الإجراءات الجزائية في الظروف الاستثنائية

أ.م.د.صباح سامي داود

المقدمة

يتناول البحث بالتقييم ممارسات الجهات التحقيقية (في اغلب الدول) تجاه مرتكبي الجرائم الإرهابية لاسيما بعد أحداث ١١ \٩\ ٢٠٠١ ولاسيما في العراق الذي شهد اشد وأعلى درجات الهجمات الإرهابية بشاعة بعد عام ٢٠٠٣ ولغاية الوقت الحاضر . وما أثارته هذه الممارسات من إشكالات قانونية تتعلق بمدى احترام تلك الجهات التحقيقية لاتفاقيات جنيف والمبادئ العامة المستمدة في مجال حقوق الإنسان.

لقد أدت الحرب على الإرهاب إلى حدوث انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان تمثلت بمجموعة من الانتهاكات مثل الاعتقال التعسفي، والتعذيب، والتسليم الاستثنائي للأفراد، وجواز عدم تطبيق قواعد حقوق الإنسان خارج النطاق الوطني.

وبصرف النظر عن الضجة السياسية التي أثارتها تلك الممارسات ورأي المنظمات الدولية المعنية بحقوق الإنسان بشأنها فأن هذه الممارسات والتبريرات التي سيقت في تسويغها سياسية أم قانونية إنما تطرح جملة من المسائل التي تستحق التوقف عندها طويلا وتقييمها بطريقة موضوعية بعيدة عن الاعتبارات السياسية والموقف تجاه هذه الجهات

لذلك سيكون تناولنا للموضوع من وجهة النظر القانونية البحتة في أطار كل مبادئ حقوق الإنسان بمعناها الشامل (مبدأ افتراض براءة المتهم وحق المتهم في محاكمة ومعاملة عادلة) وحق الضحية والمجتمع في الحفاظ على أمنهم وسلامتهم، وبعد ذلك واجب الدولة في حماية مواطنيها .

ولعل الإشكالية المحورية محل البحث تتمثل في تحديد طبيعة نقطة التوازن بين مصلحة الفرد , ومصلحة الجماعة فهل تمثل حقوق الفرد في مواجهة حقوق الجماعة حالة مطلقة لا تقبل المساس بها بصرف النظر عن الاعتبارات الظرفية والمنطقية واعتبارات العدالة الطبيعية ذاتها .أم أن هذه النقطة يمكن أن تتحرك في كلا الاتجاهين فتميل مرة تجاه الفرد وهو الوضع الغالب باعتبار التفاوت في المراكز والإمكانيات بين الدولة والفرد ,أم إنها يمكن أن تعود فترجح مصلحة المجتمع (في حالات محددة وموصوفة) على حساب مصلحة الفرد عندما ترتفع الخطورة الإجرامية للفاعل والفعل إلى مستويات استثنائية . مما يشكل خرقا لمبدأ الشرعية الإجرائية بمفهومها المتعارف عليه. مستندين في ذلك بما تمر به الدولة من ظروف وحالات استثنائية قد يبرر لها التجاوز على هذه الشرعية في حالات محددة ، تكاد اغلب النظريات الفقهية تعطي للدولة الحق في الخروج عن حدود هذه الشرعية التي تعد الضمانة الأساسية لحقوق الأفراد تجاه السلطة العامة لاسيما عندما يكونون في وضع الاتهام.

كما ويطرح البحث أيضا أمكانية شمول حالة الضرورة والدفاع الشرعي لوقائع مستجدة تستوفي في تقديرنا الشروط القانونية لهاتين الحالتين رغم تردد القضاء المحلي والدولي في الاعتراف بذلك، وتحديدا مدى القبول بالأخذ بالأدلة المستمدة من ممارسات مخالفة للقانون.

وعموماً فأن هناك مبدأين عامين يتعين مراعاتهما في أطار تحصيل الأدلة في الدعاوى الجزائية وهما مبدأ احترام الكرامة البشرية ومبدأ احترام حقوق الدفاع ويؤدي المبدأ الأول بصفة خاصة إلى إدانة استعمال العنف في تحصيل الدليل ما لم تكن ثمة ضرورة تبرر ذلك ويؤدي المبدأ الثاني إلى ضرورة التزام النزاهة في تحصيل الدليل.

وعليه فقد وجدنا ومن اجل معالجة ما أثارته ممارسات بعض الجهات التحقيقية والقائمين على التحقيق في إطار استجواب المتهمين بالإرهاب والحصول على الأدلة بهذا الشأن، أن نبحث هذا الموضوع من جانبين خصصنا الاول منها لبيان مفهوم الشرعية الجزائية ومدى انطباق هذه الشرعية في الظروف الاستثنائية أما الثاني فقد حاولنا فيه استعراض التبريرات القانونية التي تتعلل بها هذه الجهات في إيقاع أفعال التعذيب.

مع ملاحظة إننا حاولنا عرض وجهات النظر المتباينة بطريقة حيادية وبالاستناد إلى المبررات القانونية وصولاً إلى تقيمينا النهائي للموضوع في خاتمة الموضوع.

المبحث الاول:- الشرعية الجزائية والظروف الاستثنائية

الشرعية في ابسط مظاهرها تعني وجوب خضوع الكافة حكاما ومحكومين لحكم القانون , مما يوجب من ثم على الأفراد والسلطات على حد سواء التقيد التام بأحكام القوانين النافذة عند القيام بأي تصرف , وبخلاف ذلك فان هذا التصرف أو العمل يوصم بعدم المشروعية أذا ما جاء خلافا للقانون . فلا يمكن القول بالدولة القانونية إلا بوجود حالة يخضع في كنفها الكافة إلى حكم القانون دون استثناء كما لا يمكن قصر مفهوم الشرعية على الدولة دون الأفراد , بل يجب أن يطبق القانون على جميع حكاما ومحكومين , وهو أمر أصبح من بديهيات الدولة الديمقراطية . وعليه يمكن تحديد عناصر الشرعية بالاتي:-

١-الالتزام بالقانون بمفهومه الواسع مع مراعاة التدرج في مجال النظام القانوني .

٢-لا يمكن أن تعني الشرعية أن تغل يد المشرع من تقرير بعض الرخص للجهات الإدارية بحيث تسمح لها بالتحلل (ولو بصورة جزئية وبشروط خاصة) من آلية الخضوع للقانون كما هو الحال بالنسبة لأعمال السيادة .

٣-أن لحالة الضرورة في الظروف الاستثنائية ما يوجب على الدولة وهيئاتها العامة بالخروج وقتيا وبشروط خاصة على الشرعية المقررة للظروف العادية لمواجهة الأزمة وتلافي الخطر الذي قد توقعه به هذه الظروف .

أما المقصود بالشرعية الجزائية وبيان المقصود بالظروف الاستثنائية فهو ما سنتعرض له في المطلبين التاليين :-

المطلب الاول :-مفهوم الشرعية الإجرائية

تُعد الشرعية الإجرائية 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 وبمنأى عن حظر 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 . أي أن الشرعية الإجرائية يقصد بها تطابق الإجراءات المتخذة في إطار الدعوى الجزائية لأحكام قانون أصول المحاكمات الجزائية [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 يُؤّمن الأفراد ضد المفاجآت التي تعرّض مراكزهم القانونية للخطر , فمبدأ الشرعية الإجرائية يعني لا عقوبة بدون حكم قضائي صادر عن محكمة مختصة وفقا للقانون .

لقد تمسك الفقه القانوني ولعقود طوال بمبدأ حاول الفقهاء على مر الأزمان التمسك به وهو إن قانون الإجراءات الجزائية 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 ، ويُفترض في هذا القانون أن يكون مستنداً ومتفقاً مع المبادئ التي تضمن حرية وحقوق الإنسان المنصوص عليها في المواثيق العالمية كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهود الأساسية مثل العهدين الدوليين للحقوق المدنية والاقتصادية والاجتماعية والسياسية لعام ١٩٦٦. فضلا عن اتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩,والبروتوكولين المعدلين لاتفاقيات جنيف لعام ١٩٧٧.

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 . كما ذهب البعض إلى تعريفها (افتراض براءة المتهم الذي يقتضي قانونية الإجراءات المتخذة حياله على إن يكون تحت إشراف قضائي وفي حدود الضمانات التي يحتمها هذا الافتراض)[2].

أي إن الشرعية الإجرائية تقوم على ثلاثة أركان الاول :-افتراض براءة المتهم الثاني ان يكون القانون مصدرا للإجراءات الجزائية والثالث الإشراف القضائي .

---

[1] -هناك من يذهب إلى إن الشرعية الجزائية ثلاثة حلقات الشرعية العقابية والشرعية الأجرائية والشرعية التنفيذية بمعنى إن يكون تنفيذ العقوبة على وفق الكيفية التي يحددها القانون بهدف تقويم المحكوم عليه وتحت إشراف القضاء انظر في ذلك د.احمد فتحي سرور /الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية /دار النهضة العربية /القاهرة /١٩٩٥/ص١٢٨ .

[2] -د.عبد الستار الكبيسي /ضمانات المتهم قبل وأثناء المحاكمة /أطروحة دكتوراه /جامعة القاهرة /١٩٨١ /ص١٥٣

ويمكن إجمال أهداف الشرعية الإجرائية بما يأتي :-

١-ضمان الاحترام الفعال للقواعد الإجرائية .

أي فرض الاحترام الواجب للقاعدة الإجرائية التي هي كغيرها من القواعد القانونية من حيث المصدر والمضمون , لذا فهي واجبة الاحترام وإلا تعرض المخالف إلى الجزاء المفروض على مخالفتها أي إلزام المخاطبين بها إلى احترام القاعدة القانونية وإلا تعرضوا إلى الجزاء .

٢- ضمان الحرية الشخصية للمتهم .

فقواعد الشرعية الإجرائية هي الحصن الحصين لضمان الحرية الشخصية للمتهم وضمان كرامته كانسان بحماية هذه الحرية من الإجراءات التعسفية التي قد تتخذ ضده .

