



المركز الفلسطيني لإستقلال المحاماة والقضاء  
"مساواة"

التوقيف على ذمة المحافظ او السلطة التنفيذية  
اجراء مخالف للقانون ويتجاوز الصلاحيات

Palestinian center for the  
independence of the judiciary  
and the legal profession  
"Musawa"

المركز الفلسطيني لاستقلال  
المحاماة والقضاء  
"مساواة"

جمعية أهلية غير حكومية مستقلة، تأسست بتاريخ 2002/3/18 بمبادرة من محامين وقضاة سابقين وشخصيات اجتماعية، أخذت على عاتقها تكريس جهدها لتعزيز ضمانات استقلال القضاء والمحاماة تشريعاً ومنهجاً وسلوكاً، عن طريق رصد وتوثيق ومراقبة ومعالجة كافة العوائق الاجتماعية والثقافية والسياسية والتشريعية، التي تحول دون التطبيق السليم لمبدأ سيادة القانون، وتعيق تفعيل عناصر ومقومات ومضامين استقلال القضاء والمحاماة وذلك بالطرق والوسائل القانونية.

### مجلس إدارة مساواة

المحامي يوسف بختان	رئيس مجلس الإدارة
المحامي ياسر جبر	نائب رئيس مجلس الإدارة
المحامية فايزة الشاويش	أمين السر
الأستاذ سمير البرغوثي	أمين الصندوق
المحامي فهد الشويكي	عضو
المحامي غسان مساد	عضو
المحامي نضال أبو فرحة	عضو
المحامية رنا واصف	عضو
المحامية شيرين شعراوي	عضو

### الرئيس التنفيذي المحامي إبراهيم البرغوثي

غزة-شارع الجلاء،  
برج الجلاء\*الطابق الثالث\*  
تلفاكس: 0097082864206

البييرة- البالوع- شارع المحاكم  
تلفون: 0097022424870  
فاكس: 0097022424866

بريد الكتروني: musawa@musawa.ps

صفحة الكترونية: www.musawa.ps

حقوق الطبع والنشر محفوظة للمركز

كانون أول 2014

الراء الواردة في هذا الكتيب لا تعبر بالضرورة عن رأي المركز الفلسطيني لاستقلال  
المحاماة والقضاء «مساواة» والجهة الداعمة

## تقديم:

تلقي المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء «مساواة» عدة شكاوى تتعلق بالتوقيف على ذمة المحافظ او التوقيف على ذمة شخصيات تنفيذية، قامت على اثرها «مساواة» بتوجيه مذكرات خطية الى الجهات الرسمية المعنية، طالبت من خلالها بضرورة الالتزام بأحكام القانون الاساسي الفلسطيني، وبضمان الحقوق الاساسية والدستورية للمواطن الفلسطيني، وبالتقييد بمبدأ الفصل المرن بين السلطات، وعدم التغول على سلطة القضاء في كل ما يتعلق بإجراءات الحجز او التوقيف، وطالبت بالترام السلطة التنفيذية بمختلف دوائرها بعدم تجاوز احكام القانون الاساسي والقانون اثناء ادائها لسلطاتها وصلاحياتها .

الى جانب تناول «مساواة» لمخاطر الاعتقال الاداري، ومخاطر تجاوز الجهة المنوط بها التوقيف او مدة التوقيف وفقاً لأحكام قانون الاجراءات الجزائية الساري المفعول، على اعتبار ان الاصل الحرية بكل تجلياتها وضماناتها الواردة في القانون الاساسي، وتقييد الحرية ايأ كان سببه او مبتغاه، يجب ان يتم في حدود القانون دون اي توسع، ويجب ان يتم من الجهات التي اناط بها القانون صلاحية اتخاذه، ويجب ان يبقى تحت رقابة القضاء، حتى تصان المشروعية والشرعية، وقيم دولة القانون، وحتى تحترم مبادئ حقوق الانسان التي تعتبر ويحق سمة من سمات دولة القانون والحكم الرشيد .

ومع ازدياد حالات الاعتقال او التوقيف او حجز الحرية تحت عناوين اعتقال على ذمة المحافظ او اعتقال على ذمة شخصية تنفيذية، وحتى لا تتحول هذه الحالات الى ظاهرة تنال من حكم القانون، وسيادته على الكافة حكاماً ومحكومين، وفقاً لما جاء في القانون الاساسي، وما استقر عليه الوجدان والضمير الانساني، ارتأت «مساواة» اعداد

هذه الدراسة القانونية، بغية وضع الامور في نصابها القانوني الصحيح، ومطالبة السلطة التنفيذية بالغاء اي قرار او مرسوم او قرار بقانون يتسم بالمخالفة للدستور، وتقييد اي اجراء اداري بالضمانات الدستورية، واحترام مبدأ سيادة القانون، واحكام ونصوص القانون الاساسي، وضمان مبدأ شرعية الاجراء، واحترام المبادئ القانونية المستقرة، ومنها على سبيل المثال لا الحصر مبدأ الاجرمة ولا عقوبة الا بنص، ومبدأ دستورية القوانين واللوائح والانظمة، ومبدأ المتهم بريء حتى تثبت ادانته في محاكمة عادلة وبحكم قضائي بات، ومبدأ حرية الرأي والتعبير والمعتقد .

ولكي تفي دولة فلسطين بالتزاماتها الدولية، وعلى وجه الخصوص المعاهدات والمواثيق الدولية التي وقعتها دولة فلسطين مؤخراً، والتي نأمل باتخاذ كافة الخطوات والاجراءات التشريعية والسياسية والادارية التي تضمن نفاذها، واعتبارها جزءاً لا يتجزء من التشريع الوطني.

وسنداً لأهمية الموضوع وخطورة استمرار حالات الاعتقال الادراي (الاعتقال على ذمة المحافظ او الاعتقال على ذمة شخصية تنفيذية نافذة)، كلفت «مساواة» الدكتور احمد السويطي استاذ القانون الخاص وعلوم الجرائم ورئيس قسم القانون في جامعة الخليل، بإعداد دراسة قانونية مقارنة للقوانين الفلسطينية ذات الصلة، والمبادئ الدستورية الواردة في القانون الاساسي الفلسطيني، والتشريعات الدولية بما فيها المعاهدات والاتفاقيات والمواثيق التي اعلنت دولة فلسطين انضمامها اليها .

تأمل «مساواة» ان تسهم هذه الدراسة في اثراء النقاش القانوني والمجتمعي، بشأن ما يسمى الاعتقال على ذمة المحافظ او الشخصيات التنفيذية النافذة، وان تشكل فرصة لانهاء ظاهرة الاعتقال الاداري، والغاء اي اجراء مخالف للقانون، او متجاوز للصلاحيات، املة من كافة الجهات الرسمية والاهلية كل في مجال عمله واختصاصه ودوره ورسالته، الوقوف عليها، وعلى النتائج والتوصيات التي انتهت اليها، صيانة لدولة القانون، وحماية لحقوق الانسان، وتطويراً للتشريع والاداء على السواء .

## مساواة

على هامش التوقيف على ذمة المحافظ او على ذمة السلطة التنفيذية  
التوقيف الإداري ما بين الدستورية والشرعية الإجرائية  
دراسة قانونية

بقلم الدكتور احمد السويطي

دكتوراه في القانون الخاص وعلوم الجرائم

رئيس قسم القانون في جامعة الخليل



القاعدة القانونية تعبر عن احتياج المجتمع لتنظيم تشريعي عام ومجرد يكون في الأساس نابعا من فكرة أصيلة، استقر في ضمير ووجدان المجتمع ضرورة الالتزام بها والانضباط لها، بالتالي فإن نقاش القاعدة القانونية - وإن كانت قد صيغت تشريعيا- تعتبر وسيلة ناجحة لمعرفة وقياس مدى حاجة المجتمع لهذه القاعدة في زمن معين.

لهذا السبب فإن الدراسات القانونية للقواعد التشريعية المختلفة تكون الغاية منها الوقوف على مدى بقاء المجتمع محتاجاً لتلك القواعد التشريعية التي تم صياغتها في فترة زمنية محددة، لتحقيق أهداف مرتبطة بحاجات اجتماعية، وإذا ثبت أن المجتمع لم يعد بحاجة لتلك التشريعات فإنه من الأولى عدم الإبقاء عليها، وإلا فإن تلك القواعد تفقد شرعيتها وتتناقض مع مصالح المجتمع الواجب مراعاتها.

هذه الدراسة تتناول سلطة الإدارة في التوقيف الإداري ما بين الدستورية والشرعية الإجرائية بالقياس بالمعق على النصوص القانونية الواردة في قانون منع الجرائم رقم 7 لسنة 1956 والمرسوم الرئاسي رقم (22) لسنة 2003م بشأن اختصاصات المحافظين، لما لهذا الموضوع من أهمية مستمدة من ضرورة معرفة الإجابة على الاسئلة التالية:-

1. ما مدى توافق القواعد الواردة في قانون منع الجرائم مع مبادئ حقوق الإنسان،

وضرورة الحفاظ على حريته الشخصية؟

2. ما مدى توافق هذه القواعد مع الشرعية الإجرائية؟

3. ما مدى حاجة المجتمع الفلسطيني لأحكام هذا القانون؟

4. ما مدى دستورية هذا القانون؟

فقانون منع الجرائم رقم 7 لسنة 1954 وإن كان له من وجهة نظر مؤيديه مبررات وجود عملية، إلا أن هذه المبررات أصبحت لا تتناسب مع طبيعة المرحلة الحالية التي نعيشها والتي نسعى فيها بالوصول الى دولة فلسطينية تتسم بالبرقي والازدهار.

فالصلاحيات التي تمنحها القوانين لجهة الإدارة في الدولة حتى تمكنها من

المحافظة على النظام العام بما يكون لها من سلطة في فرض القرارات والأوامر تشكل خطورة على افراد المجتمع من حيث كونها تقيد حريتهم ونشاطهم. فالحرية تمثل مجالاً للاختلاف بين سلطة الدولة والفرد، وقد سعى الإنسان دائماً لتحرير نفسه من القيود التي تحد من حريته أو تسلبها. فالحرية التي يتمتع بها الانسان وجوباً هي حق طبيعي، وأن ما يقيد تلك الحرية لا يجوز إلا بنصوص القانون وفي أضيق ما يمكن من الحدود. الإعتداء على تلك الحقوق يمثل امتهاناً لكرامة الإنسان، ويكون واجباً على المشرع أن يسعى دائماً لصون حرية الانسان من خلال توافق التشريعات الوطنية مع المعايير الدولية الراسخة في المواثيق الدولية لحماية حقوق الانسان والمحافظة عليها والتي أصبحت جزءاً من المشروعية الداخلية للدول الموقعة على هذه المواثيق<sup>1</sup>، وتحت الرقابة القضائية التي تؤمن الحماية للأفراد في حال تعسف الادارة أو خروجها عن مبدأ المشروعية في قراراتها والتأكد من الضمانات التي أوجبها المشرع على الادارة من اجل التقيد بمضمونها حماية للأفراد .

