتبه فيه أو المتهم لا تمثل تقديم المتم للشهادة والدليل ضد نفسه[92] ص 475؟

لقد تباينت مواقف التشريعات والفقه والقضاء المقارن حول الإجابة على هذه الإشكالات ويمكن أن نتطرق إلى موقف كل هيئة وذلك على النحو التالي:

موقف الفقه

اختلف الفقه الجنائي بخصوص تحديد مدى شرعية أخذ عينات من دم المشتبه فيه أو المتهم بين اتجاهين:

الاتجاه الأول: ذهب جانب من الفقه إلى التصريح بعدم شرعية إجراء تحاليل الدم على المشتبه فيه أو المتهم لما يمثل ذلك من اعتداء على الحرية الشخصية للمتهم وانتهاك لحريته وإرادته ذلك إن القيام بأخذ عينة من دم المشتبه فيه أو المتهم هو تقيد لحرية هذا الأخير وإن كان في نطاق محدود جدا وبالتالي فإن اللجوء إلى هذا الإجراء في البحث عن الدليل وتقديمه أمام القضاء لا يكون مسموحا به إلا إذا نص المشرع صراحة على هذا الإجراء.

وإلى نفس هذا الاتجاه ذهب أحد الفقهاء إلى القول بأن نزع كمية من الدم للمشتبه فيه أو المتهم فيه تقييد للحرية الفردية لذا يجب أن يكون منصوص على هذا الإجراء في القانون ولا يمكن اللجوء والاستناد على إذن القاضي، لمساسها بالحقوق الدستورية، وإذا كانت هذه الوسيلة تساعد رجال الشرطة على حماية أمن الطرقات عن طريق إخضاع السائق إلى نزع كمية من دمه لإجراء التحاليل من مدى تعاطيه الخمر والمخدرات فإن ذلك لا ينبغي القيام به إلا بناءا على إذن خاص من القاضي وإلا اعتبر الإجراء غير مشروع وفيه انتهاك للحرية الفردية والسلامة الجسدية للمعني[168] ص 374.

الاتجاه الثاني: يرى أغلبية الفقه مشروعية أخذ عينة من دم المشتبه فيه أو المتهم لإجراء التحاليل المعملية بشأنها سواء لمعرفة نسبة الكحول أو المخدر في الدم، أو لمضاهاتها مع العينة المجهولة

المتحصل عليها من مسرح الجريمة وذلك للوصول إلى الحقيقة ومعرفة الجاني مقدمين لذلك عدة اعتبارات وحجج منها:

- إن استعمال التحاليل المخبرية على دم المشتبه فيه أو المتهم تحقق نتائج هامة لصالح المجتمع ولا يمكن استبعادها بدعوى مساسها بحقوق الأفراد باعتبار أن القاعدة إذا تعارضت مصلحة الفرد مع مصلحة الجماعة كانت المصلحة الأخيرة أولى بالرعاية مما يبرر هذا الإجراء[25] ص 195.

- إن الضرر الذي ألحقه المتهم بالمجتمع أعظم بكثير من مجرد ألم طفيف يلحق بالمتهم عند إجراء أخذ عينة الدم التي تتضاءل أمام النتاج الهامة المتحصل من ورائها في الكشف عن الجناة والوصول إلى الحقيقة.

- إن نزع كمية من الدم لإجراء التحاليل نظرا لأنه أصبح إجراء شائع الاستعمال في العلميات الاستشفائية والطبية إلى درجة لا يمكن معه اعتبار فيه مساس بالحرية الفردية خاصة إذا كان لأجل الصالح العام[163] ص 328.

- إن إجراء تحاليل الدم عن طريق أخذ العينة من جسم المشتبه فيه لا تكون إلا في حالة التلبس طبقا لأحكام المادة 41 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري متى توافرت حالة حادث المرور أو عندما تتوافر دلائل لدى أعوان الشرطة القضائية أثناء مراقبتهم لحركة المرور إن السائق في حالة سكر أو لاوعي ناتج من تناول المخدرات أو الحبوب المهلوسة طبقا لأحكام المادتين 19 و19 مكرر من قانون المرور .

وبالتالي إذا كانت حالة التلبس تبرر اتخاذ جميع الإجراءات التي كانت لقاضي التحقيق ومنها إخضاع المشتبه فيه للفحص الطبي وبالتالي لا يعد ذلك مساسا بالسلامة الجسدية للمشتبه فيه أو المتهم.

- إن قاعدة عدم تجريم الذات أو عدم تقديم الشخص شهادة ضد نفسه يتعلق بالتصريح وهو ناتج عن حق الصمت أما إجراء التحاليل فهو عمل يدخل ضمن إجراءات التفتيش المباشر قانونا.

موقف التشريع

أجازت العديد من التشريعات المقارنة سحب وتحليل عينات الدم في التحقيقات الجنائية وخاصة في حوادث السير في الطرقات العامة إذ جعلتها لازمة لإثبات الجريمة وتوقيع العقوبة في جرائم القيادة في حالة سكر.

ويتجه التشريع الأمريكي في مختلف الولايات إلى ضرورة إخضاع السائقين الذين يقبض عليهم في حالة سكر أو تحت تأثير المخدر لإجراء فحص الدم، وفي حالة امتناعهم تسحب منهم رخصة السياقة، وهذا الإجراء من شأنه أن يحمل المشتبه فيهم على الخضوع إراديا لفحص الدم بشرط أن يتم نزع وتحليل الدم من أشخاص مؤهلين ومرخص لهم بهذا الإجراء وخلاف ذلك يعد هذا الفعل مساسا بحرمة الحق في الحياة الخاصة وانتهاك لحريات الأفراد وسلامتهم الجسدية[62] ص 516.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد جعل أخذ عينات الدم لإجراء التحاليل المخبرية عليها لمعرفة نسبة الكحول في الدم سواء بالنسبة للمتهم أو الضحية في حوادث السيارات في الطرقات العامة المؤدية إلى الوفاة وهذا ما نص عليه في أحكام المادة 88 من تقنين المشروبات الكحولية والتدابير الخاصة لمكافحة الكحول الصادر بتاريخ 1954/04/15 على أنه:« عقب وقوع حادث طريق يجوز لرجال الضبط القضائي أو الإداري الذين يعتقدون أن الحادث قد وقع تحت تأثير الكحول، أن يطلبوا إلى الشخص الخضوع للفحص الطبي وتحليل الدم للتأكد من وجود نسبة الكحول فيه وإذا امتنع الشخص على الخضوع لأخذ عينة من دمه عد ذلك جريمة يجوز معاقبته بالحبس مدة قد تصل إلى سنة حبس».

وبمجرد صدور قانون 1970/07/09 أصبح إجراء تحاليل الدم أمرا إلزاميا لتحديد نسبة الكحول في الدم ومن ثم تحديد مدى توافر شروط قيام جريمة القيادة في حالة سكر إذا اعتبر وجود نسبة من 0.80 غ إلى 1 غ في 1000 ملل" كحول في الدم مكون لمخالفة القيادة في حالة سكر، أما إذا تجاوزت النسبة 1 غرام عد الفعل جنحة.

وقد انتهج المشرع المصري نفس النهج المستقر في التشريع المقارن من ضرورة سحب عينات من دم سائق المركبة في حالة اشتباه فقط بأنه يقود المركبة وهو في حالة سكر وهذا في أحكام المادة 66 من القانون رقم 66 لسنة 1973 إذ أجازت لضابط وأمناء ومساعدي شرطة المرور في حالة اشتباههم لحالة قائد المركبة، إخضاعه للفحص بالوسائل الفنية دون أن ينص صراحة على نزع كمية من الدم لإجراء التحاليل غير أنه يفهم من عبارة استعمال الوسائل الفنية هو سحب كمية من دم لإجراء التحاليل[25] ص 196.

ولم يشذ المشرع الجزائري عما هو مستقر في التشريعات المقارنة في هذا المجال إذ نظم سحب كمية من دم المشتبه فيه بقيادة مركبة وهو في حالة سكر وهذا في أحكام القانون رقم 14/01 المؤرخ في 2001/08/19 المتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرق وسلامتها وأمنها المعدل والمتمم بالقانون رقم 16/04 المؤرخ في 2004/11/10 والأمر رقم 03/09 المؤرخ في 2009/07/22.

إذ عرف المشرع الجزائري تحت قسم التعاريف من قانون المرور في المادة 2 منه مفهوم حالة السكر بأنها "حالة تتمثل في وجود كحول في الدم بنسبة تعادل أو تزيد عن 0.20 غ في الألف مل".

كما نص في أحكام المادة 74 من قانون المرور:«يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى سنتين (2) وبغرامة من 50.000 دج إلى 100.000 دج كل شخص يقود مركبة أو يرافق السائق المتدرب في إطار التمهين بدون مقابل أو بمقابل مثلما هو محدد في هذا القانون وهو في حالة سكر».

ونظرا لأن المشرع الجزائري قد عرف الحالة التي يكون فيها السائق في حالة السكر وهي تواجد كمية من الكحول بنسبة 0.20 غ في الألف ملل في الدم مما يؤدي بالضرورة نزع كمية من الدم

للمشتبه فيه وإجراء التحاليل وعلى ضوئها تحديد ما إذا كان الشخص في حالة سكر من عدمه لنشوء جنحة القيادة في حالة سكر المنوه عنها في أحكام المادة 74 المذكورة أعلاه.

كما أعطى المشرع الجزائري في أحكام المواد 19 و19 مكرر و20 من قانون المرور لضباط وأعوان الشرطة القضائية سواء عند وقوع حادث مرور جسماني سواء أدى إلى الجروح أو القتل خطأ أو في حالة المراقبة العادية في الطرق عند الاشتباه بأن السائق يقود السيارة في حالة سكر ضرورة إخضاع السائق لفحوصات بيولوجية لمعرفة نسبة الكحول في الدم مما يستتبع بالضرورة سحب كمية من الدم من السائق المشتبه فيه أو المتهم.

وبالتالي فإن سحب عينة من دم المشتبه فيه أو المتهم في التشريعات المقارنة يتراوح بين اعتبار نتائج الفحص ذات وصف الدليل المادي أو القرينة بحسب هدف الفحص، فإذا كان هدفه لمعرفة نسبة الكحول في الدم يتوقف عليها تحريك الدعوى العمومية بجنحة القيادة في حالة سكر أو القتل أو الجروح الخطأ تحت تأثير الخمر عدت النتائج ضرورية واعتبر لها قيمة الدليل المادي الكافي وحده للإدانة ويستند المحقق لإجرائه إلى نص القانون المنظم لذلك كقانون المرور، أما أذا كان نزع الدم الهدف منه لإجراء المضاهاة بين عينة المشتبه فيه أو المتهم مع العينة المجهولة المرفوعة من مسرح الجريمة عد ذلك مجرد قرينة يستند المحقق لإجرائها للقواعد العامة المنصوص عنها في أحكام المادة 68 من قانون الإجراءات الجزائية.

موقف القضاء

لقد أدى اتساع رقعة الجرائم خاصة جرائم الدم، وتفشي ظاهرة حوادث المرور في الطرقات العامة أن توسع القضاء المقارن في إعطاء حماية أكبر للمجتمع على حساب المشتبه فيه أو المتهم وذلك بإخضاعه للفحوصات البيولوجية ونزع كمية من دمه كلما كان ذلك ضروريا للوصول إلى الحقيقة وهذا ما نلمسه بوضوح من خلال تطور القضاء سواء الأنجلوسكسوني أو اللاتيني.

بالنسبة لاتجاه القضاء الأنجلوسكسوني

يتجه القضاء الأنجلوسكسوني في أغلبه إلى تغليب مصلحة المجتمع في هذا العرض عند نزع كمية من دم المشتبه فيه أو المتهم لإجراء التحاليل المخبرية عليها معتبرين ذلك لا يمثل انتهاكا للحرية الفردية أو السلامة الجسدية للشخص المعني وهذا يظهر بوضوح في القضاء الأمريكي أو القضاء الإنجليزي.

ففي الولايات المتحدة الأمريكية تسري قواعد تفتيش الأشخاص على استخراج عينات من أجسادهم، حيث تعتبر ذلك من قبيل التفتيش الجائز قانونا ولا يحظر ذلك إلا في حالات التدخلات الجراحية[8] ص 369. وقد أثير الدفع بعدم احترام الضمانات الدستورية للمتهم عند إجراء سحب وتحليل عينات الدم في الممارسة القضائية للنظام الإجرائي الأمريكي في قضية Schmerber V.

California سنة 1966[39] ص 166: 167 والذي تتلخص وقائعها في أن السيد Schmerber اتهم بقيادة سيارته تحت تأثير السكر وقد قامت الشرطة بالقبض عليه بعد وقوع الحادث وعند إيداعه بالمستشفى ليتلقى العلاج طلب الضابط من طبيب المستشفى سحب عينة من دم المتهم، وقد تم تحليلها فكشف عن احتواء الدم على نسبة عالية من الكحول وهو الدليل المادي الذي ثبت أن المتهم كان يقود سيارته تحت تأثير السكر.

عند تقديم المتهم Schmerber إلى المحاكمة دفع محاميه بأن إجراء سحب وتحليل عينات الدم يعد خرقا للضمانات الدستورية فهو يخالف أولا التعديل الدستوري الرابع عشر الذي ينص على المساواة في الحماية القانونية لجميع المواطنين، وكذا التعديل الدستوري الخامس لأنه يمثل تعديا على حصانة الشخص في ألا يشهد ضد نفسه، ومساسه بالتعديل الدستوري السادس الذي يقضي بضرورة القيام بإجراءات البحث عن الدليل بحضور محامي.

غير أن محكمة الموضوع لم تستجيب لأي من هذه الدفوع وقضت باتهامه وإدانته بجرم القيادة في حالة سكر وتوقيع عليه العقوبة وتم الطعن في هذا الحكم أمام المحكمة العليا الأمريكية والتي أيدت حكم المحكمة وقامت بالرد على هذه الدفوع مؤسسة عليها مبادئ تسترشد بها المحاكم الابتدائية عند الفصل في القضايا المماثلة وتتمثل هذه المبادئ في الآتي:

- إن مفهوم المساواة لجميع المواطنين ليست مطلقة بل لا بد أن تكون المساواة تلك التي تحقق مفهوم العدالة، ذلك أن الضابط عندما طلب من الطبيب سحب عينة من دم المتهم لتحليلها إنما كان تصرفه مبررا لقياسه على السبب المحتمل من أن المتهم كان يقود سيارته تحت تأثير الخمر وكما أن استخراج عينة الدم كان بمعرفة طبيب مختص وهو سلوك طبي شائع وقع في بيئة طبية المستشفى، وإن اشتراط مراقبة المتهم غير جدية لأنه كان فاقد الوعي.

- إن إجراء سحب عينة من دم المتهم وإجراء عليها التحاليل ليس فيه انتهاكا على حصانة الشخص في ألا يكره على أن يشهد ضد نفسه أو يقدم دليل اتهامه لأن سحب عينة من دمه ليس دليلا شفويا أو تقديريا كالشهادة والاعتراف على اعتبار الحق في الصمت تقرر للمتهم بعدم اختيار الكلام والتزام الصمت، وإن سحب العينات وإجراء التحاليل لا تطبق عليه الحصانة لأن نتائجه لا تمثل مشاركة في الاتهام من قبل المتهم بل حالة فسيولوجية تحث على أساس إثم أو براءة المتهم.

- إن سحب عينات الدم يعتبر تفتيشا ومن ثم يجب لإجرائه الالتزام بالضمانة التي نص عليها التعديل الدستوري الرابع وهو ما يقتضي ضرورة الحصول على إذن من القضاء لإجرائه غير أنه يجب التفرقة بين أمرين:

الأمر الأول: لسحب عينات الدم لتحليله وتحديد نسبة الكحول أو المخدر به لا يتطلب الحصول على إذن القضاء وبالتالي فإن إجراؤه دون إذن لا يعد مخالفة للتعديل الدستوري الرابع وهذا راجع لنظرية

الضرورة والاستعجال إذ أن انتظار الحصول على إذن قد يؤدي إلى تلاشي تركيز نسبة الكحول في الدم أو المواد المخدرة بمرور الوقت مما يفقد الاختبارات العملية قيمتها في الحصول على الدليل.

الأمر الثاني: سحب عينات الدم لإجراء المقارنة بين دم المشتبه فيه أو المتهم والدم الذي وجد في مسرح الجريمة لا بد من حصول إذن من القضاء وبخلاف ذلك يمثل انتهاكا للتعديل الدستوري الرابع.

وفي قضية أخرى قررت المحكمة العليا الاتحادية الأمريكية سنة 1966 على أنه:« إن القاعدة القائلة بعدم جواز إجبار الشخص أن يكون شاهدا ضد نفسه هو أمر لم يتحقق في واقعة أخذ عينة من الدم واستخدام نتائج التحليل في القضية ذلك أن الدستور الأمريكي في الوقت الحاضر لا يمنع من التدخل الطفيف في جسم الإنسان إلا أن ذلك لا يعني مطلقا أنه يسمح بتدخلات أكثر خطورة»[49] ص 30.

وفي قضية Veronica Sch عام 1995 ذهبت المحكمة العليا الأمريكية إلى أن ما قامت به مدرسة الحي من إخضاع الطلاب الرياضيين في إحدى المدارس لاختبار تحليل البول للكشف عن مدى تعاطيهم للمخدرات، وذلك على نحو عشوائي ودون الاستناد إلى شبهات سابقة، لا يعد انتهاكا لحقوق الطلاب بموجب التعديل الدستوري الرابع، ومن ثم فإنه يكون متوافقا مع الدستور، وقد أسست المحكمة قضاءها على أن الطلاب الخاضعين لاختبار التحاليل بمساهمة في ألعاب القوى بعيدا عن المقررات الدراسية، قد ضيقوا بأنفسهم من دائرة توقعات حماية حقهم في الخصوصية[8] ص 366.

ويستخلص من هذه الأحكام المتواترة في النظام القضائي الأمريكي أنه يغلب مصلحة المجتمع في الوصول إلى الحقيقة عن مصلحة الأفراد في حماية خصوصيتهم وحرياتهم الشخصية وسلامتهم الجسدية إذ أنه يقر بجواز إجراء التحاليل على المشتبه فيه أو المتهم لمجرد توافر شبهة تقدرها الضبطية القضائية وفي بعض الحالات بدون توافر هذه الشبهة مما يمثل ضيقا واضحا من حقوق وحريات الأفراد وتجاوزا في كثير من الحالات لما يتطلبه التعديل الدستوري الرابع من ضرورة توافر الشك المعقول المبني على وقائع محددة.

كما يتميز النظام الإجرائي الإنجليزي إن قانون الشرطة والإثبات الجنائي الصادر سنة 1984 يمثل الآلية القانونية للبحث عن الدليل وتقديمه إلى القضاء وهو يميز بين ثلاثة أنواع من العينات التي يمكن استخراجها من أجساد المشتبه فيهم أو المتهمين وتقديمها إلى القضاء وهي: بصمات الأصابع، واستخراج العينات من أماكن غير حساسة من جسم الإنسان، واستخراج العينات من أماكن حساسة.

فإذا قام لدى ضابط الشرطة اعتقاد مستساغ مبني على أسباب معقولة تبرره بأن الحصول على عينات من أماكن غير حساسة في جسم المشتبه فيه أو المتهم أو بصمة الأصابع من شأنه أن يؤكد أو ينفي عنه مساهمته في الجريمة، فقد أجاز القضاء لضابط الشرطة إجراؤه ولو بدون رضا وموافقة الشخص المعني فيما عدى أخذ موافقة ضابط شرطة بدرجة مدير.

أما أخذ عينات من جسم المشتبه فيه أو المتهم من أماكن حساسة فلا يجوز ذلك إلا برضا هذا الأخير، فإذا رفض الخضوع إلى أخذ العينة فإن المحاكم الإنجليزية تجري واستنادا إلى أحكام المادة 62 من قانون الشرطة والإثبات اعتبار هذا الرفض غير المستند إلى مبرر جدي ومعقول بمثابة قرينة عن الإذناب[8] ص 373.

بالنسبة لاتجاه القضاء اللاتيني

يتجه القضاء اللاتيني في مجمله إلى أن البحث عن الحقيقة يكون في سلامة الوسائل المستخدمة للوصول إلى معرفتها واحترام هذه السلامة فرضها قانون الإجراءات الجزائية والنصوص القانونية الأخرى، إذ يشدد في حماية حرية الأفراد وسلامتهم الجسدية بحيث لا يسمح بأخذ عينات الدم من أجسادهم إلا إذا كان ينص عليها في القانون مثل حالة القيادة في حالة سكر وحوادث السيارات واشتراط إذن القضاء فيما عداه وهذا ما نلمسه بوضوح سواء في النظام القضائي الفرنسي أو الإيطالي:

فقد جرى القضاء الفرنسي على جواز أخذ عينات الدم للمتهم والضحية لإجراء تحاليل الدم في حوادث الطرقات القاتلة غير أن خارج هذا الإطار طرحت مسألة مدى شرعية إجراء تحاليل الدم في القضاء الفرنسي في قضية تتعلق بنزاع حول شرعية طفل رفضت الأم الخضوع لفحص الدم وقضت المحكمة الابتدائية أن أخذ عينة من دم الشخص تكون تدخلا في جسم الإنسان لا يمكن أن يتم إلا بإرادة الشخص الحرة ولاحظت المحكمة أيضا أنه ما لم تكن هناك تصرفات مخالفة للقانون فإن القاضي له حرية في الحكم على الأهمية التي يوليها عند رفض الخضوع لفحص هذا النوع، وقد أيدت المحكمة الاستئنافية سنة 1967 حكم المحكمة الابتدائية الذي ينص على أن رفض الخضوع لفحص الدم ليس في حد ذاته كافيا لإثبات إدعاء البنوة[72] ص 242.

كما يتجه القضاء والقانون الإيطالي إلى مدى أبعد من التشدد في حماية حقوق وحريات الأفراد فهو لا يكتفي فقط بحظر أخذ العينات من أجساد المشتبه فيهم والمتهمين بل يحظر على القاضي استخلاص أي قرينة في غير صالح المتهم الذي يرفض الخضوع لأخذ العينات منه.

وإذا كان من الجائز قانونا لرجال الشرطة القيام بالإجراءات الماسة بحرية الشخص وسلامة جسمه بقصد التحقيق من شخصيته إلا أنه لا يجوز إخضاعه لأخذ عينة من دمه إلا إذا رضا بذلك مقدما وإن رفضه لا يمكن اعتباره قرينة ضده.

بالنسبة الأنظمة القضائية العربية

تسير الأنظمة القضائية العربية في مجملها إلى تبني ما توصل إليه القضاء المقارن من شأن تحليل الدم للوصول إلى الدليل المادي إلى التفرقة بين حالة تحليل الدم لإثبات حالة الشخص في حالة التلبس لاقترافه جرم مشهود كما في حالة قيادة المركبات في حالة سكر إذ أن إجراء التحليل للدم في هذه الحالة يستند فيه ضابط الشرطة القضائية إلى قانون المرور وكذا إلى حالة التلبس لإجرائه وإن نتائج

التحليل تمثل دليلا كافيا للاتهام والإدانة، أما إذا كان إجراء تحاليل الدم أثناء مرحلة التحقيق القضائي سواء بمعرفة النيابة في الأنظمة العربية كالمصري والليبي التي تجيز ذلك أو بمعرفة قاضي التحقيق كما في النظام القضائي الجزائري والمغربي والتونسي فإن إجراء تحليل الدم للبحث عن الحقيقة يرجع بشأنه إلى القواعد العامة من اعتباره إجراءا قضائيا لا يجوز اللجوء إليه إلا بإذن القضاء وتحت إشرافه.

ففي القضاء المصري يجري العمل على جواز إجراء تحاليل الدم على المتهم متى كان ذلك مفيدا في كشف الحقيقة إذ أنه في قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 1976/01/04 والذي جاء فيه:« أنه متى قامت قرائن قوية على أن شخص يخفي شيئا يفيد في كشف الحقيقة في أماكن حساسة من جسمه، يجوز بمأمور الضبط القضائي، كما يجوز لسلطة التحقيق ندب طبيب كخبير للكشف عن هذه الأشياء بالأشعة أو تحليل عينات الدم للكشف عن آثار الجريمة»[49] ص 20.

كما اتجهت المحكمة العليا الليبية إلى جواز إجراء تحاليل الدم مع المتهم متى توافرت شبهة تجيز ذلك إذ في قرار لها صادر بتاريخ 1977/03/15 والذي جاء فيه:« لما كان ذلك وكان القانون لم يرسم سبيلا معينا ولا حدد إجراءات خاصة في شأن أخذ عينة الدم من المتهمين بقيادة المركبات في حالة سكر وتحليلها، فإن قول الطاعن بأن أخذ العينة وتحليلها جاء على خلاف الإجراءات الواجب إتباعها لا يجد سندا في القانون، ويكون الحكم إذ أخذ بالتقرير الفني الخاص بتحليل دم الطاعن قد استند إلى ماله أصل في أوراق الدعوى ويبرر ما رتبه عليه»[49] ص 49.

وفي قرار آخر صادر عن المحكمة العليا الليبية في الطعن الجنائي المؤرخ في 1983/11/27 إذ أكدت هذا التوجه الذي يجيز أخذ عينات الدم لإجراء التحقيق والوصول إلى الحقيقة إذ جاء فيه:« إن إجراء عينة من الدم ممن يشتبه في أنه في حالة سكر بواسطة إبرة طبية أن صح إن يسمى ذلك جرما لا يقع بقصد إحداث الضرر أو الجرح في ذاته وإنما هو إجراء تقتضيه مصلحة المجتمع بل ومصلحة المشتبه فيه أيضا إذ قد تكون نتيجة التحاليل هي الدليل الوحيد على براءته بالإضافة إلى أن الإجراء في حد ذاته غير محظور قانونا ويتضح مما سلف أن دفاع الطاعن في هذا المجال ظاهر البطلان»[49] ص 58.

كما أخذ القضاء العراقي بشرعية إجراء تحاليل الدم للوصول إلى دليل جنحة القيادة في حالة السكر، إذ أنه بالإضافة إلى تبرير هذا الإجراء قانونا للنص عليه في أحكام المادة 80 من قانون أصول المحاكمات العراقية فإن القضاء جرى على الأخذ به إذ في حكم صادر سنة 1984 جاء فيه:« والثابت من تقرير قاطع مرور اليرموك لفحص قياس السكر من أن درجة السكر 220 ملغم من الكحول في كل 100 غ في دمه وتكون الأدلة مستحصلة ضده وفق المادة 23 فقرة 1 من قانون المرور المعدل برقم 48 لسنة 1971 لذلك تقرر إدانة المتهم بموجبها»[49] ص 70.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإن البحث في فصيلة دم المشتبه فيه أو المتهم وتحديد مدى مطابقتها من عدمه مع فصيلة الدم الذي عثر عليه في مسرح الجريمة إذ يشترط في هذه الحالة إذن القضاء باعتباره من إجراءات التحقيق القضائي وتدخل ضمن أعمال الخبرة طبقا لأحكام المادة 143 ومايليها من قانون الإجراءات الجزائية وما تواتر عليه قضاؤنا الوطني ويكون الهدف منه الحصول على قرائن قد تفيد قاضي التحقيق في التصرف بالملف بتعزيز الاتهام والإحالة أو إصدار أمر بانتفاء وجه الدعوى وبين حالة إجراء التحاليل المخبرية للدم لمعرفة نسبة الكحول فيه أو المواد المسكرة أو المخدرة فيجوز إجراؤه من طرف الضبطية القضائية لأنه يكون في حالة التلبس بوجود أمارات ودلائل توحي بأن السائق في غير قدرة عقلية كاملة إذ استقر القضاء الجزائري على أن الخبرة بانتزاع كمية من دم المشتبه فيه وإجراء التحليل لمعرفة نسبة الكحول في الدم تمثل الركن الأساسي لقيام جريمة القيادة في حالة سكر أو تحت تأثير المخدرات أو الحبوب المهلوسة وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1981/02/19 على أنه:« أن الخبرة ضرورية في حالة ارتكاب جنحة السياقة في حالة سكر ولو كان الجاني معترفا بذلك».

كما أرست مبدأ أساسي في قرارها الصادر عن غرفة الجنح والمخالفات بتاريخ 2000/01/10 والذي مفاده:« إذا كان مفاد نص المادة 25 من قانون المرور أنه تتم الخبرة أو التحاليل الدموية وجوبا لدى مؤسسة صحية عمومية، وأن القضاء بإدانة المتهم بجنحة السياقة في حالة سكر اعتمادا على التحاليل الدموية التي أجريت في مخبر الشرطة الذي يعتبر مؤسسة عمومة صحية هو تطبيق صحيح للقانون».

2.1.2.1.2. إجراء غسيل المعدة

قد يلجأ المشتبه فيه أو المتهم لطمس معالم وآثار الجريمة إلى ابتلاع بعض الأشياء تفيد في كشف الحقيقة كأن يبتلع الورقة النقدية المزيفة الوحيدة التي يحوزها وهي الدليل الوحيد في جريمة تزيف النقود أو قطعة مخدرات في جريمة حيازة واستهلاك المخدرات مما قد يستدعي إجراء تفريغ المعدة من محتوياتها وتحليل هذه المتحصلات بقصد الحصول على الدليل المادي للوصول إلى الحقيقة.

وقد ثار خلاف في الفقه حول الطبيعة القانونية لإجراء غسيل المعدة وتفريغها من حيث هو تفتيشا أو خبرة، ومدى أثره على الحرية الفردية للمتهم وسلامته الجسدية، وقد كان لهذا الخلاف الفقهي تداعياته أمام القضاء المقارن مما جعله غير متوافق وغير منسجم على وتيرة واحدة حتى في نظام قضائي واحد وفي نفس الفترة الزمنية، لذا نحاول التطرق في هذا الفرع إلى الطبيعة القانونية لإجراء غسيل المعدة أولا، ثم مدى شرعية إجراء غسيل المعدة للحصول على الدليل ثانيا، وموقف النظام القضائي الجزائري ثالثا.

1.2.1.2.1.2. الطبيعة القانونية لإجراء غسيل المعدة

اختلف الفقه الجنائي في تحديد الطبيعة القانونية لإجراء غسيل المعدة للحصول على الدليل بين من يعتبره تفتيشا ومن اعتبره من إجراءات الخبرة ومن لا يعترف بجوازه قانونا على الإطلاق.

الاتجاه القائل بأن إجراء غسيل المعدة يعد تفتيشا

يرى بعض الفقه الجنائي أن إجراء غسيل المعدة يعد إجراء من إجراءات التفتيش ذلك أنه يقصد به بتفتيش الشخص تفتيش كل ما يتعلق بجانبه المادي وما يتصل به ويشمله من أعضاء خارجية أو داخلية على السواء كل ما في الأمر أن التفتيش الخارجي عن طريق تلمس جسم الإنسان على ما يخفيه داخل ملابسه أو لاصقا بجسمه يعد تفتيشا ظاهريا، أما إذا استمد إلى داخل جسم الإنسان يعد كذلك تفتيشا باطنيا يمارسه طبيب مختص بطلب من ضابط الشرطة القضائية في حالة التلبس أو انتداب من قاضي التحقيق في حالة فتح تحقيق قضائي.

وإن كان جانب من الفقه الفرنسي أعطى لإجراء غسيل المعدة وصف التفتيش فإنه فقط لإجرائه يتحتم الحصول على إذن قاضي التحقيق في كل مرة يترتب عنها اتخاذ إجراء يمس جسد المتهم ولو جاء الأمر في إطار إنابة قضائية[62] ص 519.

الاتجاه القائل بأن إجراء غسيل المعدة يعد من أعمال الخبرة

أنكر بعض الفقه إعطاء وصف التفتيش على إجراء غسيل[106] ص 105 المعدة على اعتبار أن الدليل المستمد من هذا التحليل إنما يتم الحصول عليه قهرا وبالتالي لا يمكن اعتبار إجراء غسيل المعدة لمتهم كإجراء تفتيش، بالإضافة إلى عدم وجود نص في القانون يبيحه كإجراء.

غير أن بعض الفقه ونحن نؤيدهم في ذلك يرون أنه وإن كان المشرع لم ينص صراحة على إجراء غسيل المعدة كوسيلة قانونية للحصول على الدليل فإنه لا يخرج من كونه إحدى إجراءات أو أعمال الخبرة للكشف عن الجريمة وبالتالي فهو لا يندرج تحت إجراءات التفتيش[68] ص 268.

2.2.1.2.1.2. مدى شرعية إجراء غسيل المعدة للحصول على الدليل

إن البحث في مسألة مدى شرعية إجراء غسيل المعدة للحصول على الدليل المادي والوصول إلى الحقيقة القضائية ومن ثم إصدار الحكم على يقين سواء بالإدانة أو البراءة هو بحث في مدى شرعية الدليل ذاته، الأمر الذي اختلف فيه الفقه وتباينت أحكام القضاء المقارن بشأنه.

موقف الفقه

اختلف الفقه الجنائي في تحديد مدى شرعية اللجوء إلى إجراء غسيل المعدة للحصول على الدليل بين اتجاهين.

الاتجاه الرافض لإجراء غسيل المعدة

اعتبر بعض الفقه المصري[71] ص 499 أن هذا الإجراء فيه مساس بالحرية الفردية والسلامة الجسدية للمشتبه فيه أو المتهم إذ أن تفتيش شخص المتهم يجب أن يراعي فيه المحافظة على حياء المرء وكرامته الإنسانية وبالتالي لا يجوز إيذاؤه بدنيا أو معنويا، لذا ينادي أنصار هذا الاتجاه ببطلان التفتيش الذي يقع على شخص المتهم في الأماكن التي تحرج آدميته وإنسانيته، كما هو الشأن في إجراء غسيل المعدة وما شابهها من أماكن داخلية.

وذهب رأي آخر[68] ص 268 في الفقه المصري إلى عدم شرعية هذا الإجراء وهذا نظرا لأن الدليل المستمد من التحليل إنما يتم الحصول عليه قهرا، لذلك لا يصح إجراء غسيل المعدة للمتهم وحجة هذا الرأي هو أن المشرع ذاته لم ينص على هذا الإجراء صراحة حتى يكون مباحا لذا ينكر مجرد مباشرة هذا الإجراء.

كما تبنى بعض الفقه الفرنسي نفس الاتجاه الرافض لإجراء غسيل المعدة بحثا عن دليل إذ يرى أحدهم بعدم جواز هذا الإجراء لأنه ينطوي على نزع الدليل من جسم المتهم جبرا عنه وهذا الأمر فيه إكراه مادي للمتهم لا يصح اللجوء إليه كإجراء تفتيشي.

وقد أسس الأستاذ "لا رجير" رفضه لإجراء غسيل المعدة كوسيلة للبحث عن الدليل بقوله:«إن التفتيش الجسدي لا يرخص به أبدا للاعتداءات المادية، التي تحدث على الجسد فيما عدا تلك الحالة التي ينص فيها القانون صراحة على تنظيم عملية تحليل الدم لإثبات نسبة الكحول فيه، وإن الحماية ضرورة لازمة ضد العلم، لأن وسائل البحث والتحري الحديثة وصلت إلى درجة أصبحت تشكل معه في الكثير من الحالات اعتداءات غير مقبولة على حقوق الإنسان مما يجعلنا نشك في أن الفحوص معدة من حيث المبدأ للتوغل داخل الشخصية، أكثر من كونها معدة أساسا لإثبات مادية الجريمة أو إذناب مرتكبها».

الاتجاه المؤيد لإجراء غسيل المعدة

يذهب الرأي الراجح في الفقه المقارن إلى التقرير في شرعية إجراء غسيل المعدة بحثا عن الدليل وصولا للحقيقة القضائية باعتبارها هدفا للتحقيق الجنائي، ويستندون في ذلك إلى أن هذا الإجراء يتصل أساسا بالخبرة الطبية أكثر من اتصاله بأعمال التفتيش الجسدي.

وإن ذهب فريق آخر في الفقه المصري إلى إعطاء وصف غسيل المعدة بأنه تفتيشا إلا أنه أجازه وهذا لشرعيته لأنه يهدف إلى التوصل إلى دليل مادي في الجريمة يجري البحث عن أدلتها وإن كان غسيل المعدة فيه إكراه فإنه لا ينبغي أن يكون لهذا الإجراء تداعيات صحية ضارة بالمتهم لذا لا يقوم به إلا طبيب تحت إشراف المحقق.

والمستقر حاليا في الفقه المقارن أنه يقر على العموم بشرعية تحليل الدم والبول وغسيل المعدة ويعتبره إجراءا قانونيا بشرط ألا يرتب على مباشرته أي ضرر بالمتهم أو تسبب آلام له أو انتهاك لمعتقداته الدينية[72] ص 238.

موقف القضاء المقارن

لقد كان لاختلاف الفقه حول شرعية إجراء غسيل المعدة كوسيلة للبحث عن الدليل تداعياته على القضاء المقارن.

إذ عرضت هذه الإشكالية أمام القضاء الأمريكي في أكثر من مناسبة وجاءت أحكامه متباينة ومتضاربة إذ لم يستقر فيها على رأي موحد ففي حكم صادر عن المحكمة العليا الأمريكية سنة 1952 قضت فيه:« إن إلزام الشرطة لشخص ابتلع حبتي مخدر بأن يخضع لعمل طبي أدى إلى استخراج الجبتين من معدته عمل يصدم الضمير ويصدم حتى حس الشخص وبالتالي فإن الإثبات الحاصل بهذه الطريقة مستبعد من الدعوى»[49] ص 13.

وفي حكم آخر صادر عن إحدى محاكم الولايات في أمريكا بتاريخ 1957 لم تطبق الرأي الصادر عن المحكمة العليا إذ قررت:« إن الدليل المستمد من فحص متحصلات المعدة والأمعاء من الأدلة المشروعة بوصفه تفتيشا، ولقد تقرر إمكانية اللجوء إليه متى كانت ثمة دواع معقولة تبرر الاعتقاد بأن المتهم قد ابتلع شيئا يفيد في إثبات الجريمة المنسوبة إليه»[49] ص 20.

ويتجه القضاء المصري منذ مدة طويلة إلى قبول الدليل المتحصل عليه بإجراء غسيل المعدة بشرط أن يتم هذا الإجراء بمعرفة طبيب وفي بيئة استشفائية تتوافر فيها الضمانات الكافية لحماية الصحة إذ أنه في حكم قديم صادر عن محكمة النقض بتاريخ 1946/11/11 جاء فيه:« متى كان غسيل معدة المتهم والحصول منه على أثر المخدر لم يحصل إلا بعد أن شم الضابط رائحة المخدر تنبعث من فمه على أثر رؤيته إياه يبتلع مادة لم يتبينها فإن هذا الإجراء يكون صحيحا على أساس قيام حالة التلبس».

وفي قرار آخر صادر عن محكمة النقض المصرية لتاريخ لاحق نسبيا في 1957/02/04 جاء فيه:« متى كان الإكراه الذي وقع على المتهم إنما كان بالقدر اللازم لتمكين طبيب المستشفى من الحصول على متحصلات معدته فإنه لا تأثير لذلك على سلامة الإجراءات»[49] ص 20.

وفي قرار صادر عن محكمة النقض المصرية حديث نسبيا مؤرخ في 1973/03/12 جاء فيه:« إن ما يتخذه الضابط المأذون له بالتفتيش من إجراء لغسيل معدة المتهم بمعرفة طبيب المستشفى لا يعدو أن يكون تعرضا لها بالقدر الذي يبيحه له تنفيذ إذن التفتيش وتوافر حالة التلبس في حفها لمشاهدة الضابط لها وهي تبتلع المخدر وانبعاث رائحة المخدر من فمها، مما لا يقتضي استئذان النيابة في إجرائه، على أن يرجع من شأن تحريز المخدرات المضبوطة المتعلقة بالجريمة إلى تقدير محكمة الموضوع. فإذا كانت المحكمة قد اطمأنت إلى سلامة إجراءات تحريز متحصلات غسيل معدة المتهمة

وإلى ما أسفر عنه تحليل هذه المتحصلات، فإن النعي بأنه لم يثبت أن الآنية التي وضعت فيها متحصلات غسيل المعدة خالية من آثار المواد المخدرة لا يكون سديدا إن هو لا يعدو إن يكون منازعة موضوعية مما لا يجوز التصدي به أمام محكمة النقض».

ويلاحظ على اتجاه القضاء المقارن خاصة المصري منه أنه يجيز إجراء غسيل المعدة للحصول على الدليل المادي وتقديمه أمام القضاء ولو بغير إذن من النيابة طالما كان ذلك في حالة الجريمة المتلبس بها أو المشهودة من طرف ضابط الشرطة القضائية فقط لشرعيته لا بد أن تتم عملية تفريغ المعدة بمعرفة طبيب مع وضع المتحصلات التي تمثل دليل الجريمة في حرز.

موقف النظام القضائي الجزائري

نظرا لندرة الأحكام القضائية الجزائرية التي تطرقت إلى إجراء غسيل المعدة كوسيلة للبحث عن الدليل وتقديمه أمام القضاء إذ لم نجد أي حكم منشور أو غير منشور يتصدى للإشكالية محل البحث الأمر الذي يؤدي بنا إلى توظيف النصوص القانونية الواردة في قانون الإجراءات الجزائية كقواعد عامة للفصل في مدى شرعية الإجراء محل البحث في النظام القضائي الجزائري.

إن مهمة البحث عن الدلائل والقرائن التي تصنع الدليل المبرر لتأسيس الحكم الصادر بالإدانة تقع بالضرورة على الضبطية القضائية باعتبارها المشرفة الأولى على البحث والتحري وقاضي التحقيق المشرف على التحقيق القضائي وبالتالي فإن إجراء تحليل المعدة للحصول على الدليل قد يطرح في مرحلة البحث التمهيدي وجمع الاستدلالات، كما يطرح في مرحلة التحقيق القضائي وتجميع الدليل.

فإذا اقتضى الأمر لضابط الشرطة القضائية عند مشاهدته للمشتبه فيه متلبسا يضع شيئا في فمه قصد ابتلاعه لإخفاء آثار معينة قد تكون لجريمة كجنحة حيازة واستهلاك أو ترويج المخدات فإنه في هذا الغرض يجوز لضابط الشرطة القضائية إجراء غسيل المعدة للحصول على المخدر استنادا لحالة التلبس هذا من جهة، ومن جهة أخرى تفاديا لضياع الدليل لو تم انتظار الحصول على الإذن والسند في ذلك فإن الفقرة الثانية من المادة 42 قانون الإجراءات الجزائية التي تنص على أن:« وأن يضبط (المقصود ضابط الشرطة القضائية) كل ما يمكن أن يؤدي إلى إظهار الحقيقة» وكذا ما ورد في المادة 49 فقرة 01 من ذات القانون من أن:« إذا اقتضى الأمر إجراء معاينات لا يمكن تأخيرها فلضابط الشرطة القضائية أن يستعين بأشخاص مؤهلين لذلك».

أما في مرحلة التحقيق الابتدائي فيجوز لقاضي التحقيق إجراء غسيل المعدة للحصول على الدليل وذلك استنادا إلى الفقرتين الأولى والأخيرة من المادة 68 قانون الإجراءات الجزائية التي تنصان على أن:«يقوم قاضي التحقيق وفقا للقانون باتخاذ جميع إجراءات التحقيق التي يراها ضرورية للكشف عن الحقيقة بالتحري عن أدلة الاتهام وأدلة النفي... ويجوز لقاضي التحقيق بأن يأمر بإجراء الفحص الطبي كما له أن يعهد إلى طبيب بإجراء فحص نفساني أو بأمر باتخاذ أي إجراء يراه مفيدا...». وطالما أن

إجراء غسيل المعدة يعتبر من بين إجراءات الفحص الطبي فإنه من باب أولى فالإجراء محل البحث يعد مشروعا في النظام القضائي الجزائري.

ومن خلال البحث في موقف الفقه والقضاء المقارن في هذا المجال يتضح لنا جليا أن اللجوء إلى غسيل المعدة كوسيلة للبحث عن الدليل وتقديمه إلى القضاء هو إجراء قانوني ولو بغير نص صريح في ذلك متى كانت هناك أسباب معقولة ومستساغة تؤدي إل الاعتقاد بصورة واضحة إلزامية هذا الإجراء كأن يكون المشتبه فيه أو المتهم قد ابتلع شيئا له أثر في إثبات الجريمة المنسوبة إليه مخدرا مثلا في جريمة حيازة واستهلاك أو ترويج المخدرات شريطة الحصول على إذن قضائي وأن يتم تنفيذ هذه الوسيلة بمعرفة طبيب مختص وفي وسط استشفائي تتوافر فيه كل الضمانات الضرورية لحماية صحة الخاضع لإجراء غسيل المعدة.

2.2.1.2. الشفرة الوراثية

أدى التطور العلمي والتقني إلى ميلاد ثورة التقنية الحيوية أو الهندسة الوراثية التي ترتكز على التعرف على طبيعة الجينات المسؤولة على نقل المعلومات الوراثية في جميع الكائنات الحية، وكان لاستعمالها في مجال الطب الشرعي أن زودت جهات التحقيق بالأدلة الجنائية التي تمكن من إلحاق العينة المجهولة المتحصل عليها في مسرح الجريمة أو جسم المجني عليه بأصلها المعلوم عن طريق أخذ عينة من جسم المشتبه فيه أو المتهم لإجراء المعاينة والمضاهاة مما أكسبها قوة ثبوتية هامة ضمن الوسائل العلمية الحديثة في التحقيق الجنائي والبحث عن الحقيقة.

وقد كان لاكتشاف الشفرة الوراثية الأثر بالغ الأهمية على كشف غموض العديد من الجرائم والوصول إلى مقترفيها نظرا للخصائص التي تتميز وتنفرد بها عن باقي أدلة الإثبات العلمية، رغم الإشكالات التي تطرحها عند الممارسة القضائية مما جعل النقاش بشأنها يحتدم لإضفاء القيمة القانونية لها.

وقبل الولوج لدراسة هذه التقنية الحديثة في التحقيق الجنائي يجدر بنا الإشارة منذ البداية أن العديد من الباحثين يستعملون تسمية الشفرة الوراثية[38] ص 123 بدلا من لفظ البصمة الوراثية على اعتبار أن البصمة هو شيء ظاهر المعالم مما يترك أثره على الأسطح ولا يصح ذلك إلا بالنسبة لبصمة الأصبع وماشابهها كبصمة الكف والقدم والأذن والشفتين.

ونحن من جانبنا استعملنا لفظ الشفرة الوراثية بدلا من البصمة الوراثية لدقة اللفظ ومدلوليته، لذا لم ندرجها في المبحث الأول ضمن أخذ البصمات وإنما وضعناها في المبحث الثاني ضمن أخذ العينات البيولوجية وإجراء التحاليل، وسنحاول في هذا المطلب دراسة وتحليل الشفرة الوراثية كوسيلة إثبات وذلك في ثلاثة فروع نتطرق في الفرع الأولى إلى ماهية الشفرة الوراثية ثم في الفرع الثاني إلى

إشكاليات الإثبات بالشفرة الوراثية ثم في الفرع الثالث القيمة القانونية للشفرة الوراثية في الإثبات الجنائي.

1.2.2.1.2. ماهية الشفرة الوراثية

نظرا للنجاح الباهر الذي حققته الشفرة الوراثية في إثبات خصوصية كل شخص حتى غزت ساحات المحاكم واستقر العمل بها في المجال القضائي في الدول الأوروبية وأمريكا، وبدأت الدول العربية والإسلامية في التمهيد للعمل بها لهذا سنحاول التطرق أولا إلى تعريفها وثانيا إلى اكتشاف الشفرة الوراثية وأهيمتها وثالثا الخصائص والمميزات التي تنفرد بها وذلك على النحو التالي:

1.1.2.2.1.2. تعريف الشفرة الوراثية

لقد تناولت المؤتمرات العلمية الدولية والإقليمية الشفرة الوراثية بدراسة معمقة من عدة جوانب مما أمكن لنا إعطاء تعريفا لها من كل الجوانب اللغوية والعلمية والفقهية والقانونية وذلك على النحو التالي:

التعريف اللغوي للشفرة الوراثية

البصمة أو الشفرة الوراثية مركب وصفي مكون من كلمتين البصمة أو الشفرة و"الوراثية"، وإذا كانت البصمة حسبما أقره مجمع اللغة العربية في مصر[81] ص 82، وهو أثر الختم بطرف الأصبع بعد دهنه بمادة مخصوصة تشبه المداد الأسود لتطبع الخطوط الدقيقة في بنان الأصابع على ورق أو قماش أو نحوه، فيسمى هذا الأثر المطبوع بالبصمة، وما يقال في التمييز على البصمة يقال على الشفرة أن هذه الأخيرة تفيد الإشارة المميز والفردية.

أما الوراثة فهي علم البحث في انتقال صفات الكائن الحي من جيل إلى آخر وتغيير الظواهر المتعلقة بطريقة الانتقال، وعليه فإن البصمة الوراثية هي العلامة أو الأثر الذي ينتقل من الآباء إلى الأبناء أو من الأصول إلى الفروع[50] ص 71.

التعريف العلمي للشفرة الوراثية

تعرف الشفرة الوراثية علميا أو الحمض النووي A.D.N هو عبارة عن حمض وراثي يوجد في أنوية خلايا الكائنات الحية وهو المسؤول عن نقل الصفات الوراثية عبر الأجيال ويعتبر هذا الحمض من الجزيئات الكثيرة والمعقدة في الجسم البشري كالبروتينات والكربوهيدرات.

وتتكون الأحماض النووية من وحدات رئيسية تسمى "بالنيركليوتيدات" متكررة ملايين المرات ونأخذ سلسلتين حلزونيتين وهي تختلف من شخص لآخر[33] ص 30.

وتتم الطريقة العلمية لمعرفة مصدر الشفرة الوراثية التي تم الحصول عليها من مسرح الجريمة كبقع الدم أو القي أو اللعاب أو ما تم أخذه من مهبل وجسم المجني عليها لبقع المني وذلك بعزل الحامض النووي عن مصادره الحيوية بواسطة أنزيمات خاصة ونقسم هذا الحامض النووي إلى مواقع قيد إذ يصبح له تسلسل معين، ثم يتم تصنيف أجزاء الحامض النووي الذي تم الحصول عليه وبطريقة علمية تصبح هذه الأجزاء مرئية واستخراج فيلم (التصوير الإشعاعي الذاتي) وذلك لتركه خطوط واضحة وبالمقارنة بين عدد هذه الخطوط وأمكنه تواجدها وإجراء المخالفات من صورتين الإشعاعيين من العينة المجهولة المتحصل عليها في مسرح الجريمة أو على جسم المجني عليه ومكانتها بالعينة المعلومة للمشتبه فيه أو المتهم يمكن التوصل إلى هوية مصدرها البيولوجي[81] ص 84.

التعريف الفقهي للشفرة الوراثية

لقد تعددت تعاريف فقهاء القانون للشفرة الوراثية وإن اختلفوا فيما بينهم في معناها الفقهي باعتبارها من المصطلحات العلمية الحديثة فإنهم اتفقوا على فردية هذه البصمة في إثبات الشخصية وهذا من خلال ملاحظة التعاريف التالية:

إذ عرفتها ندوة الوراثة والجينوم البشري للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية[2] ص 255 بأنها:« البنية الجينية نسبة إلى الجينات المورثات التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه وهي وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية».

وأقر المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة التعريف السابق للشفرة الوراثية من أنها:« البنية الجينية نسبة إلى الجينات أي المورثات[34] ص 29 التي تدل على هوية كل إنسان يعبنه وأنها وسيلة تمتاز بالدقة».

وعرفها الأستاذ سعد الدين هلالي :« العلامة أو الأثر الذي ينتقل من الآباء إلى الأبناء أو من الأصول إلى الفروع».كما عرفها كذلك بأنها:«تعين هوية الإنسان عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من حامض الدنا المتمركز في نواة أي خلية من خلايا جسمه»[2] ص 252.

كما عرفها الدكتور عبد الهادي مصباح بأنها:«تتابع القواعد النيتروجينية بتسلسل معين وهذا التسلسل يعطي الأمر للجين بتكون بروتينات معينة تعطي الأوامر بإظهار صفة أو وضيفة معينة»[50] ص 73.

وعرفها الدكتور أحمد أبو الوفا بأنها:«الصفات الوراثية التي تنقل من الأصول إلى الفروع والتي من شأنها تحديد شخصية كل فرد عن طريق تحليل جزء من الحمض النووي D.N.A" التي تحتوي عليه خلايا جسده»[81] ص 87.

وعرفها الدكتور رمسيس بهنام بأنها:« المادة الحاملة للعوامل الوراثية والجينات في الكائنات الحية»[38] ص 150.

بالرجوع إلى جميع التعريفات الفقهية التي أعطيت للشفرة الوراثية نجدها تدور كلها حول محور معين وهو التحقق من الوالدية والتحقق من الشخصية، وإذا كان المحور الأول المتعلق بالتحقق من الوالدية يخرج من نطاق دراستنا باعتباره يتعلق بقواعد إثبات النسب عن طريق استخدام الشفرة الوراثية والذي ينظر أمام القضاء المدني فرع شؤون الأسرة، فإن المحور الثاني المتعلق بالتحقق من الشخصية من خلال فردية البصمات وما يلحق بها عن طريق تحليل الشفرة الوراثية هو الذي يدخل في صميم دراستنا.

2.1.2.2.1.2. اكتشاف الشفرة الوراثية وأهميتها

تعتبر سنة 1984 سنة اكتشاف أحد أكبر وأدق وسائل تحقيق الشخصية المتطورة عن طريق تحليل الحمض النووي للإنسان مما أكسبها أهمية بالغة في تحقيق الشخصية.

تاريخ اكتشاف الشفرة الوراثية

لقد دل الله عز وجل في محكم تنزيله على اختلاف بني البشر جميعا في أصواتهم وألوانهم وصورهم مما يؤكد على الإشارة إلى الشفرة الوراثية والتي يمكن استنباطها من خلال قوله تعالى:(وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ (21) وَمِنْ آيَاتِهِ خَلْقُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَاخْتِلَافُ أَلْسِنَتِكُمْ وَأَلْوَانِكُمْ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِلْعَالِمِينَ)[1] ، كما اكتشف العلماء دلالة أخرى في القرآن الكريم تفيد الإشارة إلى الشفرة الوراثية وذلك عند ذكره عز وجل اختلاف بني البشر في أدق وأصغر أجزاء أبدانهم بقوله عز من قائل:(سَنُرِيهِمْ آيَاتِنَا فِي الْآفَاقِ وَفِي أَنْفُسِهِمْ حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ أَوَلَمْ يَكْفِ بِرَبِّكَ أَنَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ)[1].

ويعد البروفيسور البريطاني "إريك جفري" عالم الوراثة في جامعة لسيترا في بريطانيا وفريقه العلمي أول من اكتشف خاصية الجزء المميز في تركيبة الشفرة الوراثية عام 1984[50] ص 75، حينما نشر بحثا علميا أوضح فيه أنه من خلال دراسته المعمقة على الحمض النووي لاحظ بعض التكرارات والمتتابعات المنتظمة والمحددة في الحمض النووي "A.D.N" التي لا تعرف لها وضيفة سوى تكرار نفسها ومضاعفتها ملايين المرات، وواصل أبحاثه حتى توصل سنة 1985 إلى أن تلك المتتابعات عبارة عن مناطق فرط التغاير من الجينات الموجودة على سلم "A.D.N" وهي تختلف في كل فرد عن الآخر من حيث طولها وسمكها وموقعها على السلم ولا يمكن أن تتشابه بين اثنين، ولا يمكن أن يعطي شخصان في العالم نفس صورة نمط الحامض النووي، وإن اكتتابه بين شفرتين وراثيتين لشخص وآخر هو واحد في الترليون كما يجعل التشابه نادرا جدا لأن سكان الأرض لا يتعدون 6 ملايير نسمة.

وقد سجل البروفيسور "إريك جفري" اختراعه سنة 1985 وأطلق على هذا الاختراع المتعلق بالتشابهات اسم "البصمة الوراثية للإنسان"، وعرفت بأنها وسيلة دقيقة من وسائل التعرف على الشخصية عن طريق مقارنة المقاطع ل "A.D.N" حتى وصفها بعضهم بمحقق الشخصية الأخير[136] ص 177.

أهمية الشفرة الوراثية

إن للشفرة الوراثية أهمية بالغة في مسائل تحقيق الشخصية سواء في تحديد الهوية في دعاوى النسب أو في المسائل الجزائية للتعرف على الجناة وهذا ما يمكن إبرازه على النحو التالي:

في مجال تحديد هوية الأشخاص

تلعب الشفرة الوراثية دورا بارزا في الوصول على هوية الشخص في قضايا النسب والهجرة والقرابة.

ففي مجال إثبات النسب إذا كانت أغلب الدول الإسلامية تطبق على المعاملات في ألأحوال الشخصية وشؤون الأسرة خاصة فيما يخص إثبات النسب القواعد الشرعية القائمة على المبدأ الأساسي في الحديث النبوي الشريف:(الولد للفراش والعاهر للحجر)، فإن الشفرة الوراثية لا تمنع من إثبات البنوة (العلاقة البيولوجية) دون النسب، وكذلك للمحافظة على الأنساب في حالة انتحال الهوية لتحقيق غايات أو مصالح ، وكذلك في حالة المواليد في المستشفيات في حالة الشك عند اختلاطهم.

أما في مجال إثبات الهوية تلعب الشفرة الوراثية دروا مهما في حالة المفقودين نتيجة الحروب والكوارث الطبيعية أو قضايا الهجرة عندما تشك الجهات المعنية في البلد المراد الالتحاق به بإدعاء وجود أفراد أسرته في تلك الدولة، فيتم الوصول إلى تحديد هوية المفقود أو حسم التنازع حول الهجرة وذلك عن طريق مقارنة عيناتهم بعينات أفراد من أقاربهم لتحديد الصفات المشتركة بين الأهل والأقارب وحل النزاع.

في مجال إثبات الجرائم ونفيها

حيث شاع استخدام الشفرة الوراثية في القضايا الجزائية في مجال إثبات أو نفي الجرائم وهذا عن طريق إجراء المقارنة والمضاهاة بين العينة المجهولة المرفوعة من مسرح الجريمة بالعينة المعلومة للمتهم أو المشتبه فيه.

فجرائم الاغتصاب والفعل المخل بالحياء تعد من الجرائم الأكثر خضوعا لتحليل الحامض النووي للحصول على الشفرة الوراثية ومعرفة هوية الجاني، لأن أسلوب العنف والمقاومة تطبع هذا النوع من الجرائم إذ قد يترك الجاني جزء من لعابه أو قطرة دمه أو سائله المنوي أو جزء من جلده أو خصلة شعره وهذه الآثار مهمة لمعرفة هوية صاحبها وبالتالي الوصول إلى الجاني[50] ص 166.

وبالنسبة لجرائم القتل والاعتداء بالعنف: فإنه تطبيقا لنظريتي تبادل المواد وبقاء المادة فقد يخلف الجاني في مثل هذه الجرائم القتل والضرب والجرح العمدي أثارا مادية نظرا لما ينشب بينه وبين الضحية من عنف ومقاومة وهذه الآثار قد تتضمن عينات صالحة لاستخلاص الشفرة الوراثية من الدم أو الجلد أو الشعر باعتبار أن الحمض النووي موجود في كل خلايا الجسم[33] ص 38.

أما بالنسبة لإعادة فتح القضايا المجهولة نجحت تقنية البصمة أو الشفرة الوراثية على إعادة فتح التحقيق للقضايا المجهولة في حالة ضبط شخص لارتكابه جريمة معينة عند إجراء فحص الحامض النووي له تبين أنه نفس الحامض النووي المخزن في تلك المعلومات في جريمة أخرى تم حفظها وتقيدها ضد مجهول، مثل ما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية إذ يجري حاليا على وضع بنك معلومات جينية لأصحاب السوابق العدلية والمعروفين بارتكابهم للجرائم ويتم تبادل المعلومات في الولايات مما أدى إلى نجاح هذه العملية في إعادة فتح العديد من القضايا التي تم حفظها لمعرفة الفاعل حينها.

أما في القضايا الإرهابية يشيع استعمال التفجيرات الانتحارية لأعضاء الجماعات الإرهابية عند تنفيذ أعمال إرهابية مما يترتب عليه تفحم جثث من تواجد في مكان الحادث، وبواسطة الشفرة الوراثية تمكن رجال وخبراء الأدلة الجنائية والشرطة العلمية إلى الوصول إلى جثة الإرهابي منفذ العملية الإرهابية وفصلها عن جثث باقي الضحايا بالرجوع إلى عينة عائلات الضحايا ثم فصل وتميز جثة الإرهابي مما مكن معرفة تواجده السابق وعن طريق التحريات وفقا للمعلومات المخزنة سابقا في بنك الاستعلامات العامة مما يؤدي إلى الوصول إلى الجماعات الإرهابية منفذي التفجيرات الإرهابية.

أما في جرائم السرقة تلعب الشفرة الوراثية في هذا النوع من الجرائم دورا بارزا في الوصول إلى الجناة، خاصة إذا تعلق الأمر بعمليات السطو على المنازل والبنوك والمؤسسات الاقتصادية إذ عادة يخلف بعض الجناة آثار بيولوجية في مسرح الجريمة تؤدي إلى الوصول إليهم، كأعقاب السجائر تكون عليها آثار اللعاب، أو منديل استعمله لتجفيف العرق، أو قفازات استعملهم لإخفاء البصمات ثم قام برميها خارج المكان وعلق العرق أو سقوط شعر أثناء الحركة وكل هذه الآثار البيولوجية تحمل نواة وبها الحامض النووي يمكن بموجبها عند تحليلها الوصول إلى الشفرة الوراثية وبمقارنتها بمثيلتها لدى المشتبه فيه مما أمكن توجيه الاتهام له أو بالنسبة للمتهم تعزيز الإدانة ضده.

وفي حوادث السيارات في جرائم الجروح والقتل الخطأ الناتج عن حادث مرور في حالة هروب الجاني سائق المركبة، فعندما يحصل الاشتباه بمركبة معينة وأن سائقها هو من ارتكب الحادث ثم مضاهاة الآثار البيولوجية الموجودة على هيكل السيارة كشعر الضحية أو قطرة دمه مع الحمض النووي للضحية مما مكن إدانة السائق[50] ص 168.

3.1.2.2.1.2. خصائص الشفرة الوراثية

لقد أثبتت البحوث الطبية والبيولوجية أن للشفرة الوراثية مزايا تجعلها في مقدمة وسائل الإثبات العلمية من حيث دقة النتائج المتوصل إليها وهذا للخصائص التي تميزها والمتمثلة في الآتي[84] ص 358، 375:

- تتميز الشفرة الوراثية من أنها تتميز من شخص لآخر ولا يمكن أن يوجد شخصين على وجه الأرض يحملان نفس الشفرة الوراثية فيما عدا التوائم المتطابقة الحقيقية أي أن أصلها بويضة واحدة وحيوان منوي واحد، لذا فهي تضاهي بصمة الأصابع وإن كانت هذه الأخيرة لا تتطابق على الإطلاق بين الأشخاص حتى بين التوائم بل حتى في أصابع اليد الواحدة.
- إن تنوع مصادر الشفرة الوراثية جعل من الممكن الوصول لهذه البصمة من أي مخلفات آدمية دم لعاب، مني، لحم، عظم، جلد، شعر" وهذه الخاصية تساعد كثيرا في الوصول إلى الجناة عند عدم العثور على طبعات بصمات الأصابع للمجرمين في مسرح الجريمة.
- إن الشفرة الوراثية موجودة في كل خلايا الجسم ما عدا كرات الدم الحمراء، وهي متطابقة في جميع خلايا جسم الإنسان تمتاز بعدم تغيرها أو تبدلها بتقدم العمر ومرور الوقت بل حتى بعد الوفاة تظل محتفظة بخاصية الثبات وعدم التغير، كما أن اختلاطها مع مواد أخرى أو إفرازات أخرى لأجسام الضحايا أو الجناة الآخرين فكل شفرة وراثية لشخص ما تظل محتفظة لمكوناتها المميزة بها.
- تتميز الشفرة الوراثية بمقاومتها الفائقة لعوامل التحلل والتعفن والعوامل المناخية الأخرى من حرارة وبرودة ورطوبة وجفاف لفترات طويلة حتى أنه يمكن الوصول إليها حتى من رفات الأشخاص المتوفين أثناء الحروب القديمة[50] ص 85.
- من مميزات الشفرة الوراثية، أن بصمة الحمض النووي تظهر على شكل خطوط عريضة تسهل قراءتها والتعرف عليها وحفظها في الحاسب الآلي يمكن عمل شريط فيلم لها. للاستعانة بها لاحقا، الأمر الذي جعل العديد من الدول تقوم بإنشاء بنك للمعلومات الجينية.
- تقوم الشفرة الوراثية بوظيفيتين في الإثبات الجنائي بحيث تعد وسيلة هامة في إثبات التهمة على الجاني كما تعد وسيلة نفي جرمه[84] ص 368.

2.2.2.2.1.2. إشكاليات الإثبات بالشفرة الوراثية

لقد أدى اكتشاف الشفرة الوراثية في المحيط العلمي ونجاحها الباهر في تحديد هوية الأشخاص إيذانا بميلاد وسيلة جديدة من وسائل الإثبات البيولوجية تتميز بدقة متناهية أدت إلى تفضيلها في المجال القضائي على بقية وسائل الإثبات التقليدية الأخرى وهذا لحلها العديد من المشاكل العالقة[34] ص 32.

غير أن استخدام الشفرة الوراثية في مجال الإثبات الجزائي أثار إشكاليات قانونية متعددة تتعلق بمدى مساس استخدام تقنية الشفرة الوراثية بالحق في السلامة الجسدية وبالحق في الخصوصية الجينية ومدى كفايتها لوحدها في الممارسة القضائية عند البحث عن الحقيقة سواء عند توجيه الاتهام وتحريك الدعوى العمومية أو إصدار أمر من أوامر التصرف في الدعوى بالإحالة أو انتفاء وجه الدعوى، أو إصدار الحكم الجزائي سواء القاضي بالإدانة أو البراءة، هذا ما نحاول الإجابة عليه تبعا وذلك بالتطرق أولا إلى أثر استخدام الشفرة الوراثية على الحق في السلامة الجسدية، ثم ثانيا أثر استخدام الشفرة الوراثية على الحق في الخصوصية الجينية ثم ثالثا إشكالية استخدام الشفرة الوراثية في الممارسة القضائية وذلك على النحو التالي.

1.2.2.2.1.2. مدى أثر استخدام الشفرة الوراثية على الحق في السلامة الجسدية

إن تحليل الشفرة الوراثية تقتضي إجراء المقارنة والمضاهاة بين المخلفات التي تترك في مسرح الجريمة "كاللعاب وقطرات الدم، وبقع المني أو خصلة شعر أو جزء ظفر أو بقايا جلد" والعينات المماثلة لها التي تؤخذ من جسم المشتبه فيه أو المتهم لتقرير ما إذا كان المصدر واحد من عدمه، وهذه المقارنة تتطلب اقتطاع جزء من جسم الإنسان كالأنسجة والسوائل لإجراء التحليل مما أدى إلى طرح إشكالية مدى أثر أخذ هذه العينات من جسم المتهم أو المشتبه فيه على الحق في السلامة الجسدية؟

لقد أدى شيوع استعمال التكنولوجية الحيوية على جسم الإنسان نشوء مبدأين قانونيين لا يجوز مخالفتهما وهما مبدأ خروج جسم الإنسان من دائرة التعامل، ومبدأ عدم جواز المساس بجسم الإنسان الأمر الذي يؤدي بنا إلى التساؤل هل استعمال تقنية الشفرة الوراثية يمثل انتهاكا لهذين المبدأين؟

لقد تصدى الفقه الجنائي للإجابة على هذا التساؤل وأنقسم الرأي عندهم إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: القائل باستعمال الشفرة الوراثية مساسا بحرمة معصومية الجسد

ذهب فريق من الفقه الجنائي[36] ص 84 إلى عدم جواز أخذ عينة من جسم المتهم أو المشتبه فيه بهدف إجراء تحليل الشفرة الوراثية عليها، ذلك لأنها تمثل مساسا بحرمة الجسد ومعصوميته وتعارضها مع الحرية الفردية للأشخاص، فللمتهم وحده الحرية الكاملة في تقديم عينته البيولوجية لإجراء التحاليل عليها أو رفض ذلك فهو غير ملزم بتقديم شهادة ضد نفسه، كما أن أخذ شعرة من جسم المتهم أو رأسه أو قطع أحد أظافره يسبب له الألم الذي يعد مساسا بحرمة الجسد.

