مدى جواز العمل بنظرية الضرورة في ظل الشرعية الإجرائية

أ. المبروك عبدالله الفاخري
المستشار بالمحكمة العليا

المقدمة

تُعد نظرية الضرورة من النظم القانونية العامة ، التي لها الأثر الواضح في إضفاء المشروعية على بعض الأعمال المخالفة للقانون ، وهى فكرة قديمة ، لازمت الفكر القانوني منذ نشأته ، وأخذت بها الشرائع القديمة والحديثة(1).

وجوهرها واحد في مختلف فروع القانون ، وإن اختلفت تطبيقاتها باختلاف المصالح التي يحميها وينظمها كل فرع من هذه الفروع ، وهى في جميع الأحوال تقوم على ركنين ؛ أولهما : موضوعي ، يتمثل في قيام خطر ملجئ ، يهدد إحدى المصالح المحمية ، وثانيهما : شخصي يتمثل في رد الفعل تجاه الخطر ، لحماية المصلحة المهددة ، ودرء الضرر عنها ، وهو ما يسمى بالعمل الضروري .

ولقد حظيت فكرة الضرورة باهتمام أغلب فروع القانون ، حيث تضمنت نصوصاً عامة تحدد شروطها وتبين آثارها ، وبالتالي فإن شرعيتها مستمدة من تلك النصوص التي نظمتها وأوضحت أحكامها .

---

(1) - لمزيد من التفصيل في هذا الموضوع راجع : رسالة الباحث في حالة الضرورة وتطبيقاتها في الإجراءات الجنائية "دراسة مقارنة " ، رسالة ماجستير غير منشورة ، سنة 2000 ، كلية القانون ، جامعة قاريونس .

أما في الإجراءات الجنائية فالأمر مختلف ، حيث لم تنص التشريعات الإجرائية على إعمال الضرورة كمبدأ عام ، بل أوردت عدة تطبيقات لها في بعض النصوص المتفرقة .

ولما كان قانون الإجراءات الجنائية يهدف إلى حماية المصالح الاجتماعية في الدولة ، من خلال التوفيق ، وإقامة التوازن بين مصلحتين تبدوان متعارضتين ، هما مصلحة المجتمع في كشف الحقيقة ، والقبض على المجرمين ، وإدارة العدالة الجنائية على نحو فعال يحقق السرعة والردع ، من ناحية ، ومصلحة الفرد ـ عندما يكون متهماً ـ في أن تصان كرامته ، وأن تضمن له حقوقه في الدفاع عن نفسه ، وإثبات براءته ، وألا تطغى الرغبة في إدارة العدالة الجنائية ، على حقوق الفرد وحرياته الأساسية ، من ناحية أخرى .

ومن ثم فإن مهمة قانون الإجراءات الجنائية هي الموازنة بين العدالة والحرية، ويقتضي ذلك رسم نطاق قانوني لحرية الفرد ، يُبيّن الحد الأدنى من حريته الذي يجب الحفاظ عليه وعدم التضحية به ، إيماناً بأن هذا الحد الأدنى لا يتعارض مع مصلحة المجتمع ، بل يُسهم في تحقيقها ، وهذا ما يقوم عليه مبدأ الشرعية الإجرائية[1] .

وتقوم فكرة الضرورة في الإجراءات الجنائية عندما يكون هناك خطر يهدد إحدى المصالح التي ينظمها ويحميها القانون الإجرائي الجنائي ، ويقتضي الأمر مخالفة الشكل الإجرائي ، لحماية المصلحة المهددة بالخطر ، سواء كانت مصلحة عامة أم خاصة .

---

(1) ـ د. أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، ط 7 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 1993 ، ص 50.

ومن المسلم به أن فكرة الضرورة ليست غريبة عن الإجراءات الجنائية ، فقد وردت بعض تطبيقاتها صراحة أحياناً ، وضمناً أحياناً أخرى في التشريعات الإجرائية الجنائية .

إلا أن الخلاف احتدم بين الفقهاء حول إمكانية إعمالها كنظرية عامة ، فيرى بعضهم[1] أن العمل بالضرورة في مجال الإجراءات الجنائية يجب أن يقتصر على الحالات التي وردت حصراً ، وأنه لا يجوز العمل بها كمبدأ عام ، إذ يترتب على ذلك الافتئات على حريات الناس ، وانتهاك الضمانات المقررة لهم قانوناً باسم الضرورة ، وأيضاً زعزعة الاستقرار القانوني في المجتمع .

وذهب آخرون[2] - وشايعتهم في ذلك بعض أحكام القضاء - إلى أن الضرورة مبدأ عام في مختلف فروع القانون ، ومن بينها قانون الإجراءات الجنائية وبالتالي لا يحتاج تطبيقها إلى نص خاص ، ويجوز العمل بها كنظرية عامة متى توافرت شروطها .

وأمام هذا التباين في الآراء ، فإننا نتساءل : هل يجوز العمل بالضرورة كنظرية عامة في الإجراءات الجنائية ؟ وهل يتعارض ذلك مع مبدأ الشرعية

---

(1) - د. أحمد فتحي سرور ، " مقال اتجاهات محكمة النقض المصرية في تطبيق نظرية الضرورة على الإجراءات الجنائية " . المجلة الجنائية القومية ، العدد الثاني ، يوليو 1960 ، ص 149.

