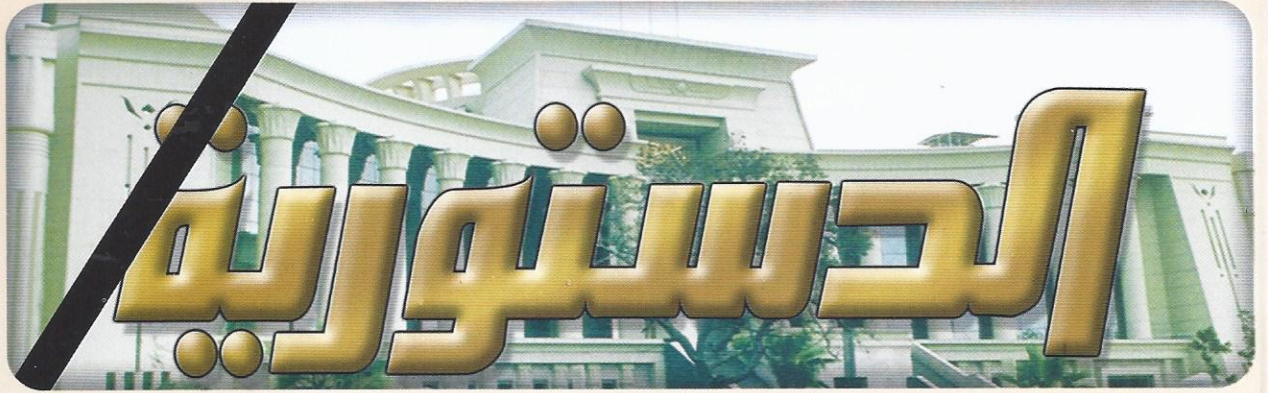




إبريل - 2022

السنة العشرون

العدد الثلاثون



افتتاحية العدد

المستشار سعيد مرعي عمرو .. اسم في وجدان المحكمة

بقلم: رئيس التحرير

- **الحق والعدل في يقين المحكمة** ◆ المستشار بولس فهمي
- **الدستورية العليا** ◆ الماضي وثغرات الحاضر أ.د. فتحي فكري
- **منهج المجلس الدستوري الفرنسي في الحكم** ◆ **تغيير المناخ** أ.د. محمد عبداللطيف
- **بدستورية قانون** ◆ **مدى دستورية التحفظ على الأشخاص** أ.د. أشرف شمس الدين
- **أوجه الطعن بعدم الدستورية وآليات** ◆ **ضوابط دستورية الجزاء الضريبي في قضاء** أ.د. شعبان رمضان
- **الرقابة الشاملة** ◆ **الخطاب الديني** أ.د. أحمد عبد الظاهر
- **دور القاضي الدستوري في تجديد** ◆ **القيمة الدستورية للصياغة القانونية الجيدة** أ.د. أشرف شمس الدين
- **الخطاب الديني** ◆ **نظرة على تحديد الوثيقة المتخذة مرجعية** أ.د. أحمد ربحان
- **القيمة الدستورية للصياغة القانونية الجيدة** ◆ **للرقابة الدستورية** أ.د. أشرف شمس الدين

عرض رسالة
دكتوراه:
القيود التي ترد على حرية القاضي في التعبير وإبداء الرأي المخالف
المستشار د. طارق عبد القادر

داخل العدد .. الملف القضائي .. النصوص الكاملة للأحكام الدستورية

الأحكام الموضوعية التي فصلت فيها المحكمة خلال الفترة من 1/11/2021 حتى 30/4/2022 حسب تاريخ الحكم

مدى دستورية التحفظ على الأشخاص في غير حالات التلبس

بقلم الأستاذ الدكتور: أشرف توفيق شمس الدين

أستاذ القانون الجنائي - وكيل كلية الحقوق - جامعة بنها



الإرهاب؛ لأن ذلك سيؤدي إلى تشجيعهم على ارتكاب المزيد منها^(٣). وأنه في سبيل مكافحة هذه الجرائم يمكن الخروج على القواعد القانونية المستقرة التي تتصل بالشرعية الإجرائية، بالانتقاص من ضمانات وحقوق الأفراد في مرحلتى الاتهام والمحكمة، ومن بينها قلب عبء الإثبات، فبدلاً من التمسك بقريضة البراءة التي توجب إثبات التهمة في حق المتهم؛ فإن المتهم بهذه الجرائم هو الذي يجب عليه إثبات براءته، فيصبح الأصل فيه هو الإدانة، لا البراءة، أى أن يفترض براءته إلى أن يثبت هو العكس^(٤). كما أنه بدافع مكافحة وقوع هذه الجرائم فإنه يكفى توافر مجرد الدلائل أو الشبهات على ارتكاب الجريمة أو حتى على مجرد الخطر في وقوعها، وذلك لتقييد حرية الشخص والتحفظ عليه، دون أن يسمى ذلك قبضاً.

ويرى البعض أنه يجب أن تختط السياسة الجنائية في مكافحة الجرائم وبخاصة الجسيم منها طابعاً قوامه التشدد، وما يبرر هذه الخطة - في نظرهم - هو خطورة هذه الجرائم والآثار المترتبة عليها. وأنه في سبيل مواجهتها يجوز التضحية ببعض ضوابط التجريم ووضع قيود على الحريات. وأنه لا مجال للحديث عن الحقوق والحريات؛ لأن الجاني فيها ينال بالإيذاء هذه الحقوق، وأن الجاني قد ألحق الإيذاء بحقوق المجنى عليهم الذين أصابت أفعاله حياتهم وسلامتهم وحريتهم الشخصية؛ بل وقد ذهب بعض أنصار هذا الرأي إلى أن الجاني في هذه الجرائم الجسيمة لا يستحق استفادته بالقواعد العامة للرأفة التي تتيح للقاضي تخفيف العقوبة^(٥). وأنه لا مبرر للتساهل مع الجناة في الجرائم وبخاصة الجسيم منها كجرائم

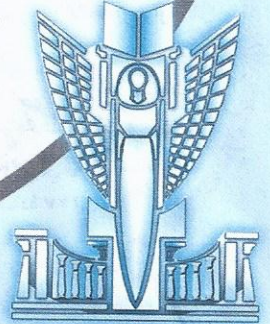
تعد مشكلة التوفيق بين العدالة، التي هي مقصد أساسى للتشريع، وبين الأمان والاستقرار الذى يجب أن يكفله القانون للناس فى المجتمع، واحدة من أهم المشكلات التى واجهت الفلسفة القانونية المعاصرة^(١)، فلا يجب على القانون أن يضحي بالاستقرار والأمان لتحقيق العدالة المجردة؛ لأن الوصول إلى هذه العدالة ينبغى ألا يكون على حساب أمان الناس وحرمااتهم.

(1) GUSTAV RADBRUCH: Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in Recht und Moral. Texte zur Rechtsphilosophie, herausgegeben von NOBERT HOERSTER, 1977, S. 42 ff.

(2) الدكتور محمد عبد اللطيف: جريمة الإرهاب (دراسة مقارنة)، 1994، ص 157.

(3) الأستاذ السيد أبو مسلم: اتجاهات في الإرهاب الدولي، مجلة الأمن العام - ع 91 س 23 أكتوبر 1980، ص 90.

(4) انظر في تأييد هذه الوجهة: الدكتور هدى حامد قشقوش: الجريمة المنظمة، 2000، رقم 61، ص 64-65؛ الدكتور صبرى محمد السنوسى محمد: وسائل سلطة الضبط الإدارى في مكافحة الجريمة المنظمة والرقابة القضائية عليها، دراسة مقدمة إلى المؤتمر العلمى الثانى الذى عقدته كلية الحقوق بجامعة بنها فى موضوع مكافحة الجريمة المنظمة، وذلك فى الفترة من 19-20 إبريل سنة 2005، ص 5؛ وانظر أمثلة لتشريعات جعلت عبء الإثبات فى جرائم المخدرات وغسل الأموال على عاتق المتهم: الدكتور شريف سيد كامل: الجريمة المنظمة فى القانون المقارن، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية 2001، رقم 133، ص 221-223.



وفي تقديرنا أن الضرر الذي ينتج من هذه النظرة السابقة أكبر من نفعه؛ فالتمسك بأصول الشرعية الجنائية في مجال التجريم والعقاب وفي مجال الحفاظ على الحريات هو أمر يتصل بأصول الدولة القانونية. وضابط التمييز بين دولة القانون ودولة الاستبداد إنما يكون بالنظر إلى تصرف الدولة تجاه مواطنيها، وذلك من خلال ما تصدره من قوانين جنائية استناداً إلى سلطتها⁽⁵⁾.