ويستند هذا الرأي إلى ما قرره العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 من عدم جواز الفحص الكامل لشخص المجرم باستخدام الوسيلة البيولوجية في العلم المعاصر سواء أكان بالغا أو قاصرا وقت إجراء الفحص، وهذا طبقا لمقتضيات المادة 07 منه التي تنص على أنه:«لا يجوز

إخضاع أحد للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الماسة بالكرامة وعلى وجه الخصوص لا يجوز إجراء أي تجربة طبية أو علمية على أحد دون رضا حر».

وإلى هذا الاتجاه تأخذ بعض التشريعات الأنجلوسكسونية من ضرورة اشتراط صدور الرضا الصريح من الشخص سواء كان متهما أو مجني عليه لإجراء الفحص الجيني الوراثي، إذ اشترط قانون الشرطة والإثبات الجنائي الصادر سنة 1984 في بريطانيا في المادة 63 منه ضرورة الحصول على موافقة ورضا الشخص الخاضع للفحص الوراثي كشرط جوهري لازم لقانونية إجراء الشفرة الوراثية وقبولها في الإثبات وبخلاف ذلك يجب استبعادها.

غير أن القضاء الإنجليزي يخفف من شرط أخذ الموافقة ورأي المتهم لإجراء الفحص الجيني الوراثي عليه وذلك بالحكم بإدانة المتهم ولثبوت التهمة عليه في كل مرة يرفض فيها الخضوع للتحليل من دون أن تكون هناك أسباب جدية للرفض واعتبر ذلك قرينة على اقترافه للجرم محل المتابعة ولا بد أن تعزز بقرائن أخرى للحكم عليه بالإدانة إذ أن قرينة الرفض وحدها غير كافية للإدانة.

كما أنه في قضايا أخرى غلب القضاء الإنجليزي مصلحة الوصول إلى الحقيقة على حماية حق المتهم في إبداء موافقته على الخضوع للتحليل الجيني الوراثي ذلك أنه في قضية شهيرة تم الفصل فيها أمام القضاء الإنجليزي وهي قضية COOKe سنة 1995، إذ كانت الشرطة قد أخذت عينة من دم متهم باغتصاب فتاتين وباستخدام العينة لم تتطابق مع ما تم مقارنته من عينات بيولوجية تم رفعها من جسم الفتاتين، وعوض أن تقوم الشرطة بإعدام العينة الخاصة بالمتهم طبقا للمادة 64 من قانون الشرطة والإثبات الجنائي، فقد تم استعمالها في قضية ثانية دون أخذ موافقته بعد أن غررت به الشرطة بأنه لن تستعمل العينة إلا في القضية الأولى ويتم إعدامها بعد تبرئته، وأنه إذا رفض أخذ العينة دون سبب مقبول سيكون ذلك الرفض قرينة ضده يستخلصها المحلفون من موقفه، غير أن الشرطة لم تحترم أي من هذه التعهدات وتم إجراء المقارنة بين العينة والقضية الثانية ومع ذلك قبلت المحكمة الدليل تأسيسا على أنه قبول هذا الدليل لا يمس ولا يعد إخلالا بالمحاكمة النزيهة[8] ص 73.

الاتجاه الثاني: القائل بجواز استعمال الشفرة الوراثية

ذهب أغلب الفقه إلى أن الأخذ بالاتجاه السابق يؤدي إلى وضع عقبات في طريق تقدم المجتمع وإعاقة تطوره[50] ص 208، ذلك إن متابعة الجاني وتوقيع عليه العقوبة حماية للمجتمع واعتراف لحق الدولة في العقاب يقتضي ذلك إقامة الدليل على اقتراف المتهم المائل أمام القضاء الجريمة محل المتابعة ولا يتأتى ذلك إلا وفق نمط إجرائي حدده المشرع سلفا لكيفية البحث عن الدليل والحصول عليه وتقديمه أمام القضاء.

وإذا كانت الإعلانات والمواثيق الدولية والدساتير والتشريعات الداخلية للدول قد قررت مبدأ معصومية الجسد وبالتالي عدم جواز المساس بجسم الإنسان تحت أي مسمى يطرحه التقدم العلمي

التكنولوجي، إلا إذا كان هذا المساس لغرض العلاج أو التداوي دون التجارب أو التصرف لخروج جسم الإنسان من دائرة التعامل والتصرفات، إلا أنه استثناءا أجازت القوانين المقارنة اللجوء إلى أخذ عينات من جسم المشتبه فيه أو المتهم رغما عنه بعد موافقة السلطة القضائية المختصة للحصول منها على دليل إدانته أو براءته تحقيقا للمصلحة العامة.

وقد استقر الرأي حديثا لدى القضاء المقارن أن حق الإنسان في السلامة الجسدية ليس حقا مطلقا وإنما يجوز تقييده في حالة أخذ عينة من جسم المشتبه فيه أو المتهم للحصول على الشفرة الوراثية ومضاهاتها بما تم الحصول عليه من عينة في مسرح الجريمة، إلا أن هذه المكننة تستند لدى بعض القضاء المقارن إلى نصوص خاصة فيما البعض الآخر يبررها وفقا للنصوص والقواعد العامة[24] ص 442.

فالمشرع الفرنسي في أحكام المادة 28/226 من قانون العقوبات المضافة بموجب القانون رقم 653/94 المؤرخ في 1994/07/29 جرم من يقوم بإجراء بحث للتعرف على شخصية صاحب البصمة الوراثية بغير غرض طبي أو علمي أو بغير مقتضى من الإجراءات القضائية للاستدلال أو التحقيق القضائي.

هذا ما يؤكد بمفهوم المخالفة إن إجراء التحاليل على المتهم للحصول على شفرته الوراثية أمر جائز إذا كان ذلك يدخل ضمن الإجراءات القضائية في البحث التمهيدي الذي تجريه الضبطية القضائية أو التحقيق القضائي بمعرفة قاضي التحقيق,

وإلى هذا الاتجاه كذلك يأخذ القانون الألماني إذ نص في أحكام المادة 81 فقرة "أ" من قانون الإجراءات الجزائية على إمكانية إجراء الاختبارات الجسدية على المتهم بالاستناد إلى الإذن القضائي فقط، دون الأخذ بالاعتبار أو الوقوف على موافقة ورأي الشخص المعني بإجراء الفحوصات الجينية إذ تتم رغما عنه ولو باستعمال القوة المادية لإجباره على الخضوع للفحوصات الجينية.

كما أن بعض الولايات الأمريكية وضعت قانونا خاصا لخصوصية الجينات الوراثية مثل قانون ولاية "أوريجون" "OREGON" إذ لا يجوز إجراء أي بحث باستخدام مواد جينية بدون الحصول على موافقة صريحة للمعنى وبناء على إرادة حرة[18] ص 117.

كما يتجه القضاء المقارن إلى التشديد على ضرورة إجراء الفحوصات الجينية الوراثية متى استدعت ضرورات التحقيق لذلك ولو بدون موافقة المعنيين، بل اعتبرت الرفض قرينة على اقتراف الجرم محل المتابعة، ذلك أن القضاء الأرجنتيني مستقر منذ مدة على أن الرفض المتكرر وغير المبرر الصادر عن الشخص المراد إخضاعه للفحص الوراثي قرينة قضائية ضده على مستوى الإثبات الجنائي، بل أن القضاء الإسباني قد رتب رفض إجراء الفحص الجيني الوراثي من طرف المتهم، اعترافا ضمنيا بصحة الواقعة الإجرامية المراد إثباتها ضده وفي ذلك قررت المحكمة العليا الإسبانية في حكمها الصادر

بتاريخ 1988/04/04 على أنه:« إن رفض الخضوع لهذه الاختبارات – الفحوص الجينية الوراثية- يشكل ليس إعاقة لمهمة المحكمة في الفصل في الدعوى فقط، بل يمثل غشا إجرائيا بالقانون وإساءة للوظيفة الاجتماعية للحق»[50] ص 219.

كما نصت بعض التشريعات العربية على جواز أخذ عينات من جسم المتهم لإجراء التحاليل عليها ومن باب أولى الحصول على شفرته الوراثية مثل المشرع العراقي في أحكام المادة 70 من قانون أصول المحاكمات الجزائية التي تنص على أنه:« لقاضي التحقيق أو المحقق أن يرغم المتهم أو المجني عليه في جناية أو جنحة على التمكين من الكشف على جسمه وأخذ تصويره الشمسي أو بصمة أصابعه أو قليل من دمه أو شعره أو أظافره أو غير ذلك مما يفيد التحقيق لإجراء الفحص اللازم عليها، وأن يكون الكشف على جسم الأنثى بواسطة أنثى».

كما تضمن قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني نفس الحكم وذلك في المادة 47 بقولها:«لقاضي التحقيق أن يتحقق عن شخصية المدعى عليه وإن يستعين بالاختصاصين في الطب العضوي في مجال التأكد من شخصية المدعى عليه».

أما التشريعات التي لم تضع نصوصا خاصة لأخذ العينات من جسم المتهم أو المشتبه فيه مثل المشرع الجزائري (فيما عدا قانون المرور) لإجراء التحاليل والحصول على شفرته الوراثية يرجع بشأن إمكانية ذلك للقواعد العامة، مثلما هو وارد في أحكام المادة 49 من قانون الإجراءات الجزائية التي نصت على أنه:« إذا اقتضى الأمر لإجراء معاينات لا يمكن تأخيرها فلضابط الشرطة القضائية أن يستعين بأشخاص مؤهلين لذلك»، أو وفقا للقاعدة العامة في عمل قاضي التحقيق مثلما ما ورد في أحكام المادة 68 فقرة 1 بقوله:« يقوم قاضي التحقيق وفقا للقانون، باتخاذ جميع إجراءات التحقيق التي يراها ضرورية للكشف عن الحقيقة بالتحري عن أدلة الاتهام أو أدلة النفي». وكذا حسبما ورد في المادة 68 فقرة أخيرة بقوله:« ويجوز لقاضي التحقيق أن يأمر بإجراء الفحص الطبي كما له أن يعهد إلى طبيب بإجراء فحص نفساني أو يأمر باتخاذ أي إجراء يراه مفيدا».

كما يعتبر إجراء الشفرة الوراثية للمتهم في التشريع الجزائري يدخل ضمن أعمال الخبرة لغياب النصوص الخاصة إذ نص المشرع في أحكام المادة 143 فقرة أولى من قانون الإجراءات الجزائية على أنه:« لجهات التحقيق أو الحكم عندما تعرض لها مسألة ذات طابع فني أن تأمر بندب خبير بناءا على طلب النيابة العام وأما من تلقاء نفسها أو من الخصوم...».

وقد دخلت الشفرة الوراثية في العمل القضائي في النظام الجزائري بمناسبة إنشاء مصلحة البصمة الوراثية بالمخبر المركزي للشرطة العلمية بالجزائر سنة 2003 والتي تعد الهيئة الوحيدة المؤهلة للقيام بتحليل الحامض النووي، أما أخذ العينات فتقوم به جميع المخابر ومصالح الطب الشرعي بالمستشفيات المختلفة.

كما أنه بصدور المرسوم الرئاسي رقم 183/04 المؤرخ في 2004/07/26 المتعلق بإنشاء المعهد الوطني للأدلة الجنائية وعلم الإجرام التابع للدرك الوطني إذ حدد في المادة 4 من المرسوم مهام المعهد بأن يقوم: «بإجراء بناءا على طلب القضاة والمحققين والسلطات المؤهلة الخبرات والفحوص العلمية التي تخضع لاختصاص كل طرف في إطار التحريات الأولية والتحقيقات القضائية بغرض إقامة الأدلة التي تسمح بالتعرف على مرتكبي الجنايات والجنح.

تقديم مساعدة علمية أثناء القيام بالتحريات المعقدة باستخدام مناهج الشرطة العلمية والتقنية الرامية إلى تجميع وتحليل الأشياء والآثار والوثائق المأخوذة من مسرح الجريمة.

تصميم بنوك معطيات وإنجازها طبقا للقانون، بما في ذلك تلك الخاصة بالبصمات الجينية التي ستكون في متناول المحققين والقضاة بغرض وضع المقاربات واستخلاص الروابط المحتملة بين المجرمين وأساليب النشاط الإجرامي».

ومما سبق إن أخذ عينة من جسم المشتبه فيه أو المتهم لإجراء التحاليل على الشفرة الوراثية ومقارنتها بتلك المتحصل عليها في مسرح الجريمة لا يمثل مساسا بحق المتهم في السلامة الجسدية للاعتبارات الفقهية والتشريعية السابقة الإشارة إليها.

2.2.2.2.1.2. مدى أثر استخدام تقنية الشفرة الوراثية على الحق في الخصوصية الجينية

إذا كان الحق في الخصوصية الجينية يعرف بأنه:« حق المرء في أن يقرر لنفسه ماهي المعلومات الجينية التي يمكن للغير معرفتها، وحقه في أن يقرر ماهية هذه المعلومات التي يرغب هو في معرفتها عن نفسه»[18] ص 31، فإن السؤال الذي يطرح في هذا المجال هل أن أخذ عينات من جسم المتهم لأجل إجراء التحاليل والحصول على شفرته الوراثية لأجل التحقيق القضائي والوصول إلى الحقيقة فيه تعدي على الحق في الخصوصية الجينية للمشتبه فيه أو المتهم؟

وفقا للتعريف المقدم للحق في الخصوصية الجينية فإن حماية هذا الحق يجد أساسه فيما ينطوي المساس به من تهديد الشخص في أدق وأهم أسرار حياته الخاصة التي يحرص على أن تكون بمنأى عن إطلاع الغير عليها، غير أن المبالغة في هذه الخصوصية الجينية وكتمان معلومات لها أهميتها في الوصول إلى الحقيقة يعد مساس بحقوق الغير مما يهدد السلم والأمن داخل المجتمع الأمر الذي برر للمشرع في القوانين المقارنة – التي عالجت هذه المسألة بنصوص خاصة – إباحة إجراء فحص الحامض النووي للحصول على الشفرة الوراثية للمشتبه فيه أو المتهم ومقارنتها بالعينة المجهولة المتحصل عليها في مسرح الجريمة.

وتتفق التشريعات المقارنة على أنه يجوز المساس بالخصوصية الجينية دون رضا صاحبها وذلك في ثلاثة حالات هي صدور أمر قضائي، أغراض البحث العلمي وصيانة الصحة العامة وهذا ما

نص عنه المشرع الفرنسي في أحكام المادة 226- 28 من قانون العقوبات، التي أجازت التعرف على شخصية الإنسان من خلال البصمة الوراثية والذي لا يجب أن يكون إلا بغرض طبي، أو علمي أو في إطار تحقيق قضائي.

وإذا كانت خطة القضاء المقارن سواء استنادا إلى نص خاص في التشريع حول البصمة الوراثية أو بدون نص إعمالا للقواعد العامة في الخبرة فإنه بالرغم من الحماية الجزائية التي أضفاها على الحق في الخصوصية الجينية فإنه أجاز استثناءا المساس بالحق في الخصوصية الجينية ولو بدون رضا المتهم أو المشتبه فيه متى توافرت الشروط التالية[18] ص 94، 95:

صدور أمر بإجراء الفحص الجيني من جهة قضائية مختصة: أغلب التشريعات اعتبرت أن إجراء التحليل الجيني عن طريق أخذ عينات من جسم المتهم للوصول إلى شفرته الوراثية، يعد عمل من أعمال التحقيق أصلا لا يمكن إجراؤها إلا بناءا على إذن من قاضي التحقيق أو قاضي الحكم.

توافر حالة الضرورة الملحة لإجراء التحليل الجيني: ويقصد بذلك أن تبين الجهة القضائية الآمرة لإجراء الفحص الجيني على المتهم، أن ذلك هو الوسيلة الوحيدة للوصول إلى المعلومات والدلائل المساعدة بصورة جوهرية للوصول إلى الحقيقة.

ضرورة الموازنة بين الفائدة المرجوة والضرر اللاحق: يتعين على الجهة القضائية الآمرة بإجراء الفحص الجيني للمتهم للوصول إلى شفرته الوراثية أن تقدر الفائدة المرجوة من كشف هذه المعلومات مع الضرر الناتج عن المساس بحق الشخص في الخصوصية الجينية.

ونخلص مما سبق أنه لتبرير اللجوء إلى البحث في الشفرة الوراثية للمشتبه فيه أو المتهم دون التعدي على حقه في الخصوصية الجينية، لا بد أن نحدد طابع المعلومات التي ستكتشف مسبقا من هذا التحليل الجيني، فإذا كانت المعلومات المتحصل عليها تنحصر ضمن حدود الغرض الذي شرع لأجله الأذن فإن ذلك لا يعد مساسا بالحياة الخاصة لأنها لم تتعدى الهدف الذي أجرى الاختبار من أجله، كما أنها لم تكشف عن معلومات وراثية أو مرضية تخص المتهم، أما إذا كانت المعلومات تتعدي الغرض المطلوب منها وهو تحديد هوية الشخص وعلاقته بمسرح الجريمة والمجني عليه، تمتد إلى الكشف عن معلومات وراثية تكون ذات طابع شخصي خاص، ففي هذه الحالة يعد مساسا بالحق في الخصوصية الجينية لأنها معلومات وراثية أو مرضية خاصة به ولا يجوز إطلاع الغير عليها[50] ص 215، 216.

3.2.2.2.1.2. إشكالية استخدام الشفرة الوراثية في الممارسة القضائية

عند استخدام الشفرة الوراثية في الممارسة القضائية سواء أثناء البحث عن الدليل وتقديمه أمام القضاء، أو عند الاعتماد عليه وإصدار الأحكام تطرح عدة إشكالات أفرزها الواقع العملي وأدلى القضاء

برأيه خاصة أمام غياب النصوص في العديد من التشريعات المقارنة تتمثل في مدى كفاية دليل الشفرة الوراثية في توجيه الاتهام من طرف النيابة العامة؟ وإصدار الأمر بالتصرف في الملف من طرف قاضي التحقيق؟ وإصدار الحكم بالإدانة أو البراءة من طرف قاضي الحكم اعتمادا على دليل الشفرة الوراثية وحده؟

مدى كفاية دليل الشفرة الوراثية في توجيه الاتهام

إذا كانت النيابة العامة هي الأمينة على الدعوى العمومية وصاحبة الاختصاص الأصيل في توجيه الاتهام وتحريك الدعوى العمومية ضد شخص مسمى أو غير مسمى معلوم أو مجهول فإنه يطرح في الممارسة القضائية مدى اعتبار دليل الشفرة الوراثية كافيا لتوجيه الاتهام ضد الجاني وتحريك الدعوى العمومية بشأنه.

يعتبر التحليل المتعلق بالحمض النووي من أعمال وإجراءات التحقيق الابتدائي الذي يرجع فيه الاختصاص لقاضي التحقيق فإن هذا الإشكال لا يطرح بالنسبة للدول التي يقوم نظامها القضائي على الجمع بين سلطة الاتهام وسلطة التحقيق في يد هيئة واحدة وهي النيابة العامة إذ تجمع هذه الأخيرة بين الاتهام والتحقيق، كالقانون المصري والأردني.

أما بالنسبة للدول التي يفصل نظامها القضائي بين سلطة الاتهام والتحقيق إذ يسند الادعاء إلى هيئة مستقلة وهي النيابة العامة ويسند التحقيق إلى جهة قضائية أخرى وهم قضاة التحقيق وبالتالي فإن إجراء الخبرة الجينية من أعمال التحقيق لا الاتهام.

غير أن بعض التشريعات مثل المشرع الجزائري قد اعترف لضابط الشرطة القضائية في حالة الجنحة المتلبس بها طبقا لأحكام المادة 41 من قانون الإجراءات الجزائية، القيام بجميع الأعمال التي كانت لقاضي التحقيق فيما عدا الاستجواب، وطبقا لأحكام المادة 49 من قانون الإجراءات الجزائية فإنه يجوز لضابط الشرطة القضائية القيام بالمعاينات الضرورية إذا ما اقتضى الأمر ذلك بدواعي الاستعجال وبالتالي يجوز إجراء هذه الفحوص الجينية في مرحلة الاستدلال ويجور الاعتماد عليها لتوجيه الاتهام من عدمه وحفظ الملف.

كما أن الشفرة الوراثية تدخل ضمن الدلائل، وإن كان الشك كافيا للنيابة لتحريك الدعوى العمومية ضد الشخص وتوجيه له الاتهام فإنه من باب أولى فإن دليل الشفرة الوراثية كافيا لوحده لتحريك الدعوى العمومية.

دور الشفرة الوراثية في التصرف في التحقيق

إن المستقر عليه فقها والثابت قضاء أن لسلطة التحقيق دورا بارزا في تقدير الأدلة ومدى كفايتها لتعزيز الاتهام الموجه للمتهم طبقا لمبدأ القناعة الوجدانية للقاضي التي تشمل كافة القضاة دون استثناء وفي كافة مراحل الدعوى العمومية سواء التحقيق أو المحاكمة[81] ص 205.

ويكمن الفرق فقط في درجة الاقتناع بالدليل، بحيث إن كفاية الدليل تجيز لقاضي التحقيق إحالة المتهم أمام الجهة القضائية المختصة بعكس قاضي الحكم فلا يجوز له الحكم بالإدانة ضد المتهم ما لم يكن الدليل يقينيا طبقا لشرط يقينية الدليل.

وإذا كان الشك يفسر لمصلحة المتهم أثناء المحاكمة وبالتالي بصدر الحكم بالبراءة لفائدة الشك، فإنه أثناء مرحلة التحقيق الابتدائي الشك يفسر ضد مصلحة المتهم الأمر الذي يجعل الدلائل والأمارات والقرائن غير القاطعة التي تتراوح بين كفايتها للإدانة من عدمه يستطيع قاضي التحقيق الاستناد إليها لإصدار أمر بإحالة المتهم أمام الجهة القضائية المختصة التي تملك سلطة تقدير الأدلة والوصول إلى اليقين القضائي من خلالها، إذ أن قاضي التحقيق ملزم فقط بتقدير مدى كفاية أدلة الاتهام لتعزيزه وإحالة المتهم بشأنه[43] ص 634.

وتطبيقا لذلك فإن الشفرة الوراثية تكفي وحدها كقرينة لتقديم المتهم إلى المحاكمة على اعتبار قيام أدلة الاتهام بشأنه على اقترافه للجريمة التي وجد أثره البيولوجي في مسرحها متى قدر قاضي التحقيق رجحان الإدانة، أما إذا رجح قاضي التحقيق جانب البراءة لعدم كفاية الأدلة لتعزيز الاتهام أو عدم قيامها كعدم تطابق شفرته الوراثية مع الأثر البيولوجي الذي تم رفعه من مسرح الجريمة بعد إجراء المضاهاة والمقارنة الأمر الذي يؤدي به إلى التصرف في التحقيق بإصدار أمر بانتفاء وجه الدعوى.

مدى جواز الاعتماد على الشفرة الوراثية وحدها لإصدار الحكم الجزائي

نظرا للدقة المتناهية علميا في قدرة الشفرة الوراثية على تحديد هوية الشخص فقد طرح على بساط البحث مدى كفاية الشفرة الوراثية وحدها لإصدار القاضي حكمه بالإدانة أو البراءة.

يرى بعض الفقه أن الدليل المستمد من البصمة الوراثية له قيمته وقوته الاستدلالية، لاسيما إذا كان مبني على أسس علمية وفنية إذا ما توافرت شروطه وبالتالي تكون مقبولة أمام القضاء وتصبح بمفردها دليل إدانة أو براءة خاصة في الجرائم التي تعجز أدلة الإثبات التقليدية الأخرى عن إثباتها أو نفيها الأمر الذي يجعل الشفرة أو البصمة الوراثية كدليل إثبات قوي يقيد من إطلاق مبدأ حرية الإثبات[81] ص 208.

ويرى بعض الفقه الآخر أنه لا يمكن الاعتماد على الشفرة الوراثية وحدها لإصدار الحكم سواء بالإدانة أو البراءة فهي لا تعدوا أن تكون مجرد قرينة قضائية لها قوة الخبرة القضائية التي تبقى فيها سلطة القاضي قائمة في تقدير هذه الأدلة وفقا للقناعة الوجدانية المعترف بها للقاضي في الترجيح بين مختلف الأدلة المطروحة أمامه وأخذ بما استقر إليه وجدانه واطمأن إليه ضميره.

كما أن العلماء قدروا أن للشفرة الوراثية نتائج مضللة من عدة نواحي إذا أثبت العلم أن فحص بقع الدم الجاف تؤدي إلى نتائج غير صحيحة وهذا بسبب وجود بكتيريا تتكاثر على بقع الدم الجاف وتؤدي إلى تكسير جزيئات الدم مما يؤدي إلى اختلاف في الأحزمة المفصولة للحامض النووي، كما أن

الحمض النووي للتوائم من بويضة واحدة وحيوان منوي واحد يكونان متشابهات في بصمتهما الوراثية، بالإضافة إلى عوامل الخطأ البشري سواء عند رفع العينة من مسرح الجريمة أو عند تحليلها في المخبر مما قد يؤدي إلى اختلاط العينات.

إن كل هذه المعوقات العلمية تؤدي بالضرورة إلى عدم كفاية الشفرة الوراثية وحدها لإصدار الحكم الجزائي باعتبارها قرينة لا بد من تعزيزها بأدلة أخرى، فوجود أثر بيولوجي لإنسان في مسرح الجريمة لا يؤدي بالضرورة إلى اقترافها فقد يكون تواجده عرضي سابق أو لاحق للجريمة أو تقدم الجناة الحقيقيين بوضع هذا الأثر البيولوجي وعلى هذا الأساس يمكن تصنيف الشفرة الوراثية من حيث قيمتها وتأثيرها على اقتناع القاضي بأنها ليست من قبيل الدليل الكامل الذي يكفي وحده لبناء اقتناع القاضي ويقينه وتأسيس حكمه، وإنما يعد عن قبيل الدليل الناقص الذي لا بد أن تدعمه أدلة أخرى لأن الشفرة الوراثية تفيد تواجد الشخص في مسرح الجريمة لا تفيد ارتكابه لها بطريقة اليقين وإنما على سبيل الاحتمال[33] ص 59.

3.2.2.1.2. موقف القضاء المقارن والوطني من الإثبات بالشفرة الوراثية

لقد كان للتداعيات العلمية للشفرة الوراثية ودقتها في تحديد هوية الأشخاص أثرها البالغ على القضاء المقارن خاصة الأوروبي منه للاعتماد عليها في مجال الإثبات الجنائي والوصول إلى الجناة.

وتعتبر بريطانيا أول بلد في العالم قام قضاؤها باستخدام تقنية الشفرة الوراثية للوصول إلى الجاني في القضية التي توبع فيها "كولين بيتشيغورك" بقيامه بتاريخ 1983/11/21 باغتصاب وقتل الفتاة "ليندمان" البالغة من العمر 15 سنة، وقيامه بتاريخ 1986/08/08 وبنفس الأسلوب باغتصاب وقتل الفتاة "دون أشورت" البالغة من العمر 17، وبأخذ مسحة مهبلية من الفتاتين ومقارنتها بالبصمة الوراثية للمتهم أثبت أنه تخصه بيولوجيا مما أدى به إلى الاعتراف وإدانته.

وقد كان لهذه القضية تداعياتها على المستوى الأوروبي والأمريكي إذا أخذت أمريكا بتقنية الشفرة الوراثية في ماي 1988 وذلك لإثبات جريمة قتل وقعت في شهر جوان 1986، كما تم سنة 2000 تبرئة متهم محكوم عليه بالإعدام بعد 18 سنة قضاها في رواق السجن في انتظار تنفيذ حكم الإعدام بعد إجراء بحث عن طريق الشفرة الوراثية[81] ص 250.

كما طبقت فرنسا في العديد من القضايا خاصة الجنسية منها المتبوعة بالقتل تقنية الشفرة الوراثية وذلك في حكم صادر عن القضاء الفرنسي بتاريخ 1997/09/01 في قضية اغتصاب وقتل راحت ضحيتها الفتاة 'أيما نوير" إذ بعد رفع الآثار البيولوجية المأخوذة من جسم الضحية ومقارنتها بالعينة المأخوذة من جسم المتهم عن طريق تحليل الحمض النووي أمكن الوصول إلى القاتل[50] ص 228.

كما تمكنت إحدى المحاكم البريطانية في حكم لها مؤرخ في 2000/04/17 من إدانة سارق سطى على أحد المنازل وذلك بعد ما تم الكشف على هويته من خلال مقارنة بقايا لعابه الذي تركه على نصف حبة طماطم بعدما قضم نصف الحبة وترك النصف الآخر في مسرح الجريمة، وبعد مواجهته بهذه الحقيقة العلمية اعترف بجرمه.

وقد استقر الرأي لدى القضاء الأمريكي بأن البصمة الوراثية تتساوي مع بصمة الأصبع في قوة الإثبات والتي تصلح للحكم بالإدانة أو البراءة من خلال إثبات أن العينتين أي العينة المجهولة التي تؤخذ من مكان الحادث أو جسم الضحية والعينة المعلومة المأخوذة من جسم المشتبه فيه أو المتهم تتطابقان تماما ، وقد تم إدانة أول مجرم أمريكي عن طريق دليل تقنية الشفرة الوراثية وهو "قومي أندرو" في ولاية فلوريدا سنة 1987[17] ص 53.

أما في الدول العربية فلم تصل بعد إلى المستوى الذي وصلت إليه الدول الأوروبية وأمريكا من استعمالها لتقنية الشفرة الوراثية في الإثبات الجنائي إذ في أعظمها وإن طبقت تقنية الشفرة الوراثية للبحث عن الدليل والوصول إلى الحقيقة وذلك بغير نصوص قانونية تنظم كيفية الحصول على العينة من جسم المتهم وما مصير العينة بعد استخدامها لغرض التحقيق، وإنما يتم إعمال هذه التقنية حسبما هو مستقر من كونها تدخل ضمن أعمال الخبرة التي يأمر بها المحقق والقاضي كلما طرحت أمامه مسألة ذات طابع فني.

كما أخذ القضاء الجزائري يطبق تقنية البصمة الوراثية في قرار له صادر بتاريخ 2007/03/21 ملف رقم 414233 أرست مبدأ هام مفاده « يتعين على جهتي التحقيق اللجوء إلى خبرة تحليل الحمض النووي A.D.N عندما يكون ذلك ضروريا».

ونخلص مما تقدم أن إجراءات البحث عن الدليل لمعرفة حالة المشتبه فيه أو المتهم الشخصية على ما يعرف عموما بالإجراءات المعملية بالرغم من التقدم الهائل الذي صاحب هذه الإجراءات يسير القضاء على شرعيتها ولو بغير نص في القانون لتحقيقها لهدف شرعية الدليل وهما عدم مساسه بالحقوق الثابتة للمتهم الموضوعية والإجرائية وتحقيقها لهدفها من الإجراء وهو الوصول إلى الحقيقة.

2.2. استعمال الوسائل العلمية الحديثة عند السؤال والاستجواب

يعد سؤال المشتبه فيه لتلقي الإيضاحات واستجواب المتهم لتجميع الأدلة الكافية لإثبات التهمة عليه من أصعب إجراءات التحقيق لأنها تهدف إلى الحصول على الدليل القولي من خلال تصريحه وهو مرتبط وخاضع لإرادة هذا الأخير.

وإذا كان السؤال هو مجرد تلقي الإيضاحات لذا يتميز بأنه إجراء استدلالي يستهدف من خلاله الحصول على الدلائل والقرائن، فإن الاستجواب باعتباره إجراء قضائي يقوم على مناقشة المتهم حول

أدق تفاصيل القضية محل التحقيق وفق الدلائل والقرائن التي تم تجميعها ومواجهته بالشهود والضحايا وبقية المتهمين مما يمثل صراع بين إرادتين تبغي كل واحدة تحقيق أهداف متعارضة فالمحقق يحاول تضييق الخناق على إرادة المتهم عند الاستجواب حتى يتوج مجهوده بالحصول على اعتراف المتهم مما يحقق هدفه في الوصول إلى الحقيقة، والمتهم من جانبه يحاول المراوغة والهروب من دائرة الاتهام ورفض الدلائل والقرائن القائمة ضده.

ولعل إن كل طرف يستند في تحقيق أهدافه إلى عوامل قوته وقدرته في إدارة الاستجواب ويكتب النجاح إلى المحقق طالما استطاع أن ينفذ إلى عقل وإرادة المتهم مما جعله يصرح بحقيقة الوقائع محل المتابعة التي تمثل اعترفا ينهي به المحقق تحقيقه في وصوله إلى الحقيقة المنشودة .

وأمام استفحال ظاهرة الإجرام ومطالبة المجتمع بضرورة الوصول إلى الجناة ومعاقبتهم ورغبة القضاء في إرضاء الرأي العام بالشعور بالعدالة والأمان، تم استغلال الاختراعات العلمية المختلفة ذات الأصل الطبي لاستعمالها في الحصول على أدلة شفوية تنبئ مما في قرارة نفس المشتبه فيه أو المتهم من معلومات لا يريد البوح بها ويحاول إخفائها على المحقق فتأتي هذه الوسائل العلمية إما لإظهار بيانات ومؤشرات فيزيولوجية توحي بأن الشخص الخاضع للإجراء لا يقول الصدق وهو ما أسطلح على تسميته جهاز كشف الكذب، وأما أنها تعطل إرادته دون إعدامها وتجعله يبوح بما في قرارة نفسه من معلومات دون أن يتحكم فيما يقول فيكون عرضة في يد المحقق ليصل إلى معرفة الحقيقة سواء عن طريق التنويم المغناطيسي أو التحليل التخديري.

لهذا سنحاول في هذا الفصل التطرق إلى تحليل هذه الوسائل العلمية المستعملة في سؤال المشتبه فيه واستجواب المتهم وذلك في ثلاثة مباحث متتالية، نتطرق في المبحث الأول إلى جهاز كشف الكذب ثم في المبحث الثاني إلى التنويم المغناطيسي على أن تخصص المبحث الثالث إلى التحليل التخديري.

1.2.2. جهاز كشف الكذب

إذا كان الاستجواب يقوم على محاولة المحقق الحصول على المعلومات من المتهم تفيد في الوصول إلى الحقيقة قد تكون اعترافا من جانبه نابع عن إرادته الحرة في قول الصدق فالمتهم هو الذي يتحكم في هذه الإرادة ويوجهها للتصريح حسبما يملي عليها.

وقد أكد علماء النفس والطب إن الإنسان لما يحاول أن يخفي شيء معين ولا يريد البوح به لغيره من السائلين مما قد يدفعه إلى التصريح بمعلومات غير صحيحة قد يجهد نفسه في إخفاء حقيقة المعلومة الرافض البوح بها وفي نفس الوقت يقوم بأعمال مجهدة للتصريح بغير الحقيقة مع محاولة إقناع السائل بصحتها، إذ في كل هذه الدورة التي تقوم بها الإرادة تؤثر فسيولوجيا على الشخص وتظهر في ارتفاع ضغط الدم وسرعة تبض القلب والدورة الدموية وتصبب العرق وارتعاش الجلد وشعيرات الجسم.

وقد استغل علماء الأدلة الجنائية والمحققون هذه الحقيقة العلمية وقاموا باستخدام وسائل متطورة لقياس هذه التغيرات الفيزيولوجية ومن خلالها الوصول إلى الحقيقة القضائية عن طريق معرفة مدى صدق المتهم في تصريحاته المدلى بها أمام المحقق على ما أسطلح على تسميته بجهاز كشف الكذب.

وعلينا أن ننوه منذ البداية أن جهاز قياس التغيرات الفيزيولوجية المذكور أعلاه منذ استعماله في التحقيقات الجنائية من طرف الطبيب الشرعي "سيزار لومبروزو" سنة 1895 إلى غاية الوقت الحاضر لم يظهر بعد ذلك الجهاز الذي يعطي إشارة صوتية أو ضوئية عندما يكذب الشخص[166] ص 267 بل يرجع ذلك إلى التسمية التي أعطتها وسائل الإعلام ورجال الأمن وعلماء الأدلة الجنائية إلى جهاز "البوليجراف" ويرجع تمسكنا بهذه التسمية في معرض هذه الدراسة إلى شيوعها كمصطلح في الدراسات القانونية والأمنية مما أكسبها استقرار في المخزون المعرفي، لهذا قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، نتطرق في المطلب الأول إلى ماهية جهاز كشف الكذب وفي المطلب الثاني إلى القيمة القانونية لنتائج جهاز كشف الكذب.

1.1.2.2. ماهية جهاز كشف الكذب

أدى التطور العلمي إلى استعمال وسائل وأجهزة طبية لقياس مختلف التغيرات التي تظهر على جسم الإنسان سواء من حيث التنفس أو الدورة الدموية أو قياس الانعكاسات الكهربائية للجلد عندما يصرح بأمور كاذبة محاولا إخفاء حقيقة الوقائع على ما أسطلح تسميته بجهاز كشف الكذب.

وإذا كان هذا الجهاز يتكون من وسائل تكنولوجية حديثة فإن التاريخ أثبت منذ القدم استعمال طرقا بدائية بسيطة لأجل اختبار مدى صدق المتهمين عند متابعتهم في بعض الجرائم خاصة القتل منها، لهذا سنحاول في هذا المطلب التطرق إلى إعطاء صورة كاملة على جهاز كشف الكذب وذلك في فرعين، إذ نتطرق في الفرع الأول إلى البعد التاريخي لجهاز كشف الكذب ونتطرق في الفرع الثاني إلى البعد المفاهيمي لجهاز كشف الكذب وذلك على النحو التالي:

1.1.1.2.2. البعد التاريخي لجهاز كشف الكذب

إن مشكلة البحث عن الحقيقة عاصرت البشرية منذ وجودها ذلك أن تجارب الإنسان لكشف كذب المتهم أو الشاهد قديمة قدم التاريخ الإنساني فمنذ 300 سنة قبل الميلاد كان الفيلسوف اليوناني أرسطو يعتمد على نبض الشخص لمعرفة الحقيقة، فإذا ظل نبضه على حاله دون تغير كان ذلك دليلا على صدقه، وإذا أسرع نبضه عما هو عليه كان ذلك دليل على كذبه وبالتالي إدانته ومعاقبته، كما كان الصينيون القدامى يطلبون من المتهم أو المشتبه فيه بأن يضع حفنة من دقيق الأرز في فمه ثم لفظها بعد مدة وجيزة فإن ظل الدقيق جافا كان ذلك دليلا على كذبه وبالتالي صحة الاتهام الموجه إليه، أما إذا

أصبح نديا رطبا بفعل اختلاطه بلعابه دل ذلك على صدقه وبراءته من التهمة الموجهة إليه، كما عرف العرب طريقة "البشعة" لكشف كذب المتهم وذلك بمطالبته بأن يلعق بلسانه قضيبا حديدا ساخنا فإن كان بريئا فإن غدده تستمر في إفراز اللعاب فيقي لسانه من الاحتراق، وإن كان مذنبا فإن لسانه يجف لعدم إفراز اللعاب فيحترق لسانه[132] ص 107.

أما محاولة الكشف عن الكذب بالأساليب العلمية الحديثة فيرجع ذلك إلى العالم الإيطالي الطبيب الشرعي "سيزار لومبروزو " Sezare Lombrosso" إذ أنه أول من استعمل آلة لقياس الضغط الدموي سنة 1895 وأكد وجود علاقة وطيدة بين الكذب وارتفاع ضغط الدم ويحفظ مؤرخي جهاز كشف الكذب الفضل للمبروزو أنه قام سنة 1902 باستعمال هذا الجهاز لقياس ضغط الدم وذلك لإثبات براءة متهم بالرغم من أدلة الاتهام التي كانت عليه[166] ص 257.

وفي سنة 1915 قام العالم الأمريكي "وليام مارسترون" " W. Morston" بإجراء بحوث علمية وذلك للوصول إلى إيجاد مؤشرات الضغط الدموي للمتهم الخاضع للاستجواب على أنها تمثل دليلا للكذب، وقام العلماء بعد ذلك بإجراء تجارب عديدة لتحديد العلاقة بين الحالة النفسية وحركات التنفس حتى جاء العالم الأمريكي ليونارد كلير "Leonard Keeler" من جامعة شيكاغو الذي يرجع إليه الفضل في تطوير هذه الآلة إذ ابتكر جهازا يسجل كلا من ضغط الدم ودرجات التنفس وقياس مقاومة جلد الإنسان لتيار كهربائي خفيف والذي تم استخدامه في كشف الكذب، كما أنشأ ليونارد كلير سنة 1926 مدرسة تعليم طريقة تشغيله والعمل به في الولايات المتحدة الأمريكية.

ومن أشهر أجهزة كشف الكذب وأكثرها استعمالات في الولايات المتحدة الأمريكية البنوموغراف "Pneumographe" والذي شاع استعماله لدى الجيش خاصة مع اندلاع الحرب العالمية الثانية إذ استعمل بشكل مفرط في التحقيقات الجنائية ومكافحة التجسس.

وقد تم تطوير جهاز كشف الكذب بعد الحرب العلمية الثانية في أمريكا إذ تم ابتكار أجهزة أخرى تعمل بصورة أفضل وهكذا فقد تم تطوير هذا الجهاز فأصبح قادرا على تسجيل درجة العرق لدى المستجوب، وقياس سرعة موجة الدم في الأوعية وقياس درجة حرارة جسم الإنسان ورصد حركة أطرافه.

وقد أدخلت عدة تحسينات مهمة على جهاز كشف الكذب خلال نهاية الخمسينات وبداية الستينات من القرن الماضي إذ طورت الهيئات الاتحادية في الولايات المتحدة الأمريكية الوسائل الفنية لاستخدام اختبارات كشف الكذب منها أجهز الكترونية على درجة عالية من الدقة والحساسية منها جهاز تعيين التغيرات التي تطرأ على وجه المتهم عند استجوابه بحيث تلتقط له صور تظهر على شاشة الكومبيوتر ومن خلال تحليل تلك التغيرات الدقيقة على الوجه يتبين منها مدى صدق الشخص الخاضع للاستجواب، ومنها جهاز يرصد ترددات الصوت أثناء الاستجواب، ذلك أن الترددات الصوتية لدى المستجوب تتغير

عندما تطرح عليه أسئلة مفاجئة وحرجة، وبعد تحليل هذه الترددات وقياسها بالترددات الصوتية للمتهم في الظروف العادية عبر الاستجواب، يتم معرفة هل أنه يكذب أو صادقا في أقواله[72] ص 361.

وفي أواخر سنة 1985 أعلن الرئيس الأمريكي رونالد ريجان أنه على جميع العاملين الذين يشغلون مناصب حساسة في الدولة أن يجتازوا بنجاح اختبارات كشف الكذب من خلال البوليغراف" حتى يمكن الوثوق بصدقهم والركون إلى ولائهم للدولة التي ينتمون إليها يديرون فيها دفة السياسة والحكم، خاصة بعد أن تم اكتشاف شبكة تجسس إسرائيلية في الجيش الأمريكيلأ[31] ص 161.

2.1.1.2.2. البعد المفاهمي لجهاز كشف الكذب

يقتضي منا البحث في البعد المفاهمى لجهاز كشف الكذب إعطاء صورة كاملة على مفهوم هذا الجهاز، وذلك بالتطرق أولا إلى التعريف بالجهاز وثانيا كيفية استخدام هذا الجهاز، ثم ثالثا القيمة العلمية للجهاز والعوامل المؤثرة في نتائجه وذلك على النحو التالي:

1.2.1.1.2.2. التعريف بجهاز كشف الكذب

إن التعريف بجهاز كشف الكذب باعتباره وسيلة علمية قائمة على تكنولوجية متطورة يدفعنا إلى إعطاء تعريف هذا الجهاز وبيان صفته العلمية وآليته وذلك على النحو التالي:

تعريف الجهاز

لقد أجمعت جميع تعاريف الفقه المقارن التي أعطيت إلى ما يطلق عليه تجاوزا جهاز كشف الكذب على أن مهمته تتمثل في رصد التغيرات الفيسيولوجية للمشتبه فيه أو المتهم عند سؤاله أو استجوابه ثم إعطاء قراءة لها يستنتج منها مدى توافر الصدق أو الكذب في تصريحاته.

إذ عرف الدكتور مبدر لويس جهاز كشف الكذب أو البوليغراف بأنه يطلق عامة على عدد من الآلات قادرة على قياس التغيرات التي تحدث في ردود الفعل الجسمانية للشخص، مثل سرعة النبض، ضغط الدم، التنفس، وسرعة إفراز العرق، وتستخدم لأغراض الاستجواب[72] ص 360.

وعرفه الدكتور حسن صادق المرصفاوي بأنه:«جهاز يسجل التغيرات التي تطرأ على بعض الوظائف في جسم الإنسان مثل النبض والتنفس والعرق ودرجة حساسية الجلد، ذلك أنه من المعروف وجود انفعال لا شعوري إزاء بعض الأحداث والوقائع التي تثير ذكرى معينة في الشخص ويبدو أثر هذه الانفعالات في تأدية بعض الأعضاء لوظائفها ويمكن تسجيلها، وبناء على هذا يكون تحليل الأسئلة التي توجه للإنسان وإجابته عنها مرتبطة بتلك التسجيلات تحت نظر المحقق ليستنتج منها الحقيقة في شأن ما يقرره المتهم من معلومات صادقة أم كاذبة»[29] ص 98.

كما عرفه اللواء الدكتور حسن محمود إبراهيم بأنه:« تلك الأجهزة التي يكون الشخص موضوعا لأعمالها ولا تؤثر على إرادته، والتي تسمح بتسجيل ورصد بعض التغيرات الفيسيولوجية التي تتعلق بالضغط الدموي وحركة التنفس والرد الفعلي النفسي الجلفانى- أي درجة حساسية الجلد للكهرباء- التي تعتري الفرد خلال مرحلة التحقيق معه، عن طريق تحديد هذه التغيرات وتحليل الرسوم البيانية التي يوردها الجهاز إذ يمكن الحصول على حكم تقديري بأن الشخص محل التجربة يكذب أو يقول الحقيقة في موضوع القضية محل البحث»[28] ص 70.

الوصف العلمي للجهاز و آليات عمله

جهاز كشف الكذب جهاز آلي يشتغل بالطاقة الكهربائية مهمته قياس المتغيرات الفيسيولوجية للخاضع له ويتكون حسب أغلب العلماء من أربعة أقسام:

البنوموجراف: Pneumographe**:** وهو القسم الخاص بقياس حركة التنفس والتي هي سريعة خفيفة في حالة السرور وبطيئة وعميقة في حالة الحزن وسريعة قوية في حالة الغضب وبطيئة خفيفة في حالة الهبوط.

السفيموجراف: Sphygmographe: وهو القسم الخاص بقياس حركة النبض التي تكون بطيئة قوية في حالة السرور وسريعة خفيفة في حالة الحزن وسريعة قوية في حالة الغضب وبطيئة ضعيفة في حالة الهبوط.

بلثرموجراف Plethyrmographe: وهو القسم الخاص بقياس حركة توارد الدم بحيث يكون لكل انفعال تأثير خاص في كمية الدم التي تتوارد على العضو الموضوع تحت التجربة.

بسيكوجلفامتر Psychogalvnomaitre: وهو القسم الخاص بقياس مدى مقاومة الجلد للتيار الكهربائي التي تتأثر بمقدار إفراز العرق الذي يتفاوت تبعا لكل انفعال.

وتتمثل آلية وطريقة هذا الجهاز في جلوس الشخص المراد اختباره (الشاهد أو المتهم) على كرسي ذو متكأ وتربط أعضاء جسمه بأقسام وأجزاء الجهاز وهو يشبه الكرسي المستعمل في العمليات الجراحية على الفم الذي يستعمله جراحي الأسنان، وعندما يقوم المتهم بالإجابة على أسئلة المحقق يقوم الجهاز برصد وقياس نشاط هذه الأعضاء والتي تظهر على الجهاز في شكل رسوم بيانية بحيث يستطيع الخبير مشغل الجهاز لدى قراءة هذه الخطوط والرسوم البيانية معرفة دلالاتها في بيان تناسبها مع حالة الشخص في التعبير عن الصدق والكذب فيرصد الجهاز مثلا عمل جهاز التنفس من شهيق وزفير والتغيرات التي تحدث على حركة التنفس بسبب الانفعالات والاضطرابات النفسية التي قد تعتري الشخص، كما يرصد التغيرات التي تحدث في ضغط الدم من جراء الانفعالات المختلفة التي تنتاب الشخص فإذا ما ظهر تسارع في الجهاز التنفسي من شهيق وزفير ولهثان ونشاط الغدد عرف الخبير أن

ثمة كذب في إجابة المتهم إلى الحد الذي أدى ببعض الفقه إلى وصف الجهاز بأن الأعضاء هي التي تتكلم، وإن لسان الأعضاء الطبيعية أصدق من لسان المتهم.

وكل محاولة يبديها المتهم لإخفاء الحقيقة وافتعال لإجابة مضللة يظهر أثرها على الشريط المتحرك الذي يسجل عليه موجات الانفعال وذبذباته بواسطة مؤشرات للتسجيل فعندما يكذب يتغير شكل الموجات من حيث ارتفاعها وانخفاضها التي تبدو واضحة للمحقق أو الخبير.

وهذه المراقبة لإرادة الشخص في التعبير والإجابة على الأسئلة المطروحة عليه خلال رصد تسجيل المتغيرات التي تطرأ بخلاف الحالة الطبيعية للشخص هي التي تؤكد مدى صدق أو كذب الشخص الواقع تحت التجربة.

2.2.1.1.2.2. كيفية استخدام جهاز كشف الكذب في الاستجواب

إذا كان الاستجواب وفقا للقواعد العامة المستقرة في التحقيق القضائي هو عملية مناقشة الأدلة ومجابهتها بالمتهم في عملية طرفاها قاضي التحقيق الذي يدير جلسة المناقشة من خلال طرحه للأسئلة على المتهم ومجابهته بالأدلة، والمتهم باعتباره الطرف الثاني الذي يقوم بالرد على هذه الأسئلة وتفنيد الأدلة المقامة ضده.

غير أن العلم الحديث أقحم التكنولوجيا في عملية استجواب المتهم وسؤال المشتبه فيه لأخذ الإيضاحات وذلك بوضعه تحت مراقبة آلة ترصد جميع التغيرات الفيسيولوجية التي يقوم الخبير بقراءتها وإعطاء تفسيراتها للمحقق مما جعل طرف ثالث يتدخل في عملية الاستجواب وهو الخبير ذي الدور البارز في الحكم على مآل القضية.

وحتى يحقق هذا الجهاز غايته في رصد كل المتغيرات الفيسيولوجية بشكل يعطي للخبير إمكانية قراءة النتائج التي تتوافق مع حقيقة الوقائع ويصل إلى تأكيد مدى صدق المتهم أو كذبه لا بد من إعداد مكان مناسب، وإعداد أطراف الاستجواب المحقق والمتهم، وإعداد الأسئلة بصورة جيدة، إتباع طرقا متفق عليها في إدارة المناقشة.

إعداد المكان الذي يتم فيه الاستجواب والسؤال

إذا كان سؤال المشتبه فيه قصد أخذ منه الإيضاحات يتم في مكاتب الشرطة القضائية بمختلف أقسام الأمن والاستجواب القضائي يتم في مكتب قاضي التحقيق وهي مكاتب عادية لا يميزها عن غيرها من مكاتب أقسام الأمن أو المحكمة أي شيء يذكر.

أما إذا كان المحقق يقوم بسؤال المشتبه فيه أو استجواب المتهم عن طريق استعمال جهاز كشف الكذب فإنه يتم إعداد مكان ذلك من حجرتين يفصل بينهما حائط زجاجي يسمح بالرؤية فقط من أحد جانبيه، وفي الحجرة الأولى يجلس المحقق والمشتبه فيه أو المتهم أين يتم وضعه في مواجهة الحائط

الزجاجي ويتم توصله بالجهاز، أما في الحجرة الأخرى فيجلس مساعد المحقق قد يكون خبير الأصوات والفنيين بعمل الجهاز أين تتم قراءة كل البيانات التي تصل إلى الغرفة الثانية والوصول إلى مدى صدق الشخص الخاضع للجهاز[94] ص 203.

إعداد طرفا الاستجواب

إن طرفا الاستجواب أو السؤال هما الشخص محل الفحص قد يكون مشتبها فيه أو متهما، والمحقق القائم على سؤال واستجواب ومناقشة الشخص الموضوع تحت الفحص بواسطة الجهاز.

وتعد من الأمور المهمة إعداد المتهم أو المشتبه فيه إعدادا نفسيا جيدا وهذا حتى يتم تفادي أي انفعال غير متوقع قد يؤدي إلى اختلاف قياسات الجهاز لذا لا بد من تمكين الشخص الخاضع للفحص من الراحة مع عزله في غرفة بعيدة عن كل ضوضاء مع عدم مقاطعة المحقق أثناء طرحه للأسئلة، مع إحاطة المتهم علما بطبيعة الجهاز وطريقة عمله وإيضاح أنه ليس ثمة أي أثر على سلامته الجسمانية أو النفسية فيما عدى تسجيل بعض التغيرات الفيسيولوجية، باعتبار أن الحق في الإعلام أو الإخطار من الحقوق الإجرائية للمشتبه فيه والمتهم.

كما يجب إعداد المحقق إعدادا جيدا فيما يخص كافة فنون التحقيق الجنائي وكيفية تسيير وقراءة نتائج الجهاز مع الابتعاد كلية على الآراء المسبقة في الشخص الخاضع للجهاز من حيث إدانته أو براءته.

إعداد الأسئلة

إن الخبير بمعرفة المحقق يقوم بإعداد جيد للأسئلة المراد طرحها على المتهم الخاضع لجهاز كشف الكذب وهي تتضمن أنواعا من الأسئلة، كل نوع منها يؤثر بصورة جلية على الوصول إلى الحقيقة وهي الأسئلة المحايدة، والمقارنة والمتعلقة بعقدة الذنب[94] ص 204 والحرجة ويمكن تبيان أنواع هذه الأسئلة على النحو التالي:

الأسئلة المحايدة

تتمثل الأسئلة المحايدة في قيام المحقق بمعاونة الخبير المختص بتوجيه أسئلة تكون إجابتها معروفة سلفا لدى المحقق ومضمون هذه الأسئلة لا يثير انفعالات واضطرابات لدى المشتبه فيه أو المتهم الخاضع للفحص، وهي أسئلة تتعلق بحالته الشخصية كالاسم والعمر، والحالة الاجتماعية وعاداته من شرب القهوة واعتياد السفر والسمر، وتستخدم هذه الأسئلة كضابط أو معيار لتحديد اتجاهات الصدق أو الكذب لدى المتهم.

الأسئلة المقارنة

ترجع الفائدة من استعمال الأسئلة المقارنة إلى البحث عن ردة الفعل الانفعالي لدى المشتبه فيه أو المتهم وذلك لأجل تأكيد استبعاد التهمة عنه، ذلك أن المحقق يعتمد على طرح أسئلة متعلقة بجريمة

أخرى غير التي تتعلق بها المتابعة القضائية وذلك لمعرفة مدى الانفعال الذي يظهر لدى المشتبه فيه أو المتهم عند سرده لوقائع الجريمة الأخرى خاصة إذا كانت الشرطة لم تصل إلى الفاعل بشأنها وكانت تحوم شكوك حول اقترافه إياها دون الوصول إلى الأدلة.

الأسئلة المتعلقة بعقدة الذنب

يعتبر الإحساس بالذنب أو الندم من المكونات الأساسية لشخصية الإنسان وهو يتفاوت من حيث تأثيره من شخص إلى آخر، وتتمثل الأسئلة في إثارة عقدة الذنب أو الندم لدى المشتبه فيه أو المتهم وذلك بسؤاله حول جريمة وهمية لها نفس النوع والخطورة والظروف للجريمة محل التحقيق وإن تبدوا للمتهم كما لو أنها فعلا حقيقية ويتم سؤاله عنها قبل إخضاعه للجهاز لسؤاله عن الجريمة الحقيقية محل التحقيق.

فإذا جاءت ردود الفعل الفيسيولوجية عن الجريمة الوهمية بنفس درجة انفعالاته عن الجريمة الحقيقية فإن ذلك يعد مؤشرا على قوله الصدق وبالتالي براءته، أما إذا اختلفت ردود أفعاله في هذه الجريمة الوهمية عن الجريمة الحقيقية فإن ذلك يشير إلى كذبه.

الأسئلة الحرجة

تمثل الأسئلة الحرجة لمواجهة المتهم أو المشتبه فيه بمجموعة من الأسئلة تتعلق بالجريمة من حيث ارتكابها وزمنها ومكانها والشركاء فيها وكيفية الإعداد لها وإظهار الوسائل المستخدمة فيها، الأمر الذي يؤدي إلى إثارة الانفعال من خلال هذه الأسئلة الحرجة والتي تختلف عن الأسئلة المحايدة.

طرق المناقشة

يتفق خبراء جهاز كشف الكذب وعلماء الأدلة الجنائية على أن هناك ثلاثة طرق لإدارة المناقشة عند استجواب المتهم الخاضع لفحص الجهاز وهي:

طريقة الأسئلة المحايدة المحرجة

يعمد الخبير المختص بمرافقة المحقق في هذه الطريقة بطرح الأسئلة المحايدة التي ليست لها أية علاقة بالجريمة تتعلق بحالته الشخصية والاجتماعية قصد الوصول إلى قواعد عامة بخصوص ردة فعل المتهم الخاضع للاختبار والتي تظهر من خلال تنفسه وإفراز عرقه بهدف مقارنة ذلك بالأسئلة المحرجة ذات الصلة بالجريمة واكتشاف موضع الكذب والاضطراب.

طريقة الصدمة بواسطة السؤال

تتضمن هذه الطريقة بوضع سؤال حرج يوجه مباشرة للشخص الخاضع للاختبار ونظرا لأن السؤال الحرج يطرح بصورة مفاجئة على المشتبه فيه أو المتهم فإنها تؤدي إلى صعوبة التفريق بين ردة الفعل الحاصل نتيجة الاستغراب من السؤال ومن ذلك الحاصل نتيجة الكذب في ألإجابة على سؤال.

طريقة قمة التوتر

تستخدم هذه الطريقة عندما توجد وقائع غير معروفة إلا من قبل المتهم الخاضع للفحص إذ يقوم المحقق بطرح عدة أسئلة مختلفة فإذا ما اقترب من وقائع تتعلق بالجريمة محل التحقيق فإن التوتر يصل إلى مداه لإثارة الانفعال لديه ويظهر ذلك في المؤشر.

3.2.1.1.2.2. القيمة العلمية للجهاز والعوامل المؤثر في نتائجه

لقد سبق الإشارة إلى أن أي وسيلة علمية لا تكون لها قوة ثبوتية في التحقيق الجنائي ما لم يكن لها إجماع علمي ونتائج علمية ثابتة ومستقرة، الأمر غير المتوفر بصفة مطلقة في جهاز كشف الكذب إذ أن هناك مجموعة من العوامل أثرت على نتائجه بصورة سلبية مما أدى إلى اختلاف الحقيقة التي يتم التوصل إليها عبر الجهاز عن الحقيقة الواقعية عماد الحقيقة القضائية وذلك على النحو التالي:

أثر الظروف الصحية للمتهم على النتائج

لقد أثبت العلماء على أنه هناك نسبة غير مقدرة من الخطأ نتيجة ما قد يؤثر فيما أسفر عنه الجهاز من انفعالات لا تمت للجريمة المطلوب الكشف عنها بصلة ناتجة عما قد يكون المتهم مصابا به من أمراض يتسبب عنها اضطراب في أي مظهر أو محور من المحاور التي يتشكل منها جهاز كشف الكذب كأن يكون مصابا أصلا بضيق في التنفس أو ضغط الدم المرتفع أو إفراز زائد في العرق، وكلها تشكل عوائق مرضية أمام استخدام الجهاز وتحول دون الاطمئنان إلى سلامة النتائج التي أسفر عنها استخدامه[138] ص 187.

أثر العوامل المتعلقة بعلاقة الشخص بمكان الجريمة دون الجريمة

من المؤثرات والعوامل التي تتدخل في انحراف النتائج التي يقدمها جهاز كشف الكذب عن الهدف الذي يريد المحقق الوصول إليه هو الحالات التضليلية والتي تظهر في حالة ما إذا كان الشخص يتردد على مكان الجريمة لسبب يريد إخفاءه كترددده على منزل خليلته ثم تحدث فيه جريمة تعاصر وقت تواجد هذا الشخص مع عشيقته في ذلك المكان لعلاقة غرامية غير شرعية، فعندما يقوم المحقق بحصر المترددين على ذلك المكان يتم التوصل إلى هذا الشخص وعند استخدام الجهاز يحاول الشخص الكذب لإخفاء علاقته الغرامية في مكان الجريمة مما يؤثر هذه الانفعالات بالكذب على النتائج مما قد يؤدي إلى اتهامه اعتمادا على هذه المؤشرات الانفعالية التي أدت به إلى الكذب ليس لاقترافه الجرم وإنما لإخفاء علاقاته غير المشروعة مع خليلة له هناك في مكان الجريمة[28] ص 78.

أثر العوامل المتعلقة بالصفات الشخصية

هناك أنماط وصفات من الشخصية لدى بعض الفئات من المتهمين تؤثر على النتائج المتوصل إليها عبر الجهاز وتتمثل في الآتي:

الشخصية العصبية

إن الشخصية العصابية تتميز بأنها تصدر عنها انفعالات وتوترات واستجابات تلقائية تمثل هذه المواقف الشخصية الصعبة فهي بطبعها منفعلة مما يصعب معه التمييز بين هذه الانفعالات التي تطبع الشخصية العصابية والانفعالات الأخرى التي تعبر عن الكذب.

وهذه الانفعالات تزداد كلما كان الشخص العصابي بريئا فعلا لأنه يكون أكثر خشية ورهبة من أن يرتب الفحص إدانته خلافا للحقيقة.

النمط الطفلي

إن النمط الطفلي هي شخصية معتادة على الكذب بطبيعتها إذ أنه يكذب دون أن يصاحب هذا السلوك أي اضطرابات أو انفعالات أو قلق في الحالة النفسية لديه مما تستتبع عدم مقدرة الجهاز على تسجيل أي مؤشرات أو بيانات غير عادية عند الفحص، مما يجعل الجهاز قاصرا على إعطاء نتائج حقيقية أمام هذا النمط من المتهمين[94] ص 207.

نمط شخصية المختل عقليا أو نفسيا

إن المتهم أو المشتبه فيه المصاب بخلل عقلي أو اضطراب نفسي حاد تكون شخصيته بالغة التعقيد والصعوبة سواء بفحصها عن طريق جهاز كشف الكذب أو عن طريق السؤال التقليدي، ومصدر هذه الصعوبة إن أصحاب هذا النوع من الشخصية تكون إجابتهم غير مترابطة وغير متناسقة ومنعدمة الدلالة مما يؤثر على الجهاز فقد يرصد انفعالات لكن لا تدل على كذب أو صدق هذا النوع من الشخصية.

شخصية معتادي الإجرام

إن معتادي الإجرام ليس لديهم أي تمييز بين ما هو مباح وبين ما هو مجرم إذ أن دورهم في الحياة يتميز باقترافهم لجميع الأفعال التي تخطر ببالهم دون الأخذ في الاعتبار التزاماتهم الاجتماعية في مجتمع متمدن، وبالتالي فإن الكذب بالنسبة لهم يعد نمط حياة ونوع من السلوك الطبيعي الذي يتفق مع مفاهيمهم وفلسفتهم في الحياة.

وعند قيام معتادي الإجرام بالكذب فلا يصاحب ذلك أي اضطرابات أو اختلالات في وظائف أعضائهم الجسمانية مما تعرقل الجهاز في إعطاء نتائج حقيقية على مدى صحة أقوالهم، وأن كان أخطر الجرائم يرتكبها معتادي الإجرام فإنه من باب أولى أن الجهاز لا يحقق أية فائدة عملية في التحقيق الجنائي.

2.1.2.2. القيمة القانونية لنتائج جهاز كشف الكذب

إن استعمال جهاز كشف الكذب في مرحلة البحث التمهيدي أو التحقيق القضائي من المسائل التي مازالت تثير خلافا في الفقه والقضاء وتردد التشريع المقارن بين النص بصورة صريحة على حظر استعماله وبين الإحجام على النص عن ذلك مما قد يؤدي تفسير سكوته إلى الرجوع إلى القواعد العامة في البحث عن الحقيقة من إباحة جميع الوسائل إلا ما كان منها يمس بالحريات الفردية أو السلامة الجسدية أو النفسية للأشخاص أو انتهاكا لحياتهم الخاصة.

وعلى هذا الأساس نحاول أن نتطرق في الفرع الأول إلى موقف الفقه من استخدام جهاز كشف الكذب ومدى حجية الأدلة المترتبة عليه على أن نتطرق في الفرع الثاني إلى موقف التشريع المقارن من هذا الجهاز على أن نعرج في الفرع الثالث إلى موقف القضاء المقارن من النتائج المترتبة على استعمال هذا الجهاز.

1.2.1.2.2. موقف الفقه

لقد ثار خلاف في الفقه الجنائي حول شرعية استعمال جهاز كشف الكذب في التحقيقات الجنائية ومدى الاعتماد على نتائجه في بناء الحكم القاضي بالإدانة أو البراءة اعتمادا على هذه المؤشرات التي يقدمها الجهاز الأمر الذي أدى إلى انقسام الرأي بين اتجاهين واحد مؤيد والآخر معارض وذلك على النحو الآتي:

1.1.2.1.2.2. الاتجاه المؤيد لاستعمال جهاز كشف الكذب

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الجهاز يعد وسيلة علمية حديثة تساعد المحقق في الوصول إلى الحقيقة وتوجيه تحقيقه في المسار السليم طبقا للمؤشرات التي يقدمها الجهاز[132] ص 11 ويقدمون لذلك عدة حجج تتمثل في الآتي:

دقة وكفاءة الجهاز

يرى مؤيدوا استعمال جهاز كشف الكذب أنه يتميز بالدقة والكفاءة مما يجعل النتائج المتوصل إليها صحيحة في الكشف عن الجريمة والوصول إلى الجناة، وهذا كله راجع إلى ثلاثة عناصر هي مشغل الجهاز ذي كفاءة عالية، وإتباع إجراءات دقيقة للفحص، وخضوع مناسب[72] ص 365 رضائي من قبل الشخص الخاضع للفحص عن طريق الجهاز بعد شرح له كل ما يتعلق بهذا الجهاز حتى لا يكون هناك مدعاة للأشخاص من الأبرياء لتخوفهم من الاختبار.

وإذا كان البعض يرى بأن هذا الجهاز يتميز بالصعوبة الفنية التي لا يستطيع المحقق أو القاضي الإلمام بها فنيا وبالتالي معرفة مدى صدق المتهم أو كذبه أمر يخرج عن دراسة المحقق ويدخل ضمن عمل الخبير، إلا أنه طالما أن العديد من المسائل الفنية كالبصمات وتحليل الدم والتشريح الطبي هو من المسائل الفنية التي يبت فيها الخبير ويقدم خلاصة تقريره للمحقق فإنه من باب أولى يعد اعتماد المحقق على الخبير في هذه المسألة[132] ص 112.

وفي هذا يقرر الأستاذ لوفاسور Levasseur" أنه لا جدال في أنه يمكن للقاضي أن يعتمد على المظاهر الخارجية للمتهم عند استجوابه بوصفها عناصر تساعده في تكوين عقيدته للوصول إلى الحقيقة، فإذا ما احمر وجه المتهم أثناء الاستجواب أو بدت عليه ملامح الحيرة أو بدا مضطربا، فإن للمحقق أن يستخلص النتائج من ذلك أو أن يوجه أسئلته على ضوء ما ظهر له وبالتالي فإن هذه الدلائل الفيزيولوجية تعد بعض الأمارات والقرائن التي يعتمد عليها المحقق في التصرف في الملف، وبالتالي فإذا كانت هذه المؤشرات الفيزيولوجية بوصفها عناصر تساهم في التحقيق، فإنه لا يوجد أي مانع عن البحث عنها وكشفها بطرق علمية.

استعمال الجهاز لا يؤدي إلى الاعتداء على الحرية الشخصية

يرى مؤيدوا استخدام جهاز كشف الكذب عند سؤال المشتبه فيه عند أخذ الإيضاحات أو استجواب المتهم في التحقيقات الجنائية لا يؤدي استعماله إلى الاعتداء على الحرية الشخصية أو انتهاك كرامة الإنسان أو التدخل في العقل الباطن عند الفحص، ذلك أن الفرق الوحيد عند استجواب المتهم بالطرق التقليدية أو استجوابه بواسطة الجهاز هو أنه في الحالة الأخيرة هذه يتطلب فقط حزام يربط على الصدر وآخر يتصل بالرسخ بدون أي أثار جانية لأنه لا توغل هنا في جسم المتهم لسحب أي مادة منه كما في حالة اختبارات الدم أو الجينات الوراثية أو تفريغ المعدة ولا في التدخل في الوعي العقلي الكامل كما في حالة التحليل التخديري[73] ص 388.