فالدولة وتديم سلطاتها - حتى تؤدي مهامها في حماية المجتمع- فإنه لا بد لها أن تعمل أيضاً على تدعيم حرية الأفراد، وتمنع في مواجهتهم التعسف والاستبداد. حيث إن الأصل تحقيق التوازن ما بين مصلحتين متمثلتين بحق الدولة في تدعيم سلطاتها من أجل القيام بمهامها، وما بين تدعيم قدرة الأفراد على ممارسة حريتهم؛ هاتان المصلحتان متعارضتان لاختلاف الهدف المنشود منهما. يتضح هذا بشكل جلي من خلال الإجراءات التي تتم خلال مراحل تحريك الدعوى الجزائية التي قد يتعرض فيها

---

1- جهود الشعوب تضافرت من أجل ترسيخ ضمانات تكفل للإنسان حقوقه الأساسية وتضمن له حريته وتمتعه بها. أدى ذلك لإصدار العديد من الإعلانات المتعلقة بحقوق الإنسان، وإبرام العديد من المعاهدات والاتفاقيات التي احتوت في متنها العديد من النصوص التي تضمن للإنسان حقوقه وحريته في مواجهة السلطات العامة، وهذا ما تم تأكيد في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، حيث نصت المادة 2 منه على أن " لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان... " وكذلك المادة 9 منه التي نصت على أنه " لا يجوز القبض على أي إنسان أو حجزه أو نفيه تعسفاً " وكذلك المادة II التي نصت على أن " كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً إلى أن تثبت إدانته قانوناً بمحاكمة علنية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عنه".

الفرد للعديد من الإجراءات التي تمس حرّيته الشخصية، كالقبض والتفتيش والحبس الاحتياطي وتنفيذ العقوبة.

أهمية هذه الدراسة تكمن في صلة موضوعها بالحقوق والحريات الأساسية للأفراد وضمن كفالتها واحترامه وصور إنسانية الفرد التي كفلها القانون الأساسي الفلسطيني والمواثيق الدولية والتي تتحقق حين يكون القانون قد بني في جوهره على أساس حماية وضمن الحقوق والحريات العامة للأفراد، وأن لا يكون سعي الإدارة للمحافظة على النظام العام مجالاً لإنتهاك حقوق الفرد وحرّيته.

في هذه الدراسة نركز على التوقيف الإداري باعتباره إجراءً خطيراً يتناقض بشكل صارخ مع مبدأ رسخ دستورياً متمثلاً بقريئة البراءة، كما يمثل موضوع التوقيف مجالاً للنزاع بين مصلحتين متعارضتين؛ مصلحة الفرد والذي له الحق الكامل بحرّيته، ومصلحة الدولة التي تشد القيام بمهامها وفق أحكام القانون. وستكون هذه الدراسة ضمن المحاور التالي:-

- المحور الأول: ماهية التوقيف
- المحور الثاني: التكييف القانوني
- المحور الثالث: مدى موافقة إجراءات التوقيف الإداري لمبدأ الشرعية الإجرائية

## المحور الأول: ماهية التوقيف

التوقيف إجراء موسوم بالخطورة لكونه سالباً لحرية الإنسان، ويمثل إيلاماً لذاته قبل أن يُطبق بحقه حكم قضائي، وهو بهذا لا يتفق مع قرينة البراءة التي استقر عليها دستورياً، وبالتالي لا يتعين الانصراف إليه إلا في حدود ضيقة<sup>2</sup>.

أهم هذه الحدود الضيقة يتمثل بأن هذا التوقيف يجب ألا تأمر به إلا سلطة قضائية ذات اختصاص بحكم القانون، ولمدة تقتضيها حتماً ضرورة مشروعة، ووفق حزمة من ضوابط قانونية بحيث لا تقتضيه إلا الضرورة الأكيدة التي تقدر بقدرها، وتحاط بالقدر الكبير من الضمانات الكفيلة بتحقيق الموازنة ما بين مصلحة المجتمع في التوقيف من أجل مصلحة التحقيق قبل صدور الحكم، وقرينة البراءة التي تقدم على أساس مفاده ألا تُسلب حرية الإنسان إلا إذا صدر حكم بإدانته، وهو ما لا يكون إلا بالتضييق في حالات التوقيف إلى الحد الأدنى سواء في حالاته أو مدده، واقترانه برقابة قضائية ضامنة لهذه الضمانات.

الأصل في سلطة التوقيف أنها للسلطة القضائية باعتبارها صاحبة الاختصاص الأصيل وفق أحكام القانون، والتي من خلالها تتم مراعاة الضوابط الخاصة بعملية التوقيف وتقدير ضرورته، وإعمالاً لمبدأ الشرعية الإجرائية، إلا أنه أيضاً يُجاز من خلال بعض القوانين الخاصة للسلطة التنفيذية إصدار قرار بتوقيف الأشخاص في حالات محددة، حيث يطلق على هذا النوع من التوقيف تسمية (التوقيف الإداري).

---

2- للمزيد انظر: قدرى عبد الفتاح الشهاوي، ضوابط الحبس الاحتياطي، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2003، ص 40 وما بعدها، وكذلك محمد عبد الله محمد المر، الحبس الاحتياطي، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2006، ص 46 وما بعدها، وكذلك إبراهيم حامد طنطاوي، الحبس الاحتياطي، دراسة لنصوص التشريعي المصري والفرنسي وبعض التشريعات العربية، دار الفكر الجامعي، ص 7 وما بعدها، وكذلك عمرو واصف الشريف، النظرية العامة في التوقيف الاحتياطي، الطبعة الأولى، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004، ص 150 وما بعدها، وكذلك مجدي محب حافظ، الحبس الاحتياطي، الطبعة الثانية، النسر الذهبي للطباعة، عابدين، 1998، ص 35 وما بعدها، وكذلك عبد الحكيم فوده، بطلان القبض على المتهم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 295.

هذا التوقيف الإداري الذي بموجبه تسلب حرية الشخص من قبل السلطة غير القضائية دون أن يكون هنالك إسناد أي تهمة للموقوف<sup>3</sup>، بعض هذه القوانين يجيز هذا التوقيف الإداري مثل قانون منع الجرائم رقم 7 لسنة 1954 والمرسوم الرئاسي رقم 22 لسنة 2003.

هذا التوقيف الإداري يتسم بالصفة الإدارية باعتباره مقررا من قبل السلطة التنفيذية، ويصدر خارج إطار الدعوى الجزائية، وذلك على سند من القول إن للسلطة التنفيذية (المحافظ مثلا) أن تصدر هذا القرار الإداري بالتوقيف في حالة الاشتباه، أو حالة الضرورة، أو الخطورة الإجرائية في الشخص الذي يصدر قرار بتوقيفه، حيث حددت المادة 3 من قانون منع الجرائم رقم 7 لسنة 1954 الأشخاص الذين يجوز أن يتخذ بحقهم الإجراءات المنصوص عليها في القانون وهم:-

1. كل من وجد في مكان عام أو خاص في ظروف تقنع المتصرف بأنه كان على وشك ارتكاب أي جرم أو المساعدة على ارتكابه.
2. كل من اعتاد للصوصية أو السرقة أو حيازة الأموال المسروقة أو اعتاد حماية اللصوص أو إيوائهم أو المساعدة على إخفاء الأموال المسروقة أو التصرف فيها.
3. كل من كان في حالة تجعل وجوده طليقاً بلا كفالة خطراً على الناس.

كما أن للسلطة التنفيذية أن تصدر القرار بالتوقيف ولمدة غير محدودة طالما يرى صاحب السلطة في إطار هذا القرار أن أسباب التوقيف ما زالت قائمة، وذلك سنداً للمادة 8 من قانون منع الجرائم رقم 7 لسنة 1954. هذه الطبيعة الإدارية التي يوصف

---

3- محمد سعيد نمور، أصول الإجراءات الجزائية، شرح لقانون أصول المحاكمات الجزائية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص 374، وكذلك توفيق نظام المجالي، الضوابط القانونية لشرعية التوقيف، دراسة مقارنة في التشريع الجزائري الأردني، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد الخامس، العدد 2، جامعة مؤتة، 1990، ص 239 وما بعدها.

بها قرار التوقيف تجعله قابلا للطعن فيه أمام محكمة العدل العليا بصفتها الجهة القضائية المختصة بذلك<sup>4</sup>.

من خلال استقراء النصوص القانونية التي تعطي الإدارة صلاحية التوقيف، نجد بأن هذه النصوص تخول الإدارة توقيف كل من يشكل خطرا على النظام العام، على اعتبار أن من واجبات الإدارة وسلطات الضبط الإداري<sup>5</sup> المحافظة على النظام العام<sup>6</sup>. وعليه، فإن المبرر الأساسي الذي للإدارة أن تسوقه في سبيل تبريرها للتوقيف هو المحافظة على النظام العام<sup>7</sup>. ولكن هذه الفكرة وإن كانت تجد قبولا عند بعض فقهاء القانون الإداري في تبرير التوقيف الإداري، إلا أنها يجب أن لا تصل في تبرير وجودها إلى حد يخرق به

4- نصت المادة 33 من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001 على أن محكمة العدل العليا الفلسطينية تنظر في: تختص محكمة العدل العليا بالنظر فيما يلي: 1. الطعون الخاصة بالانتخابات. 2. الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بإلغاء اللوائح أو الأنظمة أو القرارات الإدارية النهائية الماسة بالأشخاص أو الأموال الصادرة عن أشخاص القانون العام بما في ذلك النقابات المهنية. 3. الطلبات التي هي من نوع المعارضة في الحيس التي يطلب فيها إصدار أوامر الإفراج عن الأشخاص الموقوفين بوجه غير مشروع. 4. المنازعات المتعلقة بالوظائف العمومية من حيث التعيين أو الترقية أو العلاوات أو المرتبات أو النقل أو الإحالة إلى المعاش أو التأديب أو الاستبعاد أو الفصل، وسائر ما يتعلق بالأعمال الوظيفية. 5. رفض الجهة الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ أي قرار كان يجب اتخاذه وفقا لأحكام القوانين أو الأنظمة المعمول بها. 6. سائر المنازعات الإدارية. 7. المسائل التي ليست قضايا أو محاكمات بل مجرد عرائض أو استدعاءات خارجة عن صلاحية أي محكمة تستوجب الضرورة الفصل فيها تحقيقاً للعدالة. 8. أية أمور أخرى ترفع إليها بموجب أحكام القانون. كما نصت المادة 34 من ذات القانون على أنه يشترط في الطلبات والطعون المرفوعة لمحكمة العدل العليا من الأفراد أو الهيئات الواردة في المادة (33) من هذا القانون أن يكون سبب الطعن متعلقا بواحد أو أكثر مما يلي 1. الاختصاص. 2. وجود عيب في الشكل. 3. مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها. 4. التعسف أو الانحراف في استعمال السلطة على الوجه المبين في القانون.