(2) - انظر في ذلك :

- د. عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في الإجراءات الجنائية ، د.ط ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، سنة 1999 ، ص 611 .

- د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، ط 2 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 1988 ، ص . 917

- د. أدوار غالي الدهبي ، الإجراءات الجنائية ، ط2 ، مكتبة غريب ، القاهرة ، سنة 1990 ، ص738.

الإجرائية ؟ أم أنها تطبق على سبيل الاستثناء ، ويقتصر العمل بها على الحالات التي وردت حصراً في التشريعات الإجرائية الجنائية ؟

خطة البحث :

رأينا في سبيل الإجابة عن هذه التساؤلات تقسيم هذا البحث إلى مبحثين :

المبحث الأول : مفهوم الضرورة وأنواعها في الإجراءات الجنائية .

المبحث الثاني : مفهوم الشرعية الإجرائية وعلاقتها بالضرورة .

وضُيّقَ عليه ، وأصله من الضرر وهو الضيق[1].

ومن الناحية الاجتماعية ، يستخدم عامة الناس هذا المصطلح للتأكيد على أوضاع أو أقوال ذات أهمية ، أو توضيح مشكلة معينة أدت إلى تصرف معين ، أو لإعفاء تصرف ما من المساءلة[2].

ومفهوم الضرورة في الفلسفة "هو ما لا يمكن أن يكون خلافاً لما كان ، ولا يمكن ألاّ يكون" ، ومعنى هذا أن العمل الضروري لا يمكن تصوره على خلاف ما كان[3].

والضرورة في الاصطلاح الشرعي : هي الحالة الملجئة لتناول الممنوع شرعاً، أما الحاجة : فإنها وإن كانت حالة جهد ومشقة فهي دون الضرورة ، ولا يتأتى معها الهلاك[4].

والضرورة في الاصطلاح القانوني : "هي حلول خطر جسيم لا سبيل لدفعه إلا بارتكاب محظور"[5].

---

(1) - انظر في ذلك : الطاهر أحمد الزاوي ، مختار القاموس ، ط2 ، الدار العربية للكتاب ، ليبيا ، تونس ، سنة 1977 ، ص 371.

(2) - انظر في ذلك : د. مصطفى أحمد فؤاد ، فكرة الضرورة في القانون الدولي العام، د.ط ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، سنة 1987 ، ص 18.

(3) - د. إبراهيم زكي اخنوخ، حالة الضرورة في قانون العقوبات، د.ط ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 1969 ، ص 3.

(4) - علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، تعريب المحامي فهمي الحسيني ، المجلد الأول ، ط1 ، دار الجيل ، بيروت ، سنة 1991 ، ص 38 .

(5) - د. عوض محمد عوض ، قانون العقوبات ، القسم العام ، د.ط ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، سنة 1996 ، ص497.

ثانياً ـ مفهوم الضرورة الإجرائية :

تصدت محكمة النقض المصرية لتعريف الضرورة في الإجراءات الجنائية بمناسبة قيام المحقق بندب كاتب غير مختص لتدوين التحقيق للضرورة ؛ حيث قالت "إن المراد بالضرورة في هذا الموطن هو العذر الذي يبيح ترك الواجب دفعاً للحرج عن المحقق وسداً للحاجة التي تقتضيها مصلحة التحقيق"(1).

ومن هذا المنطلق عرّفها أحد الفقهاء(2)بأنها "العذر الذي يبيح ترك الواجب تغليباً لمصلحة أولى بالرعاية أو دفعاً لمفسدَةٍ أولى بالاعتبار".

وهكذا يتضح بأنه إذا وجد الشخص الإجرائي نفسه أمام عذر طارئ يهدد إحدى المصالح التي ينظمها قانون الإجراءات الجنائية ، فله أن يتخذ الإجراء الضروري حماية لتلك المصلحة المهددة بالخطر ، متى كانت أولى بالرعاية ومتى توافرت شروط الضرورة .

وحتى يستقيم تعريف الضرورة في الإجراءات الجنائية مع المفهوم العام للضرورة في مختلف فروع القانون الأخرى ، فإننا نقترح التعريف الآتي :

هي الحالة الملجئة التي تبيح مخالفة الشكل الإجرائي الجنائي لحماية المصلحة الأجدر بالرعاية .

---

(1) ـ نقض مصري جلسة 11/3/ 1958 مجموعة أحكام النقض ، س 9 ، رقم 88 ، ص 280.

(2) ـ عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في الإجراءات الجنائية ، سابق الإشارة إليه ، ص 611.

المطلب الثاني

أنواع الضرورة الإجرائية

إن المتفحص لتطبيقات الضرورة في التشريعات الإجرائية الجنائية ، سيجد بعض الحالات قد نُص عليها صراحة ، والبعض الآخر يستنتج ضمناً من خلال تلك النصوص ، وكذلك الأمر بالنسبة لأحكام القضاء ، فهناك من الأحكام ما يشير صراحة إلى إعمال نظرية الضرورة ، والبعض الآخر لا يشير إلى ذلك وإنما يستشف الأمر من خلال أسباب الحكم .