٣-كفالة تطبيق قانون العقوبات .

ويقصد بذلك أن الدولة لن يمكنها من استيفاء حقها في العقاب ما لم يتم الالتزام التام بالشروط التي يضعها القانون الإجرائي لمباشرة الإجراءات التي تقوم عليها الدعوى الجزائية , وما لم تقترن بجزاء يفرض على كل مخالفة تقع عليها تحقيقا للعدالة . فهي خير وسيلة لضمان التطبيق الفعال لقانون العقوبات عن طريق التنظيم السليم لعملية اقتضاء حق الدولة في العقاب .

المطلب الثاني :-الظروف الاستثنائية وعلاقتها بالشرعية الإجرائية .

تعد نظرية الظروف الاستثنائية من النظريات المهمة في النظام القانوني ككل ولاسيما القانون الدستوري والإداري إذ إنها تعد الجانب الاستثنائي لمبدأ الشرعية .

أولا ـ ماهية نظرية ألظروف الاستثنائية

مفاد هذه النظرية ،أن المبادئ الدستورية إنما شرعت للظروف الاعتيادية الطبيعية , فإذا تعرضت الدولة لخطر جسيم أو ظروف استثنائية كحرب خارجية أو داخلية مثل العصيان المسلح أو لعمليات إرهابية منظمة , أو عصفت بإقليم الدولة مظاهرات عنيفة غير سلمية , أو مرت بأزمة اقتصادية أو كوارث طبيعية أو وباء عام، مما يهدد كيان الدولة والمجتمع ، وفي مثل هذه الأحوال من الأخطار لا تعد القواعد الدستورية والقانونية كافية أو ملائمة لمواجهة الخطر بما تتضمنه من قيود على إرادة السلطات العامة وما تتيحه من حريات واسعة للمواطنين . مما تضطر معه السلطات العامة ووفق شروط وقيود قانونية اتخاذ تدابير استثنائية ولو أدى ذلك إلى الخروج على مقتضى القواعد الدستورية , بما في ذلك تقييد الحريات العامة بالقدر اللازم لمواجهة الخطر ودفع ضرره العام .

وفي ضوء ذلك ظهرت في الفقه والقضاء المعاصر نظرية الضرورة التي استندت إلى مبدأ روماني قديم مفاده (إن سلامة الدولة فوق القانون) والذي يجوز وفقا له وبناء على شروط وضوابط للسلطات العامة ورجالها الخروج على مقتضى القواعد الدستورية والقانونية في حالة الضرورة لإعطائها قدر من الحرية في التصرف دون خشية العقاب او الوقوع في اللامشروعية لإنقاذ الدولة

من خطر أو أزمة اقتصادية أو أزمة سياسية أو غيرها.
مبررات نظرية الضرورة : يمكن بصورة عامة تبرير خروج السلطات العامة على مقتضى الشرعية الدستورية في أوقات الأزمات بما يلي :
١ـ إن سلامة الدولة فوق كل اعتبار ويقوم جوهر نظرية الضرورة على افتراض قيام خطر جسيم وحال، يهدد كيان الدولة ومؤسساتها الدستورية ، بحيث لا تجدي القواعد القانونية التي وضعت للظروف العادية في مواجهته ، فتجد الدولة نفسها مضطرة لمخالفة الدستور والقوانين العادية من أجل مواجهة هذا الخطر الداهم الذي يهدد كيان الدولة ووفق شروط وضوابط تكاد تتفق عليها اغلب الدساتير.

٢ـ لو أجبرت السلطات على تطبيق الدستور والقانون في ظل الأخطار التي تهدد كيان الدولة لأدى ذلك إلى زوال الدولة ذاتها. ذلك أن من مقتضى مبدأ المشروعية ذاته الإبقاء على الدولة ، لأنه يفترض إن هناك قاعدة أساسية تنتظم القوانين جميعا مقتضاها وجوب الإبقاء على الدولة. لذلك عندما يكون مصير الدولة أو وجودها معرضا للخطر الداهم يصبح إجبار الإدارة على الالتزام بحرفية النصوص القانونية القائمة لا قيمة ولا جدوى منه لأنه سيؤدي إلى التضحية بالكل من اجل البعض .
ثانيا ـ طبيعة نظرية الظروف الاستثنائية أو حالة الضرورة

توجد عدة نظريات لتحديد طبيعة الضرورة ، أهمها نظرية الفقه الألماني ونظرية الفقه الفرنسي التي تبنتها اغلب الدساتير، فضلا عن نظرية الفقه الإسلامي
1-: الفقه الألماني (نظرية الضرورة نظرية قانونية) :يعتبر الفقه الألماني نظرية الضرورة نظرية قانونية ، ورتب على ذلك عدة آثار منها :
أـ إذا ما واجه المجتمع والدولة خطراً او أزمة تهدد سلامتهما فان للسلطات العامة مطلق الحرية في اتخاذ ما تراه مناسبا لمواجهتها ولو أدى ذلك إلى خروجها على مجمل الضوابط والقيود والقواعد الدستورية والقانونية وقواعد القانون الدولي . وقد تبنى هتلر هذه النظرية حين غزا دول الجوار الألماني بحجة أن سياستها تهدد سلامة ألمانيا.
ب- كل ما تقوم به السلطات في ظل الأزمة والخطر يعتبر سليما وقانونيا ومشروعا ولو خالف الدستور ودون حاجة لأخذ موافقة من احد .
جـ - بما إن نظرية الضرورة نظرية قانونية، فلا يتولد لأية جهة أو أي مواطن حق في التعويض عن الأضرار التي تلحقه جراء إعمال الضرورة كالأجرة عن أعمال السخرة أو الأضرار التي تلحق ممتلكاته[١].
: 2الفقه الفرنسي: (نظرية الضرورة نظرية سياسية)
أختلف الفقه الفرنسي حول طبيعة نظرية الضرورة، وبهذا الصدد ظهر في الفقه الفرنسي اتجاهين، أحدهما يضفي عليها مفهوماً قانونياً .بينما يرى آخرون إنها ذات طابع سياسي وواقعي.

[١] - وأساس هذه النظرية الفلسفي أن الفقه الألماني وطبقا لما يعرف بنظرية التحديد الذاتي للإرادة التي قال بها هيكل واهرنك ، يرى أن الدولة إنما تلتزم بالقانون بمحض إرادتها وانه يوجد إلى جانب القانون المكتوب قانون عرفي يعطي للدولة الحق في اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة للمحافظة على سلامتها بما في ذلك مخالفة القواعد القانونية القائمة . وإنها حين تخالفها إنما تكون إرادتها قد اتجهت إلى إحلال قواعد أخرى تلائم الظروف الاستثنائية لتحل محل القواعد السابقة ،وعلى هذا التفسير لنظرية التحديد الذاتي تعتبر حالة الضرورة مصدراً للقواعد القانونية ، ولهذا السبب سميت بالنظرية القانونية للضرورة انظر في تفصيل ذلك د. احمد فتحي سرور/القانون الجنائي الدستوري /ط2 / 2002 / ص .**558**

ومن أنصار الطبيعة القانونية للنظرية كل من ديكي وهوريو إلا إنهما وبخلاف الفقه الألماني وضعا ضوابط وشروط قاسية لتطبيقها.
ويرى العلامة هوريو أن الحكومة ليس فقط لها لحق في اتخاذ الإجراءات اللازمة لمواجهة الظروف الاستثنائية كالحرب ، وإنما عليها واجب اتخاذ هذه الإجراءات لحماية الدولة استناداً إلى حق الدفاع الشرعي ، فإذا كانت الدولة في مواجهتها لهذه المخاطر تخرج عن إطار المشروعية ، فإنها لا تخرج عن إطار القانون طالما كانت هي في حالة دفاع شرعي.
ويذهب أصحاب النظرة السياسية للمبدأ، وهو الاتجاه الغالب في الفقه والقضاء الفرنسي ، الى أن الضرورة لا تخلق قواعد قانونية ولا تحل محل القوانين القائمة ، وإن الحكومة إذا اتخذت تحت ضغط الضرورة أو الظروف الاستثنائية إجراءات تخالف الأنظمة القانونية القائمة ،فإن هذه الإجراءات تعتبر بحسب الأصل إجراءات غير مشروعة ، فالإدارة ينبغي أن تلتزم بمبدأ المشروعية ليس فقط في الظروف العادية وإنما كذلك في الظروف غير العادية ، حيث غاية ما في الأمر إنه يمكن للإدارة أن تتحاشى المسؤولية الناجمة عن مخالفتها للقانون بأن تعرض على البرلمان الإجراءات التي اتخذتها وتطلب منه أن يعفيها من المسئولية بواسطة قانون بواسطة قانون يعرف في فرنسا باسم قانون التضمينات ، والقضاء هو الجهة الوحيدة المختصة بالفصل في مدى ضرورة اتخاذ الإجراءات الاستثنائية ومدى التزام الإدارة بضوابط وقيود هذه النظرية ، وبذلك تكون الضرورة نظرية واقعية لا قانونية[1].

ويترتب على المفهوم السياسي للنظرية عدة آثار :

أـ إخضاع نظرية الضرورة لعدد من الشروط والضوابط ، وكما يلي:
الشرط الاول ـ أن يكون هناك ظرف استثنائي حقيقي يتولد عنه خطر جسيم وحال يهدد سلامة وأمن الدولة أو النظام العام كالحرب أو العصيان المسلح أو الإضراب العام ،بحيث لا تجد الإدارة أية فرصة للجوء إلى وسيلة أخرى لمواجهته.
الشرط الثاني ـ أن تكون الإجراءات التي تتخذها الإدارة ضرورية لمواجهة هذا الخطر، أي استحالة مواجهة هذا الخطر بالطرق العادية وعن طريق المؤسسات الدستورية المختصة. وفحوى هذا الضابط أنه إذا وجدت وسيلة قانونية أو دستورية تستطيع أن تواجه المخاطر التي تهدد سلامة الدولة ، فإنه يجب الرجوع في تلك الحالة إلى هذه الوسيلة ، أما إذا كانت المخاطر لا تجدي معها نفعاً هذه الوسائل بحيث تصبح عاجزة عن مجابهتها ، فإن الرجوع إلى نظرية الضرورة وتطبيقاتها يكون أمراً لا مناص منه .
الشرط الثالث ـ أن تكون الإجراءات التي تتخذها الإدارة متناسبة مع حالة الضرورة فلا تتجاوزها لأن الضرورة تقدر بقدرها.

