الضرورة الاجرائية في مرحلة التحقيق االابتدائي

Procedural necessity at the preliminary investigation stage

م.م مروة حسن لعيبي
Marwa Hassan Alibi
جامعة الإمام جعفر الصادق/ كلية القانون.
Marwa.hassan.@sadiq.edu.iq

أ.م.د صباح سامي داود
Sabah Sami Dawud
جامعة بغداد/ كلية القانون
sabahsami@yahoo.com

الملخص

تخضع الإجراءات الجنائية بشكل عام لمبدأ الشرعية الإجرائية ، مما يعني أن الإجراءات الجنائية تخضع للقانون والالتزام الإجرائي للشخص بعدم انتهاكها. ومع ذلك ، قد تكون هناك ظروف أو حالات يكون فيها التدخل ضروريًا لتحقيق هدف قانون الإجراءات الجنائية ، أي الكشف عن الحقيقة سواء كان ذلك في مصلحة المتهم أو في مصلحة المجتمع الذي يمثله الضحية ، تسمى هذه القضايا "ضرورة إجرائية. والضرورة الإجرائية استثناء يقدمه المشرع إلى الأصل الإجرائي من أجل تحقيق مصلحة الإفصاح ، التي تسعى إليها القاعدة الإجرائية بشكل أساسي والتي لا يمكن تحقيقها في ظل ظروف قاهرة معينة.

وهذه الضرورات تبررها أسباب أمنية أو تنظيمية تهدف إلى تحقيق العدالة والمصلحة العامة في كشف الحقيقة التي تؤدي إلى الجريمة والفاعلين والظروف. تفترض الضرورة الإجرائية في التحقيق الأولي أن الغرض من التحقيق يظل كما هو في كل إجراء. قد يتم تنفيذها من قبل سلطة غير الهيئة المحددة في القانون وكذلك انتهاك الشكل المطلوب بموجب القانون في الإجراء ، مع بقاء نفس التأثير في الإجراء في حالات معينة.

Abstract

Criminal proceedings are generally subject to the principle of procedural legality, which means that criminal proceedings are subject to the law and a person's procedural obligation not to violate it However, there may be circumstances or situations in which intervention is necessary to achieve the objective of the Code of Criminal Procedure, namely, to reveal the truth Whether it is in the interest of the accused or in the interest of the community represented by the victim, these cases are called "procedural necessity. Procedural necessity is an exception provided by the legislator to the procedural origin in order to achieve the interest of disclosure, to which the procedural rule essentially seeks which cannot be achieved under certain compelling circumstances.

These imperatives are justified by security or organizational reasons aimed at achieving justice and public interest in revealing the truth that leads to crime , perpetrator and circumstances. Procedural necessity in a preliminary investigation assumes that the purpose of the investigation remains the same in each proceeding. It may be performed by an authority other than the body specified in the law as well as a violation of the form required by the law in the procedure, with the same effect remaining in the procedure in certain cases.

المقدمة

يحدثنا تطور التشريع ان العدالة الجنائية كانت دائما مرآة كل عدالة اجتماعية وسياسية ، وان التشريع الجنائي كان دائما السياج الفعلي لحريات الافراد ، فحيثما استقامت موازين هذه العدالة فقد استقامت في نفس الوقت دعائم الحياة الكريمة شاهدة بعدل الحاكمين وطمأنينة المحكومين ،وعلى العكس من ذلك كان اي خلل في هذه الموازين مقدمة لهوة عميقة سرعان ما ابتلعت افضل القيم واقوى هدفا ساميا ،ولاسبيلا للإنسانية مرسوما ،لذا تعنى الشرائع الاجرائية في كافة الدول بوضع ضمانات كافية للوصول بسفينة الدعوى الجزائية الى بر الامان ،وتعتبرها جزء لا يتجزأ من ميثاق مقدس بين الحاكمين والمحكومين نابع من

احساس فطر عليه الانسان يدفعه دفعا الى محاولة تحقيق العدالة مهما كان الطريق اليها شاقا ومرا وكراهية الابتعاد عنها مهما كان الطريق اليه سهلا هينا.

وتخضع الاجراءات الجنائية عموما الى مبدأ الشرعية الاجرائية والذي يعني خضوع الاجراءات الجزائية للقانون والتزام الشخص الاجرائي بعدم مخالفته ،الا انه قد تطرأ ظروف او حالات تستدعي التدخل ضرورةً لتحقيق غاية قانون اصول المحاكمات الجزائية وهي الكشف عن الحقيقة سواء كانت تنصب في مصلحة المتهم ام في مصلحة المجتمع ممثلا عن المجنى عليه وهذه الحالات تسمى ب "الضرورة الاجرائية "وهو موضوع دراستنا والذي سنخصصه في مرحلة التحقيق الابتدائي.

ان النقطة الحرجة التي ينبغي مراعاتها هي الموازنة بين مصلحة المجتمع في الكشف عن الحقيقة ومصلحة المتهم في عدم انتهاك ضماناته ،خاصة وانه لم تثبت عليه ادلة دامغة في الإدانة ولم توجه اليه التهمة بعد ،وان اي اخلال في هذه الموازنة من شأنه ان يعرض الاجراء للبطلان سواء كان هذا الاجراء لصالح المتهم ام لصالح المجنى عليه والمجتمع .وعليه سنتبع منهجا استقرائيا تحليلا للغوص في النصوص الاجرائية في نطاق مرحلة التحقق الابتدائي –مسترشدين بالعلة من النص للكشف عن احوال الضرورة الاجرائية التي نص عليها قانون اصول الحاكمات الجزائية ،اذ سنقسم البحث على مطلبين وتمهيد :نبحث في التمهيد عن مفهوم الضرورة بشكل عام ومفهومها القانوني في كل فرع من فروع القانون ،وسنتناول في المطلب الاول دراسة مفهوم الضرورة الاجرائية من خلال بحثها في ثلاث فروع، نخصص الاول لتعريفها واساسها، ونبحث في الثاني ذاتيتها، ونخصص البحث في الفرع الثالث لشروطها .اما المطلب الثاني فسنخصصه لبحث الضرورة الاجرائية في مرحلة التحقيق الابتدائي ،اذ سنقسم البحث فيه على فرعين :نتناول في الاول بحث الضرورة الاجرائية وضمانات التحقيق ، ونخصص الفرع الثاني لبحث الضرورة الاجرائية واجراءات التحقيق الابتدائي.

تمهيد :

يعد التشريع الاداة التي لا غنى للمشرع من اعتمادها اذا ما اراد تنفيذ سياسة الدولة في المجالات المتنوعة ،سياسية كانت تلك المجالات ام اجتماعية ام اقتصادية ام ثقافية اذ ان ذلك الامر يستدعي ان تتوفر لدى المشرع الرؤى الواضحة والمحددة حول المعالجات القانونية اللازمة للنهوض بتلك المجالات

،فالسياسة التشريعية تستلزم ادراك الواقع الاقتصادي والاجتماعي والثقافي والسياسي في المجتمع ووضع تصور او سياسة لتغير او تبديل او تنظيم هذا الواقع ، فالسياسة القانونية او التشريعية تعني تحديد هدف معين او غاية معينة يراد تحقيقها بعد دراسة الواقع الاجتماعي والاقتصادي والسياسي وتحديد ما يراد تبديله او تغيره او تنظيمه بواسطة القانون [1]

ان التشريع لا يسن الا من الجهة المختصة دستوريا وهي السلطة التشريعية وعلى السلطة التشريعية اذا ما رأت ان تسن قانونا معينا ، التقيد ب الاصول الشكلية التي رسمها الدستور ، وان تتوفر الاسباب الموجهة الى سن ذلك القانون ، وان يبغي من يسن ذلك القانون تحقيق المصلحة العامة ،فضلا عما ذكر يستوجب ان يكون لذلك التشريع محل محدد ، يتمثل بالاثار التي تتحقق قِبل من تطالهم نصوصه. ومن استجلاء العلاقة بين تلك الاركان يمكن تحديد موقع كل من الضرورة والتناسب فيها فالضرورة تجد موقعها في ركني السبب والغاية ، ذلك ان ضرورة التدخل التشريعي يكمن ورائها اسبابا (قانونية وواقعية) تدعو اليها ، كأن يتدخل المشرع بالتجريم عندما يجير له القانون ذلك ، وعندما تتحقق الاسباب الملجئة الى ذلك التجريم بالنظر الى ما قد يتولد عن الجريمة من اضرار اجتماعية وفردية او ما يمكن ان تسفر عن مواجهتها ، كما ان ضرورة التجريم تلتمس من خلال ما ينبغي المشرع الوصول اليه من حفاظ على المصالح الجديرة بالاعتبار ،عامة كانت ام خاصة وهو ما يحقق ركن الغاية من التشريع .

والجدير بالذكر ان الحديث عن الضرورة بشكل عام لا يقيد بطبيعة الحال اقتصاره على القانون بصفة عامة والقانون الجنائي بصفة خاصة ، ذلك ان لها معنى في كل مجال من مجالات الحياة كذلك بالنسبة للمجال القانوني اذ ان نظرية الضرورة تعد من النظريات العامة في المجال القانوني ، اذ انها موجودة في معظم القوانين سواء كان القانون العام بجميع اقسامه ام القانون الخاص او القانون الجنائي ، وجوهر الضرورة واحده بكافة فروع القانون انما الاختلاف يكمن باختلاف المصالح التي تحميها تللك القوانين .

فالضرورة في نطاق القانون الدستوري تقوم كلما واجهت الدولة حالة اخطار معينة سواء داخلية ام خارجية لا تسطيع مواجهتها او مفاداتها الا بالتضحية بالاعتبارات الدستورية التي لا يمكن تجاوزها في

[1] ينظر :د منذر ابراهيم الشاوي ،فلسفة القانون ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،الاردن ،2009،ص 202.

الحالات والظروف الطبيعية العادية [1]. وقد منحت المادة (62/تاسعا)من دستور جمهورية العراق لمجلس النواب صلاحية الموافقة على اعلان حالة الطوارئ بأغلبية الثلثين بناء على طلب مشترك من رئيس الجمهورية ورئيس الوزراء وتكون لمدة ثلاثين يوما قابلة للتجديد وبموافقة عليها في كل مرة ،ويخول رئيس مجلس الوزراء الصلاحيات اللازمة التي تمكنه من ادارة شؤون البلاد في اثناء مدة اعلان الطوارئ.وقد تولى امر الدفتع عن السلامة الوطنية رقم (1)لسنة 2004 معالجة الاوضاع الاستثنائية وتطرق الى المبررات والاسباب التي تدعو الى اعلان حالة الطوارئ واعمال نظرية الظروف الاستثنائية قبل السلطة التنفيذية .[2]

اما في القانون المدني فهي ترد في نطاق المسؤولية بوصفها سببا من اسباب التخفيف او الاعفاء من المسؤولية لاتقاء الخطر وتُعرف بأنها اضطرار الانسان الى دفع الضرر او الخطر عن نفسه او الغير مسببا ضرر للآخرين ،او هي ظروف تحيط بالشخص وتدفعه لاتقاء ضرر يهدده ،الى الاضرار ب الغير [3] .وعلى ذلك اكدت المادة (212)من القانون المدني العراقي رقم 40لسنة 1951 اذ نصت على ان :"الضرورات تبيح المحظورات ولكنها تقدر بقدرها 2-فمن احدث ضررا وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه او عن غيره ،كان غير مسؤول على ان لا يجاوز ذلك القدر الضروري والا اصبح ملزما بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة . [4]

اما الضرورة في القانون الاداري فمجملها وجود حالة طارئة تستلزم التصرف السريع من جانب السلطة التنفيذية لمواجهة خطر داهم او ضرر جسيم محدق وحال يهدد الدولة او سلامتها ،ويكون هذا التصرف خروجا عن القواعد القانونية في الحالات الطبيعية او استنادا عليها وهذا الخروج هو الوسيلة الوحيدة لدرء ذلك الخطر او الضرر ،ولهذه النظرية صورتان هما: حالة الاستعجال وحالة القوة القاهرة التي تستدعي ذلك

---

[1] ينظر د .محمد حميد عبد ،الضرورة والتناسب في التجريم والعقاب ،اطروحة دكتوراه ،جامعة بابل ،ص 28. د فهد يوسف عبد الله الجمعة ،الرقابة البرلمانية على مراسيم الضرورة ،مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ،ع 69،2009،ص320.

[2] ومن بين الحالات التي ذكرها القانون والتي تستوجب اعلان حالة الطوارئ هي "تعرض الشعب لبعراقي لخطر جسيم حال "ومن ذلك جاء تأسيس خلية الازمة العراقية بالامر 55 لسنة 2020.

[3] للاستزادة ينظر :د حسن كيره ،المدخل لدراسة القانون ،منشأة المعارف ،الاسكندرية ص 27.

[4] للاستزادة ينظر :د ايهاب طارق عبد العظيم ، علاقة الفرد بالسلطة في الظروف الاستثنائية ،القاهرة ،2005،ص57ومابعدها.

التدخل [1] .وقد سن المشرع العراقي على مستوى التشريعات العادية عدة قوانين لتنظيم سلطات واختصاصات الادارة في حالة الضرورة منها قانون الدفاع عن السلامة الوطنية رقم (1)لسنة 2004 .

الجدير بالذكر ان اعمال نظرية الظروف الاستثنائية يؤدي باللادارة الى استعمال الطرق غير العادية في ادارة الازمات ،وذلك خروجا على الاساليب الاعتيادية التي تلجأ لها في الظروف العادية في ادارة البلاد واشباع الحاجات العامة لافراد المجتمع ،حيث يمنح القانون للادارة في ظل هذه الظروف القيام بأجراءات مما لا يدخل في اختصاصها في الظروف العادية من بينها منح الادارة صلاحيات جزائية خلافا للاصل العام لصيانة النظام العام في الظروف الاستثنائية مثال ذلك ،في ظل تفشي وباء كرونا قامت خلية الازمة برئاسة وزير الصحة بفرض عقوبة الحبس 30 ثلاثين يوما لمن يخالف اجراءات حظر التجوال اضافة الى فرض الغرامات على اصحاب العجلات ممن يخالف اجراءات الحظر .ان هذا الاجراء يعد تجالوزا على اختصاص السلطة التشريعة لو اتخذ في الظروف العادية .و قد تتجاوز الادارة اختصاص السلطة القضائية عندما تكون هناك ظروف استثنائية حيث خول امر الدفاع عن السلامة الوطنية في المادة (3) منه رئيس الوزراء او من يخوله صلاحيات جزائية تتمثل في التوقيف والتفتيش دون اذن السلطات المختصة في الحالات الملحة للغاية وكذلك القبض ووضع القيود على حرية المواطنين او الاجانب في العراق في الجرائم المشهودة او التهم الثابته بأدلة وقرائن كافية وكذلك احتجاز المشتبه بسلوكهم وتفتيشهم وتفتيش منازلهم واماكن العمل ولرئيس الوزراء او من يخوله ممارسة هذه الصلاحيات الجزائية وغيرها بموجب اوامر او بلاغات او بيانات تحريرية تنشر في وسائل الاعلام المرئية والمسموعة والمكتوبة مع تحديد تاريخ سريانها ومدتها.