ولعلنا نستطيع القول بأن كافة الإجراءات الماسة بحرية الإنسان التي وردت في التشريعات الإجرائية ، جميعها وليدة الضرورة ، لأن الأصل في الإنسان الحرية وفى المتهم البراءة ، واقتضت الضرورة أن تكون هناك قيود تُفرض على حريات الأفراد من خلال هذه النصوص ، حماية لمصلحة الهيئة الاجتماعية وحقها في الأمن والأمان والاستقرار . ولأغراض الدراسة سوف نقسم الضرورة الإجرائية إلى نوعين :

النوع الأول ـ الضرورة التشريعية :

وهي التي ينص عليها في قانون الإجراءات الجنائية إما صراحة أو ضمناً ، و ي بدورها تنقسم إلى قسمين :

1. ضرورة تشريعية يقررها المشرع ويقدر توافر شروطها ، ولا مجال لتدخل الشخص الإجرائي فيها ، والأمثلة على ذلك إجراءات القبض والتفتيش وضبط الخطابات والرسائل و مراقبة المحادثات الهاتفية والاستجواب والحبس الاحتياطي المنصوص عليها في المواد 24 و 34 و 35 و 36 و 37 و 38 و 75 و 78 و79 و80 و 111 و 112 و 115 من قانون الإجراءات الجنائية ، فهذه الإجراءات

ماسة بحرية وحقوق المتهم ، وهي أساسها الضرورة ، لأنه من المتفق عليه أن الأصل في المتهم البراءة ، وعليه لا يجوز المساس بحقوقه أو تقييد حريته إلا بقدر الضرورة التي تقتضيها حماية مصلحة المجتمع في أمنه وأمانه و استقراره ، ونظراً لخطورة هذه الإجراءات الماسة بحرية الإنسان لم يترك المشرع للشخص الإجرائي ـ الشخص القائم بتنفيذ قانون الإجراءات الجنائية ـ أي مجال في تقرير هذه الإجراءات أو تقدير توافر شروطها ، بل تولى المشرع هذه المهمة وحدد شروط اتخاذ كل إجراء ، وهذه الشروط لا تخرج عن كونها شروط الضرورة، وعليه فإذا تمت مباشرة أي إجراء بالتجاوز لها ، فانه يعد إجراء باطلا لا يعول على النتائج التي تترتب عليه ـ إذا ما تمسك صاحب الشأن بذلك ـ لأنه خرج عن أحكام الضرورة وتجاوزها؛ أي قدرها بغير قدرها.

2. ضرورة تشريعية يقررها المشرع ويترك تقدير توافر شروطها للشخص الإجرائي، ففي هذا النوع نجد أن المشرع ينص على العمل بنظرية الضرورة في بعض الإجراءات الجنائية ، إلا أنه لا يحدد شروط مباشرتها ، بل يترك للقائم بتطبيق القانون هذه المهمة مسترشداً في ذلك بالشروط العامة للضرورة الإجرائية[1]، والأمثلة على ذلك في قانون الإجراءات الجنائية ما ورد في المادة 2 مكرر ـ المضافة بالقانون رقم 22 لسنة 1963 ـ التي تعطي النائب العام إمكانية ندب أعضاء الشرطة لتحقيق قضايا برمتها وذلك في المناطق النائية .كما تنص المادة 19 على أنه لا يجوز لمأموري الضبط القضائي تحليف الشهود أو الخبراء اليمين إلا إذا خيف ألا يستطاع فيما بعد سماع الشهادة بيمين ، بمعنى أنه لا يجوز تحليفهم اليمين إلا في حالة الضرورة ، وكذلك تنص المادة 55 في فقرتها الثانية

---

(1) ـ لمزيد من التفصيل في شروط الضرورة ، انظر : رسالة الباحث ، سابق الإشارة إليها ، ص 40 وما بعدها.

على أنه لمأمور الضبط القضائي المنتدب أن يجري أي عمل آخر من أعمال التحقيق ، أو أن يستجوب المتهم في الأحوال التي يخشى فيها فوات الوقت متى كان العمل متصلاً بالعمل المندوب له ولازماً في كشف الحقيقة ، ففي هذه الأحوال رأى المشرع أن سلطة الدولة في العقاب أولى بالرعاية من مصلحة المتهم ، ومن ثم عمل بأحكام الضرورة وأجاز الخروج بمقتضاها عن القواعد العامة . وأيضا ما تنص عليه المادة 34 على أنه لا يجوز لرجال السلطة الدخول في محل مسكون ، إلا في الأحوال المبينة في القانون ، أو في حالة طلب المساعدة من الداخل ، أو في حالة الحريق أو الغرق أو ما شابه ذلك ، وهذه العبارة الأخيرة تعني أن دخول المساكن يظل قائماً في أي حالة تقتضيها الضرورة . وما تنص عليه المادة 337 من جواز ندب قاضٍ للحلول مكان مستشار ، وما ورد في المادة 241 التي تجيز للمحكمة جعل جلسة المحاكمة سرية للضرورة . وأيضاً ما ورد في المادة 243 التي تجيز للمحكمة إبعاد المتهم عن الجلسة للضرورة.