اما الضوابط التي يجب الالتزام بها عند الاخذ بهذه النظرية فهي :-
أ-خضوع إجراءات وأعمال الإدارة الاستثنائية لرقابة القضاء ولكل ذي مصلحة ان يطعن بإجراءات السلطات الاستثنائية أمام القضاء. ويضفي مجلس الدولة الفرنسي صفة المشروعية على الإجراءات التي تقوم بها الإدارة من أجل التغلب على الظروف الاستثنائية شريطة التقيد بالضوابط والشروط اللازمة.

[1] - د. احسان المفرجي و د. كطران زغير نعمة ، د. رعد ناجي ، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق ، مصدر سابق ، ص ١٦٧ ومابعدها.

ب-أن تتوقف السلطات عن هذه الإجراءات بمجرد انتهاء الظروف الاستثنائية.
ج- استنادا لمبدأ مساواة المواطنين أمام التكاليف العامة فان لكل متضرر من جراء إعمال الضرورة الحق في الحصول على تعويض . وترتيب مسؤولية الدولة في هذا المقام يأتي خلاف الأصل المستقر في قواعد المسؤولية المدنية التي تقوم على ثلاث أركان هي ، الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما ، إلا إن استعمال السلطات لسلطاتها الاستثنائية وفقا للشروط والضوابط الدستورية لا يمكن أن يعتبر عملاً خاطئاً لان أساس الضرورة هو مخالفة الدستور والقانون ، وهكذا اوجد القضاء نظام المسؤولية دون خطأ لتعويض المواطنين المتضررين كمقابل للسلطات الاستثنائية الخطيرة التي تتمتع بها هذه السلطات في الظروف الاستثنائية , تطبيقاً لمبدأ مساواة المواطنين امام التكاليف العامة[١].

٣ ـ نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي :

أقرت الشريعة الإسلامية نظرية الضرورة في وقت مبكر سبقت فيه الشرائع الحديثة بعدة قرون حيث أشارت إليها بوضوح النصوص القرآنية الكريمة والسنة السنة النبوية الشريفة ، وتولى فقهاء الشريعة دراسة هذه النصوص واستنبطوا منها قواعد كلية وفرعية في العبادات والمعاملات ، وبنوا أحكامها الشرعية على مستلزمات الضروريات الخمس وهي (حفظ الدين والنفس والمال والعقل والنسل) وذهبوا إلى أن المحافظة على هذه الضرورات الخمس تبيح مخالفة التكاليف الشرعية بعد أن اشتقوا لها أحكاما وشروطا وقيودا من مصادر الحكم الشرعي وقسموا الحكم الشرعي باعتبار عمومه إلى عزيمة ورخصة.

وعرف بعضهم الضرورة بأنها (خوف من الهلاك على النفس أو المال سواء أكان هذه الخوف علماً أي أمراً متيقناً أو ظناً يراد به الظن الراجح وهو المبني على أسباب معقولة) .

وتقوم نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي على قاعدتين هما ، قاعدة المشقة تجلب التيسير وقاعدة لا ضرر ولا ضرار المشقة تجلب التيسير [٢] .

وتدخل هذه القاعدة في باب الرخص، ومن أدلة القاعدة قوله تعالى (يُرِيدُ الله بِكُمُ اليُسرَ ولا يُرِيدُ بِكُمُ العُسرَ)[٣] ، وقوله تعالى (فَمَنِ اضطُرَ غَيرَ بَاغٍ ولاَ عَادٍ فَلاَ إِثمَ عَلَيهِ إِنَ اللهَ غَفُورُ رَحِيمُ)[٤] ،وقوله تعالى (ما يُرِيدُ الله لِيَجعَل عَلَيكُم مِن حَرَجٍ)[٥] .

وحديث الرسول الأمين صلى الله عليه وسلم (إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه).

ويتفرع عن هذه القاعدة الأصولية عدد من القواعد منها:

١ـ قاعدة (الضرورات تبيح المحظورات)، ومن تطبيقات هذه القاعدة إباحة شرب الخمر لدفع العطش لمن أشرف على الهلاك ولم يجد سوى الخمر ، جواز النطق بكلمة الكفر للمضطر ، إباحة أكل الميتة عند الضرورة.

٢ـ قاعدة (الضرورة تقدر بقدرها) ، ومفادها أن المضطر لا يأكل ولا يشرب من الأشياء المحرمة

---

[١]- د.عصام البرزنجي ، محاضرات في القضاء الإداري للمرحلة الثالثة ، كلية القانون ـ جامعة بغداد ، للعام الدراسي ١٩٩٦ـ١٩٩٧.

[٢]- د. مصطفى محمد الدغيدي / الأثبات وخطة البحث في جرائم القتل في الشريعة الإسلامية والقانون الجنائي / شركة فاس للطباعة / القاهرة/ ط١ /٢٠٠٧/ص٣٨ .

[٣] ـ الاية ١٨٥ من سورة البقرة .

[٤] -الاية ١٧٣ من سورة البقرة .

[٥] -الاية٦ من سورة المائدة .

إلا ما يسد به رمقه .
ثانياً : لا ضرر ولا ضرار :
وسندها حديث الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم حيث قال (لا ضرر ولا ضرار) ويتفرع عن هذه القاعدة عدد من القواعد منها) الضرر يزال بقدر الإمكان) وقاعدة (يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام) وقاعدة) الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف) وقاعدة (الضرر لا يزال بالضرر) وقاعدة (درء المفاسد أولى من جلب المصالح) .

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) . اما فيما يتعلق بحالة الضرورة الإجرائية فنجد ان المتفحص لتطبيقات الضرورة في التشريعات الإجرائية الجزائية سيجد بعض الحالات قد نُص عليها صراحة والبعض الآخر يُستنتج ضمناً من خلال تلك النصوص, كذلك الأمر بالنسبة لأحكام القضاء , فهناك من الأحكام ما يُشير صراحة إلى إعمال نظرية الضرورة, والبعض الآخر لا يُشير إلى ذلك وإنما يُستشف الأمر من خلال أسباب الحكم . ولعلنا نستطيع القول بأن اغلب الإجراءات الماسة بحرية الإنسان والتي وردت في التشريعات الإجرائية هي وليدة الضرورة , لأن الأصل في الإنسان الحرية وفي المتهم البراءة , واقتضت الضرورة أن تكون هناك قيود تفرض على حريات الأفراد من خلال هذه النصوص حماية لمصلحة الهيئة الاجتماعية وحقها في الأمن والأمان والاستقرار.

المبحث الثاني :الشرعية الإجرائية و الحرب على الإرهاب

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، ويُفترض في هذا القانون أن يكون مستنداً ومتفقاً مع المبادئ التي تضمن حرية وحقوق الإنسان المنصوص عليها في المواثيق العالمية والقوانين الأساسية , ولذلك لا يجوز الوصول إلى الحقيقة وإقرار سلطة الدولة في العقاب إلا من خلال إجراءات جنائية تحترم الحريات والضمانات تحت إشراف ورقابة القضاء.

وهذا مما يقتضيه مبدأ الشرعية الإجرائية الذي يشتراط أن يكون القانون هو مصدر الإجراءات الجزائية , وأن تفترض براءة المتهم في كل إجراء من الإجراءات التي تتخذ ضده، وأن يخضع تقدير تلك الإجراءات وسلامة تطبيقها للقضاء.

وعليه فلقد دأبت الجهات التحقيقية ولاسيما في الدول الغربية وقبل أحداث ١١ / ٩ على ترك مسألة التعامل مع الإرهابيين للأجهزة الأمنية المختصة ، إلا أن الأمر تغير بعد التاريخ أعلاه، ولاسيما عندما أعلنت الولايات المتحدة (الحرب على الإرهاب) واصفة إياه بالصراع التاريخي بين الخير والشر.

وبهذا الإعلان بدأت الإدارة الأمريكية وغيرها من الدول التي بدأت تشهد مثل هذه الهجمات الإرهابية في إيجاد أسلوب وقواعد جديدة لمعاملة أولئك الذين يتم القبض عليهم خلال هذه} الحرب{ كما بدأت بوضع الأسس القانونية لممارسة التعذيب والمعاملة غير الإنسانية على هؤلاء الأشخاص، وإيجاد التبريرات القانونية التي تجعل من هذه الأساليب أمراً مقبولاً وتضفي عليها صفة الشرعية بعد أن كانت ولعقود سابقة تدين مثل هذه الممارسات، والأساليب وتعدها منافية للقانون وتصدر بياناتها في شجب هذه الوسائل.

ومن ابرز المسوغات التي بررت هذه الإدارات والجهات التحقيقية لنفسها الحق في التجاوز على حقوق المعتقلين الأساسية التي كفلتها لهم المعاهدات الدولية ما يأتي :-

المطلب الأول :-إعادة النظر بالقانون الدولي الإنساني[١].

[١] -يعرف القانون الدولي الإنساني بأنه:- مجموعة المبادئ والقواعد التي تطبق في فترة النزاع المسلح والتي تهدف إلى حماية الأشخاص غير المشاركين أو الذين كفوا عن المشاركة في الإعمال العدائية والى تقييد أساليب ووسائل الحرب المستخدمة .انظر في ذلك القانون الدولي الإنساني / منشورات منظمة الصليب الأحمر الدولي /٢٠٠٦/ص ٤.

لقد خطت الولايات المتحدة أولى خطواتها في سبيل تسويغ أفعالها من خلال محاولتها إعادة النظر بقواعد القانون الدولي الإنساني ألاتفاقي والعرفي مدعيةً أنها أصبحت قواعد قديمة لا تتلائم مع صراعات القرن الـ٢١ داعية المنظمات الدولية الإنسانية الاقتداء باتجاهها هذا [١].