اما نظرية الضرورة في القانون الدولي العام فأنها تقوم على مبدأ مقتضاه ان لكل دولة الحق في ان تعمل ما في وسعها للمحافظة على كيانها ،وذلك استنادا الى حقها في البقاء ،ولها من اجل ذلك ان تتخذ

---

[1] ينظر : د عزيزة الشريف ،الاختصاص التشريعي في حالات الضرورة ،دار المنظومة ،1998، ص 55 . د :ماجد احمد صالح العدوان ،المفهوم القانوني لتطور تطبيقات نظرية الضرورة في القانون الاداري (على استقبال الاجئين السورين "دراسة مقارنة ") ،دفاتر السياسة والقانون ،ع 16، 2017 ص 90. صادقي عباس و العمري خالد ،تطبيق القضاء الاداري الجزائري لنظرية الضرورة ونظرية السلطة التقديرية للادارة ،مجلة ايليزا للبحوث والدراسات ،المركز الجامعي ايليزي ،ع 3 ،2018 ،ص360. وقد قضت محكمة التميز "تنتفي مسؤولية الناقل اذا نشأ الضرر عن سبب اجنبي وان حادث السيارة سواء بفعل عبوة ناسفة او انقلاب او وفاة سائقها فهو قوة قاهرة "قرار رقم 379/مدني 2008 محكمة التميز الاتحادية –العراق .

كافة السبل الكفيلة لضمان كيانها وامنها ،وهو ما يسمى ب الدفاع الشرعي ،اما ماعدا ذلك ،اي اذا ما قامت الدولة بالعدوان على دولة مسالمة وغير معتدية بحجة المحافظة على مصالحها وتحت غطاء حالة الضرورة ،فأنها تعد دولة معتدية تهدف الى التوسع واستغلال مصالح وثروات الشعوب وتشكل تهديدا للسلم الدولي [1] ومع ذلك فأن مفهوم الضرورة في القانون الدولي غير مرتبط بالمنازعات والحروب فحسب ،وانما يرتبط ب الاوقات السلمية ايضا ،فالدخول الاضطراري لسفينة دولة الى موانئ الدولة اخرى اجنبية بسبب العواصف والكوارث الطبيعية تظهر ان هذا اللجوء ما هو الا تطبيقات للضرورة في الاوقات السلمية .

اما الضرورة في القانون الجنائي الموضوعي ،فأن الاوجه التي تعد ضرورة تلجئ المشرع الى تجريم سلوك ما لا تخرج عن نطاق الحفاظ على المصلحة العامة وكفالة حقوق الافراد وحرياتهم ،وان تعددت واختلفت مجالات التعبير عنها ،كان يكون وجه الضرورة النتائج الاجرامية التي تلحق ضررا بالمصلحة الجديرة بالاعتبار عامة كانت تلك المصالح او خاصة ،او الخطورة الاجرامية التي تهدد تلك المصالح [2] او ان تتجسد تلك الضرورة في الحفاظ على كيان الدولة وضمان وجودها واستقرار شؤون المجتمع فيها وما لذلك من شأن في الحفاظ على حقوق الافراد وحرياتهم وتحقيق كافة متطلبات الصالح العام .

فالضرورة في التجريم والعقاب تفيد انعدام خيارات معالجة وضبط اوجه الانحراف في السلوك الانساني بعيدا عن عد السلوك جريمة ومواجهته بجزاء جنائي ،حيث ان التجريم لا تنهض ضرورته اذا ما وجدت

---

[1] ينظر :بلخبر الطيب ،الضرورة الحربية في اطار القانون الدولي العام ،مجلة البحوث القانونية والسياسية ، ع3،2014،ص297. د غالية عز الدين ،موانع المسؤولية الدولية حالة الضرورة ،مجلة الدراسات الحقوقية ،ع 8،ص 136. ونجد اساس حالة الضرورة في القانون الدولي في المعاهدات والاتفاقيات كما في المادة (1/4)من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والتي نصت على "في حالات الطوارئ الاستثنائية ...يجوز للدول الاطراف في هذا العهد ان تتخذ في اضيق الحدود التي تطلبها الوضع ،تدابير لا تتقيد بالالتزامات المترتبة عليها بمقتضى هذا العهد ..."

[2] عرفت المادة (63)من قانون العقوبات العراقي الضرورة كمانع من موانع المسؤولية الجزائية اذ نصت على ان "لا يسأل جزائيا من ارتكب جريمة الجأته اليها ضرورة وقاية لنفسه او غيره او ماله او مال غيره من خطر جسيم محدق لم يتسبب فيه عمدا ولم يكن في قدرته منعه بوسيلة اخرى ،ويشترط ان يكون الفعل المكون للجريمة مناسبا والخطر المراد اتقاؤه ولا يعتبر في حالة ضرورة من اوجب القانون عليه مواجهة ذلك الخطر "،فالضرورة وفقا لهذا لنص هي مجموعة الظروف التي تهدد بخطر جسيم حال يقع على النفس او على المال وتوحي للفاعل بسبب الخلاص منه بارتكاب فعل معين . ينظر :د ماهر عبد شويش ،الاحكام العامة في قانون العقوبات ،ط1،مطبعة جامعة الموصل ،1990، ص432.

وسائل اخرى قادرة على ضبط السلوك المخالف للقاعدة القانونية ،وعليه تعرف الضرورة في التجريم والعقاب بأنها الاسباب التي تتحقق في ذهن المشرع و تلجئه الى تجريم انماط محددة من السلوك الانساني بعد ان تحققت واقعية وقانونية اساس ذلك التدخل وضرورة حماية المصالح الجديرة بالاعتبار. [1]

اما الضرورة في القانون الجزائي الاجرائي فتعني ان يخالف القائم بالأجراء الشروط والقواعد الواجبة الاتباع تحت ضغط الظرف الاضطراري المفاجئ الي يملي بضرورة اتخاذ الاجراء فورا دون تراخي ،والا قد يتعذر اتخاذه على نحو يضر بالمصلحة. وتعرف ايضا بأنها "الحالة الملجئة التي تبيح مخالفة الشكل الاجرائي الجنائي لحماية المصلحة الاجدر ب الرعاية "[2] .وفي هذا الصدد ينبغي التميز بين ضرورة القاعدة الاجرائية وهي ما يعبر عنها بالمصلحة المحمية من القاعدة الاجرائية او الغاية من القاعدة الاجرائية وبين الاجراء ذاته اذ ان مخالفة القائم ب الإجراءات ما نصت عليه القاعدة الاجرائية في احوال وشروط معينة ولحماية مصلحة اجدر بالحماية هذا ما يعرف ب الضرورة الاجرائية التي هي موضوع بحثنا ،اما ضرورة القاعدة الاجرائية والتي تكون عادة لاستيفاء حق الدولة ب العقاب او تأكيد ضمانات المتهم فهي لا تدخل في نطاق بحثنا ، ومع ذلك ينبغي مراعاة التوازن بين المصالح المتعارضة عند القيام بالإجراء الذي دعت له الضرورة الاجرائية.

والجدير بالذكر ان النصوص التشريعية التي تجيز استثناءا اجراءات الضرورة عند توافر ضوابطه وشروطه تقسم الى قسمين :

الاول: نصوص تشريعية تحدد حالة الضرورة تحديدا والاجراء الواجب اتخاذه حيالها من الشخص القائم بالإجراء ،اي ان النص لا يترك للأخير سلطة تقدير مدى ضرورة الاجراء وضرورة استعمال الاجراء الواجب اتخاذه في مكان وزمان محددين وغاية محددة مثلا اجراءات القبض والتفتيش وكل اجراء يمس بحرية المتهم وحقوقه ولكنه ضروري للكشف عن الحقيقة ،فمثل هذه الاجراءات ونحوها ما يمس بهذه الحقوق والحريات انما نجد اساسها في الضرورة لأنه الاصل في الانسان البراءة مالم يثبت خلاف ذلك .

[1] ينظر :د. صباح سامي داود ،الاجراءات الجزائية في ظل الظروف الاستثنائية ،بحث منشور على الموقع الالكتروني

[2] ينظر :د. محمد حميد عبد ،الضرورة والتناسب في التجريم والعقاب ،مرجع سابق ،ص51.

الثاني: نصوص تشريعية تحدد العمل بحالة الضرورة الاجرائية الا انها تعطي الحق للقائم بالاجراء اتخاذ او مباشرة اجراءات الضرورة تقدير مدى توافر شروط العمل بالضرورة سيما من حيث توافر غاية الضرورة وحكمتها ،مسترشدا بضوابطها مثلا ما نصت عليه المادة (73/ب)من قانون اصول المحاكمات الجزائية والتي اجازت للقاضي او عضو الضبط القضائي بأمر من القاضي تفتيش اي مكان دون مراعاة الشروط القانونية الواردة في المواد السابقة على هذه المادة في حال طلب المساعدة او الحريق او الغرق وما شابه ذلك من احوال الضرورة .

المطلب الاول

مفهوم الضرورة الاجرائية

عُرفت الضرورة عموما بأنها "هي ان يجد الانسان نفسه او غيره مهددا بضرر جسيم على وشك الوقوع بيه فلا يرى سبيلا للخلاص منه الا بإرتكابه فعل اجرامي معين "[1] .وذهب اخر الى تعريفها بأنها "خطر مشروع جنائيا حال وجسيم موجه على من لا دخل لإرادته فيه ولا هو ملزم قانونا بتحمله ولا سبيل للتخلص منه الا بارتكاب فعل اجرامي مناسب ". [2]

فالضرورة هي الحاجة او الشده التي لا مدفع لها والمشقة ،وتجسد الضرورة المصلحة ،اذ تعد حماية المصلحة هي السبب الذي يستدعي التجريم والجزاء كذلك انه حماية مصلحة ما والموازنة بين المصالح المتعارضة هي التي تستدعي من المشرع اباحة الخروج على القواعد الاجرائية وتبيح للمختص مخالفة هذه القواعد الاجرائية استثناءا. فالضرورة اذن ،هي علة الحكم والفعل من، فوراء كل فعل ضرورة ووراء كل حكم ضرورة [3] . سنقسم هذا المطلب على ثلاث فروع :نتناول في الاول تعريف الضرورة واساسها ،ونخصص الثاني لبحث ذاتية الضرورة الاجرائية ،ونبحث في الفرع الثالث شروط الضرورة الاجرائية .

---

[1] ينظر :د. محمود محمود مصطفى ،شرح قانون العقوبات القسم العام ،مطبعة جامعة القاهرة ،ط10،1983،ص496.

[2] ينظر :د. عبد الفتاح الصيفي ،الاحكام العامة للنظام الجنائي الاسلامي في الشريعة والقانون ،دار النهضة ،القاهرة ،1997،ص 471.

[3] للاستزادة ينظر: مروة حسن لعيبي ،الحماية الجزائية لسير العمل ،رسالة ماجستير ،جامعة بغداد، كلية القانون ،2018،ص 33 ومابعدها.وقد نص الشارع الكريم على مجموعة من الآيات الكريمة يطلق عليها آيات الضرورة وهن :الآية (73) من سورة البقرة، كذلك ذات الحكم في سورة الانعام الآية (145)، والنحل الآية (115) ، والمائدة الآية (3) والانعام الآية (119) ،=

الفرع الاول

تعريف الضرورة واساسها

سنقسم هذا الفرع على نقطتين :نبحث في الاولى تعريف الضرورة الاجرائية ،ونخصص الثانية لبحث اساسها.

اولا :تعريف الضرورة الاجرائية .

ان الضرورة الاجرائية استثناء يورده المشرع على الاصل الاجرائي لتحقيق مصلحة الكشف عن الحقيقة والتي تصبو اليها القاعدة الاجرائية اساسا والتي لا يمكن تحقيقها في ظل ظروف اضطرارية معينة الا من خلال الاجراء الاحتياطي الضروري وفقا لضوابط وشروط محددة ،وهذه الضرورات لها ما يبررها من اسباب امنية او تنظيمية الغاية منها تحقيق المصلحة العامة في الكشف عن الحقيقة الموصلة الى الجريمة ومرتكبها وظروفها .اي ان الضرورة الاجرائية هي حالات يحددها المشرع بدقة على سبيل الحصر كاستثناء على قاعدة اجرائية معينة بالذات لتحقيق المصلحة التي تتوخاها القاعدة التي تتضمن الاجراء الاصلي اساسا والتي لا يمكن تحقيقها في ظروف استثنائية معينة الا من خلال هذا الاجراء الاستثنائي الضروري ووفقا لضوابط وشروط تحدده وتنظمه .وقد عرفتها محكمة النقض المصرية بأنها "القدر الذي يبيح ترك الواجب دفعا للحرج عن المحقق وسدا للحاجة التي تقضيها مصلحة التحقيق ".كذلك ذهبت في قرار لها بشأن استعانة المحقق بكاتب غير كاتب المحكمة لتدوين التحقيق الى تعريف الضرورة بالقول" اذا المراد بالضرورة في هذا الموطن

=سورة النساء الآية (95) فالآيات السابقة باستثناء الاخيرة تعرضت الى ما يحرم من الميتة والدم واللحوم والذبائح المحرمة على اختلاف انواعها التي نهى الله (عز وجل) المسلمين من تناولها بصورة قطعية في جميع الحالات مستثنياً منها حاله واحدة هي حالة الاضطرار او لدى وجود الضرورة الداعية لذلك . ومعنى الضرورة هنا هو خوف الانسان على نفسه او بعض اعضائه بتركه الاكل وقد انطوى تحته معنيان : احدهما هو ان يحصل في موضع لا يجد فيه غير الميتة ، والثاني ان يكون غيرها موجوداً ، ولكنه اكره على اكلها بوعيد يخاف منه تلف نفسه او تلف بعض اعضائه . وهناك بعد اوسع من ضرورة الغذاء في هذه الآية فالإباحة موجودة في كل حال وحدث فيه الضرورة حيث انه اذا كان المعنى في اباحة الميتة احياء نفسه بأكلها وخوف التلف في تركها ، وذلك موجود في سائر المحرمات وجب ان يكون حكمها حكم الميتة لوجود الضرر ينظر : د. عبد الوهاب ابراهيم ابو سليمان ، فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة افاق وابعاد ، البنك الاسلامي للتنمية ، ط2 ، جدة ، 2002 ،ص33.