ولا يجوز للدولة أن تلجأ في مواجهة الخروج على القانون بخروج مماثل؛ لأن من شأن ذلك أن ينال من شرعيتها. ومن الأصول المقررة أن مخالفة المرء للقانون، لا تجعله بمنأى عن حماية هذا القانون. فإذا لجأت سلطة الدولة إلى الخروج على الشرعية في مواجهة ظاهرة إجرامية معينة؛ فإن ذلك مؤداه احتمال مؤاخذه البريء والمذنب، إذ سيصعب رسم الخط الفاصل بين ما يعتبر فعلاً مجرمًا، وبين ما يخرج عن هذه الأفعال. وهو ما ينطوي على مساس خطير بحريات الناس الأمر الذي يؤدي إلى إيقاف حركة المجتمع وتعطيل الحياة السياسية، وتهديد كافة الأنشطة الاجتماعية والاقتصادية والثقافية فيه.

وسوف يؤدي الخروج على الشرعية إلى المساس بأمن الأفراد؛ فإذا كانت الجرائم ولا سيما الجسيم منها ينال من هذا الأمن؛ فإن الخروج على الشرعية

الجنائية ينال منه بدرجة أكبر. ومن شأن المبالغة في السياسة التشريعية وعدم التزامها بضوابط الشرعية الجنائية والمعاملة المهينة التي قد يلقتها أن يفلق الطريق أمام هؤلاء للعودة إلى جادة الصواب؛ وأن يعمق لديهم الشعور بكرهية المجتمع وإلى اعتزاله، وإلى تأكيد فكرتهم السلبية عنه، وهو ما يؤدي إلى صعوبة اقتلاع هذه الأفكار ومواجهتها فيما بعد.

• وضوح النص الجنائي وفكرة اليقين التشريعي: هناك ضوابط مختلفة تضمن عدم انحراف السلطة التشريعية بسلطتها التقديرية. وعلى الرغم من أن هذه الضوابط قد حاول بعض الفقه ردها إلى نصوص الدستور، وأعملتها المحكمة الدستورية العليا في الكثير من أحكامها باعتبارها كذلك؛ فإن هذه الضوابط في حقيقة الأمر تقتضيها الرقابة على السلطة التقديرية في مجال التشريع، حتى ولو لم ينص عليها الدستور. ومن هذه الضوابط أن تتسم نصوص التشريع بالموضوعية، وأن تلتزم الغرض المخصص الذي رسم من أجله، وألا تتعارض على نحو واضح وصريح مع الدستور، وألا تنطوي على مساس جسيم بالحقوق والحريات⁽⁶⁾. ومما يتصل بفكرة الدولة القانونية أن تصاغ نصوص التشريع على نحو محدد وواضح ويخلو من الالتباس والغموض. فلا يجوز أن يكون النص الجنائي متعدد التأويلات، متسعاً

في صياغته على نحو يؤدي إلى عدم تحديد الغرض منه.

ومن الأصول المُسلم بها أنه على الدولة القانونية بحكم وظيفتها أن تحمي جميع المصالح القانونية، وهذه المصالح ليست مقصورة على مصلحة الدولة فقط؛ بل إنها تشمل أيضاً حقوق الفرد وحرياته، ولا يجوز إهدارها بدعوى المحافظة على مصلحة المجتمع؛ بل يجب التوفيق بين المصلحتين وعدم طغيان إحداها على الأخرى. والتوسع في التجريم يجب أن يلتزم فكرة الضرورة الاجتماعية ولا يجوز تجريم أفعال لا تصلح أن تكون محلاً للتجريم أو لا تنطوي على تهديد للمصلحة المحمية، كما لا يجوز أن تأتي نصوص التجريم متسعة العبارة، غامضة المعنى، مزدوجة الدلالة. ويجب أن تتسم نصوص العقاب بالتناسب مع جسامه الفعل المرتكب، وألا تنطوي على قسوة مبالغ فيها، أو تقيد سلطة القضاء في تقدير العقوبة وفي استعمال الرأفة. وتهتم النظم الاستبدادية بإعادة ترتيب نظامها الإجرائي الجنائي، وذلك من أجل منح سلطات الضبط والتحقيق والاثهام والإحالة سلطات واسعة في المساس بحقوق الأفراد وحرياتهم، كما أنها تلجأ إلى تقوية سلطة الدولة في المحاكمات الجنائية وتجريد الفرد من ضمانات حريته، فأصبح قانون الإجراءات الجنائية في هذه النظم أداة للسلطة، وليس أداة

(5) JUNGWIRTH (Rebecca): Rechtsstaat im Herbst? – Die Verteidiger-beschränkungen in den Terrorismusverfahren der 70er Jahre. 2004. <http://www.hausarbeiten.de/faecher/hausarbeit/p1525694/.html>.

(6) الدكتور عبدالرزاق السنهوري: مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة القضاة الفصلي، السنة 19، العدد الأول، يناير-يونيه 1986، ص 364.

لتوخي الحقيقة وإجراء محاكمة منصفة يتم فيها ضمان الحقوق والحريات^(٧).
ضابط المساس بالحرية الشخصية في الدستور؛

ارتفعت الدساتير المصرية المتعاقبة على اختلاف اتجاهاتها بفكرة الحرية الشخصية، وحرصت على تأكيد أهميتها، وارتفعت بأحوال المساس بها إلى مصاف القواعد الدستورية، فحصرت على نحو قاطع هذا المساس بارتكاب جريمة في حالة تلبس أو صدور أمر مسبب من القضاء المختص أو النيابة العامة. وتتصل حالة التلبس بارتكاب الركن المادى للجريمة على مشهد من مأمور الضبط، سواء أكان ذلك حقيقة بالرؤية المباشرة أم حكماً برؤية آثار الجريمة أو مرتكبها بعد وقوعها ببرهنة يسيرة، وارتكاب هذه الوقائع المادية التي تشكل الركن المادى للجريمة يسهل على سلطات التحقيق والمحاكمة التحقق منها وإقامة الدليل عليها. أما محض الظواهر النفسية التي لم يعبر عنها مادياً، أو مجرد الشبهات أو الدلائل التي يغلب عليها الظن؛ فإنه يكون من العسير المساس بالحرية الشخصية؛ استناداً إلى توافرها، فلا يمكن العقاب على ما لا يعرف. فماديات الفعل هي

التي تجعل من السهل الوقوف على حقيقة التهمة المسندة إلى المتهم، وتكفل قدرًا من الحماية من التهم الباطلة^(٨).
وجوب اتصاف نصوص التشريع بالوضوح والتجديد؛

وضع التشريع ليخاطب الناس جميعاً على اختلاف مداركهم وثقافتهم وأفهامهم، ولذلك كان من الواجب أن يتخير الشارع العبارة البسيطة السهلة الواضحة التي يفهمها كل الناس^(٩). «فلغة التشريع يجب أن تكون واضحة دقيقة. فاللغة المعقدة تجعل القانون مغلقاً، كما أن اللغة غير الدقيقة تجعل القانون مبهماً. ويجب أن يكون للتشريع لغة فنية خاصة به، يكون كل لفظ فيها موزوناً محدود المعنى. ولا يجوز أن يتغير معنى اللفظ الواحد باستعماله في ظروف مختلفة. كما أنه إذا عبر عن معنى بلفظ معين، وجب ألا يتغير هذا اللفظ إذا أريد التعبير عن هذا المعنى مرة أخرى. ولا يتنافى أن تكون لغة التقنين غنية وأن تكون بسيطة تنزل إلى مستوى الجمهور^(١٠). وتقتضى صفة التحديد أن كل قاعدة قانونية يجب أن تنطوي على حل لمشكلة يثيرها النص، فكل قاعدة تتضمن بالضرورة الإجابة على سؤال ورد بها، فإذا ورد السؤال

وانتفتت الإجابة عليه أو كانت هذه الإجابة غير وافية أو تسمح بالتأويل والاستنتاج كان النص غير محدد^(١١).

وتكتسب هذه الصفات أهمية كبيرة في نظر القانون الجنائي؛ ذلك أن هذا القانون يسوده مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الذي يوجب أن تتصف نصوص التجريم بالوضوح وأن تبعد عن الغموض والالتباس^(١٢). فلا يكفي أن ينص الشارع على إجراء معين ينال من الحرية الشخصية؛ وإنما يجب أن يكون هذا النص واضح الدلالة على نحو يكفل التحديد الدقيق لماهيته، أما النص على جواز اتخاذ إجراء ينطوي في حقيقته على مساس بالحرية الشخصية يشوب تحديده الإبهام والغموض فإنه يكون منافياً لأصول الشرعية الجنائية^(١٣).

والوضوح نقيض الغموض، ويكون النص الجنائي وبخاصة في مجال الإجراءات الجنائية غامضاً إذا جهل المشرع بالإجراءات التي أجازها، فلا يكون بيانها واضحاً جلياً ولا تحديدها قاطعاً أو فهمها مستقيماً؛ بل مبهماً خافياً على أوساط الناس، باختلافهم حول فحوى النص ودلالته ونطاق تطبيقه وحقيقته ما يرمى إليه، ليصير إنفاذ هذا النص مرتبطاً

(7) الدكتور أحمد فصحى سرور: القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، الطبعة الأولى، 2001 ص 12. وانظر أيضاً: Jungwirth, op-cit.

(8) CLARKSON (C.M.V) & KEATING (H.M.): Criminal Law: text and materials. second edition. Sweet & Maxwell. London. (1990). p.103.