أما ما يدعيه البعض بأن المتهم الخاضع لفحص هذا الجهاز يصبح تحت ضغط معنوي بخوفه ورهبته وانزعاجه من الجهاز فهو قول غير صحيح على الإطلاق، ذلك أن المشتبه فيه أو المتهم لمجرد استدعائه لأخذ أقواله في الاستدلال أو سماعه واستجوابه في التحقيق يعتريه الخوف والقلق والرهبة نحو كل تصرف قضائي يتخذ قي حقه ورغم ذلك فإن هذا الإكراه المعنوي لا يؤدي على الإطلاق إلى بطلان الاستجواب وهو نفس الأثر الذي لحقه جهاز كشف الكذب.

كما أن المشتبه فيه أو المتهم الخاضع لفحص الجهاز لا يتعرض إلى أي نوع من الإكراه بل يكون حرا في التعبير عن رأيه ومن ثم تكون نتائج استعمال هذا الجهاز مشروعة تستطيع المحكمة الاعتماد عليها كدليلا للبراءة ولا تكفي وحدها كدليلا للإدانة ذلك أن تسجيل علامات ومؤشرات تنبئ بكذب المتهم لا يعني ذلك إلزاما إدانته ومن ثم تعد نتائج الجهاز مجرد عنصر من عناصر الإثبات

كالدلائل والأمارات ولا ترقى إذا إلى مرتبة الدليل عند توفير مجموعة من الضمانات أهمها أن يكون استعماله بناءا على أمر قضائي مع احترام حقوق الدفاع وحضوره عند تفسير نتائج الجهاز.

استعمال الجهاز لا يتعارض مع قاعدة عدم اتهام الذات

إن اعتراض البعض عن استعمال جهاز كشف الكذب في البحث التمهيدي والتحقيق القضائي من أن يؤخذ بما يصدر عن المشتبه فيه أو المتهم من ردود أفعال يرصدها الجهاز وتمثل سلاحا في مواجهته الأمر الذي يتعارض مع قاعدة عدم اتهام الذات أمر غير المقبول وغير المستساغ وفقا للمراحل الإجرائية والضمانات المتوفرة عند السؤال والاستجواب.

ذلك أنه أثناء مرحلة البحث التمهيدي والتحقيق القضائي وفي إطار جمع الأدلة فيمكن الاعتماد على ما يكون قد صرح به المتهم من أقوال عند استجوابه أو سماعه أو ما يكون قد قدمه من أوراق مفيدة في الدعوى وبالتالي فإن في هذه الحالة يؤخذ بما صدر منه من أقوال وما قدمه من معلومات أو وثائق ورغم ذلك لم يعترض أحدا أو يقول أنه يمثل انتهاكا لقاعدة "عدم اتهام الذات"، كما أن الأخذ بموافقة المستجوب شرطا ضروريا قبل خضوعه لفحص جهاز كشف الكذب.

كما أن هذا الجهاز يستعمل فقط في مرحلتين، البحث التمهيدي والتحقيق القضائي دون مرحلة المحاكمة مما يجعل نتائجه مجرد دلائل وقرائن غير كافية وحدها لإصدار الحكم وإنما مجرد قرائن تستند إلى غيرها من عناصر الإثبات، وفي هذا يقرر الدكتور صادق الملا – باعتباره من مؤيدي استعمال هذا الجهاز – أن دور الجهاز يجب أن يكون قاصرا على رسم الطريق السليم لسلطة جمع الاستدلالات في تتبع الأدلة والبحث عن الحقيقة، كل ذلك دون أن يؤدي إلى اعتبار النتائج الفنية المترتبة على استعمال الجهاز، أو الاعترافات الصادرة عن المتهم أثناء ذلك بمثابة أدلة في المحاكمة[105] ص 145.

2.1.2.1.2.2. الاتجاه المعارض لاستعمال جهاز كشف الكذب

على النقيض من الاتجاه السابق، يذهب فريق آخر من الفقه إلى عدم مشروعية استخدام جهاز كشف الكذب سواء في مرحلة البحث التمهيدي عند أخذ الأقوال والإيضاحات أو في مرحلة التحقيق القضائي عند استجواب المتهم وبالتالي يقع باطلا كل اعتراف تم الحصول عليه إثر استعمال هذا الجهاز ويقدمون عدة انتقادات وحجج تؤكد اعتراضهم يمكن إجمالها في الآتي:

الجهاز لا يقيس الكذب ويؤدي الاعتماد عليه إلى نتائج عكسية

من الانتقادات التي قدمها المعارضون لاستعمال جهاز كشف الكذب في التحقيقات الجنائية الأولية والقضائية هو أن الجهاز لا يقيس الكذب أو حتى يذكر الحالة النفسية التي تصاحب الكذب، وإنما يقوم فقط بتسجيل التوترات العاطفية والتغيرات الفيسيولوجية الناتجة عن هذا التوتر الذي قد يعتري حتى

الأشخاص الأبرياء عند خوفهم من أن يكون الجهاز ضارا ببراءتهم بطريقة لا يقبلونها، أو قد يصيبهم الغضب مجرد الاشتباه فيهم كما في حالة الشخصية العصبية، أو قد يتأثرون عاطفيا إذا وقعت الجريمة على شخص يحبونه أو على ممتلكاته، مما يقدم الجهاز مؤشرات غير حقيقة كما أثبت العلماء أن الشخصية الطفلية أو معتادي الإجرام يتحكمون في نفسهم عند الكذب مما لا يقدم أي مؤشر يختلف عن حالتهم الطبيعية عند التصريح صدقا.

وفي دراسة أجراها السلاح الجوي الأمريكي سنة 1962 على جهاز كشف الكذب بإشراف أساتذة جامعيين تبين أنه بالإمكان تظليل الجهاز وعدم إعطاء نتائج صحيحة في حالة ما إذا حافظ الشخص الموضوع تحت الفحص على هدوئه وابتعد بتفكيره إلى موضوعات بعيدة عن موضوع الاختبار[72] ص 368.

وقد أدى رفض الهيئات العلمية الاعتماد على نتائج جهاز كشف الكذب وذلك للنسبة الضئيلة في الكشف عن الكذب ذلك أن نسبة أقل من 70 % تم الحصول عليها عندما أجريت الاختبارات بواسطة علماء مستقلين وإلى أقل من 20 % عند المقارنة بالتحقيق من الصدق في الاعترافات المتحصل عليها، هذا ما أدى بالعديد من الجمعيات العلمية مثل الجمعية الأمريكية لعلم النفس، ودوائر البوليس الأوربي ترفض استعمال هذا الجهاز.

استعمال الجهاز قد يؤدي إلى تجريم بريء

لقد أدى ببعض الفقه إلى عدم الاعتراف على الإطلاق بجهاز كشف الكذب كأداة في جمع الاستدلالات والتحقيق القضائي مشبهين إياه بأجهزة السحر البدائية أو القاسية التي استعملتها البشرية في فترة من الزمن الغابر، إذ أن هناك عدة عوامل تؤثر في حالة الشخص المراد وضعه تحت الاختبار لهذا الجهاز قد تكون سببا في فشل نتائجه، مما يؤدي الاعتماد عليه إلى إدانة بريء أو تبرئة مذنب ذلك أن بعض الأشخاص لهم حساسية شديدة إذ رغم قولهم الصدق قد تكون لديهم قلق أو اضطراب من مجرد الاتهام أو الخوف من احتمال وقوع خطأ فني في الجهاز أو عدم قدرة الخبير على قراءة جيدة لمؤشرات البيانات بما يعطي لها تفسيرا خاطئا قد يضر بالشخص محل الاختبار مما يتم اتهامه رغم عدم اقترافه للجرم بل مجرد اضطرابات اعترته عند الاستجواب.

وعلى العكس من ذلك هناك فئة من الأشخاص كمعتادي الإجرام يستطيعون التحكم في التأثيرات العاطفية أو التحكم في التنفس والعضلات مثل مدمني الخمر والشخصيات السيكوباتية التي يقف الجهاز عاجزا على القيام بمهامه كما أن لمرضى القلب و الربو وارتفاع ضغط الدم أثر في سلامة النتائج الأمر الذي أدى بالمعارضين لاستعمال هذا الجهاز إلى التأكيد أن الاعتماد على نتائجه قد يؤدي إلى إدانة بريئا في حين يفلت المذنب من كل عقاب[94] ص 210.

استعمال الجهاز فيه إكراه معنوي

لقد اتجه أغلب الفقه إلى عدم استعمال جهاز كشف الكذب في جميع مراحل التحقيقات الجنائية وهذا نظرا للإكراه المعنوي الذي يرتبه هذا الجهاز سواءا عند استعماله من الخوف الذي يعتري الشخص مما تترتب عنه إفرازات تؤكد هذا الإكراه المعنوي.

والقول بأن الجهاز يستعمل برضا المشتبه فيه أو المتهم أمرا فيه مغالطة إذ أن الإرادة في هذه الحالة غير حرة عند الرفض لما يفسر رفض الشخص الخضوع إلى الجهاز في غير صالحه، مما يؤدي به إلى القبول مدفوعا ومرغما حتى لا يفسر رفضه على أنه مقترف الجرم مما يمثل استعمال الجهاز في الحالتين في عير صالحه.

وفي تقديرنا وإن كانت حجج المؤيدين أو المعارضين لاستعمال جهاز كشف الكذب في التحقيقات الجنائية لها وجاهتها فإن الخلاف يدور حول مدى أثر استعمال هذا الجهاز على الحرية الفردية والقيمة القانونية للنتائج المتحصل عليها من استعمال الجهاز.

إذ يلاحظ أن استعمال هذا الجهاز لا يؤثر على الحرية الفردية من حيث إعدام حرية الاختيار لدى الخاضع للفحص وإنما كذلك ينتهك بصورة جلية حق المتهم في الصمت وحرمانه من اللجوء إلى الكذب باعتباره وسيلة دفاع معترف بها لدى مجموع الفقه والقضاء المقارن هذا ما يؤدي بنا إلى مسايرة الاتجاه الرافض لاستعمال جهاز كشف الكذب أثناء جمع الدليل وتداوله سواء في مرحلة الاستدلال أو التحقيق القضائي.

2.2.1.2.2. موقف التشريع المقارن

لقد كان للاتجاهين الفقهيين حول مدى شرعية استعمال جهاز كشف الكذب في التحقيقات الجنائية عظيم الأثر على التشريعات المقارنة، فالقلة من التشريعات نصت صراحة على جهاز كشف الكذب سواء بالإباحة أو الحظر، أما الأغلبية من التشريعات المقارنة أحجمت عن النص على ذلك مما يؤدي إلى تطبيق القواعد العامة في مدى جواز استعماله.

فبالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية نظرا لأنها دولة ذات نظام فدرالي من جهة، وشهد تطور جهاز كشف الكذب في أحضان مخابرها العلمية إذ لا يوجد نص قانوني فدرالي يحظر استعماله في التحقيقات الجنائية، وهذا لاستقلال كل ولاية تشريعيا وقضائيا عن بقية الولايات تحت رقابة المحكمة الفدرالية العليا لذا فإن حظر استعماله نصت عليه كل ولاية بمعزل عن الأخرى ففي سنة 1959 أصدرت كل من ولاية ماسشيست 'Massachusetts" وولاية "إلينوة Illinois" تشريعا حظر على أصحاب العمل والقضاة في المحاكم أن تطلب من أي شخص متهم في قضية أن يقدم لاختبارات جهاز كشف الكذب أو أن يقترحوا شيئا من ذلك على المحاكم الجنائية.

وفي سنة 1963 أصدرت كل من ولاية أوريجون Oregan " وولاية كاليفورنيا California" وولاية نيوميكسيكو New Mexico" وولاية كانتيكي Kentucky" إذ حرمت هذه الولايات استعمال هذا الجهاز.

وفي سنة 1966 أصدرت ولاية تيكساس Texas وشمال داكوتا North Dakota" وولايات ديلوار Delaware وميريلاند Maryland، ونيو جرسي New jersy، التي نصت على حظر استعمال هذا الجهاز في التوظيف ثم امتد هذا الحظر إلى القضاء.

كما نصت المادة 220 من تعليمات النيابة العامة في مصر على أنه:« لا يجوز استخدام جهاز كشف الكذب للحصول على اغتراف المتهم لأن هذه الوسيلة يحوط نتائجها بعض الشك ولذلك لن يصبح لها قيمة علمية توحي بقدر كاف من الثقة في دقة ما تسفر عنه نتائج هذا الجهاز من دلالة»، غير أنه بالنسبة لقانون الإجراءات الجنائية في مصر لم ينص على مثل هذا الحظر، إلا أن المنع الوارد في تعليمات النيابة العامة يمتد ليشمل كل العمل القضائي ذلك أن استعمال هذا الجهاز شائع في أقسام الشرطة وطالما هي تابعة وتحت إشراف النيابة العامة فإن الحظر يطبق هنا بصورة جلية.

أما بالنسبة للمشرع الإيطالي فقد أقر في المادة 367 من قانون الإجراءات الجزائية بصورة واضحة أنه لكي يعد الاستجواب مشروعا لا بد من توافر حرية الإرادة لدى المتهم الذي له أن يرفض الإجابة على الأسئلة التي تصاغ له من قبل قاضي التحقيق، وجهاز كشف الكذب له خاصية أساسية هي عدم إرادية الرجوع التي يوردها وحسب ذلك لا يستطيع الفرد أن يسيطر على هذا الرجوع بما يفهم منه حظر استعمال جهاز كشف الكذب[66] ص 192.

أما بالنسبة للدول التي لم تنص تشريعاتها الإجرائية على جهاز كشف الكذب سواءا بالحظر أو إباحة استعماله مثل المشرع الجزائري فإنه في هذه الحالة يجب الرجوع إلى القواعد العامة في التحقيق وما تقرره أحكامه حيث أنه طبقا لأحكام المادة 49 من قانون الإجراءات الجزائية أعطت لضباط الشرطة القضائية في سبيل التحريات والبحث عن الحقيقة إجراء المعاينات بالاعتماد على أشخاص مؤهلين، وكذلك ما نص عنها في المادة 68 من قانون الإجراءات الجزائية التي أعطت لقاضي التحقيق في سبيل البحث عن الحقيقة القيام بجميع إجراءات التحقيق الضرورية ومنها إجراء فحص طبي أو نفساني أو بأمر باتخاذ أي إجراء يراه مفيدا، الأمر الذي يؤدي بنا إلى طرح الإشكال الآتي هل أن عدم النص على جهاز كشف الكذب في التشريع الجزائري مع إعطاء سلطة واسعة لقاضي التحقيق للبحث عن الحقيقة يعطي له الحق في استعمال هذا الجهاز طالما لا يوجد حظر تشريعي.

أمام فراغ التشريع الجزائري للتصدي إلى هذه الإشكالية، وانعدام أي اجتهاد أعطى رأيه فيها لا بد الرجوع إلى القواعد العامة إذ أن الثابت فقها والمستقر عليه قضاءا أن أي إجراء يؤدي إلى مساس بحق الدفاع كالحق في الصمت المنوه عنه في أحكام المادة 100 من قانون الإجراءات الجزائية أو فيه

اعتداء على الحرية الفردية أو السلامة الجسدية أو النفسية أو مجال الشخصية والحياة الخاصة يؤدي إلى بطلان الإجراء والدليل المترتب عليه، وطالما أن الثابت لدى علماء الأدلة الجنائية أن جهاز كشف الكذب يمس حق المتهم في الصمت ويمنع عليه التخفي وراء الكذب باعتباره من حقوق الدفاع يجعل هذا الإجراء في النظام الإجرائي الجزائري محضورا طبقا للقاعدة العامة الواردة في أحكام المادتين 157 و158 من قانون الإجراءات الجزائية لمساسها بحقوق الدفاع.

3.2.1.2.2. موقف القضاء

إن البحث في موقف القضاء المقارن عن مدى شرعية استعمال جهاز كشف الكذب للحصول على الدليل في التحقيقات الجنائية تؤدي بنا ضرورة الدراسة المقارنة التعرض إلى الاتجاه القضائي الأنجلوسكسوني ثم الاتجاه اللاتيني ثم موقف القضاء العربي وذلك على النحو التالي:

1.3.2.1.2.2. اتجاه القضاء الأنجلوسكسوني

نظرا لأن جهاز كشف الكذب وإن كان قد ولد في إيطاليا على يد العالم والطبيب سيزار لومبروز فإنه لم يرى النور والتطور الذي هو عليه إلا على أيدي العلماء الأمريكيين مما اعتبرت أمريكا مهد استعمال هذا الجهاز وبالتالي كان من الضروري أن يطرح في الممارسة القضائية هناك كما كان لقضائها أثاره على إنجلترا وسويسرا.

موقف القضاء الأمريكي

نظرا لأن أمريكا دولة فيدرالية فإن كل ولاية تستقل تشريعيا وقضائيا، وقد بدأ يشيع استعمال أجهزة كشف الكذب حيث أصبح يربو عددها الآن على الخمسة آلاف جهاز[8] ص 334 وقد أثيرت مسألة مدى قبول الدليل المتحصل عليه من الاستجواب تحت فحص الجهاز واختلفت أحكام المحاكم بشأنها.

فأول ما أثيرت مسألة قبول الدليل المتحصل من جهاز كشف الكذب كان أمام المحكمة الاستئنافيه الفيدرالية سنة 1923 في قضية "فري ضد الولايات المتحدة الأمريكية" إذ رفضت المحكمة قبول الدليل المتحصل عليه من ذلك الجهاز تأسيسا على أن الدليل يتعين أن يكون مستقي من مصادر علمية متفق على دقة نتائجها في الوسط العلمي، وهو ما لم تلاحظ المحكمة توافره في هذه الوسيلة.

وفي قرار صادر عن المحكمة العليا بكاليفورنيا سنة 1948 والذي جاء فيه:« تقبل نتائج جهاز كشف الكذب شريطة أخذ موافقة المتهم سلفا بذلك أو استجوابه بناءا على طلبه بحجة أن رضاه من شأنه إزالة ما قد يؤثر على إراداته»[49] ص 10.

وفي حكم آخر صادر عن المحكمة العليا بماشوست 'Massachusetts" سنة 1962 جاء فيه:« إن نتائج جهاز كشف الكذب غير مقبولة وغير صحيحة ولا يمكن التعويل عليها فضلا عن كونها تمثل انتهاكا للحق الدستوري في عدم جواز إجبار الشخص على أن يكون شاهدا ضد نفسه»[49] ص 26. وفي حكم صادر عن المحكمة العليا بنيو مكسيكو New Mexico" سنة 1961 رفضت فيه الأخذ بنتائج جهاز كشف الكذب كأدلة إدانة على أساس:« أن قدرة جهاز كشف الكذب لم تحقق بعد الحد الأدنى من القبول العلمي ولا تلك الدرجة من الاستقلالية التي يمكن معها أن تقرر المحكمة قبول نتائجها في المحاكمات الجنائية، وما دام الوثوق بها غير محقق فإن الاعتراف الناتج عن استعمال هذا الجهاز يجب استبعاده ولو رضى المتهم بالخضوع له والتزم بقبول نتائجه»[132] ص 118.

ونظرا لهذا التضارب في القضاء الأمريكي بين قبول الدليل المتحصل عليه عن طريق جهاز كشف الكذب لدى بعض المحاكم ورفض مطلق لدى البعض الآخر، واشتراط الموافقة الكتابية لدى البعض الآخر أصدرت المحكمة الفيدرالية الأمريكية سنة 1993 حكم وضعت بموجبه مجموعة من الضوابط تسترشد بها المحاكم في تحديد مدى قبول الدليل المتحصل عليه من أجهزة كشف الكذب وهي:

- ما إذا كانت الوسيلة العلمية التي حصل منها الدليل قد تمت تجربتها أو كانت قابلة للتجريب.
- ما إذا كانت النظرية العلمية التي تقف وراء ذلك قد تم إخضاعها للتحكيم والنشر العلميين الملائمين.
- ما إذا كان يرتبط بالوسيلة المستعملة معدل أخطاء وما إذا كانت الطرق الفنية تخضع لمعايير تحكمها.
- ما إذا كانت النظرية قد حظيت بقبول عام في الوسط العلمي[8] ص 336 .

وعلى الرغم من وضع المحكمة العليا الأمريكية هذه المعايير الاسترشادية هذا ما يؤكد أن قبول استعمال جهاز كشف الكذب من حيث المبدأ قائم في القضاء الأمريكي متى توافرت الشروط الأربعة المنوه عنها أعلاه.

موقف القضاء الكندي

إذا كان القضاء الأمريكي يتميز بالتردد حيال الاعتماد على الأدلة المتحصل عليها من جهاز كشف الكذب، فإن الأمر في كندا غير ذلك منذ البداية، إذ أن المحكمة العليا الكندية رفضت الاعتداد بنتائج جهاز كشف الكذب وذلك تأسيسا على أن قبول هذه الوسيلة في البحث عن الدليل وتقديمه إلى القضاء من شأنه هدم دعائم النظام الاتهامي في الإثبات والمواجهة بين الخصوم فضلا عن أن من شأن ذلك تغليب الجانب الفني على حساب الجانب القانوني.

موقف القضاء الإنجليزي

بالرغم من أن القضاء الإنجليزي يتبنى اتجاه الأخذ وعدم استبعاد الأدلة المستقاة من طرق غير مشروعة، وبالرغم من أن المحاكم الانجليزية تتميز بأخذها بالأساليب العلمية الحديثة في إثبات الجرائم، غير أنه في الممارسة القضائية لا يوجد أي حكم تم فيه الاعتماد على أدلة متحصله من جهاز كشف

الكذب، إذ لا توجد أية نية في استعمال هذا الجهاز للوصول إلى الحقيقة أثناء استجواب المتهم، إذ لا يجوز الاستناد إليه، كما أن القضاء لن يوافق على استعماله في حالة ما إذا ثبت أنها تشبه التحاليل المخدرة[73] ص 390.

2.3.2.1.2.2. اتجاه القضاء اللاتيني

تتميز الدول التي أخذت بالاتجاه اللاتيني أنها تتبنى في مجملها قاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة من طرق غير مشروعة طالما أنها تمثل اعتداء على حقوق وحريات الأفراد وتنتهك حقوق الدفاع بصورة جلية، وباعتبار أن الاستقرار الفقهي يكاد ينعقد على عدم شرعية الأدلة المتحصل عليها عن طريق اختيارات فحص جهاز كشف الكذب فقد انعكس ذلك على قضائها، وهذا ما نلاحظه في بعض أحكام المحاكم لديها.

موقف القضاء الفرنسي

لم تطرح أمام القضاء الفرنسي مسألة مدى شرعية النتائج المستمدة من استعمال أجهزة كشف الكذب ذلك لإن جهات الاستدلال والتحقيق هناك لا تلجأ لهذه الأجهزة في التحقيقات الجنائية[73] ص 390، الأمر الذي أدى بأحد الفقهاء إلى التصريح بأنه إذا كان جهاز البوليجراف يستعمل بشكل واسع في الولايات المتحدة الأمريكية، فإنه غير معمول به في فرنسا إذ يحظر على القاضي الفرنسي اللجوء إلى هذه الطريقة من أجل الوصول إلى الحقيقة.

وقد عرض على القضاء الفرنسي في بعض القضايا مدى قبول الوسائل الحديثة في البحث عن الدليل وتقديمه أمام القضاء كالبصمات الوراثية وجهاز كشف الكذب، والتحليل النفسي وهي وسائل يطالب جانب كبير من الفقه باستبعادها لإخلالها بحقوق الدفاع ومساسها بقاعدة التزام النزاهة في تحصيل الدليل، ولكن آخرون يرون خلاف ذلك، غير أن القضاء هناك سمح بقبول البصمات الوراثية ولكن رفض وأبدى عداء شديد للوسيلتين الأخيرتين جهاز كشف الكذب والتحليل النفسي[8] ص 334.

موقف القضاء الإيطالي

تميز القضاء الإيطالي أنه في نهاية الخمسينات من القرن الماضي أخذه بالنتائج المترتبة على استخدام جهاز كشف الكذب وأنه كان لا يعطي له قيمة الدليل وقوة القرينة في الممارسة القضائية، وهذا ما نلاحظه من خلال حكم صادر عن المحكمة الاستئنافية بروما في 1956/04/27 والذي جاء فيه: «تقبل النتائج التي يسفر عنها جهاز كشف الكذب على أنها من عناصر الإثبات وإن كانت لا ترقى إلى مرتبة الدليل الكامل بل هي مجرد دلائل ليس إلا»[49] ص 16.

غير أنه سرعان ما تغير موقف القضاء الإيطالي إلى حظر استعمال جهاز كشف الكذب في البحث عن الدليل وتقديمه إلى القضاء إذ يرى الفقيه "بانيان Pannain" أن التشريع الإجرائي الإيطالي

ينظم استجواب المتهم ومناقشة الشهود وذلك في إطار المناهج والحدود التي نص عليها هذا القانون الذي يعتبر متعارض مع تطبيق الوسائل والأساليب التي تهدف إلى تقييد الشخصية والقضاء على حرية الفرد[66] ص 192.

كما يقرر الأستاذ "فسالي G. Vassali" أن القضاء الإيطالي يرفض بشدة استخدام جهاز كشف الكذب عند استجواب المتهم أو مناقشة الشاهد في القضايا الجنائية مستندا في ذلك إلى عدم التأكد من المعلومات التي يتحصل عليها عن طريق استخدام هذه الآلة مما لا يعطي لنتائج هذا الجهاز أي قوة في هرم الأدلة الجنائية[168] ص 376.

موقف القضاء الألماني

تميز القضاء الألماني منذ البداية بتبني اتجاه يرفض الاعتماد على الأدلة المتحصلة من نتائج استعمال جهاز كشف الكذب، إذ أشار الأستاذ "ولتار كليمونس Walter Clemens" مندوب ألمانيا في مؤتمر شيكاغو لسنة 1960 أن المحكمة الاتحادية العليا الألمانية أصدرت عدة أحكام تفيد أن الحصول على اعترافات من المتهم نتيجة استعمال جهاز كشف الكذب تقع باطلة باعتبارها تصرف يقع تحت مضمون المادة 136 فقرة 1 من قانون الإجراءات الجزائية[132] ص 112. وتطبيق هذه المادة يعني أنه لا يجوز المساس بما رتبه المشرع من حقوق للمتهم فيما يتعلق بحق الصمت، ومن ثم فإن الاعترافات الصادرة عن المتهم أثناء استعمال هذا الجهاز أمام سلطة التحقيق أو المترتبة على مواجهة المتهم بنتائجه هي اعترافات باطلة[66] ص 190.

3.3.2.1.2.2. موقف القضاء العربي

أما على مستوى الأقطار العربية فلم تثير المشكلة بعد أمام القضاء العربي وهذا لعدم استخدام جهاز كشف الكذب سواء في مرحلة البحث التمهيدي أو التحقيق القضائي، وإن كانت هناك محاولات فقهية في مصر أو العراق أو سوريا يحبذ البعض منها الأخذ بنتائج جهاز كشف الكذب لجمع الاستدلالات وإعطاء لها قوة القرينة غير الكافية وحدها للإدانة بل لمساعدة جهات البحث والتحقيق على توجيه البحث في السعي نحو الحقيقة[105]، في حين ذهب الجانب الأكبر من الفقه خاصة المصري منه إلى رفض استخدام جهاز كشف الكذب لما فيه من اعتداء على الحرية الفردية وانتهاك الخصوصية وحقوق الدفاع[29] ص 98.

أما في بلادنا فإن القضاء لم يبين رأيه بعد حول مدى شرعية استخدام جهاز كشف الكذب في البحث التمهيدي والتحقيق القضائي، إذ لم نعثر على أي حكم منشور أو غير منشور تصدى لهذه المسألة والسبب في ذلك يرجع إلى أن الشرطة القضائية وقضاة التحقيق أو النيابة لم يستخدموا هذا الجهاز في البحث والتحقيق القضائي.

غير أنه علينا أن نقرر بأنه في حالة ما إذا طرح استعمال جهاز كشف الكذب في التحقيقات الجنائية للبحث عن الحقيقة أمام القضاء الجزائري يتعين على قضائنا الوطني رفض الاعتماد على نتائج هذا الجهاز في الحصول على الدليل لما فيه من اعتداء على الحرية الفردية والسلامة النفسية للمتهم والمشتبه فيه مع اعتداء صارخ على حقوق الدفاع خاصة الحق في الصمت واللجوء إلى الكذب.

2.2.2. التنويم المغناطيسي

لقد كان لاستخدام التنويم المغناطيسي في مجال الطب النفسي خاصة بالنسبة لمرضى الاكتئاب والقلق إذ أمكن مساعدتهم عن طريق التغيرات الناجمة عن التنويم في الحالة الانفعالية التخلص من هذه الأمراض بعد عدة جلسات، كما أمكن استخدام هذه الوسيلة في حالة فقدان الذاكرة والنسيان لاسترجاع هذه الأفكار، وكذلك في الطب الجراحي،عند إجراء العمليات الجراحية مثل الزائدة الدودية وعمليات الولادة القيصرية إذ أثبت التنويم المغناطيسي فعاليته دون آثار جانبية كبديل عن التخدير.

وقد لاحظ الأطباء وعلماء النفس أن المريض الخاضع للتنويم المغناطيسي تقوى عملية الإيحاء لديه ويصرح بأقوال ما كان ليدلي بها لو كان في كامل وعيه، هذا ما أدى باتجاه الأفكار الحديثة في فن التحقيق الجنائي إلى إمكان استخدام هذه الوسيلة للحصول على الإيضاحات وانتزاع الاعترافات من المشتبه فيه أو المتهم تساعد في الوصول إلى الدليل وإقامة الحقيقة أمام القضاء.

لهذا سوف نتناول دراسة التنويم المغناطيسي كآلية فنية وعلمية عند استجواب المتهم للحصول على الدليل بالتطرق إلى ماهية التنويم المغناطيسي في المطلب الأول على أن نخصص المطلب الثاني إلى القيمة القانونية للدليل المتحصل عن طريقة التنويم المغناطيسي.

1.2.2.2. ماهية التنويم المغناطيسي

إذا كان التنويم المغناطيسي يمثل أحد الوسائل العلمية للتسلل إلى باطن النفس البشرية، عن طريق استخدام مجموعة من الظواهر التي تحدث نعاسا غير حقيقي لدى الخاضع له، مما يحدث تأثيرا على الحالة الجسمانية والنفسية للنائم، مما ينشط عملية الإيحاء لديه ويسهل توجيهه والسيطرة عليه للتصريح بحقائق وأسرار ما كان يبوح بها في حالة اليقظة، إلا أن هذه الظاهرة والطريقة في التعامل مع النفس البشرية ليست وليدة التكنولوجية الحديثة بل عرفت لدى المجتمعات القديمة تارة كفن من فنون السحر، وتارة أخرى كوسيلة علاجية.

ونظرا للنتائج التي حققتها هذه الوسيلة في الوصول إلى معرفة ما يختزنه الإنسان في عقله الباطن دون البوح به لو كان في حالة الوعي، يستدعي منا البحث إلى تحليل هذه الوسيلة بالتطرق في

الفرع الأول إلى البعد التاريخي للتنويم المغناطيسي، ثم في الفرع الثاني إلى البعد المفاهيمي للتنويم المغناطيسي وذلك على النحو التالي:

1.1.2.2.2. البعد التاريخي للتنويم المغناطيسي

عرفت ظاهرة التنويم المغناطيسي في الحضارات القديمة مثل حضارة مصر الفرعونية إذ كان هناك ما يعرف بمعابد النوم وقد أكد علماء الآثار أنهم عثروا على ورقة بردى عمرها أكثر من ثلاثة آلاف سنة مسجل عليها إجراءات وخطوات التنويم المغناطيسي على نفس النمط والطريقة المعروفة حليا[94] ص 227.

وفي الحضارة اليونانية كان المرضى يقصدون مدينة "أبيدورس" أين يتواجد معبد "اسكولابيوس" وهناك يضع الكهنة المرضى في غشية من النوم وعن طريق الإيحاء كان المرضى يرون صورة الآلهة – حسب معتقداتهم – وتنتهي تلك الجلسات بالشفاء.

ويرجع الفضل في وضع التنويم المغناطيسي في إطاره العلمي كوسيلة للتطبيب في العصر الحديث العالم النفساني النمساوي "فرانز أطوان مسمر F. A. Mesmars" إذ اشتهر باستعمال طريقة التنويم المغناطيسي لعلاج مرضاه وأطلق سنة 1770 على نظريته المغناطيسية الحيوانية والتي مفادها أن الجسم البشري فيه سائل له قطبان أحدهما موجب والآخر سالب، وأن الأعراض المرضية تظهر نتيجة اختلال التوازن بين هذين القطبين سواء عندما تقطع سبل سوائل مغناطيسية خفيفة أو يعاد توزيعها، ولأجل العلاج استخدم مسمر حوض استحمام وعصى مغناطيسية لتوجيه السوائل نحو مرضاه، وإدعى كثير من المرضى شفاءهم بهذه الطريقة في العلاج[99] ص 22.

غير أن العلماء اعتبروا حينها أن ما يقوم به مسمر هو نوع من السحر والشعوذة مما أدى بالمنظمة الطبية في فيينا إلى حرمانه من عضويتها وفي سنة 1784 تشكلت في فرنسا لجنة لأجل التحقيق في نظرية مسمر حول المغناطيسية الحيوانية وقررت اللجنة أنه لا وجود للسوائل المغناطيسية في جسم الإنسان وفسرت حالات الشفاء ترجع لمجرد خيالات المرضى، غير أن مرضى مسمر وطلابه قاموا بنشر نظرية المغناطيسية الحيوانية حتى صارت تسمى على اسمه "المسمرية".

ويعتبر الباحث والطبيب الإنجليزي "جيمس بريد J. BRAID" أول من ابتدع تعبير أو مصطلح التنويم المغناطيسي Hypnotisme" عام 1843[66] ص 197، إذ أوضح أن هذه الحالة تختلف عن حالة النوم وأن التنويم المغناطيسي مجرد استجابة جديدة وليست وليد قوى جبرية وقد حاول تعريف التنويم المغناطيسي بأنه ظاهرة يمكن دراستها علميا.

وفي ذات الحقبة الزمنية قام الطبيب الاسكتلندي جيمس اسدايل J. ISDAIL" باستخدام التنويم المغناطيسي كبديل عن التخدير في العمليات الجراحية الرئيسية بما فيها عمليات بتر الساق إذ أجرى ما يقارب 200 عملية جراحية باستخدام التنويم المغناطيسي كمخدر[99] ص 23.

وفي أواخر القرن التاسع عشر الميلادي أجرى طبيب الأمراض العصبية الفرنسي "جان مارتن شاكو" تجارب حول العلاج بالتنويم المغناطيسي ووجد أن التنويم يلطف كثيرا من الحالات العصبية، مما أكسب عيادته شهرة كبيرة في الوسط الطبي لعلماء زمانه كعالم النفس الفرنسي ألفرد ينيه والطبيب النمساوي سيمون فرويد.

وشاع استخدام التنويم المغناطيسي كوسيلة مهمة لمعالجة الأعياء في أعقاب المعارك وما ترتبه من اضطرابات ذهنية ناجمة عن القتال خلال الحربين العالميتين الأولى والثانية واستعمل الأطباء هذه التقنية بعد الحرب لمعالجة الاضطرابات النفسية ولا يزال العمل به مستمر كوسيلة فعالة حاليا في حل العديد من العقد النفسية والمشاكل الصحية الناتجة عن الاضطرابات والاكتئاب.

وقد عكف علماء الأدلة الجنائية والإجرام إلى دراسة مدى أثر دفع المنوم مغناطيسيا لاقتراف جريمة إذ أجرى العالم Johne Walkins " جون ولكنز" عام 1947 تجارب أكد فيها إمكانية الإيحاء للشخص النائم مغناطيسيا عميقا بأن يعتدي على ضابطه الأعلى أو يفشي أسرار عسكرية، كما أكد العالم "ايستابروك" Estabrooks" إمكانية استخدام التنويم المغناطيسي بنجاح في عمليات الجوسسة[66] ص 198.

ونظرا لهذا النجاح الذي وصل إليه التنويم المغناطيسي فقد تم الأخذ به في الإجراءات الجنائية والعمل القضائي خاصة الأمريكي منه من أجل تحصيل الأدلة الجنائية، أو إعادة محاكمة بعض الأشخاص الذين قضى بإدانتهم أو في مناقشة الشهود[8] ص 338.

2.1.2.2.2. البعد المفاهمي للتنويم المغناطيسي

بالرغم من أن الرأي الغالب في الفقه يتجه إلى أن استجواب المتهم أو سؤال المشتبه فيه لأخذ الإيضاحات تحت تأثير التنويم المغناطيسي للحصول على اعتراف منه ينطوي على انتهاك لشعوره وفكره وجسده، الأمر الذي يستدعي منا التطرق إلى إعطاء مفهوم شامل لعملية التنويم المغناطيسي من كل جوانبها ومعرفة مدى صدق النتائج المتحصل عليها من الناحية العلمية حتى نقف على مدى أهميتها القانونية والقضائية، لذا سنتطرق أولا إلى التعريف بالتنويم المغناطيسي ثم ثانيا إلى المصداقية العلمية لنتائج التنويم المغناطيسي.

1.2.1.2.2.2. التعريف بالتنويم المغناطيسي

حتى نصل إلى إعطاء تعريف شامل ومانع للتنويم المغناطيسي وتجنب ما قد يتداخل معه من تقنيات أخرى في عملية الإيحاء يجدر بنا إعطاء معنى محدد للتنويم المغناطيسي وطرفا عملية التنويم وكيفية إجراء هذه العملية وذلك على النحو التالي:

معنى التنويم المغناطيسي

عرف بعض الفقه التنويم المغناطيسي بأنه:« افتعال حالة نوم غير طبيعي تتغير فيها الحالة الجسمانية والنفسية للنائم ويتغير خلالها الأداء العقلي الطبيعي ويتقبل فيها النائم الايحاد دون محاولة طبيعية لإيجاد التبرير المنطقي له أو إخضاعه للنقد الذي يفترض حدوثه في حالة اليقظة العادية، وتضيق نطاق الأفعال الخارجية للنائم وتقصره على شخصية المنوم وتخضعه بالتالي لارتباط إيحائي[66] ص 196».

كما عرف بأنه:« حالة نوم غير طبيعي يمكن أن يقع الشخص تحت سيطرتها بطرق مختلفة ويترتب عليها حجبا لذات الشخص الشعورية بدرجات متفاوتة تبعا لدرجة عمق النوم المغناطيسي، واختلاف قابلية الخضوع لهذه المؤثرات من شخص لآخر ويجعله خاضعا لإرادة المنوم فتأتي إجابته صدى لما يوحي له به»[73] ص 394، أو هو «نوع من النوم لبعض ملكات العقل الظاهر يمكن إحداثه صناعيا عن طريق الإيحاء بفكرة النوم»[72] ص 389.

كما عرف البعض الآخر التنويم المغناطيسي بأنه:« صورة من صور الإيحاء، فيمكن من خلالها السيطرة على تصور وأفكار شخص آخر، كل هذا عن طريق الإيحاء فقط دون تدخل أي عقاقير طبية أو كيميائية ويمكن من خلاله كذلك سيطرة شخص ما على توجيهه للشخص نحو فكرة معينة، ويعتبره البعض نوعا من أنواع الطب البديل، وتتميز حالة الشخص أثناء عملية التنويم المغناطيسي، بقلة شعور الشخص المنوم بأي شيء خارجي سبب له الألم، وتزيد قدرته على تخيل الصور والمواقف السابقة وتذكرها، كما يمكن له سماع أصوات أو تخيل أشياء لا وجود لها، ويخضع خضوع كلي للنوم في الاستجابة لأي طلب أو عمل يطلب منه القيام به»[99] ص 26.

كما عرف البعض الآخر التنويم المغناطيسي من أنه:«حالة إيحاء المنوم للمنوم بفكرة النوم فيتراخي ويصبح بحالة تبعية للنوم يأتمر بأوامره دون إمكانية التحكم بنفسه أو بردات فعله، وللتنويم المغناطيسي ثلاثة درجات، الدرجة الأولى تتميز بالاسترخاء والفقدان الجزئي للشعور كما يمكن أن تتميز بالانشراح لتحلل الضوابط الإرادية التي تشد الإنسان فيصبح بحالة تلاشي جزئي لأعضائه وتفكيره والدرجة الثانية تتميز بنوم المنوم بحيث تتصلب أعضاؤه ويصبح في حالة فراغ نفساني يهيئه لتقبل

الإيحاء والتجارب معه، والدرجة الثالثة تتميز بحالة النوم العميق الذي يفقد الإنسان كل وعي فيتصرف وكأنه أداة بيد المنوم يحركها كما شاء»[93] ص 610.

ويلاحظ من خلال التعاريف السابقة للتنويم المغناطيسي أنها تتفق جميعها أنه يمثل حالة تؤدي إلى سلب إرادة الشخص الخاضع للإيحاء بالنوم مما يفقد أي أثر لصحة القول سواء كان اعترافا أو شهادة إذ أن أية محاولة لاستنطاق المشتبه فيه للحصول على الإيضاحات أو استجواب المتهم بغير ما تمليه عليه إرادته يمثل نوعا من الإكراه المعنوي المبطل للقول ولو لم ينطوي على أدنى ألم أو تعذيب أو إهانة ظاهرة أو سوء معاملة للمشتبه فيه أو المتهم.

طرفا عملية التنويم المغناطيسي

إن عملية التنويم المغناطيسي تشمل شخص المنوم مغناطيسيا، وكذا الشخص المراد تنويمه، وبالتالي فإن تطبيق هذه التقنية أو الوسيلة في استنطاق المشتبه فيه أو استجواب المتهم تقتضي منا تبيان طرفا عملية التنويم المغناطيسي حتى تظهر الطبيعة الخاصة لهذا النوع من الاستجواب.

المنوم

المنوم هو الشخص القائم بعملية التنويم المغناطيسي وتشترط فيه أن يكون على علم ودراية بعملية التنويم المغناطيسي باعتباره عمل طبي لا يعترف به إلا للأطباء النفسانيين المختصين في العلاج النفسي[94] ص 228.

وبالتالي فإن تطبيق عملية الاستنطاق للمشتبه فيه من طرف الضبطية القضائية لأخذ الإيضاحات واستجواب المتهم من طرف قاضي التحقيق باستخدام التنويم المغناطيسي تقتضي بالضرورة وجود طرف ثالث لا علاقة له بجلسة الاستجواب أو الاستنطاق فهو أقرب إلى عمل الخبير مما يجعله عمل إجرائي قضائي معترف به فقط لقاضي التحقيق وليس عمل استدلالي لعدم جواز الاستعانة بالخبير في الاستدلالات إلا في حالة التلبس كما أن الاستجواب عمل خالص لقاضي التحقيق لا تجوز فيه الإنابة وبالتالي إدارة جلسة التنويم المغناطيسي وطرح الأسئلة على المتهم في حالة الإيحاء والنوم تتم من طرف الطبيب أو الخبير الذي يتحكم في النوم مما يجعل إدارة الاستجواب تتم من طرف الخبير الأمر غير الجائز قانونا لمخالفته للإجراءات الجوهرية المؤدية للبطلان المطلق.

المنوم

المنوم هو الشخص الخاضع لعملية التنويم المغناطيسي وهي لا تتطلب شخصية معينة بل جميع الأشخاص يمكن أن يخضعوا لهذه العملية دون تمييز بين الجنسين أو العمر أو تقدم في السن إلا أن الأشخاص يختلفون في درجة انسياقهم في النوم حسب درجة قابليتهم للإيحاء[66] ص 197، ويمكن أن نميز بين ثلاثة فئات وهي:

المجموعة الأولى: وهي تلك الفئة من الأشخاص ذوي الشخصية القابلية الصلبة جدا للتنويم ويتصفون لكونهم ذي شخصية مسيطرة في علاقاتهم الشخصية وعندهم شعور عميق بالمسؤولية ولا يثقون ويعتمدون على الآخرين في أمروهم الشخصية وفي الغالب يتميزون بأنهم غير عاطفيين وواقعيين لهم إمكانية التفكير والتركيز في آن واحد على أكثر من موضوع دقيقين في معاملاتهم يفضلون الكتابة في التعبير والكلام وإذا مرضوا نفسيا يصابون بالوسواس القهري.

المجموعة الثانية: وهي تلك الفئة من الأشخاص ذوي القابلية العالية للتنويم المغناطيسي فإنهم يتصفون بالحساسية المرهفة وعاطفيين في معاملاتهم ويثقون في الآخرين ثقة كبيرة تجعلهم ينساقون ورائهم ويتركون أمورهم ونادرا ما يصلون إلى مواقع المسؤولية أو القيادة يتميزون بتعلقهم بذكريات الماضي غير مبالين بالمستقبل يتأثرون كثيرا بما يشاهدون من أفلام أو تمثيليات وإذا مرضوا نفسيا يصابون بالهستيريا أو الاكتئاب.

المجموعة الثالثة: فهم الأشخاص الذين يقعون في متوسط القابلية للتنويم وعادة تكون صفاتهم الشخصية في محل معدل بين الشخصيتين السابقتين[99] ص 48.

واستخدام التنويم المغناطيسي على المشتبه فيه أو المتهم للحصول على الإيضاحات والاعترافات أو على الشاهد لمعرفة الوقائع محل المتابعة وبالتالي فإن مدى قابلية المتهم أو الشاهد للتنويم تختلف باختلاف شخصية المنوم الأمر الذي يؤثر على النتائج المرجوة، كما أن إرادة المنوم تخضع لإيحاء الطبيب أو الخبير المنوم مما يجعل تصريحاته غير إرادية مما يفقدها السلامة القانونية.

كيفية إجراء عملية التنويم المغناطيسي

إن البحث في طريقة وعملية التنويم المغناطيسي له دور بارز في معرفة كيفية حصول التصريحات من طرف المنوم مغناطيسيا سواء كان مشتبها فيه أو متهم أو شاهد وبالتالي مدى توافر الإرادة السليمة والإدراك عند تلقي التصريحات، وتبدأ عملية التنويم المغناطيسي بأن يرقد الشخص على ظهره مع إزالة جميع أعراض وبواعث القلق لديه والتي يحس بها قبل إجراء عملية التنويم ثم يبدأ الطبيب أو الخبير "المنوم" في الإيحاء للشخص بالنوم بطريقة تدريجية وبصوت خافت.

وتقوم عملية التنويم المغناطيسي على تضيق نطاق الاتصال الخارجي للنائم ويصبح خاضعا لإيحاء المنوم الذي يتحكم في شخصيته ويتم تعطيل الحالة الشعورية للنائم ويبقى اللاشعور في سيطرة المنوم وتؤدي إلى تعطل وظيفة العقل الظاهر للنائم ويبقى العقل الباطن الذي يقوم بسرد كل ما يطلبه المنوم عن طريق الإيحاء. ويترتب على التنويم المغناطيسي نوعين من الظواهر بعضها فسيولوجية والبعض الآخر سيكولوجية ويمكن إجمالها في الآتي:

الظواهر الفسيولوجية

تتمثل الظواهر الفسيولوجية في تلك التغيرات الجسمانية التي تطرأ على المنوم الخاضع لعملية التنويم المغناطيسي مما يمثل فيها مساسا بالتكامل الجسدي لسير وظائف جسم الإنسان طبيعيا مما يمثل اعتداء على سلامة الجسم وهي كالآتي:

- يحتفظ المنوم مغناطيسيا بدرجة من الوعي بالمقارنة بحالة النوم الطبيعي.
- تظهر تغيرات واضحة على الجهاز التنفسي
- ضيق في مجال الرؤيا
- النكوص العمري وفيه يمكن الإيحاء للشخص المنوم مغناطيسيا أنه في سن معينة وفي هذه الحالة يبدأ بالتصرف وكأنه في تلك السن وهذا ما يساعد على استعادة التذكر.

الظواهر السيكولوجية

تتميز الظواهر السيكولوجية عند إجراء عملية التنويم المغناطيسي يتعطل الإرادة بشكل واضح وإدراك الشخص ويصبح خاضعا لمن يتحكم في عملية الإيحاء مما يمثل مساسا بالتكامل النفسي لجسم الإنسان وهو اعتداء على السلامة الجسدية للشخص الخاضع تحت التنويم وتتمثل هذه الظواهر السيكولوجية فيما يلي:

- زيادة قابلية المنوم للإيحاء مما يؤدي إلى انخفاض قدرة المخ أثناء التنويم على تحليل المؤثرات تبعا لكل مؤثر ويترتب على ذلك سرعة الاستجابة لكل الأوامر التي يأمر بها القائم بالتنويم على الشخص المنوم دون أي تردد أو تبرير لهذه الأوامر ولا شك أن تعطيل وظائف الجسم بفعل الغير يمثل اعتداء على التكامل الجسدي لجسم الإنسان ليسير طبيعيا.
- ألفة النائم مع النوم
- القدرة على الاتصال مع العقل الباطن أو اللاشعور إذ أن الشخص النائم يكون أكثر قدرة على تذكر الأحداث البعيدة ويمكن من خلال توجيه اللاشعور عن طريق الإيحاء المباشر معرفة تفاصيل هذه الأحداث وهذا ما يمثل اعتداء على الحق في الحياة الخاصة في صورة الاعتداء على حق الدخول في طي النسيان.

ونظرا لما حققه التنويم المغناطيسي في مجال الطب النفسي من استعادة الذكريات الماضية التي دخلت في اللاشعور وأصبحت في طي النسيان وتحت ضغط الانتشار الرهيب للجرائم خاصة المنظمة منها ومطالبة الرأي العام الملحة بمكافحة الجريمة وتحقيق الحماية والأمن لم تتوانى الأفكار الحديثة في فن التحقيق الجنائي إلى إماكن استخدام التنويم المغناطيسي كآلية في مجال التحقيق الجنائي للوصول إلى الحقيقة لما له من دور في استدعاء المعلومات من وجدان المتهم بسهولة ما كان للمتهم أن يصل إليها بالطرق العادية في البحث والتحقيق.

2.2.1.2.2.2. المصداقية العلمية لنتائج التنويم المغناطيسي

يعتبر التنويم المغناطيسي إحدى الوسائل والعمليات المعمول بها في الطب النفسي والسلوك البشري ذلك أن الأحداث والوقائع الهامة التي مرت على الإنسان ودخلت طي النسيان يمكن عن طريق التنويم المغناطيسي استعادتها بكل سهولة، هذا ما يؤدي إلى إمكانية استعمال التنويم المغناطيسي من الناحية العلمية مع المستجوبين المتهمين أو المشتبه فيهم وكذا عند سماع الشهود بهدف الحصول على معلومات مختزنة لديهم، يكونون بسبب النسيان غير قادرين على تذكرها وإعادة إصدارها وقد أجرى العالم الأمريكي "ساميول حريبر Samuel R. ereber"تجربة على استعادة الذاكرة توصل فيها أن التنويم المغناطيسي يساعد بصورة كبيرة في شخذ المقدرة على التذكر[66] ص 198.

ولتحديد مدى المصداقية العلمية للنتائج المتحصل عليها عن طريق التنويم المغناطيسي يمكن لنا طرح الإشكال الآتي، هل من الممكن أن يطيع النائم مغناطيسيا الشخص الذي قام بتنويمه وأوحى له بارتكاب فعل غير اجتماعي أو غير أخلاقي ويمثل جريمة على الرغم من معارضة هذا الإيحاء لإرادته؟

لقد أجرى الأطباء وعلماء النفس العديد من التجارب لإثبات أن الشخص الموضوع تحت تجربة التنويم المغناطيسي يخضع لإيحاء الخبير أو الطبيب الذي قام بتنويمه إذ أجرى العالم "جون والكينز" Johne. Walkins" تجارب سنة 1947 أكد فيها أنه يمكن الإيحاء لشخص النائم نوما مغناطيسيا عميقا بالاعتداء على شخص آخر، كما أكد العالم "استابروكس Estabrooks" على إمكانية استخدام التنويم المغناطيسي بنجاح في عمليات الجوسسة.

وقد أكد العالم الدانماركي "ريتر Reiter " إمكانية ارتكاب شخص لجريمة عن طريق الإيحاء وهو في حالة تنويم مغناطيسي، وأيد هذا الرأي "ملتون فون كليين Miltone vkline" إذ في تجربة قام بها تمكن من جعل أحد الأشخاص يقوم بعدة أفعال غير اجتماعية وتمثل جريمة معاقبا عليها ما كان هذا الشخص ليرتكبها لو كان في حالة اليقظة العادية، وأكد "ماير L Mayer" أن أحد الأشخاص كان موظفا في أحد البنوك بألمانيا تمكن من إخضاع سيدة للتنويم المغناطيسي مرات عديدة حتى تسلط عليها ثم أصبح يمارس عليها الجنس واستعملها في ارتكاب عدة جرائم.

غير أنه في تجارب أخرى أكد العلماء عدم إمكانية قيام الشخص الخاضع للتنويم المغناطيسي القيام بأفعال أوحى بها المنوم طالما كانت تتعارض مع ميوله وأخلاقه، كما أن هناك طائفة من الأشخاص ذوي شخصية قوية لا يؤثر عليها التنويم المغناطيسي، هذا ما يؤدي بناء إلى التأكيد على أن التنويم المغناطيسي وإن كان يساعد على تذكر الوقائع التي جرت في الماضي ودخلت طي النسيان غير أنه لا يمثل وسيلة علمية ذي كفاءة ونتائج مؤكدة في الوصول إلى الحقيقة[94] ص 220 لأن الأمر

يتعلق بوجدان شخصية مفككة لا يمكن الاعتماد على تصريحاتها لأنها تتكون من خيالات وذكريات وردود أفعال عاطفية لا يمكن أن نصنع منها دليلا يساعد في الوصول إلى الحقيقة.

2.2.2.2. القيمة القانونية للدليل المتحصل عن طريق التنويم المغناطيسي

نظرا لأن التنويم المغناطيسي يمثل أحد الوسائل الناجعة والمهمة في التسلل إلى باطن النفس البشرية للشخص عن طريق الإيحاء الذي يمحو النشاط الواعي للعقل تاركا اللاوعي يتحمل مفعول الإيحاء مما يسهل على المنوم – قد يكون خبير نفساني بمعرفة المحقق – إلى قيادة المشتبه فيه أو المتهم للتصريح بعدة أمور وحقائق قد تمثل اعترافا من جانبه أو تقديمهم معلومات ذات أهمية قصوى في الوصول إلى الحقيقة وإنهاء التحقيق ما كان ليصرح بها لو كان في حالة الوعي الطبيعية.

وبالرغم من الاتفاق العلمي واستقراره على أن حالة الإرادة بالنسبة للمنوم مغناطيسيا تعطل بشكل جزئي أو كلي، فإن الدليل المتحصل عليه من هذه الوسيلة أخذ يشق طريقه بقوة في الإجراءات الجنائية المقارنة خاصة الأنجلوسكسونية منها، وأخذت استعمالاته تتعدد سواء في مواجهة المتهم أو الشاهد أو حتى المجني عليه من أجل الحصول على الدليل.

وقد اختلفت أراء الفقه حول شرعية الدليل القولي المتحصل عليه من استخدام التنويم المغناطيسي وكان لهذا الاختلاف أثره البارز سواءا على المشرع أو القاضي، وفي هذا المقام سوف نعرض في الفرع الأول موقف الفقه ثم في الفرع الثاني موقف المشرع، على أن نتطرق في الفرع الثالث إلى موقف القضاء وذلك على النحو التالي:

1.2.2.2.2. موقف الفقه

اختلفت أراء الفقهاء حول شرعية استخدام التنويم المغناطيسي في البحث التمهيدي والتحقيق القضائي والمحاكمة وبالتالي مدى الاعتماد على ما يمكن التوصل إليه من اعترافات أو معلومات في الوصول إلى الحقيقة بين اتجاهين أحدهما معارض لهذه الطريقة والآخر مؤيدا لها.

1.1.2.2.2.2. الاتجاه المعارض لاستخدام التنويم المغناطيسي

يذهب غالبية الفقه المقارن إلى أنه لا يجوز للمحقق أو القاضي أن ينتدب خبيرا أو طبيبا نفسانيا لتنويم المشتبه فيه أو المتهم مغناطيسيا، قصد الوصول إلى انتزاع اعتراف منه باقترافه للجريمة موضوع التحقيق أو الحصول على معلومات تفيد في الوصول إلى الحقيقة حتى وإن تم ذلك بموافقة

المتهم لأجل إظهار براءته[132] ص 124، مما لا يكون لهذه الاعترافات أو المعلومات المتحصل عليها أية قيمة قانونية لبطلانها المطلق ويستندون في تبرير مواقفهم المعارضة إلى الحجج التالية:

- لا يمكن الاعتماد على التنويم المغناطيسي كآلية وإجراء في التحقيق القضائي باعتبار هذه الوسيلة غير ثابتة علميا ولم تصل إلى درجة الإجماع في صحة النتائج المتحصل عليها ذلك أن النائم مغناطيسيا قد تأتى تصريحاته غير معبرة على الحقيقة وإنما هي نسيج من الخيال لكل ما يختزن عقله البطن وبالتالي قد تكون التصريحات التي يدلون بها من وحي خيالهم غير مرتبطة بالواقع ولا يصرحون بحقيقة الوقائع الإجرامية كما وقعت، وإنما يرونها من وجهة نظرهم الشخصية وفقا لتصوراتهم وخيالهم الأمر الذي يؤدي بانحراف الحقيقة الواقعية عن الحقيقة القضائية التي يستهدفها المحقق.

- إن التنويم المغناطيسي هو وسيلة لعرقلة الإرادة وتعطيلها وهو في الواقع إحدى صور الإكراه المادي لوقوعه على جسم الخاضع شخصيا للإجراء مما يؤثر على سلامة جهازه العصبي والحسي مما يجعله مكرها على ما يأتيه من أفعال وأقوال الأمر الذي يجعل استخدام التنويم المغناطيسي في إجراءات البحث عن الدليل وتقديمه أمر محظور ولو كان برضاء المتهم طالما أنه يحتمل أن يكون رضاؤه ناتجا عن خوفه من أن يعتبر رفضه الخضوع إلى التنويم قرينة على إدانته، كما أن رضا المتهم في هذه المسائل ليست له قيمة قانونية لأنه لا يستطيع أن يتنازل عن الضمانات الدستورية[105] ص 168.

- يعتبر التنويم المغناطيسي إحدى الوسائل الحديثة للتعذيب لانطوائه على المساس بسلامة الجسم البدنية النفسية[60] ص 96، كما أنها تصدم الضمير الإنساني وتعامل الإنسان كالحيوان الذي تجرى عليه التجارب[132] ص 126 مما يمثل مساسا خطيرا بجسم الإنسان الذي يجب كقاعدة أصلية أن يخرج من دائرة التعامل والتجارب.

- إن استعمال التنويم المغناطيسي في التحقيقات الجنائية يؤدي إلى أن تعلو أرادة المحقق بمعرفة الخبير القائم بالتنويم على إرادة المتهم أو المشتبه فيه المنوم بحيث يسيطر عليها ويقودها إلى تنفيذ ما يريد القائم بالتنويم دون أدنى حرية أو اختيار من طرف المشتبه فيه أو المتهم الأمر الذي يؤدي إلى الإكراه المبطل للقول سواء كان اعترافا أو إيضاحات أو شهادة[138] ص 185.

- إن فكرة سؤال المشتبه فيه لأخذ الإيضاحات أو استجواب المتهم تحت تأثير التنويم المغناطيسي للحصول على الاعترافات والتصريحات ينطوي على اعتداء على شعور المتهم وحق الألفة لديه باعتباره مأواه ومكنون سره الداخلي وفيه انتهاك لأسرار النفس البشرية واعتداء على الحق في الحياة الخاصة[68] ص 248.

ويجمع الفقه المعارض على أن التصريحات والاعترافات الصادرة عن المشتبه فيه أو المتهم تحت تأثير التنويم المغناطيسي لا قيمة لها من الناحية القانونية ولا أثر لها في إقامة الحقيقة القضائية ذلك

أن التنويم يدخل ضمن الأعمال غير المشروعة شأنه في ذلك شأن التعذيب ويسلب المتهم أرادته وينتهك حق المتهم في الدفاع خاصة حقه في الصمت.

2.1.2.2.2.2. الاتجاه المؤيد لاستخدام التنويم المغناطيسي

بالرغم من الانتقادات التي وجهت لاستخدام التنويم المغناطيسي في التحقيق الجنائي للحصول على الإيضاحات من المشتبه فيه أو الاعترافات من المتهم، إلا أن طائفة من الفقه الحديث لا يستهان بها أكدت إمكانية استخدام هذه الوسيلة في الإثبات والتحقيق الجنائي ويقدمون عدة حجج وتبريرات لذلك لتلافي الانتقادات التي وجهها الرأي المعارض وذلك على النحو التالي:

- إن أهمية سؤال المشتبه فيه لأخذ الإيضاحات أو استجواب المتهم بعد تنويمه مغناطيسيا لا يمكن إهمالها أثناء البحث عن الحقيقة لسبب ما أثير حولها من الخلافات، بحيث يمكن استخدام هذه الوسيلة وتجنب العيوب التي أثيرت بشأنها وذلك بتوفير مجموعة من الضمانات تتمثل في الآتي:

- ضرورة موافقة المشتبه فيه أو المتهم لخضوعه للتنويم المغناطيسي عند الأخذ منه الإيضاحات أو استجوابه ويعتبر حينها حق المتهم في الدفاع حسبما يحقق له فائدة.

- عدم اللجوء للتنويم المغناطيسي إلا عند الضرورة باعتباره الوسيلة الوحيدة المتبعة للوصول إلى الحقيقة.

- أن يقتصر أمر استخدام التنويم المغناطيسي للتحقيق في الجرائم الخطيرة كالقتل أو التقتيل أو الجرائم الماسة بأمن الدولة متى توافرت فيها دلائل قوية للاتهام.

- أن يتم التنويم المغناطيسي بمعرفة خبير طبي مختص في وسط استشفائي[132] ص 126.

- حتى وإن كان التنويم المغناطيسي يسلب إرادة المشتبه فيه أو المتهم فإن التصريحات التي يدلي بها لا تؤخذ على سبيل الدليل، وإنما مجرد دلائل وقرائن تساعد المحقق في توجيه تحقيقه[94] ص 223 الوجهة السلمية خاصة في مرحلة الاستدلال للحصول على الأدلة التي تساعد في إصدار الحكم فهي وسيلة تدخل ضمن الاستدلالات وليست الإجراءات.

- يؤكد أنصار هذا الاتجاه المؤيد لاستخدام التنويم المغناطيسي في التحقيقات الجنائية ضرورة التفرقة بين نتيجتين من نتائج التنويم وهما:

- الأولى: أن يكشف التنويم المغناطيسي عن أمور تكون في صالح المتهم بأن تنقله من مركز قانوني سيء إلى مركز قانوني أحسن أو أقل سوءا وفي هذه الحالة يجوز الأخذ بنتائج التنويم المغناطيسي.

- الثانية: إذا كشف التنويم المغناطيسي عن أمور في غير مصلحة المتهم ومن شأن الأخذ بها أن تسيء إلى مركزه القانوني وتزيد النتائج من مسؤولية المتهم أو تشدد الوصف القانون لها وفي هذه الحالة لا يجوز الأخذ بنتائج التنويم واعتبارها غير شرعية.

- يتجه مجموعة من الفقه[66] ص 307 إلى جواز الأخذ بنتائج التنويم المغناطيسي في مرحلة جمع الاستدلالات التي تقوم بها الضبطية القضائية دون التحقيق ويقدمون عدة حجج لذلك منها:

- إن استخدام التنويم المغناطيسي إذا كان يرضى صاحب الشأن يصح أن يكون وسيلة لجمع الاستدلالات فقط.

- إن الطبيب المختص بإجراء التنويم المغناطيسي يعد أحد الخبراء وقد أباح القانون لضابط الشرطة القضائية ندب الخبراء في مرحلة الاستدلال والتحريات.

- إن الاعتماد على التنويم المغناطيسي عند سماع المشتبه فيه لأخذ الإيضاحات أو الشاهد لأخذ شهادته قد يستدعيها لظروف إذا كان المشتبه فيه يصرح خلاف حقيقة لإخفاء حقيقة مرتكب الجريمة أو خوفا من ذكر تردده على المسكن لعلاقة جنسية غير مشروعة له يريد إخفائها.

- إن تصريحات المشتبه فيه أمام الضبطية القضائية باستعمال التنويم المغناطيسي تعد فقط دلائل تعزز التحقيق لا يعتمد عليها القاضي كلية ما لم تكن معززة بأدلة أخرى طبقا لقاعدة تساند الأدلة.

2.2.2.2.2. موقف التشريع

يختلف التشريع المقارن في تحديد موقفه في استعمال التنويم المغناطيسي في التحقيق الجنائي للبحث عن الدليل وتقديمه بين اتجاهين، أحدهما نص صراحة على هذه الوسيلة فيما أحجم الآخر عن التطرق إليها الأمر الذي يرجع بشأنه إلى القواعد العامة، وتقيدا بمبدأ الدراسة المقارنة سنتطرق إلى موقف التشريع الأنجلوسكسوني أولا، ثم موقف التشريع اللاتيني ثانيا.

1.2.2.2.2.2. موقف التشريع الأنجلوسكسوني

يمكن أن نميز بين موقفين في التشريع الأنجلوسكسوني وهما التشريع الأمريكي، والتشريع الإنجليزي.

بالنسبة للتشريع الأمريكي

يتجه المشرع الأمريكي إلى وضع قاعدة دستورية مفادها أن استعمال التنويم المغناطيسي كوسيلة للحصول على اعتراف المتهم في المسائل الجنائية يشكل انتهاكا للتعديل الدستوري الرابع ومساس بالحقوق الشخصية للفرد وتدخلا سافرا في عقل الإنسان[73] ص 394.

غير أنه شاع في أمريكا على ما اصطلح على تسميته بالتنويم المغناطيسي الشرعي لأغراض قانونية[8] ص 338 وتتمثل المجالات الرئيسية التي يلجأ فيها إلى هذه الوسيلة وهي:

- في حالة رد المحلفين يتم فحص المحلفين عن طريق التنويم المغناطيسي لرد بعضهم.

- في حالة إعداد شاهد مضطرب الأعصاب قبل مثوله للشهادة أمام المحكمة أو تهدئته عصبيا بعد تنويمه وخضوعه لاستجواب الخصم.
- الكشف على الحالة العقيلة للمتهم وقت ارتكابه الجريمة أو بواعثه لاقترافها.
- المساعدة في تحسين القدرة على التذكر سواء للمجني عليه أو الشاهد أو المتهم.

بالنسبة لتشريع الإنجليزي

نظم المشرع الإنجليزي بموجب قانون صادر سنة 1952 العلاج النفسي عن طريق التنويم المغناطيسي إذ حرم استعمال هذه الوسيلة في ألعاب الترفيه التي تقدم للجمهور بمقابل أو بدون مقابل وفرض غرامة مالية تصل إلى خمسون جنيها إسترلينيا على كل من يخالف أحكام هذا القانون، إلا أنه سكت عن استخدام التنويم المغناطيسي في التحقيق الجنائي.

غير أنه يرجع حظر استخدام التنويم المغناطيسي في التحقيقات الجنائية إلى لائحة صادرة عن وزير الداخلية بتاريخ 1948/02/01[132] ص 128. كما أن القانون الإنجليزي قصر في المادة 76 فقرة 02 من قانون الشرطة والإثبات الجنائي لسنة 1984 عدم قبول اعتراف المتهم كذلك من قبل ممثل الإدعاء إذا تبين لها أن ذلك الاعتراف قد تم أو يحتمل أن يكون قد تم إما باستعمال وسيلة قسرية ضد المتهم أو على أثر من يكون قد أثر على صدق الاعتراف.

غير أنه وفقا لقواعد الاستبعاد التي تحكم سير الإجراءات الجنائية والخاضعة لسلطة قاضي الموضوع فإن قبول الدليل المتحصل عليه عن طريق التنويم المغناطيسي يخضع في تنظيمه الإجرائي لفرضين، ففي الفرض الأول قد يكون الخضوع لتجربة التنويم المغناطيسي على غير إرادة الشخص سواء كان مشتبها فيه أو متهما أو شاهدا وهو ما يطلق عليه بالتنويم غير الإرادي وهنا يستبعد الاعتراف في القانون الإنجليزي لأن الطريقة التي استعملت في تحصيل الاعتراف كان وسيلة قهرية، أما خارج هذه الحالة أي في حالة الخضوع الإرادي للتنويم المغناطيسي فإن استبعاد الدليل أو الأخذ به يرجع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع[8] ص 339.