النوع الثاني ـ الضرورة العملية :

وفي هذا النوع يعمل بالضرورة الإجرائية كنظرية عامة ويقوم الشخص الإجرائي بتقريرها وتقدير توافر شروطها ، لأنه لم ينص عليها في قانون الإجراءات الجنائية ، لا صراحة ولا ضمناً ، لقد أطلقنا عليها هذه التسمية حتى نميز بينها وبين الضرورة التشريعية ، وهي بدورها تنقسم إلى قسمين :

1. أعمال إجرائية يباشرها الشخص الإجرائي استناداً إلى حالة الضرورة ، إذ قد تواجهه ظروف ملجئة يضطر معها إلى مخالفة التنظيم الإجرائي لحماية مصلحة أجدر بالرعاية أو لدرء مفسدة أولى بالاعتبار . والمثال على ذلك تجاوز مأمور

الضبط القضائي لحدود اختصاصه المكاني للضرورة[1]، واستعانة المحقق بكاتب غير مختص[2]، وتصدي محكمة النقض لطعن متهم على الرغم من عدم استيفائه للشكل المقرر قانوناً[3]، واتصال الطعن بخصم لم يطعن أصلاً ، بل ليس له الحق في الطعن[4].

2. أعمال مادية أساسها الضرورة العملية قد يباشرها أشخاص عاديون ، أو أعضاء من السلطة العامة ، ولكنها ذات علاقة بالإجراءات الجنائية ، مثل قيام رجل الإسعاف بالبحث في ملابس المصاب للتعرف على هويته أو تحريز ما يوجد معه ، فيعثر على مخدر ، فهذا الإجراء على الرغم من كونه عملاً مادياً وليس إجرائياً إلا أن ضبط المخدر مع المصاب يعد صحيحاً ويعتد بالنتيجة التي أسفر عنها ، لأن ما قام به رجل الإسعاف هو عمل اقتضته الضرورة ، ولذلك يطلق عليه مجازاً تفتيش الضرورة[5]. وكذلك ما يقوم به الشخص العادي من تحسس ظاهري لملابس وجسم المتهم الذي ضبطه متلبساً بجناية خشية حمله سلاحاً يعتدي به عليه أو يضر به نفسه ، فيعثر معه على سلاح بدون ترخيص ، فهذا الاكتشاف يعد صحيحاً ، لأنه عمل مادي أوجبته الضرورة العملية ، ويطلق عليه التفتيش الوقائي . وأيضاً ما يقوم به مأمور الضبط القضائي أو رجل السلطة العامة عندما يقوم بالبحث في ملابس المتهم ـ المقبوض عليه في جريمة لا

---

(1) ـ رسالة الباحث ، سابق الإشارة إليها ، ص 80 وما بعدها.

ـ نقض مصري جلسة 8 / 12 / 1959 ، مجموعة أحكام النقض ، س 10 ق 206 ص 1004.

(2) ـ محكمة عليا جلسة 1 / 5 1983 ، مجلة المحكمة العليا ، س 21 ع 4 ص 254. ـ نقض مصري جلسة 11 / 3 / 1958 ، مجموعة أحكام النقض ، س 9 ق 77 ص 280.

(3) ـ محكمة عليا جلسة 27/ 1 / 1955 ، قضاء المحكمة الاتحادية ، الجزء الأول ، ص 9.

(4) ـ محكمة عليا جلسة 2003/3/18 ، طعن جنائي رقم 287 / 46 ق ، غير منشور.

(5) ـ نقض مصري جلسة 1956/1/10 مجموعة أحكام النقض ق 9 ص 21.

تتطلب التفتيش كجريمة إهانة الموظف العمومي مثلاً ـ قبل إيداعه غرفة الحجز فيعثر معه على شيء تعد حيازته جريمة ، فانه يعتد بهذا العمل على الرغم من كونه ليس عملاً إجرائياً ، وإنما عمل مادي قصد به البحث في ملابس المتهم خشية أن يحمل معه أشياء يضر بها نفسه أو غيره ، وهذا الإجراء أساسه الضرورة العملية ويسمى التفتيش الوقائي (1).

---

(1) ـ نقض مصري جلسة 9 / 5/ 1985 مجموعة أحكام النقض ، س36 ق 113 ص 643.

ـ لمزيد من التفصيل في هذا الموضوع انظر : رسالة الباحث ، سابق الإشارة إليها ، ص 63 وما بعدها.

المبحث الثاني

مفهوم الشرعية الإجرائية وعلاقتها بالضرورة

نتعرض في هذا المبحث إلى مفهوم الشرعية الإجرائية في مطلب أول ، وإلى علاقة الضرورة بالشرعية الإجرائية في مطلب ثانٍ .