5- يمكن تعريف الضبط الإداري بأنه مجموعة الإجراءات والقواعد، وما تتضمنه من أوامر ونواهي، والتي تفرضها السلطة الإدارية على النشاط الفردي بهدف الحفاظ على النظام في المجتمع. د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص394.

6- د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 394.

7- ليس سهلا وضع تعريف جامع مانع لمفهوم النظام العام، كون فكرته مرنة متطورة تختلف باختلاف الزمان والمكان، وكذلك باختلاف المذاهب والأيديولوجيات والأسس الفلسفية والاجتماعية السائدة في الدولة. لهذا، لم تضع التشريعات تعريفا لمفهوم النظام العام، بل تطرقت إليه كهدف للضبط الإداري دون التطرق لتحديد مضمونه أو محتواه. وللنظام العام مدلولاً محددا لدى فقهاء القانون العام، فهو يشتمل على ثلاثة عناصر هي الأمن العام والسكينة العامة والصحة العامة. للمزيد انظر: د. رمضان محمد بطيخ، الوسيط في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص736. وكذلك د. محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري المصري والمقارن، الجزء الأول (السلطة الإدارية)، مطبعة نصر، القاهرة، 1958، ص 493، وكذلك د. فؤاد العطار، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973، ص 333. وكذلك د. محمد شريف إسماعيل عبد المجيد، سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1979، ص 10، وكذلك د. عزيزة الشريف، دراسات في التنظيم القانوني للنشاط الضبطي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص 30-31، وكذلك د. علي خاطر شطناوي، الوجيز في القانون الإداري، ط1، دار وائل للنشر، عمان، 2003، ص 361-387.

مبادئ راسخة شرعت من أجل المحافظة على حقوق الإنسان. وحتى يراد لنا أن نقيس مدى مساس التوقيف الإداري بحقوق الإنسان، لا بد لنا من دراسة مدى مشروعية هذا التوقيف، ومدى موافقة تلك المشروعية لتحقيق المصالح المجتمعية المنشودة وذلك من خلال ما سيتم بيانه في المحور التالي.

## المحور الثاني: التكييف القانوني

حتى نستطيع تكييف التوقيف قانوناً، لا بد وأن يكون ذلك بدراسة جانبيين: الأول موضوعي والثاني شكلي.

### أولاً: الموضوعي

المحور الموضوعي في تكييف التوقيف قانوناً يتلخص في الفهم السليم لمفهوم الشرعية الإجرائية للتوقيف، والتي ترتبط بشكل عضوي لا انفكاك منه مع مبدأ "افتراض براءة المتهم" الذي يقضي بقانونية الإجراءات الجزائية المتخذة، بحيث تكون تحت إشراف قضائي وفي حدود الضمانات التي يحتمها هذا الافتراض<sup>8</sup>.

بهذا يتبين لنا أن الشرعية الإجرائية ترتكز في مفهومها بالاستكانة لمجموعة من العناصر وهي؛ افتراض براءة المتهم حتى تثبت إدانته بحكم قضائي، قانونية الإجراءات الجزائية المتخذة في مواجهته، الرقابة القضائية على تلك الإجراءات الجزائية.

### 1. افتراض براءة المتهم

من المبادئ الدستورية ذات الأهمية في مجال حماية حرية الإنسان افتراض قرينة البراءة، حيث إن المتهم بريء حتى يصر لإدانته بحكم قضائي بات حائز لقوة الأمر

8- عبد الستار سالم الكبيسي، ضمانات المتهم قبل واثاء المحاكمة " دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1981، ص 153.

المقضي به، هذا العنصر من عناصر الشرعية الجزائية يعني أنه ومهما بلغت جسامة الجريمة المسندة للمتهم فإنه من الوجوب أن يتم التعامل معه على أساس أنه بريء.

هذا المبدأ مستقر عليه<sup>9</sup>، وقد ورد في الآية الكريمة ﴿ وَمَا يَتَّبِعْ أَكْثَرُهُمْ إِلَّا ظَنًّا إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ بِمَا يَفْعَلُونَ ﴾<sup>10</sup>، وهذا مما تقضي به طبيعة الأمور المرتبطة بذات الصفة الإنسانية، فالإنسان يولد حراً لا تشوب ذمته أي أوصاف جرمية، إلا إذا أتى فعلاً ثبت إسناده إليه يخرج من هذه الحالة. هذا المبدأ ذو أهمية بالغة انعكست من خلال النص عليه في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة 1948 في المادة 11 فقرة 1 وذلك بقولها " كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً إلى أن تثبت إدانته قانوناً بمحاكمة علنية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عنه"، وهذه المادة واجبة الاحترام والتطبيق استناداً لنص المادة 10 من القانون الاساسي الفلسطيني المعدل التي نصت في متن فقرتها الاولى على أن " حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ملزمة وواجبة الاحترام".

كما تم اقرار هذا المبدأ دستورياً في فلسطين بموجب المادة 11 من القانون الاساسي المعدل والتي نصت على أن "1 - الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مكفولة لا تمس. 2 - لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته

9- بعض الدول كفرنسا مثلاً لم تكتفي فقط بذكر المبدأ في دستورها وإنما أكدت عليه أيضاً في قانون الاجراءات الجزائية بموجب المادة 1 المعدلة بموجب القانون رقم 711 لسنة 2013 بتاريخ 2014/8/5 التي نصت على انه-

• "Tout personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie. Les atteintes à sa présomption d'innocence sont prévenues, réparées et réprimées dans les conditions prévues par la loi".

وفي الفقه الفرنسي تم التأكيد على ان هذا المبدأ أصبح من المسلمات الدستورية، انظر:

• F. DEBOVE, F. FALLETTI et T. JANVILLE, Précis de droit pénal et de procédure pénale, PUF, 4ème édition, p. 36, et BECCARIA, Du traité des délits et des peines, Paragraphe XII, De la question, p. 434-, et S. DETRAZ, La prétendue présomption d'innocence, Dr. pén. 2004, chron. n°3, et R. MERLE et A. VITU, Traité de droit criminel, tome II, Procédure pénale, n° 148, « Le principe actori incumbit probatio est imposé [...] par la sûreté des individus », et J. BUISSON, Les présomptions de culpabilité, Procédures, 1999, chron. n° 15, Y. MAYAUD, Entre le dit et le non-dit, ou les leçons de droit pénal du Conseil constitutionnel, D. 1999 p. 589, et

10- سورة يونس الآية 36.

بأي قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر قضائي وفقاً لأحكام القانون، ويحدد القانون مدة الحبس الاحتياطي، ولا يجوز الحجز أو الحد للقوانين الصادرة بتنظيم السجون". وكذلك المادة 14 التي نصت على أن "المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه، وكل متهم في جنائية يجب أن يكون له محام يدافع عنه".

حسناً فعل القانون الاساسي الفلسطيني بهذه المادة على اعتبار النص على قرينة البراءة في الدستور يعد أحد الوسائل التي تؤدي إلى ضمان تطبيقها والعمل على عدم انتهاكها، إذ إن تقريرها دستورياً يعني أنها أصبحت مبدأً دستورياً وطنياً يجب على كافة السلطات في الدولة التقيد بها واحترامها.

مبدأ " قرينة البراءة" موسوم بمضمونين؛ يتمثل الأول بأن الحرية الشخصية للمتهم مصنونة، إذ لا يمكن المس بحرية الأبرياء حتى وإن اقتضت مصلحة المجتمع معاقبة المجرمين، فقرينة البراءة تقتضي أن يحاط المتهم بضمانات واجبة الاحترام والتدعيم، حتى لا يتحول إلى قرينة خالية من مضمونها الايجابي الكافل لحرية الانسان، فلا يجوز المساس بحرية الإنسان التي من حقه التمتع بها، والمصانة بضمانات لمواجهة أي مساس بها من أجل درء خطر التحكم في مباشرتها، وحتى لا تتحول السلطة صاحبة الاختصاص لأداة إدانة، وإنما تضمن هذه الضمانات بقاء السلطة ذات الاختصاص أداة للعدالة مهمتها ضمان الحريات وترسيخها.

هذا يعني أن إجراء التوقيف يجب أن يكون موسوماً بالشرعية الإجرائية القائمة على قرينة البراءة، بحيث تحدد هذه القرينة نطاق أي إجراء جزائي، وتمثل ضابطاً لكيفية اتخاذ هذا الإجراء<sup>11</sup>. مع العلم أن هذه الضمانات تختلف باختلاف الإجراء المتخذ، إلا أنها جميعها ترد لمصدر واحد وهو قرينة البراءة القاضية بضمان حرية الإنسان الشخصية تحقيقاً لمبدأ الشرعية الإجرائية.

11- احمد فتحي سرور، الشرعية الاجرائية الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975، ص 127.

أما المضمون الثاني الذي تتسم به قرينة البراءة، هو وجوب ألا يكلف المتهم بإثبات براءته ما دام أن الأصل هو البراءة المفترضة، إذ لا مجال لإثبات براءة الإنسان أمام القضاء، حيث إنه إذا ما كانت هنالك أدلة تستبعد معها قرينة البراءة، فإنه يكون من حق المتهم المقدم في مواجهته هذه الأدلة أن يقدم ما ينفي تلك الأدلة التي توافرت في مواجهته، بذلك تعود البراءة إلى الحالة الأولى، ويترتب على هذا الأمر أن عبء إثبات التهمة واقع على عاتق سلطة الاتهام.

ينبغي الإشارة إلى أن هذا المبدأ يحوز على اهتمام كبير في مجال الفقه الجنائي لعدة اعتبارات منها أنه يحول بين السلطة وبين المساس بالحرية الشخصية المصونة دستوريا<sup>12</sup>. حيث يترتب على الإقرار بهذا المبدأ نتيجة مهمة مفادها أن كل شك يفسر لصالح المتهم، وينبغي مع ذلك الشك إسقاط أدلة الإدانة التي لا يتوافر معها الجزم واليقين حتى يصار للحكم بالإدانة.