2.2.2.2.2.2. موقف التشريعات ذات الأصول اللاتينية

تميزت القوانين ذات الأصول اللاتينية أنها انقسمت إلى اتجاهين اتجاه تبناه المشرع الفرنسي والذي لم ينص صراحة سواء في قانون الإجراءات الجزائية أو أي قانون آخر على التنويم المغناطيسي سواءا بالإباحة أو التحريم في العمل الإجرائي القضائي عند البحث عن الدليل وتقديمه أمام القضاء وسارت مختلف التشريعات العربية وراء هذا الاتجاه. واتجاه آخر أخذت به تشريعات أخرى ضمن العائلة اللاتينية نصت صراحة على عدم جواز استخدام التنويم المغناطيسي في التحري والتحقيق القضائي مثل المشرع الألماني والمشرع الإيطالي.

بالنسبة للمشرع الألماني

لقد نص المشرع الألماني في أحكام المادة 136 من قانون الإجراءات الجزائية على أحكام يمنع بموجبها الاعتداء على حرية المتهم بالمعاملة السيئة أو الإجهاد أو التعذيب أو الخداع أو التنويم المغناطيسي، كما جرم أي تدبير لإضعاف الذاكرة أو القدرة على الفهم للمتهم.

كما لا يعطي المشرع الألماني لموافقة المتهم للخضوع للتنويم المغناطيسي أية قيمة قانونية إذ أن هذه الوسائل المحرمة تطبق حتى وإن وافق المتهم على الخضوع لهذه التدابير[72] ص 396.

بالنسبة للمشرع الإيطالي

تميز قانون الإجراءات الجزائية الإيطالي الصادر سنة 1930 أنه نص صراحة في أحكام المادة 613 منه على حظر استخدام التنويم المغناطيسي للحصول على اعتراف المتهم مع معاقبة كل من تسبب في سلب حرية الإرادة والتفكير لدى شخص ما بغض النظر عن مركزه القانوني بالتنويم المغناطيسي أو استخدام مواد كحولية أو مخدرة سواء كان ذلك بموافقة هذا الشخص أو بدونها.

وعند صدور قانون الإجراءات الجزائية الحالي رقم 88/447 المؤرخ في 1988/02/16 والذي دخل حيز التنفيذ في 1989/10/24 حرم صراحة استخدام الآليات والوسائل التي تؤثر على إرادة المستجوب.

بالنسبة للمشرع البرتغالي

تميز المشرع البرتغالي بالنص صراحة على تحريم التنويم المغناطيسي في التحريات والتحقيق القضائي ولو كان ذلك بموافقة المشتبه فيه أو المتهم وهذا في صريح المادة 261 من قانون الإجراءات الجزائية التي تنص على أنه:« على أي هيئة أو شخص مشترك في الدعوى الجنائية التعرض بالأذى للمتهم سواء في إرادته أو في قراراته عن طريق التعذيب أو الإهانات الجسدية أو ممارسة أية وسائل كالتنويم المغناطيسي أو سلب الإرادة، ويمنع استخدام مثل هذه الوسائل حتى إذا وافق المتهم على الخضوع لها، وكل من يخالف هذه التعليمات يقع تحت طائلة القانون»[94] ص 231.

3.2.2.2.2.2. موقف التشريعات العربية

لم تختلف التشريعات العربية عما هو مستقر عليه في التشريع الفرنسي وذلك بعدم النص على حظر التنويم المغناطيسي كوسيلة للبحث عن الدليل الجنائي مما يرجع في هذه المسألة إلى المستقر في القواعد العامة في البحث عن الدليل.

بالنسبة للمشرع المصري

لم يتعرض المشرع المصري النص على التنويم المغناطيسي في قانون الإجراءات الجنائية وما إذا كان يعد من وسائل جمع الاستدلالات المشروعة أو التحقيق القضائي أم لا.

ونظرا لأن النيابة العامة في النظام الإجرائي المصري بصفتها الجهة المهيمنة على الإجراءات بمفهومها الواسع سواءا القضائي منه أو الاستدلالي فقد منعت على أعضائها صراحة استخدام التنويم المغناطيسي للبحث على الدليل سواء في مرحلة التحريات أو التحقيق معتبرة إياه إكراها ماديا ولو برضا الشخص [3] ص 236 المعني وهذا في صريح المادة 219 من تعليمات النيابة العامة التي نصت على أنه:« يعتبر تنويم المتهم مغناطيسيا واستجوابه ضربا من ضروب الإكراه المادي يبطل اعترافه ولا يغير من ذلك رضاء المتهم به مقدما».

وإن كان حظر استعمال التنويم المغناطيسي قد نص عنه في تعليمات النيابة العامة في النظام الإجرائي المصري غير أن ذلك غير كاف لتحقيق الحماية ما لم يتم إدراج هذا المنع والحظر في قانون الإجراءات الجنائية.

بالنسبة للمشرع الجزائري

بالرغم من حداثة تشريعنا الإجرائي الصادر سنة 1966 بالمقارنة للتشريعات الأوروبية كالألماني والإيطالي والبرتغالي والتي نصت صراحة على تحريم استعمال التنويم المغناطيسي في التحقيقات الجنائية، فإن تشريعنا الوطني لم ينص على استعمال هذه الوسيلة في البحث عن الدليل سواء بالتحريم أو الإباحة مما يجعله خارج النقاش الذي يدور في التشريعات المقارنة حول مدى شرعية استخدام الوسائل العلمية الحديثة في التحقيق الجنائي.

غير أن تحريم استعمال التنويم المغناطيسي في التشريع الإجرائي الجزائري يخضع لتطبيق القواعد العامة التي تحرم أي مساس بالإرادة أو الإدراك للمتهم أو المشتبه فيه وأي مساس لذلك يعد من قبيل التعذيب المجرم قانونا. وهو يدخل ضمن المنع الوارد في أحكام المادة 34 من الدستور التي تنص على أنه:« تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة». وكذلك حسبما ورد في أحكام المادة 35 من الدستور من أنه:« يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات، وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية».

وطالما أن هذه الوسيلة أجمع الفقه على مساسها بالحق في الحياة الخاصة للأفراد واعتدائها على حقوق الدفاع لإعدامها وإهدارها لحق الصمت بالإضافة إلى اعتدائها على التكامل الجسدي المادي والمعنوي يجعل حظر استعمالها في النظام الإجرائي الجزائري يستند إلى القواعد الدستورية السابقة الإشارة إليها.

غير أن القواعد العامة لا تفي بالغرض لتوفير الحماية بعدم استعمال هذه الوسائل في مرحلة البحث التمهيدي والتحريات الأولية مما نهيب بالمشرع الجزائري ضرورة التدخل بموجب نصوص خاصة للنص على حظر هذه الوسيلة مع النص على الجزاء الإجرائي للدليل المتحصل عليه باستعمال

التنويم المغناطيسي مع ترتيب جزاء جنائي عن مخالفة أحكامه على غرار ما هو حاصل لدى مختلف التشريعات المقارنة.

3.2.2.2.2. موقف القضاء

اتجهت أحكام القضاء المقارن في مجملها إلى عدم جواز استخدام التنويم المغناطيسي في التحقيقات الجنائية وإهدار كل دليل يتم الحصول عليه بهذه الطريقة، غير أن الاختلاف قائم بينهم حول مدى جواز قبول هذه الطريقة في حالة موافقة الشخص الخاضع لها سواء كان مشتبها فيه أو متهما أو شاهدا؟ وكذا مدى جواز الأخذ بها كإحدى الوسائل والآليات لجمع الاستدلالات والدلائل في مرحلة البحث التمهيدي والتحري؟ وذلك على التفصيل الآتي بيانه:

1.3.2.2.2.2. موقف القضاء الأنجلوسكسوني

يتميز القضاء في الدول التي تتبنى الاتجاه الأنجلوسكسوني أنه يساير كل التطورات العلمية الحاصلة في ميدان التحقيق الجنائي واستعمال الوسائل العلمية في البحث عن الدليل وتقديمه وهذا ما يمكن ملاحظته في عدة أحكام قضائية فصلت في مسألة استعمال التنويم المغناطيسي.

على الرغم من انتشار ظاهرة التنويم المغناطيسي انتشارا واسعا في الولايات المتحدة الأمريكية خاصة في مجال الطب النفسي فإن القضاء هناك يعارض بشدة استخدامه في مجال التحقيقات الجنائية إلا إذا كان بناءا على طلب الشخص المعني وكان ذلك ضروريا ففي قضية ليبرا ضد دنيو Layra. V. Denno والتي استبعد القضاء الأمريكي الاعتراف الناتج عن التنويم المغناطيسي في قضية تتلخص وقائعها في أن:«شاب اتهم بقتل والديه بمطرقة، غير أن المتهم أنكر ارتكابه للجريمة فقامت الشرطة باستدعاء أخصائيا نفسانيا الذي قام بتنويم المتهم مغناطيسيا بعد أن وضعت الشرطة ميكروفون للتسجيل فأوحى له الأخصائي بأنه قد التقط المطرقة التي قتل بها والديه على إثر ذلك اعترف المتهم بهذه الجريمة وسارعت الشرطة إلى تسجيل هذا الاعتراف ولما عرضت هذه القضية أمام المحكمة العليا الأمريكية رفضت قبول هذا الاعتراف على أساس أنه اعتراف غير أرادي وأن الحصول عليه بهذه الطريقة فيه حرمان للمتهم من حقوقه الدستورية»[72] ص 395.

وفي حكم آخر صادر عن محكمة كاليفورنيا سنة 1961 رفضت الأخذ بالاعتراف المدلى به من طرف المتهم الواقع تحت تأثير التنويم المغناطيسي إذ قدرت المحكمة أنه:« متى كان من آثار التنويم المغناطيسي وضع الشخص المنوم تحت سيطرة المنوم، وما يستتبعه ذلك من إيحاءات وما يتبعها من الإدلاء بأقواله، ولما كان الأمر كذلك بأن تأثير المنوم على المنوم يكون واضحا وتكون الاعترافات التي

تم الحصول عليها في مثل هذه الظروف شأنها شأن كلام النائم أثناء نومه، أو كأن من يرى أشياء غير موجودة أو الواقع تحت تأثير العقاقير المخدرة»[132] ص 131.

غير أنه سرعان ما تغير موقف القضاء الأمريكي في الاعتماد على الدليل المتحصل عليه عن طريق التنويم المغناطيسي طالما كان ذلك برضا المتهم وموافقته على الإجراء، إذ في قضية Arthur Nébb لسنة 1962 سمحت المحكمة لأخصائي أمراض عقلية بأن يقوم بتنويم المتهم في غياب المحلفين واستجوابه أثناء التنويم عن واقعة إطلاق الرصاص، وقد شارك ممثل الإدعاء في هذا الاستجواب وعلى إثره تم إعادة تكييف التهمة من قتل عمدي إلى قتل خطأ واعترف المتهم أنه مذنب اتجاهها.

وفي قضية أخرى طرحت أمام القضاء الأمريكي سنة 1968 وهي قضية ذهبت المحكمة إلى جواز تنويم المتهم مغناطيسيا في المحكمة بناءا على طلبه، وذلك من أجل تنشيط ذاكرته بعد الفقدان الوظيفي الذي أصابها بخصوص ظروف الجريمة المنسوبة إليه وقد تم بالفعل تنويم المتهم في هذه القضية أمام هيئة المحلفين لتنشيط الذاكرة وبعد خروج المتهم من حالة التنويم تقدم للإدلاء بالشهادة عن الذاكرة المنشطة والخضوع إلى الاستجواب، دون أن يقبل كدليل أي شيء قبل أو حدث أثناء جلسة التنويم وقد أسست المحكمة حكمها بالسماح بالتنويم المغناطيسي في الظروف السابق الإشارة إليها إلى أنه لا يجوز حرمان المتهم من الإفادة من أي تقنية طبية معترف بها، وأنه كما يجوز في هذا الصدد السماح بعملية جراحية فإنه يجوز كذلك التصريح بجواز عملية التنويم المغناطيسي[8] ص 340.

أما القضاء الكندي فضل وفيا لقواعد الاستبعاد لكل دليل تم الحصول عليه باستعمال وسائل قهرية تعدم الإرادة، ففي قضية Harvath سنة 1999 لم تتردد المحكمة العليا في استبعاد الاعتراف المدلى به على إثر استجواب صحيح قام به محقق تبين من نبرات صوته ذوات طبيعة تنويمية وقد أسست المحكمة حكمها على أن اعتراف المتهم في هذه الحالة يعد غير إرادي، إما لأن حالته الذهنية قد انهارت تماما بفعل التنويم وإما لأن الاستجواب برمته كان قهريا، ولا أهمية بعد ذلك إذا كان المحقق يريد تنويم المتهم أم لا طالما لم يكن ممكنا وصف الاعتراف بأنه إرادي، ولم يتوقف الحكم على استبعاد الاعتراف الذي تم وقت التنويم وإنما مدت المحكمة قاعدة الاستبعاد لتشمل الأقوال التي أدلى بها المتهم بعد خروجه من حالة التنويم مؤسسة المحكمة ذلك على أنه لم تثبت حالتها الطبيعية، كما أن تنويم المتهم مغناطيسيا على غير إرادته يخل بالضمانات المقررة دستوريا وهي عدم اتهام أو تجريم الذات وبالتالي يجب استبعاد هذه الاعترافات مهما كان لها دور في إقامة الحقيقة.

2.3.2.2.2.2. موقف القضاء اللاتيني

تتميز الدول ذات التوجه اللاتيني في إجراءاتها القضائية والتي نصت صراحة على استبعاد التنويم المغناطيسي في إجراءات البحث عن الدليل كالمشرع الألماني والإيطالي والبرتغالي والهولندي إلى استقرار قضائها على تبني هذا الحظر والاستبعاد، عكس الدول التي لم تنص قوانينها الإجرائية على مثل هذا الحظر في استخدام التنويم المغناطيسي في إجراءات التحقيق الأولى أو القضائي إذ تميز قضاؤها على عدم الاستقرار.

ولقد طرحت أمام القضاء الفرنسي مسألة مدى شرعية استعمال التنويم المغناطيسي للحصول على الاعترافات أو الأدلة القولية لأول مرة سنة 1922[163] ص 331 وذلك في القضية المعروفة والتي هزت الرأي العام حينها وهي قضية الخطابات المجهولة والتي عرفت بقضية " Julle" إذ رأى قاضي التحقيق أن استخدام التنويم المغناطيسي مع المتهم سوف يساعده في الوصول إلى الحقيقة، إلا أن رؤسائه لم يسمحوا له باللجوء إلى تلك الوسيلة باعتبارها تشكل اعتداءا صارخا على حقوق المتهم، وقد تم تقديم قاضي التحقيق للمساءلة التأديبية وصدر قرار يقضي بسحب التحقيق من القاضي " Julle" وهذا بموجب مرسوم مؤرخ في 1922/02/16، غير أن توجه القضاء الفرنسي لم يظل مستقرا على المبدأ الذي قرره سنة 1922 من عدم جواز استخدام التنويم المغناطيسي تحت طائلة المتابعة التأديبية إذ اتجهت بعض أحكامه منها حكم محكمة النقض بتاريخ 1958/02/18 وحكم آخر في 1961/03/16 قررت فيهما جواز استخدام التنويم المغناطيسي كأحد وسائل جمع الاستدلالات والتحقيقات وذلك بشرط أن يكون ذلك بناءا على موافقة ورضا المشتبه فيه أو الشاهد الخاضع لمثل هذه الإجراءات[3] ص 238.

أما القضاء الإيطالي نظرا لأن استعمال التنويم المغناطيسي في التحقيقات الجنائية يستند إلى نص في قانون الإجراءات الجزائية فإن قضاءه ظل مستقرا منذ زمن بعيد على تبني هذا الحظر والاستبعاد بعدم مشروعية الدليل إذ قضت محكمة النقض في حكم لها مؤرخ في 1948/11/10 على أنه:« لا يجوز استخدام الوسائل التي قد يترتب عليها التأثير على حرية الإرادة والتفكير لدى المتهم وحرمانه منها» كما اعتبرت أن استخدام هذه الوسائل كالتنويم المغناطيسي يكون جريمة الإكراه المنوه والمعاقب عليها بأحكام المادة 619 من قانون العقوبات[132] ص 129.

وتميز القضاء الألماني بالتشدد في رفض كل اعتراف أو قول تم الحصول عليه من طرف المشتبه فيه أو المتهم باستعمال إجراء التنويم المغناطيسي إذ أرست محكمة Haman مبدأ هام جاء فيه:« إن الاعتراف أو مجرد الأقوال التي يدلي بها المتهم تحت تأثير التنويم المغناطيسي هي أمور لا يمكن قبولها في نطاق إجراءات المحاكمة التي تهدف إلى بيان الحقيقة ولو كان المتهم هو الذي طلبها

ويسمح بها فطلب التنويم المغناطيسي ليس حقا للمتهم وإلا اعتبر مجرد فشل هذه التجربة في الحصول على اعتراف منه بارتكاب الجريمة دليلا على براءته فمن حق المتهم أن يدلي بأقواله في حرية تامة لا يكبل فيها بأغلال مثل هذه التجارب النابية القاسية»[72] ص 395.

3.3.2.2.2.2. موقف القضاء العربي

أما في القضاء العربي فلم تطرح هذه المسألة في الممارسة القضائية إلا أننا وجدنا حكم صادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 1954/01/18 يحظر استخدام التنويم المغناطيسي في التحقيقات الجنائية باعتباره يمثل إكراها مبطل للقول إذ جاء فيه:« إن استعمال التنويم المغناطيسي وسيلة غير مشروعة في مجال التحقيق الجنائي وأنه يعد من قبيل الإكراه الذي يؤثر في أقوال المتهم الصادر بناءا عليه»[49] ص 15.

أما موقف القضاء الجزائري من مسألة مدى شرعية استخدام التنويم المغناطيسي للحصول على الدليل القولي فإننا لم نعثر في قضائنا الوطني على أي حكم أو قرار يفصح عن اتجاهه ولو طرح على القضاء الجزائري لكان مآله الرفض وعدم الجواز حسبما هو مستقر لدى الفقه والقضاء المقارن خاصة اللاتيني منه.

غير أننا نقرر في النهاية أنه ينبغي حظر استخدام التنويم المغناطيسي في جميع مراحل الدعوى العمومية بدءا من التحضير لها أمام الضبطية القضائية مرورا بالتحقيق القضائي وانتهاءا بالمحاكمة وهذا لما لهذه الطريقة من اعتداء على الحقوق الدستورية للأفراد المتمثلة في الحق في السلامة الجسدية، واحترام الحق في الحياة الخاصة، وعدم انتهاك حقوق الدفاع وخاصة الحق في الصمت الذي يمثل انتهاكه بطلان الإجراء وجميع الإجراءات اللاحقة له، غير أن وجود نص في قانون الإجراءات الجزائية يقرر صراحة حظر استعمال هذه الوسيلة يوفر بحق ضمانة أكبر في نزاهة الدليل.

3.2.2. التحليل التخديري

نظرا لاستفحال ظاهرة الجريمة خاصة الخطيرة والمنظمة منها، وأمام الطلبات المتكررة للمجتمع لتوفير أدنى حماية لم تتوانى جهات التحقيق في تسخير كل الوسائل لأجل الوصول إلى الحقيقة وتقديم الجناة أمام القضاء، فظهرت على ساحة الاستدلال والتحقيق مستحضرات طبية كيماوية يؤدي تناولها أو حقن الشخص بها إلى الانتقال إلى حالة من الوعي متغير يرفع كل الحواجز النفسية والإرادية ويصبح يصرح بكل شيء كان دفين في نفسه بدون أن يقوى على عدم البوح بما يكنزه من معلومات في العقل الباطن، وقد اصطلح على تسمية هذا التحليل التخديري بعقار أو مصل الحقيقة نظرا لأن متناول العقار أو من حقن بمادة مخدرة يصبح مدفوعا بدون أية حواجز للإجابة على كل الأسئلة التي تطرح

عليه مما أمكن استخدام ذلك في التحقيق الاستدلالي أو القضائي في الحصول على الدليل والوصول إلى الحقيقة وتقديم الجناة أمام القضاء.

لهذا سنحاول دراسة التحليل التخدير كوسيلة عملية عند سؤال المشتبه فيه لأخذ الإيضاحات أو استجواب المتهم للحصول على الاعتراف بالتطرق إلى ماهية التحليل التخديري في المطلب الأول على أن نتطرق في المطلب الثاني إلى القيمة القانونية للدليل المتحصل عليه عن طريق التحليل التخديري.

1.3.2.2. ماهية التحليل التخديري

إن الهدف من التحليل التخديري هو الإنسان في حالة من الوعي المتغير، بحيث يمكن الحصول على محتواه النفسي ودراسته وتقيمه[131] ص 214 وذلك بإعطائه مادة مخدرة منبهة بغض النظر عن وسيلة تقديمها سواء عن طريق الحقن أو الأقراص أو الشراب مما يؤدي إلى رفع الحواجز وإخراج كل المعلومات والأفكار المنسية والموجودة في العقل الباطني إلى الوعي والتصريح بها.

غير أن هذه الحقيقة العلمية للتحليل التخديري ليست وليدة التكنولوجية الحديثة أو الرقمية المعاصرة بل يذكر مؤرخي القانون أن التاريخ القديم للبشرية شهد نوع من استعمال المواد المخدرة في التحقيق الجنائي للحصول على اعتراف المتهم وتوقيع الجزاء عليه، لهذا نحاول دراسة ماهية التحليل التخديري بالتطرق في الفرع الأول إلى البعد التاريخي لاستعمال التحليل التخديري على أن نتطرق في الفرع الثاني إلى البعد المفاهيمي للتحليل التخديري.

1.1.3.2.2. البعد التاريخي لاستعمال التحليل التخديري

لقد عرف أسلوب التحليل التخديري أو العقاري كوسيلة في التحقيقات الجنائية للوصول إلى الحقيقة منذ العصور القديمة وفي مختلف الحضارات إذ كانت الشعوب البدائية تجبر المتهم على شرب كمية من النبيذ بعد خلطه بأعشاب مخدرة فإذا ما حل الظلام كان الجاني يعترف بالجريمة التي اقترفها، كما ثبت لدى حضارة الأستيك أن أهل المكسيك القدامى استخدموا ثمار الكاكاتوس وهو ذي أصل مخدر للكشف عن مرتكب الجريمة، كما أن قبائل الأمازون كانت تجبر المتهم على تدخين كمية كبيرة من الحشيش حتى يعترف واستمر الحال في القرون الوسطى على استخدام نفس طريقة التخدير للحصول على اعتراف المتهم[131] ص.215.

أما في العصر الحديث فقد انتشر استخدام التخدير في مجال الطب الشرعي ذلك أنه في سنة 1850 بدأ الطبيب مور**يال** "Morel" بدراسة أثر "الأثيير الكولونورم" لأغراض الطب الشرعي كما قام الدكتور "ماجون Magnan" سنة 1893 باستخدام مخدر "الأثير L'ether" لأغراض طبية[162] ص 245.

ويرجع الفضل في التنبيه إلى إمكانية استخدام التحليل التخديري أو ما اسطلح على تسميته بمصل الحقيقة في التحقيقات الجنائية الطبيب الأمريكي الدكتور "روبرت هاوس R. House" الذي استعمل سنة 1916 مادة "السكوبولامين Scopolamine" كمهدئ في حالات الولادة وثبت له أن هذا المخدر يفقد القدرة على الاختلاق وتغيير الحقيقة إذ أكد أن الشخص عندما يكذب فإنه يفكر في الحقيقة ولا يستطيع التخلص من هذا التفكير مهما حاول أن يغير روايته فعند الخضوع لهذا النوع من التخدير تعمل حاسة السمع على إيقاذ الذاكرة[68] ص 215. وفي سنة 1922 قام طبيب المستشفى في سجن ولاية دالاس الأمريكية بحقن أحد المتهمين بارتكابه جريمتي سطو بمادة "السيكوبولامين" وقد تمكن عن طريق استجوابه تحت تأثير هذا المخدر من الحصول على اعترافه بإحدى هاتين الجريمتين دون الأخرى[94] ص 215.

وقد توصل الدكتور "هاوس" سنة 1931 إلى أن مادة "السكوبولامين Scopolamine" لها تأثير على بعض مراكز المخ دون غيرها بحيث تظل مراكز الذاكرة والسمع والنطق تسير في نشاطها العادي دون أن أي مظاهر غير عادية بما يتيح إجراء الحوار مع الشخص المستجوب تحت تأثير الحقن بهذه المادة على اعتبار أن هذه المادة أثبتت التجربة أنها تسهل البوح بمكنونات وما يختزنه العقل الباطني من أفكار ووقائع ومعلومات في غياب مراكز التحكم والمراقبة الذاتية التي تحد أو تمنع من إخراج هذه المكنونات التي تكون نسبية في اللاشعور.

وفي سنة 1931 قام الدكتور لورنر W. F. Lorenz" باستخدام مادة "أميتال الصوديوم" Sodium Amiytal" عن طريق الحقن في الوريد للمرضى نفسيا وذلك لاستعادة الذاكرة والوقائع المنسية منذ الطفولة وقد استعمل هذه الوسيلة على المجرمين والمذنبين غير أنه لا حظ عدم نجاحها على المذنبين، وفي سنة 1932 واصل الدكتور "هورسلي J. SHorslay" الأبحاث التي قام بها سلفه الدكتور "لورونز Lorenz" ويرجع له الفضل في إعطاء تسمية التحليل التخديري " Narco-Analyse" على هذه الطريقة[162] ص 246.

وفي سنة 1945 قام كل من الدكاترة "هارث لي Hart Lee"، "أوريج Eonrigh" و"مورجن Morgan" بالمستشفى العسكري للأمراض العقلية بأمريكا باستخدام التحليل التخديري عند استجواب الجنود المتهمين بارتكاب جرائم حرب خلال الحرب العالمية الثانية 1940 -1945 إذ تم استخدام البونتوتال الصوديوم Pentothal de Sodium" بدلا من "أميتال الصوديوم" Sodium Amytal" الذي كان مستعملا في الجيش الأمريكي[162] ص 247.

وفي سنة 1946 صرح الدكتور "شيف Schiff" أمام محكمة نيويورك ولدى المحكمة العليا بميشيغان:« أن النتائج المتحصل عليها من استعمال وسائل التخدير المسماة حقن الحقيقة هي نتائج مشكوك في صحتها وليست لها قيمة ثابتة».

وفي سنة 1948 قام الطبيبان الأمريكيان "جيرسونGerson وفيكتروف Victoroff " باستخدام "أميتال الصوديوم" Sodium Amytal" على جماعة من الجنود الأمريكيين الذين ارتكبوا بعض الجرائم وخلصا في تجربتهما أن التحليل التخديري أو العقاري يفيد فقط في كشف مظاهر الإدعاء والتظاهر وأن النتائج التي أمكن الحصول عليها في مجال التحقيق القضائي غير كافية، كما أنها لا تدل على أن المعلومات التي أمكن الحصول عليها قد استقت من مصدر آخر ولذلك فإن هذه المعلومات التي يحصل عليها الخبير لا يمكن تقييمها على أنها اعتراف ولا يجوز له الإفشاء بها وإلا اعتبر قد ارتكب جريمة إفشاء سر مهني[131] ص 217.

وفي بلجيكا قام الدكتور "بوبون Bobon" سنة 1948 باستخدام التحليل التخديري على شخص متهم بارتكابه جريمة قتل الأمر الذي أدى بمحامي المتهم تقديم شكوى إلى وزير العدل ضد الدكتور بوبون أين تم تحويل الشكوى إلى النيابة العامة وتم سماع الطبيب على محضر رسمي بخصوص حقن المتهم بمادة مخدرة لأجل الحصول على اعترافات، غير أن هذه الشكوى تم حفظها دون أن يعطي القضاء البلجيكي في شأنها رأيه حول مدى شرعية استخدام التحليل التخديري في الاستجواب القضائي أو السؤال الاستدلالي.

2.1.3.2.2. البعد المفاهيمي للتحليل التخديري

باعتبار أن الأشخاص سواءا بوصفهم متهمين أو شهود، يعتبرون موضوعا للحقيقة القضائية نظرا لما تتخذ في مواجهتهم جملة من الإجراءات القانونية لأجل الوصول إلى الحقيقة، والهدف من التحليل التخديري لا يخرج من هذا المبتغى وذلك أن الإنسان في حالة من الوعي متغيرة، بحيث يمكن الحصول على محتواه النفسي ودراسته وتقيمه وذلك بإعطائه مادة مخدرة سواء عن طريق الحقن أو الشرب أو الأقراص تؤدي إلى رفع الحواجز وإخراج كل ما هو مخبأ في العقل الباطن إلى الوعي والتصريح به بدون أي مراقبة.

ويجدر بنا دراسة البعد المفاهيمي للتحليل التخديري التطرق أولا إلى التعريف بهذه الوسيلة العلمية، وثانيا المصداقية العلمية للنتائج المترتبة على استعمالها وذلك على النحو التالي:

1.2.1.3.2.2. التعريف بالتحليل التخديري

إن التعريف بالتحليل التخديري يقتضي منا إعطاء معنى دقيق لهذه الوسيلة وكيفية استخدامها طبيا وآثارها حتى يمكن تحقيق غرضها والهدف المرجو منها في الوصول إلى الحقيقة، هذا ما سنحاول التطرق له تبعا وذلك على النحول التالي:

معنى التحليل التخديري

لقد تعددت التعاريف الفقهية التي أعطيت للتحليل التخديري أو العقاري، وإن اتجهت جميعها على أنها مواد مخدرة تعطى للشخص في شكل حبوب أو شراب أو حقن تؤدي إلى تعطيل الإرادة وحالة نوم تعقبها يقظة تؤدي بالشخص إلى التصريح بأقوال ومعلومات دون مراقبة ذاتية إذ عرفه البعض بأنه: «يقصد بالتحليل التخديري تلك الوسيلة العلمية التي تتمثل في حقن الشخص بعقار يؤدي إلى حجب التحكم في الأداء العقلي والإرادي، بحيث يدلي الشخص ببيانات ما كان ليقربها لو لم يستعمل معه هذا المخدر وتسمى هذه الطريقة من طرق التخدير بالتحليل التخديري أو العقاري وهو الاسم الشائع كما يسمى بمصل الحقيقة»[73] ص 398.

كما عرف البعض الآخر التحليل التخديري أو العقاقير المخدرة:«هي مواد يتعاطها الإنسان تؤدي إلى حالة نوم عميق تستمر فترة لا تتجاوز العشرين دقيقة ثم تعقبها اليقظة، ويظل الجانب الإرادي سليما فترة التخدير على الرغم من فقد الإنسان القدرة على الاختيار والتحكم الإرادي مما يجعله أكثر قابلية للإيحاء ورغبة في المصارحة والتعبير عن مشاعره الداخلية»[68] ص 214، وأهم هذه المواد الأفيبان Afipan، النارکوفن Narcoven، بيتوتال الصوديوم Pentothal Sodium، الأوديوم Odium، الاميتال بونتونال Anytal Pentonal، الأونارکون Eunarcon، المتريدين Metridine، الأمتال Amutal، الفارموتال Farmotal، بوتونال Penmiotal، كيمبيتال Kimipital[131] ص 214.

وتتميز تلك المواد الطبية بأنها تنوم الشخص لمدة قصيرة وتؤدي به إلى حالة أشبه بالاسترخاء، وتتأثر بذلك قوة إرادته ويصبح في حالة هستيرية كلامية يتدفق فيها الكلام دون تحكم كما تنصرف نحو التغلب على بعض العوائق كالخجل والخوف أو التواضع فتزداد القدرة على الكلام[66] ص 174.

وعرف البعض الآخر التحليل التخديري بأنه يعد وسيلة من خلالها يتم إعطاء الشخص بطريق طبي مادة من شأنها أن تخدره إلى قدر لا يفقد معه الوعي، وإنما لا يستطيع التحكم في إرادته[29] ص 95.

وذهب البعض الآخر إلى أن التحليل التخديري أو العقاري هو مواد يتعاطها الإنسان فتؤدي إلى حالة نوم عميق تستمر فترة لا تتجاوز العشرين دقيقة ثم تعقبها اليقظة ويبقى الجانب الإدراكي سليما فترة التخدير الإرادي، مما يجعله أكثر قابلية للإيحاء ورغبة في المصارحة والتعبير عن المشاعر الداخلية[103] ص 162 دون أن تكون لديه القدرة في التحكم في ملكة الانتباه لديه، وبالتالي يمكن عن طريق هذا العقار استجلاء ما يعمد الفرد إلى كبته أو تحاشى الإفصاح أو الإفضاء به أو التظاهر بنسيانه[3] ص 231.

ونخلص مما تقدم أن استعمال التحليل التخديري أو العقاري في البحث والتحقيق الجنائي بحثا عن الدليل للوصول إلى الحقيقة هو نوع من التحليل النفسي تستخدم فيه عقاقير مخدرة في سبيل اكتشاف ذاتية الفرد لما يكبته من معلومات تطابق الحقيقة ما كان للمشتبه فيه أو المتهم أن يدلي بها أو يعترف بما نسب إليه لو لم يستعمل معه المخدر.

كيفية إجراء التحليل التخديري وآثاره

يتم استخدام التحليل التخديري أو على ما اسطلح تسميته بمصل الحقيقة عن طريق حقن المشتبه فيه المراد سؤاله أو المتهم عند استجوابه بمادة مخدرة وبعدها يدخل الشخص في حالة تخدير لها أثارها الجانية لذا نتطرق إلى مراحل التخدير وآثارها وذلك على النحو التالي:

مرحلة الإعداد النفسي

تعتبر هذه المرحلة أولية وأساسية تسبق عملية الحقن بالعقار المخدر يتوقف عليها نجاح الاستجواب إذ يستلقي المشتبه فيه أو المتهم على سرير في وضع يجعل عضلاته تسترخي وذلك في مكان أو حجرة هادئة جدا مع ضرورة إيجاد نوع من الثقة بين الطبيب القائم بعملية التخدير والمتهم أو المشتبه فيه وهذا حتى يمكن الحصول على المعلومات الكافية المولدة لهذه الثقة[94] ص 216.

وقد قدر العلماء على أنه لا توجد أي آثار جانبية في هذه المرحلة إذ لا تعدو أن تكون إعداد نفسي للمستجوب دون أن يشكل ذلك خطورة على صحته النفسية أو الجسمانية.

مرحلة الحقن

تتم هذه المرحلة باستخدام هذه العقاقير عن طريق الحقن الوريدي ببطء شديد "1 إلى 2 سم^3 في الدقيقة"و تطلب من الشخص أن يغني أو يعد وعند التوقف على الغناء أو العد أو تقع منه أخطاء يوقف الحقن، حينها يكون الشخص في حالة غيبوبة واعية، وقد أثبتت التجارب أن كمية من المستحضر الطبي المتمثل في مادة البينتوتال الصوديوم" Pentothal Sodium" من 10 إلى 14 سم^3 كافية للوصول إلى حالة التخدير وكمية أخرى مماثلة للاستمرار في هذه الحالة[131] ص 214.

غير أن لعملية الحقن الوريدي بالمادة المخدرة تؤدي إلى إحداث جرح في جسم المشتبه فيه أو المتهم الخاضع لعملية السؤال أو الاستجواب تحت اختبار العقار المخدر فمهما كانت بساطة هذا الجرح لا يخرج من كونه يمثل جنحة جرح عمدي، كما أنه مهما كان نوع المخدر المستخدم فإنها تعد من السموم لأن غايتها ليست علاجية بل استجوابيه مما يمثل جنحة إعطاء مواد سامة.

مرحلة التخدير

عندما تنتهي مرحلة الحقن يترك الشخص نائما لمدة تتراوح بين دقيقتين إلى ثلاثة دقائق حتى يفيق من نفسه وتتحقق حالة النعاس الواعي بعد الحقن، وغالبا ما يحدث انفكاك وتقلصات في العضلات، ولا يحدث أي تغيير بالنسبة للرسم الكهربائي للمخ على نحو ما يحدث في حالة النوم العادي، ويكون

الشخص في حالة نصف شعورية يزداد وضوح الذهن وتختفي حالة التردد وتضعف الإرادة وتظهر اتجاهات الفرد الداخلية واهتماماته المكبوتة في حالة اليقظة فيتكلم دون رقيب أو حواجز عن أسراره وذكرياته.

وتترتب في مرحلة التخدير آثار بانية سواء على الشخص الخاضع إلى التخدير أو الطبيب القائم بعملية التخدير، فبالنسبة للشخص قد يؤدي التخدير إلى اختلال توازنه النفسي مما يزداد قابليته للإيحاء والمصارحة مما يؤدي به عند الأفاقة حد الانتحار في بعض الحالات.

أما بالنسبة للطبيب القائم بعملية التخدير فيجب أن يكون على درجة علمية كبيرة من المهارة وقدرة فائقة في معرفة طرق الإيحاء حتى لا يتم الإيحاء بأفكار خاطئة ليس لها أي أساس من الحقيقة[94] ص 218، مما يؤدي إلى عدم صدق النتائج المتوصل إليها مما يؤدي إلى انحراف الاستجواب وابتعاده على غايته في الوصول إلى الحقيقة الواقعية، لذا لا يعترف باستعماله من طرف رجال الضبطية القضائية أو القضاة بل يدخل ضمن أعمال الخبرة.

أعراض استخدام التحليل التخديري

يتفق الفقه على أن استخدام التحليل التخديري أو العقاري أو ما يعرف بمصل الحقيقة للوصول إلى تحقيق هدفين رئيسيين هما التشخيص المرضي، والعلاج أما التحقيق الاستدلالي أو القضائي فقد ثار خلاف بشأنه وهذا على النحو التالي:

التشخيص المرضي

يرى علماء النفس أن التحليل التخديري أو العقاري يعتبر وسيلة سريعة وكاملة للكشف النفسي، ذلك أنه خلال جلسة واحدة يمكن معرفة عدة حقائق وأمور كانت تحتاج إلى جلسات متكررة ومتعددة في حالة عدم استخدامه.

ويعتبر وسيلة ناجحة لتشخيص المرض العقلي، والتميز بين المرض العصبي ومرض انفصام الشخصية، كما يمكن بواسطة التحليل التخديري التميز بين المرض العضوي والمرض النفسي[131] ص 215.

العلاج

يسلم الطب أن للتحليل التخديري دورا بارزا في علاج العديد من الأمراض خاصة العصبية والعاطفية، كما أنه يستعمل في حالة التظاهر المرضي أو الإصابة إذ عن طريقه يمكن الوصول إلى معرفة هل أن فعلا الحالة النفسية أو العصبية المدلى بها مرضا أو مجرد تمارض للحصول على التأمينات والتعويضات مثل حوادث العمل.

كما يستعمل التحليل التخديري في الطب الشرعي وهذا لتحقيق عدة أهداف مثل معرفة الحالة العقلية للمتهم أو الضحية والتعرف على الإدعاء والتظاهر بشيء ليس له علاقة بالواقع.

التحقيق الاستدلالي والقضائي

إن استخدام التحليل التخديري أو العقاري كوسيلة للتحليل النفسي واستعارتها لاستعمالها في التحقيق الجنائي سواء الاستدلالي أو القضائي قد أثارت جدلا كبيرا في أو ساط الفقه الجنائي مما إنعكس ذلك على توجه القضاء إذ تشهد الممارسة القضائية المقارنة استخدام هذه الوسيلة في التحقيقات الجنائية بالرغم من الحظر الفقهي والتشريعي وهذا نظرا للنتائج المهمة التي حققتها في علم النفس.

2.2.1.3.2.2. المصداقية العلمية لنتائج التحليل التخديري

يقصد بالمصداقية العلمية لنتائج التحليل التخديري هو الوصول إلى معرفة مدى أهمية النتائج التي تحققها المادة المخدرة المستعملة على جسم المشتبه فيه أو المتهم علميا في دفعها بالتصريح بالحقيقة سواء تعلقت هذه الحقيقة بماديات الأفعال المنسوبة للمتهم أو المشتبه فيه، أو التأكد من أقوال الشهود أو المجني عليه في نطاق الإثبات الجنائي بوجه عام[94] ص 218.

يتفق العلماء أن النتائج التي يمكن الحصول عليها من خلال استخدام طريقة التحليل العقاري لا تتسم بدرجة كبيرة من الدقة وإن كانت تمثل مؤشرا في البحث والتحري إلا أنها في الوقت الحاضر لا زالت بعيدة في أن تحظى بقيمة في مجال الإثبات الجنائي وهذا لعدم قيام حقيقتها العلمية الكاملة التي يمكن أن تصنع حقيقة قضائية وهذا لعدم دقة المعلومات التي ترجع للأسباب التالية:

- إن استخدام التحليل التخديري أو العقاري في مجال التحليل النفسي بقصد علاج المرضى نفسيا يكون له أثاره الإيجابية في تحقيق أهدافه وهذا نظرا للثقة القائمة بين المريض وطبيبه المعالج الأمر المختلف تماما عند استخدام هذه الوسيلة مع المشتبه فيه أو المتهم وهذا لعدم قيام الثقة بينه وبين المحقق إذ يحاول دوما السيطرة على أفكاره ومشاعره للإفلات من مؤثرات العقار وهذا لمحاولة الكذب كوسيلة للدفاع الأمر الذي يؤثر من الناحية العلمية على نتائج هذه التجربة.

- أظهرت دراسة أجريت في أحدى الجامعات الأمريكية أن الأشخاص المتهمين الذين لا يريدون الاعتراف عن طريق السؤال أو الاستجواب العادي بالطرق التقليدية يواصلون إصرارهم على عدم البوح بالحقيقة حتى تحت تأثير العقاقير المخدرة، وأكدت الدراسة أن الأشخاص المصابون بمرض المازوشستية الأخلاقية قد يعترفون بأفعال وجرائم لم يرتكبونها وإنما بقت فقط في مرحلة التفكير وهذا من باب التكفير عن الذنب الذي تتميز به هذا النوع من الشخصية، كما أن ذوي الأمراض العصبية الذين يخترعون الكذب أثناء التحقيق العادي يواصلون نفس الكذب باستعمال الحقن المخدرة[99] ص 288.

- إن حقن المشتبه فيه أو المتهم بمادة مخدرة تؤدي إلى انعدام الرقابة الذاتية لما يصرح به المتهم وهذا لما تسببه من ضعف التحكم الإرادي مما يصبح معه الكلام الخاضع للتحليل التخديري عفويا إذ يصرح بكل ما يدور في ذهنه الأمر الذي يؤدي إلى أنه قد يصرح بأمور غير حقيقية بل مجرد خيالات وأوهام.

- لقد دلت التجارب العلمية أن استجابة الأشخاص للتحليل التخديري أو العقاري على درجات متفاوتة وليست على نمط واحد إذ أنه عندما يستجيب بعض الأشخاص لهذه العقاقير بسهولة وتكتسي المعلومات التي يصرحون بها بالحقيقة بالنظر لباقي الدلائل والقرائن التي تم تجميعها فإن البعض الآخر ولاسيما معتادي الإجرام والكذب يبقون دائما قادرين على الكذب بالرغم عن وقوعهم تحت تأثير الحقن المخدرة[62] ص 523.

ـ لقد أثبتت التجارب العلمية التي قام بها العلماء على مجموعة من الأشخاص عند حقنهم بمادة البينتوتال الصوديوم" Pentothal Sodium عدم فعالية ذلك في التحقيقات الجنائية فيما عدى الأهمية الكلينيلية فقط ففي تجربة قام بها الدكتور جيرسون Gerson سنة 1946 وذلك باستخدام البينتوتال الصوديوم" Pentothal Sodium على مجموعة من الجنود الذين ارتكبوا جرائم أثناء الحرب العالمية الثانية توصل إلى أن التحليل التخديري يفيد فقط في كشف حالة التظاهر وهو غير مجدي وفعال في التحقيق الجنائي لأن المعلومات المتحصل عليها لا يمكن معرفة مصدرها هل أنها حقيقة أم مجرد تخيلات وأوهام كامنة في ذهن الشخص الخاضع للحقنة المخدرة[94] ص 218.

كما أنه في تجربة أخرى قام بها الأستاذان جامنا Gamna وفيلاتا Villata وذلك باستخدام التحليل التخديري لمعرفة القيود الإرادية وغير الإرادية عند السليم والمريض وتوصلا إلى أن استعمال العقاقير المخدرة لها أهمية إكلينيكية في الكشف على الاضطرابات العقلية دون أن تكون له أهمية في استجلاء الحقيقة في التحقيقات الجنائية.

وفي دراسة قام بها الدكتور شارلون Charlon أشار إليها الأستاذ جرافن[94] ص 220 Graven إن حالات النجاح الذي صادفها عند استخدام التحليل العقاري لا تتعدى 12 % من الحالات التي قام بدراستها وأن 30 % من ألأشخاص لا يصرحون بأي شيء يسيطرون على أفكارهم وأسرارهم، وأن 50 % من الحالات عند إجراء التحقيق فيها تصطدم بالإرادة القوية للمتهم تحت تأثير حقنة المخدر إذ يسيطر المتهم على نفسه كلية[72] ص 398.

وبالتالي فإنه من الناحية العلمية لم يتم بعد الحصول على نتائج صادقة كلية عند استخدام التحليل التخديري أو العقاري، إذ أظهرت كل الدراسات أن الأشخاص وهم تحت تأثير هذه الحقن أن يكذبوا ويقدموا إجابات تؤثر في إدانتهم أو براءتهم، لذا فإنه لا يمكن التعويل كلية على هذه العقاقير كأدلة إثبات فيما عدى اعتبارها من قبيل الدلائل الاستدلالية المرشدة للتحريات فقط.

2.3.2.2. القيمة القانونية للنتائج المترتبة على التحليل التخديري

إن التحليل التخديري أو العقاري سواء اتخذ صورة الحقنة وهو الشائع عملا أو عن طريق الأقراص أو الشراب قد استخدم أصلا في تشخيص الأمراض العصبية أو النفسية وعلاجها، غير أنه

نظرا لدوره في تعطيل الإرادة وشل الرقابة الذاتية للمتكلم عند سؤاله أو استجوابه، فقد تم استخدامه في مجال التحقيق الإستدلالي والقضائي بهدف استجواب المتهم لاشعوريا للكشف عما في مكنون نفسه من حقائق يخفيها، إذ يدلي المستجوب تبعا لذلك بمعلومات وحقائق لم يكن ليدلي بها لو لا وجوده تحت تأثير المخدر.

وبهذه الطريقة يستطيع المحقق أن يوجه للمشتبه فيه أو المتهم ما يشاء من أسئلة تمكنه من التوصل إلى اعترافه بارتكابه للجريمة، وإما الحصول على معلومات وأقوال تمثل أدلة وقرائن أخرى سواءا في مواجهته أو مواجهة غيره من المتهمين.

غير أنه رغم هذه الحقائق العالمية فقد اختلف الفقه في مدى شرعية استخدام التحليل التخديري في التحقيقات الجنائية بحثا عن الدليل القولي ومن ثم تحديد قيمته القانونية، مما أثر على موقف المشرع والقضاء لذا سنتطرق في هذا المطلب إلى تحديد موقف الفقه في الفرع الأول، ثم موقف المشرع في الفرع الثاني على أن نتطرق في الفرع الثالث إلى موقف القضاء.

1.2.3.2.2. موقف الفقه

يعتبر استخدام التحليل التخديري في التحقيقات الاستدلالية والقضائية من أكثر المشكلات التي حظيت باهتمام الفقه المقارن، مما جاءت الحلول المقترحة تعبر عن ميول فكرية وتوجهات مدرسية لكل فقيه، ويمكن لنا أن نميز في هذه المسألة بين ثلاثة اتجاهات فقهية كبرى اتجاه يرفض كلية وبصفة قطعية استخدام التحليل التخديري في التحقيق الجنائي، واتجاه يقبل ويؤيد استخدام هذه الوسيلة بناءا على رضا المشتبه فيه أو المتهم واتجاه ثالث يقصر استخدام هذه الوسيلة استثناءا في بعض الجرائم فقط ولكل رأي أو اتجاه أسانيده وحججه التي يبرر بها موقفه، هذا ما نحاول التطرق له تبعا وذلك على النحو التالي:

1.1.2.3.2.2. الرأي المعارض لاستخدام التحليل التخديري في التحقيق

يرى أنصار هذا الرأي أن المشتبه فيه أو المتهم ينبغي أن يكون بعيدا عن كل مؤثر خارجي عند الإدلاء بأقواله سواءا عند البحث الاستدلالي أو التحقيق القضائي، وكل تأثير على إرادته عند سؤاله أو استجوابه باستخدام مواد مخدرة أيا كان نوعها يفسد إرادته ويعيب اعترافه فضلا على أنه يمثل اعتداء على سلامته النفسية أو الجسدية وهي صور التعذيب المبطل للقول قانونا ويقدمون عدة حجج لذلك تتمثل في الآتي:

- إن العلم التجريبي لم يتوصل بعد إلى صحة النتائج المستمدة من التحليل التخديري بصورة قاطعة، ذلك أنه ثبت علميا تضارب النتائج المتحصلة من تجارب استخدام مصل الحقيقة[163] ص 332، كما اختلفت الآراء حول تفسير الأقوال التي يدلي بها الشخص تحت تأثير هذا الإجراء، والأخطر من ذلك أن

الاعتراف المتحصل عليه بهذا الأسلوب قد يكون نتيجة إيحاء أو خليط من الواقع والخيال الكاذب، كما أن هناك حالات يكون من الصعب السيطرة على إرادة التفكير لدى بعض الأشخاص ذوي الإرادة القوية، وبالتالي فإن احتمال إدلائهم بأقوال كاذبة يكون قائما، الأمر الذي يؤدي إلى عدم الاطمئنان للنتائج المترتبة على استخدام هذا الإجراء، كما يترتب عدم قبوله والاعتماد عليه في التحقيقات الجنائية الاستدلالية والقضائية[131] ص 217.

- اعتبر الأستاذ: لوبري R.F. LE BRIS" أن استخدام التحليل التخديري يقتضي حقن المشتبه فيه أو المتهم بإبرة لإدخال المخدر في جسمه مما يمثل جنحة الجرح العمدي طبقا لأحكام المادة 309 من قانون العقوبات الفرنسي، هذا ما يؤكده قرار صادر عن محكمة النقض مؤرخ في 1945/11/15 ذلك أن الحقنة التي يتم بها وضع المخدر في جسم الإنسان تمثل الوسيلة المادية والركن المادي لجريمة الضرب أو الجرح العمدي، كما أن قيام الخبير بحقن الشخص موضوع هذه التجربة يمثل السلوك العمدي والعنصر المعنوي لهذه الجنحة[167] ص 383.

- إن استخدام التحليل التخديري أو العقاري كوسيلة للإثبات يمثل اعتداء على الحرية الشخصية للفرد ومساس بكرامته باعتبارها وسائل تستعمل لانتزاع معلومات سرية من المشتبه فيه أو المتهم وتكون مقصورة عليه وحده، إذ لا يصرح بها إلا برضاه وبتلقائية، بحيث أن المبادئ المقررة في القوانين والدساتير الحديثة ضمان حرية الإنسان من كل اعتداء لذا حددت قوانين الإجراءات المقارنة الحالات التي يجوز فيها للمحقق تقييد حرية الفرد أو سلبها وهو في ذلك غير مطلق الإرادة بل يجب عليه التقيد بما يحفظ للإنسان كرامته ويصون آدميته.

- وصف الأستاذ "جارسون Garçon" استعمال التحليل التخديري أو العقاري في سؤال المشتبه فيه أو استجواب المتهم بأنها تمثل صورة واضحة للتعذيب يعود بنا إلى العصور الوسطى، وإذا كنا لا نقبل اليوم أن ننزل العذاب بالمتهم لحمله على الاعتراف، فإن عقلية التعذيب ما تزال قائمة وماثلة في أذهان المحققين من خلال الالتجاء إلى هذه الوسيلة الجهنمية[72] ص 402.

- إن استخدام التحليل التخديري أو العقاري عند سؤال المشتبه فيه أو استجواب المتهم يؤدي إلى تعطيل الإرادة لديه وقيامه بالتصريح والكلام دون أي رقابة ذاتية بما يمثل صورة واضحة لانتهاك حق الصمت وعدم تجريم الذات أو عدم تقديم الشخص لشهادة ضد نفسه، كما أن استرسال الشخص الخاضع لهذا الإجراء في الكلام قد يؤدي به إلى التصريح بأمور لا علاقة لها بالتهمة موضوع التحقيق بل بأسرار تخص حياته الخاصة مما يمثل ذلك انتهاك للحق في الحياة الخاصة.

- إن استخدام التحليل التخديري أو ما يعرف بمصل الحقيقة غير جائز ولو كان ذلك برضا المشتبه فيه أو المتهم باعتبار أن هذا الرضا ناتج عن إكراه معنوي يضطر الشخص إلى قبول التخدير خوفا من أن يفسر رفضه على أنه قرينة لاقترافه الجرم محل المتابعة، كما أن المشرع عندما ضمن حرية المتهم في

إبداء أقواله وبالتالي لا يقبل منه التنازل على هذا الضمان سلفا لتعلقه بحقوق الإنسان وهو جزء من النظام العام الذي لا يجوز التنازل عنه[66] ص 176 وبخلاف ذلك يؤدي إلى البطلان المطلق للأقوال والتصريحات تطبيقا لقاعدة عدم جواز الاتفاق على مخالفه النظام العام.

2.1.2.3.2.2. الرأي المؤيد لاستخدام التحليل التخديري في التحقيق

ذهب رأي في الفقه المؤيد لاستعمال التحليل التخديري أو العقاري في التحقيقات الجنائية الاستدلالية أو القضائية أن هذا الإجراء لا يختلف في شيء عن مجرد أخذ عينة من الدم لفحصها[62] ص 524 واستخدام الموجات الكهربائية للمخ، واستخدام الأجهزة الطبية لاختبار حالة الأعصاب والقلب وهي إجراءات يجوز استعمالها ولم ينازع أحدا في مشروعيتها ومن باب أولى فإن استخدام إجراء التخدير يدخل ضمن هذا المفهوم مما يقرون بشرعيتها في التحقيقات الجنائية ويقدمون الحجج التالية:

- إن استخدام التحليل التخديري أو العقاري لا يترتب عليه أي مساس بحرية المشتبه فيه أو المتهم، ذلك أن الضغط النفسي الذي يمارس على المشتبه فيه أمام الضبطية القضائية في مرحلة البحث الاستدلالي أو المتهم أمام قاضي التحقيق في مرحلة الاستجواب إلى غاية إحالته للمحاكمة هو أشد وأكثر وطأة على المتهم من التحليل التخديري[105] ص 185.

- إن استخدام التحليل التخديري أو مصل الحقيقة برضا الشخص المعني يساهم في تحقيق المصلحة الاجتماعية ومصلحة الفرد في آن واحد لأنهما يستهدفان الحقيقة الواقعية، كما أنه بهذا الإجراء يمكن توجيه التحريات والتحقيق القضائي الوجهة السليمة والوقوف على دوافع الجريمة واختبار مدى صدق أقوال الشهود وهي كلها أمور تفيد العدالة التي هي هدف المجتمع والفرد في آن واحد[94] ص 223.

- إن استجواب المتهم ليس وسيلة لإدانته فقط بل هو حق للمتهم ووسيلة دفاع مهمة لتفنيذ كل الأدلة المقامة ضده لذا يجب أن تتاح له الفرصة لإثبات براءته بكل الطرق المشروعة، و يعد إجحافا في حقه منعه من اللجوء إلى الوسائل العلمية الحديثة لإثبات براءته بدعوى عدم وجود نص قانوني يسمح بذلك إذ أن هذه الوسائل الطبية ما هي إلا وسائل فنية معترف بشرعيتها مثل الخبرة دون حاجة إلى نص يقررها صراحة[62] ص 525.

- إن تقدير الدليل طالما يخضع للسلطة التقديرية للقاضي طبقا لقاعدة الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي فإن الدليل المستمد من استخدام التحليل التخديري يخضع للمراجعة الدقيقة من طرف القاضي شأنه في ذلك شأن بقية طرق البحث عن الدليل التقليدي، خاصة وأن ما يتحصل عنه من اعترافات ومعلومات عن طريق التخدير هي مجرد قرائن تعد غير كافية لوحدها لإصدار الحكم، ويتم استبعادها إذا تعارضت مع دليل آخر طبقا لقاعدة تساند الأدلة مما يبرر قبول هذا الإجراء في التحقيقات الجنائية الاستدلالية أو القضائية.

- إن الدليل المتحصل عليه من طرف المشتبه فيه أو المتهم في حالة التخدير، سواء كانت مجرد معلومات أو اعترافات يتم عرضها على المتهم في حالة اليقظة ويجب أن يقر بها مما يضفي عليها صفة القبول بالوسيلة من طرف المتهم وشرعية النتائج المتوصل إليها.

ومهما يكن من أمر فإن مؤيدي استخدام التحليل التخديري أو العقاري في التحقيقات الاستدلالية والقضائية لا يجعلون ذلك بدون أي قيد وشرط وإنما يضعون مجموعة من الضمانات أهمها موافقة ورضا المشتبه فيه أو المتهم بها.

3.1.2.3.2.2. الرأي الوسط لاستخدام التحليل التخديري في بعض الحالات فقط

رغم أن الاتجاه الغالب في الفقه يقر بعدم جواز استخدام التحليل التخديري أو العقاري في الاستجواب والسؤال للحصول على اعتراف المتهم، غير أنه نظرا لاستفحال بعض الجرائم الخطيرة والمنظمة واستعمال المتهمين لطرق التظاهر بالمرض العقلي أو النفسي لرفع المسؤولية الجزائية عنهم ظهر اتجاه فقهي ينادي بإباحة استخدام التحليل التخديري في الجرائم الخطيرة الماسة بأمن الدولة وفي حالة التظاهر[66] ص 188 وهي حالات تبرر ذلك وتتمثل فيما يلي:

الجرائم الخطرة

ذهب اتجاه فقهي يتزعمه الفقيه السويسري "جرافن M. Graven" إلى جواز استخدام التحليل التخديري أو العقاري في حالة الضرورة القصوى وفي الجرائم الخطيرة التي تتقدم فيها مصلحة المجتمع عن مصلحة الفرد مثل جرائم التقتيل والتخريب والحرق والنسف وقطع الطرق بشرط أن يكون الاتهام محددا في شخص أو أشخاص معينين مع توافر دلائل قوية نحوهم تبرر الإجراء[66] ص 232.

وفي هذه الحالة لا تتولى الضبطية القضائية القيام بإجراء التحليل التخديري باعتباره ليس إجراءا استدلاليا وإنما يعد إجراءا قضائيا يقوم به قاضي التحقيق بناءا على أمر مسبب قابل للطعن فيه أمام غرفة الاتهام، ويقوم بهذا التحليل أخصائي أو طبيب مختص في حضور قاضي التحقيق ومحام المتهم[163] ص 333، وقد اقترح بعض أعضاء المؤتمر الدولي الثالث لقانون العقوبات المنعقد في لندن سنة1950 استعمال التحليل التخديري في حالات خاصة للصالح العام.

حالة التظاهر أو التصنع

إن الأمر المحضور في استخدام التحليل التخديري هو تلك الحالة التي يستعمل فيها باعتباره هدفا للحصول على الاعتراف بارتكاب جريمة، فالأمر هنا لا يعد خبرة جنائية وإنما استجواب تم إجرائه بوسيلة طبية مما يجعله غير مشروع، أما إذا تم استخدام التحليل التخديري باعتباره وسيلة طبية لمعرفة الحالة النفسية والعقلية وإن ما يدعيه حقيقة وليس تظاهرا وتصنعا فلا يعدوا الأمر من اعتباره خبرة طبية

استدعت قاضي التحقيق إجراؤها باعتبارها مسألة ذات طابع فني للوقوف على حقيقة الحالة النفسية والعقلية للمتهم.

ويعتبر استخدام التحليل التخديري في حالة التظاهر كما يرى الأستاذ "هاير Heuyer" يشبه أخذ عينة من الدم لفحصها أو استعمال جهاز قياس الموجات الكهربائية مما يجعل ذلك مشروعا وقد كان لذلك صداه في الأحكام الصادرة أمام القضاء في هذا الشأن.

2.2.3.2.2. موقف المشرع

لم يتناول تشريعنا الإجرائي ولا أغلب التشريعات الإجرائية المقارنة مسألة استخدام التحليل التخديري أو ما يعرف بمصل الحقيقة في التحقيقات الجنائية الاستدلالية أو القضائية ويرجع السبب في ذلك إلى حداثة هذه الوسيلة الطبية في مجال البحث والتحقيق الجنائي فيما عدا اعتبارها وسيلة للخبرة القضائية، أو لأنها وسيلة استقر عليها الفقه الحديث والمعاصر على أنها تمثل اعتداءا حقيقيا لما قرره المشرع الإجرائي من ضمانات للمشتبه فيه أو المتهم عند البحث عن الدليل وتداوله، غير أن ذلك لا يمنع من استخدام القواعد العامة كالحق في الصمت وحرية الإرادة في القول لقبول الاعتراف وذلك لاستبعاد هذه الوسيلة محل البحث.

غير أن بعض التشريعات المقارنة نصت صراحة على حظر استعمال التحليل التخديري في التحقيق الاستدلالي أو القضائي ومنها المشرع الإيطالي، إذ نص في أحكام المادة 619 قانون العقوبات صراحة تحريم هذه الوسيلة وذلك بربطها بوسائل الإكراه بقوله:«يعاقب بالحبس مدة تصل إلى سنة كل من يضع شخصا بدون رضائه وبطريق الإخضاع التنويمي أو بطريق مادة كحولية أو مخدرة أو بأية وسيلة أخرى في حالة عدم أهلية للإدراك أو الإرادة...»[66] ص 177.

كما نص المشرع الألماني في المادة 136 فقرة أ من قانون الإجراءات الجزائية على حظر هذه الوسيلة في التحقيق الجنائي بقوله:«يحظر استخدام المواد المخدرة للحصول على الاعتراف»، كما أصدر وزير العدل هناك قرارا بتاريخ 1949/10/08 نص فيه صراحة على عدم جواز تخدير المتهم بقصد الحصول على أقواله ولو قبل بذلك، كما نصت المادة 141 من قانون الإجراءات الجزائية في الإكوادور على حظر استخدام مصل الحقيقة عند الاستجواب.

أما في إنجلترا فيتم العمل لحظر استخدام التحليل التخديري في التحقيقات الاستدلالية أو القضائية بموجب قرار صادر عن وزير الداخلية مؤرخ في 1948/02/01 الذي يمنع استعمال مثل هذه الوسائل أثناء إجراءات جمع الأدلة أو تداولها، ولا يزال هذا القرار ساري المفعول على اعتبار أن قانون الشرطة والإثبات الجنائي الصادر سنة 1984 لم يتضمن نص مماثل لهذا القرار يحظر هذه الوسيلة محل البحث.

إما في الولايات المتحدة الأمريكية فقد منح التعديل الدستوري الرابع للشخص حق رفع دعوى أمام القضاء في حالة تعرضه لانتهاك لحرمة حياته الخاصة، ويتحقق ذلك في حالة ما إذا تعرض الفرد لتحليل تخديري للحصول منه على معلومات أو اعترافات حال سؤاله أو استجوابه[73] ص 399.

وإذا كان قانون الإجراءات الجنائية المصري على غرار باقي التشريعات الإجرائية العربية لم يتناول مسألة استخدام التحليل التخديري أو العقاري في التحقيق الجنائي فقد نصت المادة 218 من تعليمات النيابة العامة بقولها:« لا يجوز استعمال العقاقير المخدرة لحمل المتهم على الاعتراف باعتبار مثل هذا الإجراء من قبيل الإكراه المادي الذي يبطل الاستجواب الذي يتم عن طريقه ويهدر الاعتراف المترتب عليه»[138] ص 185.

وإذا كان التشريع المقارن سواء الذي نص على تحريم استخدام التحليل التخديري أو حقنه الحقيقة في التحقيقات الجنائية الاستدلالية والقضائية، أو الذي أحجم عن الإشارة إليها، فإن الاتفاق منعقد على جواز استخدام التحليل التخديري في التشخيص المرضى أو التظاهري باعتباره يهدف إلى تحقيق الخبرة القضائية وليس هدفا للحصول على الاعتراف.

3.2.3.2.2. موقف القضاء

بالرغم من الإدانة الفقهية والقضائية لاستعمال التحليل التخديري أو ما أصطلح على تسميته بحقنة الحقيقة وعدم قبول الاعتراف الذي يدلي به المشتبه فيه أو المتهم على إثره، إلا أن تطبيقات قضائية متناثرة في القضاء المقارن سواء الأنجلوسكسوني أو اللاتيني تذهب مذهبا مغايرا من حيث استخدام التحليل التخديري كهدف لتشخيص المرض ويأخذ حكم الخبرة القضائية، أو كوسيلة للحصول على الدليل وتقديمه إلى القضاء أين أجازت الأولى وحرمت وقضت بعدم شرعية الثانية وهذا ما نبرزه تبعا وذلك على النحو التالي:

1.3.2.3.2.2. موقف القضاء الأنجلو سكسوني

يتجه القضاء في البلاد ذات النظام الأنجلو سكسوني في عمومه إلى تحريم كلية استخدام التحليل التخديري أو العقاري في التحقيقات الجنائية وهذا ما يمكن ملاحظته في بعض القضايا المطروحة على بساط البحث.

موقف القضاء الأمريكي

يتميز القضاء الأمريكي سواءا للولايات أو الاتحادي برفضه المطلق لقبول الدليل أو الاعتراف الناتج عن استخدام التحليل التخديري أو العقاري، ذلك أنه في حكم صادر عن المحكمة الاتحادية العليا

سنة 1956 قضت بعدم قبول تسجيلات لأقوال أدلت بها المجني عليها في جريمة اغتصاب بعد إعطائها "عقار الحقيقة المسمى بنتوثال الصوديوم Sodium Pentothal"[8] ص 337.

وفي حكم آخر صادر عن المحكمة الاتحادية العليا سنة 1963 كان موضوع القضية أن جريمة قتل تمت في ولاية "الينوة ILLINOIS" وقد دفع المتهم أمام المحكمة الاتحادية بأنه تم اعترافه تحت تأثير حقنة مصل الحقيقة إذ قضت المحكمة بأن:«إذا ثبت إدعاء المتهم فمن حقه إخلاء سبيله، طالما أن اعترافه قد نتج عن تأثير مصل الحقيقة الذي يعوق حرية الإرادة، سواء كانت هذه المادة أعطيت من أشخاص عالمين أم غير عالمين بخواصها»[66] ص 187.

ويستقر القضاء الأمريكي على عدم التصريح للبوليس باستخدام العقاقير المخدرة مثل" البنتوثال الصوديوم" التي يقصد بها أن تضعف إرادة المستجوب في السيطرة على نفسه واعتبرتها عاملا من عوامل القهر والتعسف، وبناءا على ذلك فإن الأقوال التي تؤخذ تحت تأثير العقار تعتبر غير مقبولة في المحاكم ويجب عدم الاعتماد عليها في الإثبات الجنائي[72] ص 407.

أما إذا كان استخدام التحليل التخديري كهدف للعلاج أو للبحث النفسي والوقوف على القدرات العقلية للمتهمين فقد أجاز القضاء الأمريكي استخدام هذه الوسيلة تشخيصا أو علاجا دون تحقيقا قضائيا.

موقف القضاء الإنجليزي

يعتبر القضاء الإنجليزي استخدام التحليل التخديري أو العقاري متعارضا مع وظائف العقل، وهو يقر بعدم الكشف عن الجريمة عن أن يتبع هذا الأسلوب في الوصول إلى حقيقتها، وهو لا يسمح بالاعتراف الناتج عن استخدام هذه الوسيلة ويعتبره من قبل الأقوال التي تم الحصول عليها عن طريق الإكراه، وهذا طبقا لقاعدة قديمة مستقر في "الكومون لو" مفادها رفض أي إقرار أمكن الوصول إليه بغير إرادة حرة[72] ص 406.

غير أن القاعدة لا تؤخذ بهذه الصورة الجامدة إذ أقر القضاء الإنجليزي بجواز التحليل التخديري النفسي لأجل التشخيص أو الخبرة القضائية وهذا في حكمين صادران عام 1954 بقبول الدليل المستمد من اختبارات الحقيقة ومن تقرير طبيب للأمراض العقلية مبني عليه[8] ص 337.

موقف القضاء الأسكتلندي

يتميز القضاء الاسكتلندي على غرار ما هو مستقر في القضاء الأنجلوسكسوني برفضه القاطع لاستخدام التحليل التخديري في البحث عن الدليل القولي وإقامة الحقيقة إذ في حكم صادر عن المحكمة العليا عام 1970 رفضت المحكمة السماح للمتهم باستجوابه بعد إعطائه عقار الحقيقة مؤسسة حكمها على أنه:« حتى ولو كان ممثل الإدعاء حاضرا مثل ذلك الاستجواب، فإن القبول اللاحق للدليل المستمد منه أمام المحكمة سيكون من شأنه تعريض الأسس التي ينهض عليها نظام المحاكمة الجنائية الذي يقوم بدوره على الطابع الاتهامي وما يفترضه من مواجهة بين الخصوم فضلا عن أن مثل هذا الحل في تقدير

المحكمة سيكون من نتيجته أن الطبيب سوف يركن إليه كمناط للمصداقية بدلا من المحلفين»[8] ص 337.