وقد ترتب على هذا الأمر إعلان الإدارة الأمريكية تجريد المقبوض عليهم في إطار الحرب على الإرهاب من صفة أسرى حرب وبالتالي عدم تمتعهم بالحماية والضمانات المنصوص عليها في اتفاقيات جنيف، وإطلاق شتى الصفات السيئة عليهم كالمقاتلين الأعداء، أو مقاتل عدو في درجة دنيا، أو أشخاص سيئين (Bad people). واصفةً إياهم بالتجرد من كل القيم الإنسانية التي يؤمن بها المجتمع والقانون [٢] .

إن إطلاق مثل هذه الأوصاف على هؤلاء المعتقلين يجعل القائمين على التحقيق ينظرون إليهم على إنهم أشخاص مجردين من كل الصفات الإنسانية مما يقطع جميع أواصر التعاطف الإنساني بين القائم على التحقيق والمعتقل ولاسيما إذا كان المعتقل ينتمي إلى جماعة اجتماعية ,أو سياسية ,أو أثنية محتقرة من وجهة نظره, فهو ينظر إليه باعتباره شيئا وليس إنسانا وهو ما يسهل معاملته معاملة غير إنسانية .فالتمييز أيا كان نوعه يخلق مناخا يمكن فيه بسهولة اكبر القبول بالتعذيب وإساءة المعاملة ضد الفئة الأخرى, وبالتالي يعيق وبشكل كبير تحقيق المساواة بين الجميع أمام القانون .

كما أن هذه الدول لم تكتفي بمثل هذه التصريحات وإنما تجاوزتها من خلال الإشارة إليها في مذكراتها الحكومية والتي كان أغلبها سرياً نوقشت فيها فكرة عدم المسؤولية عن أفعال التعذيب التي يرتكبها المحققون الأمريكيون على المتهمين بالإرهاب خارج الولايات المتحدة ونذكر من هذه المذكرات مذكرة وزارة العدل الأمريكية والتي تقدمت بها بناءً على طلب C.I.A إلى المستشار القانوني للرئيس الأمريكي غونغالز والتي جاء فيها (أن تعذيب مقاتلي القاعدة خارج الولايات المتحدة

---

[١]- وقد ردت لجنة الصليب الأحمر الدولية على هذه الدعوة بالقول "أن المنظمة مستمرة في المبادرة والبحث عن أفضل الطرق لتطبيق اتفاقيات جنيف وفي مختلف الظروف"، كما أشارت في معرض ردها على تقرير ((أن قرار الانسحاب أو التخلي عن هذه المعايير الدولية يجب أن لا يتم بتسرع، كما أنه لا يوجد دليل على أن الالتزام الحقيقي بالمعايير الدولية يمثل عقبة في ملاحقة الذين ينتهكون القانون إضافة إلى أن معايير التعاون لا يمكن أن تطبق على ضمانات أساسية مثل حظر التعذيب دون أن يعرض ذلك مبادئ القانون للخطر))، انظر في ذلك تقرير منظمة العفو الدولية برقم AMR٥١/١٤٥/٢٠٠٤ بعنوان الحرمان من الكرامة الإنسانية/ التعذيب والمساءلة في الحرب على الإرهاب/ باللغة الإنكليزية/ الجزء الأول/ الفصل الأول/ عقلية الحرب دون الالتزام بقوانين الحرب ص٥.على موقع المنظمة . http://www.amnesty.org

وكذلك I.C.R.C reaction to the Schlesinger panel Report 8 September ٢٠٠٤ ينظر في تفاصيل التقرير موقع منظمة الصليب الأحمر الدولي . . www.icrc.org/ara

[٢]- وهذا ما أكده الرئيس بوش نفسه بقوله أن المعتقلين هؤلاء سيعاملون بما يتفق ومبادئ جنيف إلا أن هناك ثغرة قانونية تتمثل بربط تلك المعاملة بما تحدده الضرورات العسكرية. انظر في ذلك تقرير منظمة العفو الدولية رقم ٢٠٠٤/١٤٥ الجزء الاول \الفصل الاول \تحت عنوان مفهوم الضرورة حجه قديمه لتبرير التعذيب \تقرير باللغة الانكليزية /مصدر سابق /ص٧.

(يمكن تبريره)، وأن القواعد الدولية التي تمنع التعذيب لا تعد دستورية إذا طبقت على المحققين الأمريكيين الذين يعملون في محاربة الإرهاب).[١]

المطلب الثاني:الحرب على الإرهاب وحالة الضرورة .[٢]

تُعد الضرورة من النُظم القانونية المستقرة في جميع فروع القانون، وهي استثناء على الأصل، لما تُمثله من خروج على النصوص القانونية، بغية التوفيق والتنسيق بين المصالح المتنازعة التي تثور في الظروف الحرجة التي تعجز النصوص عن معالجتها، لذا فقد حرصت فروع القانون المختلفة على النص على حالة الضرورة فهى من النظريات التي لازمت الفكر القانوني منذ نشأته[٣] , فالشرائع قديمها وحديثها اعترفت بها ورتبت عليها حكمها وقررت إعفاء الجاني عند قيامها من العقوبة المقررة لفعله، وكيفية التعامل معها والإجراءات التي تتخذ في ظلها .
إلا أن الأمر في قانون الإجراءات الجزائية يختلف عن غيره من فروع القانون الأخرى، حيث تضمنت تلك القوانين نصوصاً تحتوي مبادئ النظرية العامة للضرورة، وبالتالي يجوز العمل بها كنظرية عامة متى توافرت شروطها، ومن ثم فإنه لا إشكالية في تطبيقها[٤].

مما يترتب عليه اكتساب الفعل المخالف للقانون طابعاً نسبياً فالفعل لا يعود مجرماً أذا ما أجبر الفاعل على ارتكابه تحت وطأة غريزة البقاء وهنا تبرز فكرة المصلحة الاجتماعية كأساس لنظرية العقاب

---

[١]- لقد صدرت هذه المذكرة بتاريخ آب/ ٢٠٠٢ وهي موجهة من وزارة العدل إلى البيت الأبيض. انظر في ذلك:
Dana Priest and R. Jeffrey Smith/ Memo offered Justification for use of Torture/ Washington post/ 8-Jone-2004 .

[٢] -- تعرف الضرورة في الاصطلاح الشرعي : بأنها الحالة الملجئة لتناول الممنوع شرعا، ، والضرورة في الإصطلاح القانوني : هي حلول خطر جسيم لا سبيل لدفعه إلا بارتكاب فعل غير مشروع. وهى بهذا المعنى لا تتقيد بمدى الخطر ولا بمصدره ولا بالحق الذي يتهدده.
أما مفهوم الضرورة من الناحية الإجرائية فقد أوضحته محكمة النقض المصرية بمناسبة قيام المحقق بندب كاتب غير مختص لتدوين التحقيق للضرورة، حيث قالت : إن المُراد بالضرورة في هذا الموطن هو العذر الذي يبيح ترك الواجب دفعاً للحرج عن المحقق وسداً للحاجة التي تقتضيها مصلحة التحقيق .ومن هذا المنطلق عرّفها أحد الفقهاء بأنها :" العذر الذي يبيح ترك الواجب تغليباً لمصلحة أولى بالرعاية أو دفعاً لمفسدة أولى بالاعتبار". المبروك عبدالله الفاخري المستشار بالمحكمة العليا/ مدى جواز العمل بنظرية الضرورة في ظل الشرعية الإجرائية/ بحث منشور على موقع منتديات القانون الليبي
http://www.lawoflibya.com/forum/showthread.php?t=1164

[٣] - د.إبراهيم احمد شرقاوى / الجريمة العسكرية / دار ألجامعه الجديدة /الاسكندريه /٢٠٠٩ / ص٣ .

[٤] - ومن هذه القوانين قانون العقوبات العراقي فقد تناول هذه الحالة في المادة ٦٣ بقوله (لا يسال جزائيا من أرتكب جريمة ألجأته إليها ضرورة وقاية نفسه أو غيره أو ماله أو مال غيره من خطر جسيم محدق لم يتسبب هو فيه عمدا ولم يكن في وسعه منعه بوسيلة أخرى وبشرط أن يكون الفعل المكون للجريمة متناسبا والخطر المراد اتقاءه ولا يعتبر في حالة ضرورة من أوجب القانون عليه مواجهة ذلك الخطر) أنظر أيضا في تفسير حالة الضرورة \ راسم منير جاسم الشمري \حالة الضرورة في قانون العقوبات العراقي \دراسة مقارنة \أطروحة دكتوراه \دراسة مقارنة \ جامعة بغداد \ ١٩٩٥ \ص ٣٢

يضاف إلى الأساس الأول وهو مبدأ العدالة [1].

إلا أن تطبيق حالة الضرورة في الإجراءات الجزائية يثير إشكالية لا تزال محل خلاف في الفقه بين مؤيد ومعارض وتتمثل في مدى إعمال الضرورة في الإجراءات الجزائية كنظرية عامة أو مدى تعارضها مع مبدأ الشرعية الإجرائية.

وذلك لان اغلب قوانين الإجراءات الجزائية لم تنص على إعمال الضرورة كمبدأ عام، بل أوردت عدة تطبيقات لها في بعض النصوص المتفرقة. ولما كان قانون الإجراءات الجزائية 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 -عندما يكون متهما- في أن تُصان كرامته وأن تُضمن له حقوقه في الدفاع عن النفس وإثبات براءته وألا تطغى الرغبة في إدارة العدالة الجنائية ،على حقوق الفرد وحرياته الأساسية ، من ناحية أخرى . ومن ثم فإن مهمة قانون الإجراءات الجزائية هي الموازنة بين العدالة والحرية، ويقتضي ذلك رسم نطاق قانوني لحرية الفرد، يبين الحد الأدنى من حريته الذي يجب الحفاظ عليه وعدم التضحية به، إيماناً بأن هذا الحد الأدنى لا يتعارض مع مصلحة المجتمع، بل يسهم في تحقيقها، وهذا ما يقوم عليه مبدأ الشرعية الإجرائية[2].