هو القدر الذي يسمح ترك الواجب دفعا للحرج عن المحقق وسدا للحاجة التي تقضيها مصلحة التحقيق "[1] .ويعرفها الدكتور محمد محمد خليفة بأنها "ظروف طارئة ملجئه تدفع المكلفين بتطبيق احكام القانون الى مخالفة الشكل الاجرائي بالقدر اللازم لإعمال صحيح القانون فيما يفرضه من التوازن بين الحرية الشخصية والعدالة الجنائية "[2] .ان هذا التعريف يبين ان الضرورة حالة تنشأ عن ظروف طارئة غير متوقعة لم يساهم فيها المتجاوز بإرادته ،كما انها ملجئة ،اي لا سبيل لدفعها بوسيلة اخرى غير التجاوز في الاجراءات و يشترط فيمن يتجاوز ان يكون مختصا بالعمل ،وان يكون التجاوز متناسب مع الظروف الطارئة الملجئة ،وبالقدر اللازم فقط لتطبيق القانون فيما يفرضه من اجراءات تقيم التوازن بين الحرية والعدالة .

ثانيا :الاساس القانوني للضرورة الاجرائية .

ان الدور التقليدي للإجراءات الجنائية هي تطبيق قانون العقوبات ،الا انه يظل هناك هدف اسمى للإجراءات الجنائية هو تقرير حماية البريء من ادانة ظالمة ،كذلك تأكيد حماية المتهم من ادانة تتأتى وفقا لإجراءات تمتهن فيها اداميته وكرامته الانسانية ،حيث ان فاعلية وحسن ادارة العدالة الجنائية يجب ان تراعي الحريات الشخصية وسائر حقوق الانسان المرتبطة بها ،تحت اي مبرر ولو كانت تحت ستار الضرورة الاجرائية غير المبررة[3] .مع مراعاة انصاف الضحية ،فلا يجوز ترجيح جانب المتهم على حساب الضحية .

ان الضرورة الاجرائية قد تقتضي الخروج على الشرعية الاجرائية في بعض الاحيان وان تحديد اساس ومصدر هذه الضرورة بات هو الاخر ضرورة لا غنى عنها لتحديد متى يكون التصرف غير مسلوع ولكنه مبرر بالضرورة الاجرائية والتي قد نجد اساسها بنصوص قطعية لا مجال لإعمال سلطة تقديرية فيها ،وقد تكون محددة ولكن يجوز اعمال سلطة تقديرية فيها ،وقد تكون اساسها قضائي .اذ قد يتولى المشرع تحديد الاجراء وتحديد شروط الضرورة التي هي ذاتها شروط اتخاذه خلافا للآصل ،وعليه اذا باشر القائم بالأجراء ذلك متجاوزا على شروطه وحدوده ، كان الاجراء باطلا لا يعول على نتائجه لأنه خروج عن احكام الضرورة

---

[1] نقلا عن : :د. محمد محمد طه خليفة ،نظرية الضرورة في الاجراءات الجنائية ،دراسة مقارنة ،دار الفكر والقانون ،مصر ،ص 43.

[2] المرجع ذاته ،ص 44.

[3] ينظر :د. محمود نجيب حسني ،شرح قانون الاجراءات الجنائية ،دار السنهوري العربية ،القاهرة ،ص 4.د.احمد فتحي سرور ،الشرعية الدستورية وحقوق الانسان في الاجراءات الجنائية ،دار النهضة العربية ،1993،ص13.

وتجاوز لحدودها ،وتقدير لها بغير قدرها ومقدارها ،مثال ذلك اجراءات القبض والتوقيف والتفتيش والاستجواب وكل اجراء يمس بحرية المتهم وحقوقه ولكنه ضروري لكشف الحقيقة ،فمثل هذه الاجراءات ونحوها ما يمس بهذه الحقوق والحريات انما نجد اساسها في الضرورة ،لان من المتفق عليه ان الاصل في المتهم البراءة فلا يجوز الانتقاص من هذا الاصل الا بالحكم القضائي اليقيني بالإدانة. اضافة لما تقدم قد يحدد المشرع نصوصا تعد تطبيقا للضرورة الاجرائية ،ويعطى الحق لمن يباشر سلطة تقدير مدى توافر شروط العمل بالضرورة سيما من حيث توفر غاية القاعدة القانونية وحكمتها مسترشدا بضوابطها مثال ذلك نص المادة (45)من قانون اصول المحاكمات الجزائية والتي نصت على ان :"لأعضاء الضبط القضائي ان يطلبوا عند الضرورة معاونة الشرطة " والمادة (50)والتي نصت على "أاستثناء من الفقرة الاولى من المادة 49 يقوم المسؤول في مركز الشرطة بالتحقيق في اي جريمة اذا صدر اليه امر من قاضي التحقيق او المحقق او اذا اعتقد ان احالة المخبر على القاضي او المحقق تؤخر به الاجراءات مما يؤدي الى ضياع معالم الجريمة او الاضرار بسير التحقيق ،وهروب المتهم على ان يعرض الاوراق التحقيقية على القاضي او المحقق حال فراغه منها" كذلك المادة (56)والتي اجازت للقاضي المناب ان يتخذ اي اجراء يكون لازما لظهور الحقيقة بالاستجواب واعمال التحقيق الاخرى اذا كان يخشى فوات الوقت .

الفرع الثاني

ذاتية الضرورة الاجرائية

قد تحيط بالإنسان ظروف استثنائية اضطرارية تجعله مضطرا للخروج عن القواعد العامة التي تطبق في الظروف العادية ،وبالتالي يضحى هذا الخروج عن القواعد العامة موصوما بالمشروعية ،طالما كان استجابة لتلك الظروف الاستثنائية الملجئة وذلك حرصا على حياة الناس ،والمحافظة على حقوقهم ،وهه الظروف الاستثنائية تولد حالة الضرورة التي تضطر الانسان الى تجاوز النصوص الشرعية .وعلى الرغم من اهمية الضرورة الا انها قد تكون ملاذا لمخالفة القانون للتخلص من العقاب والمساءلة ،ذلك من خلال ادعاء حالة الضرورة .وقد تتشابه مع الضرورة من حيث العناصر والظروف القوة القاهرة او الدفاع الشرعي او الاكراه مما يقتضي بيان ذاتية الضرورة الاجرائية وهذا ما سنبحثه في ثلاث اقسام :نبحث في اولا الضرورة الاجرائية والقوة القاهرة ،ونبحث في ثانيا بحث الضرورة الاجرائية والدفاع الشرعي ،ونخصص ثالثا لبحث الضرورة الاجرائية والاكراه.

اولا: الضرورة الاجرائية والقوة القاهرة:

ذكرنا ان الضرورة الاجرائية هي الحالة الملجئة التي تدفع القاءم بالاجراء تطبيق احكام القانون الى تجاوز بعض حدوده بقدر درء الضرر المحدق بهم او حماية للمصالح المعتبرة التي نص عليها القانون .اما القوة القاهرة فهي الحادث الذي يستحيل دفعه ولا يمكن توقعه ،وتعرف القوة القاهرة بأنها "ذلك السبب الاجنبي او القوة الخارجية الطبيعية التي يخضع لها الانسان لا محالة ،ولا يمكنه دفعها او مقاومتها ،وتسخره في ارتكاب فعل او امتناع ،وهي قوة غير آدمية ،اي انها قوة طبيعية من فعل الطبيعة كالعواصف والزلازل ،وتتصف بأنها قوة كاسحة لكل نشاط مادي او مقاومة عضوية للفرد الذي يغدو حينئذ مجرد اداة طبيعية سخرتها قوى الطبيعة[1] .ولا يمكن وصف الواقعة الخارجية او الحدث الخارجي بأنه قوة قاهرة الا اذا توافرت له اركان هي :

[1] نظر :د. رمسيس بهنام ،الجريمة والمجرم والجزاء ،منشأة المعارف ،الاسكندرية ،1972،ص116.ويذهب الرأي في الفقه الى ان الحادث الفجائي يتفق مع القوة القاهرة من حيث انهما ينفيان المسؤولية الجزائية ،فالحادث الفجائي عامل طارئ يتميز بالمفاجأة اكثر مما تتصف بالعنف يجعل جسم الانسان اداة لحدث اجرامي معين ،دون اي اتصال ارادي يبين هذه الحدث =

1-ان تكون الواقعة الخارجية غير متوقعة وقت حدوث الضرر .

2-ان يكون لحادث مستحيلا دفعه او تفاديه ،ومن ثم اذا كان الحادث غير متوقع ولكن من الممكن دفعه او تفاديه فأنه لا يعتبر قوة قاهرة.

3-يجب ان يكون الحدث اجنبيا لا يد للمدعي عليه في احداثه ،فإذا لم يكن كذلك فأن الحدث لا يكون قوة قاهرة .

4-يجب ان تهدد الواقعة الخارجية مصلحة جوهرية معتبره قانونا.

5-التناسب بين القوة القاهرة وبين التجاوز في احكام القانون استجابة لها . [1]

وتتفق القوة القاهرة مع الضرورة الاجرائية في ان كل منهما ينشأ نتيجة ظروف خارجية لا يد للشخص فيها وغير متوقعة ،وليس من الممكن تجنبها او تفاديها ،ويترتب على كل منهما حدوث تجاوز في الحدود القانونية المرسومة ضمانا للحقوق والحريات وان كل منهما ليست وقفا على القانون الجنائي فحسب بل مقرر في مختلف فروع القانون [2].اما اوجه الاختلاف بين الضرورة والقوة القاهرة فهي ان الضرورة حالة ملجئة تدفع المنوط بهم تطبيق القانون الى تجاوز الحدود القانونية بالقدر اللازم لدرء الضرر المحدق او حماية لمصلحة يحميها القانون ،اما القوة القاهرة فقد استقر الوضع على انها حادث خارجي لا يمكن دفعه ولا توقعه ،والضرورة في الاجراءات تتعلق بالخوف من عدم مباشرة الاجراء المطلوب في وقته ومكانه اي ان الشخص المختص يجد نفسه في وضع اذا تراضى فيه لا يستطيع بعد ذلك مباشرة الاجراء الذي يدخل اصلا في اختصاصه النوعي او المكاني او على الاقل لن يستطيع مباشرته على النحو المرجو لتحقيق الغرض من الاجراء فيضطر درء لذلك القيام بهذا العمل الاجرائي ،اما القوة القاهرة فأنها تكون غير متوقعة ومن غير الممكن تلافيها . [3]

=ذلك الانسان ،ويستوي في ذلك العامل ان يكون ظاهره طبيعة ام فعلا انسانيا ،فالحادث الفجائي هو قوة مادية تؤثر بصفة مباشرة ومطلقة على الجانب المادي للإنسان فلا يقوم الركن المادي للجريمة ،وبالتالي لا يقوم الركن المعنوي ايضا ،وتتجرد الارادة من اي صورة من صور الخطأ الجنائي .ينظر :د. يسر انور علي ،شرح قانون العقوبات ،النظرية العامة ،1992، ص248.

[1] ينظر :د. محمد محمد خليفة ،مرجع سابق ،ص 112.

[2] ينظر :د. عوض محمد عوض ،قانون العقوبات القسم العام ،1987،ص497.

[3] ينظر: د. محمد محمد خليفة ،مرجع سابق ،ص 114.

ثانيا :الضرورة الاجرائية والدفاع الشرعي .

الدفاع الشرعي هو استعمال القوة اللازمة لصد خطر حال ،غير مشروع يهدد بالإيذاء حقا يحميه القانون [1] ،ان الضرورة الاجرائية والدفاع الشرعي يتفقان في ان كل منهما لا وجود له في الظروف العادية والطبيعية ،ولا وجود لهما الا في حالة وجود ظروف استثنائية تبيح القيام ببعض الافعال التي لا يسمح بها في الظروف العادية ،الا انهما يختلفان من حيث ان مصدر العدوان في حالة الدفاع الشرعي دائما يكون انسان ،في حين ان الضرورة قد تكون بفعل الانسان او الطبيعة ،وان فعل المدافع عن نفسه مشروع ،اما فعل من وجد في حالة ضرورة غير مشروع وان امتنعت مسؤولية مرتكبه ،كذلك بالنسبة للخطر الذي يهدد الدافع عن نفسه يكون صادرا عن فعل غير مشروع في حين ان حالة الضرورة قد تنشأ بسبب فعل مشروع ،وان المدافع عن نفسه له الحق في ان يدفع عن نفسه الجريمة التي تهدده ،اما في حالة الضرورة فأن من يوجد فيها ليس له ان يدفع عن نفسه حالة الضرورة بوضع اخر في مكانه .ومن حيث الاثر القانوني فأن الدفاع الشرعي يعد سببا من اسباب اباحة الفعل ،اي انه يخرج الفعل من نطاق التجريم ويضفي عليه الصفة المشروعة ورده الى اصله من المشروعية ،اما حالة الضرورة فهي مانع من موانع المسؤولية ،لا تنتزع من الفعل صفته الاجرامية ،حيث ان الضرورة تؤثر على ارادة مرتكب الفعل فتجعله غير قادر على التمييز او حرية الاختيار وهي تنصرف الى الركن المعنوي للجريمة فتهدمه وبذلك لا تنعدم المسؤولية الجنائية ولا يرفع العقاب . [2]

يبدو لنا انه اذا كان الكلام السابق ينطبق على حالة الضرورة في قانون العقوبات فأنه لا يمكن ان ينطبق على الضرورة الاجرائية لان المخاطبين بالقاعدة الاجرائية اشخاصا يختلفون عن الاشخاص الذين يتذرعون بحالة الضرورة كأحد اسباب امتناع المسؤولية ،وان القول بأن الضرورة الاجرائية مانع من موانع المسؤولية قد يرتب مسؤولية مدنية وهذا يتعارض مع منح المكلف او القائم ب بالاجراءات الجزائية الحرية في اداء مهامه ،ويبدو ان تكيف الضرورة على اساس انها اداء واجب وهو وفقا لقانون العقوبات احد اسباب الاباحة مع الالتزام بشروطه وضوابطه .

ثالثا: الضرورة الاجرائية والاكراه.

---

[1] للاستزادة ينظر: د. محمود نجيب حسني ،شرح قانون العقوبات القسم العام ،1983،ص 204 .

[2] ينظر :د. محمد محمد خليفة ،مرجع سابق ،ص 147.

مما لاشك فيه ان هناك اختلافا جوهريا بين الضرورة الاجرائية والاكراه في المفهوم الاجرائي ،حيث الضرورة الاجرائية اذا توافرت فأنه يترتب عليها اضفاء المشروعية على اجراء هو في الاصل محضور على القائم به ،اما الاكراه أيا كانت صورته اذا توافر فأنه يترتب عليه بطلان الاجراء الذي تم وكان وليد لهذا الاكراه .والاكراه قد يكون ماديا او معنويا ويتجسد الاكراه في قانون اصول المحاكمات الجزائية في مرحلة الاثبات اثناء الاعتراف .