2.3.2.3.2.2. موقف القضاء اللاتيني

يتميز القضاء في الدول التي تأخذ بالنظام اللاتيني أنه يتفق في رفضه الكلي والقطعي لاستخدام التحليل التخديري أو العقاري في التحقيقات الجنائية للحصول على المعلومات أو الاعترافات وأي دليل يتم الحصول عليه بهذه الطريقة يقع باطلا كإجراء وكل الإجراءات اللاحقة له غير أنها تبيح استخدام هذه الوسيلة موضوع البحث كهدف لتشخيص الأمراض ومعرفة الحالة النفسية والعقلية وحالة التظاهر للمشتبه فيه أو المتهم وهذا ما يمكن ملاحظته في عدة أحكام صادرة هناك.

موقف القضاء الفرنسي

لقد اختلفت نظرة القضاء الفرنسي لاستخدام التحليل التخديري إذ وفقا لما تواتر عليه قضاؤها أنه أمر مباح ومشروع في حالة استعماله لأجل تشخيص المرض أو حالات التظاهر وعلى العكس من ذلك يعد أمرا محظورا وغير مشروع إذ تم استخدامه لاستجواب المتهم للوصول إلى اعترافه بارتكابه الجريمة.

ففي حكم صادر عن محكمة جنح السين بتاريخ 1949/02/23 تتلخص وقائعه في أن:« أحد رجال الشرطة كان قد تعسف في استعمال سلطته لقمع تمرد وقع في سجن "مونبليه" وكان نتيجة ذلك أن أصيب هذا الشرطي بفقدان النطق لكنه كان يسمع ما يقال، وقد اشتبه قاضي التحقيق أنه يتصنع عدم القدرة على النطق فأمر بإحالته أمام الطبيب الشرعي، وقد تم الكشف عليه من طرف ثلاثة من الأخصائيين النفسانيين الذين حقنوه بحقنة البيتوثال الصوديوم فتكلم تحت تأثير هذا المخدر مجيبا على ما وجه إليه من أسئلة فقرر الأطباء أنه كان في حالة تصنع.

رفع السيد "جنز" دعوى ضد الأطباء الثلاثة أمام محكمة السين مطالبا بالتعويض عن الجرح العمدي الذي أصابه على أثر استخدام الحقنة، ولإفشائهم سر المهنة، كما تمسك محاميه ببطلان إجراءات التشخيص عن طريق وسيلة التخدير وطالب عدم قبول الدليل المستمد من هذا الإجراء لاعتدائه على حق المتهم في الصمت، غير أن المحكمة في حكمها قضت ببراءة الأطباء الثلاثة مؤسسة حكمها على أن استخدام المخدر إنما كان بقصد تشخيص متهم كان يدعي حالة التصنع لا بقصد انتزاع اعتراف منه، ذاكرة أن التحقيق الطبي يمكن أن يشمل بعض الأعمال التي لا يمكن تجريمها متى كانت غير ضارة بالصحة[73] ص 403.

وفي قضية أخرى طرحت أمام محكمة "إكس أن بروفنس" سنة 1961 تتلخص وقائعها في أن:« أحد المتهمين اتهم بقتل بعض رجال الشرطة أثناء تأدية أعمالهم والشروع في السرقة الموصوفة

كان قد تقدم أثناء التحقيق بطلب إلى قاضي التحقيق وذلك لاستجوابه تحت تأثير العقاقير المخدرة عن الجرائم المنسوبة إليه إلا أن قاضي التحقيق أصدر بتاريخ 1961/01/28 أمر برفض الطلب مؤسسا إياه على أن استخدام العقاقير يعتبر إجراءا علاجيا ليس له من الناحية العلمية أية قيمة يمكن أن يعتد بها في مجال إظهار الحقيقة، كما أن هذا الأسلوب لا يندرج تحت أي طرق للإثبات المنصوص عنها في قانون الإجراءات الجزائية.

استأنف المتهم أمر قاضي التحقيق مستندا إلى أن هذا الأسلوب تتوفر فيه مقومات الصلاحية العلمية كوسيلة دفاع يمكن للمتهم المطالبة بها، كما أن هذا الأسلوب معترف بصحته أمام القضاء الأجنبي، غير أن غرفة الاتهام أيدت أمر قاضي التحقيق ورفضت استئنافه موضوعا مؤسسة قرارها على أنه: "من الضروري التفرقة بين ما يطلق عليه التخدير التشخيصي – La Narco Diagnostic" الذي يتم استخدامه بواسطة طبيب مختص بغرض كشف التصنع وبين ما يعرف التخدير التحليلي Narco- Analyse- الذي يوصف بأنه أسلوب الغرض منه الحصول على أدلة إثبات وأنه ما زال موضوع جدل فلسفي وعلمي وليس لنتائجه في الحالة الراهنة أية حجة يمكن الاستناد عليها في هذا الخصوص وعليه فمن السابق لأوانه السماح أو الأمر بإخضاع المتهم لهذا الإجراء».

وفي حكم آخر صادر عن المحكمة الاستئنافية "ايكس أن بروفس" في 1961/03/08 إذ جاء فيه :«أن استخدام وسيلة التحليل التخديري أو العقاري في استجواب المتهم للحصول على المعلومات والاعترافات يعتبر أمرا مخالفا للنظام العام ولا يجوز الأمر به حتى وإن كان بناءا على طلب المتهم»[163] ص 333.

ونخلص مما تقدم أن القضاء الفرنسي كالقانون يظهر تشددا كبيرا فيما يتعلق بالتحقيق والبحث عن الحقيقة الذي يجب أن يكون في سلامة الوسائل المستعملة للوصول إلى معرفتها واحترام هذه السلامة تقتضي استبعاد كل دليل تم الحصول عليه باستخدام التحليل التخديري أو العقاري وبطلان كل الإجراءات اللاحقة له والمترتبة عليه، خاصة بعد صدور قانون تدعيم قرينة البراءة سنة 2000، الذي أصبح يقوم لا على تحقيق المحاكمة العادلة فقط بل المحاكمة النزيهة.

موقف القضاء الإيطالي

لقد درجت محكمة النقض الإيطالية على عدم جواز استخدام الوسائل التي قد يترتب عليها التأثير على حرية الإرادة والتفكير لدى المتهم أو حرمانه منها مثل حالة استخدام التحليل التخديري أو ما يعرف بمصل الحقيقة للحصول على المعلومات أو الاعترافات من المشتبه فيه أو المتهم، واعتبرت ذلك يكون صورة لجريمة الإكراه المنصوص عنها في أحكام المادة 613 من قانون العقوبات.

إذ في حكم صادر عن المحكمة الاستئنافية بروما بتاريخ 1956/04/27 قررت أنه:« إن طلب استجواب المتهم بوضعه في حالة تخدير بواسطة حقنه في الوريد بمادة بنتوثال الصوديوم أو بأي عقار

آخر ذي مفعول سريع لإظهار البراءة يعتبر وسيلة غير مقبولة لأنه يؤدي إلى إلحاق ضرر بين به سواء من الناحية النفسية أو العضوية ويحد من حريته، ذلك أن عملية التخدير النفسي والعصبي التي يمكن إثارتها للسيطرة على درجة المقاومة والإرادة وحرمان الفرد من قدرته على التحكم في ذاته، تعكس بجلاء وجود عنف جسماني وأخلاقي واضح ليس منصوصا عليه في النظام القانوني الإجرائي»[49] ص 16، 17.

3.3.2.3.2.2. موقف القضاء العربي

إن محكمة النقض المصرية مستقرة منذ مدة طويلة على تبني الرأي الراجح في الفقه من عدم قبول الاعتراف الناتج عن استخدام التحليل التخديري أو ما يعرف بمصل الحقيقة ولو كان ذلك بناءا على طلب وموافقة المتهم وهذا ما نلمسه من خلال حكمين أحدهما قديم والآخر حديث نسبيا.

ففي حكم صادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 1954/01/18 إذ قررت:« أن التخدير بقصد الحصول على اعتراف المتهم وسيلة من قبيل الإكراه المادي الذي يؤثر في أقوال المذكور الصادرة بناء عليه وبالتالي فإنه يشوبه البطلان»[49] ص 14.

وفي حكم حديث نسبيا صادر عن محكمة النقض المصرية الدائرة الجنائية بتاريخ 1997/07/21 إذ قررت أنه:« حتى يكون الاعتراف صحيحا يمكن الاستناد إليه كدليل في الحكم ينبغي أن يكون المشتبه فيه أو المتهم قد أدلى به وهو في كامل إرادته ووعيه، ومن ثم لا يجوز الاستناد إلى الاعتراف الذي يصدر عن المتهم في حالة فقدان الإرادة، كما لو كان تحت تأثير مخدر أو عقار يسلبه إرادته، ذلك أن الاعتراف هو سلوك إنساني والقاعدة أنه لا يعتبر سلوكا إلا ما كان يجد مصدرا في الإرادة»[3] ص 235.

والجدير بالذكر أنه لم يطرح استخدام هذه الوسيلة موضوع البحث في القضاء الجزائري إذ أننا لم نعثر على أي حكم أو قرار منشور أو غير منشور يتطرق لهذه المسألة، الأمر الذي يؤدي بنا إلى تبني ما هو مستقر في القضاء المقارن للعمل به في القضاء الجزائري لو طرحت هذه المسألة في الممارسة القضائية وذلك بتحريم استخدام التحليل التخديري للحصول على الدليل القولي في التحقيقات الجنائية الاستدلالية أو القضائية، وإهدار كل دليل تم الحصول عليه بهذه الطريقة مع تقرير البطلان لكل الإجراءات اللاحقة له والمرتبطة به، فيما عدا جواز هذه الوسيلة لأهداف الخبرة القضائية لتشخيص المرض والوقوف على الحالة النفسية والعقلية للمتهم.

3.2. استعمال الوسائل العلمية والتقنية لمراقبة المشتبه فيه والمتهم

إن المراقبة كوسيلة استدلالية للبحث عن الدلائل والقرائن وإجرائية لتجميع الدليل وتداوله استخدمت منذ عدة قرون من قبل قادة المجتمعات البدائية لتأمين أشخاصهم ومراكز سلطانهم عن طريق جمع المعلومات والتحريات عن أنشطة أعدائهم باستخدام المراقبة، وبنمو الحضارات وتطور المجتمعات أصبح حماية القانون ومنع وقوع الجرائم عبئا يقع على السلطة القائمة لتأمين مجتمعاتها وحمايتها من الجرائم مما استدعى تكثيف سبل ووسائل المراقبة وتقنياتها لتحقيق هدفها في حماية الأفراد من الجرائم والوصول إلى الجناة.

ويقصد بالمراقبة هو وضع شخص أو مكان معين أو حديث شفوي أو تيلفوني، تحت ملاحظة رجال السلطة القضائية لتسجيل كل ما عساه أن يحدث من تصرفات غير قانونية قد تقع من الأفراد ويكون من شأنها أن تخل بالأمن أو النظام العام في المجتمع أو تحول الخطر إلى ضرر، والوصول إلى الدليل عن طريق البحث التمهيدي أو التحقيق القضائي وهذا بطريقة غير محسوسة وفي جو من السرية والكتمان.

ونظرا لما تتمتع به الوسائل العلمية الحديثة من فعالية ودقة في الوصول إلى الدليل وكشف الحقيقة فإنه من الإنصاف والعدل ألا تحرم أجهزة الشرطة وسلطات التحقيق القضائي من اللجوء إلى استغلال ثمار هذا التطور العلمي ومنها وسائل التسجيل الصوتي واعتراض الاتصالات السلكية واللاسلكية والتصوير الفوتوغرافي والتسجيلي، وصولا إلى تحقيق أهداف المجتمع في حمايته وأمنه عن طريق منع وقوع الجريمة ومكافحتها والكشف عن مقترفيها.

غير أن استخدام هذه الوسائل العلمية للمراقبة الإلكترونية قد أثارت جدلا كبيرا في مشروعية اللجوء إليها والاعتماد على الدليل المنجز عنها لهذا نحاول أن نتطرق في هذا الفصل إلى المراقبة الإلكترونية للمشتبه فيه أو المتهم وذلك في مبحثين إذ نخصص في المبحث الأول إلى المراقبة السمعية ثم المبحث الثاني إلى المراقبة البصرية.

1.3.2. المراقبة السمعية للمشتبه فيه أو المتهم

ترتبط حرية الكلام والتعبير عن الفكر والشعور وما يلج في صدر الإنسان ارتباطا وثيقا بالحق في الخصوصية باعتبارها الوسيلة التي يعبر بواسطتها عن مكنونات نفسه[93] ص 620 سواء بطريقة مباشرة عن طريق الحديث الشخصي أو بصفة غير مباشرة عبر وسائل الاتصال الإلكتروني.

ويعتبر استراق السمع إحدى وسائل التحقيق التي عرفتها البشرية منذ القدم واستمر العمل بها حديثا اللهم الاختلاف إلا في الوسائل الإلكترونية الحديثة للمراقبة السمعية وتسجيل للأحاديث المتفوه بها

مما جعل خصوصية الإنسان من العمومية والمكاشفة التي فرضتها عليها هذه الوسائل المتطورة في نقل وتسجيل الكلام من مسافات بعيدة وبطرق خفية لا يمكن كشفها من طرفا الحديث الأمر الذي أدى إلى إهدار جانب جوهري من حرية الإنسان ما لم يتم وضع نصوص قانونية تضمن الحماية في الوصول إلى الدليل دون المساس بشرعية الاعتصام بالحق في الخصوصية والحرية الفردية.

ونقصد بالوسائل السمعية في معرض هذه الدارسة تلك الوسائل التي تعتمد السمع والتنصت سواء كان ذلك بطريق مباشر أو غير مباشر أهمها مراقبة المكالمات الهاتفية أو اعتراض الاتصالات وتسجيل الأحاديث الخاصة، هذا ما نحاول التطرق إليه في مطلبين إذ نتطرق في المطلب الأول إلى إلتقاط وتسجيل المحادثات الشخصية المباشرة على أن نخصص المطلب الثاني إلى مراقبة المكالمات الهاتفية واعتراض الاتصالات.

1.1.3.2. إلتقاط وتسجيل المحادثات الشخصية المباشرة

إن لكل إنسان مناطق في حياته الخاصة تمثل أغوارا لا يجوز النفاذ إليها واقتحامها باعتبار أن سريتها وصون حرمتها محمية دستوريا وكل محاولة للتلصص والتجسس عليها واختلاس وتسجيل بعض جوانبها هو اعتداء على الحق في الحياة الخاصة المحرم قانونا.

وتعتبر الأحاديث الشخصية التي تجري بين شخصين أو أكثر سواء كانت في مكان خاص أو عام بما يتخذوه من وضعيات الجلوس وحفظ الصوت توحي أن سرية الحديث منحصر بينهم وتدخل أي شخص لاستراق هذا السمع أو تسجيل هذا الحديث ونقله بأية وسيلة كانت هو تدخل لطرف ثالث غير مرغوب فيه لاقتحامه للمجال الشخصي للمتحدث.

وإن كانت الاتفاقيات الدولية والتشريعات الداخلية وضعت العديد من النصوص لحماية سرية الأحاديث الخاصة بما يحقق عدم التدخل في الحق في الخصوصية فإن استفحال الجرائم المنظمة والخطيرة التي تهدد الأفراد في أشخاصهم وأموالهم وتقهر كيان الدولة قلص من النرجسية التي أعطتها التشريعات للحق في الخصوصية، مستعملة وسائل التسجيل والالتقاط للأحاديث الخاصة للمشتبه فيهم والمتهمين بحثا عن الدليل منعا من تحول الخطر الذي يهددون به المجتمع إلى ضرر.

لهذا نحاول في هذا المطلب التطرق في الفرع الأول إلى ماهية الحديث الشخصي ثم في الفرع الثاني إلى شروط حماية المحادثات الشخصية على أن نخصص الفرع الثالث إلى القيمة القانونية للدليل المتحصل عليه عن طريق تسجيل الحديث.

1.1.1.3.2. ماهية الحديث الشخصي موضوع التسجيل

إن الحديث موضوع التسجيل في معرض هذه الدراسة هو تلك المحادثة التي تقع بين شخصين أو أكثر في مكان خاص أو عام لمسألة ذات طابع خاص وسري منحصر العلم بشأنه بين أطراف الحديث فقط، ونظرا لأهمية تسجيله ونقله بالوسائل العلمية باعتباره آلية تقنية فرضتها التكنولوجية الحديثة في التحقيق الجنائي والبحث عن الدليل يقتضي منا التطرق إلى تحديد أولا مفهومه، وثانيا الطبيعة القانونية لتسجيل الحديث الشخصي وثالثا صور استخدام جهاز التسجيل.

1.1.1.1.3.2. مفهوم الحديث الشخصي

يقصد بالحديث أو المحادثات الشخصية تلك المحادثات التي تجري بين طرفين ويتبادلان الكلام فيها في أمور خاصة تعنيهما، ويقصد بعبارة الحديث أصوات لها دلالتها اللغوية سواء كانت هذه الدلالة مفهومة للبشر أم أنها رمزية تقتصر على فئة محددة أو طرفا الحديث فقط ويدخل في نطاقها الشفرات والرموز متى كانت قابلة للتحويل إلى كلمات، فهي ذات دلالة لغوية معروفة من فئة محددة، وبالتالي فإن الصراخ والإشارات ليست من نطاق لغوي محدد وبالتالي فهي ليست حديثا[109] ص 291.

كما يقصد بالحديث الشخصي الوسيلة التي يمكن للإنسان أن يعبر بها عن نفسه ويتبادل أو ينقل مكنونات شخصه مما يحتاج أو يرغب أن يعبره إلى المتحدث إليه، فهي أسلوب من أساليب الحياة الخاصة به[52] ص 219.

كما عرف البعض الآخر الحديث على أنه كل صوت له دلالة مفهومه للجمهور أو لبعض الأفراد بصرف النظر عن اللغة المستعملة فيه ولا تتوافر فيه صفة الحديث الشخصي المضمون بالحماية إلا إذا كان الحديث الذي تم الحصول عليه عن طريق استراق سمعه وتسجيله خاص تم في مكان خاص[73] ص 306.

2.1.1.1.3.2. الطبيعة القانونية لتسجيل الحديث الشخصي

إذا كان يقصد بتسجيل الحديث هو حفظه على الأشرطة أو الأقراص الممغنطة أو أية وسيلة إلكترونية أو إعلامية أخرى المخصصة لذلك لإعادة الاستماع إليه من بعد لأجل الوصول إلى دليل في الدعوى العمومية وبالتالي إدراك الحقيقة الواقعية باعتبارها هدف المحقق، غير أن الإشكال المطروح في هذه الوسيلة العلمية في البحث عن الدليل وتقديمه للقضاء، هل يعتبر إجراء التسجيل الصوتي من قبيل إجراءات إثبات الحالة والتفتيش أم أنه إجراءا مستقلا له قواعده الخاصة.

الاتجاه الأول: القائل باعتبار تسجيل الحديث تفتيشا

ذهب اتجاه في الفقه الجنائي إلى أن تسجيل الأحاديث الخاصة يعتبر نوعا من التفتيش ذلك أن هذا الأخير يعرف بأنه الإطلاع على محل منحه القانون حرمة خاصة باعتباره مستودع سر صاحبه لضبط ما عسى قد يوجد به مما يفيد كشف الحقيقة والوصول إلى الجناة وقد يكون محل التفتيش ذات الشخص أو مسكنه أو أي مكان يشمله المشرع بالحماية باعتباره مكنونا لسر الفرد[29] ص 78.

والمشرع عندما وضع شروطا وقيودا على إجراء التفتيش لم يقصد بذلك حماية الشخص والجسم والسكن كبناء خاص وإنما قصد بذلك حماية السر الذي يحملانه بداخلهما باعتبارهما مكانا يطمئن إليه، وبالتالي فإن تسجيل المحادثات الشخصية مهما كانت الصورة التي تتم فيه يعتبر نوعا من التفتيش باعتباره إجراء يستهدف منه البحث عن الدليل للوصول إلى الحقيقة وهي ذات الغاية من التفتيش، كما أن محل مباشرته وهو مستودع السر وهو نفس المحل الذي ينصب عليه التفتيش.

الاتجاه الثاني: القائل باعتبار تسجيل الحديث إجراء من نوع خاص

ذهب إتجاه في الفقه إلى اعتبار تسجيل المحادثات يشبه التفتيش لكن لا يرقى إلى مرتبته وطبقا لأحكامه وإنما هو إجراء من نوع خاص ذلك أن الدليل المستمد من المحادثات ليس دليلا ماديا، فشريط وقرص التسجيل الذي تسجل عليه المحادثة ليس هو بذاته الدليل وإنما مجرد وسيلة ساعدت المحقق في الوصول إلى الدليل القولي مما مكن من مواجهة المتهم به.

وهذا الدليل المستنبط من الشريط أو القرص هو مجرد دليلا قوليا وليس دليلا ماديا ملموسا كتلك الأدلة المادية التي تستمد من إجراء التفتيش، كما أن التنصت على المحادثات الشخصية وتسجيلها لا يعد ضبطا، لأن الضبط هو إجراء يهدف إلى جمع وتحرير الأدلة المادية التي تقدم إلى العدالة وتفيد في كشف الحقيقة هذا ما أدى بجانب كبير من الفقه إلى استبعاد صفة التفتيش على إجراء تسجيل المحادثات الخاصة واعتبارها إجراء من نوع خاص[66] ص 657.

وقد ساير المشرع الجزائري الاتجاه الثاني في اعتبار تسجيل المحادثات الشخصية واعتراض المراسلات والاتصالات إجراء من نوع خاص إذ أفرد له أحكاما خاصة يختلف عما هو معروف من إجراءات وشروط التفتيش وهذا في أحكام المواد من 65 مكرر 5 إلى 65 مكرر 10 من القانون رقم 22/06 المؤرخ في 2006/12/20 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية، إذ أنه في الفقرة 4 من المادة 65 مكرر 5 لم يشترط إذن الأشخاص الذين لهم حق على المساكن المراد وضع فيها الوسائل التقنية والإلكترونية لمراقبة الكلام المتفوه به داخل المسكن أو الحديث عبر الهاتف إذ يجيز القانون إجراء هذه الترتيبات ولو بغير علم أصحاب هذه المساكن ولو لم يكونوا متهمين أو مشتبها فيهم، كما أن هذه الترتيبات تجيز لضباط الشرطة القضائية الدخول لهذه المساكن في أي وقت دون التقيد بما هو وارد من أحكام ومواعيد التفتيش المنصوص عنها في أحكام المادة 47 من قانون الإجراءات الجزائية، هذا ما

يؤكد أن المشرع الجزائري لا يطبق على إجراء تسجيل المحادثات الشخصية لضبط الدليل وكشف الحقيقة الأحكام الخاصة بالتفتيش مما يجعل هذا الإجراء ذي طبيعة خاصة نضمها المشرع بأحكام خاصة به ولم يدخلها ضمن القواعد العامة الواردة في التفتيش والضبط الخاصة بالدليل المادي.

3.1.1.1.3.2. صور استخدام جهاز التسجيل

إن تسجيل الأحاديث الشخصية يقتضي وضع آلة تسجيل والتقاط وتسجيل الكلام المتفوه به من طرف المشتبه فيه أو المتهم لمحدثه سواء كانت هذه الآلة في مكان المحادثة أو ميكروفون ينقل الكلام إلى مكان آخر لجمعه وتسجيله، وتستخدم آلة التسجيل في صورتين الأولى قبل وقوع الجريمة والثانية بعد وقوعها، هذا ما نحاول التطرق إليه تبعا على النحو التالي:

استخدام آلة التسجيل قبل وقوع الجريمة

إن البحث في استخدام أجهزة التسجيل قبل وقوع الجريمة يقتضي منا تحديد الجهة التي تقوم بهذا الإجراء، ذلك أن الجهات التي تتصل بالإجراءات الجزائية بوجه عام هي الشرطة بنوعيها الإدارية والقضائية وأعضاء النيابة العامة وقضاة التحقيق والحكم، ولا يكون اتصال سلطات الشرطة القضائية والنيابة العامة وقضاة التحقيق والحكم بالإجراءات الجزائية إلا بعد وقوع الجريمة لاتخاذ إجراءات التحري بشأنها وتحريك الدعوى العمومية ضد مقترفيها وفتح تحقيق بشأنها لأجل إحالة ومحاكمة مرتكبيها وبالتالي لا يتصور استخدامهم لآلات التسجيل قبل وقوع الجريمة لعدم اختصاصهم النوعي بذلك[29] ص 80.

أما الشرطة الإدارية فمهمتهم هي حفظ الأمن والنظام العام لمنع وقوع الجريمة ودفع الخطر قبل تحوله إلى ضرر وبالتالي يتخذون مختلف الوسائل لتحقيق هذا الغرض من مراقبة راجلة أو راكبة لحماية المجتمع، غير أن السؤال المطروح في هذا الصدد ينحصر في مدى جواز وشرعية استخدام أجهزة التسجيل الصوتي للأحاديث الخاصة قبل وقوع الجريمة أي أنه لا يستخدم للحصول على دليل الجريمة وقعت ويجري التحري والتحقيق بشأنها، وإنما لاستعماله كدليل لجريمة محتمل وقوعها.

وإذا كانت الإجراءات الجزائية الماسة بالحرية الفردية والحق في الخصوصية لا يمكن اللجوء إليها من قبل السلطات القائمة على حفظ الأمن إلا في إطار القانون والحال إن تقيد هذه الحرية لا يكون إلا بعد وقوع الجريمة وأثناء مرحلة التحريات والتحقيق القضائي فإنه قبل وقوع الجريمة يمتنع بتاتا على الضبطية الإدارية تسجيل الأحاديث الخاصة عن طريق أجهزة توضع خفية في ملابس الشخص أو في محل عمله أو مسكنه، غير أنه يثور السؤال حول مدى إمكانية وضع أجهزة لتسجيل الأحاديث التي تقع في الأمكنة العامة كالمقاهي والنوادي والمراكز التجارية والمالية والإدارات المختلفة خاصة القاعات التي يرتادها الجمهور.

ذهب رأي في الفقه إلى أنه لا مانع من التقاط وتسجيل الأحاديث الشخصية الخاصة التي تقع في الأماكن العامة التي يرتادها الجمهور وذلك للاعتماد عليها كدليل في الدعوى العمومية إذا ما كونت تلك الأحاديث جريمة (كالجرائم القولية السب أو التهديد) أو كانت تمثل دليلا لجريمة وقعت إذ يجب أن يتحمل كل فرد مسؤولية كلامه وحديثه المتفوه به.

غير أن بعض الفقه ينتقد بشدة السماح لأفراد الضبط الإداري استخدم أي جهاز لتسجيل الأحاديث قبل وقوع الجريمة وهذا محافظة على الشعور الإنساني بتمتع الفرد بحريات كاملة ذلك أن السماح بذلك يضع الفرد في إلزامية القيام بالمستحيل إذ عليه دوما أن يراجع أقواله قبل أن يتفوه بها ويضبط أعصابه لأي نقد[29] ص 82 مما نخرج من طبيعة القاعدة القانونية التي تقوم على تكليف الأفراد وإلزامهم بالشيء المستطاع وفقا للمألوف في المجرى العادي للأمور.

وإن كان يعترض البعض على هذا الرأي أنه يوفر الحماية إلى من يشتبه في أنه يعتزم ارتكاب الجريمة ولم يراعي فيها حماية المجتمع وهو الأولى بالرعاية والمحافظة عليه، غير أن هذا الانتقاد محل نظر ذلك أن حماية الحرية الفردية في كل صورها ومنها حرية الرأي والتعبير وهي تحقق حماية المجتمع نفسه.

كما أن التقاط المحادثات وتسجيلها يعد إجراء سواء كان استدلاليا أو قضائيا لا يمكن القيام به إلا إذا وقعت الجريمة واتخذت بشأنها إجراءات التحري والتحقيق، الأمر الذي يحظر عل سلطات الضبط الإداري استخدام أجهزة تسجيل الأحاديث الشفوية الشخصية قبل وقوع الجريمة وقبل اتخاذ إجراءات التحري والتحقيق.

استخدام آلة التسجيل بعد وقوع الجريمة

بمجرد وقوع الجريمة تتحرك الآلية الإجرائية للبحث عن الدليل للوصول إلى الحقيقة يباشرها ضابط الشرطة القضائية تحت إشراف ومسؤولية وكيل الجمهورية في الجريمة المتلبس بها أو يباشرها قاضي التحقيق في حالة فتح تحقيق بشأنها بناءا على طلب النيابة العامة، إذ تتخذ حينها جميع الإجراءات القانونية الكفيلة بإدراك الحقيقة الواقعية للجريمة محل التحري أو التحقيق وإسنادها إلى المتهم تمهيدا لمحاكمته.

ويعتبر التقاط الأحاديث الخاصة وتسجيلها إحدى إجراءات جمع الدليل التي نصت عليها مختلف التشريعات المقارنة ومنها المشرع الجزائري في أحكام المادة 65 مكرر 5 من قانون ألإجراءات الجزائية المعدل والمتمم بالقانون رقم 22/06 المؤرخ في 2006/12/20 إذ أعطى هذه الآلية لضباط الشرطة القضائية في مرحلة البحث والتحري في الجريمة المتلبس بها ولقاضي التحقيق عند فتح تحقيق قضائي غير أنه قصر إياها في جرائم خطيرة ومحددة على سبيل الحصر.

وباعتبار وضع الترتيبات اللازمة والتقنية لتسجيل الأحاديث الخاصة قد يستدعي الأمر في بعض الحالات دخول المحلات السكنية بدون علم وموافقة من لهم الحق على هذه المساكن تقتضي بالضرورة ليس فقط وقوع جريمة وهي محل بحث تمهيدي في إطار إجراءات التلبس أو تحقيق قضائي وإنما وضع ضمانات قانونية كافية لعدم الاعتداء على الحرية الفردية والحق في الحياة الخاصة وإن كان ذلك أن يقتصر على الجزء موضوع المتابعة وعلى الشخص محل الدعوى دون مساس لحقوق الغير.

2.1.1.3.2. شروط حماية المحادثات الشخصية

نظرا لأن المحادثات الشخصية والمباشرة تمثل صورة حقيقية يعبر بشأنها الشخص على استعمال حقه في الحياة الخاصة لذا لا يخلوا أي تشريع مقارن حاليا من تضمين نصوصه الإجرائية الآليات والشروط القانونية لالتقاط وتسجيل الحديث الخاص بحثا عن الدليل وصولا للحقيقة، وعدم احترام هذه الشروط والإجراءات يؤدي بمباشر هذا الإجراء إلى اقترافه لجريمة تكون محل متابعة جزائية وتعويض مدني للطرف المتضرر مع إهدار الدليل وكل إجراء لا حق له.

وحتى يكون الحديث الشخصي ذو طبيعة خاصة وجديرا بالحماية القانونية يجب أن تتوافر فيه صفة الخصوصية والسرية وأن يشكل الاعتداء على الحديث إحدى الصور المجرمة التي نص عنها المشرع، لذا نتطرق إلى نوعين من الشروط بعضها يتعلق بالحديث الشخصي وبعهضا يتعلق بشكل الاعتداء.

1.2.1.1.3.2. خصوصية الحديث الشخصي

اختلفت التشريعات المقارنة في تحديد المعيار الذي يمكن على أساسه تحديد خصوصية الحديث الشخصي بين معيارين أحدهما موضوعي والآخر شخصي وذلك على النحو التالي:

المعيار الموضوعي في تحديد خصوصية الحديث

يقوم المعيار الموضوعي في تحديد طبيعة الحديث من حيث أنه خاصا جديرا بالحماية أو أنه عاما، حسب مكان حدوثه الذي يعتبر قرينة لا تقبل إثبات العكس على طبيعته فإذا تم الحديث في مكان خاص أو عبر الهاتف عد هذا الحديث شخصي وخاص، وكل التقاط له وتسجيله ونقله ونشره يمثل جريمة يعاقب عليها القانون، وبناءا عليه فإن الحديث الذي يتضمن أدق الأسرار في الحياة الخاصة لا يحميه القانون إذا تحدث به صاحبه في مكان عام لأن من يفرط في أسراره ويفشيها أمام الآخرين، لا يمكنه بعدئذ أن يطلب حماية القانون الجنائي له، بينما يحمي القانون تلك الأحاديث ولو كانت ذات طابع عام إذا ما تحدث بها في مكان خاص[52] ص 220.

وقد أخذ المشرع المصري بمعيار المكان الخاص لإعطاء صفة الخصوصية للحديث الشخصي[66] ص 434 عندما قرر في أحكام المادة 309 مكرر من قانون العقوبات على أنه:« يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة من اعتدى على حرمة الحياة الخاصة للمواطن وذلك بأن ارتكب أحد الأفعال الآتية في غير الأحوال المصرح بها قانونا أو بغير رضا المجني عليه:

- إسترق السمع أو سجل أو نقل عن طريق جهاز من الأجهزة أيا كان نوعه محادثة جرت في مكان خاص أو عن طريق التليفون».

المعيار الشخصي في تحديد خصوصية الحديث

يقوم المعيار الشخصي في تحديد طبيعة الحديث من حيث خصوصيته وسريته حسب طبيعة الموضوع محل الحديث، فإذا كان منصبا على أمر يحرص المتحدث على سريته وعدم إباحته إلا لمحدثه فقط، يكون حديثا خاصا وذا طابع سري وهو جدير بالحماية القانونية له، أما إذا كان موضوع الحديث يتعلق بأمور عامة اقتصادية وسياسية واجتماعية وإن جرى في مكان خاص فإن التقاطه وتسجيله ونقله لا يعتبر انتهاكا لحق الإنسان في الحياة الخاصة من خلال الاعتداء على حديثه الشخصي.

وبعدما كان المشرع الفرنسي يأخذ بالمعيار الموضوعي لتحديد خصوصية الحديث الشخصي من ضرورة أن يكون في مكان خاص حتى يضفي عليه صفة الخصوصية المحمية جزائيا وذلك في صريح المادة 368 من قانون العقوبات الفرنسي المعدل بموجب القانون المؤرخ في 1970/07/17، فإنه عدل عن هذا التوجه وأصبح يأخذ بموجب القانون المؤرخ في 1992 بالمعيار الشخصي عندما يكون الحديث خاصا وسريا دون اعتبار المكان الذي يدور فيه هذا الحديث إذ قرر في المادة 226 فقرة 1 المعدلة سنة 1992 على أنه لكي يكون الحديث محلا للحماية الجنائية لا بد أن يكون ذا صفة خاصة ويتسم بالسرية[109] ص 299.

موقف المشرع الجزائري

لقد نص المشرع الجزائري على التقاط وتسجيل الأحاديث الشخصية الخاصة في أحكام المادة 65 مكرر 5 من قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم بالقانون رقم 22/06 المؤرخ في 2006/12/20، وبالرجوع إلى الفقرة الثالثة منها نصت على أنه:«وضع الترتيبات التقنية دون موافقة المعنيين، من أجل التقاط وتثبيت وبث وتسجيل الكلام المتفوه به بصفة خاصة وسرية من طرف شخص أو عدة أشخاص في أماكن خاصة أو عمومية...».

إذ يلاحظ أن المشرع الجزائري أنه أخذ بالمعيار الشخصي لتحديد الحديث الشخصي الجدير بالحماية وموضوع الرقابة وهو الحديث الخاص والسري الذي يجري بين المتحدثين بغض النظر عن مكان المحادثة في مكان عام أو خاص.

وما يؤكد هذا التوجه لدى المشرع الجزائري بأخذه بالمعيار الشخصي في تحديد خصوصية وسرية الحديث الشخصي ما نص عنه في أحكام المادة 305 مكرر من قانون العقوبات المعدل والمتمم بالقانون رقم 23/06 المؤرخ في 2006/12/20 من أنه:«يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من تعمد المساس بحرمة الحياة الخاصة للأشخاص بأية تقنية كانت وذلك:1- بالتقاط أو تسجيل أو نقل مكالمات أو أحاديث خاصة أو سرية بغير إذن صاحبها أو رضاه...».

ويعد اتجاه المشرع الجزائري في هذا المجال موفق وصائب وأكثر ملائمة وانسجاما مع طبيعة الأمور، ذلك أنه من غير المستساغ لا في المنطق ولا في العقل تجريد الأحاديث الشخصية من طبيعتها الخاصة والسرية لمجرد حدوثها في مكان عام.

2.2.1.1.3.2. شكل الاعتداء

يتفق كل من المشرع الجزائري (المادة 303 مكرر من قانون العقوبات) والمشرع الفرنسي (المادة 226 من قانون العقوبات) والمشرع المصري (المادة 309 مكرر من قانون العقوبات) على أن الاعتداء على المحادثات الشخصية يأخذ أشكالا متعددة إما التقاط أو تسجيل أو نقل الأحاديث الخاصة أو السرية.

التقاط السمع

يستعمل كل من المشرع الجزائري والفرنسي عبارة التقاط السمع في حين يستخدم المشرع المصري عبارة استراق السمع وإن كانت العبارتان يؤديان نفس المعنى ويحققان نفس الهدف وهو الاستماع إلى المحادثة خلسة إلا أنه نظرا لأن مرحلة المسارقة السمعية بالأذن قد ولت وحلت محلها الوسائل التقنية العلمية التي تحقق غرضها في تسجيل ونقل الحديث إلى المستمع حتى من مسافات بعيدة فإن عبارة التقاط السمع أدق في تحقيق الغرض في إطار استعمال الوسائل العلمية محل الدراسة.

ولا تثير في هذا الصدد الوسائل المستخدمة وأشكالها المختلفة لالتقاط المحادثات الشخصية أية إشكالية قانونية طالما أن الغاية الأساسية قد تحققت وهو التقاط السمع للحديث الشخصي الخاص أما إذا كان الحديث قد وصل إلى مسامع الشخص عرضا ودون وجود نية التنصت فلا يمثل صورة التعدي المجرمة قانونا[109] ص 296.

تسجيل الحديث

إذا كان قديما يأخذ شكل التسجيل تدوين الكلام بواسطة القلم والورقة، فإن تطور الوسائل العلمية والتقنية لوسائل الاتصال لم يعد تسجيل الحديث مقتصر على المسجل والشريط بل أمكن اختراع عدة وسائل للتسجيل مثل استعمال الهواتف الخلوية، والميكروفونات القادرة على نقل الحديث من مكان

المحادثة سواء الموضوعة فيه أو خلف جدار هذا المكان لتسجيلها في مكان آخر يتواجد فيه الشخص الذي يشرف أو يلتقط السمع وبالتالي فإن المشرع يسوي جميع طرق التسجيل طالما حققت الغرض الذي وجدت لأجله وهو تسجيل الحديث.

نقل الحديث

يقصد بنقل الحديث هو نقله من موقعه الذي يباشر فيه الحديث إلى مكان آخر عبر جهاز إرسال يلتقط بشأنه الحديث من مسافات بعيدة بحيث تبثه إلى المكان المتواجد فيه الشخص الذي يسترق السمع.

ومن الملاحظ أن كافة أو صور أو أشكال الاعتداء على الحديث الشخصي الخاص يمكن أن تقع داخل المكان الذي تمت فيه المحادثة[96] ص 175، كما يمكن أن يقع بشكل منعزل في مكان مستقل إذ يقع الالتقاط في مكان وقوع الحديث بينما التسجيل يقع في مكان ثاني بينما النقل يكون في مكان ثالث مما يتعدد معها الاختصاص الإقليمي، ولا يشترط ارتكاب الأشكال والصور الثلاثة لقيام الاعتداء في حق المعتدي بل قد يرتب فعلا واحدا مشكلا لصورة من الصور الثلاثة كافية لقيام الركن المادي المشكل لجريمة الاعتداء على الحياة الخاصة عن طريق تسجيل الحديث الشخصي.

3.1.1.3.2. مدى شرعية تسجيل الأحاديث الشخصية للحصول على الدليل

تثير مسألة استخدام الوسائل التقنية بطريقة خفية لتسجيل الأحاديث الشخصية الخاصة بين الأفراد على غير علم ورضا منهم مشكلة حادة حول مدى شرعية الإجراء والدليل المستمد منها، فعلى الرغم من فعاليتها في الوصول إلى الحقيقة والقبض على الجناة مما حدى بالتشريعات المقارنة الحديثة إلى تنظيم إجراءات التقاط وتسجيل ونقل الأحاديث الشخصية، إلا أنها لا زالت تلقى اعتراضا لدى الفقه والقضاء المقارن لذا سنتطرق أولا إلى التنظيم القانوني لتسجيل الأحاديث الشخصية الخاصة وثانيا حجية الدليل المتحصل عليه عن طريق هذا التسجيل.

1.3.1.1.3.2. التنظيم القانوني لتسجيل الأحاديث الشخصية الخاصة

أدى استفحال ظاهرة الجريمة خاصة الخطيرة والمنظمة منها إلى تدخل المشرع لتنظيم إجراء جديد يقوم على استعمال الوسائل العلمية والإلكترونية لالتقاط وتسجيل ونقل الأحاديث الشخصية والخاصة للمشتبه فيهم والمتهمين بحثا عن الدليل لدفع الخطر قبل تحوله إلى ضرر أو للقبض على الجناة الذين يرتكبون الجرائم للأضرار بالأفراد في أشخاصهم وأموالهم أو مساسا بأمن الدولة.

تنظيم التشريعات المقارنة لإجراء تسجيل الأحاديث الشخصية الخاصة

بعدما كان التقاط وتسجيل ونقل الأحاديث الشخصية الخاصة التي تتم بين الأفراد لا تخضع لأي تنظيم تشريعي بل يستند قاضي التحقيق أو المحقق عموما فيها إلى قاعدة عامة مفادها استعمال كل

الوسائل المشروعة للوصول إلى الحقيقة، إلا أنه نتيجة للتدخل القضائي في أمريكا خاصة، وإدانة محكمة العدل الأوروبية للعديد من دولها بمخالفتهم لأحكام المادة 08 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وتدخل المشرع الدستوري لحماية الحياة الخاصة من انتهاك الغير لها في العديد من الدول العربية أن تدخل المشرع في مختلف هذه الدول للتنظيم القانوني لهذا الإجراء.

بالنسبة لموقف المشرع الأمريكي

فبعدما كان القضاء الأمريكي الاتحادي يبسط حمايته للأحاديث الشخصية والخاصة من انتهاك المحققين لها عن طريق التقاطها وتسجيلها استنادا إلى اعتبار أن ذلك مخالفا لأحكام التعديل الدستوري الرابع الخاص بالحماية الدستورية عند ممارسة إجراء التفتيش، وبالتالي تطبيق التسجيل لإجراءات التفتيش إلى أن تدخل المشرع الأمريكي بموجب القانوني الفيدرالي المؤرخ في 1968/07/19 المتعلق برقابة السيارات العمومية وأمن الشوارع وذلك لتنظيم إجراءات الترخيص القانوني للمراقبة الإلكترونية الممتدة للأحاديث الشخصية، وقد أيدت العديد من الدوائر القضائية هذا القانون[102] ص 133.

بالنسبة لموقف المشرع البريطاني

أما في بريطانيا ففي سنة 1970 شكلت لجنة لتقرير ما إذا كانت هناك حاجة لتشريع يحمي الحق في الحرية الشخصية نتيجة الإلتجاء إلى مخبرين خصوصيين سريين وكذلك البحث في آثار استخدام مستحدثات التسجيل والتنصت الإلكتروني، وقد انتهت اللجنة على أن التسجيل الإلكتروني على محادثات الأفراد المرخص به لا يعد تعديا على الحرية الشخصية للأفراد، غير أنه نظرا للإدانة الصادر من طرف المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ضد بريطانيا سنة 1985 في قضية "مالون " ضد المملكة المتحدة Molone V. United King dom في صدور قانون احتجاز المحادثات الهاتفية سنة 1985 الذي منح سلطة وزير الداخلية التصريح بتسجيل الأحاديث الشخصية لفترة محددة في الجرائم الخطيرة التي تمس الأمن والاقتصاد القومي[8] ص 350.

بالنسبة لموقف المشرع الفرنسي

أما في فرنسا فإنه على أثر الحكم الذي أصدرته محكمة العدل الأوروبية بتاريخ 1990/04/24 بإدانة فرنسا لقيام قاضي التحقيق بمراقبة الأحاديث الخاصة دون أي تنظيم وضمانات قانونية، بما يخالف أحكام المادة 08 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، تدخل المشرع الفرنسي بموجب القانون رقم 91- 645 المؤرخ في 1991/07/10 ووضع عدة ترتيبات وإجراءات لضمان المراقبة الإلكترونية للأحاديث الشخصية الخاصة في أحكام المادة 100 أ من قانون الإجراءات الجزائية إذ اشترط في التقاط وتسجيل المحادثات التي تتم من طرف المشتبه فيه أو المتهم أن تكون بموجب أمر مسبب صادر عن قاضي التحقيق وليس النيابة العامة، وأن يكون هذا التنصت والتسجيل تحت إشرافه المباشر ولمدة لا

تزيد على أربع شهور في الجرائم الخطيرة فقط والتي تحدث إخلالا بالأمن العام حسبما ما استقر لدى محكمة النقض في وصف الجرائم الخطيرة.

بالنسبة لموقف المشرع المصري

لم تشذ التشريعات العربية على تعديل وتكييف نصوصها الإجرائية من مسألة مراقبة وتسجيل الأحاديث الشخصية الخاصة حسبما استقر عليه الأمر لدى التشريعات الأوروبية المقارنة، ذلك أن المشرع المصري بعدما كان يعطي لقاضي التحقيق طبقا للمادة 95 من قانون الإجراءات الجنائية المعدلة بالقانون رقم 107 لسنة 1962 سلطة واسعة في مراقبة وتسجيل المحادثات الشخصية الخاصة.

ونظرا لتدخل الدستور السابق لسنة 1971 أين نص في مادته 45 على أنه:«للمحادثات التليفونية وغيرها من وسائل الاتصال حرمة وسريتها مكفولة ولا يجوز مصادرتها أو ألإطلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائي مسبب ولمدة محددة وفقا لأحكام القانون» تدخل المشرع المصري ثانية ونص على تجريم وعقاب تسجيل المحادثات الشخصية الخاصة من طرف الأفراد أو بدون إذن قضائي طبقا لأحكام المادة 309 مكرر من قانون العقوبات، كما عدل المادة 95 من قانون الإجراءات الجنائية بموجب القانون رقم 37 لسنة 1972 المؤرخ في 1972/09/23 والخاصة بقيام قاضي التحقيق بتسجيل الأحاديث الخاصة بقولها:« لقاضي التحقيق أن يأمر بضبط جميع الخطابات والرسائل والجرائد والمطبوعات والطرود لدى مكاتب البريد وجميع البرقيات لدى مكاتب البرق، وأن يأمر بمراقبة المحادثات السلكية واللاسلكية أو إجراء تسجيلات لأحاديث جرت في مكان خاص متى كان لذلك فائدة في ظهور الحقيقة في جناية أو جنحة معاقب عليها بالحبس تزيد على ثلاثة أشهر وفي جميع الأحوال يجب أن يكون الضبط أو ألإطلاع أو المراقبة أو التسجيل بناءا على أمر مسبب ولمدة لا تزيد على ثلاثين يوما قابلة للتجديد لمدة أو لمدد أخرى مماثلة»، كما منح هذا الإجراء إلى النيابة العامة عندما تباشر التحقيق وهذا في أحكام المادة 206 من قانون الإجراءات الجنائية بشرط الحصول مقدما على أمر مسبب بذلك من القاضي الجزئي.

موقف المشرع الجزائري من التقاط وتسجيل الأحاديث الشخصية الخاصة

كان يجري تسجيل المحادثات الشخصية الخاصة للأشخاص المشتبه فيهم والمتهمين من طرف قاضي التحقيق في النظام القضائي الجزائري طبقا للقاعدة العامة الواردة في أحكام المادة 68 فقرة 1 من قانون الإجراءات الجزائية التي تسمح لقاضي التحقيق بأن:« يقوم باتخاذ جميع إجراءات التحقيق التي يراها ضرورية للكشف عن الحقيقة».

غير أنه بموجب القانون رقم 06 – 22 المؤرخ في 2006/12/20 المتمم لقانون الإجراءات الجزائية أضاف المشرع المواد من 65 مكرر 5 إلى 65 مكرر 10 المتعلق باعتراض المراسلات

وتسجيل الأصوات والتقاط الصور كإجراء قضائي للبحث عن الدليل الجنائي وتقديمه إلى القضاء ضمن إجراءات محددة تتمثل في الآتي:

- يجوز لوكيل الجمهورية في الجرائم المتلبس بها وقاضي التحقيق في مرحلة التحقيق الابتدائي إن يأذن لضابط الشرطة القضائية القيام بإجراء تسجيل الأحاديث الشخصية والخاصة للمشتبه فيهم أو المتهمين وبالتالي فإن هذا الإجراء يتم تحت الإشراف المباشر لوكيل الجمهورية في مرحلة البحث التمهيدي وقاضي التحقيق في مرحلة التحقيق الابتدائي وبالتالي لا يجوز لضباط الشرطة القضائية أو معاونيهم القيام بهذا الإجراء من تلقاء أنفسهم مهما تجمعت لديهم من دلائل عن خطورة الأفعال ومهما كانت درجة الاستعجال.

- قصر هذا الإجراء على الجرائم الخطيرة المحددة على سبيل الحصر (مادة 65 مكرر 5) وهي جرائم المخدرات والجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية، والجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وجرائم تبيض الأموال والجرائم الإرهابية، والجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف وكذا جرائم الفساد.

- يسمح هذا الإجراء بالدخول إلى المحلات السكنية للمتهمين أو المشتبه فيهم أو الغير بدون علم أصحابها أو رضاهم دون التقيد بالشروط والضمانات الواردة في أحكام المادة 47 من قانون الإجراءات الجزائية المتعلقة، الإذن لدخول المسكن والميقات.

- يتعين على الآمر بإجراء تسجيل الأحاديث الشخصية سواء كان قاضي التحقيق أو وكيل الجمهورية ذكر في الإذن جميع العناصر المتعلقة بالشخص الذي يستهدفه هذا الإجراء والكلام المتفوه به المراد التقاطه وتسجيله والمحال السكنية أو العامة المراد وضع فيها الترتيبات اللازمة لتسجيل الحديث مع تحديد المدة المراد إنجاز فيها العمل وهي 4 أشهر كحد أقصى قابل للتجديد.

- يتعين على ضابط الشرطة القضائية المأذون له من طرف وكيل الجمهورية أو النائب العام أو من طرف قاضي التحقيق الاستعانة بالمختصين لوضع هذه الأجهزة لالتقاط الحديث وتسجيله ويتعين على هؤلاء الالتزام بكتمان السر المهني.

- يجب على ضابط الشرطة القضائية القائم بإجراء تسجيل الأحاديث الخاصة تحرير محضر بذلك يدون فيه، تاريخ وساعة بداية الإجراء وتاريخ وساعة الانتهاء منه، مع نسخ هذه المحادثات في محضر يودع بالملف الإجرائي مع الترجمة الأصلية له إذا أذيع الكلام بلغة أجنبية.

غير أنه يلاحظ على المشرع الجزائري أنه بالرغم من حداثة إجراء تسجيل المحادثات الشخصية الخاصة في النظام القانوني الجزائري لم يبين الجزاءات الإجرائية في حالة مخالفة الضمانات الموضوعية والإجرائية وكذا مصير الحديث المسجل بعد الانتهاء من الحكم في القضية التي كانت محل هذا الإجراء، لما في ذلك من مساس خطير بحقوق الدفاع.

2.3.1.1.3.2. حجية الدليل المتحصل عليه عن طريق التسجيل

إن البحث في مدى حجية الدليل المتحصل عليه عن طريق تسجيل الأحاديث الشخصية الخاصة التي يجريها المشتبه فيه أو المتهم خفية تقتضي منا التطرق إلى موقف الفقه واتجاه القضاء وذلك على النحو التالي:

موقف الفقه

اختلف الفقهاء في تحديد مدى مشروعية تسجيل الأحاديث الشخصية المباشرة وحجية الدليل الناتج عنها وذلك إلى اتجاهين هما:

الاتجاه الأول: المؤيد لاستخدام التسجيل الخفي للأحاديث المباشرة

ذهب اتجاه سواءا في الفقه الفرنسي أو الأمريكي أو المصري إلى إباحة تسجيل الأحاديث المباشرة الخاصة ومشروعية وحجية الدليل المتحصل عليه من هذا الإجراء وقدموا لذلك عدة مبررات يؤسسون عليها موقفهم تتمثل في الآتي:

- يرى أنصار هذا الرأي أن الوسائل العلمية الخاصة بالتسجيل تعد من الوسائل القوية والفعالة في مجال مكافحة الجريمة، ذلك أنه إذا كان الجناة ومحترفوا الإجرام يستغلون أحدث ما توصل إليه التطور العلمي فليس ثمة ما يحول دون استخدام هذه الوسائل في الكشف عن الجريمة والمجرمين ومحاربتها، وإذا كان العلم أصبح في الوقت الحالي يسيطر على جميع مناحي الحياة فإنه ليس من المنطقي والإنصاف حرمان استعماله في الممارسة القضائية والإجراءات الجزائية للبحث عن الدليل والوصول إلى الحقيقة وإذا كان صحيحا أن الاستعانة بالتسجيل لضبط المجرم تعد أمرا قذرا فإنه أقل قذارة من الجريمة ذاتها[73] ص 415.

- إن القاعدة التي تحكم الإثبات في الوقت الحاضر هي الاقتناع الحر للقاضي الجزائي ذلك أن القاضي له كامل الحرية في تكوين عقيدته وقناعته الوجدانية وبالتالي فإنه من غير المنطقي ولا المستساغ استبعاد الدليل المتحصل عليه من تسجيل حديث شخصي ومباشر طالما أن وسيلة الوصول إليه كانت مشروعة واتسمت أقوال المتهم بالإدراك وحرية الاختيار[105] ص 123.

- إن التسجيل خفية للأحاديث الشخصية المباشرة ليس إلا نوعا من أنواع الحيل المشروعة التي يجوز استعمالها في مرحلة جمع الاستدلالات، مثل التنكر الذي يستعان به في ضبط الجناة أو الحصول على اعترافاتهم[113] ص 25.

الاتجاه الثاني: الرافض لاستخدام التسجيل الخفي للأحاديث المباشرة للحصول على الدليل

ذهب اتجاه فقهي معارض لاستخدام الوسائل التقنية لتسجيل الأحاديث المباشرة خفية للحصول على الدليل معتبرين أن هذا الدليل غير مشروع وباطل ولا حجية له في الإثبات الجنائي ويؤسسون رأيهم على الحجج التالية:

- يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التسجيل خفية للأحاديث الشخصية المباشرة وسيلة تتسم بالخداع والغش وبالتالي لا يمكن الاعتماد على الأقوال المستمدة من هذا التسجيل كدليل من أدلة الإثبات المستقبلة وإنما يمكن اعتباره مجرد قرينة تساهم في تكوين عقيدة القاضي وتظم إلى عناصر الإثبات الأخرى[73] ص 413.

- يرى هذا الاتجاه أن التسجيل خلسة للأحاديث الشخصية للأفراد يعد انتهاك لحق الشخص في ألا يتسلل أحد إلى حياته الخاصة فهو اعتداء على حق الخلوة وهو حق مطلق من الحقوق الطبيعية للإنسان التي لا تحتاج الدساتير الإشارة إليها لأنها مستقرة في وجدان البشرية باعتبارها من المسلمات، لذا يعد التسجيل خلسة إجراء باطل حتى ولو أذن به القاضي إذا كان فيه اقتحام لحق الخلوة الشخصية للفرد التي يكون فيها في مأمن من استراق السمع لحديثه الشخصي الذي يجريه في منزله أو مكتبه أو سيارته إذ أن توقعه يتجه إلى أنه في خلوته التي لا يجوز لأحد أن يقتحمها بطريقة التلصص[72] ص 36.

ويرى بعض الفقهاء الأمريكان أن استخدام الوسائل الإلكترونية لتسجيل الأحاديث الشخصية مباشرة أمر ينطوي على اعتداء حقيقي على خصوصية الإنسان لتعارضه مع التعديل الدستوري الرابع الذي يحظر التنصت سرا على محادثات الإنسان أو التقاط مكالماته الهاتفية وبالتالي لا يجوز لسلطات التحقيق الاستناد إلى دليل تم الحصول عليه بطريق غير مشروع معتبرين أن إفلات متهم من العقاب يكون أفضل وأهون على العدالة من استخدام هذه الوسائل غير المشروعة للتنصت والتسجيل للأحاديث الخاصة.

موقف القضاء

لقد كان لأراء الفقهاء في تحديد القوة الثبوتية للدليل المتحصل عليه من تسجيل المحادثات الشخصية المباشرة خفية أثره على اتجاه القضاء سواء الأنجلوسكسوني أو اللاتيني أو العربي وذلك على النحو التالي:

اتجاه القضاء الأنجلوسكسوني

يتميز القضاء الأنجلوسكسوني بعدم الاستقرار في مسألة مدى الاعتماد على الدليل المتحصل عليه عن طريق التسجيل الخفي للمحادثات الشخصية المباشرة.

إذ رحبت المحكمة الفيدرالية العليا الأمريكية في البداية على أن الضمانة التي يقررها التعديل الدستوري الرابع بشأن الحصانة ضد التفتيش والضبط التعسفيين لا تسري على التنصت الذي يقوم به رجال السلطة العامة ما لم يكن التنصت قد اقترن بانتهاك مادي لحرمة المسكن، ثم أخذت المحكمة

تتراجع تدريجيا عن هذا التفسير فاكتفت بقدر ضئيل للانتهاك المادي، غير أنه يلاحظ أن المحاكم الأمريكية اتجهت إلى الأخذ برأيين في المسألة محل البحث، الأول يضفي الصفة الشرعية على استعمال أجهزة التنصت وتسجيل الأحاديث الشفوية الخاصة مباشرة وبالتالي مشروعية الدليل المتحصل عليه منها، بينما يتجه الرأي الثاني إلى حظر استعمال هذه الوسائل باعتبارها تشكل مساسا خطيرا بالحق في الخصوصية وبالتالي استبعاد وإهدار الدليل المتحصل عن هذه الوسيلة.

ففي قضية طرحت أمام المحكمة الفيدرالية العليا سنة 1942 وهي قضية جولدمان ضد الولايات المتحدة الأمريكية Goldman V United- State اعتنقت المحكمة الرأي الأول الذي يعطي شرعية تسجيل المحادثات الشخصية بحثا عن الدليل وتتخلص وقائع القضية في أن:« قام رجال المباحث الفيدرالية "F. B. I" بوضع جهاز ريكتافون خلف حائط مكتب المتهم لتسجيل المحادثات الشخصية المباشرة التي تجرى داخل المكتب وعند طرح المسألة أمام المحكمة العليا قبلت دليل الإثبات المتحصل عليه من هذا التسجيل ولم ترى في ذلك خطأ أو تعديا على حق المتهم في الحياة الخاصة كما أنه لا ينطوي على أية مخالفة للتعديل الدستوري الرابع»[73] ص 416.

وفي قضية أخرى المعروفة بقضية "لوبز Lopez" تتلخص وقائعها أنه:« عند قيام موظف الضرائب بمراقبة فندق لوبز عرض صاحب الفندق رشوة على موظف الضرائب، فرجع الموظف مرة ثانية مزودا بجهاز إلتقاط وتسجيل الأحاديث يخفية في سترته وقد أفلح في تسجيل الحديث المتعلق بالرشوة الذي دار بينهما، وعند عرض مسألة مدى شرعية الدليل المتحصل عليه أمام المحكمة قبلت هذه الأخيرة الدليل كإثبات يؤيد شهادة مندوب الضرائب وقت المحاكمة، وعند عرض المسألة أمام المحكمة العليا قدرت أن الأمر لا يوجد فيه تنصت لأن جهاز التسجيل لم يرى ويسمع أكثر مما رآه وسمعه مندوب الضرائب نفسه، ولما كانت شهادة المندوب قد قبلت، لذلك فإن التسجيل قبلته المحكمة كذلك لأن الجهاز استخدم فقط في الحصول على إثبات يمكن الاعتماد عليه للحديث الذي دار والذي كان على مندوب الضرائب أن يفشيه بعد ذلك.

غير أن المحكمة الفيدرالية الأمريكية في قضايا أخرى عدلت عن توجهها الأول ورفضت الاعتداد بالدليل المتحصل عليه عن طريق التسجيل الصوتي للمحادثات الشخصية المباشرة وذلك في قضية "سليفرمان ضد الولايات المتحدة الأمريكية "Sliverman V. United – States" سنة 1961 وتتلخص وقائعها في أن رجال الشرطة قاموا بوضع مكبر صوت في شقة مجاورة لحائط شقة المتهم عن طريق توصيله عبر جهاز التدفئة الموجود في منزله، وقد تم تسجيل المحادثات التي دارت في منزل المتهم بخصوص القمار وقدم ذلك كدليل في قضية القمار محل المتابعة، إلا أن المحكمة قدرت أن ذلك يعد تعديا على حق الشخص في الحياة الخاصة الذي يكمن في حق المرء في الخلو في منزله وفي التحرر والحماية من أي تطفل غير معقول يقع عليه من جانب الحكومة[73] ص 417.

وفي قضية أخرى معروفة بقضية كاتز ضد الولايات المتحدة سنة 1967 " Katz . V. United States" قضت المحكمة الاتحادية العليا أن التعديل الرابع للدستور الأمريكي يحمي الشخص الذي يريد أن يحتفظ بسرية محادثاته وكل تدخل حكومي غير مقبول سواء في مكان عام أو خاص، ووضعت المحكمة مبدأ أساسي حتى تكون الأدلة المتحصل عليها عن طريق تسجيل الأحاديث الشخصية مقبولة ضرورة أن يقسم رجال الضبطية القضائية بأنه كانت هناك أسباب معقولة بأن الشخص ارتكب أو كان على وشك ارتكاب جريمة محددة وأنه لا يمكن الوصول إلى الدليل لإثبات الإدانة إلا عبر تسجيل الأحاديث الشفوية الخاصة المباشرة خفية، وكل دليل يحصل عليه بمخالفة هذا المبدأ يعد غير قانوني ويجب استبعاده[72] ص 43.

ومنذ سنة 1971 اتجه القضاء الأمريكي إلى ضرورة تقدير المحادثة الخاصة التي يحميها التعديل الدستوري الرابع وهي تلك التوقعات التي يرعي المجتمع بأنها معقولة وتدخل ضمن حالات الخصوصية مع اشتراط الإذن القضائي لتسجيلها فيما عدى التنصت والتسجيل لأغراض الأمن القومي أو تلك الأحاديث التي لا تكشف عن توقعات مشروعة للأفراد في التمتع بالخصوصية فيها كما هو الحال بالنسبة للمحادثات الشفوية بين نزلاء السجن أو زوارهم فيجوز التنصت عليها وتسجيلها دون إذن قضائي، لأن النزلاء لا تتوافر لديهم توقع معقول للتمتع بالخصوصية داخل السجن وإن الأمر يدخل ضمن حماية الأمن القومي[8] ص 352.

كما يتميز القضاء الإنجليزي بأنه يطبق قاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة بوسيلة غير مشروعة بطريقة جد مرنة فهو لا يهتم كثيرا بالكيفية التي تم الحصول بموجبها على الدليل طالما كان هذا الأخير ذا ارتباط واضح بالواقعة المراد إثباتها.

فقبل صدور قانون حقوق الإنسان لسنة 1998 كان القضاء الإنجليزي يعطي للمحكمة سلطة الاستبعاد الاختياري للأدلة المتحصل عليها بطريق غير مشروع طبقا لأحكام المادة 78 من قانون الشرطة والإثبات الجنائي لسنة 1984 ذلك أنه في قضية مؤرخة سنة 1996 قبلت المحكمة الدليل المتحصل عليه من استعمال جهاز تسجيل تم وضعه خفية في منزل أحد الأشخاص كان في زيارته المتهم وأيد مجلس اللوردات هذا التوجه[66] ص 430 غير أنه على أثر صدور قانون حقوق الإنسان لعام 1998 تم استبعاد كل الأدلة التي تم الحصول عليها بمخالفتها للمادة 08 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان المتعلقة بحماية الحق في الخصوصية وكذا المادة 06 من الاتفاقية التي تقرر نزاهة المحاكمة.

اتجاه القضاء اللاتيني

يتميز القضاء لدى الدول التي تأخذ بالاتجاه اللاتيني أنها لم تستقر على توجه واحد فيما يخص المسألة محل البحث خاصة قبل صدور أحكام الإدانة من طرف محكمة العدل الأوروبية للعديد من دولها

التي استعمل قضاؤها تسجيل الأحاديث الخاصة خفية كوسيلة إثبات مخالفة بذلك أحكام المادة 08 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وهذا ما نلاحظه من خلال استعراض بعض هذه الأحكام.

فقد تطور موقف القضاء الفرنسي بشأن مدى مشروعية الدليل المستمد من التسجيل خفية لأحاديث المشتبه فيه أو المتهم حيث ظهرت فائدته بوضوح في مجال الجرائم المنظمة وجرائم المخدرات والاتجار بالنساء.

وقبل العمل بالقانون الصادر بتاريخ 1970/07/17 الذي جرم التنصت على الأحاديث التي تدور في أماكن خاصة كان الاتجاه القضائي العام يميل إلى عدم مشروعية استعمال هذه الوسيلة في الحصول على الدليل وتقديمه، ذلك أنه في حكم صادر عن محكمة تولوز بتاريخ 1956/11/07 استبعدت الدليل المتحصل عليه عن طريق التسجيل خفية إذ قررت:« إذا كان الدليل المتحصل عليه عن طريق تسجيل المحادثات الشخصية هو الدليل الوحيد ضد المتهم لا يعتبر دليلا في الإثبات وهذا بفعل الشك وعدم الكفاية»[49] ص 17.

غير أنه في قضاء آخر اعتبرت الدليل المتحصل عليه عن طريق تسجيل المحادثات الشخصية في مكان خاص يعتبر دليل مشروع متى أمر به قاضي التحقيق طبقا لسلطته في البحث عن الحقيقة وفقا لأحكام المادة 81 من قانون الإجراءات الجزائية، ولهذا الدليل قوة القرينة لا يكفي وحده للإدانة ما لم يعزز بأدلة أخرى ويبقى تقديره لسلطة قاضي الحكم طبقا لاقتناعه الشخصي، إذ في حكم صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1961/03/16 ذهبت إلى:" اعتبار أن تسجيل أحاديث المتهم ليس من أدلة الإثبات المعتبرة، وإنما هو دليل يضاف إلى عناصر الإثبات الأخرى المسهلة في تكوين عقيدة القاضي[49] ص 23.

كما اعتبرت في أحكام أخرى لها عدم مشروعية التسجيل الخفي الذي يقوم به الأفراد أو الضبطية القضائية بدون إذن ففي حكم صادر عن محكمة باريس بتاريخ 1966/11/09 جاء فيه:«ليس لرب العمل أن يتمسك بالدليل المستمد من التسجيل السري الذي أجراه على العامل في مكان العمل بقصد إثبات الخطأ الجسيم المنسوب إليه لأن هذه الوسيلة تعد تعيبا على حق العامل في الحياة الخاصة كما أن التعويل على هذا الدليل في الإثبات أمر يترتب عليه خضوع العمال لكافة وسائل التجسس وهو الأمر الذي يستتبع بالضرورة أن يسود جو العمل نوع عن الريبة والشك وعدم الثقة بين العامل ورب العمل هو ألأمر الذي يهدد الحياة الاجتماعية»[49] ص 29، وفي حكم آخر صادر عن محكمة ليون الابتدائية بتاريخ 1972/10/10 والذي جاء فيه:«إذا سجل الزوج لزوجته حديثا خاصا بينها وبين طرف ثالث فإن سلوك الزوج هذا غير مشروع ولا يمكن أن يكون التسجيل الجاري إثباتا أمام القضاء لطلب الطلاق»[49] ص 39.

كما اعتبرت محكمة النقض الفرنسية قيام ضابط الشرطة القضائية بمحض إرادته وبدون إذن من القضاء تسجيل محادثات شخصية للمشتبه فيه أو المتهم أمر غير مشروع وهذا في قرار لها صادر بتاريخ 1989/06/19 الذي جاء فيه:«إن التنصت والتسجيل الذي يقوم به ضابط الشرطة القضائية في مرحلة جمع الاستدلالات بمبادره شخصية منه هو إجراء غير مشروع ويكون المحضر القائم على مثل هذا الفعل باطلا»[49] ص 87.