## 2. قانونية الإجراء الجزائي

قوام حياة الانسان ووجوده حرিতে الشخصية، المصونة بعديد من المبادئ أهمها قرينة البراءة، إلا أن السلطة العامة صاحبة الاختصاص بحكم القانون لها أن تتخذ إجراءات احتياطية تسبق الحكم بالإدانة، وهذه الإجراءات تتطوي على مساس بحرية الانسان بهدف التحقق من وقوع الجريمة، ومن ثم إسنادها لمرتكبها. هذه الإجراءات تجد مبرراً لها في ضرورة اتخاذها لضرورة من أجل تحقيق مصلحة المجتمع، وهذه الإجراءات وجوباً أن تكون قانونية، وإلا حدنا بها عن الغاية المشودة منها بحيث تصبح وسائل تحكمية تقال من حرية الإنسان وكرامته<sup>13</sup>.

لهذا نجد أن قانونية الإجراء الجزائي تمثل عنصراً من عناصر الشرعية الإجرائية،

12- ياسين عمر يوسف، شرح قانون الاجراءات الجنائية، دار ومكتبة الهلال للطباعة والنشر، بيروت، 1996، ص 21 وما بعدها.

13- حسن صادق المرصفاوي، حقوق الانسان في الاجراءات الجنائية في مرحلة ما قبل المحاكمة في النظام القانوني المصري، تقرير مقدم للمؤتمر الثاني للجمعية المصرية للقانون الجنائي، المعهد الدولي العالي للعلوم الجنائية، الاسكندرية، 1988، ص 47 وما بعدها.

على اعتبار أن المشرع وحده صاحب الاختصاص الدستوري في وضع القواعد والإجراءات التي تباشرها السلطة صاحبة الاختصاص عند وقوع الجريمة وذلك لخطورة هذه الإجراءات ومساسها بالحرية الفردية.

المشرع يبتغي من هذه الإجراءات تحقيق مصلحة عامة، إلا أنه وبوضعها، عليه أن يحدد متطلبات المساس بحرية الإنسان مع إحاطتها بالضمانات اللازمة<sup>14</sup>، حيث إن القانون يجب أن يكون هو المصدر الأوحى لتقرير وتنظيم هذه الإجراءات، وباعتبار ذلك ركناً أساسياً من أركان الشرعية الجزائية الإجرائية، هذا المبدأ يجد أساساً له في ثقة الإنسان بالقانون الذي ينظم الحريات العامة، فكون القاعدة القانونية متصفة بخاصية العمومية والتجريد فإنها بذلك تكون ضماناً بحد ذاتها للحرية الشخصية، بالإضافة لكون القانون أداة تشريعية تعبر عن إرادة الشعب.

مدلول هذا بأنه ليس من المقبول أن يتم أي تنظيم للحرية أو وضع ضوابط لها لتحقيق مصلحة عامة إلا بموجب قانون صادر عن المشرع، وفقاً لقواعد دستورية واضحة وعلوية. المشرع وحده صاحب الصلاحية الدستورية في تحديد إذا ما كانت هنالك مصلحة عامة تستوجب وضع قيود على حرية الأفراد، وهو ذاته الذي يحدد الضوابط والقيود لاستعمال هذا التقييد، والحيلولة دون التعسف في استعماله، من خلال ضمانات تقرر تشريعياً لكفالة الاحترام اللازم لهذه الحرية، هذه الصلاحية التشريعية في وضع الضوابط والقيود وتحديد الحالات التي تقيد بها الحرية تعرف بمبدأ قانونية الإجراءات الجزائية<sup>15</sup>.

يترتب على هذا نتيجة مفادها أن هذه الإجراءات الجزائية المقيدة للحرية محصورة في التشريع فقط؛ بمعنى أن السلطة التشريعية المحددة دستورياً هي صاحبة الاختصاص

14- جميل يوسف قدورة، نطق الشرعية الاجرائية في الظروف الاستثنائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1987، ص 262 وما بعدها.

15- عبد الستار قاسم الكبيسي، مرجع سابق، ص 156.

الأصيل والوحيد بتنظيم القواعد الإجرائية الناضجة للإجراء الجزائي المرتبط بالدعوى الجزائية منذ تحريكها حتى صدور حكم فيها .

هذا الأمر يستخلص منه أن الإجراءات المقيدة للحرية، والتي يختص بتحديد حالاتها حصرا المشرع دون غيره، لا يجوز فيها التفويض التشريعي<sup>16</sup>، فممنوع على السلطة التشريعية التنازل عن اختصاصها للسلطة التنفيذية من أجل تحديد هذه الإجراءات أو ضوابطها، أي أنه لو تم ذلك نكون بصدد مخالفة جسيمة لمبدأ الشرعية الإجرائية؛ مما يعني أن ما تقوم به السلطة التنفيذية بهذا الصدد يكون معيبا بعدم الدستورية<sup>17</sup>، كما

16- للمزيد حول التفويض التشريعي انظر: صلاح الدين فوزي، واقع السلطة التنفيذية في دساتير العالم " مركزية السلطة المركزية"، دار النهضة، 2002-2003، القاهرة، ص 35 وما بعدها، وكذلك عمر حلمي فهمي، الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة في النظامين الرئاسي والبرلماني، دراسة مقارنة، ط1، دار الاتحاد العربي للطباعة، مصر، ص 78 وما بعدها، وكذلك أحمد الخالدي، الأسس الدستورية للنظام السياسي الفلسطيني، ط1، فلسطين، 2005 .

17- للمزيد حول عيب عدم الدستورية انظر: عز الدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي، الدعوى الدستورية، دار المعارف، الإسكندرية 2002، ص 45 وما بعدها، وكذلك أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، 2000 ، ص 24 وما بعدها، وفي الفقه الفرنسي انظر:-

- Rousseau Dominique, La question préjudicielle de constitutionnalité : un big bang juridictionnel ?. Revue de Droit Public, 1252009/ n°32009- . p. 636.
- Jean-Claude, A propos du Conseil constitutionnel, Revue de Droit Public 1252009/ n°3 - 2009, p. 591601-.
- Dutheillet de Lamothe, Olivier, Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Dalloz 2007.
- Roux, Jérôme, L'abandon de la jurisprudence IVG : une question d'opportunité ou de logique, Revue de Droit Public 1252009/ n°32009- p. 645670.
- Joël Rideau Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité : les orphelins de la pyramide, dans Revue de Droit public 1252009/ n°32009- . p. 601630-
- Perrot, Roger, Institutions judiciaires, Montchrestien, Domat droit privé, 13e édition, 2008, Paris, p. 25
- Frier Pierre-Laurent, Petit Jacques, Précis droit administratif, Montchrestien, Domat droit public, 5e édition, 2008, Paris p. 16
- Boilet David et Lafaix Jean François, Note de jurisprudence administrative, Revue de droit public 1192003/, n°5, septembre-octobre 2003, p. 1481
- Genevois, Bruno, Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé(à propos de la décision n°2004496- DC du 10 juin 2004), RFDA 2003 (4) p. 651661-
- Magnon Xavier, La sanction de la primauté de la Constitution sur le droit communautaire par le Conseil d'Etat : commentaire sous Conseil d'Etat, Assemblée, 8 février 2007, Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres, RFDA, mai juin 2007, n°3 p. 578.
- Groshens, Jean-Claude, A propos du Conseil constitutionnel, Revue de Droit Public 1252009/ n°3 - 2009, p 591601-
- Andriantsimbazovina, Joël, La prise en compte de la Convention européenne des droits de l'homme par le Conseil constitutionnel, continuité ou évolution, Les cahiers du Conseil constitutionnel, n°18, 2005, p. 200.
- Simon, Denys, La jurisprudence récente du Conseil d'Etat : le grand ralliement à l'Europe des juges, Europe n°3, mars 2007
- وكذلك في مجال التطبيق العملي فيما يتعلق بالرقابة على دستورية القانون في فرنسا على سبيل المثال انظر:
- Cass, Crim, 11 mai 1833 Paulin, cité par Dutheillet de Lamothe Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Dalloz 2007.
- CE Ass 30 octobre 1998, Sarran, Levacher et autres, Rec. p.369
- CJCE, 15 juillet 1964, Costa c/ ENEL, 664/, rec. 1159.
- CE, Ass., 30 octobre 1998, Sarran, Levacher et autres, Rec. p. 369.
- CC, 10 juin 2004, 2004496- DC.

وكذلك في مجال التطبيق العملي فيما يتعلق بالرقابة على دستورية القانون في فلسطين على سبيل المثال انظر: طعن دستوري رقم 2010/1 الصادر عن المحكمة العليا المنعقدة في رام الله المأذونه بالنظر في الطعون الدستورية بتاريخ 2010/5/11 .

أنه يتمتع أيضا على السلطة القضائية أن تتصدى لتنظيم الإجراءات الجزائية المقيدة للحرية حتى وإن تخلى المشرع عنها بتفويض للسلطة القضائية، هذا التفويض غير شرعي كون السلطة التشريعية بهذا التفويض تكون قد تخلت عن اختصاص أصيل لها محدد دستورياً. ومن النتائج المهمة التي تترتب أيضا على قانونية الإجراءات الجزائية عدم جواز القياس عليها إلا في الجانب الذي يضمن الحرية الشخصية، ويؤكد مبدأ قرينة البراءة، لا في جانب يتضمن المساس بهذه الحرية استنادا لمبدأ قانونية الإجراءات الجزائية.

### 3. الرقابة القضائية على الإجراءات

افتراض براءة المتهم كقاعدة دستورية واجبة التطبيق، ومبدأ قانونية الإجراءات الجزائية الذي يضع ضوابط المساس بحرية الإنسان لا يكتفيان وحدهما لتحقيق مبدأ الشرعية الإجرائية، بل لا بد وأثناء التطبيق العملي أن يكون للقضاء رقابة على تطبيق هذه المبادئ، إذ بالرقابة القضائية يكون للإنسان الوسائل القانونية اللازمة لضمان احترام مبدأ الحرية الشخصية من أي خطر يتهدهد<sup>18</sup>.

القضاء يمثل الحارس الحقيقي لحقوق وحيات الأفراد من خلال بحثه في مدى حسن تطبيق القانون والتأكد من سيادته، وبهذا يكون القضاء هو المُشكِّل لضمان حسن تطبيق القانون، ويمثل حصنا يصون الحريات من الاعتداء عليها.

كما بينا في الخاصية الثانية للشرعية الإجرائية بأن القانون الصادر عن السلطة صاحبة الاختصاص هو الأداة النازمة لاستعمال الحرية، وهو الذي يوفر الضمانات الكافية لحمايتها من تغول السلطة في التحكم والتعسف بها، إذ أن هذه الضمانات والضوابط لا تكون ذات جدوى ما لم تكن لدينا جهة ذات اختصاص دستوري، لها دراية وفهم قويم لروح القانون ومبتغاه. وأن تكون تلك الجهة متمتعة بالحيادة والاستقلال بحيث تعمل على ترسيخ هذه الضمانات وحمايتها، وهو ما لا يتأتى إلا من خلال السلطة القضائية.