المطلب الأول

مفهوم الشرعية الإجرائية

تعد الشرعية الإجرائية الجنائية إحدى حلقات الشرعية التي يخضع لها القانون الجنائي ، حيث ظهرت الحلقة الأولى تحت اسم " لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون " وذلك لحماية الإنسان من خطر التجريم والعقاب بدون قانون ، ولكي يكون في مأمن من رجعية القانون الجنائي و بمنأى عن خطر القياس في مجال التجريم والعقاب .

وهذه الحلقة الأولى فقط لا تكفي لحماية حرية الإنسان وحقوقه إذا كان في الإمكان اتخاذ إجراءات من شأنها المساس بها مع افتراض إدانته ، لذلك كان لابد من ظهور الحلقة الثانية من حلقات الشرعية الجنائية ألا وهي الشرعية الإجرائية .

إن مبدأ الشرعية الإجرائية معناه أن يكون التشريع مصدر الإجراءات الجنائية، سواء كان تشريعاً دستورياً أم عادياً ؛ لأن الإجراءات الجنائية تنطوي في جانب كبير منها على قدر من القهر والإجبار إزاء المتهم ، وإزاء غيره في بعض الأحيان ، كما تتضمن مساساً بحرية الأفراد وحقوقهم الأساسية ، وقد تتخذ ضد أفراد لم تثبت إدانتهم بعد ، أو تثبت براءتهم فيما بعد ، ومن ثم تعين أن يكون

التشريع مصدرها (1).

ولا تعني الشرعية الإجرائية اشتراط أن يقرر القانون الإجراء الجنائي فقط ، بل تتطلب أن يحدد القانون الشروط الشكلية والموضوعية اللازمة لاتخاذ الإجراء ، بحيث لو أغفلت أو تمت مخالفتها ، صار مآل ذلك الإجراء البطلان ، وهي على هذا النحو تضمن سيادة القانون بوصفه أساس الحكم في الدولة ، وتؤدي إلى الاستقرار القانوني الذي يُؤمِّن الأفراد ضد المفاجآت التي تعرّض مراكزهم القانونية للخطر (2).

إن قانون الإجراءات الجنائية الذي تحكمه الشرعية الإجرائية لا يهتم أساساً بتحقيق الغاية من الإجراء الجنائي بقدر ما يهمه احترام الحرية الشخصية من خلال ما يقرره من ضمانات ، فهذه الحرية هي المصلحة الأولى بالرعاية والأجدر بالحماية في نظر هذا القانون باعتباره أحد القوانين المنظمة للحرية الشخصية . ويفترض في هذا القانون أن يكون مستنداً ومتفقاً مع المبادئ التي تضمن حرية وحقوق الإنسان المنصوص عليها في المواثيق العالمية والقوانين الأساسية ، مثل الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية عام 1966 ، والوثيقة الخضراء الكبرى لحقوق الإنسان في عصر الجماهير عام 1988 ، والقانون رقم 20 لسنة 1991 بشأن تعزيز الحرية.

---

(1) - د. محمود نجيب حسني ، الدستور والقانون الجنائي ، دار النهضة العربية ، القاهرة د.ط . سنة 1992، ص 7.

(2) - د. أحمد فتحي سرور ، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية ، سابق الإشارة إليه، ص 119 .

- د. محمد علي السالم عياد الحلبي ، ضمانات الحرية الشخصية أثناء التحري والاستدلال في القانون المقارن ، جامعة الكويت ، د.ط ، سنة 1981 ، ص 7 .

- د. طعيمة الجرف ، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون مكتبة القاهرة الحديثة ، القاهرة، د.ط ، سنة 1973 ، ص 5.

ولذلك لا يجوز الوصول إلى الحقيقة وإقرار سلطة الدولة في العقاب إلا من خلال إجراءات جنائية تحترم الحريات والضمانات تحت إشراف ورقابة القضاء.

ومن ثم يقتضي مبدأ الشرعية الإجرائية احترام الحرية الشخصية للمتهمين وذلك باشتراط أن يكون القانون هو مصدر الإجراءات الجنائية - كما أسلفنا القول - وأن تفترض براءة المتهم في كل إجراء من الإجراءات التي تتخذ ضده ، وأن يخضع تقدير تلك الإجراءات ورقابة سلامة تطبيقها للقضاء[1].

المطلب الثاني

علاقة الضرورة بالشرعية الإجرائية

تعد الضرورة من النظم القانونية المستقرة في جميع فروع القانون وهي استثناء على الأصل ، وتمثل الخروج على النصوص القانونية ، بغية التوفيق والتنسيق بين المصالح المتنازعة التي تثور في الظروف الحرجة التي تعجز النصوص عن معالجتها . لذا فقد حرصت فروع القانون على النص على حالة الضرورة ، وكيفية التعامل معها والإجراءات التي تتخذ في ظلها ، ومن بينها قانون الإجراءات الجنائية .

إلا أن الأمر في هذا القانون الأخير يختلف عن غيره من فروع القانون

---

(1) - أحمد فتحي سرور ، سابق الإشارة إليه ، ص78 .

- د. حسن شلبي يوسف ، الضمانات الدستورية للحرية الشخصية فى النظامين الإنجليزي والأمريكي بالمقارنة بالنظام المصري " التفتيش والضبط " ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، د.ط ، سنة 1992 ، ص3.