غير أنه على أثر الحكمين الصادرين من طرف المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ضد فرنسا بتاريخ 1990/04/24 على اعتبار أن تنظيم اعتراض وتسجيل الأحاديث الشخصية والمكالمات الهاتفية كإجراء قضائي للبحث عن الدليل ينقصه الوضوح والتحديد لذا أصدر المشرع الفرنسي بتاريخ 1991/07/10 قانون ينظم التنصت والتسجيل بإذن القضاء، وبالتالي استقر القضاء هناك حاليا على أن تسجيل الأحاديث الخاصة بحثا عن الدليل يعد إجراء قضائي لا يقوم به إلا قاضي التحقيق ويمارسه ضابط الشرطة القضائية عن طريق الإنابة القضائية، وهو إجراء قضائي وليس استدلالي وللدليل المتحصل عليه قوة القرينة في الإثبات.

كما استقرت المحكمة الفيدرالية العليا الألمانية على مشروعية التنصت الذي تم وفقا للقانون أو الذي يكشف بالمصادفة عن معلومات أخرى بخصوص جرائم أخرى، وقدرت أن الحماية المقررة لحرمة الحياة الخاصة ليست مطلقة وبالتالي أقرت بقبول الدليل المتحصل عليه من تسجيل سري تم لمحادثة هاتفية خاصة أو في مذكرات شخصية.

غير أن القضاء الألماني يأخذ بشرعية الدليل المتحصل عليه عن طريق التسجيل الخفي لمكالمات هاتفية أو حديث شخصي لكن بشرط ألا يكون هذا التسجيل لإثبات جريمة أخرى، إذ في حكم لها قضت أنه:« إن تسجيل محادثة للمتهم على غير علم منه لمضاهاة صوته مع صوت مختطف رهينة كان قد أبلغ هاتفيا شروط الإفراج عنها وتم تسجيل مكالمته يعد دليلا غير مقبول لأنه يتضمن مساهمة في إعداد الأدلة القائمة ضده»[8] ص 338.

اتجاه القضاء العربي

يتفق القضاء العربي على قلة أحكامه فيما عدا القضاء المصري- على عدم قبول الدليل الناتج عن تسجيل المحادثات الشخصية التي تتم خفية ودون علم صاحبه بدون إذن من القضاء، كما أنه يعطي له قوة القرينة في الإثبات إذ لا يكفي وحده لإصدار الحكم بالإدانة وهذا ما نلاحظه من خلال استقراء بعض الأحكام القضائية.

أول ما طرحت مسألة مدى شرعية الدليل المتحصل عليه من التسجيل الخفي للأحاديث الشفوية كان أمام القضاء المصري في القضية رقم 794 لسنة 1953 التي نظرت فيها المحكمة العسكرية بالموسكى – القاهرة – والتي تتلخص وقائعها في:«أن المتهم "رزق الله حمص "وهو عامل لدى البنك

كانت تحوم حوله الشكوك في أنه يقوم بتهريب النقد الأجنبي إلى الخارج فتمكن مرشد هذه القضية من تسجيل الحديث الذي دار بينه وبين المتهم "رزق الله حمص" بجهاز تسجيل كان معه خفية وقد تبين من خلال التسجيل كيفية قيام المتهم بعملية التهريب وقدم هذا التسجيل كدليل إثبات أمام المحكمة غير أن المحكمة أهدرت الدليل الناجم عن تسجيل الصوت خفية على أساس أنه أمر يجافي قواعد الخلق القويم وتأباه مبادئ الحرية التي كفلها الدستور وأنه لا يعدو إن يكون تلصصا حدث من شخص آخر دخل خفية لكي يسترق السمع ثم يظهر بعد ذلك في صورة شاهد آخر هو ما يتنافى مع مبدأ الحرية المكفولة للأماكن والأشخاص سوا بسواء»[66] ص 420.

وفي حكم آخر صادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 1965/11/09 أخذت بالدليل المتحصل عليه عن طريق تسجيل الأحاديث الشخصية إذ قدرت أنه:«ما يثيره الطاعن من النعي المتصل بالدليل المستمد من التسجيل لعدم مشروعيته مردود عليه بأن المحكمة قد خلصت بما لا يدع مجالا للشك إلى تكوين عقيدتها في الدعوى بما استقر لديها من شهادة الشهود والقرائن وأقوال الطاعن نفسه، أما ما استطرد إليه الحكم بعد أن استوفى دليله من حديث عن واقعة تسجيل المناقشة التي دارت بين الطاعن والشهود الذين سمعتهم المحكمة واطمأنت لشهاداتهم، فإنه لا مجال لإثارة مثل هذا الدفع بصدد أحاديث جرت في محل مفتوح للكافة دون أن يكون ثمة اعتداء على الحرمات[49] ص 27.

غير أنه بصدور قانون الحريات في مصر رقم 37 لسنة 1972 والذي تم على أساسه تعديل المادتين 95 و206 من قانون الإجراءات الجنائية إذ أصبح تسجيل المحادثات الشخصية إجراء قضائي يقتصر حق القيام به لقاضي التحقيق (المادة 95 ق .إ. ج) أو النيابة العامة (المادة 206) بناءا على موافقة القاضي الجزئي في الجرائم الماسة بأمن الدولة ولا يجوز للضبطية القضائية القيام به إلا بناءا على إذن من وكيل النيابة أو ندب من قاضي التحقيق لمدة محددة ب 30 يوم قابلة للتجديد في الجرائم الموصوفة بأنها جنائية أو جنحة عقوبتها لمدة تزيد على ثلاثة أشهر، كما جرم في أحكام المادة 309 مكرر من قانون العقوبات تسجيل الأفراد أو الضبطية القضائية بدون إذن لأحاديث خاصة.

وعلى هذا الأساس استقر القضاء المصري حاليا على أن تسجيل الأحاديث الخاصة التي تقوم بها الضبطية القضائية لضبط الجناة والوصول إلى الحقيقة لا يكون إلا بإذن قضائي روعيت فيه جميع الشروط الشكلية وإلا أهدر الدليل المترتب عنه ففي حكم صادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 1986/01/01 جاء فيه:« لما كان من المقرر أن ألأمر بتسجيل المحادثات التي تجري في مكان خاص هو عمل من أعمال التحقيق ينبغي على النيابة العامة أن تقوم به بنفسها أو عن طريق ندب من تراه من مأموري الضبط القضائي عملا بنص المادة 206 من قانون الإجراءات الجنائية»[49] ص 74، وفي حكم آخر لها صادر بتاريخ 1987/11/11 والذي جاء فيه:« الأصل في الإذن بالتفتيش أو تسجيل المحادثات أنه إجراء من إجراءات التحقيق لا يصح إصداره إلا بضبط جريمة (جنائية أو جنحة) وقعت

بالفعل وترجحت نسبتها إلى متهم معين إذ من الدلائل ما يكفي للتصدي لحرمة مسكنه أو لحريته الشخصية»[49] ص 74.

وفي حكم آخر صادر عن محكمة الجنايات بالجيزة في القضية رقم 3192 لسنة 1989 المؤرخ في 1989/11/19 والذي جاء فيه:« إن التنصت على المحادثات وتسجيلها من قبل رجال الأمن دون إذن قضائي يعد عملا مجافيا لقواعد الخلق القويم وللحرية الفردية ويخالف الدستور الذي رفع حرمة المحادثات التليفونية إلى مرتبة الحقوق التي لا يجوز المساس بحرمتها وسريتها إلا بأمر قضائي مسبب».

ولم تختلف باقي المحاكم العربية بخصوص المسألة محل البحث حسبما هو مستقر عليه القضاء المصري، إذ في حكم صادر في محكمة سوادنية[49] ص 186 جاء فيه:« إن هناك ميلا في التشريعات القانونية نحو قبول الأقوال المدونة في الأشرطة المسجلة ولكن مثل هذا الدليل في حاجة إلى تعضيد لدى أخذه في الاعتبار».

غير أن بعض الدول العربية نصت تشريعاتها على حظر استعمال وتسجيل الأحاديث كوسيلة لضبط الدليل والوصول إلى الحقيقة وقد جاء قضاؤها ملتزما بهذه القاعدة مثالها الحكم الصادر عن محكمة الموصل بالعراق في القضية رقم 516 الجلسة يوم 1970/12/06 والذي جاء فيه:« الشريط المسجل لا يمكن الأخذ به قانونا ولا شرعا لأنه مخالف لما جاء في الأصول والقانون لإثبات الدعوى عن طريق أدلة الإثبات التي نص عليها القانون بصورة صريحة»[49] ص 37.

أما بالنسبة للقضاء الجزائري فلم نجد أي حكم أو قرار منشور أو غير منشور يتطرق إلى تحديد موقفه من الوسيلة محل البحث بالرغم من استعمالها من طرف الضبطية القضائية والأفراد العادين، الأمر الذي يؤدي بنا إلى تبني ما استقر عليه العمل في القضاء المقارن في حالة ما إذا طرحت مسألة مدى شرعية الدليل المتحصل عليه عن طريق تسجيل الأحاديث الشفوية الخاصة وذلك باشتراط أن يتم ذلك بناءا على إذن أو ندب قضائي في جرائم محدودة على سبيل الحصر حسبما ورد في أحكام المادة 65 مكرر 5 من قانون الإجراءات الجزائية ولمدة محددة.

2.1.3.2. اعتراض الاتصالات والمكالمات الهاتفية وتسجيلها

تتضمن المحادثات التليفونية ومختلف أشكال الاتصالات الإلكترونية الحديثة أدق أسرار الناس وخبايا نفوسهم، ذلك أنه عن طريق هذه الوسائل يطمئن المتحدث والمتصل إلى غيره فيبثه أسراره دون حرج أو خوف من استماع الغير لها أو إطلاعها على مكنوناتها معتقدا أنه في مأمن من فضول مراقبة اتصالاته.

وإذا كانت وسائل الاتصال الحديثة وجدت لأجل تحقيق وإشباع حاجات الناس في تقريب المسافات عند الحديث سواء في مسألة خاصة تتمتع بقدر كبير من السرية أو عامة لا ضرر في تسجيلها وحتى في نشرها إلا أنه طالما قدر الأفراد قصر الحديث والاتصال بشأنها بينهما فقط أضحت من الاتصالات التي تتمتع بالسرية المحمية دستوريا وجزائيا باعتبارها التطبيق الفعلي والعملي لاستعمال الحق في الحياة الخاصة.

غير أنه نظرا لما يحققه اعتراض هذه الاتصالات من سبق في الحصول على المعلومات لمنع وقوع الجريمة وقبل تحويل خطرها إلى ضرر بالمجتمع أو بعد وقوعها بالقبض على الجناة والوصول إلى الدليل وإقامة الحقيقة، ما كان لجهات الاستدلال والتحقيق الوصول إليها باستعمال وسائل البحث والتحري التقليدية الأمر الذي شاع فيه استعمال هذه الوسيلة.

ونظرا لما يمثله اعتراض وتسجيل الاتصالات عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني من انتهاك لحرمة الحياة الخاصة وقصد حماية أهميتها في مجال البحث والتحقيق الجنائي اهتمت التشريعات المقارنة بتنظيم استخدام هذه الوسيلة مما يحقق التوازن بين غاية العدالة في الوصول إلى الحقيقة وحماية حقوق المتهم.

لذا نحاول دراسة اعتراض وتسجيل الاتصالات والمكالمات الهاتفية كآلية علمية للبحث عن الدليل بالتطرق في الفرع الأول إلى ماهية اعتراض وتسجيل الاتصالات والمكالمات الهاتفية، ثم في الفرع الثاني إلى شرعية اعتراض الاتصالات والمكالمات الهاتفية للحصول على الدليل وذلك على النحو التالي:

1.2.1.3.2. ماهية اعتراض وتسجيل الاتصالات والمكالمات الهاتفية

إن اعتراض وتسجيل الأحاديث والرسائل الإلكترونية التي تتم عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني باعتبارها آلية استدلالية وإجرائية فعالة في الوصول إلى الدليل وتقديمه إلى القضاء يقتضي منا التطرق إلى أولا مفهوم اعتراض الاتصالات، وثانيا إلى الطبيعة القانونية لاعتراض الاتصالات، وثالثا صور اعتراض الاتصالات وذلك على النحو التالي:

1.1.2.1.3.2. مفهوم اعتراض وتسجيل الاتصالات والمكالمات الهاتفية

يقصد باعتراض المكالمات الهاتفية استراق السمع عن طريق تدخل شخص ثالث بواسطة أية تقنية لربط هاتف الشخص محل المراقبة وذلك لسماع كل أحاديثه وتسجيلها أما اعتراض الاتصالات هو الدخول في الشبكة المعلوماتية عن طريق التقنية الرقمية لمراقبة جميع الاتصالات الإلكترونية الصادرة والمرسلة من الشخص المراقب أو التي تصل إلى أجهزته الإلكترونية مهما كان شكل هذا الاتصال.

وقد جاء تعريف الاتصالات في البند 21 المادة 08 من القانون رقم 03/2000 المؤرخ في 2000/08/05 المتضمن القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية من العمومية والشمولية ليدخل ضمن مفهوم الاتصالات كل تراسل مهما كان شكله بقولها:« الاتصالات هو كل تراسل أو إرسال أو استقبال علامات أو إشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو معلومات مختلفة عن طريق الأسلاك أو البصريات أو اللاسلكي الكهربائي أو أجهزة أخرى كهربائية مغناطيسية».

2.1.2.1.3.2. الطبيعة القانونية لاعتراض الاتصالات والمكالمات الهاتفية

لقد أثار موضوع التكييف القانوني لمراقبة وتسجيل المكالمات الهاتفية والاتصالات السلكية واللاسلكية جدلا فقهيا واسعا وانقسم الفقه بشأنه إلى اتجاهين هما:

الاتجاه الأول: القائل باعتبارها تفتيشا

يذهب اتجاه في الفقه إلى اعتبار مراقبة المكالمات الهاتفية وتسجيلها (وكذا جميع أنواع الاتصالات اللاسلكية والرقمية) على أنها نوع من التفتيش باعتبار أن جوهر التفتيش هو كشف السرية للاستفادة من ذلك في معرفة الحقيقة أو هو إطلاع على محل أعطاه القانون حرمة خاصة بوصفه مستودع سر صاحبه وذلك لكشف عن أدلة تفيد في الوصول إلى حقيقة الجريمة محل المتابعة[29] ص 78.

وطبقا للمعنى المتقدم للتفتيش أنه لا يتقيد بالجانب المادي لوعاء السر فيستوي أن يكون مسكنا أو مكانا آخر أو جسم الإنسان مما أضفى عليه القانون حماية بوصفه مكنونا لسر الفرد، بمعنى يبقى سره قاصر على نفسه ويحرم على غيره الإطلاع عليه فالقانون عندما لم يبيح هذه الحالة حماية لجسم الإنسان أو مسكنه وإنما السر الذي يحمله فقط[62] ص 546.

غير أن هذا الرأي لم يلقي تأييدا في الفقه إذ وجهت له عدة مثالب ذلك أن التفتيش يقصد به البحث المادي سواء انصب على جسم الإنسان أو مسكنه أو المكان الخاص لأجل ضبط شيء مادي يفيد في الوصول إلى الحقيقة، الأمر الذي يختلف عن اعتراض المكالمات الهاتفية وتسجيلها ذلك أن مراقبة الاتصال عبر أسلاك الهاتف أو عن طريق الشبكة المعلوماتية والتقنية الرقمية وتسجيلها وحفظها على شريط أو قرص مغناطيسي أو أي جهاز آخر لا يعد الحديث الذي يحويه دليلا ماديا بل هي وسائل ساعدت على حفظ هذا الحديث.

الاتجاه الثاني: القائل باعتبار اعتراض المكالمات الهاتفية وتسجيلها من قبيل الملاحظة القضائية

ذهب اتجاه آخر في الفقه إلى اعتبار اعتراض المكالمات الهاتفية وتسجيلها هو إجراء من نوع خاص فهو من قبيل الملاحظة القضائية المباشرة، ذلك أن المراقبة ليست ضبطا، إذ أن ضبط الأشياء هو إجراء يؤدي إلى وضع العدالة يدها على دليل ساعد في الوصول إلى الحقيقة ومراقبة المكالمات الهاتفية

لتسجيلها التي تساعد في الوصول إلى الحقيقة لا يعد ضبطا لذا فإنه لا مناص من اعتبار مراقبة المكالمات الهاتفية إقرار من نوع خاص وإن كان يقترب من التفتيش من حيث الإجراءات إلا أنه يعد نظام خاص به وهذا يظهر بوضوح من خلال النص على هذا الإجراء بنصوص خاصة[104] ص 413.

3.1.2.1.3.2. صور اعتراض الاتصالات

لقد أدى التطور العلمي والتكنولوجي لوسائل الاتصال، إن تعددت معها صور اعتراض الاتصالات كوسيلة وآلية للبحث عن الدليل نظرا لما توفره الشبكة المعلوماتية من استخدامات بقدر ماهي مكنت المجرمين من سرعة اقتراف جرائمهم زودت جهات التحقيق بآلية فعالة ليس فقط في الوصول إلى الدليل بعد اقتراف الجريمة بل منع وقوعها.

وإذا كان التنصت الهاتفي الصورة التي كانت شائعة منذ اكتشاف الهاتف كوسيلة للحصول على الدليل، فإن التطور التكنولوجي خاصة في مجال الاتصالات قد أوجد وسائل تقنية أخرى أكثر سرعة وسرية ومؤمنة للاتصال والتواصل بين الأفراد مما أدى إلى تنوع وسائل المراقبة تبعا لتطور وسائل الاتصال ويمكن لنا أن نميزه في معرض هذه الدراسة بين ثلاثة صور وهي اعتراض المكالمات الهاتفية وتسجيلها اعتراض المراسلات الالكترونية، مراقبة مواقع التواصل الاجتماعي.

اعترض المكالمات الهاتفية وتسجيلها

يتميز اعتراض المكالمات الهاتفية وتسجيلها بخاصية تنفرد بها ذلك أن التنصت والتسجيل لا يقتصر على أحاديث المشتبه فيه أو المتهم محل المتابعة الجزائية وحده وإنما يمتد هذا الإجراء للتنصت وتسجيل أحاديث الطرف الآخر الذي يتبادل معه أطراف الحديث وليست له أية علاقة بالدعوى المحركة ضد المتهم، هذا ما يؤدي بالضرورة إذا تم تبرير إجراء التنصت على المتهم فالأمر يدعو إلى البحث في موقف الغير[29] ص 85، مما يؤدي إلى تصارع مصلحتين هما مصلحة العدالة التي يقتضي فيها التحقيق ضرورة كشف اتصالات المشتبه فيه أو المتهم وهذا لتحديد مدى علاقته بالجريمة، ومصلحة وحق الغير في عدم انتهاك حرمة حياته الخاصة بالمحافظة على سرية محادثاته وتفضيل مصلحة المجتمع في الوصول إلى الحقيقة في إطار الالتزام بالشروط القانونية باعتبارها أولى بالرعاية.

وقد أدى التطور التكنولوجي الهائل في مجال الاتصالات بتزويد جهاز الاستدلال والتحقيق بتقنية عالية في الدقة أدت إلى التخلي عن العمل الشاق الذي كان في عقدي الستينات وبداية السبعينات القائم على تركيب جهاز مراقبة منفصل في مكان الهدف المطلوب مراقبة مكالماته الهاتفية يستدعي التنقل لمكان الحديث لربطه بجهاز الإرسال لسماع وتسجيل الحديث، إذ أصبح بالإمكان مراقبة الحديث مباشرة

من التحويلات التي تجري في مراكز الاتصال عن طريق برمجته بالكومبيوتر لتقوم بالتسجيل بمجرد طلب الخط من طرف الهاتف المراقب أو وصول المكالمة لهذا الأخير.

كما تم استعمال الكلمة المفتاح في برنامج الكومبيوتر إذ يبدأ تسجيل المكالمة الهاتفية للشخص محل المراقبة لمجرد تلفظه ببعض الكلمات، كالسلاح، المخدرات، القتل، السطو إلى غير ذلك من الكلمات التي لها دلالة ومعنى إجرامي. وتتميز هذه التقنية في مراقبة وتسجيل آلاف المكالمات الهاتفية في آن واحد.

كما يمكن برمجت الكمبيوتر ببصمة صوت الشخص التي سبق تسجيلها وبإمكان عن طريق الكمبيوتر التقاط وتسجيل هذا الصوت من بين العديد من المكالمات التي تصل إلى الرقم محل الرقابة[102] ص 530.

ونظرا لخطورة هذا الإجراء على الحق في الحياة الخاصة فقد نصت جميع المواثيق الدولية والدساتير الداخلية للدول على سرية المحادثات التليفونية ولا يجوز انتهاكها إلا في حدود القانون وبالقدر اللازم الذي يحقق الغرض في أضيق حدوده باعتباره أمرا استثنائيا وعارضا وبالتالي فإنه في حالة ما إذا لم ينص المشرع على جواز مراقبة المكالمات الهاتفية فيعتبر مباشرة هذا الإجراء غير مشروع[29] ص 85.

ونظرا لخطورة التقاط المكالمات الهاتفية وتسجيلها خارج الترخيص القانوني أو بدون احترام إجراءات التنصت على الحياة الخاصة، تتفق جميع التشريعات المقارنة على تجريم ومعاقبة هذا الفعل إذا قام به الأفراد أو رجال السلطة بدون إذن وخرقا للإجراءات، إذ جرم المشرع الأمريكي في قانون مراقبة جرائم المواصلات العامة وأمن الطرقات الصادر سنة 1968 نقل التنصت عمدا على أي اتصال هاتفي خارج الأطر القانونية، كما أصدر وزير الداخلية البريطاني سنة 1951 قرار اعتبر فيه مراقبة الرسائل والمكالمات الهاتفية إجراء غير مقبول لتعارضه مع حقوق الإنسان، وجرمت المادة الأولى من قانون سنة 1985 هذا النوع من التنصت، كما نص المشرع الفرنسي على تجريم وعقاب عن فعل تنصت الغير على المكالمات الهاتفية وهذا بموجب المادة 368 من قانون العقوبات.

ولم تشد التشريعات العربية على هذه الحماية الجزائية للمكالمات الهاتفية إذ نص المشرع المصري في أحكام المادة 309 مكرر من قانون العقوبات على معاقبة كل شخص بعقوبة تصل إلى سنة حبس يقوم باستراق أو تسجيل أو نقل بأية وسيلة كانت محادثات هاتفية، كما نص المشرع الجزائري على هذه الحماية الجزائية في أحكام المادة 303 مكرر 1 من قانون العقوبات على معاقبة كل شخص بعقوبة تتراوح ما بين الشهر إلى 3 سنوات وبغرامة من 50000 دج إلى 300.000 دج كل من يقوم بالتقاط أو تسجيل أو نقل مكالمات هاتفية.

اعتراض ونقل المراسلات الإلكترونية

تعتبر المراسلات الالكترونية أو البريد الإلكتروني أهم الخدمات التي جاءت بها تقنية شبكة الإنترنيت إذ بفضلها أمكن للأشخاص التواصل عبر الرسائل " الإيميل Email" الذي يعتبر خط مفتوح على جميع دول العالم يستطيع الفرد من خلاله إرسال واستقبال كل ما يريده من رسائل في مدة قصيرة جدا مع سهولة الإطلاع على ذلك في جميع أنحاء العالم[58] ص 281.

وقد عرفها المشرع الجزائري في أحكام القانون رقم 04/09 المؤرخ في 2009/08/05 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها وذلك في أحكام المادة 02 فقرة و تحت باب المصطلحات بقوله:« الاتصالات الإلكترونية أي تراسل أو إرسال أو استقبال علامات أو إشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو معلومات مختلفة بواسطة أي وسيلة إلكترونية».

وقد أمكن الجناة استغلال هذه الوسيلة للتخاطب حول مشاريعهم الإجرامية المنظمة وذلك عن طريق إخضاع خدمة البريد الإلكتروني لنقل المعلومات فيما بينهم أو التحريض عن الجرائم الأمر الذي يؤدي بجهات البحث والتحقيق إلى استعمال تقنيات اعتراض والتقاط المراسلات الإلكترونية المرسلة عبر شبكات المعلوماتية باعتبارها وسيلة للبحث عن الدليل والوصول إلى الحقيقة.

وإن كان المشرع الجزائري قد نص في قانون العقوبات في المواد من 394 مكرر 1 إلى 394 مكرر 7 المضافة بموجب القانون رقم 04-15 المؤرخ في 2004/11/10 المتعلق بالمساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وكذا القانون رقم 23/06 المؤرخ في 2006/12/20 على الحماية الجنائية لكل أنظمة الإعلام الآلي وحماية المعطيات المتواجدة فيها من الاقتحام أو التدمير أو التحويل، فإنه بموجب المادة 65 مكرر 5 من قانون الإجراءات الجزائية قد أجاز لوكيل الجمهورية في حالة الجريمة المتلبس بها وقاضي التحقيق في مرحلة التحقيق الابتدائي الدخول في شبكة المعلوماتية وذلك لالتقاط ونقل الرسائل الإلكترونية المرسلة عبر شبكة الإنترنيت، وذلك لغرض البحث عن الدليل وتقديمه إلى القضاء.

غير أن السؤال المطروح في معرض هذه الجزئية من الدراسة حول مدى اعتبار لفظ اعتراض المراسلات الوارد في أحكام المادة 65 مكرر 5 فقرة الثانية من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري كافي لتحقيق الغرض الإجرائي والقانوني لاعتراض الرسائل المرسلة عبر "الإيمايل" في شبكة الإنترنيت.

بالرجوع إلى أحكام المادة 39 فقرة 02 من الدستور الجزائري تنص صراحة على أنه:« سرية المراسلات والاتصالات الخاصة بكل أشكالها مضمونة»،هذا ما يؤكد أن الحماية الدستورية مقررة لجميع الاتصالات والمراسلات الورقية والإلكترونية، وبما أن المادة 65 مكرر 7 من قانون الإجراءات

الجزائية نصت على أن: «يتضمن الإذن المذكور في المادة 65 مكرر 5 أعلاه، كل العناصر التي تسمح بالتعرف على الاتصالات المطلوب التقاطها...» فصيغة العموم التي جاءت بها عبارة الاتصالات تفيد جميع أنواع الاتصالات بغض النظر عن شكلها ورقي أو الكتروني سلكي أو لا سلكي الأمر الذي يؤدي إلى إمكان اعتراض والتقاط وتسجيل الرسائل المرسلة عبر شبكة الإنترنيت كوسيلة مشروعة للبحث عن الدليل في القانون الجزائري.

الدخول إلى مواقع التواصل الاجتماعي والتقاطها ونقلها

لقد أدى ظهور شبكة الإنترنيت كوسيلة إتصال فعالة وسريعة وآمنة إلى تزايد استخدامها من طرف الأفراد وتنوع استعمالهم لها الأمر الذي أدى إلى بروز تقنية رائدة في التطبيق وهي الشبكات الاجتماعية أو ما يعرف بمواقع التواصل الاجتماعي التي تعتبر منتديات تجمع مجموعة من الأفراد لتكوين جماعة تريد تحقيق أهداف معينة علمية أو اقتصادية أو اجتماعية أو حتى سياسية بناءا على عامل مشترك يجمع بين المنخرطين في هذه الشبكات أو المواقع قد يكون وظيفي أو سياسي أو جنسي.

وقد تستعمل مواقع التواصل الاجتماعي في تكوين جمعيات الأشرار لاقتراف الجرائم عن طريق الاتفاق الجنائي والتواصل وتبادل المعلومات والإرادات التي يحققها المنخرطين أو ما يعرف بالأصدقاء، أو تستغل هذه المنتديات من طرف الجناة الذين يكونون ضمن شبكة وأصدقاء التواصل لارتكاب جرائم الابتزاز عن طريق تهديد بعض منخرطي المنتدى لكشف عن بعض أسرارهم أو التعرض الجنسي لهم ومضايقتهم.

وقد أدى هذا التطور التقني في ارتكاب الجرائم إلى استحداث أساليب إجرائية لمكافحتها والوصول إلى الدليل لإقامة الحقيقة بشأنها أمام القضاء ويمكن لنا أن نميز بين طريقتين نص عنهما قانون الإجراءات الجزائية الجزائري والقانون رقم 09/04 المؤرخ في 2009/08/05 المتعلق بالقواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال وهي:

عن طريق إجراءات التسرب

نظم المشرع الجزائري التسرب كآلية إجرائية للبحث عن الدليل للوصول إلى الحقيقة وذلك في أحكام المواد من 65 مكرر 11 إلى 65 مكرر 18 من قانون الإجراءات الجزائية، وذلك في جرائم محددة على سبيل الحصر في أحكام المادة 65 مكرر 5 وهي جرائم المخدرات الجرائم المنظمة العابرة للحدود، الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وجرائم تبييض الأموال والجرائم الإرهابية وجرائم الصرف وجرائم الفساد.

وبالتالي فإذا استغلت شبكة التواصل الاجتماعي لاقتراف هذه الجرائم أمكن لوكيل الجمهورية بمناسبة التحري وجمع الاستدلالات وقاضي التحقيق عند التحقيق الابتدائي أن يأذن لضابط الشرطة القضائية اتخاذ إجراءات التسرب عن طريق الانضمام إلى هذه الشبكة ضمن التواصل الاجتماعي عن

طريق اسم وهمي كإجراء الدردشات والتواصل الاجتماعي لإهامهم أنه شريكا معهم في الصوت والصور بحثا عن الجرائم ومرتكبيها وصولا للدليل[98] ص 195.

عن طريق المراقبة الإلكترونية

إن المراقبة الإلكترونية تعتبر وسيلة إجرائية لاستخدام التقنية الإلكترونية لجمع البيانات عن المشتبه فيه في مرحلة الاستدلال أو المتهم في مرحلة التحقيق وذلك لأجل الوصول إلى مجموعة من المعلومات تساعد في الوصول إلى الدليل وإقامة الحقيقة أمام القضاء، وقد نضمها المشرع الجزائري على ما سيأتي بيان لاحقا- في أحكام القانون رقم 22/06 المؤرخ في 2006/12/20 المعدل والمتمم لقانون العقوبات، والقانون رقم 09/04 المؤرخ في 2009/08/05 المتعلقين بمراقبة الاتصالات الإلكترونية.

2.2.1.3.2. مدى شرعية اعتراض الاتصالات والمكالمات الهاتفية للحصول على الدليل

أدى التطور العلمي التكنولوجي الباهر في مجال الاتصالات بالتحول من الاتصالات السلكية إلى الرقمية لما توفره هذه الشبكة المعلوماتية من سرعة في الاتصال وتقديم البيانات والصور والخرائط في ظرف قياسي وبطريقة سرية، أن استغلها الجناة في ارتكابهم للجرائم خاصة المنظمة والإرهابية منها عن طريق الاتصال وتبادل المعلومات وإرسال الصور والبيانات والوثائق عبر هذه الشبكات الرقمية الأمر الذي أدى بالضرورة لجهات الاستدلال والتحقيق إلى إخضاع هذه التكنولوجية لخدمة العدالة في تعقب الجناة عن طريق مراقبة اتصالاتهم الهاتفية وتتبع آثارهم عن طريق التنصت الإلكتروني والدخول إلى شبكة المعلوماتية للحصول على المعطيات توصلا للدليل الجنائي لإقامة الحقيقة أمام جهات الحكم.

وعلى الرغم من الحماية الدستورية والجزائية التي وفرتها التشريعات المقارنة للاتصالات بمختلف أشكالها من انتهاك الغير لها سواء بالاعتراض أو التنصت والتسجيل والتحويل باعتبارها التعبير الفعلي لاستعمال الحق في الحياة الخاصة، فإن التشريعات الإجرائية لمختلف الدول قد أجازت لجهات التحقيق والاستدلال اعتراض والتقاط هذه الاتصالات بحثا عن الدليل الجنائي الأمر الذي لاقى اعتراضا لدى بعض الفقه وتباينت مواقف القضاء في تقدير قيمة هذا الدليل المتحصل عليه لهذا نحاول في معرض هذه الدراسة التطرق أولا إلى التنظيم القانوني لاعتراض الاتصالات وتسجيلها وثانيا إلى حجية الدليل المتحصل عليه عن طريق اعتراض الاتصالات.

1.2.2.1.3.2. التنظيم القانوني لاعتراض الاتصالات وتسجيلها

نظرا لاستفحال الإجرام المنظم باعتباره ظاهرة دولية لم تتوانى التشريعات المقارنة على تضمين نصوصها الإجرائية مختلف السبل والوسائل الكفيلة لمحاربة هذه الظاهرة والحد منها عن طريق

البحث عن الدليل الجنائي ولو كان فيه مساس بخصوصية الأفراد تغليبا للحق العام للمجتمع، ومنها استخدام الوسائل العلمية والتقنية لاعتراض الاتصالات بمختلف أشكالها، ولم يشذ المشرع الجزائري على ماهو مستقر حديثا لدى التشريعات المقارنة في تبني الإجراء محل البحث خاصة بعد التعديلات الجذرية التي عرفها قانون الإجراءات الجزائية بموجب القانون رقم 22/06 المؤرخ في 2006/12/20 لذا نتطرق إلى تنظيم التشريعات المقارنة لإجراء اعتراض الاتصالات بحثا عن الدليل الجنائي، ثم تنظيم المشرع الجزائري للإجراء محل البحث.

تنظيم التشريعات المقارنة لإجراء اعتراض وتسجيل الاتصالات الهاتفية والإلكترونية

نظرا لأن أغلب التشريعات المقارنة خاصة الأمريكية والأوروبية والمصرية منها قد وضعت قبل اختراع الوسائل العلمية والتقنية للاتصالات السلكية واللاسلكية مما جعل جهات التحقيق تعتمد على القواعد العامة في البحث عن الحقيقة لاستعمال هذه الوسائل التكنولوجية لاعتراض وتسجيل الاتصالات بحثا عن الدليل، إلا أنه في وقت لاحق ورغبة الدول في مكافحة الجريمة حفاظا على مجتمعاتها عدلت تشريعاتها الإجرائية بما يمكن جهات التحقيق والحكم من إخضاع هذه التقنية لخدمة العدالة.

بالنسبة لموقف المشرع الأمريكي

لقد كان للقضية الشهيرة المعروفة بقضية "أولمستيد" Olmestend" التي نظرت فيها المحكمة العليا الفيدرالية سنة 1928 والتي تتلخص وقائعها في أن السيد أولمستيد كان يتعامل في بضائع محظورة وتمت مراقبة مكالماته الهاتفية واستخدمت هذه المعلومات المتحصل عليها من المراقبة وتسجيل الأحاديث كأدلة إدانة ضده أثناء المحاكمة، معتبرة المحكمة العليا أن التعديل الدستوري الرابع لا يكفل المحادثات التليفونية بالحماية الدستورية مما أثار جدلا فقهيا واسعا وتضاربت أراء القضاة حول إنكار الحماية الدستوري على المحادثات التليفونية[102] ص 123.

وقد كان لهذا الجدل الفقهي والآراء المعارضة لبعض القضاة من داخل المحكمة العليا وفي محاكم الولايات للحكم الصادر في قضية "أولمستيد" أن تدخل الكونجرس الأمريكي وأصدر قانون اتحادي للاتصالات الفيدرالية سنة 1934 نص في مادته 605 على حظر التقاط وتسجيل المحادثات الهاتفية وإفشائها سواء على المستوى الاتحادي أو الولايات غير أن القضاء الاتحادي الأمريكي لم يلتزم كلية بما أقره سابقا من الالتزام بالقانون الاتحادي للاتصالات الفدرالية لسنة 1934 إذ أخذ في قضايا أخرى بشرعية الدليل المتحصل عليه عن طريق اعتراض الاتصالات الهاتفية والتنصت عليها وتسجيلها مثل ما وقع في قضية التآمر المعروفة بقضية جولدستين Goldstein سنة 1942 الأمر الذي أدى إلى صدور قرار من وزارة الداخلية الأمريكية في سبتمبر 1951 والذي جاء فيه:« إن مراقبة المحادثات التليفونية إجراء غير مقبول لتعارضه مع حقوق الإنسان لذلك فهو إجراء استثنائي يجب توافر الشروط الآتية لصدور الأمر به وهي:

- يجب أن يصدر الأمر بمراقبة المحادثات التليفونية من وزير الداخلية.
- أن تكون الجريمة خطيرة تصل عقوبتها إلى ثلاث سنوات حبسا أواتهم فيها عدد كبير من الأشخاص.
- أن يتضح فشل وسائل البحث العادية، وأن يكون هناك سبب قوي للاعتقاد بأن هذا الإجراء سيكون له أثر كبير في الإثبات»[66] ص 419.

كما أصدر الكونجرس الأمريكي سنة 1968 قانون فيدرالي رفع فيه الحظر المقرر على سرية المكالمات الهاتفية ووسائل الاتصال الأخرى السلكية واللاسلكية بناءا على أمر وترخيص من السلطات القضائية إذا كانت هناك جريمة مرتكبة أو على وشك ارتكابها ويقوم الاعتقاد بصورة جدية على إمكانية إثباتها عن طريق هذه المراقبة بعد إثبات فشل إجراءات البحث العادية في الوصول إليها.

ثم صدر بعد ذلك قانون الاتصالات الاتحادي رقم 18 لسنة 1970والذي حظر إجراء أية رقابة أو تنصت على الأحاديث الخاصة سواء كانت شفوية أو هاتفية أو تلغرافية إلا بناءا على أمر من السلطة القضائية بعد إثبات أن هناك جريمة قد ارتكبت أو على وشك ارتكابها وأن من شأن مراقبة الاتصالات الحصول على معلومات بشأنها[62] ص 540.

كما أصدر الكونجرس الأمريكي سنة 1986 قانون خصوصية الاتصالات الإلكترونية وذلك حماية للأفراد في سرية الاتصال وتبادل المعلومات، إلا أن الهدف الحقيقي من هذا القانون هو مد نطاق الاختصاص القضائي الفيدرالي إلى الاتصالات الإلكترونية وتحديد شروط المراقبة للمعلومات المخزنة أو المتبادلة[22] ص 698.

كما أقر الكونجرس الأمريكي سنة 1996 قانون اتحادي خاص بالاتصالات السلكية واللاسلكية، إذ تضمن أحكاما تتعلق بحماية الحق في الخصوصية المعلوماتية إلا أنه أجاز لمقدمي الخدمات المعلوماتية استخدام أو الكشف أو السماح بالوصول إلى معلومات الشبكة الخاصة بالعملاء التي يمكن معرفتها عند الضرورة[22] ص 698 للوصول إلى الدليل لجريمة اقترفت أو على وشك ارتكابها وكان هذا الإجراء هو السبيل الوحيد والأوفر للوصول إلى الدليل بعد فشل الإجراءات العادية.

غير أنه بعد أحداث 11 سبتمبر 2001 اتجهت سياسة الولايات المتحدة بشأن مراقبة المحادثات الهاتفية واعتراض الاتصالات السلكية واللاسلكية وجهة أخرى قللت كثيرا من الحماية الدستورية للمكالمات والمحادثات الشخصية مما رتبه من مساس خطير بالحق في الحياة الخاصة ليس فقط على الأفراد الموجودين على التراب الأمريكي بل اعتراضها لجميع الاتصالات عبر العالم إذ وضعت وزارة العدل الأمريكية قانون الوطنية الأمريكية في 2001/10/25 ومن ثم منح جهاز التحقيقات الفيدرالي F. B. I والنائب العام سلطات وصلاحيات واسعة للاعتراض والتنصت وتسجيل المحادثات الهاتفية ومراقبة شبكة المعلومات العالمية - الإنترنيت – على من يشك فيه من الإرهابيين على المستوى الداخلي أو الفيدرالي أو الدولي[62] ص 541.

بالنسبة لموقف المشرع الإنجليزي

قبل صدور قانون الشرطة والإثبات الجنائي سنة 1984 في بريطانيا كان العمل يجري في اعتراض وتسجيل المحادثات الهاتفية على استصدار إذن عن وزير الداخلية قبل إخضاع المحادثات الهاتفية للمشتبه فيه أو المتهم للتنصت والتسجيل وهذا طبقا لقرار دوري صادر عن وزير الداخلية في سبتمبر 1951، وكان هذا الإذن يقتصر على الجرائم الخطيرة أو حالة تعرض أمن الدولة للخطر.

وفي سنة 1976 شكلت وزارة الداخلية البريطانية لجنة لدراسة عملية مراقبة المكالمات الهاتفية وانتهت إلى اعتبارها أمرا مقبولا بوصفه دليلا مع التحفظ في مدى قبوله أمام القضاء وذلك شريطة أن تساعد هذه المعلومات المتحصل عليها عن طريق هذا الإجراء جهاز الأمن في القيام بمهامه ولا يستخدم إلا في الجرائم الإرهابية والتخريبية أو عمليات التجسس أو الجرائم المضرة بالمصلحة العامة مع وضع نظام محكم لحفظ سجلات أوامر التنصت على الاتصالات لإجراء مراقبة دورية على أسلوب النشاط[62] ص 539.

غير أنه نظرا لعدم تقيد المحققين خاصة في مرحلة البحث التمهيدي بالشروط الصارمة الواردة في الخطاب الدوري الصادر عن وزير الداخلية سنة 1951 وما قررته اللجنة الوزارية سنة 1976 عند تقيمها لإجراء التنصت الهاتفي مما أسيئ استعمال هذا الإجراء وعرَض الحياة الخاصة للأفراد إلى خطر الانتهاك والمكاشفة والعلنية وهو الوضع الذي أدى بمحكمة العدل الأوروبية إلى إدانة بريطانيا سنة 1985 بانتهاكها لحقوق الإنسان.

وقد كان لنتيجة هذه الإدانة الأوروبية للحكومة البريطانية أن أصدر المشرع سنة 1985 قانون احتجاز المكالمات الهاتفية والذي حدد شروط إجراء التنصت والتسجيل الهاتفي من ضرورة استصدار إذن من وزير الداخلية لفترة محددة في الجرائم الخطيرة التي تمس الأمن القومي والاقتصاد الوطني، كما أجاز هذا القانون للمتضرر حق التظلم من هذا الإجراء أمام محكمة خاصة يختار أفرادها بقرار صادر عن رئيس مجلس الوزراء ويعينون بأمر ملكي[8] ص 350.

بالنسبة للمشرع الفرنسي

لقد أدى الإغفال الدستوري والفراغ التشريعي في النظام القانوني الفرنسي إلى اختلاف فقهي حاد وتضارب في أحكام القضاء حول مدى مشروعية التنصت الهاتفي واعتراض الاتصالات السلكية واللاسلكية في العمل القضائي والقيمة القانونية للدليل المتحصل عليه عن طريق هذا الإجراء، الأمر الذي أدى بالمشرع الفرنسي أن تدخل بموجب القانون رقم 643 – 70 المؤرخ في 1970/07/17 المتضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية والذي حسم بموجبه الخلاف الفقهي الحاد وتضارب أحكام القضاء بتقريره في المادتين 80 و81 من قانون الإجراءات الجزائية المعدل مشروعية إجراءات مراقبة المكالمات الهاتفية وتسجيلها إذ أجاز لقاضي التحقيق القيام بهذا الإجراء في إطار التحقيق الابتدائي بحثا

عن الدليل على اعتبار أن له الحق في اتخاذ جميع الإجراءات التي يراها ضرورية في الوصول إلى الحقيقة في إطار احترام القانون ويتعين على مديري مراكز الاتصالات وموظفي البريد الاستجابة لهذا الطلب المقدم لهم لاتخاذ إجراءات اعتراض وتحويل وتسجيل اتصالات الأرقام الهاتفية موضوع المراقبة وهذا طبقا للمادة 24 من قانون مصلحة البريد[102] ص 124.

وقد كان للحكمين الصادرين عن محكمة العدل الأوروبية ضد الحكومة الفرنسية في يوم واحد بتاريخ 1990/04/24 في قضية "هفيج Huvig" وقضية "كروسلين Kruslin" الذي تم اعتراض والتنصت على مكالماتهما الهاتفية بترخيص من قاضي التحقيق إذ قدرت المحكمة الأوروبية أن هذا الإجراء جاء مخالفا لأحكام المادة 8 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي تنص على حماية حرمة حياتهم الخاصة وحماية مراسلاتهم والتي قد انتهكت، ذلك أن القانون الفرنسي الذي تم بموجبه التنصت على محادثات المتهمين التليفونية لا يوفر حماية قانونية محددة أو ضمانات كافية وينقصه الوضوح والتحديد، الأمر الذي أدى بالمشرع الفرنسي أن تدخل بموجب القانون رقم 91-646 المؤرخ في 1991/07/10 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية إذ استحدث المواد من 100 إلى 7/100 التي وضع بموجبها عدة ضمانات لاتخاذ إجراء اعتراض ومراقبة وتسجيل المكالمات الهاتفية واضعا جملة من الشروط التي تمثل ضمانات لعدم إساءة استعمال هذا الإجراء انتهاكا للحق في الحياة الخاصة وتمثل في الآتي[73] ص 420:

- عندما يتطلب التحقيق في قضية معينة ضرورة اتخاذ هذا الإجراء
- يكون لقاضي التحقيق وحده حق إصدار الإذن بمراقبة المكالمات الهاتفية
- ضرورة أن يكون الإذن كتابي وبأمر مسبب.

يجب أن تكون الجريمة موضوع الإذن تتسم بنوع من الخطورة مكيفة على أنها جناية أو جنحة وإن العقوبة المقرر لها تساوي أو تزيد عن الحبس لمدة سنتين.

أما إذا تعلق الأمر باعتراض الرسائل الإلكترونية أو الدخول إلى الشبكة المعلوماتية لمراقبتها والحصول على الدليل فإنه طبقا للقانون رقم 801/04 المؤرخ في 2004/08/06 المعدل لقانون رقم 17/78 المؤرخ في 1978/01/06 والمتعلق بالمعالجة الآلية للبيانات على ضرورة الحصول على الترخيص من اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات من أجل اللجوء إلى هذا الإجراء من الرقابة على الشبكة المعلوماتية.

موقف التشريعات العربية

نظرا للانتقادات الفقهية الشديدة التي وجهت لإجراء التنصت والتسجيل الهاتفي كوسيلة للبحث عن الدليل وتقديمه إلى القضاء الذي تباينت إحكامه في هذا الشأن لما يمثله هذا الإجراء من مساس خطير

بحقوق الإنسان وخرقا لحقوق الدفاع لطابعه التكتمي وممارسته في الخفاء دون وجاهية مما يتعارض مع مبادئ المحاكمة العادلة والنزيهة، الأمر الذي جعل من ذلك أرضية خصبة اعتمدتها التشريعات العربية لتقنين اعتراض الاتصالات والمكالمات الهاتفية وتسجيلها وذلك بتحديد شروط اتخاذ هذا الإجراء وضمانات المشتبه فيه أو المتهم بما يتماشى وما استقر عليه في التشريعات الأوروبية.

لهذا نحاول في معرض هذه الدراسة التطرق إلى تشريعين إجرائيين عربيين هما التشريع المصري والتشريع المغربي لكونهما أسبق من التشريع الجزائري في هذا المجال وتطابق أحكامهما بما أخذ به تشريعنا الوطني .

فبالنسبة للمشرع المصري فقد تدخل بموجب القانون رقم 37 لسنة 1973 المتعلق بقانون الحريات وعدل المادتين 95 و206 من قانون الإجراءات الجنائية إذ وضع مجموعة من الضمانات لمشروعية مراقبة المكالمات الهاتفية وهي:

- يجب أن يصدر أمر المراقبة للمكالمات الهاتفية للمتهم من طرف قاضي التحقيق مسببا ومكتوبا وهذا طبقا للمادة 95 أما إذا باشرت النيابة العامة التحقيق فإن إذن المراقبة يصدر من القاضي الجزئي طبقا للمادة 206..

- يجب أن يكون إذن مراقبة التليفون الصادر من القاضي الجزئي مكتوبا ومسببا تسبيبا كافيا يوضح فيه الأسباب والدواعي التي دفعت إلى إصدار أمر الرقابة.

- يجب أن يصدر الإذن عن القاضي الجزئي بناءا على طلب النيابة العامة لمراقبة المكالمات الهاتفية لجريمة وقعت بالفعل، إذ لا يجوز له إصدار الإذن للنيابة العامة لاتخاذ هذا الإجراء لضبط جريمة مستقبلية، وبالتالي فإذا ما صدر هذا الإذن لمراقبة المحادثات التليفونية لجريمة سوف تقع في المستقبل كان هذا الإذن باطلا. ولا يطرح هذا الإشكال عند إصدار هذا الإذن من قاضي التحقيق باعتبار أن تعيين هذا الأخير ومباشرة أعماله تكون في التحقيق لجريمة واقعة.

- نظرا لمدى خطورة وضع آلة الهاتف تحت المراقبة على حرمة الحياة الخاصة للأفراد وسرية اتصالاتهم فيجب أن تكون هناك فائدة تعود من إصدار الإذن بالمراقبة، وهذا الأمر يدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي الجزئي أو قاضي التحقيق حسبما تجمع لديه من معلومات.

- يجب أن يصدر الإذن بمراقبة المحادثات التليفونية من قاضي التحقيق أو القاضي الجزئي لمدة 30 يوما تم خلالها تنفيذ الإذن بالمراقبة كما يجوز تجديد هذا ألإذن لمدة أو مدد أخرى.

- رغم أن المشرع المصري لم ينص على بيان الأشخاص الخاضعين للمراقبة إلا أنه ذهب رأي في الفقه ضرورة أن يكون المتهم طرفا في المحادثات موضوع الإذن، أو على الأقل هو صاحب الهاتف أو حائزه.

أما بالنسبة للمشرع المغربي بالرغم من أن الدستور قد نص في الفصل 11 على عدم انتهاك سرية المراسلات والمقصود هنا جميع المراسلات بشتى ضروبها سواء كانت مكتوبة أو لاسلكية أو مصورة.

غير أنه نظرا لاستفحال ظاهرة الجرائم الإرهابية التخريبية باعتبارها تمثل خطرا ليس فقط على الأمن والسلم الوطني بل تتعداه إلى تأثيرها على استقرار المجتمع الدولي ككل الأمر الذي أدى بالمشرع المغربي أن ينص في قانون المسطر الجنائية الجديد في أحكام الفصول من 108 إلى 116 على إجراء جديد من إجراءات التحقيق لم يكن معروفا من قبل في التنظيم التشريعي، وإن كان يتم العمل به سابقا طبقا لقاعدة "جواز قيام قاضي التحقيق بجميع الإجراءات القانونية للوصول إلى الحقيقة" إذ سمح لقاضي التحقيق أن يصدر الأمر ووكيل الملك أن يلتمس من الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف إصدار الأمر بالتقاط المكالمات والاتصالات المنجزة بوسائل الاتصال عن بعد[114].

وبالرجوع إلى قانون المسطرة الجنائية المغربية فإنها قد نصت على مجموعة من الضمانات والشروط لأجل اتخاذ إجراء اعتراض الاتصالات وتسجيلها وتتمثل في الآتي:

- أجاز المشرع المغربي في المادة 108 من قانون المسطرة الجنائية لقاضي التحقيق في جميع الجنايات والجنح إذا دعت ضرورات البحث والتحقيق إصدار أمر باعتراض جميع الاتصالات والمكالمات الهاتفية الصادرة من هاتف المتهم المراقب أو التي تصل إليه وأي وسيلة إلكترونية أخرى طبقا لعموم عبارة الاتصالات المنجزة عن بعد.

كما أجاز لوكيل الملك إذا اقتضت ضرورات البحث والتحري اعتراض والتقاط وتسجيل المكالمات الهاتفية والاتصالات الإلكترونية أن يتقدم بطلب إلى الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف لإصدار هذا الأمر بشرط أن يتعلق الاعتراض والالتقاط بالجرائم الماسة بأمن الدولة أو تتعلق بالعصابات الإجرامية، أو القتل أو التسمم أو الاختطاف وأخذ الرهائن، أو تزيف وتزوير النقود، أو سندات القرض العام، أو المخدرات والمؤثرات العقلية أو الأسلحة والذخيرة والمتفجرات أو حماية الصحة.

- يجب طبقا للمادة 109 أن يكون الأمر الصادر عن قاضي التحقيق بالتقاط وتسجيل المكالمات الهاتفية والمراسلات ومختلف الاتصالات مسببا تسبيبا كافيا لإثبات جميع العناصر المتعلقة بالشخص المراد مراقبته، والوقائع الإجرامية المرتكبة من طرفه، والمراسلات أو المكالمات المراد التقاطها وتسجيلها كما يجب تحديد المبررات والأسباب التي دفعت لاتخاذ هذا الإجراء مع تحديد المدة الزمنية التي يتخذ فيها الإجراء على أن لا تتعدى أربعة أشهر قابلة للتجديد.

- تحديد الجهات المكلفة بالإجراء وذلك بإمكان قاضي التحقيق أو وكيل الملك أو ضابط الشرطة القضائية المنتدب أو المناب لاتخاذ هذا الإجراء، تعين أي مختص أو تقني تابع لأية جهة مختصة بالاتصالات أو المراسلات أو مكلف بالشبكة المعلوماتية وهذا طبقا للمادة 110 من قانون المسطرة الجنائية.

- طبقا للمادة 111 من قانون المسطرة الجنائية يتعين على المكلف بتنفيذ الأمر القضائي المتعلق بالتقاط المكالمات الهاتفية وتسجيلها تحرير محضر حول سير جميع الإجراءات منذ بدأ العمليات إلى نهايتها وهذا حتى يتسنى لمصدر الأمر قاضي التحقيق أو الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف تقدير مدى الاستمرار في العملية لرقابة المكالمات والاتصالات المعنية من عدمه.

- ألزمت المادة 112 من قانون المسطرة الجنائية ضرورة نسخ وترجمة محتويات الاتصالات الملتقطة والمسجلة إذا ما تمت بلغة أجنبية عن طريق مترجم محلف أو يؤدي اليمين قبل أداء مهامه مع التزامه بالسر المهني.

- أضاف المشرع المغربي إجراء لم تنص عليه مختلف التشريعات وهذا تجنا لاستعمال الدليل المتحصل عليه من التقاط وتسجيل الاتصالات في قضية أخرى وذلك في أحكام المادة 113 من قانون المسطرة الجنائية. وذلك ضرورة إبادة التسجيلات والمراسلات الملتقطة والمسجلة بمبادرة من قاضي التحقيق أو النيابة العامة عند انقضاء الدعوى العمومية بالتقادم أو بعد اكتساب الحكم الصادر في الدعوى موضوع الالتقاط قوة الشيء المقضي فيه مع تحرير محضر عن عملية الإبادة يحفظ بملف القضية.

تنظيم المشرع الجزائري لإجراء اعتراض والتقاط وتسجيل الاتصالات

نظرا للتطور الذي عرفه التشريع الإجرائي الجزائري في البحث عن الدليل الجنائي عبر مراقبة المكالمات الهاتفية والاتصالات الإلكترونية، فإن ضرورة البحث في تحديد موقف المشرع الجزائري من هذه الوسيلة موضوع الدراسة يقضي منا الأمر التطرق إلى التطور التشريعي لمراقبة المكالمات وتسجيلها، ثم إلى مراقبة وتسجيل المكالمات الهاتفية، ثم مراقبة الاتصالات الإلكترونية وذلك على النحو التالي:

التطور التشريعي لمراقبة المكالمات الهاتفية وتسجيلها

قبل صدور القانون رقم 22/06 المؤرخ في 2006/12/10 المتعلق باعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية كان يستمد هذا الإجراء شرعيته من نص المادة 68 فقرة أولى التي تسمح لقاضي التحقيق بأن يقوم باتخاذ جميع إجراءات التحقيق التي يراها ضرورية للكشف عن الحقيقة وهو نفس الاتجاه الذي كان مستقر في فرنسا قبل صدور قانون رقم 91- 646 المؤرخ في 1991/07/10 أين كان يستند القضاء في ممارسته القضائية اللجوء إلى هذا الإجراء إلى حكم عمومية نص المادة 81 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي والمقابلة حرفيا لنص المادة 68 فقرة أولى من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري المذكورة أعلاه[4] ص 94.

غير أنه أمام التطور الهائل في مجال تكنولوجيا الاتصال وما سخرته من وسائل تقنية جد متطورة لاعتراض وتسجيل الاتصالات بجميع أشكالها بوسائل خفية لا يشعر بها على الإطلاق أطراف

الحديث أو الاتصال وعلى مسافات بعيدة يمكن اعتراض الاتصالات من خارج دول أطراف المحادثة، مما أدى إلى تهديد الحياة الخاصة للأفراد وأصبحت اتصالاتهم من المكاشفة والعلنية مما جعلت سريتها مجرد شعار، الأمر الذي دفع بالمشرع الدستوري أن يتدخل لحماية المراسلات والاتصالات لما تمثله من خصوصية لدى الإنسان وذلك في المادة 39 بقوله:« لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة، وحرمة شرفه يحميها القانون، وسرية المراسلات والاتصالات الخاصة بكل أشكالها مضمونة»، كما جرم فعل التقاط وتسجيل المكالمات الهاتفية والاتصالات، التي يقوم بها ألأفراد بدون رضا أصحاب الحديث أو الاتصال أو بدون إذن قضائي لاتخاذ هذا الإجراء وذلك في أحكام المادة 303 مكرر فقرة أولى من قانون العقوبات المضافة بموجب القانون رقم 23/06 المؤرخ في 2006/12/20 بقولها:« يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاثة (3) سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من تعمد المساس بحرمة الحياة الخاصة للأشخاص بأية تقنية كانت وذلك: بالتقاط أو تسجيل أو نقل مكالمات أو أحاديث خاصة أو سرية، بغير إذن صاحبها أو رضاه...».

ونظرا لاستفحال ظاهرة الإجرام خاصة الإرهابي والتخريبي والمنظم منه وثبوت فعالية ونجاعة الوسيلة محل البحث في منع وقوع الجرائم الخطيرة وقبل تحول خطرها إلى ضرر أو في البحث والتحقيق في الوصول إلى الجناة بسرعة مما يعطي للحقيقة المتوصل إليها قوة الحكم في إرضاء الرأي العام لشعوره بالأمان والعدالة، وأمام عدم كفاية المادة 68 فقرة 2 في تحقيق الغرض من إجراء التقاط وتسجيل المكالمات الهاتفية والاتصالات المختلفة سواء من ناحية إجراءات العملية والوسيلة موضوع البحث أو من ناحية حمايتها لحقوق وحريات الأفراد تدخل المشرع الجزائري بموجب قانونين لتنظيم ذلك وهما القانون رقم 22/06 المؤرخ في 2006/12/20 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية والمتعلق باعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور، وكذلك القانون رقم 04/09 المؤرخ في 2009/08/05 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها الذي نظم فيه مراقبة الاتصالات الإلكترونية .

اعتراض وتسجيل الاتصالات السلكية واللاسلكية

نظم المشرع الجزائري اعتراض وتسجيل الاتصالات السلكية واللاسلكية كآلية عملية وتقنية للبحث عن الدليل الجنائي وتقديمه أمام القضاء في أحكام المواد من 65 مكرر 5 إلى 65 مكرر 10 من قانون الإجراءات الجزائية المضافة بموجب القانون رقم 06- 22 المؤرخ في 2006/12/20 وهي تتعلق باعتراض الاتصالات التي تتم عبر وسائل الاتصال كالهاتف الثابت أو المحمول أو الفاكس أو التيلكس، أما اعتراض الاتصالات التي تتم عن طريق الوسائل الإلكترونية وهو ما يعرف بمراقبة الاتصالات الإلكترونية فنظمها القانون رقم 09 – 04 المؤرخ في 2009/08/05 وطالما أن هذا القانون الأخير يعد قانون خاص بالمقارنة لقانون الإجراءات الجزائية والقاعدة أن الخاص يقيد العام

وبالتالي فإن مراقبة الاتصالات الإلكترونية لا تدخل ضمن اعتراض وتسجيل الاتصالات السلكية واللاسلكية.

وقد حدد المشرع الجزائري في أحكام المواد 65 مكرر 5 إلى 65 مكرر 10 من قانون الإجراءات الجزائية شروط وإجراءات اعتراض وتسجيل الاتصالات الهاتفية والبرقية المعنية والمحددة أو المشفرة وذلك على النحو الآتي:

من حيث الجهة المختصة بإصدار الأمر

حدد المشرع الجزائري في أحكام المادة 65 مكرر 5 من قانون ألإجراءات الجزائية الجهات المختصة بإصدار الأمر باعتراض وتسجيل الاتصالات السلكية واللاسلكية وهما قاضي التحقيق ووكيل الجمهورية.

إذ خول المشرع لقاضي التحقيق سلطة إصدار أمر اعتراض وتسجيل المراسلات والاتصالات السلكية واللاسلكية وهذا في حالة فتح تحقيق قضائي لأجل الوصول إلى الدليل بشأن القضية محل البحث، كما أجاز له أن يكلف ضابط الشرطة القضائية للقيام بهذا الإجراء في إطار الإنابة القضائية تحت إشرافه ومراقبته.

أما إذا كانت القضية لازالت في مرحلة التحريات والبحث التمهيدي في الجريمة المتلبس بها فقد أعطى المشرع لوكيل الجمهورية سلطة إصدار الأمر باعتراض المراسلات والاتصالات السلكية واللاسلكية التي تتم بين المشتبه فيهم أو مع الغير ويجوز له أن يأذن لضابط الشرطة القضائية القيام بهذا الإجراء تحت إشرافه ورقابته المباشرة.

من حيث نوع الجرائم

حدد المشرع الجزائري في أحكام المادة 65 مكرر 5 فقرة أولى من قانون الإجراءات الجزائية على سبيل الحصر الجرائم التي يجوز فيها اتخاذ إجراء مراقبة وتسجيل الاتصالات السلكية واللاسلكية بشأنها وهي:

جرائم المخدرات: المنظمة بموجب القانون رقم 04- 18 المؤرخ في 2004/12/25 المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والإتجار غير المشروعين لها.

الجرائم المنظمة العابرة للحدود الوطنية: وهي تلك النوع من الجرائم التي تقع أو تمتد أثارها لأكثر من دولة والتي عرفتها منظمة الأمم المتحدة بمقتضى اتفاقية بالميرو لسنة 2000 إذ حددت في المادة 31:« تكون الجريمة المنظمة عابرة للحدود الوطنية في الحالات التالية:

- إذا وقعت في أكثر من دولة
- إذا وقعت في دولة معينة ولكن ارتكب جزء جوهري من الإعداد أو التجهيز أو التخطيط لها أو الإدارة أو الرقابة عليها في إقليم دولة أخرى.

- إذا وقعت في دولة معينة ولكن ساهمت في ارتكابها جماعة إجرامية منظمة تمارس أنشطة إجرامية في أكثر من دولة.
- إذا وقعت في دولة معينة وكان لها أثار جوهرية امتدت إلى دولة أخرى»[20] ص 207.

الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات: المنظمة والمعاقب عليها بموجب المواد من 394 مكرر إلى 394 مكرر 7 من القانون رقم 04 -15 المؤرخ في 2004/11/10 المتعلق المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات المعدل والمتمم لقانون العقوبات.

جرائم تبييض الأموال: المنظمة بموجب المواد من 389 مكرر إلى 389 مكرر 9 القانون رقم 05-01 المؤرخ في 2005/02/06 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها المعدل والمتمم لقانون العقوبات.

الجرائم الإرهابية والتخريبية: المنصوص والمعاقب عليها بأحكام المواد من 87 مكرر إلى 87 مكرر 10 من الأمر رقم 95- 11 المؤرخ في 1995/02/25 المتعلق بالجرائم الموصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية المعدل والمتمم لقانون العقوبات.

الجرائم المتعلقة بالصرف: المنظمة والمعاقب عليها بموجب الأمر رقم 05 - 06 المؤرخ في 2005/08/23 المتعلق بمكافحة التهريب المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 06 - 09 المؤرخ في 2006/07/15 وكذا الأمر رقم 06 -02 المؤرخ في 2006/12/11.

جرائم الفساد: المنظمة والمعاقب عليها بأحكام القانون رقم 06 -01 المؤرخ في 2006/02/20 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم بالأمر رقم 10 -05 المؤرخ في 2010/08/26.

من حيث شكليات ومضامين الأمر القاضي باعتراض وتسجيل الاتصالات السلكية واللاسلكية

يتميز الإذن الصادر عن وكيل الجمهورية أو الأمر الصادر عن قاضي التحقيق لاعتراض وتسجيل الاتصالات السلكية واللاسلكية للمشتبه فيه أو المتهم محل المراقبة أن تتوافر فيه جملة من الشروط حددتها المادتان 65 مكرر 5 فقرة 5، و65 مكرر 7 وتتمثل في الآتي.

- يجب أن يتضمن الإذن أو الأمر المتضمن رقابة الاتصالات طبقا للمادة 65 مكرر 7 كل العناصر المتعلقة باسم وهوية الشخص المراد رقابة اتصالاته وتحديد الاتصالات المراد التقاطها والأماكن السكنية أو غيرها المراد تثبيت فيها أجهزة الاتصال.
- تحديد نوع الجريمة التي تبرر اللجوء إلى هذه التدابير.
- تتحدد مدة الإذن بأربعة أشهر يتعين خلالها الانتهاء من هذا الإجراء وإلا تجديده بنفس شروط وأشكال صدوره.
- يعطي الإذن المسلم بغرض وضع الترتيبات التقنية لالتقاط وتسجيل الاتصالات السلكية واللاسلكية الحق في دخول السكنات لتحقيق هذا الغرض ولو بغير علم أو إذن أصحابها أو من

لهم الحق عليها ودون التقيد بالمواقيت المحددة في المادة 47 من قانون الإجراءات الجزائية المحددة لمواقيت التفتيش من الخامسة صباحا إلى الثامنة مساءا.

- يتم تنفيذ ضابط الشرطة القضائية المأذون له اتخاذ هذا الإجراء من طرف وكيل الجمهورية تحت رقابة وتوجيه هذا الأخير، كما يخضع لقاضي التحقيق لو كان هذا الأخير هو الذي أصدر أمر الندب.
- في حالة اكتشاف جرائم أخرى أثناء تنفيذ عمليات اعتراض الاتصالات السلكية واللاسلكية لا تدخل ضمن الجرائم المحددة في الإذن فإن هذا لا يؤدي إلى بطلان إجراءات الكشف والضبط بل تأخذ حكم الواقعة المتلبس بها طبقا لإجراءات المادة 41 من قانون الإجراءات الجزائية.

من حيث الجهات المكلفة بتنفيذ الإجراء

أجازت المادة 65 مكرر 8 من قانون ألإجراءات الجزائية لمصدري الإذن باعتراض الاتصالات السلكية واللاسلكية للمشتبه فيهم أو المتهمين سواء كان قاضي التحقيق أو وكيل الجمهورية وكذا ضابط الشرطة القضائية المأذون لهم أو المنابين لأن يسخر أي شخص مختص أو عون تابع لهيئة عمومية أو خاصة للاتصال للتكفل بالجوانب التقنية لعمليات مراقبة الاتصالات المعنية، ويتعين على هؤلاء طبقا للمادة 65 مكرر 6 من قانون الإجراءات الجزائية أن يلتزموا بالسر المهني طبقا لما هو وارد في أحكام المادة 45 من ذات القانون.

من حيث تدوين عمليات مراقبة الاتصالات

طبقا للمادة 65 مكرر 9 من قانون الإجراءات الجزائية يتعين على ضابط الشرطة القضائية المأذون له أو المناب سواء من طرف وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق تحرير محضر عن عمليات اعتراض وتسجيل الاتصالات السلكية واللاسلكية تحدد فيه ساعة بداية العملية ووقت الانتهاء منها.

كما يتعين عليه طبقا للمادة 65 مكرر 10 نسخ المحادثات أو الاتصالات المسجلة ووضعها في ملف القضية مع إرفاقها بترجمة كاملة إلى اللغة الوطنية في حالة ما إذا كانت الاتصالات قد تمت بلغة أجنبية وذلك عن طريق مترجم.

غير أنه يلاحظ على هذه الإجراءات التي حددها المشرع الجزائري لاتخاذ عمليات التقاط الاتصالات السلكية واللاسلكية مخالفتهما بعض القواعد الجوهرية والأساسية لحقوق الدفاع عماد المحاكمة العادلة والنزيهة وهي إغفال المشرع النص على بطلان الإجراء المعيب أو المخالف كما هو محدد في لمواد من 65 مكرر 5 إلى 65 مكرر 10 من قانون الإجراءات الجزائية وما هي الجهة القضائية التي يرفع إليها البطلان، وإعطاء هذا الحق للنيابة العامة دون أية رقابة من جهة قضائية كرئيس المجلس القضائي مثلا، وعدم النص على مصير التسجيلات الملتقطة بعد الانتهاء من القضية سواء بالحفظ أو الأمر بانتفاء وجه الدعوى أو الحكم النهائي، مع عدم النص على مواجهة المشتبه فيه أو

المتهم بالمحادثات الملتقطة طبقا لقاعدة المواجهة بالدليل مما يجعل تدخل المشرع لضبط النصوص وتعديلها مطلب ضروري لحماية حقوق الدفاع.