18- السيد صبري، مبادئ القانون الدستوري، ط1، مطبعة النصر، مصر، 1940، ص 276.

هذا التوجه يجعل السلطة القضائية ناهضة بمسؤوليتها كحارس لحماية الحريات التي يقرها القانون، حيث تعمل على كفالة احترامها وصون ضماناتها المقررة قانوناً، وممانعة لأي اعتداء واقع عليها بما يؤمن انتقال الشرعية الإجرائية من نطاقها النظري إلى نطاقها العملي، وتأسيساً على هذا تعتبر الرقابة القضائية عنصراً من عناصر الشرعية الإجرائية.

حتى يتأتى هذا الدور للسلطة القضائية، يجب أن تكون هذه السلطة متمتعة بالاستقلال والحيادة، حيث تعدان ضماناً أكيدة لقيام السلطة القضائية بدورها ومهامها في حماية الحريات الشخصية، وتعطيان السلطة القضائية الأولوية في واجب الإشراف والرقابة على مدى احترامها وتطبيقها.

لذلك نرى أن عناصر الشرعية الإجرائية يكمل أحدهما الآخر، وتترابط بطريقة تضمن احترام حرية الإنسان وحقوقه الشخصية، فالأصل في المتهم البراءة، وعليه فإنه من الواجب أن يتم التعامل معه على هذا الأساس في كل ما يتخذ ضده من إجراءات حفاظاً على حريته الشخصية، ويجب أن يكون هذا الإجراء قانونياً متخذاً تحت إشراف ورقابة قضائية.

هذا الذي تم بيانه يعطي أهمية كبيرة لدور السلطة القضائية في مجال المحافظة على الحرية الشخصية، حيث إن هذه الأهمية جعلت الكثير من دساتير العالم تحيل بهذه المهمة على عاتق السلطة القضائية كما هو الحال في الدستور الفرنسي الذي أكد ذلك صراحة من خلال نص المادة 66<sup>19</sup>، ولا يوجد نص مماثل في القانون الأساسي الفلسطيني المعدل يؤكد على أن من واجب السلطة القضائية أن تقوم بضمان تطبيق مبادئ الحرية الشخصية.

- 19 «L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi».

ولكن الواقع العملي يؤكد أن السلطة القضائية الفلسطينية تقوم بهذا الدور، حتى وإن لم يوجد نص في الدستور كما هو الحال في فرنسا، فقد قررت محكمة صلح رام الله وأثناء دراستها لملف الدعوى الجزائية رقم 2013/3438 بتاريخ 2013/9/3 أنه «وباستقراء المحكمة لعناصر التجريم في هذه المادة تجد أن ما حملته المادة من سياسة جنائية عقابية يثير الشبهة بعدم دستوريته من عدة أوجه.... وتجد المحكمة أن قرينة البراءة هي مبدأ دستوري مرعي النفاذ، ويفترض هذا المبدأ أن تكون إجراءات الملاحقة القضائية المفضية إلى الإدانة قائمة بالأساس على الجرم واليقين..... وحيث إن هذا النص المشتبه بعدم دستوريته لازم للفصل في هذه الدعوى الموضوعية، وسندا لكل ما تقدم، وعملا بأحكام المادة 2/27 من قانون المحكمة الدستورية رقم 3 لسنة 2006 تقرر المحكمة وقف السير في هذه الدعوى وإحالة الأوراق إلى المحكمة العليا المأذونة مؤقتا بنظر الطعون الدستورية حسب الأصول»<sup>20</sup>. ونرى أن ما قام به قاضي محكمة الصلح خطوة في الاتجاه الصحيح لعمل القاضي ونحمد له رؤيته القانونية، حيث أن هذا يجسد الدور الهام والطبيعي للقاضي الذي يعد من صميم عمله أن يطبق القانون الاسمي لضمان حرية وحقوق الانسان، وأرى أنه كان بالإمكان أن يذهب قاضي الصلح أكثر من ذلك بأن يطبق رقابة الامتناع<sup>21</sup> من خلال الحكم بالامتناع عن تطبيق الفقرة 5 من المادة 389 من قانون العقوبات.

يلاحظ من خلال هذا أن القضاء له مهمة واضحة في الإشراف والرقابة على الإجراءات الماسة بحرية الانسان الشخصية، وهذه المهمة تعتبر مبدأ من مبادئ الأصول

20- محكمة صلح رام الله، الدعوى الجزائية رقم 2013/3438 بتاريخ 2013/9/3، منشورات المقتضي، وللمزيد حول حق المواطن بأن يدفع أمام قاضي الموضوع بعدم دستورية أو مدى دستورية القانون محل التطبيق أنظر:- طعيمة الجرف، القانون الدستوري ومبادئ النظام الدستوري في الجمهورية العربية المتحدة، 1964، ص 153، وكذلك، سليمان الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، دراسة مقارنة، 1988، ص 385 وما بعدها.

21- للمزيد حول رقابة الامتناع أنظر:- إحسان الفرجي، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، جامعة بغداد، 1990، ص 182، وكذلك، عز الدين الديناصوري و عبد الحميد الشوري، مرجع سابق، ص 25.

الشرعية الإجرائية، وهذا الإشراف القضائي يتأتى بالطرق التالية:

- **الطريقة الأولى:** تكون بالمباشرة الفعلية لبعض الإجراءات، كما هو الحال بممارسة الجهات القضائية صلاحياتها المحددة في القانون من خلال قيامها بإجراءات التحقيق الابتدائي كالقبض والتوقيف والاستجواب، وحيث إن هذه الإجراءات تمس مساساً مباشراً بالحرية الشخصية، فإنها تعتبر من صلب اختصاص وطبيعة القضاء نظراً لخطورتها، مما يقتضي معه ألا تباشر إلا من قبل الجهة القضائية التي تتمتع بالاستقلال والحيادة، بحيث تحول دون انحراف هذه الإجراءات عن طريقها المبين في نصوص القانون، وبالتالي ضمان حرية المتهم وعدم تجاوز مفهوم قرينة البراءة كعنصر من عناصر الشرعية الإجرائية<sup>22</sup>.
- **الطريقة الثانية:** تكون بواسطة رقابة القضاء على الإجراءات سواء تم ذلك بمراجعة الجهات القضائية ذات القرارات التي تصدر عنها من خلال الطعن في تلك الإجراءات لدى الجهات القضائية ذات الاختصاص، بما لها من حق في الإشراف على القرارات والإجراءات الصادرة من الجهات القضائية الدنيا، حيث يعرف هذا بمبدأ الرقابة على مشروعية الإجراءات الجزائية بما يضمن لها تحقيق الشرعية الإجرائية ذاتها.
- **الطريقة الثالثة:** تكون بواسطة المعارضة من خلال طلبات تقدم لمحكمة العدل العليا وفق نص الفقرة 3 من المادة 33 من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001 والتي نصت على أنه «تختص محكمة العدل العليا بالنظر فيما يلي...3 - الطلبات التي هي من نوع المعارضة في الحبس التي يطلب فيها إصدار أوامر الإفراج عن الأشخاص الموقوفين بوجه غير مشروع».

22 - للمزيد أنظر:- محكمة صلح رام الله، الدعوى الجزائية رقم 2013/3438، المرجع السابق.

## المحور الثالث: مدى موافقة إجراءات التوقيف الإداري لمبدأ الشرعية الإجرائية

في البداية لا بد لنا من توضيح أن التوقيف هو إجراء احتياطي من إجراءات التحقيق التي تتخذ في مواجهة الإنسان، حيث إن ذلك الإجراء يأخذ طابعاً تحفظياً، تكون الغاية المرجوة منه سعي السلطة صاحبة الاختصاص في التحقيق للمحافظة على سلامة ذلك التحقيق المنوط بها بموجب أحكام القانون، بحيث تعمل على تأمين الأدلة من أي عبث أو فساد، وهذا يدل بوضوح أن التوقيف بحد ذاته لا يعتبر إجراء تحقيق يهدف إلى التتقيب عن الأدلة وجمعها في سبيل الكشف عن الحقيقة.

هذا التوقيف يتم بمذكرة وردت أحكامها في قانون الإجراءات الجزائية<sup>23</sup>، وبالتالي فإن هذه المذكرة تأخذ طابع القرار القضائي ولا تأخذ طابع القرار الإداري، وبهذا فهي تخضع للرقابة والإشراف القضائي وليس الإداري، وهذا يعطي قرار التوقيف الصادر عن الجهة القضائية ذات الاختصاص، شرعية إجرائية إذا ما توافرت أيضاً خصائص تلك الشرعية التي سبق ذكرها.

كما أن هذا التوقيف وإن كان إجراءً سالباً للحرية، إلا أنه لا يكيف باعتباره عقوبة سالبة للحرية. كما هو الحال بالنسبة لعقوبة الأشغال الشاقة أو الاعتقال أو الحبس، ولكنه إجراء تحفظي مناط تقريره مصلحة التحقيق ومقتضياته، فالأصل ألا عقوبة إلا تنفيذاً لحكم قضائي بالإدانة واجب النفاذ وبحكم القانون، والتوقيف يعتبر استثناءً على هذا الأصل الذي بمقتضاه أن الإنسان يجب أن يكون حراً ترسيخاً لقرينة البراءة، والتي تعتبر أحد خصائص مبدأ الشرعية الإجرائية.

للجوء إلى التوقيف وعلى ضوء النصوص الناظمة له والغاية المرجوة منه شأنه

23- وردت تلك الأحكام في المواد (115-129) من قانون الإجراءات الجزائية.

جوازي، يحمل الطابع التقديري إذا اقتضت ضرورة التحقيق ذلك، بحيث يعمل بهذا الاجراء وفق ضوابط محددة دون تفول أو تسلط في استعمالها، ودون الخروج عن مقاصد المشرع من تقرير هذا الإجراء، حيث تقدر تلك الضرورة للتوقيف بقدرها اللازم لمصلحة التحقيق، فكل انحراف في استعمال هذا الإجراء يعتبر خروجاً على مبدأ الشرعية الإجرائية، فلا يكون هذا الاجراء إلا حيث تكون ضرورة التحقيق تقتضي ذلك، ولا يكون هنالك بديلا له، وهذا يقتضي أيضا إنهاء التوقيف فور زوال الأسباب التي استدعت اللجوء إليه.

التوقيف الإداري نجده يفترق للضمانات التي من خلالها تُكفل المحافظة على مبادئ دستورية راسخة، منها مبدأ تم بيانه في المادتين 11 و 14 من القانون الأساسي الفلسطيني واللذان قررتا أن الحرية الشخصية مصونة، حيث إننا نجد أن هذا التوقيف يفترق لمبدأ المشروعية.