- أ. حسين جميل ، حقوق الأنسان والقانون الجنائي ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، 1972 ، ص77.

- د. جميل عبد الباقي الصغير ، الشرعية الجنائية (دراسة تاريخية وفلسفية) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993 ، ص 47.

الأخرى، حيث تضمنت تلك القوانين نصوصاً تحوي في طياتها مبادئ النظرية العامة للضرورة ، وبالتالي يجوز العمل بها كنظرية عامة متى توافرت شروطها ، ومن ثم فإنه لا إشكالية في تطبيقها .

أما في الإجراءات الجنائية فتطبيق الضرورة يثير إشكالية لا تزال محل خلاف في الفقه بين مؤيد ومعارض[1]. وتتمثل هذه الإشكالية في مدى إعمال الضرورة في الإجراءات الجنائية كنظرية عامة أو مدى تعارضها مع مبدأ الشرعية الإجرائية ، ويمكن رد هذا الخلاف إلى اتجاهين :

الاتجاه الأول :

يرى العمل بالضرورة بناءً على نص في قانون الإجراءات الجنائية :

في هذه الحالة ينص المشرع على بعض تطبيقات الضرورة في الإجراءات الجنائية . ولا خلاف بين الفقهاء في العمل بالضرورة في هذا الشأن سواء كان من شأن تطبيقها المساس بحرية الأفراد ؛ أي الإنقاص من ضمانتهم لمصلحة الهيأة الاجتماعية ، أو زادت من ضمانتهم الإجرائية على حساب مصلحة المجتمع . فمادام التشريع مصدرها ، فإنه من المفترض أن يكون المشرع قد وازن بين مصلحة الدولة في العقاب ومصلحة الأفراد في الحرية ، ورأى أن من شأن إعمال الضرورة إنهاء النزاع بين المصلحتين وترجيح المصلحة الأجدر بالرعاية.

ومن ثم فلا يوجد تصادم بين الضرورة والشرعية الإجرائية في هذه الحالة لأن الضرورة وجدت مصدرها في التشريع الإجرائي .

---

(1) ـ انظر في الآراء المعارضة لأعمال الضرورة كمبدأ عام فى الإجراءات الجنائية :

ـ د .أحمد فتحي سرور ، مقال اتجاهات محكمة النقض ، سابق الإشارة إليه ، ص 149 .

ـ د .إبراهيم زكى اخنوخ ، سابق الإشارة إليه ، ص 10.

الاتجاه الثاني :

يرى العمل بالضرورة كنظرية عامة في الإجراءات الجنائية :

في هذه الحالة يعمل فيها بأحكام الضرورة كنظرية عامة من قبل الجهة القائمة بتطبيق قانون الإجراءات الجنائية وهي ما أطلقنا عليها الضرورة العملية ، للتفرقة بينها وبين الضرورة التشريعية التي تم تناولها في الحالة الأولى .

إذ قد تواجه الشخص الإجرائي ظروف ملجئة يضطر فيها إلى مخالفة التنظيم الإجرائي ، لحماية مصلحة أجدر بالرعاية أو لدرء مفسدة أولى بالاعتبار .

وفى سبيل توضيح هذا الاتجاه ينبغي التمييز بين ثلاثة فروض :

الفرض الأول :

إذا كان من شأن العمل بالضرورة دعم حرية المتهم وزيادة ضماناته الإجرائية بالمخالفة للتنظيم الإجرائي ؛ ففي هذه المسألة لا يتعارض العمل بالضرورة كمبدأ عام في الإجراءات الجنائية مع الشرعية الإجرائية، لأن إعمالها على هذا النحو من شأنه التأكيد على قاعدة أساسية تحكم التنظيم الإجرائي برمته، وهى أن الأصل في المتهم البراءة. والأمثلة على ذلك كثيرة : منها إجراء المحاكمة في غير علانية خلافاً للأصل الإجرائي ؛ إذا كان من شأن ذلك تحقيق مصلحة للمتهم أولى بالرعاية من المصلحة التي رأى المشرع حمايتها. وامتداد مواعيد الطعن بالنسبة للمحكوم عليه المريض الذي لم يستطيع الطعن في الميعاد[1].

الفرض الثاني :

إذا كان من شأن العمل بالضرورة في الإجراءات الجنائية كنظرية عامة ، الافتئات على حريات الأفراد والمساس بحقوقهم الأساسية الواردة في التنظيم

---

(1) ـ انظر في ذلك : رسالة الباحث ، سابق الإشارة إليها ، ص 175 وما بعدها.

الإجرائي ، التي كفلها لهم المشرع ـ الدستوري أو العادي ـ وأضفى عليها حماية خاصة . ففي هذه الحالة يجب ألا تكون حريات الأفراد وحقوقهم الأساسية التي أعلاها المشرع وأحاطها بسياج من الحماية والحصانة ، محلاً للتقدير من قبل الجهات المناط بها تطبيق قانون الإجراءات الجنائية . وبالتالي لا يجوز إعمال الضرورة في هذا الشأن كنظرية عامة ؛ ذلك لأن الإجراءات الماسة بحريات الأفراد أوردها المشرع على سبيل الحصر والتحديد ، وهى استثناء اقتضته ضرورة المحافظة على كيان الهيأة الاجتماعية، ومن ثم فأنه من هذا المنطلق لا يجوز إعمال الاستثناء على الاستثناء ، وأنه وفقاً للقاعدة الفقهية يجب ألا يزال الضرر بالضرر(1).