مراقبة الاتصالات الإلكترونية

نظرا لخطورة مراقبة الاتصالات الإلكترونية باعتبارها موجودة في البيئة الرقمية أو المعلوماتية وتقتضي الدخول في النظام المعلوماتي مما يشكل تهديدا حقيقيا على الحق في الحياة الخاصة الأمر الذي أدى بالمشرع الجزائري يفرد أحكاما خاصة لمراقبة الاتصالات الإلكترونية وذلك في أحكام القانون رقم 09- 04 المؤرخ في 2009/08/05 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها.

ويقصد بالاتصالات الإلكترونية طبقا للمادة 02 فقرة و من القانون رقم 09- 04 «كل تراسل أو إرسال أو استقبال علامات أو إشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو معلومات مختلفة بواسطة أي وسيلة إلكترونية» وبالتالي فإن مراقبة الاتصالات الإلكترونية طبقا للمادة 03 من ذات القانون هو وضع الترتيبات التقنية لمراقبة الاتصالات الإلكترونية وتسجيل وتجميع محتواها والقيام بإجراء البحث والتحري والتفتيش والحجز داخل المنظومة المعلوماتية.

وبالتالي فإنه وفقا لهذا الإجراء المنصوص عنه في القانون رقم 09- 04 المذكور أعلاه – أجاز المشرع الجزائري للجهات المكلفة بالبحث والتحري ولجهات التحقيق القضائي اللجوء إلى المراقبة الإلكترونية عن طريق التقاط وتسجيل وجمع مختلف أشكال وأنواع المراسلات والاتصالات بحثا عن الدليل الجنائي وتتمثل إجراءاته على النحو التالي:

بالنسبة للحالات التي تجيز المراقبة الإلكترونية

حدد المشرع الجزائري في أحكام المادة 04 من القانون رقم 09- 04 المؤرخ في 2009/08/05 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها الحالات التي يجوز فيها اللجوء إلى مراقبة الاتصالات الإلكترونية وهي:

- الوقاية من الأفعال الموصوفة بجرائم الإرهاب والتخريب أو الجرائم الماسة بأمن الدولة، بمعنى اتخاذ الإجراءات قبل وقوع الجريمة أي الوصول إلى منع الخطر قبل حصول الضرر أو الجريمة.
- في حالة ما إذا تجمعت لدى الضبطية الإدارية ومصالح الاستعلامات العامة معلومات عن احتمال اعتداء مرتقب ووشيك على منظومة معلوماتية تمس وتهدد النظام العام أو الدفاع الوطني أو مؤسسات الدولة أو الاقتصاد الوطني.
- عندما تقتضي إجراءات البحث والتحري والتحقيق القضائي اللجوء إلى المراقبة الإلكترونية نتيجة عجز الإجراءات الأخرى في الوصول إلى الدليل.

– عندما يقتضي الأمر تنفيذ المساعدات القضائية الدولية دون مساسها بالسيادة الوطنية

بالنسبة للجهات المختصة بإصدار الأمر أو الإذن بالمراقبة الإلكترونية

ميز المشرع فيما يخص الجهة المختصة بإصدار الإذن أو الأمر بالمراقبة الإلكترونية فيما إذا كانت المراقبة تتعلق بالجرائم الإرهابية أو غيرها.

فإذا كانت المراقبة تتعلق للوقاية من الجرائم الإرهابية أو التخريبية أو الماسة بأمن الدولة فإن الأمر يصدر من طرف النائب العام لدى مجلس قضاء الجزائر.

إما إذا كانت المراقبة ألإلكترونية تتعلق بالاعتداء على نظام المعلوماتية التي تهدد النظام العام أو الاقتصاد الوطني أو الدفاع الوطني ومؤسسات الدولة أو المقتضيات التحري والتحقيق عند فشل الوسائل ألأخرى أو لأجل المساعدة القضائية فإن هذا الإجراء يتم إما عن طريق إذن وكيل الجمهورية المختص إقليميا في حالة البحث والتحري عن الجريمة المتلبس بها أو عن طريق قاضي التحقيق في حالة فتح تحقيق قضائي.

بالنسبة لشكل وإجراءات الأمر بالمراقبة الإلكترونية

إن الأمر أو الإذن بمراقبة الاتصالات الإلكترونية يصدر لمدة 6 أشهر قابلة للتجديد كما أنه.

طبقا للمادة 5 من القانون رقم 09 -04 المذكور أعلاه يجوز لضباط الشرطة القضائية المأذون لهم المنابين القيام بعمليات التفتيش في المنظومة المعلوماتية لضبط وحجز كل ماله علاقة في الوصول إلى الحقيقة موضوع البحث والتحري.

وطبقا للمادة 08 فإنه يجوز لضابط الشرطة القضائية الاستعانة بأي شخص مؤهل للوصول إلى التفتيش وحجز المعلومات والمعطيات المساعدة وذلك تحت طائلة الالتزام بالسر المهني.

2.2.2.1.3.2. حجية الدليل المتحصل عليه عن طريق اعتراض وتسجيل الاتصالات

إن البحث في مسألة مدى قانونية أو حجية الدليل المتحصل عليه عن طريق اعتراض وتسجيل الاتصالات السلكية واللاسلكية أو المراقبة الإلكترونية في النظام المعلوماتي يقتضي منا التطرق إلى موقف الفقه واتجاه القضاء وذلك على النحو التالي:

موقف الفقه

بالرغم من الفعالية والسرعة التي يحققها اعتراض الاتصالات والمكالمات الهاتفية وتسجيلها في الوصول إلى منع الخطر قبل تحوله إلى ضرر عن طريق الشخص المشتبه فيه خاصة في الجرائم الخطيرة والماسة بأمن الدولة، أو في الوصول إلى الدليل وإقامة الحقيقة القضائية أمام القضاء، إلا أنه نظرا لما تمثله هذه الوسيلة محل البحث من مساسها بالحق في الحياة الخاصة وحقوق الدفاع في

المحاكمة العادلة والنزيهة، أدى إلى اختلاف الفقه بين مؤيد ومعارض لهذه الوسيلة وذلك على النحو التالي:

الرأي المعارض لاعتراض الاتصالات والمكالمات الهاتفية وتسجيلها

اتجه رأي في الفقه إلى أن التقاط المكالمات الهاتفية والمراسلات ومختلف أشكال الاتصالات تمثل خطورة كبيرة على ضمانات المشتبه فيه والمتهم لانتهاكها حقوق الشخصية والحياة الخاصة للأفراد وتعارضها مع حقوق الإنسان ذات القواعد القانونية السامية ويقدمون الحجج التالية لتبرير اعتراضهم:

ذلك أن مراقبة المكالمات الهاتفية واعتراض الاتصالات تعد أخطر وسائل البحث والتحري وتتمثل هذه الخطورة في أن هذه المراقبة تتم دون علم المشتبه فيه أو المتهم بما ينتج التنصت والإطلاع على أدق أسرار حياته الخاصة التي يفضي بها إلى محدثيه أو المرسل لهم، على نحو لا تستطيع وسائل البحث والتحقيق الأخرى الوصول إليها.

كما أن وسائل المراقبة السمعية عن طريق الهاتف أو الوسائل الإلكترونية الأخرى لا تفرق بين محادثات لها علاقة بموضوع التحقيق كما أن امتداد أثرها يلحق لأشخاص آخرين أبرياء لا علاقة لهم بالجريمة موضوع البحث والتحقيق بل لمجرد اتصالهم بالمتهم أو المشتبه فيه عرضا[3] ص 255.

بالإضافة إلى أن وسائل الإثبات عن طريق اعتراض وتسجيل الاتصالات تتميز بعدم الدقة للتشكيك في حجيتها وهذا لسهولة التلاعب بها عن طريق المونتاج أو تشابه الأصوات.

وقد اعتبرها الفقيه "بيار شامبو Pierre Chambon" من الإجراءات غير المستحبة ذلك أن الاستماع عبر الأبواب والتقاط المكالمات الخاصة هي ممارسة مطبوعة بطابع الخسة إذ أن مصطلح التنصت القضائي يحمل في طياته تناقضا بينا بحيث تجتمع العدالة مع الخداع والمكر في اتحاد مشبوه[114] ص 173.

حتى وإن كان المبدأ المعتمد عليه في قبول التقنيات الحديثة في الإثبات الجنائي هو حرية القاضي الجزائي في الاقتناع، فإن ذلك لا يخلو من مخاطر الاعتداء على الحياة الخاصة للأفراد من خلال اللجوء إلى التنصت الهاتفي واعتراض الاتصالات على أنها الوسيلة الوحيدة للوصول إلى الدليل مما يفيد القاضي دون إعماله سلطته في الاقتناع بل يصبح مقيد بها بما هو مجسد في المكالمة أو الاتصال المسجل.

وأخيرا تقتضي مبادئ المحاكمة العادلة ضرورة عرض وطرح الدليل للمناقشة والمعالجة في معرض المرافعة الأمر الذي لا يوفره الإجراء محل البحث.

الرأي المؤيد لاعتراض الاتصالات والمكالمات الهاتفية وتسجيلها

بالرغم من مخاطر مراقبة الاتصالات على ضمانات وحقوق المشتبه فيه أو المتهم لم ينكر جانب كبير من الفقه دورها وأهميتها في البحث عن الحقيقة ويقدمون لذلك عدة حجج لتبرير تأيدهم لهذا الإجراء وتتمثل في ألآتي:

ذلك أنه من غير المنطقي وغير المحظور على أجهزة العدالة استغلال مزايا الاختراعات العلمية الحديثة في مجال البحث عن المجرمين واكتشاف الجرائم والقضاء على المشروعات الإجرامية قبل تحول خطرها إلى ضرر وجعل من مزايا الاختراعات العلمية على المجرمين وحدهم.

ونظرا لما حققته وسائل مراقبة الاتصالات من القضاء على الجرائم المنظمة والخطيرة كالإرهاب وجرائم الاتجار بالمخدرات والأسلحة والاتجار بالنساء والأعضاء البشرية وتهريب العملة الأمر الذي يؤدي بالضرورة قصر هذا الإجراء على الجرائم الخطيرة[3] ص 256.

كما أنه لا يمثل اعتراض الاتصالات أو المكالمات الهاتفية أي انتهاكا لحرمة الحياة الخاصة، طالما أن مرسلها أو المتحدث بشأنها قد صدرت منه طوعا واختياريا دون أي تأثير من طرف المحقق الذي التقطها وقام بتسجيلها.

موقف القضاء

لقد كان لتطور وسائل الاتصال المختلفة السلكية واللاسلكية وإخضاع تكنولوجيتها من طرف المحققين لأجل الحصول على الدليل عن طريق التنصت على الاتصالات وتسجيلها، أثره العظيم على اتجاهات القضاء وتباين مواقفهم ليس فقط بين الدول بل وحتى داخل الدولة الواحدة، بل بين حكم وحكم آخر في ذات المحكمة لتحديد حجية الدليل وقانونيته.

اتجاه القضاء الأنجلوسكسوني

رغم أن القضاء الأنجلوسكسوني يتميز بتبنيه الوسائل العلمية في البحث عن الدليل الجنائي ومرونة قضائه في التعامل مع الأدلة المتحصلة من هذا الإجراء، إلا أن كل مساس بحق الخصوصية يؤدي إلى استبعاد الدليل هذا ما نلاحظه في قضائه حول مشروعية الدليل المتحصل عليه عن طريق اعتراض والتقاط الاتصالات والمكالمات الهاتفية سواء من القضاء الأمريكي أو الانجليزي أو الكندي.

فقد اتجه قضاء المحكمة الفيدرالية العليا الأمريكية في بادئ الأمر في قضية "أولمستيد ضد الولايات المتحدة الأمريكية " Olmesteaid V. United states " سنة 1928 على أن التعديل الدستوري الرابع المتعلق بالتفتيش والضبط التعسفيين لا تسري على التقاط المكالمات الهاتفية وتسجيلها التي يجريها رجال الشرطة لضبط الجرائم والوصول للأدلة ما لم يكن قد اقترف التنصت بانتهاك مادي لحرمة المسكن كالدخول إليه بوضع آلة تسجيل أو تحويل من هاتف الشخص محل المراقبة[8] ص 352.

غير أن نتيجة ضغط قضاء الولايات الذي أصبح يتجه إلى استبعاد الدليل المتحصل عليه عن طريق اعتراض وتسجيل الاتصالات السلكية واللاسلكية إذا تم بدون إذن القضاء بدءا من قضية "بارقر ضد ولاية نيويورك" سنة 1967 " Berger V. New York" إذ ذهبت المحكمة الفيدرالية العليا سنة 1967 إلى القول:« أن التعديل الدستوري الرابع يحمي الناس من الخصوصية ليس لمجرد خصوصية الوجود المادي للمكان وبالتالي فإن استعمال جهاز إلكتروني للتنصت على مكالمة خاصة، حتى وإن تم ذلك على جهاز عام متاح للجمهور بغير تمييز يعد تفتيشا وبالتالي يشترط فيه الإذن القضائي وإلا يستلزم استبعاد الدليل المتحصل منه» .

أما القضاء الإنجليزي فكان قبل صدور قانون الشرطة والإثبات الجنائي لسنة 1984 يجري على قبول الأدلة المتحصل عليها عن طريق التنصت الهاتفي ذلك أنه في قضية طرحت أمام القضاء الإنجليزي سنة 1970 "حكم بقبول الدليل المستمد من تنصت رجل الشرطة على مكالمة هاتفية تمت بين المتهم وزوجته أثناء احتجازه في قسم الشرطة.

غير أنه بصدور قانون الشرطة والإثبات أصبح اعتراض الاتصالات وتسجيلها لا يتم إلا بالنسب للجرائم الخطيرة والماسة بأمن الدولة بناءا على إذن من وزير الداخلية.

غير أنه بعد الإدانة التي صدرت من طرف محكمة العدل الأوروبية ضد المملكة المتحدة سنة 1985 أصبح اتخاذ هذا الإجراء محل البحث لا يتم إلا في الجرائم الخطيرة بناءا على ترخيص أو إذن قضائي مع منح الأفراد حق التظلم ضد هذا الإجراء.

وتميز القضاء الكندي منذ مدة على تشبته بقاعدة مفادها عدم مشروعية التنصت على المحادثات الهاتفية الخاصة بأي وسيلة كانت إلا في حالة صدور إذن قضائي بذلك في إطار البحث والتحقيق القضائي، أو إذا رضي صاحب المحادثة بقبول الدليل المقدم الناتج عن تسجيل مكالماته الهاتفية، وقد ذهبت المحكمة الكندية العليا سنة 1990 إلى وضع قاعدة عامة على استبعاد الدليل المتحصل عليه عن طريق التقاط وتسجيل الاتصالات خفية وبغير إذن قضائها إذ جاء فيه:« إن تسجيل محادثة هاتفية خاصة ومن باب أولى التنصت عليها يتعين اعتباره في جميع الأحوال بمثابة تفتيش أو ضبط، لم يكن جميع أطراف المحادثة قد رضوا بتسجيلها، وإذا كان أحد طرفي المحادثة واحدا من رجال الضبط، وجب استصدار إذن قضائي لقبول الدليل المستمد من المحادثة مع الغير»[8] ص 354.

اتجاه القضاء اللاتيني

لعبت محكمة العدل الأوروبية من خلال إدانتها للعديد من الدول الأوروبية لمخالفة تشريعاتها وقضاؤها فيما يخص قبول الدليل المتحصل عليه عن طريق اعتراض وتسجيل الاتصالات الهاتفية للمادة 8 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، إلى تغير قضاء الدول الأوروبية بما يتماشى وينسجم مع مبادئ الاتفاقية الأوروبية.

إذ تميز القضاء الفرنسي قبل صدور حكم محكمة العدل الأوروبية بتاريخ 1990/04/24 والذي أدان فرنسا بانتهاكها لحقوق ألإنسان لعدم كفاية تشريعها الإجرائي في وضع ضمانات كفيلة بحماية المشتبه فيه أو المتهم عند اعتراض وتسجيل اتصالاته الهاتفية، وإن الاعتماد على المادة 81 من قانون الإجراءات الجزائية ينقصها الوضوح والتحديد، بعدم الاستقرار والتضارب في الأحكام.

وأول ما ظهرت مسألة التنصت الهاتفي للحصول على المعلومات خفية وإقامة الدليل في فرنسا كان سنة 1804 في قضية تتلخص وقائعها في أن المحقق لجأ إلى أساليب الغش والخداع ليحصل على اعتراف من أحد الشركاء في الجريمة عن طريق الاتصال به هاتفيا وإيهامه بأنه المتهم وأنه لجأ لتغيير صوته حتى لا ينكشف أمره من طرف الشرطة التي تراقبه مما أدى إلى اطمئنان هذا الشريك وأدلى له باعترافات تفصيلية عن الوقائع الإجرامية محل المتابعة، وعندما طرحت هذه المسألة أمام محكمة النقض الفرنسية للنظر في مدى شرعية الحصول على الدليل بهذه الطريقة وحجيته في الدعوى قضت محكمة النقض في حكم مؤرخ في 1804/04/23 بعدم شرعية هذا الدليل مقررة أن أسلوب الغش والخداع مخالفا لمبدأ النزاهة الذي يجب على القاضي أن يلتزم به في كل ما يتخذه من إجراءات[3] ص 256.

وفي حكم آخر صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1888/01/31 قضى بعدم مشروعية مراقبة المحادثات التليفونية[49] ص 6 وفي حكم صادر عن المحكمة الإستئنافية بتولوز بتاريخ 1956/11/07 قضت بأنه:«إذا كان الدليل المستمد من التسجيل هو الدليل الوحيد، فيجب أن يمثل لدى القاضي وسيلة إقناع مطلقة»[66] ص 430.

وفي حكم آخر صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1952/06/12 فيما يخص دور الهاتف في كشف جريمة رشوة وضبط الجناة إذ قررت «عدم جواز استعمال القاضي أسلوب الغش والخداع وإلا كان عليه مخالفا لواجباته وللنزاهة الواجب توافرها فيه»[49] ص 190. في حين في حكم صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ لاحق لسابقه في 1957/02/13 اعتبرت:« إن التنصت على المحادثات الهاتفية مشروع» وفي حكم آخر صادر عن محكمة النقض بتاريخ 1989/06/13 اعتبرت أن:« التنصت على المحادثات الهاتفية طغيان على حق احترام الحياة الخاصة».

غير أنه بصدور حكم محكمة العدل الأوروبية بتاريخ 1990/04/24 والذي قضى باعتبار التنصت الهاتفي الذي تم ضد المتهمين بمثابة انتهاك للخصوصية الأمر الذي جعل القضاء الفرنسي يشدد في ضرورة أن يتم التنصت والتسجيل الهاتفي بناءا على أمر صادر عن قاضي التحقيق وفي الجنايات والجنح عقوبتها أكثر من سنتين ولمدة محددة، ففي حكم صادر عن محكمة النقض بتاريخ 1990/05/15 جاء فيه:« يجوز استعمال الهاتف في كشف جريمة قتل عمد وضبط جناة، كما يمكن أن تمتد المراقبة الهاتفية إلى غير المتهم أيضا». وفي حكم آخر صادر عن محكمة النقض بتاريخ 1990/07/17 والذي جاء فيه:« في وجوب مراعاة حقوق الدفاع عند إجراء مراقبة المحادثات الهاتفية

وإلا كان الأمر إخلالا بحق الدفاع وبالتالي يكون الجزاء المترتب على هذا الإخلال البطلان في الإجراءات»، وفي حكم آخر صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1991/09/04 اعتبرت تلقي اتصال هاتفي غير كاف للإدانة[49] ص 189.

أما فيما يخص استعمال الوسائل الحديثة للبحث عن الدليل في النظام المعلوماتي فهو غير مقرر وغير معترف به للأفراد إذ جاء في حكم محكمة استئناف أكس ـ أونبروفانس Aix En Provence بتاريخ 1997/01/17 والذي جاء فيه:« لا قوة ثبوتية للائحة معلوماتية مستخرجة من قبل أصحاب عمل بغية إثبات عملية احتيال يتم بها مستخدما لديه ذلك باعتبار أن البرنامج المعلوماتي قد أنشأ بصورة أحادية من قبل صاحب العمل دون وجود أية رقابة على كيفية تشغيله»[49] ص 106.

أما القضاء الإيطالي فيتميز بأنه متشدد فيما يخص المراقبة الهاتفية والإلكترونية للاتصالات وذلك لضرورة أن تكون هناك أدلة قائمة الاتهام أو الإدانة تعزز الأدلة المتوفرة سابقا ففي حكم صادر عن محكمة روما – الدائرة الجنائية سنة 1966 والذي جاء فيه:« يقتضي إلغاء التصريح الممنوح للتنصت التليفوني بناءا على أمر صدر استنادا إلى دوافع وهمية لأنه يلزم لصحة مثل هذا الأمر الحصول مسبقا على دليل جاد فضلا عن أن هذا التنصت لا ينبغي أن يكون وسيلة بحث عن الأدلة وإنما يلزم أن يستخدم فقط لتأكيد الأدلة المتوفرة».

اتجاه القضاء العربي

تميز القضاء في الأقطار العربية في مجمله بعدم التعرض لبحث مدى مشروعية الدليل المتحصل عليه من مراقبة المكالمات الهاتفية والاتصالات السلكية واللاسلكية بالرغم من استعمال الضبطية لهذه الطريقة في ضبط الجناة وتقديم دليل إدانتهم أمام القضاء ويرجع ذلك إما لعدم وجود نصوص تشريعية لدى تشريعات العديد من الدول العربية، أو حداثتها لدى البعض الآخر، أو عدم مناقشتها من طرف القضاء لعدم إثارتها من طرف الدفاع الأمر الذي أدى بنا الرجوع إلى القضاء المصري ذي المرجعية في القضاء العربي، مع الإشارة لحكم نادر في القضاء الأردني.

فالقضاء المصري قبل صدور قانون الحريات رقم 37 لسنة 1972 يتميز بالتردد وعدم انسجام أحكامه وتضاربها فيما يخص مدى قبول الدليل المتحصل عليه من إجراء التنصت والتسجيل الهاتفي ففي حكم صادر عن محكمة النقض بتاريخ 1941/05/19 أخذ بشرعية الدليل المتحصل عليه عن طريق التنصت والتسجيل للمكالمات الهاتفية إذ قررت المحكمة على أنه:« إن عشرة الزوجين وسكون كل منهما إلى الآخر وما يفرضه عقد الزواج عليهما من تكاليف لصيانة الأسرة في كيانها وسمعتها يخول كلا منهما مالا يباح للغير من مراقبة زميله في سلوكه وفي سيره وفي غير ذلك مما يتصل بالحياة الزوجية لكي يكون على بينة من عشيرته وهذا ما يسمح له عند الاقتضاء إن يتقصى ما عساه يساوره من ظنون أو شكوك لينفيه ليهدأ باله أو التثبت منه فيقرر فيه ما يرتبه»، وفي حكم آخر صادر عن

محكمة النقض المصرية بتاريخ 1962/02/12 والذي جاء فيه:« الأصل أنه لا يجوز إفشاء أسرار الخطابات والتلغرافات والاتصالات التليفونية، غير أنه إذا استلزمت مصلحة التحقيق ضبط الخطابات والتلغرافات والإطلاع عليها ومراقبة المكالمات التليفونية فإنها تكون مصلحة أولى بالرعاية من الحفاظ على أسرار هذه المكالمات».

غير أنه بصدور القانون رقم 37 لسنة 1972 المتضمن تعديل المادتين 95 و206 من قانون الإجراءات الجنائية الخاصتين بإجراءات الإذن بالتنصت الهاتفي الصادر عن قاضي التحقيق ورئيس المحكمة الجزئية بناءا على طلب النيابة العامة انسجمت أحكام القضاء واستقرت مبادئ محكمة النقض في تقرير مدى شرعية الدليل المتحصل عليه عن طريق هذه الوسيلة محل البحث وفقا للشروط الواردة في أحكام المادتين 95 و206 من قانون الإجراءات الجنائية نظر لطابها الدستوري.

كما أنه في حكم صادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 1986/01/01 قضت فيه:« لا يملك رجال الضبط القضائي ممارسة رقابة المكالمات التليفونية لكونها من إجراءات التحقيق لا من إجراءات الاستدلال، ولا يجوز لهم مخاطبة القاضي الجزئي مباشرة في هذا الشأن بل يجب عليهم الرجوع في ذلك إلى النيابة العامة بوصفها صاحبة الولاية العامة في التحقيق»[3] ص 261.

وفي قرار آخر صادر عن محكمة النقض بتاريخ 1987/11/11 والذي جاء فيه:« أن الأصل في الإذن بالتفتيش أو تسجيل المحادثات أنه إجراء من إجراءات التحقيق لا يصح إصداره إلا بضبط جريمة – جناية أو جنحة – وقعت بالفعل وترجحت نسبتها إلى متهم معين وإن هناك من الدلائل ما يكفي للتصدي لحرمة مسكنه أو حريته الشخصية»[73] ص 429.

وفي حكم آخر صادر عن محكمة الجنايات بالجيزة بتاريخ 1989/11/15 قررت المحكمة أنه:«إذ كان القصد من استصدار إذن المراقبة هو استخدام المراقبة في جمع المعلومات والتحريات فهذا أمر ممنوع البتة، لأن المراقبة الهاتفية إجراء من إجراءات التحقيق يقصد به التنقيب عن الدليل لإسناد التهمة إلى متهم في جريمة وقعت بالفعل قبل صدور الإذن بالمراقبة ولم تشرع المراقبة الهاتفية وفيها مساس بحياة المواطنين الخاصة لكي نستخدم وسيلة تحري عن الجرائم، وقد رفع الدستور حرمة المحادثات التليفونية إلى مرتبة الحقوق الدستورية التي لا يجوز المساس بحرمتها وسريتها إلا بأمر قضائي مسبب»[49] ص 88.

وطرحت أمام القضاء الأردني قضية واحدة بخصوص مراقبة المكالمات الهاتفية للمتهمين والاعتماد على الدليل المتحصل عليه من هذا الإجراء لإدانتهم وهذا في حكم صادر عن محكمة أمن الدولة سنة 1992 في القضية رقم 61 -92 والمعروف "بقضية" حركة التغير الإسلامي" والتي اتهم فيها عدد من الأشخاص من بينهم نائبان في البرلمان الأردني بتهمة التآمر لقلب نظام الحكم وقد كان من بين الأدلة لإدانة المتهمين التسجيلات الصوتية لهم التي تم الحصول عليها عن طريق اعتراض تسجيل

مكالماتهم الهاتفية بناء على إذن من المدعي العام وقد بررت المحكمة قرارها على أنه:« تعززت قناعة المحكمة بالوقائع التي استخلصها بما ورد في التسجيلات الصوتية لكل من المتهمين الأول والثاني فقد ثبت للمحكمة أن هذه التسجيلات تمت بناءا على قرار المدعي العام استنادا لأحكام المادة 88 من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم 09 لسنة 1960 وبذلك فلا عضاضة في ركون المحكمة إليه، لاسيما بعد أن أفضت التسجيلات الصوتية المذكورة للخبرة»[62] ص 544.

أما بالنسبة لموقف القضاء الجزائري فإنه الثابت في الممارسة القضائية سواء في مرحلة الاستدلال والبحث التمهيدي أو في مرحلة التحقيق القضائي تلجأ الضبطية القضائية بإذن سواء من وكيل الجمهورية أو ندب من قاضي التحقيق، غير أنه لم نحصل على أي حكم أو قرار يبين موقف القضاء من هذا الإجراء موضوع البحث.

2.3.2. المراقبة البصرية للمشتبه فيه أو المتهم

إذا كان الإثبات الجنائي هو نشاط إجرائي موجه مباشرة للوصول إلى اليقين القضائي طبقا لمعيار الحقيقة الواقعية سواء لتأكيد الاتهام وذلك بإقامة الدليل على وقوع الجريمة ونسبتها إلى فاعل معين أو لنفي ذلك، مما حدى بجهات البحث والتحري والتحقيق القضائي إلى استخدام كل الوسائل العلمية والتقنية الحديثة التي تساعدهم في إدراك حقيقة الواقعة الإجرامية وتقديم مقترفيها إلى العدالة ومنها آلات التصوير وكاميرات الفيديو.

ونظرا للأهمية القصوى التي تتمتع بها آلة التصوير وكاميرا الفيديو في التقاط الصور التي تبين وتوضح الحادث أو الشخص أو التصرف ورصد كافة التحركات في الواقع مما يؤدي طرحها أمام القضاء بدقة متناهية باعتبارها قرينة قوية لإقامة اليقين القضائي والاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي لم تبقى حكرا في استعمالها على أجهزة الدولة بل لجأ الأفراد إلى استخدامها لإثبات الأضرار التي أصابتهم وتأكيد شكواهم ضد الجناه أمام القضاء مما فتح الباب على مصراعيه حول العديد من الإشكاليات التي طرحت في الممارسة القضائية حول استخدام أجهزة المراقبة البصرية والسمعية في البحث عن الدليل وتقديمه إلى القضاء.

لهذا يجدر بنا أن نقسم هذا المبحث إلى مطلبين إذ نتطرق في المطلب الأول إلى استخدام أجهزة التصوير للحصول على الدليل ثم في المطلب الثاني إلى الإشكاليات التي تطرحها وسائل المراقبة الحديثة في الممارسة القضائية.

1.2.3.2. استخدام أجهزة التصوير للحصول على الدليل

نظرا لاستفحال ظاهرة الإجرام في الشوارع والمحلات الكبرى والسطو على البنوك والإدارات المختلفة بما أصبح يهدد أمن المجتمع واستقراره بالخطر، وأمام مطالبات الأفراد بتدخل الدولة لحماية أمنهم الشخصي والمحافظة على ممتلكاتهم لم تتوانى أجهزة العدالة في اللجوء إلى مبتكرات التكنولوجيا لأجل منع تحول خطر الجريمة إلى ضرر عن طريق نصب كاميرات مراقبة في العديد من المناطق والشوارع الكبرى ذات الأهمية الإستراتيجية بالنسبة لأمن الدولة والأفراد أو في الدوائر التليفزيونية المغلقة كالبنوك والمصارف والإدارات المختلفة والمتاجر الكبرى أو استعمال ذات الآلات للوصول إلى الدليل عن طريق تتبع ومراقبة المشتبه فيه أو المتهم.

وباعتبار الصورة بوجه عام سواء كانت ثابتة أو متحركة تمثل إحدى مظاهر الحق في الحياة الخاصة لا يجوز التقاطها أو تسجيلها أو نشرها إلا بإذن صاحبها في إطار الحماية الجزائية التي وفرها المشرع لها وإذ كانت ضرورات البحث والتحقيق أدت بالمشرع استثناءا منح المحقق حق استعمال الآلات والأجهزة لأخذ الصور الفوتوغرافية وأفلام الفيديو في التحقيق الجنائي، لهذا نتطرق في هذا المطلب إلى ماهية الحق في الصورة في الفرع الأول، على أن نخصص الفرع الثاني إلى مدى شرعية استخدام إجراء التصوير للحصول على الدليل.

1.1.2.3.2. ماهية الحق في الصورة

إن الحق في حماية الصورة في معرض هذه الدراسة لا يقتصر فقط على الصورة الجامدة العادية المثبتة على الورق الخاص بها، وإنما الصورة المتحركة التي تنقل عبر كاميرات الفيديو التي تعكس حقيقة الواقعة الإجرامية وقت اقترافها لهذا نحاول أن نتطرق أولا إلى تعريف الصورة ثم ثانيا الطبيعة القانونية للحق في الصورة ثم ثالثا أشكال الاعتداء على الحق في الصورة ثم رابعا إلى صور استخدام أجهزة التصوير وذلك على النحو التالي:

1.1.1.2.3.2. تعريف الصورة وحق حمايتها

تتفق جميع التشريعات المقارنة على أن صورة الشخص كحديثه الخاص من الأمور التي تدخل في دائرة حياته الخاصة وهي لهذا السبب لا تعني سواه لذا وفر لها المشرع الجزائي حماية خاصة إذ لا يجوز الحصول على صورة الشخص بغير رضاه سواء كانت صورة ثابتة جامدة أو صورة الفيديو المتحركة الأمر الذي يستدعي منا تحديد تعريف الصورة ومعايير حمايتها القانونية.

تعريف الصورة

لقد عرف البعض الصورة بأنها:«كل امتداد ضوئي للجسم امتدادا يدل عليه هذا الجسم قد يكون لشخص وقد يكون لشيء كصورة شيء معين أو مستند، ولا يحمي القانون بهذه الجريمة إلا صورة الأشخاص أما صورة الأشياء ولو كانت المستندات بالغة الأهمية فلا يحميها القانون بهذا النص»[87] ص 88.

كما عرف البعض الآخر الصورة بأنها:« في الحقيقة شبه شخص مع شبه وجه»[73] ص 201 كما عرفها آخرون بأنها:«الصورة هي شكل الشخص الظاهر لروحه، الكامنة في جسده، فهي تبرر الأنا، وتعد تعبيرا عن حالات الفرح والحزن التي يمر بها»[73] ص 201 كما عرف البعض الآخر الصورة بأنها: « تجسد صفات الإنسان وسيمات جسده المادية وتعد مرآة لما يدور في عقله فهي تعبير عن مشاعره وانفعالات الحزن والغضب لديه ويمكن من خلال هذه الصورة معرفة الشخص»[73] ص 201.

معايير حماية الحق في الصورة

إن البحث في مسألة المعايير التي يمكن اعتبار تصوير إنسان دون علمه وبغير موافقته اعتداء على حقه في الخصوصية هو الإجابة على السؤال التالي: هل يعد حق الإنسان على صورته محميا في جميع الأحوال؟ أم أن هناك حدود معينة لهذه الحماية؟

اختلف الفقه في الإجابة على هذه الإشكالية لتحديد معيار ضابط بين ما يعد من حقوق الصورة المحمية قانونا ومالا يعد كذلك في ثلاثة اتجاهات الكبرى:

الاتجاه الأول القائم على التمييز بين الشخصية العامة والشخص العادي

يرى أصحاب هذا الاتجاه[104] ص 89 لوضع معيار للحق في الصورة المحمية قانونا ضرورة التفرقة بين ما يطلق عليه الرجل العام والرجل البسيط، فالرجل العام هو الذي يسعى إلى الشهرة في مختلف المجالات الفنية والأدبية والسياسية والنقابية وبالتالي فإن كل هذه الأنشطة لا تدخل ضمن الحق في الحياة الخاصة، ولا يعد حق الشخص على الصورة محميا خلالها.

بينما الحياة الخاصة للرجل البسيط تفضي حياته العائلية والعلمية وقضاء أوقات فراغه وصورته التي تدخل ضمن حدود الحق في الخصوصية، لذا نادى أصحاب هذا الرأي بضرورة أن يضع القضاء حدا فاصلا بين ما يعد من قبيل الحق في الخصوصية وغيرها في كل حالة على حدى.

الاتجاه الثاني القائم على معيار المكان الخاص

يرى هذا الاتجاه أن حق الشخص في صورته لا يرد عليه استثناء بالنسبة للشخصيات العامة كما حاول الاتجاه الأول تصوره، بل لوضع معيار لحماية الحق في الصورة ضرورة التفرقة بين التقاط صورة شخص في مكان خاص وبين حصول المراقبة أو التصوير في مكان عام وبالتالي لا يوجد من

ينازع على عدم شرعية التصوير والمراقبة خفية لكل ما يدور في مكان خاص ذلك أنه يعد أمرا محظورا وغير جائز دون موافقة صاحب الشأن محل المراقبة، أو لم يكن الإجراء مأذونا به من طرف الجهات القضائية كإجراء قضائي للبحث والتحري والتحقيق، ويستوي في ذلك أن يتم وضع آلات التصوير والمراقبة في المكان الخاص أو وضعها في مكان عام لتلتقط وتسجل لما يدور في المكان الخاص[27] ص 106، 107.

أما إذا حصل التصوير والمراقبة في مكان عام فلا ينطوي ذلك على أي مساس بخصوصيات الشخص محل التصوير لأنه بتواجده في هذا المكان يكون قد خرج من نطاق الخصوصية فأصبح عرضه لأنظار الناس مما يجعل قسمات وجهه وشكله ملكا للناس كأنه في حق المشاهدة والرؤية شأنه في ذلك شأن الموجودات الأخرى، والتالي كما تكون الرؤية بالعين المجردة تكون كذلك بالوسائل التكنولوجية أو عن طريق التصوير الضوئي وتثبت الصورة على الفيلم وعلى هذا الأساس لا يحق للشخص الاعتراض على التقاط صورته في مكان عام، بل يحق له فقط الاعتراض على نشرها إذا ما لحق به ضرر ثابت من خلال هذا النشر، وبناءا على ذلك لا يمكن مساءلة من يقوم بالتقاط الصورة في الطريق العام باعتبار أنه لا يتسنى التنبؤ بأوجه استعمال هذه الصورة، الأمر الذي يتعين معه الانتظار ريثما يتم الوقوف على ما سيفعله المصور بالصورة التي قام بالتقاطها.

وقد أخذ كل من المشرع الفرنسي والمصري والجزائري بمعيار المكان الخاص لشمل الصورة بالحماية الجنائية إذ نص المشرع الفرنسي في أحكام المادة 1/226 الفقرة الثانية من قانون العقوبات المعدل لسنة 1992 على أنه:« يعاقب... بالتقاط أو تسجيل أو نقل صورة شخص يوجد في مكان خاص دون رضاه»، ونفس الحكم نص عنه المشرع المصري في أحكام المادة 309 مكرر فقرة ب على أنه:« يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة من اعتدى على حرمة الحياة الخاصة للمواطن...التقط أو نقل بجهاز من الأجهزة أيا كان نوعه صورة شخص في مكان خاص»، وهو نفس الاتجاه الذي نحاه المشرع الجزائري في أحكام المادة 303 مكرر الفقرة الثانية من قانون العقوبات بقوله:« يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من تعمد المساس بحرمة الحياة الخاصة للأشخاص بأية تقنية كانت وذلك ...بالتقاط أو تسجيل أو نقل صورة لشخص في مكان خاص بغير إذن صاحبها أو رضاه».

الاتجاه الثالث القائم على طبيعة الصورة

يرى هذا الاتجاه أنه إذا كان الاتفاق منعقد حول عدم جواز التقاط صورة إنسان في مكان خاص باعتبار أن ذلك فعل مجرم طالما تم بدون رضا صاحب الشأن ودون إذن قضائي فإن الأمر يختلف بالنسبة لالتقاط صورة الإنسان أو مراقبته في المكان العام إذ يجب التفرقة بين حالتين للصورة التي تلتقط للشخص في المكان العام حسب وضع هذا الشخص في الصورة[62] ص 554.

ففي الحالة الأولى يكون المكان العام في حد ذاته هو الموضوع الأساس للصورة بصرف النظر عن من كان فيها بصورة عارضة ومن ثم يكون التقاط الصورة أمرا مشروعا. ولا مجال للاعتراض عليه، ذلك أن من حق الشخص مشاهدة وتصوير ما يراه من معروضات ومناظر في العالم الخارجي من حدائق وطرقات ومحلات تجارية ونصب تذكارية ومعالم تاريخية بما فيهم المارة في الطريق العام، إذ لا يلزم في هذه الحالة حصول المصور على إذن من الموجودين في المكان المراد تصويره طالما أن تواجدهم في مجال التصوير جاء بصفة عرضية ودون قصد.

أما في الحالة الثانية فهي التي يكون فيها الشخص الموضوع الأساسي للصورة وما العناصر الأخرى المتواجدة في المكان العام إلا مجرد خلفية له وهنا لا يجوز التقاط هذه الصور ونشرها إلا بإذن مسبق أو رضاء هذا الشخص وبغير ذلك يعد تعديا على حق من حقوق الشخصية ألا وهو حق الإنسان في خصوصية صورته بالرغم من وجوده في مكان عام.

غير أنه يلاحظ أن هذه الحالة الثانية لا تدخل ضمن الحماية الجزائية للصورة كما نص عنها كل من المشرع الفرنسي في المادة 226 من قانون العقوبات والمشرع المصري في المادة 309 مكرر والمشرع الجزائري في المادة 303 مكرر، وهذا لعدم التقاطها في مكان خاص وهو الركن الأساسي لقيام التجريم إلا أن ذلك لا يمنع من رفع دعوى المسؤولية المدنية طالما تم إثبات الضرر.

2.1.1.2.3.2. الطبيعة القانونية للحق في الصورة

اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للحق في الصورة بين ثلاثة نظريات كبرى تتمثل في الآتي:

النظرية الأولى: الحق في الصورة تعتبر حق ملكية

تعتبر هذه النظرية أن الحق في الصورة كعنصر في تحديد الشخصية أقوى من الاسم إذا كان الاسم غير شائع فإذا كان للشخص الحق في تملك جسده، فكذلك هو مالك لصورته[73] ص 82.

وقد اتجه القضاء الفرنسي سابقا إلى اعتبار أن الحق على الصورة يماثل حق الملكية ففي حكم صادر بتاريخ 1932/03/02 بناءا على دعوى مرفوعة من طرف الرئيس "بونبيدو Pompidou" عند استعمال صورة الرئيس لغرض تجاري إذ جاء في الحكم على أنه:« كل شخص له على صورته وعلى حق استعمالها حق مطلق».

النظرية الثانية: حق الشخص على صورته يعد حق الطبع

ترى هذه النظرية أن حق الشخص على صورته يماثل حقوق الطبع، لأن الشخص له حقوق طبع طبيعية في شكله ومظهره العام، وذهب أحد قضاة بريطانيا في أحد القضايا المطروحة عليه من هذا

القبيل إلى اعتبار أن تصوير شخص بدون موافقته وطبع هذه الصورة يشكل مخالفة للمادة 20 من قانون حقوق الطبع الصادر في 1886/03/22.

كما اتجه القضاء الإيطالي إلى إعطاء نفس التكييف القانوني على الصورة من ضرورة موافقة الشخص المعني لنشر صورته لأنه يدخل ضمن حقوق الطبع ففي قضية "Caruso كاريزو" كانت العائلة قد اعترضت على تصوير عميد العائلة بواسطة الفيلم باعتبار أن ذلك يمثل انتهاكا لحقه على صورته، إلا أن محكمة النقض الإيطالية في حكم لها مؤرخ في 1956/12/02 رفضت هذه الدعوى على أساس أن حق الشخص على صورته هو محدد بنصوص المادة 97 من قانون حقوق الطبع التي تسمح بالنشر بالنسبة لصورة الشخصيات المشهورة أو التاريخية ولا أحد يجادل في أن السيد "كاريزو Caruso" كان شخصية شهيرة.

النظرية الثالثة: حق الشخص في صورته يعد من حقوق الشخصية

ترى هذه النظرية أن حق الشخص على صورته يماثل حقوق الشخصية ذلك أن تصوير الشخص بغير إذنه يعد تطفلا على حياته الشخصية وبالتالي فإن استخدامها يمثل انتهاكا لحقوق الإنسان المنصوص عنها في أحكام المادة 8 من الاتفاقية الدولية لحقوق الإنسان.

وفي هذا الشأن يقرر الأستاذ "كاربونيه Carbonnier" أن صور الإنسان لا يمكن أن تكون إلا حقا شخصيا، وأن كل صورة مفاجئة أو مباغتة لسلوكنا الخاص تتم بعدسة مخفية تعتبر نوعا من انتهاك الحرية الشخصية إلا إذا تم ذلك برضا الشخص لأن الصورة تشكل امتدادا للشخصية التي تمثل خصائص جسم الإنسان في صورته[72] ص 84.

3.1.1.2.3.2. أشكال الاعتداء على الحق في الصورة

لقد حدد المشرع الجزائري أسوة بالمشرعين الفرنسي والمصري الحالات التي تمثل اعتداء على الحق في صورة الإنسان ذلك أن القانون لا يحمي الفرد على صورته مطلقا وإنما تقرر هذه الحماية كلما كان في مكان خاص، واتخذ تصويره شكل الالتقاط أو النقل أو التسجيل.

فعل الالتقاط

يقصد بفعل الالتقاط تثبيت الصورة على مادة حساسة وهو ما يسمى "Négative"[52] ص 224 وأفلام التصوير، وشرائط الفيديو، والأقراص الممغنطة[96] ص 178، وتقوم هذه الجريمة بمجرد تثبيت الصورة على المادة المخصصة لها أما إظهارها ليس شرطا لتمامها وبالتالي فإن إخفاء بعض التشويهات على النيجاتيف لتعطيها مظهرا كاريكاتوريا أو مغايرا لا يؤثر على قيام الجريمة[87] .90

فعل النقل

يقصد بفعل النقل هو إرسال الصورة مباشرة إلى مكان آخر عاما كان أو خاصا بحيث يتمكن الغير المتواجد في مكان آخر من الإطلاع على ما يحدث في مكان التصوير على نحو ما هو معروف في الإرسال التليفزيوني.

فعل التسجيل

يقصد بفعل التسجيل حفظ صورة الشخص على مادة معدة لهذا الغرض بأي وسيلة كانت لمشاهدتها لاحقا ولم يكن يتضمن القانون الفرنسي في المادة 368 من قانون العقوبات المعدلة بالقانون الصادر في 1970/07/17 فعل التسجيل وإنما تم إضافة هذا الشكل من الاعتداء بموجب المادة 226 المعدلة سنة 1992، كما جاءت المادة 309 مكرر من قانون العقوبات المصري المضافة بموجب القانون رقم 37 لسنة 1972 المؤرخ في 1972/09/23 خالية هي كذلك من الإشارة إلى فعل التسجيل لاقتباسها بنفس النص من القانون الفرنسي.

وهذا عكس المشرع الجزائري الذي نص في أحكام المادة 303 مكرر من قانون العقوبات على صورة التسجيل كفعل أو شكل من أشكال الاعتداء على الحق في الصورة بموجب القانون رقم 06 -23 المؤرخ في 2006/11/20 والتي جاءت مماثلة للمادة 226 من قانون العقوبات الفرنسي المعدلة سنة 1992.

4.1.1.2.3.2. صور استخدام أجهزة التصوير والمراقبة

لقد أضاف علم التصوير والفيديو للإثبات الجنائي قيمة علمية مما له من أثر في نقل صورة صادقة للأماكن والأدلة إلى كل من يعينه الأمر اعتمادا على آلة التصوير والأفلام[124] بما يحقق من دليل قبل ارتكاب الجريمة لاتهام الشخص ومتابعته جزائيا أو بعد ارتكابها عند التحقيق مع المتهم في الحصول على الدليل وتقديمه للمحاكمة، لذا فإن أجهزة التصوير تستخدم قبل ارتكاب الجريمة لمنع خطرها وبعد ارتكابها للوصول إلى الدليل وإقامة الحقيقة أمام القضاء.

استخدام آلة تصوير الجاني وقت ارتكاب الجريمة

إن البحث في استخدام أجهزة التصوير وأفلام الفيديو قبل وقوع الجريمة حتى يمكن ضبط الجاني وقت اقترافها هو عمل تقوم به جهات الضبط الإداري باعتبار وظيفتهم هي حفظ الأمن أي أن مهمتهم منع الجرائم قبل وقوعها فيتخذون مختلف الوسائل ومنها التصوير ووضع الكاميرات للمراقبة في الطرقات العامة والشوارع ضمن الدوائر التلفزيونية وذلك لمنع تحول الخطر إلى ضرر.

كما أن المحلات الكبرى والمصارف والمؤسسات الاقتصادية الهامة والدوائر الحكومية تقوم في الوقت الحاضر بوضع كاميرات مراقبة في دوائر تليفزيونية تسمح بتصوير ونقل تصرفات الحاضرين

في المكان على شرائط سينمائية ونقلها إلى الجهة المراقبة وهذا لضبط مرتكبي الجرائم بداخلها، أو اكتشافهم قبل ارتكاب الجريمة، كما لجأت الأنظمة الحكومية لمختلف الدول تحت ضغط تفشي ظاهرة الإجرام إلى وضع وتثبيت كاميرات موصولة بجهات أجهزة الأمن وهذا للكشف عن الجرائم ومرتكبيها في أثناء المظاهرات والحركات الشعبية أو الاحتجاجات التي تحدث في الطرق والأماكن العامة، الأمر الذي يؤدي بنا إلى طرح سؤالين هما، ماهي قيمة الدليل المتحصل عليه في هذه الحالة؟ وهل يمكن تطبيق إجراءات التلبس مثلما هو منصوص عنه في أحكام المادة 41 من قانون الإجراءات الجزائية؟

يلاحظ أن سلامة المعلومات التي يتم الحصول عليها عن طريق التصوير سواء باستعمال آلة تصوير أو كاميرا الفيديو لا تدع مجالا للشك إذا لم تمتد إليها الأيدي لإجراء عمليات المونتاج أو التشويه إذ يتم حفظ الصور التي تمثل لوقائع إجرامية وقعت وتم التقاطها وسواءا من طرف أجهزة الأمن عند قيام المظاهرات والاحتجاجات أو في الطرق العامة أو من طرف أجهزة الرقابة داخل المؤسسات أو الخواص لأملاكهم ومتاجرهم، إذ أنه عند عرض الصور لاحقا على الشهود والضحايا، تعد مجرد قرائن من أدلة الاستدلال المادية[93] ص 592 التي تكفي فقط لتوجيه الاتهام وغير كافية بمفردها لإصدار حكم الإدانة ما لم تكن معززة بأدلة وقرائن أخرى.

أما فيما يخص مدى اعتبار ضبط الجاني يقترف الجريمة عبر كاميرات الفيديو وآلة التصوير كافيا لاتخاذ إجراءات التلبس طبقا لأحكام المادة 41 من قانون الإجراءات الجزائية.

فإننا نلاحظ في هذا الشأن التمييز بين ما إذا كان القائم بعملية التصوير والمراقبة عبر الكاميرات في الدوائر التلفزيونية المغلقة أحد الأشخاص التابعين لأجهزة الأمن ذي صفة ضابط الشرطة القضائية أو شخص عادي، ففي الحالة الأولى وطبقا لأحكام المادة 41 من قانون الإجراءات الجزائية يجوز إتباع إجراءات التلبس لأن المشاهدة هنا تمت سواء عبر الكاميرا أو بالعين المجردة من طرف ضابط الشرطة القضائية، أما إذا كان الشخص المراقب شخص عادي ضبط المتهم عبر الكاميرا يقترف السرقة في متجره ففي هذه الحالة فإن التلبس غير متوفر إجرائيا لضبطها من شخص عادي بالإضافة إلى احتمال التشويه والمونتاج الذي يلحق بالتسجيل.

استخدام آلة التصوير لتتبع ومراقبة المشتبه فيه أو المتهم

الفرض هنا يتعلق باستخدام آلات التصوير وكاميرا الفيديو لتتبع المشتبه فيه أو المتهم المفرج عنه أثناء التحقيق الابتدائي لأجل الوصول إلى الدليل الذي يمكن النيابة من توجيه الاتهام أو يعزز الأدلة القائمة ضد المتهم والتي تمكن قاضي التحقيق بالتصرف في الملف وإصدار الأمر بالإحالة.

لقد أجازت مختلف التشريعات المقارنة استخدام آلات التصوير وكاميرات الفيديو لمراقبة المتهم أو المشتبه فيه وذلك للوصول إلى الدليل وهذا كإجراء قضائي ضمن شروط محددة وفي الجرائم الخطيرة فقط إذ المستقر عليه لسلطة التحقيق الإذن بتصوير المشتبه فيه أو المتهم وتسجيل جميع الوقائع

في الأماكن العامة سواء عن طريق آلات التصوير لالتقاط الصور الجامدة الثابتة أو عن طريق كاميرات الفيديو على اعتبار أن التصوير الضوئي ما هو إلا إجراءا علميا وتقنيا حديثا بديلا عن المراقبة عن طريق التدوين والكتابة وهذا التسجيل لا يمثل انتهاكا للحق في الحياة الخاصة[73] ص 412.

غير أن الأمر يصبح أكثر دقة وجدل في حالة ما وضعت آلات التصوير والفيديو خلسة في منزل المشتبه فيه أو المتهم لضبط تصرفاته للوصول إلى الدليل وهو الأمر الذي أجازه المشرع الجزائري في أحكام المادة 65 مكرر 5 من قانون الإجراءات الجزائية المضافة بالقانون رقم 06 -22 المؤرخ في 2006/12/20 المتعلق باعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور إذ نص في الفقرة الثالثة والرابعة على أنه:« وضع الترتيبات التقنية، دون موافقة المعنيين من أجل....التقاط صور الشخص أو عدة أشخاص يتواجدون في مكان خاص، يسمح الإذن المسلم بغرض وضع الترتيبات التقنية بالدخول إلى المحلات السكنية أو غيرها ولو خارج المواعيد المحددة في المادة 47 من هذا القانون وبغير علم أو رضا الأشخاص الذين لهم الحق على تلك الأماكن...».

لا شك أن هذا العمل يشكل خرقا فاضحا لحق الإنسان في حرمة منزله وخصوصياته وهو مرفوض أخلاقيا ومخالفا دستوريا ذلك أن الشخص الخاضع لتصوير خفي في منزله أين يمارس حق عزلته وخلوته في مأمن من تلصص الغير عليه، قد تلتقط له الكاميرا سلوكات وأفعال مما يخرج عن نطاق التحقيق ليمس مباشرة حياة الإنسان الخاصة المحمية أخلاقيا وشرعا ودستوريا مما يمثل شكل من أشكال التجسس على الإنسان لا يجب أن يتم كإجراء سواء من مرجع قضائي أو غير قضائي مما يحمله من انتهاك وخرق لحقوق الإنسان[93] ص 592.

2.1.2.3.2. مدى شرعية استخدام التصوير في المكان الخاص للحصول على الدليل

إن تصوير المتهم أو المشتبه فيه سواء عن طريق آلات التصوير أو كاميرا الفيديو في مكان عام للحصول الدليل لا يثير أي إشكال باعتباره أمرا جائزا لإباحته وإمكان قيامه حتى ضد الأشخاص الآخرين كما أنه من جهة أخرى فالمستقر لدى التشريعات المقارنة أن تجريم فعل التصوير لا يقوم إلا إذا وقع في مكان خاص.

ونظرا لما تتركه الصورة الفوتوغرافية والسينما توغرافية من انطباع وأثر على عقيدة القاضي لصدق الوقائع الواردة فيها من جهة، وما تحمله في طياتها من اعتداء واضح على الحق في الحياة الخاصة مما يؤدي بالضرورة تغليب إحدى المصلحتين عن الأخرى الأمر الذي أدى إلى اختلاف التشريعات المقارنة في تنظيمها لإجراء المراقبة البصرية للمتهم واختلف الفقه والقضاء في تحديد قيمة الدليل المتحصل عليه من هذا الإجراء، لذا نحاول أن نتطرق أولا إلى التنظيم التشريعي للمراقبة

البصرية بالوسائل العلمية، وثانيا مدى حجية الدليل المترتب على استخدام آلات التصوير وكاميرا الفيديو.

1.2.1.2.3.2. التنظيم التشريعي للمراقبة البصرية بالوسائل العلمية

نظرا للأهمية القصوى التي أصبحت تلعبها آلات التصوير وكاميرات الفيديو في الحصول على الدليل حتى أثناء اقتراف الجريمة، الأمر الذي أدى بالعديد من التشريعات المقارنة والوطني إلى تنظيم هذا الإجراء وضبطه باعتباره إجراءا قضائيا في الحصول على الدليل لذا نحاول التطرق إلى تنظيم إجراء المراقبة البصرية في التشريعات المقارنة ثم في التشريع الوطني وذلك على النحو التالي:

تنظيم التشريعات المقارنة للمراقبة البصرية بالوسائل العلمية

رغم أن المراقبة عن طريق التصوير بالكاميرات أو بأجهزة الفيديو الناقلة للصوت والصورة المتحركة أصبحت من أحدث الوسائل المستخدمة في جمع المعلومات والتحريات عن الجرائم قبل تحول خطرها إلى ضرر أو عند مراقبة المشتبه فيه أو المتهم الطليق في مرحلة التحري والتحقيق إلا أنها لم تحظى بتنظيم تشريعي يبين شروطها وآليات استخدامها إلا لدى القلة من التشريعات المقارنة.

موقف المشرع الأمريكي

قبل صدور القانون الأمريكي الفدرالي لمراقبة الاتصالات لسنة 1967 كانت المحاكم الفيدرالية تفصل في مدى مشروعية التنصت على الاتصالات وفقا لمقتضيات التعديل الدستوري الرابع على أنه إجراء مماثل للتفتيش وإن كان من نوع خاص، وبالتالي كان يتم تطبيق الأسس نفسها على عمليات التصوير أو الترخيص بالمراقبة بواسطة كاميرات المراقبة وأجهزة الفيديو في غياب النص التشريعي الذي يضع الضوابط لمثل هذا النوع من المراقبة كما أنه طبقا لأحكام المادة 700 من قانون الإجراءات الجنائية لولاية نيويورك التي حددت إجراءات الإذن بالتنصت على المكالمات الهاتفية تم تطبيقها على حالات المراقبة البصرية بالوسائل التقنية والعلمية.

وبعد صدور قانون مراقبة الاتصالات لسنة 1967 لم ينص في الباب الثالث منه على المراقبة البصرية بالكاميرات وأجهزة الفيديو إلا أنه تم تطبيق نفس الإجراءات الخاصة بالمراقبة السمعية عن طريق التنصت الهاتفي على المراقبة البصرية باعتبارها نوعا من التفتيش[102] ص 542.

غير أنه في سنة 1986 أصدر الكونجرس الأمريكي إصلاحات تشريعية شاملة منحت حماية جديدة للأشخاص الذين يتعاملون مع التكنولوجيا الحديثة، وظل اعتبار المراقبة البصرية عن طريق كاميرات التصوير، وأجهزة الفيديو من الوسائل التي لا تعارض التعديل الدستوري الرابع باعتبارها تفتيشا جائزا عن طريق الإذن القضائي.

موقف المشرع المصري

بالرغم من أن المشرع المصري لم ينص صراحة على إجراء التصوير بالكاميرات عن طريق أجهزة الفيديو كوسيلة للبحث عن الدليل الجنائي وتقديمه للقضاء، غير أن بعض الفقه يرى أنه يستفاد من أحكام المادة 95 من قانون ألإجراءات الجنائية أن المشرع خول قاضي التحقيق سلطة تسجيل الأحاديث في الأماكن الخاصة، كما منح ذات الحق إلى النيابة العامة بناءا على ترخيص من القاضي الجزئي في أحكام المادة 206 من قانون الإجراءات الجنائية إذ أنه لم يذكر التصوير، وإذا كان القانون لم ينظم مشروعية التصوير خفية في مكان خاص فإن الإجراء يأخذ – على سبيل القياس على اعتبار أن القياس جائز في أحكام الإجراءات- حكم تسجيل الأحاديث التي تدور في مكان خاص، ومن ثم يصبح الدليل المستمد عنه مشروعا متى توافرت فيه ذات الشروط اللازمة لمشروعية التسجيل الخفي للأحاديث[73] ص 411.

ويرجع هذا القياس لقبول التصوير الخفي كإجراء قضائي للبحث عن الدليل أن تسجيل الأحاديث والمكالمات خلسة انتهاك لحق الشخص في الخصوصية في حين ينطوي التصوير خفية في مكان خاص على ذات الانتهاك فضلا عن الاعتداء على حق الشخص في صورته، وطالما تم قبول الإجراء الأول وتقرير شرعيته في الممارسة القضائية فإنه يطبق ذات الإجراء على التصوير الخفي.

موقف المشرع الجزائري من إجراء التصوير الخفي في البحث عن الدليل

نظم المشرع الجزائري التصوير الخفي في مكان خاص عن طريق التصوير بالكاميرات أو الالتقاط والتسجيل بأجهزة الفيديو لسلوك وتصرفات المشتبه فيه أو المتهم بحثا عن الدليل الجنائي في أحكام المواد 65 مكرر 5 إلى 65 مكرر 10 من قانون الإجراءات الجزائية المضافة بموجب القانون رقم 06- 22 المؤرخ في 2006/12/20 إذ منح المشرع لقاضي التحقيق ووكيل الجمهورية سلطة التقاط صور المشتبه فيهم والمتهمين خفية في مكان خاص غير أنه قيد هذا الإجراء بجملة من الشروط تتمثل في الآتي:

- يجوز لوكيل الجمهورية بمناسبة التحريات في الجريمة المتلبس بها وقاضي التحقيق في حالة التحقيق الابتدائي منح الإذن أو ندب ضابط الشرطة القضائية لإجراء التصوير خفية وفي مكان خاص للمشتبه فيه أو المتهم بحثا عن القرائن والدلائل.

- يقتصر هذا الإجراء على جرائم محددة على سبيل الحصر دون سواها وهي: جرائم المخدرات، الجرائم المنظمة العابر للحدود الوطنية، الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، جرائم تبييض الأموال، الجرائم الإرهابية، الجرائم الخاصة بالصرف، جرائم الفساد.

- يسمح الإذن والندب الممنوح لضباط الشرطة القضائية لوضع الترتيبات التقنية للتصوير الخفي للمشتبه فيه أو المتهم ودخول الأماكن الخاصة سواءا كانت سكنية أو غيرها من أماكن الإقامة دون التقيد

بالشروط الواردة في أحكام المادة 47 من قانون ألإجراءات الجزائية المتعلقة بمواعيد التفتيش من الخامسة صباحا إلى الثامنة مساءا، ويتم حتى بدون علم وإذن الأشخاص الآخرين الذين لهم سلطة على هذه المساكن.

- يقوم ضباط الشرطة القضائية المأذون لهم باتخاذ إجراء التصوير الخفي تنفيذ هذه العمليات تحت المراقبة المباشرة لوكيل الجمهورية، وفي حالة الندب من طرف قاضي التحقيق يكون تنفيذ ملف العمليات تحت المراقبة المباشرة لهذا الأخير.

- يجب أن يتضمن الإذن الممنوح لإجراء التصوير الخفي جميع المعلومات المتعلقة بهوية الأشخاص المتابعين محل هذا الإجراء والأماكن الخاصة المراد التقاط فيها الصور أو تركيب التجهيزات التقنية لأجل التقاط وتسجيل ونقل الصور، ونوع الجريمة المبررة لهذا الإجراء من أنها تدخل ضمن الوقائع المنصوص عنها في أحكام المادة 65 مكرر 5 والمدة المحددة لهذا الإجراء على أن لا تتجاوز أربعة أشهر قابلة للتجديد ضمن نفس الشروط والشكليات لإصدار الإذن أو الندب.

- يمكن لضابط الشرطة القضائية المأذون له من طرف وكيل الجمهورية أو المنتدب من طرف قاضي التحقيق لإجراء التصوير الخفي للمشتبه فيه أو المتهم الاستعانة بأي شخص مختص لوضع الترتيبات التقنية لأجل إتمام هذا الإجراء ويتعين على هذا الأخير الالتزام بالسر المهني تحت طائلة المتابعة الجزائية.

- يجب على ضابط الشرطة القضائية المأذون له أو المناب لاتخاذ إجراء التصوير تحرير محضر عن العملية وسيرها مع ذكر تاريخ وساعة بداية المراقبة البصرية ونهايتها مع وضع المحضر والصور بالملف الجزائي.

2.2.1.2.3.2. مدى حجية الدليل المتحصل عليه عن طريق التصوير الخفي

إن البحث في مسألة شرعية وحجية الدليل المتحصل عليه عن طريق التصوير الخفي وأثره على حقوق وحريات الأفراد يقتضي منا التطرق إلى بحث موقف الفقه ثم اتجاه القضاء وذلك على النحو التالي:

موقف الفقه

يمكن أن نميز بين ثلاثة اتجاهات فقهية فيما يخص مدى شرعية اتخاذ إجراء التصوير الخفي للحصول على الدليل وتتمثل في الآتي:

الاتجاه المعارض لإجراء التصوير الخفي

يرى هذا الاتجاه عدم شرعية اللجوء إلى التصوير الخفي لضبط سلوك المشتبه فيه أو المتهم في منزله أو المكان الخاص، وبالتالي استبعاد الدليل المتحصل عليه من هذا الإجراء سواء استند إلى مرجع أو إذن قضائي أو غير قضائي، ويقدمون عدة حجج لتأكيد رأيهم وذلك على النحو التالي:

إن قيام المحقق بتصوير المشتبه فيه أو المتهم في مكان خاص أو وضع آلات أو أجهزة الفيديو خلسة في منزل الشخص محل المتابعة لضبط تصرفاته يشكل خرقا فاضحا للحياة الخاصة للأفراد وما يمثله ذلك من تعدي على حرمة منزله وتجسسا عليه لا يمكن التصريح به لانتهاكه لحقوق الإنسان[93] ص 592.

إن استخدام التصوير عن طريق كاميرا الفيديو بالصوت والصورة يخرج بالضرورة عن نطاق التحقيق ذلك إن التصوير يكون شاملا لجميع التصرفات التي يقوم بها الشخص في منزله أو مكانه الخاص استعمالا لحق الخلوة مما لا يدخل في الوقائع المراد ضبطها من جهة، وتصوير أشخاص آخرين لا علاقة لهم بالقضية محل المتابعة ولم يشملهم الإذن مما قد يشكل خرقا قانونيا وإجرائيا لشروط المراقبة البصرية المرخص بها.

كما يرى بعض الفقه الأمريكي[102] ص 541 عدم دستورية المراقبة بأجهزة الفيديو لأنها تشكل نوعا من التفتيش والضبط غير المعقولين إذا كانت الأساليب الأساسية للتحري والتنصت المرخص به كافية للحصول على الأدلة المطلوبة.

الاتجاه المؤيد لإجراء التصوير الخفي للحصول على الدليل

ذهب اتجاه في الفقه المؤيد لاستخدام التصوير الخفي عن طريق الكاميرات وأجهزة الفيديو في الحصول على الدليل وإقامة الحقيقة أمام القضاء، أن المشكلة التي تثور حول هذه المسألة تتعلق بتعارض الحق في الصورة مع الحق في الإثبات ذلك أنه عند حصول دعوى سواء كانت مدنية أو جزائية يسعى كل طرف إلى إثبات صحة ما يدعيه بكافة الأدلة المتوفرة لديه، فإذا كان من شأن إثبات صحة الإدعاء ينطوي على اعتداء على الحق في الصورة، وذلك بكشف تصرفات المشتبه فيه أو المتهم عبر الصورة أو الفيلم في المكان الخاص، هل يقدم حق الإثبات وهو حق المجتمع في الوصول إلى الحقيقة، أم حق الصورة وهو حق الفرد في حماية حقوقه وحرياته الفردية.

يرى هذا الاتجاه المؤيد لشرعية التصوير الخفي في الإثبات الجنائي، أنه يجب التفرقة بين الإثبات المدني والإثبات الجنائي، وإن أساس التفرقة تقوم على أن القانون الجنائي يحمي مصلحة المجتمع أما القانون المدني فيحمي مصلحة الفرد، وبالتالي إذا تعلق الأمر بالإثبات الجنائي فيجب أن يعتد بكل الأدلة المتاحة بصرف النظر في طريق الحصول عليها، لأن القول بغير ذلك يؤدي إلى إفلات العديد من الجناة من العقاب وشيوع الفوضى والإجرام داخل المجتمع، أما في المسائل المدنية فإن اعتبارات

إقامة حياة متحضرة وآمنة تحترم فيها الخصوصيات تفوق أهميتها مصلحة الفرد في إثبات دعوى أمام القضاء.

لهذا فإن مصلحة المجتمع في محاربة الجريمة تعلو على مصلحة الفرد في حقه على صورته، فيما مصلحة الفرد على صورته تعلو على مصلحة غيره من الأفراد في الإثبات المدني.

الاتجاه الوسطي المؤيد لاستخدام التصوير الخفي في البحث عن الدليل بشروط

ذهب اتجاه وسطي يتزعمه الفقه الأمريكي إلى جواز استخدام الكاميرات وأجهزة الفيديو لضبط سلوك وتصرفات المشتبه فيه أو المتهم ومن ثم تقديم هذا الدليل أمام القضاء، إلا أنه نظرا للطبيعة الاقتحامية لهذه المراقبة البصرية يجب على المشرع أن يضع ضوابط تشريعية محددة لإصدار الترخيص بهذه المراقبة مفترضين الضوابط التالية[102] ص 542:

حتى يمكن الحد من انتهاك حرمة الحياة الخاصة ضرورة تقصير المدة المرخص بها للمراقبة بأجهزة الفيديو وهذا للتقليل من فترة اقتحام الخصوصية إذ يذهب الاقتراح إلى أنه إذا كان الترخيص بالمراقبة الهاتفية واعتراض الاتصالات يصل إلى مدة ثلاثين يوما، لا بد من قصر المدة في المراقبة البصرية عن طريق الكاميرات وأجهزة الفيديو إلى عشرة أيام فقط، وهذا حتى يقوم المحققين بالتحقيق والتحري على أكمل وجه لأنه لا يمكن لهم إعادة طلب الترخيص إلا إذا كانت لهم أسباب معقولة تؤكد نجاح هذه الوسيلة دون غيرها في الوصول إلى الدليل.