نرى أن هذا التوقيف لا تتوافر فيه الضمانات التي من شأنها صون حرية الإنسان الشخصية، حيث إن هذا التوقيف يُخرق به أهم ضمان من ضمانات المحافظة على حرية الإنسان الشخصية، وهو أن يُعهد بأمر التوقيف لسلطة قضائية بوصفها الحارس الطبيعي لحقوق الإنسان، لما تتمتع به هذه السلطة من استقلال وحياد وكفاءة وموضوعية وحسن تقدير، بالإضافة لكونها سياج قانوني يضمن من خلاله سلامة وصحة اتخاذ هذا التدبير الخطير بعيداً عن التعسف والتفول في استعمال السلطة.

بالرجوع لما ورد في نص المادة 3 من قانون منع الجرائم رقم 7 لسنة 1954 نجد أنها منحت صلاحيات للجهات الإدارية بتوقيف من تدل ملامحه أو وجد في مكان عام أو خاص في ظروف تقنع المتصرف بأنه كان على وشك ارتكاب أي جرم أو المساعدة على ارتكابه، وكذلك من اعتاد اللصوصية أو السرقة أو حيازة الأموال المسروقة أو اعتاد حماية اللصوص أو إيواءهم أو المساعدة على إخفاء الأموال المسروقة أو التصرف فيها

أو كل من كان في حالة تجعل وجوده طليقاً بلا كفالة خطراً على الناس. وبالتالي اعتبر القانون أن من تتوافر في حقه إحدى الحالات المبينة فإنه يشكل خطراً على النظام العام، وبالتالي يوجد مبرر لصدور القرار الإداري القاضي بالتوقيف.

هذا النص فيه من السعة بما يتجاوز الحكمة التشريعية المرتبطة بمبادئ دستورية راسخة عمادها المادة (15) من القانون الأساسي الفلسطيني الناصة على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، فالنصوص الفضفاضة في قانون منع الجرائم تجعله غير واضح فيما يتعلق ببيان الفعل الإجرامي المعاقب عليه، حيث إن استخدام التعابير الفضفاضة في النص التجريمي تجعله مشوباً بعدم الدستورية.

بالتدقيق في الحالات الوارد ذكرها في قانون منع الجرائم نجد أن هذه الحالات لا بد وأن تقتصر بوجود مادي يعطي جهة الإدارة صلاحية في إصدار أمر التوقيف. وباستعراض أحكام المحاكم نجد أن محكمة العدل العليا الفلسطينية قد قررت أنه «وبالرجوع إلى النصوص القانونية فإننا نجد بأن المادة (11) من القانون الأساسي الواردة في الباب الرابع من القانون تحت عنوان الحقوق والحريات العامة قد نصت على أن 1 - الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مكفولة لا تمس. 2 - لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأي قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر قضائي وفقاً لأحكام القانون، ويحدد القانون مدة الحبس الاحتياطي، ولا يجوز الحجز أو الحبس في غير الأماكن الخاضعة للقوانين الصادرة بتنظيم السجون. والقانون الواجب التطبيق هو قانون الإجراءات الجزائية لسنة 2001 حيث حددت المادة 120 منه مدد التوقيف وإجراءاته ونصت الفقرة الرابعة من المادة المذكورة بأنه لا يجوز بأي حال أن تزيد مدة التوقيف المذكورة في هذه المادة على ستة أشهر وإلا يفرج عن المتهم ما لم تتم إحالته إلى المحكمة المختصة لمحاكمته، وفيما يتعلق بالمستدعي الذي تم توقيفه منذ 2002/1/11 وتم تجديد توقيفه آخر مرة بتاريخ 2002/1/27 ولمدة خمسة عشر

يوماً المبرز د/3 وبعدها لم يتم تجديد توقيفه وفقاً لما هو منصوص عليه في المادة (120) من قانون الإجراءات الجزائية مما يترتب عليه أن احتجاز وتوقيف المستدعي لا يتسند إلى أي إجراء قانوني، كما لم يتم التحقيق معه ولم تتم إحالته إلى أية محكمة مختصة بعد أن مضى على توقيفه ما يزيد على عشرة أشهر خلافاً لأحكام القانون. ويتدقيق المبرزين د/4 ود/5 نجد أن عضو لجنة التحقيق (المستدعي ضدها الثانية) نائب عام أمن الدولة وفي المبرز د/4 الموجه للنائب العام يقول «أود الإفادة أن العميد فؤاد حجازي الشوبكي غير مطلوب لنيابة أمن الدولة وأن التحقيقات لم تسفر عن توفر أية أدلة ضده». كما نجده يقول في المبرز د/5 الموجه إلى مساعد النائب العام وبالحرّف «أو الإفادة بأن كل ما قامت به لجنة التحقيق المشكلة بقرار رئاسي بشأن سفينة الأسلحة (كارين A) لم تسفر عن توفر أي دليل ضد العميد فؤاد الشوبكي، كما أن ما وصلنا من تحقيقات من الجانب الإسرائيلي في الموضوع نفسه لم يتوفر منها أي دليل يمكن الاستناد إليه لإدانة العميد فؤاد الشوبكي أو بثبوت قيام أي علاقة له بموضوع السفينة أو أي نوع من الأسلحة». وعلى ضوء ما تقدم فإننا نجد بأن توقيف المستدعي يخالف القانون واستمرار التوقيف بالرغم من عدم وجود تهمة ضده يشكل انتهاكاً لحقوقه التي نص عليها الدستور، كما أن استمرار توقيفه دون أن يتم التحقيق معه ودون أن تتم إحالته إلى محكمة مختصة يخالف ما نصت عليه المادة (120) من قانون الإجراءات الجزائية لسنة 2001 مما ينبنى عليه أن الدفع بعدم قبول الدعوى غير وارد والقرار المطعون فيه مخالف للقانون حقيقةً بالإلغاء<sup>24</sup>.

محكمة العدل العليا الأردنية في صدد بحثها الوجود المادي للوقائع التي تعطي جهة الإدارة صلاحية إصدار أمر التوقيف، بينت وجوب أن يبني القرار الإداري الصادر بالتوقيف على وقائع صحيحة وثابتة، وتطبيقاً لذلك قضت أنه ونظراً لانتفاء الواقعة

24- حكم محكمة العدل العليا الفلسطينية في القضية رقم 2002/8 الصادر بتاريخ 2002/12/10، وكذلك حكم محكمة العدل العليا في القضية رقم 2002/189 (عدل عليا غزة) بتاريخ 2003/5/17.

التي بني عليها القرار فإنها قررت إلغاء القرار الإداري القاضي بتوقيف أحد الأشخاص بقولها ".... القرار الإداري يجب أن يستند إلى أساس واقعي سليم... وإن الأمر الذي أصدره وزير الداخلية بتوقيف شخص لأجل غير مسمى بحجة أنه سلك سلوكاً يتعارض ومصصلحة الأمن العام مع أن هذا الشخص محكوم بموجب قانون مقاومة الشيوعية وموجود في السجن لم يطلق سراحه ولم يتم مدة محكومتيه جدير بالإلغاء لأنه لا يستند إلى أساس واقعي سليم"<sup>25</sup>، بمعنى أنه إذا بني القرار الإداري الصادر بالتوقيف على وقائع غير موجودة أو غير صحيحة، فإنه يكون - والحالة هذه - مخالفًا للقانون. وقضت أيضا ".... لم نجد في اضبارة المستدعي ما يشير إلى صحة الوقائع المادية التي أسندت إليه.. ولهذا وحيث إنه يشترط لصحة القرار الإداري أن يكون مؤسسا على وقائع صحيحة لا على مجرد الشكايات و الشائعات و أن يكون تقدير هذه الوقائع على أساس سليم"<sup>26</sup>. وتضيف في حكم آخر ".... بأنها لم تجد فيما أوردته النيابة العامة من أدلة ما يثبت إن المستدعيين يعتنقان الشيوعية أو إنهما قاما بالدعاية لها، إذ كل ما جاء بهذا الخصوص لا يخرج عن دائرة الشبهات التي لا يبنى عليها حكم..... فإذا لم تتوافر مثل هذه البيانات فإن القرار الإداري يكون حقيقيا بالإلغاء لأنه لا يقوم على أساس سليم..."<sup>27</sup>.

وقضت كذلك ".... إذا لم يكن توقيف المستدعي لغرض تأمين السلامة العامة والدفاع عن المملكة وإنما من أجل الضغط عليه ليقوم بتسليم السائق -الذي أوقع حادث الصدم- للسلطات الأردنية وحمل أصحاب الشركة مالكة السيارة الصادمة على

25- حكم محكمة العدل العليا في القضية رقم 12/1955 ، مجلة نقابة المحامين لسنة 1955 ، ص 368 .

26- حكم محكمة العدل العليا في القضية رقم 58/1953 ، مجلة نقابة المحامين لسنة 1954 ، ص 74 .

27- حكم محكمة العدل العليا في القضية رقم 57/953 ، مجلة نقابة المحامين لسنة 1954 ، ص 139 ، وقررت المحكمة الإدارية العليا المصرية نفس الاتجاه، إذ تجد عدم كفاية الشبهات لتأسيس قرار الاعتقال، انظر : حكمها الصادر بتاريخ 1985/5/7 ، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة السنة القاضية 30 ، ص 1038 ، انظر كذلك د. محمد حسنين عبد العال، الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991 ، ص 38-40 .

مصالحة ذوي ضحايا هذا الحادث فإن قرار التوقيف يكون غير مستند إلى أساس سليم...<sup>28</sup>. وإنه لا بد من وجود وقائع كافية لدى الإدارة ، عند صدور قرار التوقيف ، تتبى بأن هذا الشخص يشكل خطرا على الأمن العام . وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية " ... ولئن كان لا يشترط في النشاط الذي يضاف على القائم به حالة من الاشتباه أو الخطورة على الأمن و النظام العام أن يكون سابقا على الاعتقال مباشرة، لأنها حالة تقوم في الشخص بماضيه البعيد و القريب على السواء، إلا أنه ينبغي أن تكون هذه الحالة قائمة بالشخص وقت صدور قرار الاعتقال ، فلا يمكن التسليم بأن من قامت به هذه الحالة في وقت معين يفترض أن تستمر معه إلى ما لا نهاية ، ويكون عرضة للاعتقال كلما أعلنت حالة الطوارئ ، وإنما يتعين أن تتوافر الدلائل الجدية على استمرار الحالة المذكورة به وبوقائع جديدة تكشف عنها...<sup>29</sup>.