(9) انظر في الموضوع بالتفصيل مؤلفنا في أصول اللغة القضائية، دار النهضة العربية، 2000.

(10) الدكتور عبدالرزاق أحمد السهوري: على أي أساس يكون تنقيح القانون المدني المصري، الكتاب الذهبي للمحاكم الأهلية، 1833-

1933، الطبعة الثانية، طبعة نادى القضاة، (1990)، الجزء الثاني، ص 115.

(11) CORNU (Gérard): Linguistique juridique. 3e édition Montchrestien, Paris 2005, p. 280.

(12) Cornu, p. 17.

(13) Lloyd L. WEINREB: Criminal Law. fifth ed. The Foundation Press Inc., New York, (1993), p.807.



بمعايير شخصية مرجعها إلى تقدير القائمين على تطبيقه لتحقيق محتواه، وإحلال فهمهم الخاص لمقاصده محل مراميه الحقيقية وصحيح مضمونه»^(١٤).
إشكالية الدراسة:

كان الشارع ينص في المادة ٣٤ من قانون الإجراءات الجنائية على جواز القبض على المتهم الذي تتوافر دلائل كافية على ارتكابه جنائية ما أو جنحة من الجنج التي حددها الشارع، ثم بمناسبة وضع دستور سنة ١٩٧١ الذي لم يجز نص المادة ٤١ منه المساس بالحرية الشخصية بالقبض أو وضع قيد على الحرية أو المنع من التنقل إلا إذا توافرت حالة من حالات التلبس أو صدر أمر من القاضى المختص أو النيابة العامة لضرورة يستلزمها التحقيق ومصلحة المجتمع. وحتى يلتئم نص المادة ٣٤، ٣٥ من قانون الإجراءات الجنائية، مع نص الدستور السالف الذكر فقد تم استبدالهما وأجازت الفقرة الثانية من المادة ٣٥ اتخاذ مأمور الضبط القضائى «الإجراءات التحفظية المناسبة» إذا توافرت ضد المتهم دلائل كافية على ارتكاب جنائية أو جنحة من الجنج التي حددها النص على سبيل الحصر، وأن يطلب مأمور الضبط من النيابة العامة إصدار أمر بالقبض على المتهم.

وهنا يثور التساؤل عن ماهية إجراء «التحفظ على المتهم»، فما المقصود بهذا التحفظ؟ وهل يمتد إلى تقييد الحرية والمنع من التنقل؟ وهل يتحد فى جوهره مع القبض؟ أم أن التعبيرين يختلفان ولا يعدو التحفظ أن يكون إجراء

وقائياً لا يستطيل إلى سلب الحرية أو تقييدها؟ ويثور التساؤل عن مدى تعارض ما تنص عليه المادة ٣٥ من قانون الإجراءات الجنائية من التحفظ على الشخص فى غير حالات التلبس ومن دون أمركضائى، مع ما ينص عليه الدستور السابق والحالى؟، ثم يثور التساؤل كذلك عن وجهة قضاء محكمة النقض ونظرته إلى المادة ٣٥ السالفة الذكر، فهل اعتبرت المحكمة أن هذا النص يتفق مع الدستور ومن ثم فهو واجب التطبيق؛ أم أن هناك بعض الأحكام التى أصدرتها المحكمة وانتهت فيها إلى عدم دستورية هذا النص؟ وما الأسباب التى استندت إليها المحكمة فى هذا القضاء؟

وتثير الدراسة التساؤل أيضاً عن مدى دستورية ما نص عليه الشارع فى المادة ٤٠ من قانون مكافحة الإرهاب من جواز تحفظ مأمور الضبط القضائى على الشخص لمدة أربع وعشرين ساعة يجوز مدها بقرار من النيابة العامة لمدة أربعة عشر يوماً، فهل يستقيم هذا التحفظ ومده مع نصوص الدستور؛ أم أنه يتصادم معه؟.

وأخيراً فإن الدراسة تطرح تساؤلاً عن مدى صواب خطة الشارع المصرى فى استخدام مجموعة من التعبيرات كالقبض والتحفظ والاستيقاف والتعرض المادى والإجراءات التحفظية وسؤال المتهم ثم تقييد حريته لحين العرض على جهة التحقيق، وهذه التعبيرات تختلف فيما بينها من حيث الأثر القانونى؛ إلا أنها جميعاً تتفق فى أن جوهرها هو سلب حرية الشخص أو تقييد هذه

الحرية فترة من الوقت، فهل إجازة الشارع لبعض الإجراءات التى حملت اسماً دون القبض من شأنه أن يسبغ الشرعية عليها؛ أم أن العبرة فى صيانة الحرية تكون بجوهر الإجراء ومعناه، لا بلفظه ومبناه؟، ثم هل تتماثل خطة الشارع المصرى مع النظم الإجرائية العريقة التى تنص على صيانة الحرية وأحوال المساس بها؟، وعلى الرغم من أن الدراسة ليست مقارنة؛ فإنه لا بأس من الإشارة إلى أحد التشريعات المقارنة فى خاتمة الدراسة حتى نستطيع الوقوف على تقدير خطة الشارع، وما إذا كانت قد صادفت الصواب؛ أم أنها تحتاج إلى مراجعة دقيقة وشاملة؟

تقسيم:

تقسم هذه الدراسة إلى النقاط الآتية: الأولى: نبحث عن نصوص الدساتير المتعاقبة المتعلقة بالإجراءات التحفظية، وما إذا كانت هذه الدساتير تنص على هذا التعبير، أم لا. وتتناول فى النقطة الثانية النص على الإجراءات التحفظية فى قانون الإجراءات الجنائية، فتبين متى ظهر هذا التعبير لأول مرة، والتطور التشريعى فى النص عليه وعلّة ظهوره. ونبحث فى النقطة الثالثة مدلول الإجراءات التحفظية فى نظر الفقه والقضاء، وتمييزها عن بعض الإجراءات التى تتشابه معها. وتتناول النقطة الرابعة من الدراسة ما نص عليه قانون مكافحة الإرهاب من التحفظ على المتهم عند توافر أخطار لحدوث جريمة من جرائم الإرهاب. وأما النقطة الخامسة والأخيرة فنخصصها لبحث اتجاهات محكمة

النقض في تحديد مدى دستورية الإجراءات التحفظية. فنعرض فيها للاتجاهات المختلفة التي سادت أحكام محكمة النقض، والتي ذهب أحدها إلى تقرير عدم دستورية المادة ٣٥ من قانون الإجراءات الجنائية في فقرتها الثانية التي تنص على سلطة مأمور الضبط القضائي في تطبيق الإجراءات التحفظية. ونهى الدراسة بخاتمة نقدر فيها وجهة الشارع المصري ونشير إلى أصول صياغة النصوص الجنائية، ونضرب مثلاً من الدستور والتشريع الألمانى في ذلك.

أولاً: التحفظ على الأشخاص في نصوص الدساتير:

• التحفظ في ظل الدساتير السابقة على دستور سنة ١٩٧١: لم يرد في نصوص دستور سنة ١٩٢٣ تعبير «التحفظ على الأشخاص»، وعلة ذلك أن كل تحفظ ينطوى على قبض. فقد نصت المادة الخامسة من هذا الدستور على أنه: «لا يجوز القبض على أى إنسان ولا حبسه إلا وفق أحكام القانون»^(١٥). وقد انطوى نص المادة ٣٤ من دستور سنة ١٩٦٥ على نفس العبارات تقريباً^(١٦).

ويلاحظ على دستور سنة ١٩٢٣، ١٩٦٥ أنهما لم يتضمنا سوى الإحالة العامة إلى القانون في شأن حالات القبض على الشخص وحبسه، وبالتالي تركا للتشريع مهمة وضع

الضوابط التفصيلية للمساس بالحرية بالقبض أو الحبس أو غيرها من صور. وعلى الرغم من أنهما قد حصرا سلب الحرية في صورتين فقط هما «القبض والحبس»؛ إلا أنهما لم تنصا على أى ضوابط يلتزم بها الشارع عند نصه على أحوال القبض والحبس والسلطة المختصة بإصدارهما والجرائم التي يجوز فيها ذلك، وما إذا كانت هناك ضرورة لإصدار الأمر من عدمه. ويلاحظ أن قانون الإجراءات الجنائية الحالى لم يستخدم منذ إصداره وحتى تعديله بقانون ضمان حريات المواطنين لسنة ١٩٧٢ تعبير «التحفظ» على المتهم، فسوف نرى بعد قليل أن الشارع استخدم تعبير القبض والحجز والحبس، ولم يستخدم في نصوصه تعبير «التحفظ» على الأشخاص.

التحفظ على الأشخاص في ظل دستور سنة ١٩٧١:

خطا دستور سنة ١٩٧١ خطوات واسعة في شأن تحديد شروط القبض وحالات وضوابط إصداره، إذ نصت المادة ٤١ منه على أن: «الحرية الشخصية حق طبيعي وهى مصونة لا تمس، وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأى قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع، ويصدر

هذا الأمر من القاضى المختص أو النيابة العامة، وذلك وفقاً لأحكام القانون. ويحدد القانون مدة الحبس الاحتياطي».