بالإضافة إلى أن العمل بالضرورة في الإجراءات الجنائية بالنسبة للإجراءات التي تمس حريات الأفراد وضمانتهم الإجرائية ، يعكر صفو الاستقرار القانوني الذي ينشده المشرع ـ ويطلق يد الجهات المناط بها تطبيق قانون الإجراءات في المساس بالضمانات المقررة لحماية حريات الأفراد تحت ستار الضرورة الإجرائية(2).

لذا فإنه يتعين عدم المساس بحريات الأفراد وحقوقهم الأساسية التي كفلها لهم المشرع إلا بالقدر الذي مُست به بموجب القواعد الواردة حصراً في التنظيم الإجرائي .

وعليه فإنه لا يجوز تفتيش الأنثى من قبل رجل في حالة عدم وجود أنثى حتى لو قامت الضرورة وتوافرت شروطها ، لأن المشرع أوجب تفتيش الأنثى من قبل أنثى مثلها ، وبالتالي يجب ألا يكون هذا الحق وتلك الضمانة محلاً للتقدير(3).

---

(1) ـ د. يوسف قاسم ، سابق الإشارة إليه ، ص114.

(2) ـ . أحمد فتحي سرور ، مقال اتجاهات محكمة النقض ، سابق الإشارة إليه ، ص149 .

ـ د. إبراهيم زكي اخنوخ ، سابق الإشارة إليه ، ص10.

(3) ـ د. عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في الإجراءات الجنائية ، سابق الإشارة إليه ، ص293.

كما أنه لا يجوز حرمان الفرد من قاضيه الطبيعي ، أو اختصار درجات التقاضي بحجة ضرورة سرعة الفصل في الدعاوى ، أو منع الطعن في بعض الأحكام، أو حرمان المتهم من بعض الضمانات الإجرائية ، لأن ذلك لا يكون إلا على حساب الحقوق والحريات الفردية التي كفلتها القوانين الأساسية وتشريعات الإجراءات الجنائية[1].

الفرض الثالث :

يفترض في هذه الحالة أنه يعمل بأحكام الضرورة بمناسبة الخروج على بعض الإجراءات التنظيمية الواردة في الإجراءات الجنائية ؛ وخاصة تلك التي لا يترتب على إعمال الضرورة بشأنها المساس بحريات الأفراد وحقوقهم الأساسية والأمثلة على ذلك كثيرة ، منها على سبيل المثال لا الحصر ، انتداب كاتب غير مختص لتدوين التحقيق الابتدائي ، وتجاوز مأمور الضبط القضائي لحدود الاختصاص المكاني للضرورة .

ففي هذه الحالات يتعين أن تمنح الجهات المخولة بتطبيق قانون الإجراءات الجنائية سلطة تقديرية لإعمال نظرية الضرورة في الإجراءات الجنائية متى توافرت شروطها . ذلك لأن جوهر الإجراءات الجنائية هو الكشف عن الحقيقة[2]. ومن ثم يجب أن تكون للجهات السابقة سلطة التقدير الذي يتيح لها التعامل مع الحالات الواقعية بالأسلوب الملائم ، حيث قد تلتبس تلك الحالات بظروف مفاجئة ، تقتضي حينئذ العمل بأحكام الضرورة ، للوصول إلى الحقيقة لأن المجتمع بقدر ما يهمه براءة البريء ، يهمه في الوقت ذاته إثبات إدانة المذنب والقصاص منه ، وبالتالي تحقيق

---

(1) - انظر فى هذا المعنى : د. وجدي ثابت غبريال ، سابق الإشارة إليه ، ص47 - 48.

(2) - د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، سابق الإشارة إليه ، ص19.

العدالة .

وبناء عليه ، فإن إعمال الضرورة الإجرائية كمبدأ عام في هذا الفرض ، ورغم مخالفته الشكل الإجرائي المقرر قانوناً ، لا يتناقض مع الشرعية الإجرائية ، لأنه مستند إلى شرعية الضرورة التي تعد مبدأ عاماً في القانون ولا تحتاج إلى نـص(1)، فهي مشروعية ضد مشروعية(2). أي أن الإجراء الذي يتخذ في ظل الضرورة يكون مشروعاً ، متى تحققت شروط الضرورة التي اقتضت ذلك ، ويخضع تقدير شروط الضرورة ومدى توافرها لرقابة القضاء بدرجاته المتعددة .