باستعراض هذه الأحكام نجد أن ما قرر من مبادئ يكون مقبولا في ظل قانون يسمح بذلك شرط أن لا يكون مخالفا للدستور، والقول بأن هذه المبادئ التي قررتها محكمة العدل العليا والقياس عليها فيه ضمانه لحقوق الانسان ومنعا لتغول السلطات الادارية في استعمال سلطاتها في التوقيف أمر لا يشكل ضمانه أكيدة لحماية الإنسان و صون حريته، خاصة وأننا لاحظنا مدى تعسف الإدارة في قرارات التوقيف التي قضت محكمة العدل العليا مثلا بإلغائها، وذلك على فرض وجود قانون يسمح للإدارة باتخاذ مثل هذا الاجراء.

هذا الأمر لا يمكن التسليم به في فلسطين، فالسلطات الادارية التي تمتلك إصدار قرار التوقيف تتمثل بالمحافظ استنادا للمادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 22 لسنة 2003 بشأن اختصاصات المحافظين، وذات الصلاحية قررت بموجب قانون منع

28- حكم محكمة العدل العليا في القضية رقم 68/1984، مجلة نقابة المحامين لسنة 1984، ص 1163.

29- حكم محكمة الإدارية العليا المصرية، الصادر بتاريخ 12/3/1985، الموسوعة الإدارية الحديثة، ج 13، قادة رقم (84)، إعداد حسن الفكهاني، القاهرة ، ص 130.

الجرائم التي منحت للمحافظ صلاحية القبض و التوقيف على كل من وجد في مكان عام أو خاص في ظروف تمنع المتصرف بأنه كان على وشك ارتكاب أي جرم أو المساعدة على ارتكابه، أو من اعتاد اللصوصية أو السرقة أو حيازة الأموال المسروقة أو من اعتاد حماية اللصوص أو إيوائهم أو المساعدة على إخفاء الأموال المسروقة أو التصرف فيها، أو من كان في حالة تجعل وجوده طليقاً بلا كفالة يشكل خطراً على الناس<sup>30</sup> .

وبالتدقيق في قانون منع الجرائم رقم 7 لسنة 1954 نجد أن تطبيقه يقتصر فقط على المتصرفين و محافظ العاصمة دون غيرهم، بحيث لا يملك باقي المحافظين صلاحية التوقيف، إعمالاً لصراحة نص المادة (2) من ذات القانون التي نصت على اشتغال لفظة (المتصرف) محافظ العاصمة، ولا يوجد نص آخر يخول الحكام الإداريين صلاحية التوقيف، وبالرجوع لنصوص المرسوم الرئاسي رقم 22 لسنة 2003 نجد بأنه وفي حدود المادة 5 منه قد نص على أنه ” يتولى المحافظ ممارسة الاختصاصات والسلطات التالية: 1- الحفاظ على الأمن العام والأخلاق والنظام والآداب العامة والصحة العامة وحماية الحريات العامة وحقوق المواطنين“ ولكن ذات المرسوم لم يبين للمحافظ ما هي الوسائل التي له أن يتخذها في سبيل ذلك. ونرى أننا هنا أمام فرضيتين تتمثلان فيما يلي:

1. الفرضية الأولى وهي أن تقرأ المادة 5 من المرسوم الرئاسي بدلالة المواد الواردة في قانون منع الجرائم، وفي هذه الحالة لا يجوز إلا لمحافظ العاصمة فقط أن يمارس صلاحية التوقيف دون غيره وضمن نطاق اختصاصه المكاني، على اعتبار أن هذه الصلاحية حددت حصراً له دون غيره من المحافظين.
2. الفرضية الثانية وهي أن يقرأ المرسوم الرئاسي دون دلالة قانون منع الجرائم، وفي هذه الحالة فإن التوقيف من قبل المحافظ هو استثناء على القواعد

30- المواد (3) و (4) و (8) من قانون منع الجرائم رقم (7) لسنة 1954.

الأصلية التي لا تعطي المحافظ صلاحية التوقيف، وحيث إن الاستثناء يحتاج إلى نص صريح، وحيث لا يوجد هذا النص فإنه لا يكون للمحافظ وفي تطبيقه لنص المادة 5 من المرسوم الرئاسي أي صلاحية في التوقيف. هذا بالإضافة إلى أن المادة 5 من المرسوم الرئاسي والتي صيغت على إطلاقها فيها مخالفة لما ورد من تحديد في قانون منع الجرائم من حيث حصر الاختصاص في محافظ العاصمة دون غيره.

وبالتالي فإن ما يقوم به المحافظون - غير محافظ العاصمة- فيه مخالفة صريحة لقانون منع الجرائم وكذلك المادة (11) من القانون الأساسي الفلسطيني التي حظرت التوقيف إلا وفقاً لأحكام القانون، ومع ذلك يستمر المحافظون (الحكام الإداريون) بممارسة التوقيف الإداري مستندين في ذلك لقانون منع الجرائم رقم 7 لسنة 1954، والذي يختلف في أحكامه عن قانون منع الجرائم الملغى لسنة 1927، والذي كان يجيز لكافة الحكام الإداريين إصدار قرارات التوقيف دون أي استثناء<sup>31</sup>.

إن قانون منع الجرائم رقم 7 لسنة 1954 وكذلك المرسوم الرئاسي رقم 22 لسنة 2003 يشكلان مخالفة دستورية واضحة من حيث مخالفتها لأحكام المواد 10 و 11 و 12 و 14 من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل، باعتبار أن ما ورد فيها يشكل مبادئ دستورية راسخة يجب احترامها، وأن كل تشريع أو إجراء يخالفها يكون مشوباً بعيب دستوري واضح وجلي. خاصة وأن الشرعة الدولية أيضاً أكدت في عدد من نصوصها على ضرورة احترام حقوق الإنسان، وأن تلك الشرعة الدولية قد أصبحت وبعد انضمام فلسطين للعديد من الاتفاقيات والمواثيق الدولية واجبة التطبيق في فلسطين.

فالتطبيق العملي لأحكام القانون رقم 7 لسنة 1954 يتضمن مساس واضح بالحرية الشخصية والتي كما بينا سابقاً لا يجوز أن تتخذ إلا من جهة قضائية ذات اختصاص.

31 - المواد (9) و(10) من قانون منع الجرائم رقم لسنة 192، والذي الغي بموجب قانون منع الجرائم رقم (7) لسنة 1954.

هذا بالإضافة لكون القانون يمنح صلاحية واسعة من خلال عباراته الفضفاضة للحكام الاداريين، كما يمنحهم صلاحيات قضائية فيها اعتداء صارخ على اختصاص السلطة القضائية<sup>32</sup>.

كما أن القانون لم يحدد مدة للتوقيف أو ضبطها بحد أعلى، حيث نصت المادة (8) على أنه « إذا تخلف الشخص الذي صدر قرار بتكليفه أن يعطي تعهداً بمقتضى الفقرة (2) من المادة (5) عن تقديم التعهد في التاريخ الذي تبدأ فيه المدة المشمولة بقرار إعطاء التعهد يسجن، وإن كان مسجوناً يبقى إلى أن يقدم التعهد المطلوب أو تنقضي المدة المضروبة في قرار إعطاء التعهد"، بالإضافة لما ورد في المادة (11) والتي نصت على أنه "1. يجوز لأي كفيل كفل آخر ليحافظ على الأمن أو ليكون حسن السيرة أن يقدم طلباً إلى المتصرف لإلغاء الكفالة التي أعطاها وعندئذ يصدر المتصرف مذكرة حضور أو مذكرة قبض إلى الشخص المكفول حتى إذا ما مثل أمامه يلغي تلك الكفالة ويأمره بتقديم كفالة جديدة عن المدة الباقية فإذا لم يقدم هذه الكفالة يسجن إلى أن يقدمها أو تنقضي مدة الكفالة. 2- إذا رأى المتصرف أن الكفيل الذي كفل شخصاً آخر ليكون حسن السيرة أو ليحافظ على الأمن قد أصبح غير أهل للكفالة فيجوز له أن يكلف الشخص المكفول أن يقدم كفيلاً آخر بدلاً من ذلك الكفيل بالصورة نفسها ومع مراعاة الشروط عينها وأن يلغي الكفالة السابقة إذا لم يقم المكفول بذلك خلال المدة المضروبة".

ومما يعتبر أيضاً إمعاناً في مخالفة الشرعية الاجرائية والجنائية أن مجرد الاشتباه يشكل سبباً لاتخاذ اجراءات ماسية بحرية الفرد في المجتمع، حيث إن ما جاء في المادة (5) من ذات القانون وتحديداً في الفقرة (ب) التي تنص على أنه "ليس من الضروري في الإجراءات التي تتخذ بمقتضى هذا القانون بإثبات أن المتهم ارتكب فعلاً معيناً أو

32- المواد (12، 13، 14) من القانون رقم 7 لسنة 1954.

أفعالاً معينة". ما ورد في هذه الفقرة لا يمكن أن يقرأ في ظل نصوص القانون الاساسي الفلسطيني الناصّة على ترسيخ مبادئ حقوق الانسان والمحافظة على حريته وكرامته. إضافة لذلك، فإنه وفي إقرار التوقيف الإداري يكون هنالك تغول واضح من السلطات الإدارية على السلطات القضائية في الدولة التي أنيط بمحاكمها الجزائية صلاحية التوقيف وفقاً لقانون الإجراءات الجزائية، الذي بموجبه تتوافر لإجراء التوقيف الشرعية الإجرائية<sup>33</sup>، والتي نرى وبعد دراستها أنها لا يمكن أن تتوافر للتوقيف الإداري، حيث سبق وأن بينا في هذه الدراسة عناصر تلك الشرعية التي لا يمكن أن يتصف بها التوقيف الإداري لمخالفته الصريحة مبادئ دستورية واضحة وراسخة، خاصة وأن المادة 119 من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل أكدت على أنه «يلغى كل ما يتعارض مع أحكام هذا القانون الأساسي المعدل»، وحيث تبين لنا معارضة قانون منع الجرائم رقم 7 لسنة 1954 و المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 22 لسنة 2003 القانون الأساسي الفلسطيني فإنه بذلك يكون حرياً بأن تنطبق أحكام المادة 119 من القانون الأساسي المعدل واعتبارهما مشوبان بعيب دستوري مُلغى لوجودهما .

---

33- حكم محكمة العدل العليا الفلسطينية في القضية رقم 2002/8 الصادر بتاريخ 2002/12/10، وللمزيد انظر: حكم محكمة العدل العليا الفلسطينية في القضية رقم 2008/104 الصادر بتاريخ 2008/6/2 وكذلك حكم محكمة العدل العليا الفلسطينية في القضية رقم 2005/110 الصادر بتاريخ 2005/10/15، وكذلك حكم محكمة العدل العليا الفلسطينية في القضية رقم 2005/14 الصادر بتاريخ 2005/10/6، وكذلك حكم محكمة العدل العليا الفلسطينية في القضية رقم 2005/191 الصادر بتاريخ 2005/10/30.