وقد نص دستور جمهورية العراق لسنه 2005 في المادة (37/ب)على ان "يحرم جميع انواع التعذيب النفسي والجسدي والمعاملة غير الانسانية ،ولا عبرة بأي اعتراف انتزع ب الاكراه او التهديد او التعذيب ،وللمتضرر المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الذي اصابه وفقا للقانون ".وقد جسد قانون اصول المحاكمات الجزائية هذا النص الدستوري في المادة (218)عندما اشترط في الاعتراف ان لا يكون قد صدر نتيجة اكراه أيا كان السبب الذي يدفع القائم بالتحقيق الى استعمال الاكراه فأن اجرائه يعد باطلا ولا يجوز التذرع بحالة الضرورة عند لجوئه الى الاكراه .

ويبقى التساؤل حول مشروعية الاعتراف المنتزع بطريق الاكراه اذا كانت الغاية من استخدامه منع ارتكاب جرائم اخرى او الكشف عنها او عن المساهمين الاخرين وخاصة في الجرائم الارهابية ،وهل يجوز للقائم بالتحقيق اللجوء اليه وخاصة ان الدستور وقانون اصول المحاكمات الجزائية يحرمانه وعدم وجود نصوص اجرائية خاصة تسري على مرتكبي الجرائم الارهابية ،فهل يجوز التذرع بحالة الضرورة الاجرائية وانتزاع الاعتراف بالإكراه وخاصة في هذه الجرائم ؟وما هو دور العرف القضائي بهذا الشأن وهل يتم محاسبة المُكرِه اذا كان هدفه خدمة الصالح العام ،وكيف يتم اثبات ذلك ،واذا وجدت هناك سابقة قضائية بهذا الشأن فما مدى دستوريتها ؟وهل يجوز للمشرع التدخل وحسم الامر بالنص على عده ضرورة اجرائية؟ للإجابة على هذه الاسئلة لابد من توضيح هل ان الضرورة الاجرائية نظرية عامة يسري حكمها على مجمل الاجراءات الجنائية ،ام ان الضرورة الاجرائية لا تعدو تكونها استثناء لا يجب التوسع فيه ،لان التوسع فيه يهدر الضمانات فالأصل ان القانون لا يهتم بتحقيق الغاية من الاجراء بقدر اهتمامه بتوافر الضمانات على وجه الحتم واللزوم ...وقد انقسم الفقه بهذا الشأن الى اتجاهين :الاول يرى ان العمل بالضرورة في نطاق الاجراءات الجنائية يجب ان يقتصر على الحالات التي نظمها المشرع حصرا ،وانه لا يجوز العمل بها كمبدأ عام ،لان ذلك

يكون على حساب حريات الناس ويتسبب بانتهاك الضمانات المقررة لهم قانونا باسم الضرورة مما يفضي الى زعزعة الاستقرار القانوني في المجتمع وعدم الاطمئنان الى شرعية هذه الاجراءات القائمة على اساس الضرورة .

بينما ذهب الاتجاه الثاني الى القول بأن الضرورة مبدأ عام في مختلف فروع القانون ومنها قانون الاجراءات الجنائية في غير الاحوال التي ينص عليها القانون ،ومن ثم فلا يحتاج تطبيقها واعمالها الى نص ويمكن العمل بهل كنظرية متى ما توافرت شروطها [1].

الفرع الثالث

شروط الضرورة الاجرائية

ان الضرورة الاجرائية لا تعني الخروج عن الشرعية الاجرائية ،وانما تعد من تطبيقات الشرعية الاجرائية اذا تمت وفقا للشروط القانونية ،اي ان الاجراء الذي يتخذ وفقا للضرورة يكون مشروعا ولكن بشرط ان تتوفر للضرورة شروطها التي اقتضت ذلك ،ويخضع تقدير الضرورة ومدى توافرها لرقابة القضاء وهذه الشروط هي:

1- ان يكون الاجراء المتخذ هو الاجراء الوحيد واللازم والتي تحتمه الضرورة الاجرائية ،وهذا يعني ان لا يكون هناك فرصة للقائم بالإجراء في اتخاذ اجراء غيره بحيث اذا لم يتخذه ادى ذلك الى اهدار مصلحة معتبرة قانونا ،لذلك ينبغي عليه اتخاذه في الوقت المناسب وعلى الوجه الذي تتحقق فيه المصلحة المنشودة . مثال ذلك ما نصت عليه المادة (51)من قانون اصول المحاكمات الجزائية "على من ينفذ امرا بالتفتيش خارج اختصاص القاضي الذي اصدره ان يراجع قبل تنفيذ قاضي التحقيق الذي يراد تنفيذ الامر في منطقته اختصاصه ،وان يعمل بإرشاده ،وله في الحالات المستعجلة ان ينفذ الامر على الفور ثم يخبر قاضي التحقيق في المنطقة " وهذا ما يطلق عليه شرط اللزوم .

[1] للاستزادة ينظر :د. احمد فتحي سرور ،اتجاهات محكمة النقض في تطبيق نظرية الضرورة على الاجراءات الجنائية ،المجلة الجنائية القومية ،المجلد الثالث ،1960،ص 152.

2- تفادي خطر حال او وشيك باتخاذ اجراءات الضرورة ويأخذ الخطر احدى الصورتين اما خطر حال بدأ بالفعل وصار واقعا ملموسا واما خطر وشيك الوقوع لم يبدا بعد ولكنه في سبيله للوقوع طبقا لمجرى الامور الاعتيادي ووفقا لما تحدده المتطلبات والظروف القائمة .والخطر المقصود هنا هو فوات الاوان او الفرصة من اجل القيام ب العمل الاجرائي في وقته والذي ب النتيجة سوف ينعكس سلبا على الهدف الذي توخاه المشرع من الاجراء المتمثل بحماية المصلحة العامة للجميع والحفاظ على امنه وسلامته واستقراره .مثال ذلك ما نصت عليه المادة (108)من قانون اصول المحاكمات الجزائية "اذا قاوم المتهم القبض عليه او حاول الهرب فيجوز لمن كان مأذونا بالقبض عليه قانونا ان يستعمل القوة المناسبة التي تمكنه من القبض عليه وتحول دون هربه على ان لا يؤدي ذلك بأية حال موته مالم يكن متهما بجريمة معاقب عليها بالإعدام او السجن المؤبد ".

ويبدو لنا ان هذا النص خطير لما فيه من انتهاك لمبدأ افتراض البراءة في الانسان والذي لا يجوز الانتقاص منه الا بالحكم اليقيني بالإدانة ،اذ قد تكون الدعوى ما زالت في طور التحقيق وادلة الإدانة لم تكتمل ولم تصل الى درجة اليقين .ونعتقد ان تكيف فعل المأذون ب القبض هو اداء واجب اذا كان مكلفا او موظفا ،ولكن المادة السابقة تجيز للمذكورين القبض على كل شخص ظن لأسباب معقولة انه ارتكب جناية او جنحة عمدية ولم يكن له محل اقامة محدد ، فهل يجوز لاعضاء الضبط القضائي القتل اذا قاومهم المراد القبض عليه ومن هو الذي يحدد معقولية الاسباب ؟بل الاكثر من ذلك ان المادة (102)اجازت لكل شخص ولو بغير امر من السلطة العامة ان يقبض على المتهم بجناية في حالات محددة منها اذا كانت الجريمة مشهودة ،الا يعد ذلك انتهاك صريح لمبدأ البراءة خاصة وان اجراءات التحقيق وادلة اثبات الجريمة لم تكتمل وان الشخص قد لا يكون على دراية تامة بأحكام القانون...!

اذن ينبغي ان يكون اجراء الضرورة لتفادي خطر حقيقي ،اي ان يكون له وجود في الواقع ،اما اذا كان الخطر وهميا قائما على غلط يقع فيه الشخص الاجرائي ،واذا كان له ما يبرره من اسباب معقولة مقبولة ،ولم يتخذ اجراء الضرورة فيه الا بعض التثبت والتحري الفوري وتوفر حسن النية الكافي في تحقيق غاية الاجراء

والتي هي غاية المصلحة العامة ،اما اذا كان الخطر الوهمي لا تتوفر فيه الشروط المعقولة وسلامة النية والغاية لا تقوم به الضرورة الاجرائية . [1]

3-يشترط ان يكون هناك تناسب ين الخطر والاجراء المتخذ في حالة الضرورة ،وان لا يكون الشخص الموجود في حالة ضرورة اجرائية قد سعى بنفسه لتحقيقها ،وعدم التجاوز بين فعل الضرورة اي ان التناسب في الضرورة الاجرائية يقف بإجراء الضرورة عند الحد اللازم لدفع الخطر ويترتب على هذا بطلان كل اجراء ليس له ما يسوغه ،وعدم التعويل في الإدانة على اي دليل يكون مترتبا عليه او مستمدا منه او اجراء تال له يكون مبنيا عليه او متفرعا عنه.

الفرع الرابع

صور الضرورة الإجرائية

ان صور الضرورة الإجرائية قد تكون محدودة بنصوص قطعية لا يمنح المشرع فيها اي سلطة تقديرية للقائم بالإجراء، أو قد تكون نصوص تشريعية محدده مع إعطاء بعض السلطات التقديرية له، أو قد تكون الضرورة من نتاج الأحكام القضائية لذلك سوف نقسم هذا الفرع على قسمين: نبحث في الأول الضرورة التشريعية ونخصص الثاني لبحث الضرورة العملية.

اولا: الضرورة التشريعية.

ان هذه الصورة تنقسم الى قسمين :الاول هو ضرورة إجرائية يقدرها المشرع ويحدد شروطها ولامجال فيها لتدخل القائم بتنفيذ الإجراء، كإجراءات القبض والتفتيش والاستجواب والحبس الاحتياطي والتي يمكن ان نجدها في قانون أصول المحاكمات العراقي[2] ، حيث ان الضرورة هنا تعد أساساً او سبباً موجباً لسن جميع النصوص ، ويلحظ ان هذه الإجراءات ماسة بحقوق المتهم وحرياته الأساسية، فعليه لا يجوز المساس بحقوقه او تقييد حرياته الا بالقدر الضروري الذي يعمل فيه على حماية مصلحة المجتمع وأمنه واستقراره، حيث سبق وان قلنا ان الإجراءات الماسة بحقوق الإنسان وحرياته ماهي الا وليدة الضرورة لذلك لابد من ان يتعادل

---

[1] المرجع ذاته ،ص 152.

[2] نصت المادة (72 /أ) من قانون اصول المحاكمات الجزائية على انه (لا يجوز تفتيش اي شخص او دخول او تفتيش منزلها و اي محل تحت حيازته الا في الأحوال المبينة في القانون) . كما نصت المادة (92) منه على(لا يجوز القبض على اي شخص او توقيفه الا بمقتضى أمر صادر من قاضي او محكمة او في الأحوال التي يجيز فيها القانون ذلك) .

الهدف من تقييد الحقوق والحريات مع الحماية التي تتوافر للمجتمع ضد الجريمة [1]،ونظراً لخطورة هذه الإجراءات فأن المشرع لم يترك للقائمين بتنفيذ نصوص قانون الإجراءات الجزائية أي سلطة في تقرير هذه الإجراءات أو تقدير توافر شروطها بل تولى المشرع وحده هذه المهمة وحدد شروط كل إجراء وهذه الشروط لا تخرج عن كونها شروط الضرورة، فعلى ذلك ان تجاوز القائم بتنفيذ الإجراء هذه الشروط فأن هذا الاجراء يصبح باطلاً لأنه خرج عن أحكام الضرورة اي قدرها بغير قدرها. [2]

اما القسم الثاني فهوضرورة إجرائية تشريعية يقررها المشرع ويترك أمر تقدير توافر شروطها للقائم بتنفيذ الإجراء ويطلق عليها البعض اسم الضرورة الإجرائية الواقعية كحالات دخول المنزل دون إذن، الاطلاع على محاضر التحقيق سرية المحاكمات عدم حضور المتهم جلسات المحاكمة، مثال ذلك ما ورد في المادة(50) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي حيث اعطت للمسؤول في مركز الشرطة سلطة التحقيق في جريمة إذا أصدر إليه امراً من قاضي التحقيق أو المحقق أو أعتقد إنَّ احالة المتهم على القاضي أو المحقق سوف يؤخر به سير الإجراءات مما يؤدي الى ضياع معالم الجريمة او الأضرار بسير التحقيق او الخشية من هروب المتهم، حيث ترك المشرع للقائمين بتنفيذ الإجراء امر تقدير مدى توافر شروط الضرورة ،كذلك الحال في المادة (73)أصولية الفقرة (ب)إذ أعطت الحق لعضو الضبط القضائي في دخول المحل المسكون في حالة طلب المساعدة أو الحريق أو الغرق أو ما شابه ذلك وتركت أمر تقدير توافر تلك الحالات.

---

[1] د. احمد فتحي سرور ،الشرعية الدستورية وحقوق الانسان،، دار النهضة العربية،1993،ص260.

[2] المستشار. المبروك عبدالله الفاخري، مدى جواز العمل بنظرية الضرورة في ظل الشرعية الإجرائية ،بحث منشور على الموقع الإلكتروني لوزارة العدل الليبية، ص6 ضمن الرابط الآتي: http://aladel.gov.ly/home/?p=1588.

ثانيا: الضرورة العملية .