ونص المادة ٤١ السالف الذكر لم يقتصر على النص على عدم جواز «القبض أو الحبس» مثلما نص دستور سنة ١٩٢٤، ١٩٥٦؛ وإنما وسع من صور المساس بالحرية فأضاف التفتيش، وألحق بالقبض والحبس حالات: «تقييد الحرية بأى قيد أو المنع من التنقل».

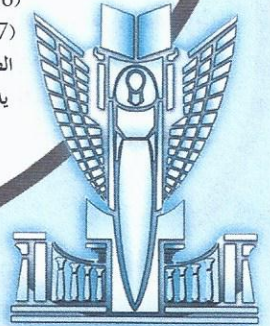
وخطا دستور سنة ١٩٧١ واضحة في أن المساس بالحرية الشخصية لا يقتصر فحسب على القبض والحبس؛ وإنما يمتد إلى كل فعل من شأنه وضع قيد على هذه الحرية، أيًا كانت صورة هذا القيد، كما أنه يستطيل أيضاً إلى كل فعل ينطوى على منع الشخص من حرية التنقل؛ بل ويمكن أيضاً فهم وجهة نص الدستور من وضعه «تفتيش الشخص» ضمن الأعمال التي تعتبر مساساً بالحرية الشخصية بأن تقييد حرية الشخص ومنعه من التنقل المدة اللازمة لإجراء هذا التفتيش يعتبر مساساً بهذه الحرية^(١٧).

ووفقاً لهذا النص؛ فإن التحفظ على الشخص يدخل ضمن مدلول القبض والحبس وتقييد الحرية والمنع من التنقل، ويترتب على ذلك أن هذا التحفظ يجب أن يكون وفقاً للقواعد التي حددها الدستور

(15) وقد نصت المادة الرابعة من دستور سنة 1923 على أن: «الحرية الشخصية مكفولة».

(16) نصت المادة 34 من دستور سنة 1965 على أن: «لا يجوز القبض على أحد أو حبسه إلا وفق أحكام القانون».

(17) وقد أخذت محكمة النقض بهذه الوجهة إذ قضت بأنه إذا لم يكن الشخص في حالة سكر أو تخدير ظاهر، فلا يجوز استيفاه، ولا يجوز لمأمور الضبط في هذه الحالة أن يتعرض للحرية الشخصية لقائد المركبة أو أن يأمر بفحص حالته بالوسائل الفنية إلا في حالة التلبس بالجرعة، وأنه يتعين أن يدرك مأمور الضبط القضائي بإحدى حواسه وقوع الجريمة بما لا يحتمل شكاً أو تأويلاً، وإذا لم يدرك بأى حاسة من حواسه أن المتهم حال قيادته للمركبة كان واقعاً تحت تأثير مخدر فإنه لا يكون أمام جريمة تلبس بها وبالتالي فليس له من بعد أن يتعرض للشخص بالقبض وأخذ العينة لوقوعهما في غير حالة التلبس، وببطل الدليل المستمد منهما ويتعين استبعاد شهادة من أجراهما، ولا ينال من ذلك يكون الشخص قد امتثل لأخذ العينة، إذ إن الرضا المعتد به قانوناً يجب أن يكون صريحاً حراً حاصلًا منه قبل أخذ العينة وبعد إلمامه بظروف أخذ العينة وعدم وجود مسوغ يخول من يطلبها سلطة إجرائه. نقض جلسة 7 مارس سنة 2018 الطعن رقم 44332 لسنة 85 ق.



للقبض المشروع. وعلة ذلك أن الدستور قد ربط لأول مرة القبض بالحق في الحرية الشخصية، ولم يقصر المساس بالحرية على القبض فحسب؛ وإنما وسع من دائرة المساس بهذه الحرية، فلم يقصرها على القبض أو الحبس - كما سبق القول - وإنما نص كذلك على عدم جواز التفتيش أو تقييد الحرية بأي قيد أو منع الشخص من التنقل. وهي نظرة صائبة، فليس المساس بالحرية مقصوراً فقط على القبض؛ بل يتسع لأي قيد عليها أو الحرمان من التنقل ولو لبعض الوقت.

وقد حدد الدستور حالتين فقط للمساس بالحرية الشخصية بالقبض أو ما قد يدخل في مدلوله من إجراءات، الأولى: هي «التلبس»، والثانية هي «الأمر الصادر من القاضي المختص أو النيابة العامة».

وقد أوجب الدستور أن يكون الأمر الصادر في هذه الحالة الأخيرة تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع.

وبمناسبة وضع دستور سنة ١٩٧١ وما استحدثته المادة ٤١ منه من ضوابط المساس بالحرية الشخصية، عدل الشارع نص المادتين ٣٤، ٣٥ من قانون الإجراءات الجنائية، ونص في المادة الأخيرة لأول مرة على أنه يجوز لمأمور الضبط القضائي أن يتخذ الإجراءات التحفظية المناسبة إذا توافرت دلائل كافية على اتهام شخص بجناية أو بإحدى الجنح المحددة على سبيل الحصر. وهكذا ظهر تعبير «الإجراءات التحفظية» لأول مرة

في قانون الإجراءات الجنائية، وسوف نبين بعد قليل علة استخدام هذا التعبير.

التحفظ على الأشخاص في دستور سنة ٢٠١٢ والدستور الحالي لسنة ٢٠١٤؛

نصت المادة ٣٤ من دستور سنة ٢٠١٢ على أن: «الحرية الشخصية حق طبيعي، وهي مصونة لا تمس». ونصت المادة ٣٥ من هذا الدستور على أنه «فيما عدا حالة التلبس، لا يجوز القبض على أحد ولا تفتيشه ولا حبسه ولا منعه من التنقل، ولا تقييد حريته إلا بأمر قضائي مسبب يستلزمه التحقيق».

بينما نصت المادة ٥٥ من دستور سنة ٢٠١٤ في فقرتها الأولى على أن: «الحرية الشخصية حق طبيعي، وهي مصونة لا تمس، وفيما عدا حالة التلبس، لا يجوز القبض على أحد، أو تفتيشه، أو حبسه، أو تقييد حريته بأي قيد إلا بأمر قضائي مسبب يستلزمه التحقيق».

ويمكن تأصيل الفرق بين ما نص عليه دستور سنة ٢٠١٢ ودستور سنة ٢٠١٤ في أمرين: الأول أنه ورد في دستور سنة ٢٠١٢ عبارة «عدم جواز منع الشخص من التنقل، وهي منقولة عن دستور سنة ١٩٧١؛ بينما تم حذف هذه العبارة من دستور سنة ٢٠١٤. والأمر الثاني أن عبارة «الأمر القضائي المسبب» قد وردت لأول مرة في دستور ٢٠١٢ وانتقلت إلى الدستور الحالي؛ غير أن دستور سنة ٢٠١٢ كان ينص على أن هذا الأمر يجب أن «يستلزمه التحقيق»؛ بينما حذف الدستور الحالي هذه العبارة.

وإذا قارنا ما ورد في نص المادة ٥٥

من الدستور الحالي مع ما كانت تنص عليه المادة ٤١ من دستور سنة ١٩٧١ السالفة الذكر؛ فإن هذه المقارنة تقضي إلى أفضلية نص هذه المادة الأخيرة، وعلة ذلك، أن المادة ٤١ كانت تنص على عدم جواز «تقييد حريته بأي قيد أو منعه من التنقل»؛ أما المادة ٥٥ من الدستور الحالي فقد حذف عبارة «أو منعه من التنقل» اكتفاء بعبارة عدم «تقييد الحرية بأي قيد». والحقيقة أن العبارة كانت لها أهميتها، ذلك أن المنع من التنقل في بعض الصور هي أوسع نطاقاً من مدلول تقييد الحرية، والتحفظ على الشخص إلى حين صدور أمر بالقبض عليه، يعتبر منعاً من التنقل، وبالتالي يكون داخل في مدلول المنع من التنقل الذي كانت تنص عليه المادة ٤١ السالفة الذكر.

ومن جهة أخرى فإن نص المادة ٤١ من دستور ١٩٧١ السالفة الذكر قد ميز بين الأمر الصادر من القاضي وبين الأمر الصادر من النيابة العامة؛ أما دستور سنة ٢٠١٤ فقد نص على صدور «أمر قضائي مسبب»، إذ اعتبر الدستور الحالي النيابة العامة جزءاً لا يتجزأ من القضاء (المادة ١٨٩)، وهي وجهة محل نظر وتخالف خطة كافة التشريعات الجنائية المقارنة، فمدلول القضاء في نظر هذه التشريعات يقتصر على قضاء الحكم بالمعنى الدقيق، ونظم التبعية التدريجية وسلطات الرقابة والإشراف والتوجيه والسلطة الرئاسية تمنع من اعتبار أعضاء النيابة العامة قضاة بالمعنى الدقيق^(١٨).