وعليه فان فكرة الضرورة تقوم في الإجراءات الجزائية عندما يكون هناك خطر يهدد إحدى المصالح التي ينظمها ويحميها القانون الإجرائي الجنائي ، ويقتضى الأمر مخالفة الشكل الإجرائي، لحماية المصلحة المهددة بالخطر، سواء كانت مصلحة عامة أم خاصة . لذلك يذهب البعض إلى القول أن العمل بالضرورة في مجال الإجراءات الجزائية 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، وأيضا زعزعة الاستقرار القانوني في المجتمع[3].

---

[1] - د.إبراهيم زكي أخنوخ / حالة الضرورة في قانون العقوبات / دار النهضة العربية / ١٩٦٩ /ص٤٩ .

[2] -د. أحمد لطفي السيد/ الشرعية الإجرائية وحقوق الإنسان / كلية الحقوق – جامعة المنصورة/ مركز الدراسات القضائية التخصصي/ / http://www.cojss.com/vb/showthread.php?t=6566 عصمت دوكة / الشرعية الإجرائية و حماية حقوق المتهم / منتدى المحامين العرب / منشور على الموقع http://www.mohamoon.com/montada/default.aspx?Action=Display&ID=112343&Type=3

[3] - مفهوم الشرعية الاجرائية / بحث منشور على موقع منتديات الحقوق والعلوم القانونية / والمنشور على الموقع http://www.droit-dz.com/forum/showthread.php?t=2180

بينما ذهب آخرون إلى أن الضرورة مبدأ عام في مختلف فروع القانون، ومن بينها قانون الإجراءات الجنائية وبالتالي لا يحتاج تطبيقها إلى نص، ويجوز العمل بها كنظرية عامة متى توافرت شروطها[1] .

إلا أن الأمر في هذا القانون الأخير يختلف عن غيره من فروع القانون 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 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 بناء على نص في قانون الإجراءات الجنائية: في هذه الحالة ينص المُشرّع 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 الهيئة الاجتماعية، أو زادت من ضمانتهم الإجرائية على حساب مصلحة المجتمع، فما دام التشريع مصدرها، فإنه من المفترض أن يكون المُشرّع قد وازن بين مصلحة الدولة في العقاب ومصلحة الأفراد في الحرية، ورأى أن من شأن إعمال الضرورة إنهاء النزاع بين المصلحتين وترجيح الأجدر بالرعاية.

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

وهكذا يتضح بأنه إذا وجد الشخص المكلف بالقيام بالإجراء نفسه أمام عذر طارئ يهدد إحدى المصالح التي ينظمها القانون 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 فيمكن ان تعرف حالة الضرورة في الإجراءات الجزائية بأنها :-

الحالة الملجئة التي تبيح مخالفة الشكل الإجرائي الجنائي لحماية المصلحة الأجدر بالرعاية[2].

- الاتجاه الثاني : يرى العمل بالضرورة كنظرية عامة في الإجراءات الجنائية:

في هذه الحالة يُعمل 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 ظروفاً ملجئة يضطر فيها إلى مخالفة التنظيم الإجرائي، وفي سبيل توضيح هذا الاتجاه ينبغي التمييز بين ثلاثة فروض :

* الفرض الأول :إذا كان من شأن العمل بالضرورة دعم حرية المتهم وزيادة ضماناته الإجرائية

---

[1] -المبروك عبد الله الفاخري / مصدر سابق / مفهوم الشرعية الاجرائية / مصدر سابق .

[2] - المبروك عبدالله الفاخري / المصدر السابق .

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، وهي 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 رأي المُشرّع حمايتها وامتداد مواعيد الطعن بالنسبة للمحكوم عليه المريض الذي لم يستطع الطعن في الميعاد .

* الفرض الثاني :يُفترض 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 الإبتدائي، وتجاوزعضو 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 الحقيقية.. 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 الحقيقية لأن المجتمع بقدر ما يهمه براءة البريء يهمه في الوقت ذاته إثبات إدانة المذنب والقصاص منه، وبالتالي تحقيق 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 تُعد مبدأً عاماً في القانون ولا تحتاج إلى نص، فهي مشروعية ضد مشروعية، 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.

وفي سبيل التفريق بين الإجراءات الجنائية التي يجوز إعمال الضرورة بشأنها وتلك التي لا يجوز فيها ذلك، يتعين الرجوع إلى علة التشريع، فإذا كانت إرادة المُشرّع 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 المُشرّع 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.

الفرض الثالث :إذا كان من شأن العمل بالضرورة في الإجراءات الجنائية كنظرية عامة، الإفتئات على حريات الأفراد والمساس بحقوقهم الأساسية الواردة في التنظيم الإجرائي التي كفلها لهم المُشرّع -الدستوري أو العادي- وأضفى عليها حماية خاصة، ففي هذه الحالة يجب ألا تكون حريات الأفراد وحقوقهم الأساسية التي أعلاها المُشرّع 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 المُشرّع على سبيل الحصر والتحديد، وهي استثناء اقتضته ضرورة المحافظة على كيان الهيئة الاجتماعية، ومن ثم فإنه من هذا المنطلق لا يجوز إعمال الاستثناء على الاستثناء، وأنه وفقا للقاعدة الفقهية يجب ألا يُزال الضرر بالضرر.

بالإضافة إلى أن العمل بالضرورة في الإجراءات الجنائية بالنسبة للإجراءات التي تمس حريات الأفراد وضمانتهم الإجرائية يُعكر صفو الاستقرار القانوني الذي ينشده المُشرّع - ويطلق يد الجهات المناط بها تطبيق قانون الإجراءات في المساس بالضمانات المقررة لحماية حريات الأفراد تحت ستار الضرورة الإجرائية.

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

وعليه واستنادا إلى التعديل الجديد لقانون أصول المحاكمات الجزائي فإنه لا يجوز تفتيش الأنثى من قبل رجل في حالة عدم وجود أنثى حتى لو قامت الضرورة وتوافرت شروطها، لأن المُشرّع أوجب تفتيش الأنثى من قبل أنثى مثلها، وبالتالي يجب ألا يكون هذا الحق وتلك الضمانة محلا للتقدير.

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.

إن ما قدم من تبريرات لانتهاكات حقوق الإنسان منذ أحداث ٩/١١ ولوقتنا الراهن يستند وبصورة أساسية على حالة الضرورة، ومحاربة الإرهاب، والعراق وغيره من الدول وعلى رأسها الولايات المتحدة الأمريكية ليسوا الأوائل في هذا المجال فقد سبقهم إلى ذلك العديد من الدول ' ففي القرن الماضي ظهرت الكثير من الحالات التي برر بها مسؤولوا تلك الدول الوضع الذي يواجههم بأنه وضع استثنائي وفريد ويتطلب تبعاً لذلك إجراءات خاصة، وإن الخروج من هذا الوضع الاستثنائي هو الخيار بين الخير والشر[١].

---

[١] - من الأمثلة التاريخية على الالتجاء إلى حالة الضرورة لتبرير مثل هذه الممارسات ما وقع في البرازيل في أواخر عام ١٩٦٠ وما تلاها فقد أصبحت ممارسات التعذيب السمة المميزة للقضاء على المتمردين ولاسيما في الفترة ١٩٦٨ – ١٩٧٣. و كذلك في تشيلي في ١١-٩-١٩٧٣ وما تبعه من انتهاكات كبيرة لحقوق الإنسان والتي ارتكبتها وكالة الاستخبارات التشيلية (C.N.I).

وما ارتكبته الحكومة البريطانية في أيرلندا الشمالية بعد ما واجهته في مشاكل مما دعاها إلى إقرار قوانين الطوارئ التي تتصف بالتساهل عندما يتعلق الأمر بالقواعد الخاصة بالإثبات، إذ أصبح بإمكان الشرطة احتجاز المشتبه بهم مدة ٣-٧ أيام،وواجهت الحكومة ما بين ١٩٧٦-١٩٧٩ الكثير من الاتهامات المتعلقة باستخدام التعذيب والمعاملة المهينة والقاسية نتيجة ضغط الحكومة على أجهزة الشرطة والتحقيق لاستخلاص المعلومات والاعترافات لاستخدامها كأدلة في المحكمة، وقد دفع تساهل الحكومة مع مرتكبي جرائم التعذيب إلى أن الكثير من رجال الشرطة اعتبر ذلك بمثابة

إن ما سبق ذكره يشير وبصورة واضحة إلى أن الجهات التحقيقية في اغلب الدول ومن ضمنها العراق والولايات المتحدة الأمريكية بعد أحداث ٩\١١ قد وقعت بنفس الخطأ الذي انجرت إليه العديد من الدول وحسبما يبرره الرئيس بوش بقوله (أن هذه الأساليب الجديدة التي ابتدعها الإرهابيين وليس نحن ,تتطلب رؤية جديدة لقوانين الحرب). وهذه الرؤية الجديدة ما هي إلا أساليب قديمة من الانتهاكات والمشتملة على إنكار حق المتهم في أن لا يعتقل تعسفاً ودون ان يعرض على القضاء، والاحتجاز في أماكن سرية, ومنعهم من الاتصال بالعالم الخارجي, الإبعاد أو الاختفاء القسري، افتراض الذنب، استخدام أساليب قاسية في التحقيق لاستخلاص الأدلة والاعترافات، والتعامل بانتقائية مع حقوق الإنسان والالتزامات القانونية الدولية.

إذا فاستخدام وسائل التعذيب المادية منها والمعنوية لم تأتِ من فراغ وإنما نبعت من سياسة مدروسة تنتهجها الدول وجهاتها التحقيقية من خلال تبريرها انتهاك الحماية القانونية للمتهمين بالإرهاب بدواعي الضرورة العسكرية والحفاظ على الأمن القومي[١].