ان هذا النوع من الضرورة يكون للقائم بتنفيذ الإجراءات أمر تقرير توافر شروط الضرورة حيث لم ينص عليها قانون الإجراءات، بل جاءت أحكام القضاء لتؤسس فكرة الضرورة، لأن الواقع العملي غالباً ما يخلق ظروفاً ملجئه استثنائية لا تسعفها القواعد القانونية المنظمة لحالات الضرورة الإجرائية، ولاعتبارات عمليه يمكن استنتاجها أيضاً تأسيسا على عبارة ما شابه ذلك كما ما ورد في الفقرة(ب)من المادة(73) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي حيث نصت على (يجوز تفتيش أي مكان دون مراعاة الشروط السابقة في حالة طلب المساعدة ممن يكون في داخله او حدوث حريق او غرق او ما شابه ذلك من احوال الضرورة، وتنقسم الضرورة العملية الى قسمين أعمال إجرائية يباشرها القائم بالإجراء استناداً الى حالة الضرورة، إذ قد تواجه الشخص ظروف اضطرارية ملجئه يضطر بها الى الخروج عن نصوص التنظيم الإجرائي لحماية مصلحة أجدر بالرعاية او لدرء مفسدة، مثال على ذلك ما نصت عليه المادة (77) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي على (للقائم بالتفتيش ان يفتش أي شخص موجود في المكان يشتبه به في انه يخفي شيئاً يجرى من اجله التفتيش) وكذلك نص المادة (78) منه (لا يجوز التفتيش الا بحثاً عن الاشياء التي اجرى التفتيش من اجلها فإذا ظهر عرضاً اثناء التفتيش وجود ما يشكل في ذاته جريمة او ما يفيد في الكشف عن جريمة اخرى جاز ضبطه ايضاً) ونص المادة (79) منه (للمحقق او لعضو الضبط القضائي ان يفتش المقبوض عليه في الاحوال التي يجوز له فيها القبض عليه قانوناً ، ويجوز له في حالة وقوع جناية او جنحة عمدية مشهودة ان يفتش منزل المتهم او أي مكان تحت حيازته ويضبط فيه الاشخاص او الاوراق او الاشياء التي تفيد في كشف الحقيقة اذا اتضح له من قرينة قوية انها موجودة فيها)[1] ونص المادة (85) منه

[1] يقابل هذه المادة نص المادة (47)من قانون الاجراءات المصرية والتي نصت على "لمأمور الضبط القضائي في حالة التلبس بجناية او جنحة ان يفتش منزل المتهم ويضبط الاشياء والاوراق التي تفيد في كشف الحقيقة اذا اتضح من امارات قوية انها موجودة فيه " وقد قضت المحكمة الدستورية العليا في سنه 1984 بعدم دستورية هذه المادة والتي تتناقض مع نص المادة (44) من الدستور والتي على "للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها او تفتيشها الا بأمر قضائي مسبب وفقا لإحكام القانون " واستخلصت من ذلك انه لا يجوز لمأمور الضبط القضائي في حالة التلبس بالجريمة ان يفتش من تلقاء نفسه منزل المتهم وانما عليه ان ينتظر صدور امر قضائي مسبب بندبه لذلك .واستندت في ذلك ان المادة الدستورية لم تقيس حالة التلبس في ذلك مما مؤداه بالضرورة ،اشتراط صدور الامر القضائي المسبب حتى في حالة التلبس بالجريمة وعللت ذلك ان المادة=

(على من ينفذ امراً بالتفتيش خارج منطقة اختصاص الحاكم الذي اصدره ان يراجع قبل تنفيذه حاكم التحقيق الذي يراد تنفيذ الامر في منطقة اختصاصه وان يعمل بإرشاده. وله في الحالات المستعجلة ان ينفذ الامر على الفور ثم يخبر حاكم التحقيق في المنطق) ونص المادة (100) منه (اذا اقتضى تنفيذ امر القبض خارج منطقة اختصاص القاضي الذي اصدره فعلى الشخص المكلف بتنفيذه ان يقدمه الى القاضي الذي ينفذ الامر في منطقته للتأشير عليه بالتنفيذ الا اذا اعتقد ان ذلك يفوت عليه فرصة القبض على الشخص المطلوب) و أعمال مادية قد يباشرها اشخاص عادين او أعضاء السلطة العامة ولها علاقة في الإجراءات الجزائية، كحالة قيام رجل الإسعاف بالبحث في ملابس المصاب للتعرف على هويته او للحفاظ على ما يوجد لديه من اشياء قد تتعرض للسرقة او الضياع او يكون احتفاظه بها خطرا عليه او على سائر المرضى في المستشفى الذي سينتقل اليه فهل يعد اجرائه هذا مخالف للقانون لان فيه اعتداء على حرية المريض المصاب الذي يقوم بإسعافه ام ان اجرائه هذا يجد سنده في حالة الضرورة التي ترتبت على فقدان الوعي وانه من الواجبات الذي تمليها على رجال الاسعاف الظروف التي يؤدون فيها خدماتهم ،وهل يعد تفتيشا بالمعنى الذي قصده المشرع الى اعتباره عملا من اعمال التحقيق؟ يبدو لنا ان هذا التفتيش هو ليس تفتيشا بالمعنى الذي قصده المشرع الى عده عملا من اعمال التحقيق وان القائم به غير مخالف للقانون وانما سنده في ذلك حالة الضرورة الذي نصت عليه المادة (73/ب)"يجوز التفتيش ...او ما شابه ذلك من احوال الضرورة " وهذا لا يخالف علة النص ويمكن ان يسري على كل حالة مشابهة.

=(41)من الدستور والتي وردت بشأن القبض والتوقيف وتفتيش الشخص وحبسه وتقيد حريته فقد اشترطت ان يصدر امر بذلك من القاضي المختص او النيابة العامة وقد تبنت محكمة النقض المصرية هذا الاتجاه .ينظر د :محمود نجيب حسني ،شرح قانون الاجراءات الجنائية ،مرجع سابق ،ص 608.

المطلب الثاني

الضرورة الاجرائية في مرحلة التحقيق الابتدائي

يقصد بالتحقيق الابتدائي مجموعة الاجراءات التي تباشرها سلطات التحقيق بالشكل المحدد قانونا بغية تمحيص الادلة والكشف عن الحقيقة قبل مرحلة المحاكمة [1] .من هذا التعريف يتضح ان التحقيق الابتدائي يتحدد بعناصر ثلاثة :الاول يتعلق بطبيعة الاجراء والغاية منه ،والثاني بالسلطة التي اصدرته والثالث بالشكل الذي روعي فيه الاجراء .بالنسبة للعنصر الاول فأن اجراءات التحقيق ذات طبيعة قضائية وليست ادارية ،وان الغاية من كل اجراءات هو تمحيص ادلة الجريمة وادلة نسبتها الى فاعلها .اما بالنسبة للعنصر الثاني فأن السلطة القائمة بالتحقيق وفقا لقانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي هي قاضي التحقيق والمحقق وقد اوكل مهمة التحقيق استثناء الى جهات اخرى بسبب حالة الضرورة .

وقد ميز القانون اجراءات التحقيق بخصائص معينة ينبغي مراعاتها لاعتبار الاجراء من اجراءات التحقيق، ويترتب على مخالفة هذا الشكل اعتبار الاجراء من اجراءات الاستدلال وليس من اجراءات التحقيق الا في حالات معينة فأن المشرع اعطى ذات الاثر بالنسبة للخروج عن اجراءات التحقيق مع الاجراءات المطابقة للقانون وهذه الحالات تسمى بحالات الضرورة الاجرائية .

اذن من العرض السابق فأن الضرورة الاجرائية في مرحلة التحقيق الابتدائي تفترض بقاء الغاية من التحقيق واحدة في كل اجراء مُتخذ مع جواز القيام به من سلطة اخرى غير الجهة المحددة في القانون كذلك مخالفة الشكل الذي تطلبه القانون في الاجراء مع بقاء نفس الاثر في حالات معينة والتي سنبينها في فرعين: نتناول في الفرع الاول بحث الضرورة الاجرائية وضمانات التحقيق الابتدائي ،ونخصص المطلب الثاني لبحث الضرورة الاجرائية واجراءات التحقيق الابتدائي.

[1] ينظر :د. محمود سلامة، الاجراءات الجنائية في التشريع المصري ،ج1،دار النهضة العربية ،القاهرة ،2005،ص613.

الفرع الاول

الضرورة الاجرائية وضمانات التحقيق الابتدائي

ان ضمانات التحقيق الابتدائي يقصد بها الضمانات التي وفرها المشرع للمتهم حماية للحرية الشخصية ،وان ضمانات المتهم عموما من الموضوعات التي نالت الاهتمام الزائد وشغلت بال المشرع والفقه طيلة القرون السابقة ،فبدءا من القرن الثامن عشر ظهرت للوجود حركتان متميزتان في القانون الجنائي تدعو الاولى الى المطالبة بالمزيد من الضمانات لصالح المتهم ،وتنشد الاخرى فرض عقوبات اشد صرامة ،والحد من الحرية الشخصية عند الضرورة بقدر ما يحمي المواطنين من وقوعهم ضحايا السلوك الاجرامي ،وتبغي الاولى ان لا يجد البريء نفسه مدانا ،بينما تهدف الثانية الى ان لا يفلت مسيء من العقاب . [1]

سنتناول في هذا الفرع الضرورة الاجرائية في بعض ضمانات التحقيق الابتدائي والتي نص المشرع عليها ،اذ سنقسم هذا المطلب على قسمين :نبحث في الاول الضرورة الاجرائية والسلطة المختصة بالتحقيق ،بينما نخصص الفرع الثاني لبحث الضرورة الاجرائية وسرية التحقيق.

اولا: الضرورة الاجرائية والسلطة القائمة بالتحقيق .

نظرا لأهمية التحقيق وخطورته فقد اناط المشرع مهمة التحقيق بالجرائم بسلطات معينة تتكفل بضمان حقوق المتهم وتحقيق مصلحة المجتمع في الكشف السريع عن الجرائم ،وذلك لان سلطة التحقيق قد تتخذ بعض الاجراءات الاحتياطية ضد المتهم تفيد من حريته كإلقاء القبض عليه او توقيفه او تفتيشه بهدف انجاز اجراءات التحقيق الابتدائي ،وهذه السلطة يجب ان يكون لها مقومات الكفاءة والاستقلال وحسن التقدير ما يبعث الطمأنينة بحسن سير التحقيق الابتدائي على الوجه المطلوب ،وما يكفل حقوق المتهم ب الدفاع [2]

ان مسألة اناطة مهمة التحقيق بجهة معينة ،مسألة متفق عليها في جميع التشريعات في العالم ،الا انها مختلف عليها بخصوص تحديد تلك الجهة فمن القوانين من اناط هذه المهمة بقضاة التحقيق او المحققين او اعضاء الضبط القضائي ،بينما اوكل الاخر هذه المهمة الى جهاز الادعاء العام علاوة على اختصاصه

---

[1] ينظر: د. عبد الستار الكبيسي ،ضمانات المتهم قبل واثناء المحاكة ،منشورات الحلبي الحقوقية ،ط1،2013،ص7.

[2] ينظر: د .احمد حسوني جاسم ،بطلان اجراءات التحقيق الابتدائي ،رسالة ماجستير ،كلية القانون /جامعة بغداد ، 1983،ص28.

الاصلي في توجيه الاتهام ومباشرته امام القضاء [1] .وقد حدد قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي السلطة القائمة بالتحقيق في المادة (51/أ)والتي نصت على ان "يتولى التحقيق الابتدائي قاضي التحقيق وكذلك المحققون تحت اشراق قضاة التحقيق "،ان هذه الجهات هم السلطات المختصة بالتحقيق اصلا وهناك جهات اخرى اعطاها القانون صلاحية القيام ب التحقيق في حالات الضرورة وهده الجهات هي :

-1اي قاضي في منطقة اختصاص قاضي التحقيق او اي قاضي في منطقة قريبة منها :

وهؤلاء لا يمارسون التحقيق الا عند غياب قاضي التحقيق المختص ،وهو امر تحتمه الضرورة للإسراع في انجاز اجراءات التحقيق بسبب عدم وجود قاضي التحقيق المختص ،وقد حددت المادة (51/ب)من قانون اصول المحاكمات الجزائية انعقاد هذا الاختصاص للمذكورين اعلاه عندما يتطلب اتخاذ اجراء فوري في اثناء التحقيق في جناية او جنحة وكان قاضي التحقيق غير موجود [2] ،ومعنى هذا انه اذا كان الامر لا يتطلب السرعة او العجالة ،اي لا يتطلب اتخاذ اي اجراء فوري فلا يجوز ان يتولى ذلك غير قاضي التحقيق المختص ،وفي هذا الصدد يثور التساؤل الاتي :هل ان على المسؤول عن التحقيق في حال غياب قاضي التحقيق وتوفر الضرورة ان يعرض الامر على اي قاضي في منطقة قريبة ؟ام ان له ابتداء ان يعرض الامر على اي قاضي في المنطقة القريبة مع وجود قاضي في منطقة اختصاص قاضي التحقيق ؟ [3]

يبدو لنا ان الافتراض الاخير هو الصحيح ،لان النص جاء مطلقا ومعنى ذلك للمسؤول عن التحقيق عند الضرورة التي تقتضي اتخاذ اجراء فوري في اثناء التحقيق في جناية او جنحة وان كان القاضي المختص غير موجود ان يعرض الامر على اي قاضي سواء كان ذلك في منطقة اختصاص قاضي التحقيق ام منطقة قريبة ،وسواء اكان قاضي تحقيق ام قاضي بداءة ام عضو في محكمة الجنايات ام الاستئناف ام اي قاضي اخر من القضاة المعينين بموجب قانون التنظيم القضائي ،هذا ويجب عرض الاوراق التحقيقية على قاضي التحقيق بأسرع وقت وتعد القرارات والاجراءات المتخذة كأنها صادرة من قاضي التحقيق .

---

[1] للاستزادة ينظر :د . سعيد حسب الله ،شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية ،دار ابن الاثير ،الموصل ،2005،ص166.

[2] نصت المادة (51/ب)على ان "اذا اقتضت الضرورة اصدار قرار او اتخاذ اجراء فوري في اثناء التحقيق في جناية او جنحة ولم يكن قاضي التحقيق موجودا فعلى المسؤول عن التحقيق عرض الامر على اي قاضي في منطقة اختصاص قاضي التحقيق او اي منطقة قريبة منها لاتخاذ ما يلزم ".

[3] ينظر :د .سعيد حسب الله ،مرجع سابق ،ص 177.

2- اي قاضي وقعت الجريمة بحضوره .

على ذلك نصت المادة (51/ج)"لأي قاضي ان يجري التفتيش في جناية او جنحة وقعت بحضوره ولم يكن قاضي التحقيق موجودا" يفهم من هذه المادة ان تكون الجريمة جناية او جنحة وان تقع بحضور القاضي الذي يمارس التحقيق فيها ،ويشترط ايضا ان لا يكون قاضي التحقيق المختص موجودا ،ولا يهم ان يكون القاضي الذي وقعت الجريمة بحضوره من نفس منطقة قاضي التحقيق او من منطقة اخرى ،كما لا يشترط ان يكون قاضي تحقيق وانما قد يكون قاضي بداءة او قاضي جزاء او اي قاضي اخر معين بموجب قانون التنظيم القضائي وأيا كان اختصاصه .[1]

3- المسؤول في مركز الشرطة .