وأخيراً فإنه بينما كان نص

(18) انظر تفصيلاً: مؤلفنا في شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة السابعة 2021، ص 37 وما بعدها؛ أيضاً دراستنا عن التوازن بين السلطة والحرية ووجوب تقييد سلطة النيابة العامة في التحقيق الابتدائي، 2015؛ وأيضاً بحثنا بعنوان: نقد نصوص العدالة الجنائية والحريات في الدستور الجديد، الجزء الأول، منشور في مجلة الدستورية، السنة 12، العدد 25، إبريل 2014؛ وأيضاً مؤلفنا حالة الدعوى الجنائية إلى القضاء في النظم الإجرائية المقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية 2012.

المادة ٤١ السالفة الذكر يوجب أن يكون أمر القاضى أو النيابة العامة «تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع»؛ فإن الدستور الحالى قد حذف هذه العبارة اكتفاء بعبارة «الأمر القضائى المسبب». ونص دستور ١٩٧١ هو الأدق، إذ لا يكفى أن يصدر أمر من القضاء أو النيابة العامة للمساس بالحرية الشخصية، فصدور هذا الأمر لم يكن ليسبغ الشرعية على الأمر فى نظر الدستور السابق؛ وإنما يجب أن «تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع»، فإذا كان الأمر فى الحالات التى ينص القانون عليها؛ غير أنه لم يكن تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع؛ فإن الأمر يكون غير مشروع لانتفاء الضرورة التى تبرر إصداره. ويعنى هذا أن دستور سنة ١٩٧١ قد أضاف ضابطاً جديداً لقوامه وجوب تناسب الإجراء الماس بالحرية مع الغاية منه، فلا يكفى أن يكون الإجراء مشروعاً فى ذاته؛ بل يجب أن يكون متناسباً مع غرضه الذى حدده الدستور وهو أن تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع.

ثانياً؛ التحفظ على الأشخاص فى نصوص قانون الإجراءات الجنائية

- خروج التحفظ على الشخص فى حالات التلبس أو صدور أمر مسبب من القاضى أو النيابة العامة؛

سبق أن ذكرنا أن الدساتير المصرية المتعاقبة قد

رسمت نطاق شرعية المساس بالحرية الشخصية، إذ أوجبت توافر حالة من حالات التلبس أو صدور أمر مسبب من سلطة التحقيق. وعلة شرعية الإجراء فى هذه الحالة أنه كلما كان القبض جائزاً، كان المساس بالحرية بإجراء يقل عن القبض مشروعاً كذلك. فإذا كان الشارع يجيز اتخاذ إجراء يتسم بالشدة كالقبض؛ فإنه من باب أولى يجيز اتخاذ إجراء يقل عنه فى الشدة وفى مدى مساسه بالحرية الشخصية.

وقد سبق أن انتقدنا وجهة الدستور الحالى، وبيننا أن خطة دستور سنة ١٩٧١ كانت تفضله؛ على الرغم من أن تطور فن صياغة النصوص الدستورية كان يوجب أن يشتمل نص المادة ٥٥ من الدستور الحالى على ضوابط أوفى وأكثر تفصيلاً للمساس بالحرية الشخصية.

ويلاحظ أن تعبير الدلائل الكافية يعنى مجرد الشبهات أو الإشارات، وهى لا تصل إلى درجة التلبس بالجريمة؛ وإنما هى وقائع أدنى كثيراً من ذلك، ويتسم تقييد الحرية استناداً إلى مجرد الشبهة بخطورة كبيرة، فهذه الشبهات لا تعد دليلاً على أن المتهم قد ارتكب الفعل المتهم به، ويغلب عليها الظن والاحتمال، ويترك تقديرها إلى مأمور الضبط نفسه، وهو ما ينال بشدة من الحرية الشخصية. ويترتب على توافر هذه الشبهات تقييد حرية الشخص على نحو يماثل القبض على الشخص، ويؤدى إعمال هذه القواعد إلى إفراغ نصوص الدستور التى تحمى الحرية الشخصية من مضمونها.

نص المادة ٣٥ من قانون الإجراءات الجنائية وتطورها التشريعى؛

نصت المادة ٣٥ من قانون الإجراءات الجنائية فى فقرتها الثانية على أنه: «وفى غير الأحوال المبينة فى المادة السابقة (وهى الأحوال التى يجوز فيها القبض فى حالة التلبس) إذا وجدت دلائل كافية على اتهام شخص بارتكاب جناية أو جنحة سرقة أو نصب أو تعدد شديد أو مقاومة للرجال السلطة العامة بالقوة والعنف جاز لمأمور الضبط أن يتخذ الإجراءات التحفظية المناسبة، وأن يطلب فوراً من النيابة العامة أن تصدر أمراً بالقبض عليه. وفى جميع الأحوال تنفذ أوامر الضبط والإحضار والإجراءات التحفظية بواسطة أحد المحضرين أو بواسطة رجال السلطة العامة».

ومفاد هذا النص أنه إذا توافرت دلائل كافية لمأمور الضبط القضائى على اتهام شخص بارتكاب جناية، أيًا كان نوعها، وجنحة معينة من الجنح المحددة على سبيل الحصر فى النص السابق؛ فإنه يجوز لهذا المأمور أن يتخذ «الإجراءات التحفظية المناسبة»، وأن يطلب من النيابة العامة أن تصدر أمراً بالقبض عليه.

وأصل هذه المادة هو ما كانت تنص عليه المادة ٣٤ من قانون الإجراءات الجنائية قبل استبدالها بقانون ضمان حريات المواطنين رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ من أنه: «لمأمور الضبط القضائى أن يأمر بالقبض على المتهم الحاضر الذى توجد دلائل كافية على اتهامه فى الأحوال الآتية؛

(أولاً) فى الجنايات.
(ثانياً) فى أحوال التلبس بالجنح....



(ثالثاً) إذا كانت الجريمة جنحةً معاقباً عليها بالحبس وكان المتهم موضوعاً تحت مراقبة البوليس أو كان قد صدر إليه إنذار باعتباره متشرداً أو مشتبهاً فيه، أو لم يكن له محل إقامة ثابت ومعروف في مصر.

(رابعاً) في جنح السرقة والنصب والتفالس والتعدي الشديد ومقاومة رجال السلطة العامة بالقوة أو بالعنف والقيادة والاتجار بالنساء والأطفال وانتهاك حرمة الآداب، وفي الجنح المنصوص عليها في قانون تحريم زراعة المواد المخدرة أو الاتجار فيها أو حيازتها أو استعمالها.

فالمادة ٣٤ السالفة الذكر كانت تجيز لمأمور الضبط القضائي القبض على الشخص الذي تتوافر دلائل كافية على اتهامه في أى جنائية أو في جنحة من الجنح المنصوص عليها على سبيل الحصر أو في جنحة متلبس بارتكابها، أو إذا كان موضوعاً تحت مراقبة الشرطة أو صدر أمر باعتباره مشتبهاً به أو مشرداً أو لم يكن له محل إقامة معلوم.

علة استخدام تعبير الإجراءات التحفظية؛

بمناسبة صدور القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن تعديل بعض النصوص المتعلقة بضمان حريات المواطنين في القوانين القائمة، الذي استبدل نص المادة ٣٤ السالف الذكر ونص صراحة على أنه: «لمأمور الضبط القضائي في أحوال التلبس بالجنايات أو بالجنح التي يعاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر، أن يأمر بالقبض على المتهم الحاضر الذي توجد دلائل كافية على اتهامه».

والتعديل الذي أجراه الشارع هو تعديل جوهري، إذ لم يعد من سلطة مأمور الضبط القضائي القبض على المتهم الذي توجد دلائل كافية على اتهامه في الحالات التي كان نص المادة ٣٤ يحددها قبل استبداله. ووفقاً لخطة الشارع التي تبناها قانون ضمان حريات المواطنين لسنة ١٩٧٢ سالف الذكر؛ فإن المساس بالحرية الشخصية للأشخاص لا يكون إلا إذا توافرت حالة من حالات التلبس بارتكاب جريمة ووجود دلائل كافية على اتهام شخص بارتكاب هذه الجريمة.

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ السالف الذكر أن «المادة ٣٤ - قبل تعديلها - تجيز لمأمور الضبط القضائي أن يأمر بالقبض على المتهم الحاضر في الجنايات عموماً دون تطلب أن تكون الجريمة في حالة تلبس وتجزئ هذا القبض في حالات التلبس بالجنح أيًا كانت العقوبة المقررة لها.....، وأخيراً في بعض جنح معينة نص عليها. ولم يعد هذا الحكم متفقاً مع نص المادة ٤١ من الدستور التي لا تجيز فيما عدا حالة التلبس القبض على أحد أو تقييد حريته إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع ويصدر هذا الأمر من القاضى المختص أو النيابة العامة. ومن ثم فقد كان من المتعين مراجعة نص المادة ٣٤ بحيث يصبح حق مأمور الضبط القضائي في أن يأمر بالقبض مقصوراً على حالات التلبس بالجنايات أو بالجنح التي يعاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر».