لا بد على القائم بالتحري والتحقيق الذي يطلب الإذن لإجراء الرقابة عن طريق الكاميرات أن يقدم الأسباب المعقولة التي تبرر اللجوء لهذا الإجراء وإن يثبت فشل إجراء الرقابة الإلكترونية للتنصت على المكالمات الهاتفية واعتراض الاتصالات في الوصول إلى الدليل.

إن الموازنة بين حق الفرد في الخصوصية وبين حاجة المجتمع إلى صيانة آمنة لنظامه العام تقتضي رفض الترخيص بالمراقبة عن طريق كاميرات التصوير وأجهزة الفيديو كلما وجدت وسائل تحري أخرى أقل اقتحاما لحرمة الحياة الخاصة ولا مساس فيها للحق في الصورة.

وبالتالي فإنه لا يجوز الترخيص بالمراقبة بكاميرات التصوير وأجهزة الفيديو إلا بعد استنفاذ كل الضمانات السابقة والضوابط المشار إليها باعتبارها تخدم هدفا مزدوجا وهو التقليل من احتمالات الانتهاك غير المعقول لحرمة الحياة الخاصة فضلا عن الحفاظ على جدية إجراءات التحري.

موقف القضاء

نظرا لقلة الأحكام القضائية في المسألة محل البحث سواء في القضاء الأنجلو سكسوني المعروف باستعماله المفرط للوسائل العلمية في التحقيقات الجنائية أو القضاء اللاتيني الذي يغلب في العديد من الحالات حماية الحياة الخاصة، أو القضاء العربي الذي لم تطرح عليه قضايا تتعلق بالمسألة محل البحث فيما عدا القضاء المصري الأمر الذي يؤدي بنا إلى عدم إمكانية استنباط توجه قضائي مستقر في أي

منهم، غير أن ضرورات البحث في هذه المسألة تقتضي الوقوف على بعض الأحكام القضائية المقارنة بهذا الشأن للوصول إلى تحديد الاتجاه القضائي الحالي.

اتجاه القضاء الأنجلوسكسوني

طرحت بعض القضايا المتعلقة باستعمال الكاميرات وأجهزة الفيديو لضبط سلوك المشتبه فيه أو المتهم أمام القضاء في الدول ذات التوجه الأنجلو سكسوني وأقرت في مجملها بقبول هذا الدليل المقدم لإدانة المتهم.

موقف القضاء الأمريكي

ففي سنة 1973 طرحت أمام القضاء الأمريكي قضية تتلخص وقائعها في أن:« المتهم هو طبيب أسنان تم متابعته على أساس تهمة ممارسة الجنس مع المرضى من النساء أثناء تخديرهن بغرض العلاج، وأثناء قيام الشرطة بالتحريات قامت بوضع جهاز فيديو خلسة في مكان خفي من عيادة الطبيب في غرفة العلاج بعد الحصول على إذن قضائي لذلك من المحكمة ثم تقدمت لعيادة الطبيب شرطية في زي مدني منتحلة صفة مريضة تود علاج أسنانها، ورغم إرادتها أخضعها الطبيب للتخدير وتعرضت لاتصال جنسي بغير رضاها خلال فترة الإغماء، وفي هذه الأثناء كان رجل الشرطة يتابع ما يجري من خلال إرسال جهاز الفيديو، شاهد مسلك الطبيب فاقتحم الغرفة وتم القبض عليه».

عندما عرضت المسألة أمام محكمة أول درجة اتخذت هذه الأخيرة موقفا مؤيدا لقبول الدليل المتحصل عليه عن طريق المراقبة خلسة عن طريق جهاز الفيديو في مكان خاص، وعند عرض القضية ثانية أمام جهة الاستئناف قضت بأنه:« بالرغم من غياب النصوص القانونية إلا أن المحكمة تملك سلطة إصدار الترخيص بالمراقبة بأجهزة الفيديو طالما أن هذه المراقبة مطابقة لترخيص صادر بناء على أسباب معقولة، كما أن التعديل الدستوري الرابع المتعلق بالتفتيش يبيح هذا النوع من الرقابة».

وفي قضية أخرى دخل رجال الشرطة خفية لمبنى لكي يسجلوا عن طريق الفيديو نشاطا معينا يدور بداخلة وتم تسجيل بصريا لمشاهد وقعت بالفعل تدين المتهمين، وقد أخذت المحكمة بهذا الدليل على أساس أن الباب الثالث من القانون الأمريكي الفيدرالي لسنة 1967 لم يرخص صراحة للمراقبة التليفزيونية وفي الوقت نفسه لم يمنع هذا النوع من المراقبة[102] ص 542، 543.

كما تميز القضاء في المملكة المتحدة بوصفه قاعدة أساسية لقبول الصورة الفوتوغرافية بوصفها دليلا في المواد الجنائية بشرط ضرورة توافر جملة من الضمانات تتمثل في الآتي:

- ضرورة قيام صلة بين هذه الصورة والقضية التي تعرض فيها.
- ضرورة إثباتها والتأكد من صحتها عن طريق شاهد خبير- مختص.
- لا بد أن تكون الصورة مأخوذة وفق أسس فنية على النحو الذي يفيد معه استعمال ما تتضمنه الصورة أو الصور في التعرف على شخصية الأشخاص الملتقط لهم.

وتطبيقا لهذه المبادئ والضمانات الخاصة بقبول الصورة كدليل إثبات جنائي قضت محكمة الاستئناف في إنجلترا أن دليل الرقابة البصرية عن طريق الصور الفوتوغرافية أو كاميرات الفيديو جديد وبالتالي لا بد من إبراز العناصر التي يجب أن يتلقى فيها المحلفون جميع الإرشادات والتوجيهات المتعلقة بالتعرف على شخصية صاحبها من حيث نوع الصورة الفوتوغرافية، والمدى والنطاق الذي تظهر فيه ملامح وجه الشخص موضوع التصوير، والدليل الذي يبين التغيير في ملامح أو مظهر المتهم مع منح المحلفين فرصة كافية ولمدة معقولة تمكنهم من رؤية المتهم في قفص الاتهام.

كما قبلت المحاكم الإنجليزية أشرطة الفيديو المأخوذة بكاميرات أمنية في إثبات السرقة غير أنها وضعت ثلاثة شروط لقبول شريط الفيديو المسجل وهي:

- لا بد من استدعاء مشغل الكاميرا للشهادة بأن شريط الفيديو المعروض في المحكمة يتضمن فعلا ما تم تسجيله وقت وقوع الجريمة.
- استدعاء الشخص الذي استخرج نسخة شريط الفيديو المسجل والمقدم للمحكمة بأنه فعلا نسخة طبق الأصل للصورة.
- استدعاء الشخص الذي شاهد التسجيل أثناء بثه عبر الشاشة التليفزيونية بأنه نفس الشريط المعروض في المحكمة[62] ص 556.

اتجاه القضاء اللاتيني

سنركز في دراستنا حول موقف القضاء اللاتيني على توجه القضاء الفرنسي وهذا لندرة الأحكام القضائية المتعلقة بالمسألة محل البحث ذلك أنه في حكم صادر عن محكمة الجنح "بلوا Blois" بتاريخ 1964/02/13 تتلخص وقائعه في أن الزوج دخل خلسة إلى منزل عشيق زوجته وقام بالتقاط لهما صورة وهما في حالة تلبس بالزنا، وذلك لاعتماد على هذه الصور في إثبات الخيانة الزوجية لتبرير الطلاق غير أن المحكمة استبعدت هذا الدليل مقررة بعدم جواز الأخذ في مجال إثبات الزنا بالصورة التي تمثل المتهم وشريكته في فراش الزوجية، معللة بأن الصورة المذكورة تم التقاطها في مكان خاص وأخذت بصورة غير شريفة ومخالفة للقانون[62] ص 553.

كما أثير أمام محكمة الجنح بباريس موضوع أخذ صورة السيارة المخالفة لقواعد السير على أنه خرق لحق الإنسان في حياته الخاصة ومخالفة للمادة 9 من القانون المدني المتعلقة بحماية الحياة الخاصة والتعويض فيها والمادة 368 من قانون العقوبات التي تجرم انتهاك الحق في الحياة الخاصة عن طريق استراق السمع أو التصوير غير أن المحكمة في حكمها المؤرخ في 1984/05/25 ردت على هذه الإدعاءات على أن:« العنصر القصدي المفروض لتكوين الجرم المنصوص عنه في المادة 368 عقوبات غير متوفر»[93] ص 594.

وقد استقر القضاء الفرنسي مؤخرا على اعتبار الصور الملتقطة عبر الكاميرا وأشرطة الفيديو ما هي إلا قرائن ودلائل لا ترقى إلى مصف الدليل ما لم تعزز بقرائن أخرى ففي حكم صادر عن المحكمة الاستئنافية "أكس أوبروفانس Aixen Provence" مؤرخ في 1994/01/24 جاء فيه:« لا يقبل فيلم فيديو رقمي كدليل باعتباره أن شروط الأصالة والنزاهة والمصداقية غير متوفرة فيه وذلك لجهة تاريخ التسجيل ولجهة المضمون ولأنه أصبح من السهل ابتكار الخدع المصورة بواسطة المعدات الإلكترونية المتطورة»[49] ص 226.

اتجاه القضاء العربي

نظرا لانعدام الأحكام القضائية في الدول العربية المتعلقة بتحديد موقفها بشأن الوسيلة محل البحث ومدى حجيتها في الممارسة القضائية، فيما عدا القضاء المصري الذي طرحت أمامه بعض القضايا التي استعملت فيها الصورة كوسيلة إثبات من طرف الضبطية القضائية.

ففي قضية طرحت أمام المحاكم المصرية والمتعلقة بالدعوى رقم 1844 لسنة 1977 جنايات أمن الدولة – قسم عابدين، والتي تتلخص وقائعها في أن النيابة العامة قدمت من بين الأدلة والقرائن صورا فوتوغرافية لبعض المتهمين أثناء قيادتهم للمظاهرات وحضورهم بعض الاجتماعات التنظيمية لمنظمة ترمي إلى قلب نظام الحكم إذ أن المحكمة قدرت:« أن الصور المقدمة في الدعوى كدليل لثبوت الاتهام فإن تلك الصور تعد مجرد قرائن الأحوال كما أن من المعروف إمكانية إحداث تغيير وتعديل في الشكل والملامح بواسطة الوسائل العلمية الحديثة» وبالتالي تم استبعاد الصور كوسيلة إثبات.

ورغم أننا لم نعثر على حكم أو قرار صادر عن المحاكم الجزائرية أو المحكمة العليا، حتى يمكن لنا استنتاج موقف القضاء الجزائري بشأنها، غير أنه أعمالا لنص المادة 65 مكرر 5 من قانون الإجراءات الجزائية فإن التقاط الصور أو تسجيل الوقائع عن طريق أشرطة الفيديو إذا قام به ضابط الشرطة القضائية بناءا على إذن من وكيل الجمهورية للتحري عن الجرائم المتلبس بها تعد مجرد دلائل وقرائن أما إذا أمر بها قاضي التحقيق في مرحلة التحقيق الابتدائي فإنها تعد إجراءا قضائيا لا استدلاليا مما يعطي لهم قيمة الدليل.

2.2.3.2. الإشكاليات التي يطرحها استعمال الوسائل السمعية والبصرية عند البحث عن الدليل

عند الممارسة القضائية سواءا الاستدلالية أو الإجرائية باستخدام الوسائل العلمية السمعية والبصرية لمراقبة المشتبه فيه أو المتهم بحثا عن الدليل الجنائي، طرحت عدة إشكالات جديرة بالدراسة البعض منها أفرزتها الممارسة القضائية والبعض الآخر أشارت إليها النصوص الإجرائية بمخالفة لقواعد دستورية مستقرة.

ويمكن أن نميز بين نوعين من الإشكالات البعض منها طرح عند استعمال الوسائل العلمية عند التنصت الهاتفي وتسجيل الأحاديث الخاصة والبعض الآخر طرح عند إجراء تصوير المشتبه فيه أو المتهم عن طريق الكاميرات وأجهزة الفيديو، لذا نحاول في هذا المطلب التطرق لهذين النوعين في فرعين مستقلين إذ نتطرق في الفرع الأول إلى الإشكالات الناتجة عند التنصت الهاتفي وتسجيل الحديث، ونخصص الفرع الثاني إلى الإشكالات الناتجة عن استخدام آلات التصوير وكاميرات الفيديو، وذلك على النحو التالي:

1.2.2.3.2. الإشكالات الناتجة عن التنصت الهاتفي وتسجيل الأحاديث

إذا كانت الغاية من التنصت الهاتفي واعتراض الاتصالات وتسجيل الأحاديث الخاصة بالمشتبه فيه أو المتهم هو الوصول إلى معلومات تفيد في الوصول إلى الحقيقة بخصوص جريمة مقترفة ويجري البحث والتحقيق بشأنها لتقديم مقترفيها إلى العدالة، أو الاستفادة من معلومات تساعد في منع وقوع الجريمة ومنع تحول خطرها إلى ضررا بالمجتمع، فإنه عند التطبيق العملي لهذه التقنية العلمية في المراقبة السمعية أفرزت عدة إشكالات جديرة بالبحث والتفصيل وتتمثل في الآتي:

1.1.2.2.3.2. مدى الفاعلية التقنية لأجهزة التنصت والتسجيل لقبول الدليل

إن إجراءات البحث عن الدليل بالوسائل السمعية عن طريق أجهزة التنصت الهاتفي أو اعتراض الاتصالات السلكية واللاسلكية أو تسجيل الأحاديث التي تدور في أماكن خاصة والتي تقوم بها الضبطية القضائية سواءا بناءا على إذن قضائي من طرف وكيل الجمهورية أو ندب من طرف قاضي التحقيق، مما يسفر عنه الحصول على دليل قولي يقدم أمام المحاكمة، فإن القاضي حتى يستند إلى هذا الدليل المستمد من التسجيل الصوتي ويطمئن إليه في إصدار حكمه يتعين عليه أن يتأكد من ثلاثة أمور أساسية تعتبر شروطا لقبول هذا الدليل وهي[29] ص 76، 77:

الشرط الأول: المتعلق بالصوت

يجب على القاضي سواء كان قائما بالتحقيق أو مسند إليه الحكم في القضية للتأكد من أن الصوت المسجل للشخص هو فعلا صوت المتهم وفقا لمختلف المميزات الكلامية للمتحدث خاصة إذا كان حديثه يتميز بنبرة معينة أو به عيب في النطق، ولا يتأتى ذلك إلا بالاستعانة بخبير في ألأصوات يكون له دور استشاري طبقا للقاعدة العامة في الخبرة خاصة عند تعدد الأصوات واختلاطها مما يصبح عسيرا على القاضي تمييز صوت المتهم من بينها لولا اعتماده على الخبير.

الشرط الثاني: ضرورة رسم الجهاز الواقعة التي دار فيها الحديث كاملة

يجب على المحقق أو القاضي لأجل الوصول إلى الدليل القولي ضرورة أن يكون الجهاز قد رسم صورة عن الواقعة التي تمت فيها العبارات المسجلة والتي أخذ منها الدليل كاملة أي من بدايتها إلى نهايتها ذلك أن الوقائع السابقة أو اللاحقة للعبارات التي اعتبرت دليلا تكون لها أثر كبير في تقدير الوقائع والظروف للعبارات التي قيلت والتي يراد الاستدلال بها على أمر معين.,

الشرط الثالث: ضرورة استبعاد كل احتمالية للتزوير

لا بد على القاضي استبعاد كل احتمالية للتزوير على شريط التسجيل أو القرص المغناطيسي أو غيره وهذا لإمكانيات الحذف أو المونتاج أو تقليد الأصوات الأمر الذي يجب قبل الأخذ بهذا الدليل عرض هذا الشريط أو القرص إلى الخبرة العلمية وإثبات عدم وجود أي مونتاج على الشريط أو القرص.

2.1.2.2.3.2. القيمة القانونية للاعتراف الناتج عن تسجيل غير مشروع

قد يرتب التسجيل سواء كان مشروعا وتم وفقا للقواعد الإجرائية في ضبط المحادثات والكلمات المتفوه بها أو تم بدون احترام هذه الإجراءات كأن يتم بدون إذن قضائي، إلى اعتراف المشتبه فيه أو المتهم، فهل في هذه الحالة يمكن الأخذ بهذا الاعتراف كدليل إدانة.

يتوقف الحال هنا بالنظر إلى مدى شرعية الوسيلة المستعملة التي أدت إلى الاعتراف، فإن كان التسجيل الصوتي قد تم بناءا على إجراءات قانونية سليمة مدعومة بإذن قضائي فإنه لا نزاع في ذلك على القاضي الأخذ بهذا الاعتراف متى اطمئن له، أما إذا اعتبر الإجراء غير مشروع كأن يتم ضبط الكلمات المتفوه بها أو الأحاديث الخاصة بدون إذن قضائي فهل يأخذ القاضي بالاعتراف المترتب عنها طبقا لقاعدة الاقتناع الشخصي لقاضي الجزائي، أو يتم استبعاد هذا الاعتراف طبقا لقاعدة ما بنى على باطل يقع باطلا؟

بالرغم من اختلاف المشرعين والقضاء المقارن في هذه المسألة[8] ص 353 إلا أننا نرى ضرورة التمييز بين مسألتين فيما يخص الاعتراف الناتج عن إجراء التسجيل الباطل، فإنه طبقا لقاعدة شرعية الدليل والتي تشترط لقبول الدليل الجنائي أن يكون الحصول عليه قد تم بإجراء مشروع روعت فيه جميع الإجراءات والشكليات القانونية وبالتالي فإن الدليل المستمد من تسجيل باطل لا يعتد به بغض النظر عن قاعدة الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي، أما إذا أعاد اعتراف المشتبه فيه أو المتهم وأقر بصحة ما ورد في التسجيلات فإنه يؤخذ بهذا الاعتراف ليس على أساس ذكره في التسجيلات وإنما للإقرار به أمام القضاء باعتباره دليل يؤخذ به شأنه شأن بقية أدلة الإثبات طبقا لأحكام المادة 213 من قانون الإجراءات الجزائية.

3.1.2.2.3.2. مدى رضا صاحب الشأن على التسجيل الباطل

إن الفرض هنا لا يتعلق برضا المشتبه فيه أو المتهم السابق عن إجراء تسجيل الحديث لأن هذا الإجراء يتم خفية عن الشخص، وإنما الرضا المقصود في هذه الحالة هو ذلك الذي يقع بعد اتخاذ الإجراء التسجيلي الباطل، بمعنى ما أثر هذا الرضا اللاحق على الاستعمال غير المشروع لتسجيل الحديث. أي هل يرفع هذا الرضا صفة عدم المشروعية عن الإجراء[29] ص 87؟

للإجابة على هذه الإشكالية لا بد أن نميز بين التقاط وتسجيل ونقل المكالمات الهاتفية والأحاديث الخاصة كجريمة منصوص عنها في أحكام المادة 305 مكرر من قانون العقوبات وكإجراء قضائي للبحث عن الدليل طبقا لأحكام المادة 65 مكرر 5 من قانون الإجراءات الجزائية.

فإذا قام ضابط الشرطة القضائية بالتقاط أو تسجيل ونقل المكالمات الهاتفية أو الأحاديث الخاصة أو اعترض الاتصالات التي يجريها المشتبه فيه أو المتهم بحثا عن الدليل دون الالتزام بالشروط المنوى عنها في أحكام المواد من 65 مكرر 5 إلى 65 مكرر 10 من قانون الإجراءات الجزائية، كأن يتم بدون إذن القضاء أو تعلق بجرائم غير تلك الخاصة بتطبيق هذا الإجراء ففي هذه الحالة يقع الإجراء باطلا وكل الإجراءات اللاحقة له، غير أن المشرع الجزائري نص في المادة 159 فقرة 3 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه:« ويجوز دائما للخصم التنازل عن التمسك بالبطلان المقرر لمصلحته وحده ويتعين أن يكون هذا التنازل صريحا» هذا ما يؤكد أن مخالفة الإجراءات المتعلقة بتسجيل المكالمات والأحاديث الخاصة بالمتهم مقرر لمصلحة المتهم وحده مما له التنازل مما ينتج رضاه بالتسجيل الباطل أثره في الإجراءات القضائية على صحة الدليل.

أما إذا كان التقاط أو تسجيل أو نقل المكالمات الهاتفية أو ألأحاديث الخاصة وقع على الشخص سواء من طرف الأفراد العاديين أو غيرهم كفعل إجرامي طبقا لأحكام المادة 303 مكرر من قانون العقوبات فإن المشرع رتب أثرا بالغ الأهمية لرضا الشخص المضرور الذي وقع عليه إجراء التنصت والتسجيل إذ جعل من رضائه وصفحه واضعا حدا للمتابعة الجزائية إذا كانت النيابة العامة قد حركت الدعوى العمومية ضد المتهم بالتنصت والتسجيل.

2.2.2.3.2. الإشكالات الناتجة عن استخدام آلات التصوير وكاميرات الفيديو

بالرغم من القوة الإقناعية التي تحظى بها الأدلة المتحصلة عن طريق آلات التصوير وكاميرات الفيديو باعتبارها تنقل الصورة الحقيقة على كيفية وقوع الأحداث محل المتابعة إلا أن استعمالها أدى في العديد من الحالات مخالفته القواعد جوهرية في الإجراءات أو قواعد دستورية الأمر الذي أفرز استعمالها عدة إشكالات يمكن إبرازها على النحو التالي:

1.2.2.2.3.2. مدى شرعية دخول الأمكنة الخاصة خفية لتركيب آلات التصوير وأجهزة الفيديو بحثا عن الدليل الجنائي

تتعرض حرمة الحياة الخاصة لانتهاك خطير عندما يتم الدخول خفية إلى منزل الشخص أو مكانه الخاص لوضع كاميرات التصوير وأجهزة الفيديو من قبل جهات التحقيق بحثا عن الدليل، وتكمن هذه الخطورة من جهة أنها تمثل بالصورة والصوت لمراقبة مستمرة ما يدور في المكان الخاص بعضها قد يتعلق بضبط وقائع محل المتابعة كالتعامل في المخدرات أو تبيض الأموال أو الرشوة لكن أغلبها قد تكون تصرفات خاصة لا علاقة لها بالوقائع محل المتابعة وتدخل ضمن حق الفرد في الخلوة أو التمتع بوقت فراغه، كما أنها تمثل من جهة أخرى جريمة انتهاك حرمة منزل طالما أنه لم يتم بحضور صاحب المنزل أو شخص آخر كما هو الشأن في التفتيش.

استقر القضاء الأمريكي على شرعية دخول المحقق لمنزل المتهم أو مكانه الخاص وذلك لوضع التجهيزات الخاصة بتسجيل المكالمات والأحاديث الخاصة أو كاميرات الفيديو لضبط سلوك المتهم وإقامة الدليل ضده على اعتبار أن التعديل الدستوري الرابع الخاص بشروط وضوابط التفتيش والقانون الفيدرالي الخاص بالاتصالات الصادر سنة 1967 لم يمنعا دخول الأمكنة بغرض تثبيت أو تركيب أجهزة التنصت المرخص بها على اتصالات تليفونية مع سحب هذا الإجراء كذلك لوضع أجهزة التصوير وكاميرات الفيديو[102] ص 504.

أما المشرع الجزائري فقد نص صراحة في أحكام المادة 65 مكرر 5 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه:«يسمح الإذن المسلم لغرض وضع الترتيبات التقنية بالدخول إلى المحلات السكنية أو غيرها ولو خارج المواعيد المحددة في المادة 47 من هذا القانون وبغير علم أو رضا الأشخاص الذين لهم حق على تلك الأماكن».

ويلاحظ أن المشرع الجزائري جعل من الإذن المقدم للضبطية القضائية لوضع الترتيبات الخاصة بتثبيت وسائل التقاط الحديث أو الصور كافيا لدخول المساكن والأماكن الخاصة ولو خارج مواعيد التفتيش أي في جميع أوقات الليل والنهار وبدون علم الأشخاص المعنيين الذين لهم حق على هذه المساكن ولو لم يكونوا محل متابعة جزائية الأمر الذي يجعل هذا الإجراء يمس بصورة واضحة قرينة البراءة ويخالف قاعدة دستورية هامة وهو عدم اتخاذ أي إجراء قضائي ضد شخص إلا بعد اتهامه إذ أن هذا الإجراء في التشريع الجزائري يطبق حتى ضد شخص آخر لم يوجه ضده أي اتهام.

2.2.2.2.3.2. مدى اعتبار التصوير عن طريق الأشعة تحت الحمراء انتهاكا لحرمة المنزل

لقد أثارت بعض الممارسات الحديثة التي لجأت إليها الشرطة الأمريكية باستعمالها تقنية البحث والتحري في الجرائم عن طريق الأشعة تحت الحمراء وهي تقنية عسكرية تلجأ إليها الطائرات المقاتلة لتحديد موقع تواجد الطائرات المعادية.

إذ طورت الشرطة الأمريكية هذه الوسيلة لملاحقة الجناة بما تسمح به هذه التقنية من إمكانية رؤية لما يحدث خلف الجدران لتحديد مكان تواجد الهاربين والمبحوث عنهم أو استخدامها في الإحياء السكنية لاكتشاف بعض السكنات التي يزرع فيها مخدر "الماريجوانا" إذ عمدت الشرطة الأمريكية إلى استخدام هذه التقنية للتصوير عبر الأشعة تحت الحمراء بدون إذن قضائي.

وقد اعتبرت بعض المحاكم الأمريكية أن التفتيش عن طريق استعمال الأشعة تحت الحمراء يعد تعسفيا وخرقا لتعديل الدستوري الرابع لأن من يباشر التصوير الحراري يمكن أن يكتشف الأنشطة العادية التي تمارس داخل المنزل وبالتالي طالما هو يأخذ حكم التفتيش لا بد أن يستند في اتخاذه إلى ترخيص قضائي[8] ص 356.

3.2.2.2.3.2. مدى شرعية الدليل المقدم عبر الصورة أو شريط الفيديو من طرف الأشخاص العاديين

قد يلجأ الأفراد العاديين لتقديم شكواهم وتأكيد إدعاءاتهم بتقديم صور أو أشرطة فيديو تثبت اقتراف المشتكي منه للجريمة موضوع الشكوى أضرارا بالضحية مقدم الشريط الأمر الذي يؤدي بنا إلى طرح إشكالية مدى قبول دليل الصورة أو الفيلم المقدم من أشخاص عاديين؟

الفرض هنا أن الشخص العادي قد يكون هو المضرور أو شخص آخر قام بتصوير الواقعة الإجرامية، وبالتالي فإن السؤال المطروح هل أن القيود والشروط التي وضعها المشرع لإجراء التصوير لإثبات الجريمة وخاصة إذن القضاء تسري على الضبطية القضائية ورجال السلطة وحدهم أم إن الأفراد العاديين مخاطبون بدورهم بتلك القيود، وبالتالي يجب استبعاد الدليل المقدم من طرف الأفراد العاديين؟

أثيرت هذه المسألة أمام القضاء المقارن واستقر القضاء الإنجليزي بتطبيق بشأنها مبدأ الدليل المؤثر في الدعوى بصرف النظر عن كيفية الحصول عليه مما يجعل الأمر في مدى قبول الدليل يرجع لقاضي الموضوع الأمر الذي يؤدي إلى قبول هذا الإجراء من طرف الأشخاص العاديين[62] ص 539.

أما في القضاء الأمريكي نظرا لشيوع هذه الظاهرة في المجتمع إذ أن أغلب منازل الخواص ومتاجرهم مزودة بكاميرات مراقبة، كما أن الأفراد حريصين على تسجيل الوقائع الإجرامية مباشرة عبر كاميرات فيديو فقد استقر العمل القضائي لدى المحاكم الأمريكية على استبعاد الأدلة غير المشروعة على الأعمال التي تباشرها الشرطة ورجال السلطة العامة ولا تسري على الأفراد العاديين باعتبارهم غير مخاطبين بأحكام القانون المتعلق بالإجراءات الجزائية[8] ص 238، 239. لأن الأمر يتعلق بشرط نشاط الدولة والتي مفادها تحقيق الردع بمنع رجال الضبط من التجاوزات ولا مجال لتحقيق ذلك عندما يباشره الفرد العادي بمبادرة منه.

أما في فرنسا فإن القضاء مستقر على قبول الأدلة التي يقدمها المدعي بالحق المدني سواء تمثلت في تنصت هاتفي أو صور وشرائط فيديو، ويحظر ذلك على الضبطية القضائية ما لم تكن قد اتخذت الإجراء بناءا على إذن قضائي على اعتبار أن الشخص العادي غير ملزم بواجب النزاهة في تحصيل الدليل.

كما اتجهت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في حكمها المؤرخ في 1988/07/12 في القضية المتعلقة "بشانك Schenk" ضد سويسرا إذ اعتبرت الأدلة المتحصل عليها عن طريق انتهاك الحق في الحياة الخاصة بواسطة الأفراد العاديين لا تتعارض مع المادة 06 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان المتعلقة بحماية الخصوصية[8] ص 258.

غير أننا لا نرى مانعا من تطبيق هذه الأحكام على الأحكام المماثلة المطروحة أمام القضاء الجزائري على اعتبار أن الحظر عن احترام الإجراءات أي البحث عن الدليل يقع على أصحاب الصفة رجال القضاء وليس على الأفراد العاديين.

خـاتـمة

من خلال هذه الدراسة المتعلقة بأثر استعمال الوسائل العلمية الحديثة في التحقيق الجنائي على حقوق وحريات الأفراد، وبعد استعمال المنهج المقارن للوصول إلى مواطن القوة والضعف في المسائل المختلفة المتعلقة بموضوع البحث توصلنا إلى عدة نتائج مما يسمح بإعطاء مجموعة من الاقتراحات تتضمن تعديل العديد من النصوص القانونية وإضافة بعضها بما يتماشى مع حالة استعمال الوسائل العلمية في البحث عن الدليل وذلك على النحو التالي:

النتائج المتوصل إليها

لقد مكنتنا هذه الدراسة من الوقوف على مجموعة من النتائج تتمثل في الآتي:

أولا- يعتبر الدليل الجنائي أساس أي حكم قضائي وهو مستقل عن القرائن والدلائل والآثار تصبح له هذه الصفة الثبوتية بحكم القاضي عند الاقتناع به ذلك أن حقيقة الدليل المادي عند رفعه من مسرح الجريمة يكون أثر أو قرينة أو دلائل وعند الاعتماد عليه في الحكم الجزائي يصبح به صفة الدليل الجنائي.

ثانيا- أن الحقيقة التي يحملها الحكم الجنائي النهائي تعتبر هي الحقيقة الموضوعية بغض النظر عن مدى تطابقها مع الحقيقة الواقعية طالما تم الوصول إليها بإتباع إجراءات قانونية في كيفية البحث عن دليل قيامها أو تقديمها أمام القضاء.

ثالثا- لقد أدى استعمال الوسائل التكنولوجية الحديثة في البحث عن الدليل الجنائي إلى المساس بالعديد من المبادئ المستقرة في الممارسة القضائية كقرينة البراءة وعدم اتهام الذات، وإخراج جسم الإنسان من دائرة التعامل مما يستدعي تدخل المشرع الجزائري لحماية هذه المبادئ المستقر في الوجدان البشري.

رابعا- بالرغم من الاستعمال المفرط لجهات الاستدلال والتحقيق للوسائل التكنولوجية للتعرف على شخصية المشتبه فيه أو المتهم وإثبات حالته وقدرته الإدراكية والعقلية للعديد من السلوكات الإجرامية، فإن المشرع الجزائري قد نص عليها جميعا تحت باب الخبرة دون أي تفصيل آخر، مما أدى بالممارسة القضائية تنحصر في النظر مدى احترام إجراءات تعيين الخبير ورأيه وهي غير كافية لوحدها.

خامسا- إذا كان الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي يعتبر أحد المبادئ التي تقوم عليها المحاكمة إلا أن استعمال الوسائل العلمية الحديثة في البحث عن الدليل وتقديمه إلى القضاء قد قيد هذا الاقتناع وفسح المجال إلى حلول رأي الخبير محل رأي القاضي.

سادسا- تميزت التعديلات التي أحدثها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات الجزائية بموجب القانون رقم 22/06 المؤرخ في 2006/12/20 لتغليب مصلحة المجتمع في الوصول إلى الحقيقة عن مصلحة

الفرد في حماية حقوقه وحرياته الفردية إذ سمح بانتهاك حقوق هذا الأخير في سبيل الوصول إلى الدليل وهذا ما يظهر جليا في أحكام المادة 65 مكرر 5، إذ سمح للضبطية القضائية تثبيت الوسائل لتسجيل المحادثات والتقاط الصور دون علم وموافقة صاحب المنزل أو المكان الخاص.

سابعا- بالرغم من التطور الهائل في النظام المعلوماتي واستعمال الضبطية القضائية لوسائل الاتصال المحمولة لمعرفة تواجد الشخص المتكلم فإن المشرع الجزائري لم ينظمها بصورة كافية لتحقيق غاية الضبطية في الحصول على الدليل والوصول إلى الجناة دون انتهاك حرمة الشخص وتقييد حريته في التنقل.

الاقتراحات

من خلال هذه الدراسة المقارنة أثر استعمال الوسائل العلمية في التحقيق الجنائي على حقوق وحريات الأفراد لاحظنا عدة نقائص في قانون الإجراءات الجزائية تستدعي ضرورة تعديل بعض المواد وإضافة البعض الآخر حتى تنسجم مع ما هو مستقر عليه في الاتفاقيات الدولية والإقليمية التي التزمت بها الجزائر، وتتماشى مع الممارسة القضائية بما يحقق التوافق ويبتعد عن التضارب في الأحكام وذلك على النحو التالي:

أولا – لقد أجازت المادة 50 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري لضابط الشرطة القضائية حق توقيف أي شخص في مجرى الاستدلالات القضائية وذلك للتعرف على هويته والتأكد من شخصيته وإن يمتثل له لما يطلبه من إجراءات مما قد يستتبع ضرورة تفتيشه غير أن الملاحظ أن المشرع الجزائري وعلى خلاف جميع التشريعات العربية عند نصه على تفتيش الأشخاص لم ينص على ضرورة تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى مما يستدعي تدخل المشرع للنص على ذلك منعا لأي أشكال يطرح حتى وإن كان من الناحية العملية والممارسة القضائية يتم تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى.

ثانيا- نص المشرع لجزائري في أحكام المادة 213 من قانون الإجراءات الجزائية على أن الاعتراف شأنه شأن بقية أدلة الإثبات يترك تقديره لسلطة قاضي الموضوع في حين أنه يعطي للإجراءات المدونة في بعض المحاضر الخاصة كمحاضر الجمارك ومحاضر مفتش العمل قوة ثبوتية مطلقة لا يجوز دحض ما ورد فيها إلا عن طريق الطعن بالتزوير وهذا التعارض مع القاعدة المستقرة في نص المادة 213 المذكورة أعلاه، مما يستدعي ضرورة إعادة النظر في بعض النصوص الواردة في النصوص الخاصة مثل المادة 254 فقرة 2 من قانون الجمارك التي تنص صراحة على أن التصريحات المدلى بها في المحاضر الجمركية لها قوة مطلقة في الإثبات لا يمكن إثبات عكسها إلا عن طريق الطعن بالتزوير لأن المسألة لا تتعلق بقاعدة أن الخاص بقيد العام على أساس أن قانون الجمارك قانون خاص بقيد ما ورد في المادة 213 من قانون الإجراءات الجزائية وهو عام، وإنما الأمر هنا يتعلق بمخالفة قانون الجمارك في المادة 254 المذكورة أعلاه لمبادئ كلية وأساسية في الإجراءات الجزائية.

ثالثا – نص المشرع الجزائري في أحكام المادة 303 مكرر من قانون العقوبات المضافة بموجب القانون رقم 06/ 24 المؤرخ في 2006/12/20 المتضمن تعديل تتميم قانون العقوبات على تجريم ومعاقبة كل فعل يمثل مساسا بالحق في الحياة الخاصة للأفراد كالتقاط الصور في المكان الخاص أو اعتراض الاتصالات أو تسجيل الأحاديث الخاصة دون إتباع الإجراءات القضائية المنوه عنها في أحكام المواد من 65 مكررة 5 إلى 65 مكرر 10 من قانون الإجراءات الجزائية إلا أنه أضاف الفقرة الأخيرة من المادة 303 مكرر من قانون العقوبات المذكورة أعلاه، «بأن يضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية» وهذا يتعارض مع الخصائص والمبادئ التي تقوم عليها حماية الحق في الحياة الخاصة من عدم جواز التصرف والتنازل عن هذا الحق الأمر الذي يستدعي منا ضرورة دعوة المشرع الجزائري إلى إلغاء الفقرة الأخيرة من المادة 303 مكرر من قانون العقوبات وهذا حتى تنسجم هذه المادة مع الغاية والفلسفة التي شرعت لها حماية الحق في الحياة الخاصة.

رابعا- لقد نص المشرع الجزائري في أحكام المادة 100 من قانون الإجراءات الجزائية على أن:«يتحقق قاضي التحقيق حين مثول المتهم لديه لأول مرة من هويته ويحيطه علما صراحة بكل واقعة من الوقائع المنسوبة إليه»، إلا أن المشرع لم يشير إلى ضرورة إلزام قاضي التحقيق ببيان التكييف القانوني للوقائع محل المتابعة الجزائية والاتهام وبلغة يفهمها على غرار ما هو وارد في أحكام المادة 9 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية التي التزمت بها الجزائر الأمر الذي يقتضي ضرورة تدخل تشريعي وذلك بتعديل المادة 100 من قانون الإجراءات الجزائية بإضافة ضرورة إعلام المتهم عند مثوله أمام قاضي التحقيق لأول مرة بالوقائع المنسوبة إليه وبالتكييف القانوني لها وذلك بلغة يفهمها.

خامسا- لقد نص المشرع الجزائري في أحكام المادة 159 من قانون ألإجراءات الجزائية على تقرير البطلان في حالة مخالفة قاضي التحقيق أو وكيل الجمهورية للحقوق المقررة للمتهم في أحكام المادة 100 أو حقوق الطرف المدني المنصوص عليها في أحكام المادة 105، غير أنه أعطى في المادة 158 لقاضي التحقيق عند مباشرته للتحقيق أو وكيل الجمهورية عند تبليغه الملف الجزائي لأجل التسوية إذا لاحظ أي منهما أن الإجراء مشوب بالبطلان أو فيه مساس خطير بحقوق الدفاع الطعن في هذا الإجراء أمام غرفة الاتهام، إذ اعترف لقاضي التحقيق أو وكيل الجمهورية حق رفع طلب البطلان لغرفة الاتهام دون وسواهما إذا لم يعترف بهذا الحق للمتهم أو محاميه أو الطرف المدني أو محاميه، ويعد هذا الإجراء يمثل مفارقة خطيرة إذ يعترف لمن خالف الإجراء (قاضي التحقيق أو وكيل الجمهورية) رفع طلب الإبطال أمام غرفة الاتهام رغم أن الأمر يتعلق بمخالفة حقوق الدفاع المنصوص عليها في المادة 100 من قانون الإجراءات الجزائية وحقوق الطرف المدني المنصوص عنها في المادة 105، وإن تقرير هذا الحق لصاحب المصلحة في الإجراء المنتهك مما يستدعي ضرورة تدخل المشرع الجزائري لتعديل المادة 158 من قانون الإجراءات الجزائية وذلك بمنح لكل من المتهم أو محاميه والطرف المدني، أو

محاميه لرفع طلب إبطال الإجراء المنتهك، لحقوق المتهم أو الطرف المدني وذلك على النحو التالي «إذ تداعي لقاضي التحقيق أو المتهم أو محاميه والطرف المدني أو محاميه إن إجراء من إجراءات التحقيق مشوب بالبطلان يجوز رفع الأمر لغرفة الاتهام بالمجلس القضائي بطلب إبطال هذا الإجراء بعد استطلاع رأي وكيل الجمهورية خلال 5 أيام من يوم رفع الأمر الذي يتعين عليه خلال 3 أيام من يوم تبليغه إبداء رأيه.

سادسا- إذا كان حق المتهم بأن يحاط علما بالتهمة المنسوبة إليه قد نصت عليه المادة 9 فقرة 2 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية من ضرورة إعلام المتهم منذ اللحظة الأولى لتوقيف المتهم وقد اعتبرت العديد من الدول أن هذا الحق يعد حقا دستوريا تضمنته العديد من الدساتير بخلاف الدستور الجزائري بما يستدعي ضرورة النص على هذا الحق في الدستور لخطورة هذا الإجراء على حقوق الإنسان وحرياته.

سابعا- إن مبدأ حياد سلطة التحقيق كأحد مقومات الإشراف القضائي يقتضي تعديل المادة 70 من قانون الإجراءات الجزائية بما يتماشى مع هذا المبدأ وذلك بإسناد سلطة تعيين قاضي التحقيق في حالة تعددهم في إحدى المحاكم لعميد قضاة التحقيق بدلا من وكيل الجمهورية ضمانا لتحقيق الاستقلالية والحياد.

ثامنا- لقد نص المشرع الجزائري في أحكام المادة 68 من قانون الإجراءات الجزائية على قاعدة عامة أجاز بموجبها لقاضي التحقيق اتخاذ أي إجراء يراه ضروريا للوصول إلى الحقيقة، في حين أن التطور العلمي والتكنولوجي الذي تعرفه جميع مناحي الحياة في الوقت الحالي يستدعي ضرورة تدخل المشرع لضبط الوسائل العلمية التي يجوز استخدامها وتلك التي تستبعد من دائرة التعامل في الممارسة القضائية.

تاسعا- لقد أجاز المشرع الجزائري في أحكام المادة 65 مكرر 5 من قانون الإجراءات الجزائية لوكيل الجمهورية سلطة إصدار الأمر باعتراض المراسلات والاتصالات السلكية واللاسلكية التي تتم بين المشتبه فيهم أو الغير في إطار البحث التمهيدي في الجريمة المتلبس بها مما يمثل ذلك خطورة على حقوق وحريات الأفراد على اعتبار أن إجراء اعتراض الاتصالات هو إجراء قضائي وليس استدلالي، لا يتم إلا بعد توجيه الاتهام هذا من جهة، كما أنه يدخل ضمن إجراءات البحث عن الدليل أثناء التحقيق وبالتالي لا يعترف بإصداره إلا من طرف قاضي التحقيق وإذا كان يجب لضرورات الاستعجال الاعتراف به لوكيل الجمهورية يجب ألا يكون بإرادة وسلطة هذا الأخير بل يتم بناءا على ترخيص رئيس غرفة الاتهام الذي هو رئيس المجلس القضائي أصلا على غرار ما هو معروف لدى التشريع المقارن كالفرنسي والمصري والمغربي، مما يستدعي ضرورة تعديل المادة 65 مكرر 5 وذلك بإعطاء لوكيل الجمهورية حق طلب الإذن من رئيس غرفة الاتهام لاعتراض الاتصالات مع تحديد المدة لذلك ودواعي هذا الإجراء.

عاشرا- لقد سوى المشرع الجزائري في أحكام المادة 65 مكرر 5 من قانون ألإجراءات الجزائية بين اعتراض الاتصالات والتصوير الخفي كإجراء للبحث عن الدليل وتقديمه إلى القضاء الجزائي بالرغم من خطورة إجراء التصوير الحفي بالمقارنة لمراقبة الاتصالات وتسجيلها مما يقتضي ضرورة تدخل المشرع وذلك بتعديل نص المادة 65 مكرر 5 المذكورة أعلاه بالقول أنه:« لا يجوز اللجوء إلى إجراء التصوير الخفي إلا إذا كانت إجراءات اعتراض الاتصالات غير كافية مع قصر مدة التصوير الخفي إلى أدنى مدة لا تتجاوز 15 يوما وهذا لعدم جعل انتهاك حقوق الأفراد لمدة أطول وهي معرضة للمكاشفة.

وفي نهاية هذه الأطروحة لا يسعني إلا توجيه دعوة إلى المشرع لإعادة النظر في العديد من النصوص القانونية التي تضمنتها هذه الدراسة بالتحليل والنقد بما يحقق غاية العدالة في الوصول إلى الحقيقة دون إهدارها لحقوق وحريات الأفراد.

قائمة المراجع

1. القرآن الكريم
2. إبراهيم الدسوقي عطية، البصمات وأثرها في الإثبات الجنائي، بدون رقم الطبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر سنة 2011.
3. إدريس عبد الجواد عبد الله بريك، ضمانات المشتبه فيه في مرحلة الاستدلال، دراسة مقارنة، بدون رقم الطبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر 2005.
4. أحسن بوسقيعة، التحقيق القضائي، الطبعة السادسة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2006.
5. أحمد أبو الروس، التحقيق الجنائي والتصرف فيه والأدلة الجنائية، بدون رقم الطبعة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر 1998.
6. أحمد الشافعي، البطلان في قانون الإجراءات الجزائية، الطبعة الثانية، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر سنة 2006.
7. أحمد عبد الحميد الدسوقي، الحماية الموضوعية والإجرائية لحقوق الإنسان في مرحلة ما قبل المحاكمة، دراسة مقارنة، بدون رقم الطبعة، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر 2009.
8. أحمد عوض بلال، قاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة بطرق غير مشروعة في الإجراءات الجنائية المقارنة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2003.
9. أحمد فتحي بهنيسي، موقف الشريعة من نظرية الدفاع الاجتماعي، الطبعة الثانية، دار الشروق، القاهرة، مصر 1984.
10. د/ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، بدون رقم الطبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1981.
11. أحمد فتحي سرور، أصول السياسة الجنائية، بدون رقم الطبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر سنة 1972.
12. أحمد فتحي سرور، الحماية الجنائية في الحياة الخاصة، بدون رقم الطبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1976.
13. أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، بدون رقم الطبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر سنة 1996.

14. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، الطبعة الثانية، دار الشروق، القاهرة، مصر 2005.
15. أحمد نشأت، رسالة الإثبات، الطبعة السابعة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر بدون سنة الطبع.
16. أسامة محمد الصغير، البصمات ووسائل فحصها وحجتها في الإثبات الجنائي، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر سنة 2005.
17. أسامة محمد الصغير، البصمة الوراثية وسائل حفظها وحجيتها في الإثبات الجنائي، بدون رقم الطبعة، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر .
18. أشرف توفيق شمس الدين، الجينات الوراثية والحماية الجنائية للحق في الخصوصية، دراسة مقارنة، بدون رقم الطبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2006.
19. العربي الشحط عبد القادر ونبيل صقر، الإثبات في المواد الجزائية، بدون رقم الطبعة، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر سنة 2004.
20. العيشاوي عبد العزيز، أبحاث في القانون الدولي الجنائي، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر سنة 2006.
21. أمال عبد الرحيم عثمان، شرح قانون الإجراءات الجنائية، بدون رقم الطبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر سنة 1975.
22. أيمن عبد الله فكري، جرائم نظم المعلومات، بدون رقم الطبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر 2007.
23. برانس أنيس، الأدلة الجنائية، الطبعة الأولى، الدار العربية للعلوم، بيروت، لبنان سنة 2006.
24. جمال جرجس مجلع تاوضروس، الشرعية الدستورية لأعمال الضبطية القضائية، بدون رقم الطبعة، الدار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر 2006.
25. جمعة عبد المجيد حسن شعبان خضر، مخلفات الجريمة ودروها في الإثبات في مرحلتي التحقيق والمحاكمة في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي المصري، دراسة مقارنة، بدون رقم الطبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر سنة 2012.
26. جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، الجزء الأول، بدون رقم الطبعة، المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر والإشهار، الرويبة، الجزائر سنة 1996.
27. حسام الدين الاهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة، بدون رقم الطبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر سنة 1978.
28. حسن محمد إبراهيم، الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي، دون رقم الطبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1981.

29 . حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في التحقيق الجنائي، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر سنة 1990.
30. حسن يوسف مقابلة، الشرعية في الإجراءات الجنائية، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، سنة 2003.
31. حسنين المحمدي بوادي، الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي، دون رقم الطبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر سنة 2005.
32. حمدي الجاسم، أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الأول، مطبعة العالي، بغداد، العراق سنة 1962.
33. خالد محمد محمد الحمادي، الثورة البيولوجية ودورها في كشف الجريمة، دون رقم الطبعة والناشر، سنة 2005.
34. خليفة على الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دراسة مقارنة، بدون رقم الطبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر 2004.
35. درياد ملكية، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، الطبعة الأولى، منشورات عشاشي، دار الرسالة، الجزائر سنة 2003.
36. رضا عبد الحليم عبد المجيد، الحماية الجنائية للجين البشري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر سنة 1998.
37. رمضان غسمون، الحق في محاكمة عادلة، الطبعة الأولى، دار الألمعية للنشر والتوزيع، قسنطينة، الجزائر، سنة 2010.
38. رمسيس بهنام، البوليس العلمي أو فن التحقيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر عام 1997.
39. رمزي رياض عوض، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دراسة مقارنة، دون رقم الطبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر سنة 2004.
40. رؤوف عبيد، المشكلات العلمية الهامة في الإجراءات الجنائية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر سنة 1980.
41. رؤوف عبيد، التسيير والتخيير بين الفلسفة العامة وفلسفة القانون، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة ، مصر سنة 1984.
42. رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، دار الجيل للطباعة والنشر، الطبعة الثانية عشر، القاهرة، مصر سنة 1985.
43. رؤوف عبيد، ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف في التحقيق، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر سنة 1986.

44. زبدة مسعود، القرائن القضائية، الطبعة الأولى، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2011.
45. سعيد عبد اللطيف حسن، الحكم الجنائي الصادر بالإدانة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1989.
46. سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجزائية في التشريع والقضاء والفقه، الطبعة الثانية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان سنة 1999.
47. سليمان عبد المنعم، بطلان الإجراء الجنائي، بدون رقم الطبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر سنة 2002.
48. سمير الجنزوري، الأسس العامة لقانون العقوبات مقارنا بأحكام الشريعة الإسلامية، دون رقم الطيعة، مطبعة دار نشر الثقافة، القاهرة، مصر 1977.
49. المحامي سمير فرنان بالي، الإثبات الفني والعلمي – اجتهادات قضائية، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان سنة 2009.
50. صفاء عادل سامي، حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان سنة 2012.
51. ضياء عبد الله عبود جابر الأسدي، حق السلامة في جسم الإنسان، الطبعة الثانية، منشورات زفي الحقوقية، بيروت لبنان 2011.
52. طارق صديق رشيد كه ردي، حماية الحرية الشخصية في القانون الجنائي، دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 2011.
53. عبد الحكيم فودة وسالم حسن الدميري، الطب الشرعي، دون رقم الطبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر سنة 1996.
54. عبد المنعم سالم أشرف الشيباني، الحماية الجنائية للحق في أصل البراءة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1987.
55. عبد الحميد الشواربي، ضمانات المتهم في مرحلة التحقيق الجنائي، بدون رقم الطبعة، منشأة المعارف، ألإسكندرية، مصر 1992.
56. عبد الحميد الشواربي، الدفوع الجنائية، بدون رقم الطبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 1995.
57. عبد الحميد عمارة، ضمانات الخصوم أثناء مرحلة المحاكمة الجزائية في التشريعين الوضعي والإسلامي، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة، الجزائر 2010.

58. عبد الفتاح بيومي حجازي، مكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنيت في القانون العربي النموذجي، الطبعة ألأولى، دار الفكر العربي، القاهرة مصر 2007.
59. عبد الفتاح مراد، التحقيق الجنائي الفني والبحث الجنائي، الطبعة الثانية، بدون دار النشر والسنة.
60. علي خليل، اعتراف المتهم فقها وقضاءا، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر سنة 2004.
61. عصام أحمد البهجي، حماية الحق في الحياة الخاصة في مواجهة الصحافة، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر 2005.
62. علي أحمد عبد الزغبي، حق الخصوصية في القانون الجنائي دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس لبنان سنة 2006.
63. فاضل زيدان محمد، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن 2006.
64. فريد الزغبي، الموسوعة الجزائية اللبنانية الحديثة، الكتاب الأول، المدخل للحقوق والعلوم الجزائية، الطبعة الثالثة، بيروت لبنان سنة 1992.
65. فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر سنة 2000.
66. قدرى عبد الفتاح الشهاوي، الموسوعة الشرطية القانونية، بدون رقم الطبعة، دار عالم الكتب، القاهرة، مصر سنة 1987.
67. قدرى عبد الفتاح الشهاوي، البحث الفني – "الدليل المادي والتحقيق الجنائي"، بدون رقم الطبعة، عالم الكتب، القاهرة، مصر سنة 1991.
68. قدرى عبد الفتاح الشهاوي، أدلة مسرح الجريمة، دون رقم الطبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر سنة 1997.
69. قدرى عبد الفتاح الشهاوي، أساليب البحث العلمي الجنائي والتقنية المتقدمة، دون ذكر رقم الطبعة، منشأة المعار،فالإسكندرية، مصر سنة 1999.
70. كامل مصطفى، مسائل عملية أمام المحاكم الجزائية، بدون رقم الطبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر سنة 1986.
71. مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، بدون رقم الطبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر 1988.
72. مبدر الويس، أثر التطور التكنولوجي على الحريات العامة، دون رقم الطبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر.

73. محمد الشهاوي، الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة، بدون رقم الطبعة، درا النهضة العربية، القاهرة، مصر 2005.
74. محمد أحمد عابدين، الأدلة الفنية للبراءة والإدانة في المواد الجنائية، بدون رقم الطبعة، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر سنة 1994.
75. محمد أحمد غانم، الجوانب القانونية والشرعية للإثبات الجنائي بالشفرة الوراثية، DAN، دون رقم الطبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر 2010.
76. محمد أنور عاشور، الموسوعة في التحقيق الجنائي العلمي، الطبعة الثانية، عالم الكتب، القاهرة، مصر سنة 1987.
77. محمد خميس، الإخلال بحق الدفاع، بدون رقم الطبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر سنة 2001.
78. محمد محمد محمد عنب، معاينة مسرح الجريمة- الجانب القانوني الشرطي- دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دون دار النشر، سنة 1988.
79. محمد فاروق عبد الحميد كامل، القواعد الفنية الشرطية للتحقيق والبحث الجنائي، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الطبعة الأولى، الرياض المملكة العربية السعودية، سنة 1999.
80. محمد الطراونة، ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية- دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ألأردن سنة 2003.
81. محمد لطفي عبد الفتاح، القانون الجنائي واستخدامات التكنولوجيا الحيوية، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون، المنصورة مصر سنة 2010.
82. محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار الهدى عين مليلة، الجزائر.
83. محمد مروان، نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر سنة 1999.
84. محمد علي سكيكر، أدلة الإثبات الجنائي في ضوء التشريع والقضاء والفقه، دون رقم الطبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر 2011.
85. مروك نصر الدين، محاضرات في الإثبات الجنائي، الجزء الثاني، أدلة الإثبات الجنائي، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر سنة 2004.
86. محمد زكي أبو عامر، الإثبات في المواد الجنائية، بدون رقم الطبعة والسنة، الدار الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر.

87. محمد زكي أبو عامر، الحماية الجنائية للحرية الشخصية، بدون رقم الطبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر 2011.
88. مدني عبد الرحمن تاج الدين، أصول التحقيق الجنائي وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، مركز البحوث، معهد الإدارة العامة، الرياض، المملكة العربية السعودية سنة 2004.
89. محمود محمود مصطفى، الإثبات في المواد الجنائية، الجزء الأول، النظرية العامة، الطبعة الأولى، مطبعة جامعة القاهرة، مصر سنة 1977.
90. محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1986.
91. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1994.
92. ممدوح خليل بحر، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي، بدون رقم الطبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر سنة 1993.
93. مصطفى العوجي، حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية، الطبعة الأولى، مؤسسة نوفل، بيروت لبنان سنة 1989.
94. مصطفى محمد الدغيدي، التحريات والإثبات الجنائي، بدون رقم الطبعة، مطابع جامعة المنيا المركزية، مصر، سنة 2002.
95. منصور عمر المعايطة، الأدلة الجنائية والتحقيق الجنائي، الطبعة الأولى، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان الأردن سنة 2000.
96. نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، بدون رقم الطبعة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر سنة 2009.
97. نبيل مدحت سالم، الخطأ غير العمدي- دراسة مقارنة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم غير العمدية، الطبعة الثانية، درا النهضة العربية، القاهرة، مصر سنة 1987.
98. نبيلة هبة هروال، الجوانب الإجرائية لجرائم الانترنيت في مرحلة جمع الاستدلالات، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، سنة 2006.
99. نسرين عبد الحميد نبيه، هل يجوز اللجوء إلى التنويم المغناطيسي والعقاقير المخدرة كوسيلة لاستدراج المتهم لمعرفة الحقيقة أثناء التحقيقات، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، سنة 2010.
100. نظير فرج منا، الموجز في الإجراءات الجزائية الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر سنة 1992.

101. هلالي عبد الإله أحمد، الحقيقة بين الفلسفة العامة والإسلامية وفلسفة الإثبات الجنائي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة مصر 1987.
102. يوسف الشيخ يوسف، حماية الحق في حرمة الأحاديث الخاصة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة مصر 1998.
103. آمال عبد الرحيم عثمان، الخبرة في المسائل الجنائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة مصر سنة 1964.
104. حسن على حسن السمنى، شرعية الأدلة المستمدة من الوسائل العلمية، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة القاهرة مصر 1983.
105. سامي صادق الملا، اعتراف المتهم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر 1968.
106. عبد الله أوهايبية، ضمانات الحرية الشخصية أثناء مرحلة البحث التمهيدي- الاستدلال، رسالة دكتوراه دولة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر سنة 1992.
107. عبد الله عبد العزيز الفحام، أحكام استخدام وسائل التحقيق الحديثة، رسالة دكتوراه، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، سنة 2010.
108. عزت الدسوقي، قيود الدعوى الجنائية - بين النظرية والتطبيق، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة مصر سنة 1986.
109. كنزة فواز الشماط، الحق في الحياة الخاصة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، سوريا سنة 2005.
110. مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية- دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه دولة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر سنة 1998.
111. أحمد أبو القاسم أحمد، الإثبات العلمي ومشكلات التطبيق، مجلة الأمن والقانون، السنة الخامسة، العدد الأول، يناير 1997.
112. إبراهيم مصطفى الكوسا، قرينة افتراض براءة المتهم في الدعوى الجزائية، بحث غير منشور مقدم لقسم الدراسات العليا، فرع العلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة دمشق سوريا.
113. أحمد محمد خليفة، مشروعية تسجيل الصوت في التحقيق الجنائي، مجلة الأمن العام، العدد الأول، إبريل 1985.

114. القاضي البشير بوحبة، نظرات في القانون المتعلق بالتقاط المكالمات – دراسة مقارنة- المجلة المغربية الاقتصاد والقانون، العدد9 -10 نوفمبر 2004، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة محمد الأول، وجدة، المملكة المغربية.

115. بكر القباني، الحريات والحقوق العامة في ظل حالة الطوارئ، أعمال اتحاد المحامين العرب، مركز اتحاد المحامين العرب للبحوث والدراسات القانونية سنة 1989.

116. ثائر مرهج غندور، حق المتهم في الصمت – دراسة مقارنة، بحث غير منشور مقدم لقسم الدراسات العليا، دبلوم القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة دمشق سوريا سنة 1994.

117. حسن إبراهيم، تحقيق شخصية الإنسان بالطرق غير التقليدية، مجلة الفكر الشرطي، المجلد الأول، العدد الأول، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة يوليو 1992.

118. جورج – ب ج، إجراءات ما قبل المحاكمة في النظام الأمريكي، مقال مقدم للمؤتمر الثاني للجمعية المصرية للقانون الجنائي، أفريل 1998.

119. راضي عبد المعطي السيد، بصمة المخ والإثبات الجنائي، مجلة الأمن والحياة، العدد 273 سنة 24 مارس أفريل 2005، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض المملكة العربية السعودية.

120. رمسيس بهنام، نطاق الحق في حرمة الحياة الخاصة، بحث مقدم لمؤتمر الحق في حرمة الحياة الخاصة المنعقد في كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ما بين 4 – 6 جوان 1987 مصر.

121. عبد الله محمد الوصف، حجية البصمات في ألإثبات الجنائي، مجلة ألأمن والحياة، العدد 274 سنة 24 ماي 2005، جامع نائف العربية للعلوم الأمنية، الرياض المملكة العربية السعودية.

122. البروفيسور عادل عبد الحفيظ التومي، أستاذ ورئيس قسم الطب الشرعي والسموم، كلية الطب جامعة الأزهر، الدليل الفني والطب الشرعي، مجلة الأمن والقانون، الصادرة عن كلية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، السنة الرابعة، العدد الثاني، يوليو 1996.

123. غنام محمد غنام، حق المتهم في محاكمة سريعة في القانون الأمريكي، مجلة الحقوق الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة الكويت، السنة السادسة عشر، العدد 3 و4، سبتمبر/ ديسمبر 1992.

124. علي حسن الطوالبة، مشروعية الدليل الإلكتروني المستمدة من التفتيش الجنائي – دراسة مقارنة، بحث مقدم، كلية الحقوق، جامعة العلوم التطبيقية، البحرين سنة 2009.

125. فايز عبد الله الكندري، مشروعية الاستنساخ الجيني البشري من الوجهة القانونية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة الثانية والعشرون، العدد الثاني جوان 1998.

126. فتيحة محمد قوراري، حق المتهم في المحاكمة خلال مدة معقولة – دراسة مقارنة في النظامين الأنجلو أمريكي واللاتيني، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة الثلاثون، العدد الثالث، ديسمبر 2006.

127. فواز العلى، التحري عن البصمات، مجلة الطب الشرعي والعلوم الجنائية، الرابطة السورية للطب الشرعي، الصادرة عن جامعة دمشق، العدد الأول، أفريل 2001.
128. محمد محدة، السلطة التقديرية للقاضي الجزائي، مجلة البحوث والدراسات، العدد الأول السنة الأولى، أفريل 2004 المركز الجامعي بالوادي، الجزائر.
129. محمد حجار، العوامل النفسية التي تؤثر على دقة الشهادة والإثبات واستجواب المتهم، مجلة الفكر الشرطي، المجلد الثاني، سبتمبر 1993، الشارقة الإمارات العربية المتحدة.
130. محمد محي الدين عوض، حقوق المجني عليه في الدعوى العمومية، مقال مقدم للمؤتمر الثالث لجمعية المصرية للقانون الجنائي، القاهرة في الفترة ما بين 12 -14 مارس 1989، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة 1990.
131. محمد عبد العزيز خليفة، مشروعية استخدام الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي- الأدلة المعنوية، مجلة الفكر الشرطي، المجلد الأول، العدد الثاني، أكتوبر 1992، صادرة عن شرطة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة.
132. محمد بازي، الإثبات الجنائي والمستجدات العلمية، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، العدد 40 سنة 2003، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، المملكة المغربية.
133. محمود محمد عبد الله، بصمات غير الأصابع ودورها في تدعيم عملية الإثبات الجنائي، مجلة الفكر الشرطي، العدد الثالث، ديسمبر 1993 شرطة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة.
134. ممدوح خليل بحر، نطاق حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته الوجدانية، مجلة الشريعة والقانون السنة الثامنة عشر، العدد 21 جوان 2004، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة.
135. مروك نصر الدين، الحق في الخصوصية، مقال منشور بمجلة الصراط، السنة الرابعة، العدد 7، جوان 2003، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر.
136. ناصر عبد الله اليمان، البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، مجلة الشريعة والقانون، العدد الثامن عشر، يناير 2003، جامعة الإمارات العربية المتحدة.
137. وجدي عبد الفتاح سواحل، علم البصمات البشرية من بصمة البنان إلى البصمة الوراثية، مجلة الأمن والحياة، العدد 277 السنة الرابعة والعشرون، يوليو أغسطس 2005. جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض المملكة العربية السعودية.

138. سامي ناجي، تاريخ التحقيق ومستحدثات العلم، مقال مقدم أمام المؤتمر الثاني للجمعية المصرية للقانون الجنائي، المنعقد بالإسكندرية، مصر في الفترة من 9 إلى 12 أبريل 1988، العنوان " حماية حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية في مصر وفرنسا والولايات المتحدة".
139. البروفيسور على جمال الدين عبد العال، رئيس قسم الطب الشرعي، كلية الطب، جامعة القاهرة، مجلة الأمن والقانون، السنة الثالثة، العدد الأول يناير 1995، كلية شرطة طبي، الإمارات العربية المتحدة.
140. مجموعة أعمال اتحاد المحامين العرب خلال الفترة ما بين 1985 إلى 1989، بعنوان" "أزمة حقوق الإنسان في الوطن العربي".
141. الندوة العربية لحماية حقوق الإنسان في قوانين الإجراءات الجنائية في العالم العربي، القاهرة من 16 إلى 20 ديسمبر 1989، المنظم من طرف المعهد الدولي العالي للدراسات الجنائية بسيراكوزا إيطاليا بالاشتراك مع الجمعية المصرية للقانون الجنائي.
142. المؤتمر الثاني للجمعية المصرية للقانون الجنائي، الإسكندرية من 9 إلى 12 أبريل 1988 تحت عنوان:" حماية حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية في مصر وفرنسا والولايات المتحدة".
143. المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي، القاهرة من 12 إلى 14 مارس 1989 تحت عنوان: "حقوق المجني عليه في الإجراءات الجنائية".
144. نشرة القضاة عدد 4 سنة 1969
145. نشرة القضاة عدد 5 سنة 1969
146. نشرة القضاة عدد 4 سنة 1989.
147. المجلة القضائية للمحكمة العليا العدد 2 سنة 1989.
148. المجلة القضائية للمحكمة العليا العدد 4 سنة 1989.
149. المجلة القضائية للمحكمة العليا العدد 1 سنة 1990.
150. المجلة القضائية للمحكمة العليا العدد 3 سنة 1990.
151. المجلة القضائية للمحكمة العليا العدد 4 سنة 1990.
152. المجلة القضائية للمحكمة العليا العدد 3 سنة 1991.
153. المجلة القضائية للمحكمة العليا العدد 1 سنة 1992.
154. المجلة القضائية للمحكمة العليا العدد 2 سنة 1992.
155. المجلة القضائية للمحكمة العليا العدد 2 سنة 1994.
156. المجلة القضائية للمحكمة العليا العدد 2 سنة 2004.
157. المجلة القضائية للمحكمة العليا العدد 1 سنة 2005.

158. Mohamed Tahmi, La Notion de Vérité en morale et en Droit – Entreprise National. du livre Alger, Algérie 1990.

159. R. Merle et Vitu, Traité de droit criminel, Tome II, Procédure pénale, 3eme éditon Sery, Paris, France 1979.

160. P. Partenale, La protection de conversation en droit privé, étude comparative de droit American Anglais, Canadian, Français et québécois, Sery , Paris 1967.

161. Davide. Baiguin, Les Méthodes scientifiques de recherche de vérité, Revue internationale de droit pénal, 43eme Année 3eme et 4eme trimestre, Paris, France 1972.

162. G Heuyer, Les Méthodes Scientifiques de recherche de vérité, Revue internationale de droit pénal, 43eme Année 3 et 4 trimestre, Paris, France 1972.

163. G Stefani Levasseur, Les Méthodes Scientifiques de recherche de vérité, Revue internationale de droit pénal, 43eme Année 3 eme et 4 eme trimestre, Paris, France 1972.

164. H. Batifol, Observations sur la preuve des faits, étude publié par ch Perelman, et P. Foriers, Travaux du centre National de Recherche de logique, "La preuve en Droit", Société Anonyme d'éditions juridique et Scientifique, Bruxelles, 1981.

165. Jean Pradel, La protection de droit de l'homme on cours de la phase préparatoire du procès pénal, Deuxième conférence du groupe Egyptiens de l'association internationale de droit pénal, Avril 1988.Publier par Eles, Paris 1989.

166. J. Susini, Place et partée du polygraphe dans la recherche judicaire de la vérité, Revue internationale de droit pénale, 43eme Année 3 et 4 trimestre, Paris, France 1972.

167. R. F Lebris, Les problèmes juridiques posés par la Narco, Diagnostic et la Narco, Analyse, en droit Français, Revue

international de droit pénal, 43eme Année 3 et 4 trimestre, Paris, France 1972.

168. Vassali. G, Les Méthodes Scientifiques et leur incidence sur l'intergrité de la personne humaine, Revue internationale de droit pénal, 43eme Année 3 et 4 trimestre, Paris, France 1972.