## الخلاصة:

احترام القانون في الدولة يُشكل مظهر من مظاهر السيادة، ويعزز ثقة المواطن برواسخ العدالة، هذه الرواسخ التي تمثل المبادئ الدستورية عمادها واجبة الاحترام والتطبيق، حتى يصار للقول بأن المواطن يتمتع بحقوقه في ظل مجتمع يسوده القانون. هذا التمتع يجب أن يكون مكفول بضمانات حقيقية تمنع تغول السلطات على حقوقه وتضمن له العيش بكرامة مصونة. وهذا لا يتأتى وتطبيق قانون فيه مخالفة وموسوم بعبء دستوري واضح وجلي، كما هو الحال فيما يتعلق بقانون منع الجرائم رقم 7 لسنة 1954 و المرسوم الرئاسي رقم 22 لسنة 2003، حيث نرى أن كل منهما حري بالإلغاء بموجب المادة 119 من القانون الأساسي الفلسطيني والعديد من المبادئ الدستورية الراسخة، وكذلك لعدم توافقهما مع مبادئ الشريعة الدولية خاصة فيما يتعلق بالتوقيف الإداري، الذي نرى أن فيه تعسف وتغول من جهة الإدارة في حق المواطن. كما أنه لا يمكن تبرير حق الإدارة في المساس بحرية الأشخاص وحقوقهم الأساسية على سند من القول الحفاظ على الأمن العام، فالأمر من المسلمات فيما يتعلق بواجب الدولة أن تقوم برعاية حقوق الفرد وحرية الشخصية، تجسيدا للمبادئ الدستورية التي تكون الدولة قد اعتمدها في دستورها، وأسقطها المشرع على التشريعات الوطنية.

هذا ويمكن أن نلخص نتائج هذه الدراسة فيما يلي:-

1. التوقيف الإداري يفتقر للضمانات التي من خلالها تُكفل المحافظة على مبادئ دستورية راسخة، منها مبدأ تم بيانه في المادتين 11 و 14 من القانون الأساسي الفلسطيني واللذان قررتنا أن الحرية الشخصية مصونة، حيث إننا نجد أن هذا التوقيف يفتقر لمبدأ المشروعية.
2. نص المادة 3 من قانون منع الجرائم فيه من السعة بما يتجاوز الحكمة التشريعية المرتبطة بمبادئ دستورية راسخة عمادها المادة (15) من القانون

الأساسي الفلسطيني الناصلة على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، فالنصوص الفضاضة في قانون منع الجرائم تجعله غير واضح فيما يتعلق ببيان الفعل الإجرامي المعاقب عليه وتجعله مشوباً بعدم الدستورية. كما أنها غير محددة بشكل واضح وفق معايير قابلة للقياس.

3. المبرر الأساسي الذي تسوقه الإدارة في سبيل تبريرها للتوقيف هو المحافظة على النظام العام. ولكن هذه الفكرة وان كانت تجد قبولا عند بعض فقهاء القانون الإداري، إلا أنها يجب أن لا تصل في تبرير وجودها إلى حد يخرق به مبادئ راسخة شرعت من أجل المحافظة على حقوق الإنسان.

4. إجراء التوقيف يجب أن يكون موسوما بالشرعية الإجرائية القائمة على قرينة البراءة، بحيث تحدد هذه القرينة نطاق أي إجراء جزائي، وتمثل ضابطاً لكيفية اتخاذ هذا الإجراء، فقرينة البراءة تضمن حرية الإنسان الشخصية تحقيقاً لمبدأ الشرعية الإجرائية.

5. افتراض براءة المتهم كقاعدة دستورية واجبة التطبيق، ومبدأ قانونية الإجراءات الجزائية لا يكفيان وحدهما لتحقيق مبدأ الشرعية الإجرائية، بل لا بد وأن يكون للقضاء رقابة على تطبيق هذه المبادئ، إذ بالرقابة القضائية يكون للإنسان الوسائل القانونية اللازمة لضمان احترام مبدأ الحرية الشخصية من أي خطر يتهده.

6. إن قانون منع الجرائم رقم 7 لسنة 1954 وكذلك المرسوم الرئاسي رقم 22 لسنة 2003 يشكلان مخالفة دستورية واضحة من حيث مخالفتها لأحكام المواد 10 و 11 و 12 و 14 من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل.

7. التوقيف الإداري فيه مخالفة صريحة لمبادئ دستورية واضحة وراسخة، وإعمالاً للمادة 119 من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل التي نصت على

أنه ” يلغى كل ما يتعارض مع أحكام هذا القانون الأساسي المعدل“، وحيث تبين لنا معارضة قانون منع الجرائم رقم 7 لسنة 1954 والمادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 22 لسنة 2003 القانون الأساسي الفلسطيني، فإنه بذلك يكون حرياً بأن تنطبق أحكام المادة 119 من القانون الأساسي المعدل واعتبارهما مشوبان بعيب دستوري مُلغى لوجودهما .

8. قانون منع الجرائم لا يتوافق وتوجهات دولة فلسطين ضمن المعايير القانونية التي تضمنتها المواثيق الدولية التي انضمت لها دولة فلسطين ومنظمات حقوق الانسان بالمقارنة مع ما ورد من صلاحيات في قانون منع الجرائم والمرسوم الرئاسي رقم 22 لسنة 2003 .

## المراجع باللغة العربية

1. إبراهيم حامد طنطاوي، الحبس الاحتياطي، دراسة لنصوص التشريعي المصري والفرنسي وبعض التشريعات العربية، دار الفكر الجامعي.
2. إحسان المفرجي، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، جامعة بغداد، 1990.
3. أحمد الخالدي، الأسس الدستورية للنظام السياسي الفلسطيني، ط1، فلسطين، 2005.
4. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، 2000 .
5. احمد فتحي سرور، الشرعية الاجرائية الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975.
6. توفيق نظام المجالي، الضوابط القانونية لشرعية التوقيف، دراسة مقارنة في التشريع الجزائري الأردني، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد الخامس ، العدد 2، جامعة مؤتة، 1990.
7. جميل يوسف قدورة، نطاق الشرعية الاجرائية في الظروف الاستثنائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1987.
8. حسن صادق المرصفاوي، حقوق الانسان في الاجراءات الجنائية في مرحلة ما قبل المحاكمة في النظام القانوني المصري، تقرير مقدم للمؤتمر الثاني للجمعية المصرية للقانون الجنائي، المعهد الدولي العالي للعلوم الجنائية، الاسكندرية، 1988.
9. رمضان محمد بطيخ، الوسيط في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
10. سليمان الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، دراسة مقارنة، 1988.
11. السيد صبري، مبادئ القانون الدستوري، ط1، مطبعة النصر، مصر، 1940.
12. صلاح الدين فوزي، واقع السلطة التنفيذية في دساتير العالم " مركزية السلطة المركزية"، دار النهضة، 2002-2003.
13. طعيمة الجرف، القانون الدستوري ومبادئ النظام الدستوري في الجمهورية العربية المتحدة.
14. عبد الحكيم فوده، بطلان القبض على المتهم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
15. عبد الستار سالم الكبيسي، ضمانات المتهم قبل واثاء المحاكمة " دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة.
16. عبد الغني بسيوني عبد الله ، القانون الإداري، منشأة المعارف ، الاسكندرية، 2005 .
17. عز الدين الديناصورى و عبد الحميد الشوربي، الدعوى الدستورية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2002.

18. عزيزة الشريف، دراسات في التنظيم القانوني للنشاط الضبطي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.
19. علي خطار شطناوي، الوجيز في القانون الإداري، ط1، دار وائل للنشر، عمان، 2003.
20. عمر حلمي فهمي، الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة في النظامين الرئاسي والبرلماني، دراسة مقارنة، ط1، دار الاتحاد العربي للطباعة، مصر.
21. عمرو واصف الشريف، النظرية العامة في التوقيف الاحتياطي، الطبعة الأولى، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004.
22. فؤاد العطار، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973.
23. فكري عبد الفتاح الشهاوي، ضوابط الحبس الاحتياطي، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2003.
24. مجدي محب حافظ، الحبس الاحتياطي، الطبعة الثانية، النسر الذهبي للطباعة، عابدين، 1998.
25. محمد حسنين عبد العال، الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.
26. محمد سعيد نمور، أصول الإجراءات الجزائية، شرح لقانون أصول المحاكمات الجزائية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.
27. محمد شريف إسماعيل عبد المجيد، سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1979.
28. محمد عبد الله محمد المر، الحبس الاحتياطي، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2006.
29. محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري المصري والمقارن، الجزء الأول (السلطة الإدارية)، مطبعة نصر، القاهرة، 1958.
30. ياسين عمر يوسف، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار ومكتبة الهلال للطباعة والنشر، بيروت، 1996.

## المراجع باللغة الفرنسية

- A. JOEL, La prise en compte de la Convention européenne des droits de l'homme par le Conseil constitutionnel, continuité ou évolution, Les cahiers du Conseil constitutionnel, n°18, 2005.
- D. OLIVIER, Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Dalloz 2007.
- F. DEBOVE, F. FALLETTI et T. JANVILLE, Précis de droit pénal et de procédure pénale, PUF, 4ème édition.
- G. BRUNO, Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé(à propos de la décision n°2004-496 DC du 10 juin 2004), RFDA 2003 .
- J. BUISSON, Les présomptions de culpabilité, Procédures, 1999, chron. n° 15.
- J. CLAUDE, A propos du Conseil constitutionnel, Revue de Droit Public 125/2009 n°3 - 2009, p. 591-601.
- J. RIDEAU, Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité : les orphelins de la pyramide, dans Revue de Droit public 125/2009 n°3-2009.
- M. XAVIER, La sanction de la primauté de la Constitution sur le droit communautaire par le Conseil d'Etat : commentaire sous Conseil d'Etat, Assemblée, 8 février 2007, Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres, RFDA, mai juin 2007.
- P. ROGER, Institutions judiciaires, Montchrestien, Domat droit privé, 13e édition, 2008, Paris.
- R. DOMINIQUE, La question préjudicielle de constitutionnalité : un big bang juridictionnel ?, Revue de Droit Public, 125/2009 n°3-2009.
- R. JEROME, L'abandon de la jurisprudence IVG : une question d'opportunité ou de logique, Revue de Droit Public 125/2009 n°3-2009 .
- R. MERLE et A. VITU, Traité de droit criminel, tome II, Procédure pénale, n° 148.
- S. DETRAZ, La prétendue présomption d'innocence, Dr. pén. 2004.
- Y. MAYAUD, Entre le dit et le non-dit, ou les leçons de droit pénal du Conseil constitutionnel, D. 1999.