واستكمالاً لهذا التعديل فقد تم إضافة الفقرة الثانية لنص

المادة ٣٥ من قانون الإجراءات الجنائية - الحالية - بموجب قانون ضمان حريات المواطنين السالف الذكر والتي نصت على أن: «وفي غير الأحوال المبينة في المادة السابقة إذا وجدت دلائل كافية على اتهام شخص بارتكاب جنائية أو جنحة سرقة أو نصب أو تعدد شديد ومقاومة لرجال السلطة العامة بالقوة والعنف، جاز لمأمور الضبط القضائي أن يتخذ الإجراءات التحفظية المناسبة، وأن يطلب فوراً من النيابة العامة أن تصدر أمراً بالقبض عليه». وهذا النص هو السارى حتى الآن.

وبموجب هذه الإضافة يكون الشارع قد استخدم لأول مرة تعبير «الإجراءات التحفظية». فالشارع قبل استبدال النص كان يجيز القبض في حال توافر الدلائل الكافية؛ غير أنه مع وضع دستور ١٩٧١ رأى الشارع أن هذا القبض يجب أن يكون في حالات التلبس فحسب، أو بأمر قضائي، فاضطر إلى استخدام تعبير «الإجراءات التحفظية المناسبة»، وذلك إذا توافرت مجرد الدلائل الكافية على اتهام شخص بجنائية أو بإحدى الجنح المنصوص عليها على سبيل الحصر، وذلك إن لم تتوافر حالة من حالات التلبس بارتكاب جريمة من هذه الجرائم. غير أن هذا التعديل قد فتح باباً كبيراً للجدل عن مدلول «الإجراءات التحفظية المناسبة»، وهل تدخل هذه الإجراءات في مدلول القبض، أم تخرج عنه؟ ومما زاد الأمر دقة أن نص المادة ٤١ من دستور سنة ١٩٧١ السالفة الذكر لم يكن يقصر المساس بالحرية الشخصية على القبض فقط؛ بل كان يمدد إلى تقييد الحرية بأي قيد

أو المنع من التنقل، وهو ما يجعل هذه الإجراءات التحفظية تدخل في مدلول ما نصت عليه المادة ٤١ من الدستور السالفة الذكر، ويترتب على ذلك أن نص المادة ٣٥ من قانون الإجراءات الجنائية في فقرته الثانية قد يتصادم صراحة مع النص الدستوري؛ أم أن للإجراءات التحفظية مدلولاً لا يستطيل إلى القبض أو تقييد الحرية؟.

ثالثاً: مدلول الإجراءات التحفظية: • تمهيد:

سبق أن ذكرنا أن تعبير «الإجراءات التحفظية» على الأشخاص قد ظهر لأول مرة بمناسبة تعديل نص المادتين ٣٤، ٣٥ من قانون الإجراءات الجنائية بقانون ضمان حريات المواطنين لسنة ١٩٧٢ السالف الذكر، وأن الشارع كان يجيز القبض على الشخص الذي تتوافر دلائل كافية على اتهامه في جناية ما، أو جنحة من الجناح المنصوص عليها حصراً. وإذا كان الشارع قد حصر القبض على الأشخاص في حالتى التلبس والأمر القضائي؛ فإن ذلك يعنى أن الإجراءات التحفظية تخرج عن مدلول القبض بالمعنى الدقيق؛ لأنه يجوز اتخاذها بمجرد توافر الدلائل الكافية، ودون توافر حالة من حالات التلبس أو أمر قضائي.

• مدلول الإجراءات التحفظية في المذكرة الإيضاحية لقانون ضمان حريات المواطنين رقم ٣٧ لسنة ١٩٩٢:

ذكرنا أن الشارع قد

نص لأول مرة على تعبير «الإجراءات التحفظية» بموجب القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن ضمان حريات المواطنين بتعديل المادتين ٣٤، ٣٥ من قانون الإجراءات الجنائية. غير أن الشارع لم يحدد المقصود بالإجراءات التحفظية؛ وإنما أوردت المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ السالف الذكر «أن نص المادة ٤١ من دستور سنة ١٩٧١ - السالف الذكر- يوجب إعادة النظر في المادة ٣٥ من قانون الإجراءات الجنائية، بحيث تستبقى سلطة مأمور الضبط القضائي في القبض على المتهم إذا لم يكن حاضراً وذلك في حالات التلبس بارتكاب جناية أو جنحة معاقب عليها بالحبس مدة تزيد على ثلاثة أشهر...؛ أما بالنسبة للحالات الأخرى التي يجوز فيها طبقاً للنص الحالي لمأمور الضبط القضائي أن يأمر بالقبض على المتهم غير الحاضر؛ فقد لاحظ المشروع أن من بينها حالات خطيرة مثل الاتهام بارتكاب جناية ولو لم تكن في حالة تلبس أو ارتكاب جنحة من الجناح الهامة وهي السرقة والنصب والتعدي الشديد ومقاومة رجال السلطة العامة بالقوة والعنف. فرأى المشروع لذلك، أن يجيز لمأمور الضبط القضائي أن يصدر أمراً في هذه الحالات بالتحفظ على المتهم، أو إحضاره، وهو إجراء يختلف عن الضبط أو القبض ويعتبر بمثابة إجراء وقائي حتى يطلب من النيابة العامة صدور أمرها بالقبض، فهذا الإجراء لا يعتبر قبضاً بالمعنى القانوني وليس فيه مساس بحرية الفرد، إذ إن هذه الحرية يجب أن يزاولها في

الإطار الاجتماعي للمصلحة العامة وفق ما أشار إليه بعض الشراح، فلا مساس بهذه الحرية إذا طلب من الشخص أن يمكث في مكانه لحظات أو فترة قصيرة مثلما هو مقرر من أن لمأمور الضبط القضائي عند انتقاله إلى مكان الحادث في حالة التلبس أن يمنع الحاضرين من مبارحة محل الواقعة أو الابتعاد عنه حتى يتم تحرير المحضر وهو ما لا يعتبر قبضاً، وهو رأى يتفق مع قضاء محكمة النقض، (المذكرة الإيضاحية للمواد ٣٤، ٣٥ من قانون الإجراءات الجنائية والمستبدلتين بالمادة الرابعة من القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن ضمان حريات المواطنين).

ويعنى ذلك أن مدلول التحفظ على المتهم أو إحضاره في نظر المذكرة الإيضاحية السالفة الذكر هو إجراء يختلف عن الضبط أو القبض ويعتبر بمثابة إجراء وقائي حتى صدور الأمر بالقبض، وقد رأت المذكرة الإيضاحية أن هذا الإجراء «لا يعتبر قبضاً بالمعنى القانوني وليس فيه مساس بحرية الفرد، إذ إن هذه الحرية يجب أن يزاولها في الإطار الاجتماعي للمصلحة العامة».

وفي تقديرنا أن ما ورد بالمذكرة الإيضاحية هو محل نظر، ذلك أن تقييد حرية الشخص ومنعه من التنقل يدخل في مدلول القبض، كما أن المادة ٤١ من الدستور السابق قد نصت عليه على نحو صريح بما لا يجوز معه القول بأن التحفظ على الشخص ليس قبضاً، وأنه ليس فيه مساس بحرية الفرد، فالتحفظ يعنى بطريق اللزوم المنع من التنقل ووضع قيود على الحرية لحين صدور الأمر بالقبض. وأما الإشارة إلى أن مزاوله الحرية يكون في «الإطار



الاجتماعى للمصلحة العامة»، فهي عبارة مرسلة لا معنى لها، فحرية الفرد هي مصلحة اجتماعية جديرة بالاعتبار، ولولا أنها كذلك، لما كان الدستور قد أسبغ عليها حمايتها، ولما خصها بالنص المفصل وبين صور المساس بها. والمثال الذى أوردته المذكرة الإيضاحية الخاص «بالمأمر بعدم المبارحة» الذى يتخذ مأمور الضبط القضائى هو محل نظر، ذلك أن هذا الأمر يتجرد من طابع الإلزام، ولا يترتب على مخالفته للأمر سوى إمكانية توقيع عقوبة الغرامة البسيطة، ولا يجوز لمأمور الضبط القضائى أن يلجأ لاستعمال القوة أو الإجراءات التحفظية فى تنفيذه للأمر بعدم المبارحة؛ بل يجب عرض الأمر على القاضى الجزئى ليأمر بتوقيع هذه الغرامة (المادة ٣٣ إجراءات).

والحقيقة أن الشارع قد فطن إلى أن إعادة النص فى المادة ٣٥ من قانون الإجراءات الجنائية على جواز القبض على الأشخاص فى حالة توافر الدلائل الكافية على اتهامهم فى جنائية ما أو جنحة من الجنح المنصوص عليها حصراً، يجعل النص غير دستورى، فلجأ فى البداية إلى تغيير لفظ القبض إلى تعبير «الإجراءات التحفظية»، حتى يُظن أن التعبيرين مختلفان، ثم أورد فى المذكرة الإيضاحية أن التحفظ على الشخص لا يعنى القبض عليه، وهو مجرد تغيير ظاهرى للنص لا يترتب عليه تغيير

فى مضمونه، إذ يبقى التحفظ على الشخص بمثابة القبض وينطوى على تقييد الحرية ويتضمن منعاً من التنقل.