ان للمسؤول في مركز الشرطة في حالة تلقيه اخبارا عن جناية او جنحة ان يقوم بكل الاجراءات التي اجاز القانون لعضو الضبط القضائي اتخاذها بموجب المادة (43)المشار ويكون له عندا ذلك سلطة محقق ،اضافة الى ذلك فأن المسؤول في مركز الشرطة يتولى التحقيق في اية جريمة في حالة صدور الامر بذلك من قاضي التحقيق او المحقق ،كما اجاز له القانون التحقيق في اية جريمة يتلقى اخبار عنها عندما يعتقد ان احالة المخبر على قاضي التحقيق او المحقق ستؤدي الى تأخير اجراءات التحقيق وضياع معالم الجريمة او الاضرار بسير التحقيق وهرب المتهم وعليه ان يعرض الاورق التحقيقية على القاضي او المحقق عندما يفرغ منها ،ويكون له عند قيامه بالتحقيق في الحالة المذكورة سلطة محقق ،وعلى ذلك نصت المادة (50)من قانون اصول المحاكمات الجزائية :"أ -استثناء من الفقرة الاولى من المادة 49 يقوم المسؤول في مركز الشرطة بالتحقيق في اية جريمة اذا صدر اليه ،امر من قاضي التحقيق او المحقق او اذا اعتقد ان احالة المخبر على القاضي او المحقق تؤخر به الاجراءات مما يؤدي الى ضياع معالم الجريمة او الاضرار بسير التحقيق وهرب المتهم على ان يعرض الوراق التحقيقية على القاضي او المحقق حال فراغه منها .ب-يكون المسؤول في مركز الشرطة في الاحوال المبينة في هذه المادة والمادة 49 سلطة محقق " ويبرر مسلك المشرع في هذه المادة ان مصلحة التحقيق تقتضي ذلك على سبيل الاستثناء ،ويبدو لنا ان اعطاء سلطة المحقق للمسؤول في مركز الشرطة حتى وان كان في حالات معينة (حالات الضرورة)وعلى سبيل الاستثناء

[1] ينظر :د .عبد الامير العكيلي ،سليم حربة ،اصول المحاكمات الجزائية ،بدون سنه نشر ،1987،ص 292.

،قد يشكل انتهاك لضمانات المتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي سيما ان المسؤول في مركز الشرطة قد لا يكون على دراية كافية بأحكام القانون (لأنه غير مختص)،من شأنها ان تضمن حقوق وحريات المتهم ونعتقد ان المشرع رجح مصلحة الدولة في اظهار الحقيقة على المصلحة المحتمل انتهاكها وهي مصلحة المتهم.

ثانيا :الضرورة الاجرائية وسرية التحقيق .

يراد بسرية التحقيق الابتدائي ان جمهور الناس لا يصرح لهم بدخول المكان الذي يجري فيه التحقيق ،كذلك لا تعرض محاضر التحقيق ليطلع عليها ، ولا يجوز للصحف وسواها من وسائل الاعلام اذاعتها ،ان سرية التحقيق الابتدائي ليست مبدأ مطلق على جميع الاشخاص ،وانما هي نسبية ،فلأصل انه لا سرية ازاء اطراف الدعوى ووكلائهم ،وعلنية التحقيق بالنسبة للأطراف ليست بدورها قاعدة عامة، فالعلة من سرية التحقيق هي ان اجراءاته تتخذ بقصد التنقيب عن ادلة الجريمة ،وقد يحاول المتهم بارتكاب الجريمة او سواه اخفائها او على الاقل تشويهها لذلك كانت سرية التحقيق الابتدائي تدبيرا لاستظهار هذه الادلة وتجميعها وان يجري ذلك بسرية تامة تفاديا لمحاولات الاخفاء او التشويه ،وتبرير السرية لذلك بالحرص على حياد المحقق من التأثير المفسد لوسائل الاعلام التي من المحتمل ان تتخذ اتجاها متحيزا ضد المتهم او لمصلحته يضاف الى ذلك رغبة المشرع في ان يحمي الرأي العام والاخلاق العامة من التأثير السيء لنشر تفاصيل الجريمة .على ان العلانية المطلقة قد تفسد احيانا عمل المحقق على الاخص في بدء التحقيق وعندما يكون الكتمان لازما للوصول للحقيقة [1] .وقد نصت المادة (57/أ)على سرية التحقيق بالنسبة للجمهور "للمتهم وللمشتكي وللمدعي بالحق المدني وللمسؤول مدنيا عن فعل المتهم ووكلائهم ان يحضروا اجراءات التحقيق ".

اذن يفهم من هذه المادة ان الاصل هو حق الخصوم في حضور التحقيق الا انه لا يجوز ان يترتب عليه اضرار بسير التحقيق او تعطيل مجراه و تحقيقا للتوازن بين سلطة الدولة في العقاب وحق المتهم في الحرية

[1] للاستزادة ينظر :د. فخري عبد الرزاق الحديثي ،شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية ،ط2،دار السنهوري للطباعة والنشر ، بغداد 2015،ص230.و د محمود نجيب حسني ،شرح قانون الاجراءات الجنائية وفقا لأحدث تعديلاته ،ط5،دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية ،ص596ومابعدها . د احمد فتحي سرور ،الوجيز في قانون الاجراءات الجنائية ،دار النهضة العربية ، القاهرة ،ص 602ومابعدها.

يسمح القانون بالخروج عن مبدأ حضور الخصوم للتحقيق اذا ترتب على ذلك تحقيق مصلحة اولى بالرعاية وهي الحفاظ على حيادية التحقيق وفاعليته ،فتكون الضرورة حين يترتب على اشتراط حضور المتهم اجراءات التحقيق الاضرار بسير او تعطيل مجراه ،مثال ذلك ان يكون مركز المتهم او المدعي المدني او شخصيته سببا في التأثير على اقوال الشهود مما يتعين معه لمصلحة التحقيق ان سمع اقوالهم في غيبته .وقد تقضي الضرورة بإجراء معاينة في غيبة المتهم اذا كان المحقق بحاجة الى ارشاد المجني عليه عن كيفية وقوع الجريمة في مكان الحادث ،ويخشى ان يؤدي حضور المتهم الى التأثير في المجني عليه لما يتمتع به من سطوة ونفوذ . وقد نصت على ذلك المادة (57/أ)".... وللقاضي او المحقق ان يمنع اي منهم من الحضور اذا اقتضى الامر لذلك لأسباب يدونها في المحضر على ان يبيح لهم الاطلاع على التحقيق بمجرد زوال هذه الضرورة ،ولا يجوز لهم الكلام الا اذا اذن لهم ،واذا لم يأذن وجب تدوين ذلك في المحضر " ويجوز للمتهم والمشتكي وللمدعي بالحق المدني والمسؤول مدنيا ان يطلبوا على نفقتهم صورا من الاوراق والافادات الا اذا رأى القاضي ان اعطائها يؤثر في التحقيق او سريته .

مما تقدم يتبين ان السرية التي اجازها القانون للضرورة هي الحالة التي يتعين على القاضي او المحقق ان يدون اسبابها وان لا يظهر للتعسف اي اثر وان تنتهي بانتهاء حالة الضرورة .على انه من الملفت للنظر في المادة المذكورة ان نصها لا يفرق بين الخصوم في اجراء التحقيق في غيبتهم ،اذ يجوز للقائم بالتحقيق في هذه الحالة ان يجري التحقيق في غيبتهم جميعا كما يجوز له اجراؤه في غيبة بعضهم ،ولم يحدد النص اي الاجراءات يجوز اتخاذها في غيبة الخصوم . [1]

[1] لقد تم الطعن بدستورية هذه المادة امام المحكمة الاتحادية العليا وقد ردت المحكمة الطعن للأسباب الاتية "تجد المحكمة الاتحادية العليا بان القيد الذي وضعه المشرع بموجب المادة(57/أ) هو قيد مؤقت لحالات محددة ،تتعلق بأمن المجتمع وسلامته وحفاضا على الصالح العام وان ما يجري بغيابهم سوف يعلن بعد زوال ظرف السرية وبإمكانهم الطعن بذلك الاجراء وفق القانون .....يتضح مما تقدم بأن المادة (57)المطعون فيها قد كفلت حق الدفاع للمتهم وانها توافق المادة (19/رابعا) من الدستور ولا تخالفها وعليه قررت المحكمة رد الدعوى وتحميل المدعيين المصاريف واجور المحاماة " صدر علنا في 2019/7/31 ع 45 /اتحادية .

الفرع الثاني

الضرورة الاجرائية واجراءات التحقيق الابتدائي

ان اجراءات التحقيق الابتدائي نوعان :الاول ،يطلق عليه اجراءات الكشف او التنقيب عن الحقيقة ،سواء فيما ينسبها او عدم نسبتها الى المتهم ،وهي ما يطلق عليها اجراءات التحقيق في معناها الدقيق ،وهي الانتقال والمعاينة وندب الخبراء والاستجواب ،وسماع الشهود والتفتيش وضبط الاشياء ومراقبة التسجيلات والاستجواب. اما الثاني يطلق عليه اجراءات او اوامر تأمين من الادلة من اسباب التأثير او العبث ،ويطلق عليها الاجراءات الاحتياطية ضد المتهم ،وهي الامر بالحضور ،والامر بالقبض والاحضار ،والامر بالحبس الاحتياطي .

وازاء اهمية وضرورة اجراءات التحقيق بنوعيها انفي الذكر فأنه تثار المشكلة الجوهرية في الاجراءات الجنائية ،وهي التنسيق بين مصلحة المجتمع في استجماع ادلة الدعوى وبين مصلحة المتهم في ان تصان له حريته طالما لم يصدر ضده حكم بالإدانة ،وبناء عليه فأن الضرورة الاجرائية هي المحور الاساسي في التنسيق بين مصلحة المجتمع ومصلحة المتهم .لذا فأن اهمية دراسة الضرورة الاجرائية في المواضع التي نص عليها المشرع والمتعلقة بإجراءات التحقيق الابتدائي للوقوف على حدود مصلحة المجتمع في تطبيق هذه الاجراءات وايضا حدود مصلحة المتهم .وعليه سنقسم هذا الفرع على خمسة اقسام :نبحث في الاول الضرورة الاجرائية والانتقال والمعاينة وفي الثاني الضرورة الاجرائية وندب الخبراء وفي الثالث الضرورة الاجرائية في التفتيش ونخصص الرابع لبحث الضرورة الاجرائية وسماع الشهود ونتناول في الخامس الضرورة الاجرائية والامر بالقبض .

اولا: الضرورة الاجرائية والانتقال والمعاينة .

نصت المادة (56)من قانون اصول المحاكمات الجزائية على " أ- لقاضي التحقيق ان ينتقل الى اي مكان تقتضي مصلحة التحقيق الانتقال اليه داخل منطقة اختصاصه لاتخاذ اي اجراء من اجراءات التحقيق وله ان ينتقل الى اي مكان خارج منطقة اختصاصه اذا اقتضت ضرورة التحقيق ذلك ،ويكون له في هذه الحلالة سلطة القبض والتوقيف والتفتيش وسماع الشهود واستجواب المتهمين وذوي العلاقة والافراج واطلاق السراح بكفالة او بدونها على ان يخبر قاضي التحقيق في المنطقة بما اتخذه من اجراءات فيها .ب- اذا دعت

الضرورة الى اتخاذ اجراء من اجراءات التحقيق خارج منطقة اختصاص القاضي فله ان ينيب عنه قاضي التحقيق في تلك المنطقة للقيام بهذا الاجراء على ان يبن في القرار الانابة الامور المطلوب القيام بها "

ان الانتقال للكشف عن محل الحادث تتيح للقائم بالتحقيق الاطلاع على ادلة الجريمة وتثبيتها قبل ان تمتد اليها يد العبث والتشويه ،مما يمكن للقائم بالتحقيق من اتخاذ اجراءات فورية لم يكن له القيام بها اذا لم يكن قد انتقل الى محل الجريمة ،مثال ذلك سماع الشهود الحاضرين دفعة واحدة ،ومواجهتهم بعضهم ببعض او القبض على المتهم الحاضر ،وعلى الرغم من اهمية اجراء الانتقال والمعاينة في التحقيق الا انه ليس اجراء صالحا للكشف عن الجريمة في كل الجرائم مثل السب والقذف والتزوير ما لا تجدي فيه معاينة[1] .وقد ورد النص على الانتقال والمعاينة في المادة (52)من قانون اصول المحاكمات الجزائية في "ج- اذاما اخبر قاضي التحقيق بجناية مشهودة وجب عليه ان يبادر بالانتقال الى محل الحادثة كلما كان ذلك ممكنا ،لاتخاذ الاجراءات المنصوص عليها في الفقرة ب من هذه المادة وان يخبر الادعاء العام بذلك "[2] .مما تقدم يفهم ان الانتقال يتميز بأهمية كبيرة سواء كانت الجريمة جناية مشهودة ويتعين على قاضي التحقيق ان يبادر هو بالانتقال اذا كانت الجريمة جناية او جنحة بغير وصف ،ويتعين على عضو الضبط القضائي بأن ينتقل فورا الى محل الحادثة فلانتقال من اهم اجراءات التحقيق اذ انه لازم لإجراء الكشف والضبط ،ويفهم من المادة (52) ان الانتقال الى محل الحادث وجوبي حيث تكون الجريمة مشهودة وفي غير هذه الحالات الانتقال متروك لتقدير القاضي .

بعد هذا للعرض الموجز لأحكام الانتقال والمعاينة في قانون اصول المحاكمات الجزائية يبدو لنا ا حالة الضرورة الاجرائية عند ممارسة هذا الجراء هي :انتقال قاضي التحقيق الى اي مكان خارج اختصاصه ويكون

---

[1] ينظر :د .محمد زكي ابو عامر، شائبة الخطأ في الحكم الجنائي ،ط1،دار المطبوعات الجامعية ،الاسكندرية ،1985،ص533.

[2] نصت المادة (52/ف ب) على ان "يجري الكشف من قبل المحقق او القاضي على مكان وقوع الحادث لاتخاذ الاجراءات المنصوص عليها في المادة 43 من الاصول الجزائية ووصف الاثار المادية للجريمة والاثار الحاصلة ب المجنى عليه وبيان السبب الظاهر للوفاة ان وجدت وتنظيم مرتسم للمكان " اما الاجراءات المقررة في المادة (43)فهي "اذا اخبر عضو الضبط القضائي بجريمة مشهودة او اتصل علمه بها يجب عليه ان يخبر قاضي التحقيق والادعاء العام بوقوعها وينتقل فورا الى محل الحادثة ،ويدون افادة المجنى عليه ويسأل المتهم عن التهمة المسندة اليه شفويا ،ويضبط الاسلحة وكل ما يظهر انه استعمل في ارتكاب الجريمة ويعاين اثارها المادية "

له في هذه الحالة ممارسة كافة الصلاحيات الممنوحة له وفقا للقانون على ان يلزم بأخبار قاضي التحقيق في المنطقة بما اتخذه من اجراءات فيها وله ان ينيب عنه قاضي التحقيق في تلك المنطقة للقيام بهذا الاجراء على ان يبين في قرار الانابة الامور المطلوب القيام بها .

ثانيا :الضرورة الاجرائية وسماع الشهود .