وقد أصدرت منظمة العفو الدولية العديد من التقارير الدولية التي أدانت في أوقات سابقة مثل هذه الممارسات فقد أشارت في تقريرها لسنة ١٩٧٣ إلى الكثير من انتهاكات حقوق الإنسان التي طالت عدد كبير من المعتقلين في فيتنام الجنوبية [٢].

إذن أو ترخيص لهم للانتقاص من حقوق المعتقلين وحرياتهم الأساسية.أنظر في ذلك تقرير منظمة العفو الدولية المرقم١٤٥/٢٠٠٤ / الجزء الاول / الفصل الاول / الطريق المألوف للتعذيب /المصدر السابق.

[١]- وقد صرح العميد وليام كودان وهو أحد المسؤولين عن التحقيق مع أعضاء القاعدة "أن للتعذيب عمل مثل السحر، جعل السجين يتحدث" كما اقترح هذا المسؤول باستعمال التعذيب ضد كبار رجال القاعدة المشتبه بهم، انظر في ذلك: The Psychology of Torture/ Washington post ١١-٥-٢٠٠٤.

[٢]-فقد أظهر هذا التقرير مجموعة من الأدلة والبيانات التي تفيد أن جلسات التعذيب في بعض الدول اللاتينية كانت تتم بحضور أشخاص من الولايات المتحدة، هذا فضلاً عن أن الولايات المتحدة , كما ورد في هذا التقرير أن التعذيب كان يتم من أجل جمع المعلومات حتى أن أحد جنود البحرية الأمريكية قد ذكر أنه قام بتعذيب أحد رجال الفايكونغ خلال حرب فيتنام باستخدام الأسلاك الكهربائية التي قام بإيصالها إلى أعضاءه التناسلية، كما هدده بالإعدام بالصدمة الكهربائية وحسب تقرير آخر لمنظمة العفو الدولية تحتل المرتبة الأولى في تصنيع أسلحة التعذيب (أسلحة الصدمة الكهربائية) ذات التقنية العالية والتي تعد من الوسائل المفضلة في التعذيب كونها لا تترك آثارا دائمية لتتخذ دليلاً ضد مرتكبيها مقارنة بالوسائل الأخرى. لقد أثبتت البحوث والدراسات أنه حتى الأجيال المبكرة من هذه الأسلحة ذات الفولتية الواطئة تسبب مستوى عالي من الألم والعوق كما يمكن أن تسبب الموت إذا أدت إلى فقدان عضلات القلب لإيقاعها الطبيعي، وتشير هذه البحوث أيضاً إلى أن ٣-٥ ثواني من الصدمة الكهربائية كافية لتفقد الشخص كامل قدراته لمدة ١٥ دقيقة، وهذه الأجهزة على أشكال مختلفة فمنها الهراوات الكهربائية، ودرع الصدمة الكهربائية، حزام الصدمة، سلاح الصدمة المسيل للدموع. كما يشير التقرير إلى أن الولايات المتحدة تزود ولوحدها السوق العالمية بأكثر من نصف إنتاج أسلحة الصدمة الكهربائية الحديثة مع علمها إنها ستستخدم في دول يمارس التعذيب فيها كالمكسيك، فنزويلا، والمملكة العربية السعودية / انظر في ذلك د.صباح سامي داود \المسؤولية الجنائية عن تعذيب الأشخاص \دراسة مقارنة \أطروحة دكتوراه \ كلية القانون \جامعة بغداد ٢٠٠٠\ ص ١١٣ \ الهامش رقم ٥./

فمبرر الضرورة. استخدمته الإدارة الأمريكية من خلال مذكراتها الحكومية نذكر منها ما جاء في المذكرة الموجهة من وزارة العدل إلى البيت الأبيض في آب/٢٠٠٢ (أن حالة الضرورة والدفاع الشرعي يمكن أن تشكل أساساً مانعاً من المسؤولية الجنائية للموظفين الذين يعذبون معتقلي القاعدة).

وقد بينت هذه المذكرة مفهوماً ضيقاً جداً لما يعد تعذيباً فقد حصرته في التطبيقات السبعة التي اعتبرتها المحاكم من وسائل التعذيب وهي (الضرب الشديد بالعصي والهراوات، التهديد بالموت الفوري، الكي بالسجائر، الصدمات الكهربائية على الأعضاء التناسلية، الاغتصاب أو الاعتداء الجنسي، إجبار سجين على مشاهده تعذيب سجين آخر).

كما خلصت المذكرة إلى نتيجة مؤداها بأن أساليب المحققين لا تخالف القانون إلا إذا كانت من طبيعة مشابهة لتلك التطبيقات السبعة وتسبب ألماً وأذى من نفس الدرجة، أما التعذيب النفسي فهو يشمل فقط الأفعال التي تؤدي إلى أذى نفسي طويل الأمد لأشهر أو سنوات. [١]

كما استعانت وبنفس الحجج السابقة مذكرة أخرى صدرت بتاريخ إبريل/ ٢٠٠٣ عن لجنة العمل التي عينها المستشار القانوني لوزارة الدفاع (Haynes) وقد خلصت اللجنة إلى نتائج من ضمنها: أن الرئيس الأمريكي وبوصفه القائد الأعلى للقوات المسلحة غير ملزم بالقوانين التي تمنع التعذيب كما أن له الصلاحية في أجازة أي مقدار من الضغط النفسي أو البدني خلال الاستجواب، ويشمل ذلك التعذيب من أجل الحصول على معلومات حيوية تساعد في حماية عدد لا يحصى من الأمريكيين، وقدمت المذكرة ذرائع وتبريرات قانونية متعددة من ضمنها حالة الضرورة، الدفاع الشرعي، سلطات الرئيس، وقد أوضحت في إطار دفعها بحالة الضرورة (أن أي أذى يمكن أن ينجم عن الاستجواب لا يمكن مقارنته بالأذى الذي يمكن أن يسببه الإرهابيون، والتعذيب هو الضرر الأقل فيكون بالتالي مرخصاً به). كما أوصت المذكرة بأن يصدر الرئيس أمراً أو أية تعليمات مكتوبة أخرى تمنح الصفة القانونية لأفعال التعذيب التي اتهم بها بعض المحققين آنذاك [٢].

أن ما جاءت به المذكرات السابقة استند في مضمونه إلى بحث تقدم به أستاذ القانون الجنائي في جامعة هارفارد Alan Dershowits الذي نادى بإيجاد مذكرة الإذن بالتعذيب (Torture Warrant) في إطار محاربة الإرهاب بعد أحداث ١١ / ٩ وقد ذكر هذا الأستاذ (أن التعذيب الواقع

تقرير منظمة العفو الدولية برقم ١٤٥/ الجزء الأول/ الفصل الرابع/ تحت عنوان (الانحدار السيئ للمعاملة الوحشية)/ مصدر سابق ص٤٥. تقرير منظمة العفو الدولية باللغة الأنكليزية

Arming The Torturers: Electro-Shock Torture And The Spread of Stun Technology
. 1997 – March – 4 في ACT40 / 04 / 97 تحت رقم

[١]- انظر في ذلك تقرير لمنظمة هيومن رايتس ووتش باللغة الإنكليزية بعنوان Road to Abu-Ghraib الفصل الأول/ بعنوان الحط من قواعد منع التعذيب /ص٣. ينظر التقرير على الموقع .. www.hrw.org

[٢]- تقرير منظمة هيومن رايتس ووتش/ المصدر السابق/ ص٤.

من قبل محققي الولايات المتحدة كي يكون شرعياً فإنه يجب أن يتم السماح به من قبل القضاء عندما تدعو الحاجة إلى ذلك). كما أوضح أن تطبيق((مذكرة الإذن بالتعذيب)) يجب أن يخضع لقاعدة الحاجة الماسة للحصول على معلومات هامة لإنقاذ حياة الناس على أساس أن الشخص المشتبه به لديه معلومات غير أنه يرفض التصريح بها.

وقد بين رأيه فيما إذا طلب منه وضع مسودة الترخيص بالتعذيب فإنه سيتخذ الإجراءات التالية (حاول إغراءهم أولاً بعد ذلك استخدم الترهيب، ثم مصل الحقيقة، وأخيراً استعمل إبرة معقمة بإدخالها تحت الإظفر للحصول على ألم موجع، ولكن قبل ذلك يجب الحصول على إذن قضائي باستخدام هذه الوسيلة) [١] .

وعليه وتطبيقاً لمبدأ الضرورة العسكرية[٢]، فقد تقدمت الاستخبارات العسكرية الأمريكية بطلب في ١١ / ١٠ / ٢٠٠٢ للترخيص باستخدام أساليب استجواب غير عادية والتي منها الإجبار على اتخاذ وضعيات مجهده، الحرمان الحسي، تغطية الرأس، التجريد من الملابس، التخويف بالكلاب، وقد أصدر الوزير رامسفيلد موافقته على هذه الوسائل في كانون الأول ٢٠٠٢ إلا أنه لم يجز استخدام وسائل أخرى مثل التهديد بالموت، أو التعريض لدرجات حرارة عالية أو واطئة، أو التهديد بالخنق. غير أن مستشار البنتاغون العام اعتبرها وسائل مشروعة قانوناً، وعلى ضوء ذلك أصدر وزير الدفاع مذكرة أخرى في ١٦ / ٤ / ٢٠٠٣ أجاز استخدام الوسائل السابقة والتي امتنع عن أجازتها سابقاً، ولكن على أن تستخدم في كل حالة على حده وعلى سبيل المثال عندما تتطلب الضرورة العسكرية ذلك [٣].

كما تم استخدام حجة الضرورة العسكرية من أجل منع لجنة الصليب الأحمر الدولية من لقاء بعض المعتقلين في غوانتانامو في شباط/ ٢٠٠٢ وكذلك في كانون الثاني/ ٢٠٠٣ فقد امتنعت سلطات

---

[1]- Alan Dershowitz/ Is there a tortures road to justice/ Los Angeles Times/ 8 November 2001.