وفى سبيل التفريق بين الإجراءات الجنائية التي يجوز إعمال الضرورة بشأنها وتلك التي لا يجوز فيها ذلك . يتعين الرجوع إلى علة التشريع ، فإذا كانت إرادة المشرع قد ابتغت من وراء تنظيم الإجراء إعلاء حق من حقوق الفرد وإضفاء الحماية الخاصة عليه ، فإنه لا يجوز إعمال الضرورة في هذا الشأن ، أما إذا كان اتجاه إرادة المشرع غير ذلك ؛ كأن تكون علة التشريع من وراء الإجراء غاية تنظيمية ليس من شأنها المساس بحرية الفرد وحقوقه الأساسية في الدفاع ، فإنه لا ضير من إعمال الضرورة بشأنه متى توافرت شروطها ، ويخضع ذلك لرقابة القضاء .

---

(1) - د. أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، الطبعة الرابعة ، سابق الإشارة إليه ، ص1196 .

- د .عوض محمد عوض ، قانون العقوبات ، القسم العام ، سابق الإشارة إليه ، ص497 .

- د. أدوار غالي الدهبي ، سابق الإشارة إليه ، ص738.

(2) - د. إبراهيم زكي اخنوخ ، سابق الإشارة إليه ، ص164 .

الخاتمـة

بعد أن انتهينا من كتابة هذا البحث المتواضع ، فإننا نخلص إلى نتيجة مؤداها، أن الضرورة الإجرائية - وفقاً للعرض السابق - والشرعية الإجرائية أمران غير متناقضين ، بل يتفقان في سبيل تحقيق الهدف المنشود من النظام الجنائي بأكمله؛ وهو مكافحة ظاهرة الإجرام مع احترام حقوق الإنسان وحرياته في آن واحد .

وفي سبيل اكتمال حلقات الشرعية الإجرائية في القانون الليبي ، نقترح في نهاية هذه الدراسة على الجهة المختصة بالتشريع ؛ وهي المؤتمرات الشعبية الأساسية، إعادة النظر في قانون الإجراءات الجنائية وتعديله بحيث يتضمن المتفق عليه من المبادئ التي تضمن حرية وحقوق الإنسان المنصوص عليها في المواثيق العالمية والقوانين الأساسية ، مثل الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية عام 1966 ، وأيضاً ما ورد في الوثيقة الخضراء الكبرى لحقوق الإنسان في عصر الجماهير عام 1988 ، والقانون رقم 20 لسنة 1991 بشأن تعزيز الحرية.

تـمَّ بحمد الله .

قائمـــة المراجـــع

1) ـ د. إبراهيم زكي اخنوخ ، حالة الضرورة في قانون العقوبات ، رسالة دكتوراه ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 1969م .

2) ـ د. أحمد فتحي سرور ، اتجاهات محكمة النقض المصرية في تطبيق نظرية الضرورة على الإجراءات الجنائية ، المجلة الجنائية القومية ، العدد الثاني ، يوليو 1960م .

3) ـ د. أحمد فتحي سرور ، الشرعية الدستورية ، حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية ، طبعة معدلة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1995م .

4) ـ د. أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط7 ، 1993م .

5) ـ أدوار غالي الدهبي ، الإجراءات الجنائية ، مكتبة غريب ، القاهرة ، ط2 ، 1990م .

6) ـ د. جميل عبدالباقي الصغير ، الشرعية الجنائية (دراسة تاريخية وفلسفية) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993م .

7) ـ د. حسن شلبي يوسف ، الضمانات الدستورية للحرية الشخصية في النظامين الإنجليزي والأمريكي بالمقارنة بالنظام المصري (التفتيش والضبط) دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1992م .

8) ـ أ. حسين جميل ، حقوق الإنسان والقانون الجنائي ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، 1972م .

9) ـ الطاهر أحمد الزاوي ، مختار القاموس ، الدار العربية للكتاب ، ليبيا ـ تونس ، ط2 ، 1977م .

10) ـ د. طعيمة الجرف ، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون ، مكتبة القاهرة الحديثة ، 1973م .

11) ـ علي حيدر ، دور الحكام في شرح مجلة الأحكام ، تعريب المحامي فهمي الحسيني ، المجلد الأول ، دار الجيل ، بيروت ، ط1 ، 1991م .

12) ـ د. عوض محمد عوض ، قانون العقوبات ـ القسم العام ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1996م .

13) ـ د. عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1999م .

14) ـ أ. مبروك عبدالله الفاخري ، حالة الضرورة وتطبيقاتها في الإجراءات الجنائية، رسالة ماجستير غير منشورة ، كلية القانون ـ جامعة قاريونس ، 2000م .

15) ـ د. محمد علي عياد الحلبي ، ضمانات الحرية الشخصية أثناء التحري والاستدلال في القانون المقارن ، جامعة الكويت ، 1981م .

16) ـ د. محمود نجيب حسني ، الدستور والقانون الجنائي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 1992م .

17) ـ د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط2 ، 1988م .

18) ـ مجلة المحكمة العليا ، تصدر دورياً عن المكتب الفني ، مطبعة المحكمة العليا، طرابلس .

19) ـ مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجنائية والهيئة العامة للمواد الجنائية بمحكمة النقض المصرية ، تصدر دورياً عن المكتب الفني .

20) ـ د. مصطفى أحمد فؤاد ، فكرة الضرورة في القانون الدولي العام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1987م .

21) ـ د. يوسف قاسم ، نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993م .