الشهادة كأجراء هي ادلاء شخص بالمعلومات التي لديه من جريمة ادركها بأحدى حواسه .سواء كانت تلك المعلومات لها علاقة بالجريمة ام ظروف وقوعها ام الملابسات التي احاطت بها [1] .وقد نص قانون اصول المحاكمات على اجراءات سماع الشهود في المواد (58-68)وسنخصص البحث بدراسة الموضع الذي نص فيه على حالة الضرورة الاجرائية وهي المادة (67)والتي نصت على "اذا كان الشاهد مريضا او كان لديه ما يمنعه من الحضور فعلى القاضي او المحقق الانتقال الى محله لتدوين شهادته " وهذا النص يبرره مصلحة التحقيق في الكشف عن الحقيقة اذا كان هناك مانع من التوصل اليها فأجاز المشرع الانتقال لسماع شهادة الشاهد اذا كان مريضا او كان هناك مانع من حضوره اذ ان الاصل ان يحضر الشاهد الى المحكمة للإدلاء بشهادته امام القاضي المختص وان امتناعه يشكل جريمة وفقا لقانون العقوبات اذ نصت المادة (238)على "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة اشهر وبغرامة لا تزيد على مائة دينار او بإحدى هاتين العقوبتين كل من كان مكلفا قانونا بالحضور بنفسه او بوكيل عنه في زمان ومكان معينين بمقتضى تبليغ او اوامر او بيان صادر من محكمة او سلطة قضائية او من موظف او مكلف بخدمة عامة مختص قانونا بإصداره فأمتنع عمدا عن الحضور في الزمان والمكان المعينين ..." ويلحظ على المادة (67)انها اعطت سلطة تقديرية للقائم بالتحقيق في تحديد اسباب عدم الحضور سوى المرض عندما نص على "اذا كان لديه ما يمنعه من الحضور "وهذا اتجاه يحمد عليه المشرع ا ان الحالات لا يمكن حصرها وعليه فأن للقائم بالتحقيق سلطة واسعه في تقدير اسباب عدم حضور الشاهد متى ما كانت مشروعة ولا يقصد فيها التنصل عن الشهادة او الاضرار بالتحقيق او عرقلة سيره فأنه جاز له الانتقال.

ثالثا: الضرورة الاجرائية وندب الخبراء .

[1] ينظر: د . سعيد حسب الله ،مرجع سابق ،ص 189.

الخبرة هي اجراء يتعلق بموضوع يتطلب الالمام بمعلومات فنية لإمكان استخلاص الدليل منه وذلك لان الخبرة تفترض وجود واقعة مادية او شيء يصدر الخبير حكمه بناء على ما استظهر منه ومن ثم فأن الخبرة تقوم على حكم الخبير اكثر مما تقوم على جمع الادلة من قبل المحقق وبحثها [1] .والخبرة يمكن ان تقع على اي موضوع يتعلق بالتحقيق ويحتاج الى معلومات فنية معينه ،وقد نظم قانون اصول المحاكمات الجزائية اجراءات ندب الخبير في المواد (69-71)،اذ يجوز للقاضي او المحقق من تلقاء نفسه او بناء على طلب الخصوم ان يندب خبيرا او اكثر بإبداء الرأي في ماله صلة بالجريمة التي يجري التحقيق فيها ،ولقاضي التحقيق او المحقق ان يحضر عندما يباشر الخبير عمله ،وهذا يعني انه اذا لم يحضر القائم بالتحقيق فلا يمكن القول عند مباشرة الخبير عمله دون حضوره ضرورة اجرائية لان المادة (69/ب)اعطت سلطة جوازيه للقائم ب التحقيق ان يحضر او لا يحضر .ويمكن ملاحظة الضرورة الاجرائية عند مباشرة اجراء ندب الخبراء في نص المادة (71) من قانون اصول المحاكمات الجزائية والتي تنص على :"لقاضي التحقيق اذا اقتضى الحال ان يأذن بفتح قبر للكشف على جثة ميت بواسطة خبير او طبيب مختص بحضور من يمكنه حضوره من ذوي العلاقة لمعرفة سبب الوفاة "[2] من ما تقدم يبدو ان هذه الصلاحية الممنوحة لقاضي التحقيق حصرا دون المحقق منحت له ليمارسه فقط في حالة الضرورة للكشف عن الحقيقة وفي اضيق نطاق كلما كان من الممكن استخدام وسائل اخرى للكشف عن الحقيقة واوجب القانون حضور من يمكن حضوره من ذوي العلاقة لكنه لم يحدد اشخاص معينين بذواتهم للحضور وحسن فعل المشرع في مسلكه هذا في عدم التحديد .

ان فتح القبر هو اجراء من اجراءات التحقيق او المحاكمة تلجأ اليه السلطة القضائية المختصة لأسباب قانونية من خلال فتح المكان الذي دفن فيه المتوفى وكشف جثته واظهارها بقصد الاطلاع عليها في مكان الدفن ذاته او اخذ عينات منها او نقلها كليا واجراء الفحوصات اللازمة لها في المختبرات الطبية الجنائية المختصة .ومن اسباب فتح القبر عموما في التحقيق هو الشك الحاصل من السلطة المختصة بأسباب الوفاة

[1] ينظر :د . مأمون سلامة ،مرجع سابق ،ص644.

[2] عاقبت المادة (373)من قانون العقوبات العراقي بالحبس مدة لا تزيد على سنتين وبغرامة او بإحدى هاتين العقوبتين من ينتهك او يدنس حرمة قبر او مقبرة .

او ارتباط التحقيق بجريمة اخرى او اخفاء ذوي المجنى عليه اسباب الوفاة الحقيقة او وقوع الطبيب الذي قام بالكشف على الجثة بالخطأ عند اجراء الكشف عليها واكتشاف الخطأ. [1]

ولم يحدد المشرع ما اذا كان فتح القبر لذات الشخص يحصل مرة واحدة او اكثر وبالتالي فأن قاضي التحقيق له سلطة تقديرية في ذلك ،ونعتقد ان يكون فتح القبر لمرة واحدة لا اكثر وذلك احتراما لحرمة الموتى وعلى قاضي التحقيق ان يأمر الخبير بأجراء الفحوصات اللازمة ويتأكد بصورة تامة من اتمام جميع الاجراءات بغية الكشف عن الحقيقة المبتغاة من فتح القبر حتى لا يضطر الى فتحه مرة اخرى ولاسيما ان فتح القبر يكون على سبيل الضرورة والاستثناء لا يجوز التوسع فيه .

رابعا: الضرورة الاجرائية والتفتيش .

التفتيش هو البحث عن الحقيقة في مستودع السر ، وهو اجراء من اجراءات التحقيق الابتدائي بالمعنى الضيق ، فلا يكون استدلال بحسب الاصل لما يتضمنه من مساس بحرمة المتهم او حرمة مسكنه بحسب الاحوال ، ولا يجوز القيام به لمجرد الكشف عن جريمة محتملة ، بل انه لا يكون الا بعد ظهور الجريمة فعلا واتجاه الشبهات الى متهم معين بالذات[2] .ان قواعد التفتيش كثيرة ومتشعبة ، منها ما يوصف بأنه موضوعي لأنه متصل في الاحوال التي يجوز فيها اجراؤه والا كان باطلا ، ومنها ما يوصف بأنه شكلي لأنه منصب على طريقة تنفيذه مباشره ، حتى مع صحته موضوعا واهم القواعد الموضوعية وجوب صدوره في حدود قواعد الاختصاص المكاني وفي جريمة من الجرائم التي حددها القانون ، وبناء على دلائل كافية تسبق الامر به او بناء على تلبس صحيح قانونا ،او بناء على امر قضائي صحيح لاحتوائه على البيانات الكافية لتعين شخص

---

[1] ينظر :د .ضياء عبد الله عودة ،فتح القبر كأجراء من اجراءات التحقيق الابتدائي في قانون اصول المحاكمات الجزائية ،مجلة الحقوق ،جامعة كربلاء /كلية الحقوق ،س2،ع3،2010،ص 63-65.

[2] ان هذه القاعدة تخضع لاستثنائيين: الاول –خاص بتفتيش شخص المتهم ،كلما وقع عليه قبض صحيح وهنا يعد التفتيش من اجراءات الاستدلال لا التحقيق بالمعنى الضيق .وفقا للمادة (79)اصولية .اما الثاني – خاص بتفتيش مسكن المتهم الموضوع تحت مراقبة الشرطة اذا توفرت اوجه قوية للاشتباه بارتكاب جريمة ،وهذا ما يدعو للقول بأن التفتيش يجوز ان يعد من اجراءات الاستدلال لا التحقيق ،اما عدا هذين الاستثنائيين فالرأي مستقر على ان التفتيش يعد من اجراءات التحقيق لا الاستدلال ،ويستوي في ذلك تفتيش الاشخاص مع تفتيش المساكن .ينظر :د. رؤوف عبيد ،المشكلات العلمية الهامة في الاجراءات الجنائية ،ج1،ط2،دار الفكر العربي ،1972،ص364.

المتهم المقصود به ، فضلا عن تاريخ اصداره وتوقيع من اصدره وغير ذلك من البيانات المطلوبة في كل ندب صحيح من سلطة التحقيق الى سلطة الضبط القضائي ثم تنفيذه خلال المدة المحددة في امر الندب.

اما القواعد الشكلية ، فهي وجوب حضور المتهم او من ينيب عنه اذا جرى بمعرفة سلطة التحقيق او الضبط القضائي او حضور شاهدين تتوافر فيهما شروط معينه اذا جرى بمعرفة الضبط القضائي ، ووجوب عمل محضر به . وقد نظم قانون اصول المحاكمات الجزائية احكام التفتيش في المواد (72-86)اذ وضع المشرع له شروط وضمانات وضوابط عند القيام به من قبل السلطة المخولة [1] .ومن ضمانات التفتيش ما نصت عليه المادة (72)من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي " أ- لا يجوز تفتيش اي شخص او الدخول او تفتيش منزله او اي محل تحت حيازته الا في الاحوال المبينة في القانون ب- يقوم بالتفتيش قاضي التحقيق او المحقق او عضو الضبط القضائي بأمر من القاضي او من يخوله القانون اجراءه ".

كذلك من ضمانات المتهم ما نصت عليه المادة "73/ب"والتي اكدت على انه لا يجوز تفتيش اي شخص او دخول او تفتيش منزله او اي مكان تحت حيازته الا بناء على امر صادر من سلطة مختصة ".ويجوز الخروج على هذه القواعد ا كانت هناك ضرورة تستدعي ذلك على شرط تحقيق التوازن او التوفيق بين المصالح المتعارضة للفرد والمجتمع ومنها كون الجريمة من نوع الجنايات او الجنح العمدية او ان تكون جريمة مشهودة وان تتوفر قرائن او دلائل قوية على ثبوتها واحوال الضرورة التي اجاز بها المشرع في قانون اصول المحاكمات الجزائية الخروج عن الاحكام المقررة للتفتيش هي ما نصت عليه المادة (73/ب) "يجوز تفتيش اي مكان دون مراعاة الشروط السابقة في حالة طلب المساعدة ممن يكون داخله او حدوث حريق او غرق او ما شابه ذلك من احوال الضرورة " وهذا يعني انه يجوز لغير الاشخاص المحددين في المادة (72) القيام بالتفتيش في حال طلب المساعدة او حدوث حريق او غرق او اي احوال اخرى يترتب على عدم اجراء التفتيش فيها فوات مصلحة معتبرة سواء كانت مصلحة شخص اخر او مصلحة التحقيق. كذلك يجوز القيام في التفتيش في حالة الجريمة المشهودة .

---

[1] يجري تنفيذ التفتيش كإجراء من اجراءات التحقيق من قبل سلطة مختصة بذلك للبحث عن ادلة مادية لجريمة تحقق وقوعها في محل ما او لدى شخص معين وبغض النظر عن ارادة صاحبه ويعبر عن هذا النوع من التفتيش ب التفتيش القضائي وبذلك يختلف عن الصور الاخرى من التفتيش :فالتفتيش الوقائي مقتضاه تجريد شخص مما يحمله من ادوات قد تؤذي بها نفسه او غيره ،والتفتيش الاداري في حالات مختلفة كالتفتيش الجمركي .ينظر: د. سعيد حسب الله ،مرجع سابق ،ص 145.

ان التفتيش في حالة الضرورة تستلزمه حالات عاجلة لا يمكن ولا يحتمل معها التريث والتمهل بل يستدعيه ظروف الاستعجال التي يخشى مع مرور الوقت ان يترتب عليها اضرار جسيمة لا يمكن مداركتها مثل التفتيش الذي يجريه رجل الاسعاف اذا ما استدعى لنقل مصاب فقد الوعي في حادثة بالطريق العام اذ يحق له ان يفتشه تحفظا على ما قد يوجد لديه من اشياء قد تتعرض للسرقة او الضياع او يكون احتفاضه بها خطرا عليه او على سائر المرضى في المستشفى الذي سينقل اليه.. [1]

عند استقراء نصوص قانون اصول المحاكمات الجزائية المتعلقة بموضوع التفتيش نلحظ ان المشرع قد ارسى قاعدة عامة تتعلق بالنظام العام مفادها وجوب تفتيش الانثى بواسطة الانثى ،اذ نصت المادة (80)اصولية على ذلك "اذا كان المراد تفتيشه انثى فلا يجوز تفتيشها الا بواسطة انثى يندبها لذلك القائم بالتفتيش بعد تدوين هويتها في المحضر "والعلة في ذلك ترجع الى حماية عرض المرأة وكرامتها الانسانية حتى ولو كانت متهمة انسجاما مع القانون وما وفرها لها من ضمانات وهي وجوب احترام حقوق الانسان وعدم المساس بكرامته ولا يجرده من هذه الضمانات تعرضه للاتهام ،ومجال اعمال قاعدة وجوب تفتيش الانثى بواسطة انثى هو المساس بالمواضع الجسمانية التي من قبيل عورات المرأة [2] .وقد ذهب رأي بالفقه[3] الى ان هذه القاعدة من النظام العام ومن ثم فأن تفتيش الانثى الذي يجريه مأمور الضبط القضائي بنفسه يعد باطلا ولو رضيت بذلك الانثى رضاءا صريحا ،وعلى الرغم من ذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية

---

[1] وقد ذهبت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد الى ان تفتيش المصاب الغائب عن الوعي في هذه الحالة لا يعد تفتيشا بالمعنى الذي قصده الشارع ولا يعد عملا من اعمال التحقيق ،ولا ينطوي على اعتداء على حرية المريض او المصاب ومن صميم واجبات رجل الاسعاف في الظروف التي يؤدى فيها خدماته .نقض 10/1/1956–س7–رقم 9–ص 21.المجموعة الاستشارية القانونية ،عدنان محمد عبد المجيد البسيوني محمود ابو عبده ،ص 21.

[2] قضت محكمة النقض المصرية بأنه لا يقبل الدفع ببطلان وضبط الاشياء اذا كان ما قام به رجل الضبط القضائي لا يرقى الى حد المساس بفعله الى ما يعد من عورات المرأة التي لا يجوز للرجل الاطلاع عليها . نقض 1994/5/9 ،مجموعة احكام النقض ،س45،ص624 اشار اليه د محمد محمد خليفة ،مرجع سابق ،ص 524.ويذهب الدكتور محمود نجيب حسني الى ان مفهوم العورة يتحدد وفقا لمدلول عرفي ويخالف بذلك الدكتور محمد محمد خليفة الذي يذهب الى تحديده بمدلول شرعي .للاستزادة ينظر د محمود نجيب حسني ،شرح قانون الاجراءات الجنائية ،مرجع سابق ،ص 590.ود محمد محمد خليفة ،مرجع سابق ،ص 545.