[٢] - الضرورة العسكرية مفهوم قانوني يستعمل في القانون الإنساني الدولي كجزء من التبرير القانوني لهجمات على أهداف عسكرية مشروعة قد يكون لها نتائج معاكسة، وحتى رهيبة، على مدنيين وأعيان مدنية. ويعني ذلك أن القوات المسلحة، وهي تخطط لأعمال عسكرية، مسموح لها أن تأخذ بالحسبان المتطلبات العملية لوضع عسكري في أية لحظة معروفة وضرورات كسب المعركة. و يعترف مفهوم الضرورة العسكرية، حتى وفقاً لقوانين الحرب، بأن كسب حرب أو معركة تفكير مشروع، رغم وجوب وضعه إلى جانب اعتبارات أخرى يحددها القانون الإنساني الدولي. فرانسواز جي. هامبسون أستاذة في جامعة إسكس /خبيرة لجنة القانون العرفي في اللجنة الدولية للصليب الأحمر/مديرة المعهد البريطاني لحقوق الإنسان./الضرورة العسكرية / بحث منشور على الموقع
http://forum.shamsawy.net/index.php?showtopic=1124405620

[٣]- تقرير منظمة العفو الدولية المرقم ١٤٥/٢٠٠٤/ الجزء الأول/ الفصل الأول/ بعنوان مفهوم الضروره حجة قديمة لتبرير التعذيب\ مصدر سابق / ص١٢.

معسكر غوانتانامو من السماح للصليب الأحمر من لقاء أربعة معتقلين بناءً على أن ثلاثة من هؤلاء الأربعة هم خارج نطاق الزيارة لضرورات عسكرية [١].

وفي العراق أيضاً وبتاريخ كانون الثاني/ ٢٠٠٤ استعانت السلطات الأمريكية بحالة الضرورة لمنع الصليب الأحمر من لقاء ثمانية من المعتقلين في أبو غريب[٢]. هذا مع أن الإدارة الأمريكية كانت قد صرحت سابقاً أن اتفاقية جنيف الرابعة والخاصة بحماية المدنيين مطبقة في العراق إلا أن مسؤولي معتقل أبو غريب استعانوا بالمادة ١٤٣ من هذه الاتفاقية والتي تجيز لهم منع الصليب الأحمر من لقاء المعتقلين للضرورات العسكرية القاهرة ولكن باعتباره إجراء استثنائي ومؤقت فقط فقد ذكرت المادة أعلاه }_ _ _ولا تمنع هذه الزيارات ألا لأسباب تقتضيها ضرورات عسكرية قهرية ,ولا يكون ذلك إلا بصفة استثنائية ومؤقتة ,ولا يجوز تحديد تواتر ومدة هذه الزيارات_ _ _{ .

المطلب الثالث :-التعذيب وإساءة المعاملة

إن الكشف عن الوثائق والمذكرات الحكومية للرأي العام العالمي بعد فضيحة أبو غريب قد أظهرا حقيقة الجدل الذي كان قائماً في الإدارة الأمريكية بعد أحداث ١١-٩-٢٠٠١ ولاسيما فيما يتعلق باعتبار التعذيب هو الحل أو الرد المقبول على الإرهاب، وفيما إذا كانت الإدارة الأمريكية بإمكانها وموظفيها تفادي الحظر الدولي للتعذيب والمعاملة القاسية واللاإنسانية أو المهنية.

ففي الوقت الذي كان يزعم في العلن معارضة التعذيب يناقش في الخفاء كيف يمكن للرئيس أن يصدر الأوامر وكيف تستطيع العناصر التابعة للحكومة أن تفلت من المساءلة القانونية عنه.

لذلك فقد بدأت هذه الإدارة في تخفيف وقع آثار الحرب، والعنف، فأصبحت تطلق على قتل المدنيين وتشويههم (أضرار جانبية) والسجناء المختفون (المعتقلون الأشباح) وأخيراً أفعال التعذيب والمعاملة القاسية أو المهينة تدعى أساليب (الضغط والإكراه).

إن محاولة التخفيف اللفظي لانتهاكات حقوق الإنسان نجده واضحاً فيما حصل في سجن أبو غريب فقد تردد الكثير من كبار المسؤولين في الإدارة الأمريكية في تسمية ما حدث بأنه تعذيب وفضلوا استخدام مصطلح إساءة معاملة، وهو ما أشار إليه وزير الدفاع الأمريكي رامسفيلد بعد نشر الصور أن ما جرى في أبو غريب ليس سوى إساءة معاملة ولا يعد تعذيباً بأي حال من الأحوال [٣].

---

[١]- المصدر السابق.
[٢]- المصدر السابق.
[٣]- ورد هذا التصريح في المؤتمر الصحفي الذي عقد في وزارة الدفاع في ٤-٥-٢٠٠٤ منظمة العفو الدولية، رسالة مفتوحة إلى الرئيس جورج بوش/ رقم الوثيقة AMR٥١/٠٧٨/٢٠٠٤ في ٧-٥-٢٠٠٤.

ويبدو أن هذا الاتجاه ليس جديداً على الحكومات عندما تجد نفسها في موقف حرج بسبب خروقاتها للمبادئ الدولية في احترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، فقد سبقتها إليه اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بشأن المادة الثالثة من الاتفاقية الأوروبية لحماية الإنسان والحريات الأساسية لعام ١٩٥٠.

ففي عام ١٩٧٦ أخذت اللجنة المذكورة أعلاه وبإجماع الآراء بوجهة النظر الأيرلندية في أن استخدام ما أطلق عليه أساليب الاستجواب الخمسة والتي تتكون من (تغطية رأس المشتبه فيه، إرغامه على الوقوف رافعاً ذراعيه لاصقاً يديه على الحائط، الإخضاع للضوضاء أو الصخب بصورة مستمرة، التقتير في المآكل والمشرب والحرمان من النوم) تشكل تعذيباً لجأت إليه المملكة المتحدة عام ١٩٧١ في أيرلندا الشمالية ومحاولة منها لقمع التمرد الأيرلندي إلا أنها عادت عام ١٩٧٨ للأخذ بوجهة النظر البريطانية حيث قررت بأغلبية (٤ مقابل ٣) أن أساليب الاستجواب الخمسة السابقة لا تبلغ حد التعذيب وإنما هي مجرد معاملة لا إنسانية وكتبرير لموقفها اعتبرت المحكمة أن المعاناة المتأتية من جراء هذه الأساليب لم تكن بالحدة أو القسوة التي تتضمنها كلمة التعذيب [١].

فقد استعانت المحكمة المذكورة بمعيار درجة المعاناة والألم الذي يلحق بالمجني عليه للتفرقة بين ما يعد تعذيباً وما يمكن أن يشكل معاملة لا إنسانية أو مهينة [٢]، فلا يعد الفعل تعذيباً إلا إذا وصل الألم والمعاناة أقصى درجاته فقط وإلا فأن الأمر لا يعدو أن يكون سوى معاملة قاسية أو لا إنسانية أو مهينة [٣].

---

[١]- وقد كان هذا الحكم محل نقاش من بعض قضاة هذه المحكمة فقد ذهب القاضي (Zakia) إلى أنه لا يشاطر المحكمة وجهة نظرها القائلة بأن المعاناة المادية والنفسية يجب أن تكون متطرفة كي تدرج ضمن إطار التعذيب بموجب المادة الثالثة من الاتفاقية الأوروبية. انظر انتقادنا لاعتبار جسامة الإيذاء معيارا للتعذيب د.صباح سامي داود / مصدر سابق ص١١٥-١١٨ .

[٢]- فقد ذهبت اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان والمحكمة الأوروبية بوضع تدرج داخل المادة الثالثة في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان بإيجادها ثلاثة سقوف مختلفة للتعذيب السقف الأول (S١) ويشمل المعاملة المهينة والسقف الثاني (S٢) ويشمل المعاملة اللاإنسانية أما السقف الثالث (S٣) فهو التعذيب.
ومن خلال ذلك عرفت هذه اللجنة كلا من المصطلحات بالتالي:
يقصد بالمعاملة المهينة أو الحاطة بالكرامة: كل فعل يتضمن إذلالاً للفرد أمام الآخرين والذي من شأنه أن يحط من منزلته وكرامته أو سمعته سواءً كان ذلك من وجهة نظره أو من وجهة نظر غيره وهذه المعاملة لا تقتصر على الأفعال المادية وإنما تمتد أيضاً إلى الألفاظ التي يكون لها وقع على معنويات الأفراد وشرفهم أقوى بكثير من الاعتداء المادي.
أما المعاملة اللاإنسانية فهي كل فعل سبب ألماً بدنياً أو نفسياً للغير عن قصد ورغم إرادة الضحية.
ولا ينطبق وصف التعذيب إلا إذا وصل الألم والمعاناة إلى أقصى درجاته وسبب إيذاءً بدنياً أو نفسياً شديداً/ انظر في ذلك/ د. محمد يوسف علوان/ حظر التعذيب في القانون الدولي \مجلة الحقوق الكويتية \ع٤ \س١١ \١٩٨٧ \ ص ٧٨-٧٩ / ماهر سالم طراونه/ حق الفرد في الحماية من التعرض للتعذيب بكافة أشكاله في القانون الدولي \الجامعة الأردنية \١٩٩٥/ ص ٧٠-٧٤.

[٣]- وذلك هو أيضاً ما ذهب إليه المستشار القانوني لوزارة العدل الأمريكية في آب/ ٢٠٠٢ عندما وجهت له الإدارة الأمريكية السؤال عن مدى إمكانية تطبيق معاهدة منع التعذيب على المحققين الأمريكيين خارج الولايات المتحدة فرد معرباً عن رأيه بالقول (لكي ينطبق على الفعل صفة التعذيب فإن الفعل يجب أن يكون قصد به بشكل محدد إيقاع أو

وعليه فلا نكون بصدد التعذيب إلا إذا وصلت المعاملة القاسية أو اللاإنسانية درجة الإيذاء الشديد ، ولقد وجهت الانتقادات من قبل المجتمع الدولي لهذا الأسلوب الذي تحاول به هذه الدول معالجة انتهاكاتها الدولية ونجد هذا الاتجاه متمثلاً بما أكده الأمين العام للأمم المتحدة في حزيران ٢٠٠٤ رداً على مذكرات التعذيب التي تكشفت للرأي العام بعد أحداث أبو غريب مشدداً على أن حظر التعذيب ملزم لجميع الدول في جميع المناطق وفي أوقات السلم والحرب معاً وأضاف يقول "أن التعذيب لا يصبح مقبولاً إذا ما أطلق عليه اسم آخر فلا يجوز استخدام الكلمات المخففة للالتفاف على الالتزامات القانونية" [١].