• مدلول التحفظ على الشخص فى نظر الفقه؛

ذهب أغلب الفقه إلى أن الإجراءات التحفظية ليست قبضاً على الشخص، وأن المقصود بها هو اتخاذ الإجراءات التى يكون من شأنها أن تحول دون فراره، أو دون إتلافه أو تشويهه أدلة الاتهام التى يحملها. وقد تتخذ صورة استيقاف المتهم، أو اقتياده إلى مركز الشرطة، أو احتجازه وقتاً قليلاً أو تجريده من السلاح الذى يحمله^(١٩). ويرى الفقه أن هذه الإجراءات ليست قبضاً؛ لأنها لا تنطوى على مساس بالحرية، وإن فرضت عليها بعض القيود، وأن لها طابعاً عارضاً مؤقتاً. وستند هذه الإجراءات الضرورية الإجرائية^(٢٠). كما أن هذه الإجراءات لا تخرج عن نطاق سلطات الاستدلال التى منحها الشارع لرجال الضبط والتى تتخذ لمنع المتهم من الهرب والمحافظة على أدلة الجريمة، وهى وإن تضمنت حداً لحرية المتهم؛ فإنه لا يجب أن تتجاوز هذا القدر إلى الحجر الكلى على تلك الحرية. وهى تتحدد بالغرض منها وهو التحفظ على المتهم فى حدود الوقت اللازم لعرض الأوراق على النيابة العامة لاستصدارها أمرها

بالقبض^(٢١). وقد ذهب بعض الفقه إلى أنه لا يوجد سند من القانون لإجازة اقتياد المشتبه فيه فى حالة الاستيقاف إلى قسم الشرطة، وأن ذلك يعد قبضاً غير مشروع^(٢٢). وذهب البعض الآخر إلى أن الأصل فى إجراءات التحفظ أنها تعتبر قبضاً؛ إلا أن مأمور الضبط القضائى يمكنه القيام ببعض الإجراءات التى تنطوى على تعطيل المتهم دون أن تعتبر قبضاً عليه، ومن ذلك تفحص مأمور الضبط لرخصة قيادة المتهم بعد استيقافه فترة من الوقت، أو استيقاف قائد حافلة ودعوته للتباحث معه فى أمر يصطنعه، أو أن يتعقب مأمور الضبط المتهم بنفسه أو بواسطة أحد رجال السلطة العامة، حتى يحصل على أمر بالقبض عليه^(٢٣). وجهة القضاء فى تحديد مدلول الإجراءات التحفظية؛

هناك أمثلة عرضت على القضاء كانت لاحقة على استبدال نص الفقرة الثانية من المادة ٣٥ من قانون الإجراءات الجنائية بقانون ضمان حرية المواطنين لسنة ١٩٧٢ قام فيها مأمور الضبط القضائى بالتحفظ على المشتبه به الذى قامت دلائل كافية على ارتكابه لجريمة من الجرائم المنصوص عليها فى المادة ٣٥ السالفة الذكر. ومن خلال عرض هذه الوقائع يمكن استنباط اتجاه القضاء فى تحديد مدلول الإجراءات وماهيتها والدلائل التى

الدكتور محمود مصطفى: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية (1988)، رقم 166، ص 220؛ الدكتور محمود نجيب حسنى: الدستور والقانون الجنائى، (19) ص 86؛ الدكتور أحمد فتحى سرور: الوسيط فى الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية (2016) رقم 484، ص 707؛ الدكتور عبدالرؤف مهدى، شرح القواعد العامة فى الإجراءات الجنائية (1997) ص 197.

الدكتور محمود نجيب حسنى: شرح قانون الإجراءات، رقم 480، ص 444؛ الدكتور رءوف عبيد: مبادئ الإجراءات الجنائية فى القانون المصرى، دار الفكر العربى (20) (2006)، ص 334، 335؛ الدكتور عبدالرؤف مهدى: ص 196-197.

الدكتور مأمون محمد سلامة: الإجراءات الجنائية فى التشريع المصرى، دار النهضة العربية، (1998) الجزء الأول ص 515 (21).

الدكتور محمد زكى أبو عامر: الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، (1984) ص 246 (22).

الدكتور عوض محمد: قانون الإجراءات الجنائية، الجزء الأول، (1990) رقم 324، ص 356-357 (23).

تجيز اتخاذها. وفيما يلي نبين أمثلة قضى فيها بصحة الإجراءات التحفظية، وأخرى قضى فيها ببطلانها.

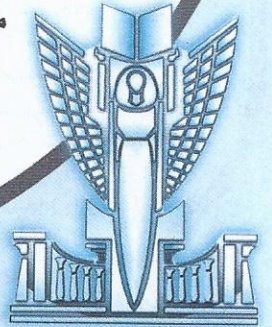
أمثلة قضى فيها بصحة الإجراءات التحفظية:

فى واقعة نتحصل فى قيام أحد الأشخاص بسرقة سيارة وقيادتها؛ غير أنها تعطلت منه أثناء سيره بها، فاتصل بالمتهم الثانى الذى أحضر رافعة حملت السيارة، التى تم ضبطها أثناء سيرها، وقام مأمور الضبط بالتحفظ على المتهمين والرافعة إلى أن صدر أمر من النيابة العامة بالقبض على المتهمين، ودفع المتهمان أمام محكمة الموضوع ببطلان القبض عليهما؛ غير أن المحكمة رفضت الدفع تأسيساً على أن ما قام به الضابط هو مجرد إجراء تحفظى وفقاً للمادة ٣٥ إجراءات السالفة الذكر، وليس قبضاً بالمعنى الدقيق، وقد أيدت محكمة النقض وجهة محكمة الموضوع^(٢٤).

وفى تقديرنا أن هذه الوجهة محل نظر، فالأمر يتعلق فى هذه الواقعة بجريمة فى حالة تلبس، ذلك أن قيادة سيارة مسروقة لم تخلص حيازتها بعد للشارق، تجعل الجريمة فى حالة التلبس، يضاف إلى ذلك أن قيادة مثل هذه السيارة من دون رخصة تسيير ومن دون إذن أصحابها يشكل الجنحة المنصوص عليها فى قانون المرور التى ضبطت فى حالة تلبس هى الأخرى. ولجوء

محكمة

الموضوع
ومن



بعدها محكمة النقض إلى فكرة الإجراءات التحفظية ينال منه أن أعمال هذه الإجراءات يكون إذا انتفت حالة التلبس، أما إذا توافر التلبس أو صدر أمر من جهة التحقيق أو الحكم؛ فإنه لا مجال فى هذه الحالة لتطبيق هذه الإجراءات، إذ إن القبض الصريح يكون جائزاً فى هذه الحالة.

وقد تتخذ الإجراءات التحفظية الاقتياد إلى مأمور الضبط القضائى المختص، وتطبيقاً لذلك ففى واقعة نتحصل فى أن الضابط بضرع الإدارة العامة لمكافحة المخدرات بميناء القاهرة الجوى قد علم من أحد مصادره السرية أن إحدى السيدات قد قدمت إلى البلاد من بلد يشتهر عنها إنتاج المواد المخدرة وأنها قد جلبت كمية منها فقام بمتابعتها حتى وصلت حقائبها على سير الحقائق فوضعتها على عربة دفعتها أمامها فتوجه إليها واصطحبها إلى مأمور الجمرك لتفتيشها جمركياً وأبلغه أن لديه معلومات تفيد جلبها لجوهر المخدر ولم يسفر تفتيش أمتعتها عن ضبط أى ممنوعات وعندئذ قام مأمور الجمرك بتكليف إحدى المساعدات الإداريات بالجمرك بتفتيشها تفتيشاً ذاتياً بداخل غرفة التفتيش الخاصة بذلك بعد أن قامت لديه شبهة التهريب، لما لاحظته عليها من حالة الارتباك التى ألمت بها وقت تفتيش أمتعتها، وقد أسفر التفتيش عن ضبط لفافة تخفيها داخل سروالها بها مخدر الهيروين. وقد قضى بأن ما قام به ضابط مكافحة المخدرات من اقتياد للمتهمة إلى مأمور الجمرك لا يُعد قبضاً؛ وإنما هو إجراء

تحفظى، ذلك أن قانون الجمارك قد منح موظفى الجمارك الذين أسبغت عليهم القوانين صفة الضبط القضائى فى أثناء قيامهم بتأدية وظائفهم حق تفتيش الأماكن والأشخاص والبضائع ووسائل النقل داخل الدائرة الجمركية أو فى حدود نطاق الرقابة الجمركية إذا قامت لديهم دواعى الشك فى البضائع والأمتعة ومظنة التهريب فيمن يوجودون بداخل تلك المناطق، وأنه يكفى أن يقوم لدى الموظف المنوط بالمراقبة والتفتيش فى تلك المناطق حالة تنم عن شبهة توافر التهريب الجمركى فيها، حتى يثبت له حق الكشف عنها، فإذا هو عثر أثناء التفتيش الذى يجريه على دليل يكشف عن جريمة غير جمركية معاقب عليها فى القانون العام؛ فإنه يصح الاستدلال بهذا الدليل أمام المحاكم فى تلك الجريمة؛ لأنه ظهر أثناء إجراء مشروع فى ذاته، ولم ترتكب فى سبيل الحصول عليه أى مخالفة، وكان من المقرر أن الشبهة فى توافر التهريب الجمركى حالة ذهنية تقوم بنفس المنوط بهم تنفيذ القوانين الجمركية يصح معها فى العقل القول بقيام مظنة التهريب من شخص موجود فى دائرة المراقبة الجمركية. وقد أيدت محكمة النقض محكمة الموضوع فى قضائها^(٢٥).