[3] ينظر :د .محمود نجيب حسني ،مرجع سابق ،ص 591.

بأن الدفع ببطلان التفتيش لمخالفة هذه القاعدة هو دفع موضوعي مما يمتنع اثارته لأول مرة امام محكمة النقض وعلة ذلك كما اوضحته المحكمة انفة الذكر ان الدفع ببطلان تفتيش الانثى من غير الانثى هو في حقيقته دفع موضوعي اساسه المنازعة في سلامة الادلة التي كونت منها المحكمة عقيدتها التي اطمأنت منها الى صحة اجراءات التفتيش .

ويلحظ ان القانون لم يتطلب في الأنثى المنتدبة للتفتيش شروطا معينة ،فيكتفي ان تنال ثقة مأمور الضبط القضائي للقيام بهذه المهمة ولا يشترط ان تكون موظفة ولم يتطلب القانون ان تحلف هذه الانثى يمينا قبل اداء مهمتها .واذا تبعنا الحكمة من التفتيش وهي الكشف عن الحقيقة نلحظ بانه يجوز في حالات الضرورة تفتيش الانثى بواسطة رجل بشرط عدم المساس بما يعد عورة كأن يفتش حقيبة يدها ،كذلك اذا كان متعذر تفتيش الانثى بواسطة انثى كأن تخفي شريحة او مخدر في موضع حساس من جسمها لا يمكن استخراجه الا بواسطة طبيب [1]

خامسا: الضرورة الاجرائية والقبض.

القبض اجراء من اجراءات التحقيق يقصد به اتخاذ الاحتياطات اللازمة لتقديره حرية المقبوض عليه ووضعه تحت تصرف الجهة المخولة بإلقاء القبض عليه فترة زمنية مؤقته بهدف منعه من الفرار تمهيدا لاستجوابه من الجهات المختصة .والقبض من اخطر الاجراءات في مرحلة التحقيق الابتدائي لمساسه بحرية الاشخاص التي كفلها الدستور عندما منع القبض على الاشخاص او توقيفهم او حجزهم او تفتيش منازلهم الا وفقا للقانون ،لذا نجد ان القانون احاط هذا الاجراء بضمانات كافية منعت التعسف فيه واستخدامه لغير الاغراض التي حددها القانون وبما يضمن حرية الاشخاص ويصون كرامتهم ،فلم يجز اصداره الا من قبل قاضي التحقيق او المحكمة ،وحدد الحالات التي يجيز اصداره وطريقة تنفيذه في المواد (97-108) من قانون اصول المحاكمات الجزائية والقبض كأجراء من اجراءات التحقيق يختلف عن الاستيقاف ،اذ هو عبارة عن مجرد ايقاف الشخص لسؤاله عن اسمه وعنوانه ووجهته ،وهو امر مباح لرجال اضبط الاداري عند الشك في امر عابر سبيل لأسباب مقبولة اذا كان في حالة تثير الريبة .ويختلف الاستيقاف عن القبض في انه لا

[1] ان نص المادة (80)تدعونا الى التساؤل عن مدى جواز تفتيش الرجل بواسطة الانثى عضو الضبط القضائي ..؟ما هو الحكم المترتب على ذلك .

يشترط بأجرائه ارتكاب جريمة معينه وانما يجوز عند الاشتباه بتوافرها او بارتكابها ،كما انه لا يجيز بذاته تفتيش المتهم ،على عكس القبض الذي يجيز ذلك ويعد من اجراءات الاستدلال على ارتكاب الجريمة وليس من اجراءات التحقيق [1] .اما فيما يتعلق بحالات الضرورة الاجرائية التي تجيز القبض فهي ما نصت عليه المواد (100،102،103،108) من قانون اصول المحاكمات الجزائية اذ انه بموجب المادة (100)اوجب القانون على القائم بأمر القبض (اعضاء الضبط القضائي)في حالات معينة واستثناءا من الاصل القاضي بالقبض من قبل قاضي التحقيق او المحقق بموجب المادة (95)ان ينفذ امر القبض خارج منطقة اختصاص القاضي الذي اصدره ويجب عليه ان يعرض امر القاء القبض على القاضي في تلك المنطقة لكي يطلع عليه ويأذن بتنفيذه الا اذا كان عرض الامر عليه من شأنه التأخير في التنفيذ او تفويت الفرصة في القبض على المتهم ،ففي مثل هذه الاحوال يجوز للمكلف بالتنفيذ ان يقوم بتنفيذ امر القبض ومن ثم اطلاع القاضي المختص في تلك المنطقة على الاجراءات التي اتخذت فور تنفيذ الامر .وقد تتوافر حالات يكون من الضروري القاء القبض فيها على المتهم من دون انتظار صدور امر بذلك من السلطة المختصة ،ولا سيما في الجرائم الخطيرة التي قد يؤدي عدم القاء القبض فيها على المجرم الى هروبه او ضياع اثار الجريمة او ان المعلومات التي يمكن الحصول عليها من المتهم ساعة القاء القبض عليه تكون صحيحة وجدية ،ولهذا فقد اجاز القانون في المادة (102–103)القاء القبض على الاشخاص المتهمين بارتكاب جريمة ومن دون امر بذلك صادر من سلطة مختصة ،كما جعل القاء القبض في حالات اخرى ومن دون امر مسألة وجوبية اذ اجازت المادة (102)من قانون اصول المحاكمات الجزائية "

[1] ينظر :د . رؤوف عبيد ،مرجع سابق ،ص 335.

الخاتمة

بعد ختام البحث بموضوع "الضرورة الاجرائية في مرحلة التحقيق الابتدائي "نجمل اهم ما توصلنا اليه من استنتاجات وتوصيات.

اولا: النتائج

ان موضوع الضرورة عموما يدخل في كل المجالات وغير قاصر على المجال القانوني ،وانه يختلف في كل فرع من فروع القانون عن الاخر .وان الضرورة الاجرائية هي الحالة الملجئة التي تبيح مخالفة الشكل الاجرائي الجنائي لحماية مصلحة اجدر بالرعاية. ان هذه الضرورة هي استثناء يورده المشرع على الاصل الاجرائي لتحقيق مصلحة الكشف عن الحقيقة والتي تصبو اليها القاعدة الاجرائية اساسا والتي لا يمكن تحقيقها في ظل ظروف اضطرارية معينه الا من خلال الاجراء الاحتياطي الضروري وفقا لضوابط وشروط محددة وهذه الضرورات لها ما يبررها من اسباب امنية او تنظيمية الغاية منها تحقيق المصلحة العامة في الكشف عن الحقيقة الموصلة الى الجريمة ومرتكبها وظروفها .

ان الضرورة الاجرائية لا تعني الخروج عن الشرعية الاجرائية طالما تمت وفقا للشروط القانونية وهذه الشروط هي ان يكون الاجراء المتخذ هو الاجراء الوحيد واللازم والذي تحتمه الضرورة وان يكون لغرض تفادي خطر حال او وشيك بأتخاذ اجراءات الضرورة ،وان يكون هناك تناسب بين الخطر والاجراء المتخذ .وان نظرية الضرورة في الاجراءات الجنائية هي استثناء لا يجوز التوسع في تطبيقه لان الضرورة تقدر بقدرها ولا يجوز التوسع في تعميمها او تفسيرها حفاضا على الضمانات القانونية للمتهم الذي لم تثبت عليه ادلة قطعية ب الإدانة.

ثانيا: التوصيات

1- ان منح المسؤول في مركز الشرطة صلاحية محقق اسنادا الى نص المادة (50) اصولية قد يؤدي الى اساءة استعمال هذه السلطة خاصة وان اغلبهم لا يكونوا على دراية كاملة في القانون كما هو الحال بالنسبة للمحقق الذي يكون خريج قانون ،هذا من جانب ،من جانب اخر ان التطور التكنلوجي والالكتروني جعل من تواصل الشرطة مع القاضي امرا ميسرا وعليه فأن ذلك يستدعي اعادة النظر في المادة المذكورة .

2- اعادة النظر في المادة (108)اصولية والتي خولت القتل اذا كان الجرائم معاقب عليها بالإعدام اذ ان ذلك يعني اعطاء هذه الصلاحية للأشخاص المنصوص عليهم في المواد (103-102)وهذا فيه انتهاك صارخ لحقوق الانسان وضمانات المتهم وخاصه وانه لم تثبت ادانته بعد.

3- ان يكون فتح القبر كأجراء من اجراءات للشخص ذاته مرة واحدة لا اكثر وذلك احتراما لحرمة الموتى وعلى قاضي التحقيق ان يأمر الخبير بأجراء الفحوصات اللازمة ويتأكد بصورة تامة من اتمام جميع الاجراءات بغية الكشف عن الحقيقة المبتغاة من فتح القبر حتى لا يضطر الى فتحه مرة اخرى ولاسيما ان فتح القبر يكون على سبيل الضرورة والاستثناء لا يجوز التوسع فيه .

المراجع

1. احمد حسوني جاسم ،بطلان اجراءات التحقيق الابتدائي ،رسالة ماجستير ،كلية القانون /جامعة بغداد، 1983.
2. د احمد فتحي سرور ،الوجيز في قانون الاجراءات الجنائية ،دار النهضة العربية ،القاهرة .
3. د. احمد فتحي سرور ،اتجاهات محكمة النقض في تطبيق نظرية الضرورة على الاجراءات الجنائية ،المجلة الجنائية القومية ،المجلد الثالث ،1960.
4. د. احمد فتحي سرور ،الشرعية الدستورية وحقوق الانسان في الاجراءات الجنائية ،دار النهضة العربية ،1993.
5. د. احمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الأنسان في الإجراءات الجزائية، دار النهضة العربية،1993.
6. د ايهاب طارق عبد العظيم ، علاقة الفرد بالسلطة في الظروف الاستثنائية ،القاهرة ،2005.
7. المستشار. المبروك عبدالله الفاخري، مدى جواز العمل بنظرية الضرورة في ظل الشرعية الإجرائية ،بحث منشور على الموقع الإلكتروني لوزارة العدل الليبية، ص6 ضمن الرابط الآتي: http://aladel.gov.ly/home/?p=1588
8. بلخبر الطيب ،الضرورة الحربية في اطار القانون الدولي العام ،مجلة البحوث القانونية والسياسية ، ع3،2014،ص297.

9. د . سعيد حسب الله ،شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية ،دار ابن الاثير ،الموصل ،2005.
10. د .ضياء عبد الله عودة ،فتح القبر كأجراء من اجراءات التحقيق الابتدائي في قانون اصول المحاكمات الجزائية ،مجلة الحقوق ،جامعة كربلاء /كلية الحقوق ،س2،ع2010،3.
11. د .عبد الامير العكيلي ،سليم حربة ،اصول المحاكمات الجزائية ،بدون سنه نشر ،1982.
12. د حسن كيره ،المدخل لدراسة القانون ،منشأة المعارف ،الاسكندرية .
13. د عزيزة الشريف ،الاختصاص التشريعي في حالات الضرورة ،دار المنظمومة ،1998،
14. د غالية عز الدين ،موانع المسؤولية الدولية حالة الضرورة ،مجلة الدراسات الحقوقية ،ع 8،بلا دار او سنه نشر .
15. د فهد يوسف عبد الله الجمعة ،الرقابة البرلمانية على مراسيم الضرورة ،مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ،ع16، 2009.
16. د. فخري عبد الرزاق الحديثي ،شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية ،ط2،دار السنهوري للطباعة والنشر ،بغداد 2015.
17. د. رمسيس بهنام ،الجريمة والمجرم والجزاء ،منشأة المعارف ،الاسكندرية ،1972،.
18. د. رؤوف عبيد ،المشكلات العلمية الهامة في الاجراءات الجنائية ،ج1،ط2،دار الفكر العربي ،1972.
19. د. صباح سامي داود ،الاجراءات الجزائية في ظل الظروف الاستثنائية ،بحث منشور على الموقع الالكتروني
20. صادقي عباس و العمري خالد ،تطبيق القضاء الاداري الجزائري لنظرية الضرورة ونظرية السلطة التقديرية للادارة ،مجلة ايليزا للبحوث والدراسات ،المركز الجامعي ايليزي ،ع 3 ،2018
21. د. عبد الستار الكبيسي ،ضمانات المتهم قبل واثناء المحاكة ،منشورات الحلبي الحقوقية،2013.
22. د. عبد الفتاح الصيفي ،الاحكام العامة للنظام الجنائي الاسلامي في الشريعة والقانون ،دار النهضة ،القاهرة ،1997.

23. د. عبد الوهاب ابراهيم ابو سليمان ، فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة افاق وابعاد ، البنك الاسلامي للتنمية ، ط2 ، جدة ، 2002 .

24. د. عوض محمد عوض ،قانون العقوبات القسم العام ،1987.

25. د. محمد محمد طه خليفة ،نظرية الضرورة في الاجراءات الجنائية ،دراسة مقارنة ،دار الفكر والقانون ،مصر .

26. د. محمود سلامة، الاجراءات الجنائية في التشريع المصري ،ج1،دار النهضة العربية ،القاهرة ، 2005.

27. د. محمود محمود مصطفى ،شرح قانون العقوبات القسم العام ،مطبعة جامعة القاهرة ،ط10.

28. د. محمود نجيب حسني ،شرح قانون الاجراءات الجنائية ،دار السنهوري العربية ،القاهرة

29. د. محمود نجيب حسني ،شرح قانون العقوبات القسم العام ،1983،ص 204 .

30. د ماهر عبد شويش ،الاحكام العامة في قانون العقوبات ،ط1،مطبعة جامعة الموصل ،1990.

31. د محمود نجيب حسني ،شرح قانون الاجراءات الجنائية وفقا لأحدث تعديلاته ،ط5،دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية

32. د. منذر ابراهيم الشاوي ،فلسفة القانون ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،الاردن ،2009.

33. د .محمد حميد عبد ،الضرورة والتناسب في التجريم والعقاب ،اطروحة دكتوراه ،جامعة بابل .

34. د .محمد زكي ابو عامر، شائبة الخطأ في الحكم الجنائي ،ط1،دار المطبوعات الجامعية ،الاسكندرية ،198 .

35. د :ماجد احمد صالح العدوان ،المفهوم القانوني لتطور تطبيقات نظرية الضرورة في القانون الاداري (على استقبال الاجئين السورين "دراسة مقارنة ") ،دفاتر السياسة والقانون ،ع 16، 2017.

36. مروة حسن لعيبي ،الحماية الجزائية لسير العمل ،رسالة ماجستير ،جامعة بغداد، كلية القانون ،2018 .

37. د. يسر انور علي ،شرح قانون العقوبات ،النظرية العامة ،1992.