إحداث ألم عضوي أو عقلي أو معنوي حاد يصعب تحمله). انظر في ذلك نشرة واشنطن/ تقرير لجنة مستقلة/ مصدر سابق.

[١]- بيان صحفي للأمم المتحدة برقم OBV/428/ SG/ SM/ ٩٣٧٣ بتاريخ ١٧-٦-٢٠٠٤ .

الخاتمة.

أن من طبيعة الأمور أن تواجه المفاهيم الجديدة بل وحتى التطبيقات الجديدة لمفاهيم قائمة ومستقرة معارضة .ولعل في محاولة الإدارة الأمريكية والجهات التحقيقية في العراق الاستناد إلى حالتي الضرورة والدفاع الشرعي في سياق حربها على الإرهاب من خلال تبرير إجراءاتها التعسفية ,وإخضاع المعتقلين لديها إلى إجراءات قضائية خاصة نموذجا لذلك .

فقد أثارت هذه الممارسات والإطار القانوني الذي تم تقديمه في سياق تبريرها كثيراً من الجدل بين معارض يرى فيها اعتداء على أساسيات حقوق الإنسان وقواعد القانون الدولي ,وبين مؤيد يرى فيها مجرد تطبيق جديد لمفهوم قانوني مستقر يجد تبريره في خطورة الأنماط الإجرامية المستحدثة (الإرهاب تحديدا) ' ويبدو أن حالة العداء تجاه الولايات المتحدة (وهو عداء له مبررات عديدة) قد جعلت من الصعب أجراء عملية الفرز بين الاعتبارات السياسية والتقييم الموضوعي القانوني لبعض ممارساتها .

فإذا كانت ممارسات الإدارة الأمريكية في مناسبات عديدة تستوجب الإدانة القانونية والسياسية ,إلا أنها لا تتجرد من كل مبرر قانوني .

والواقع فان تلك الممارسات تمثل مناسبة مهمة لأعاده النظر في كثير من المفاهيم والتطبيقات التقليدية لها, نذكر منها :-

١-أن القانون في نهاية الأمر ليس سوى مجرد أداة للضبط الاجتماعي فهو الوسيلة والضبط الاجتماعي هو الغاية .فلا معنى للتمسك بالأداة أذا أثبت الواقع أنها لم تعد قادرة على تحقيق الغاية التي وجدت من أجلها .وليس أدل على فشل الأدوات القانونية التقليدية أو التطبيقات التقليدية من تلك الزيادة الهائلة في معدلات الأجرام –ولاسيما المنظم منه خاصة .

٢-أن ما سبق يقودنا حتما إلى أعادة بحث مسألة بالغة الأهمية إلا وهي تحديد نقطة التوازن بين مصلحة وحقوق وحريات الفرد ومتطلبات حماية السلم والأمن الاجتماعي والدولي ,هذا فضلا عن تحديد طبيعة نقطة التوازن هذه بين الثبات والتغيير,والإطلاق والنسبية .

فإذا كان من المقبول التضحية بفاعلية النظام الجنائي في سبيل احترام حقوق الإنسان في حالات الأجرام العادية , فأن ذلك مما لا يقبله المنطق القانوني ولا اعتبارات العدالة ولا حتى الحس الإنساني السليم عندما يتعلق الأمر بواجب الدولة في حماية حياة وسلامة مواطنيها وأمنهم ضد تهديدات بالغة الجسامة مثل العمليات الإرهابية التي ترتفع إلى مستوى الإبادة الجماعية في أحيان كثيرة (العراق نموذجاً).فإذا كان الخيار بين التطبيق التقليدي الجامد لنصوص القانون موضوعية كانت أم شكلية يعرقل وربما يشل يد السلطة في أداء واجباتها ,عندها يكون الخيار واضحاً .وأن كان ذلك الخيار هو تغيير النصوص ذاتها أو على الأقل الجرأة المقترنة بالعلم في تطبيق القانون .

أن دعوات المنظمات الدولية المعنية بحقوق الإنسان وتحديداً منظمة العفو الدولية ومنظمة هيومن رايتس ووتش لا تأخذ بنظر الاعتبار خصوصية الجريمة الإرهابية وخطورتها الفائقة على الأمن والسلم الدوليين. بل أنها يمكن أن توصف بالتحيز كونها تركز الاهتمام على حقوق المجرمين وتتجاهل حقوق الآلاف من ضحايا هؤلاء المجرمين .

٣-أن النقاش الدائر حول قانونية ممارسة الإدارة الأمريكية تجاه أشخاص من غير الأميركيين عندما هدد هؤلاء الأشخاص أمنها القومي في الصميم يدعوا إلى التأمل في أمكانية تطوير النظم الجنائية الداخلية للدول التي تعاني من مشكلة الإرهاب وتفعيل أدواتها القانونية والتنفيذية حماية للمجتمع ككل.

والواقع فأن مقاتلي طالبان ومن قبلهم مقاتلي القاعدة لايستحقون وصف أسير الحرب بحسب المادة ٤ من اتفاقية جنيف الثالثة ولاسيما فقرتيها (ب) و(د) كونهم لم يميزوا أنفسهم بشكل فعال عن السكان المدنيين ,كما أنهم لم يمارسوا أعمالها العسكرية وفقاً لقوانين الحرب وأعرافها .فهم مقاتلين خارجين عن القانون هدفهم هو قتل أكبر عدد من المدنيين بوسائل غير مألوفة .

أن ما سبق ذكره لا ينفي إساءة استعمال الإدارة الأمريكية لمبرري حالتي الضرورة والدفاع الشرعي في حربها على الإرهاب ,ولكنه في نفس الوقت لا ينفي وجود مبررات جدية لأعمال هاتين الحالتين في قضايا مكافحة الإرهاب خصوصاً والأجرام المنظم عموماً.

وعليه فانه يمكننا القول ولاسيما فيما يتعلق بشأن العمل بالضرورة في الإجراءات الجزائية بأنه لا يمكن الأخذ بها كنظرية عامة، لان ذلك يقودنا إلى المساس بحريات الأفراد و حقوقهم الأساسية الواردة في التنظيم الإجرائي التي كفلها لهم المُشرّع -الدستوري أو العادي- وأضفى عليها حماية خاصة، لذلك لا يجب أن تكون حريات الأفراد وحقوقهم الأساسية التي أعلاها المُشرّع وأحاطها بسياج من الحماية والحصانة، محلاً للتقدير من قبل الجهات المناط بها تطبيق قانون الإجراءات الجزائية.

وبالتالي لا يجوز إعمال الضرورة في هذا الشأن كنظرية عامة، ذلك لأن الإجراءات الماسة بحريات الأفراد أوردها المُشرّع على سبيل الحصر والتحديد، وهي استثناء اقتضته ضرورة المحافظة على كيان الهيئة الاجتماعية، ومن ثم فإنه من هذا المنطلق لا يجوز إعمال الاستثناء على الاستثناء، وأنه وفقا للقاعدة الفقهية يجب ألا يُزال الضرر بالضرر.

واستنادا لما سبق بيانه فأننا بحاجة ماسة إلى مقاربة جديدة في تقدير نقطة التوازن بين حقوق الفرد ومصلحة الجماعة , والاعتراف بالطبيعة النسبية لهذه النقطة وهي نسبية أطارها القانون ولكن بفهم منفتح يتجاوز الأطر والأمثلة التقليدية والارتفاع إلى مستوى روح النص الجنائي , وهو ما يتطلب جهود فقهية وتطبيقات قضائية تستلهم تلك الجهود .

علما إن إعمال مثل هذه المقاربة في تحديد نقطة التوازن بين حقوق الفرد ومصلحة الجماعة نجد لها تطبيقين من الشريعة الإسلامية قضى بهما الرسول محمد(صلى الله عليه وعلى اله وصحبه) وبرر لهما الباحثون على إن هاتين الحالتين قد تحققت بهما حالة الضرورة العسكرية , وهما : الأولى ما حصل في واقعة الخيبر عندما أمر الرسول الزبير بن العوام أن يمس عم حيي ابن الاخطب بعذاب ليفصح عن الكنز , والثانية ذكرها البخاري عندما أرسل الرسول بعض الصحابة إلى امرأة كانت تخفي كتابا لترسله لمشركي قريش تخبرهم عن أوضاع المسلمين في المدينة وقد هددها الصحابي بقولهم (لتخرجن الكتاب أو لنجردك , فلما رأت ذلك أخرجته من عقاصها) . ومثلما ذكرنا فقد اعتبر الباحثون أن هاتين حالتين استثنائيتين تتعلق بالمصالح العليا الأساسية للجماعة في زمن الحرب أوجبتهما ظروف استثنائية[1].

[1] - انظر في تفصيلات هاتين الواقعتين ابن قيم الجوزية / الطرق الحكمية في السياسة الشرعية / مطبعة المدني / ١٣٨١ه /ص٨-٩ / الشيخ محمد زكريا البرديسي / الإكراه بين الشريعة القانون / مجلة القانون والاقتصاد /ع٤/س٣٠ / ١٩٦٠ / ص٨٠٨-٨٠١١ / د.احمد فتحي بهنسي / المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي / مطبعة كوستا توماس وشركاؤه /ط٢ / ١٣٨٩-١٩٦٩ /ص٢٥٠ /احمد عبد الله الخليفة / الاعتراف والإقرار غير الإرادي / الندوة العلمية الأولى –المتهم وحقوقه في الشريعة الإسلامية – المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب بالرياض /ج٢ /للفترة من ١٢-١٦ -١-١٩٨٢/ ص. 122-120