ويلاحظ على هذا الحكم أن الدلائل الكافية التى قدرت المحكمة توافرها قد انحصرت فى المعلومات السرية التى وردت إلى مأمور الضبط، ومن كون المتهمة قد وصلت من دولة يشتهر عنها الاتجار فى المواد المخدرة، وهى فى تقديرنا

(24) نقض جلسة 13 أكتوبر سنة 2008 مجموعة أحكام النقض، س 59، رقم 79، ص 430.

(25) نقض جلسة 13 ديسمبر سنة 1990 مجموعة أحكام النقض، س 41، رقم 199، ص 1100.

دلائل لا تكفى لاتخاذ الإجراءات التحفظية على الشخص. ومن جهة أخرى؛ فإن مأمور الجمرى إنميا مباشر عمله من تلقاء نفسه، وليس بموجب أمر من مأمور الضبط القضائي، وعند مباشرته لعمله فإنه يجب أن تتوافر لديه مظنة الشبهة التى تستند إلى دلائل معقولة للاشتباه فى المسافر وتفتيشه، ولا يجوز أن يكون مصدر هذه الشبهة معلومات لدى مأمور الضبط القضائي. كما أن حالة التلبس لا يصح أن يتم تلقاها عن الغير. وقد سبق لمحكمة النقض أن قضت فى حكم سابق بأنه إذا قام مأمور الجمرى بتفتيش المتهم نفاذاً لأمر ضابط بمكتب مكافحة المخدرات بالمطار، دون أن تقوم لديه هو نفسه أى شبهة فى توافر التهريب الجمرى فى حقها؛ فإن حالة التلبس لا تكون متوافرة بتلقاها عن الغير⁽²⁶⁾.

وإذا دلت تحريات الشرطة على استيلاء أحد الأشخاص على حمولة سيارات تحتوى على أدوات لازمة لتنفيذ أحد المشروعات بإحدى المدن الجديدة، فصدر أمر النيابة بضبط المتهم، وبعد ضبطه اعترف أنه يستولى على هذه الأدوات مقابل مبلغ من الرشوة يدفعه إلى الموظف المسئول عن تنفيذ المشروع، الذى يقوم بتسهيل استيلائه عليها، فقام مأمور الضبط بسؤال الموظف الذى لم يكن إذن الضبط يشمل، وقام بالتحفظ عليه وتسليمه للنيابة العامة. وقضى بسلامة هذه الإجراءات، ذلك أن ضبط المتهم وإدلاءه باعتراف عن دور الموظف فى تسهيل الاستيلاء

وحصوله على مبلغ الرشوة، يوفران الدلائل الكافية التى تجيز اتخاذ الإجراءات التحفظية اللازمة ضد الموظف وسؤاله فى محضر جمع الاستدلالات والتحفظ عليه وتسليمه للنيابة العامة⁽²⁷⁾.

وفى تقديرنا أن هذه الجريمة كانت فى حالة تلبس، والتلبس يتصف بالعينية، فبسط المتهم حال قيامه بالاستيلاء على أدوات تخص هيئة المجتمعات العمرانية وإقرار المتهم للضابط بأنه دفع مبلغاً لرشوة الموظف المختص لتسهيل الاستيلاء على هذه المعدات، يجعل الجريمة فى حالة تلبس، ولا يكون هناك محل للجوء إلى فكرة الإجراءات التحفظية. ومن المقرر قانوناً أنه يستوى أن يكون المتهم حاضراً فى مكان الجريمة المتلبس بها أو كان غير حاضر، إذ إنه فى الحالة الأخيرة يصدر مأمور الضبط القضائي أمراً بالقبض عليه.

ومن الأمثلة كذلك أنه أثناء مرور مأمور الضبط القضائي على جنود الحراسة فى إحدى محطات القطار، شاهد أحد الجنود غير حامل لبندقية، فسأله عنها، فأخبره أنها موجودة فى دولاب حفظ الأسلحة والذخائر على رصيف المحطة، فأمره أن يفتحه، وقام بالتأكد من وجودها، إلا أنه لاحظ وجود لفافة من الخيش أسفل الدولاب فاشتبه أنها لطرد ضائع أو مسروق، فتحسسها، وحينئذ بدت على المتهم علامات الارتباك والانفعال، وأمسك به وحاول أخذ اللفافة منه، ولما لم يتمكن من ذلك قال «انت رايع

تخرب بيتى ده أفيون»، فقام مأمور الضبط بالتحفظ على المتهم واللفافة وقام بالتوجه بهما إلى وكيل النيابة المختص، الذى قام بفض اللفافة فتبين أن بها مخدر الأفيون، وتولى التحقيق. وفى هذه الواقعة قضى بتوافر الدلائل الكافية على ارتكاب المتهم لجناية، وهو الأمر الذى يجوز معه التحفظ عليه⁽²⁸⁾. وفى تقديرنا أن حالة التلبس تتوافر فى هذه الواقعة، فمن المقرر قانوناً أن من حق الرئيس تفتيش دولاب المرؤوس والتحقق من عهده، فإذا عاين الرئيس جريمة فى حالة تلبس، كان له أن يقوم بالقبض على المتهم وتفتيشه، ولا يتعلق الأمر فى هذه الحالة بالإجراءات التحفظية.

والأمر الذى يصدره مأمور الضبط إلى بعض رجال القوة المرافقة له بحراسة المنزل الذى يجرى تفتيشه ومنع الدخول والخروج منه والتحفظ على أفراد أسرة المأذون بتفتيشه، لا يعتبر قبضاً على من بالمنزل بل هو إجراء تحفظى للأمن والنظام ولا تعرض فيه للحرية قصد به أن يستقر النظام فى المكان الذى دخله مأمور الضبط القضائي حتى يتم المهمة التى حضر من أجلها، على اعتبار أن هذا الإجراء هو من قبيل الإجراءات التنظيمية التى تقتضيها ظروف الحال تمكيناً له من أداء المأمورية المنوط بها، فإذا نتج عن التحفظ على الموجودين بمكان القبض حالة من حالات التلبس كأن يكون أحدهم قد تخلى اختياراً عما بحوزته من مخدر؛ فإن

(26) نقض جلسة 20 أكتوبر 1988، مجموعة أحكام النقض، س 39 رقم 140 ص 930.

(27) نقض جلسة 11 مايو سنة 1998 مجموعة أحكام النقض، س 49، رقم 88، ص 688.

(28) نقض جلسة 17 نوفمبر سنة 1959 مجموعة أحكام النقض، س 10، رقم 189، ص 888. وهذا الحكم سابق على تعديل المادة 35 من قانون الإجراءات الجنائية.

ضبطه يكون صحيحاً^(٢٩).

أمثلة قضى فيها ببطالان الإجراءات التحفظية:

هناك وقائع عرضت على القضاء، قضى فيها ببطالان التحفظ على المتهم، وفى بعض هذه الأحكام اعتبر القضاء أن ما قام به مأمور الضبط القضائي هو القبض غير المشروع، أى أن المحكمة قد نظرت إلى الأفعال التى قام بها مأمور الضبط القضائي وبحثت فى مدى استطالتها للمساس بالحرية، ومدى توافر الدلائل الكافية، ثم انتهت إلى اعتبارها تشكل قبضاً غير مشروع. وتطبيقاً لذلك ففى واقعة تتحصل فى أن مأمور الضبط قد شاهد المتهم وهو هارب من عقوبة المراقبة يقف فى ساعة متأخرة من الليل أمام مسكنه فقام مأمور الضبط بإمساكه وبتفتيشه عثر معه على قطعة من المخدرات ومطواة، وقد قضت محكمة الموضوع بالبراءة وسطرت فى حكمها أن الجريمة التى «قبض» على المتهم من أجلها ليست من بين الجرائم التى نص عليها الشارع فى المادة ٣٥ من قانون الإجراءات، فضلاً عن تشككها فى حصول الواقعة. فطعنّت النيابة فى هذا الحكم بطريق النقض على سبب حاصله أن عقوبة الهروب من المراقبة هى الحبس مدة لا تزيد على سنة، ومن ثم كان من الجائز القبض على المتهم فيها طبقاً للمادة ٣٤ من قانون الإجراءات الجنائية، وليس التحفظ عليه بحسب المادة ٣٥ من القانون المذكور.

ومحكمة النقض قد سلمت بوقوع الحكم المطعون فيه فى خطأ قانوني يتعلق بالجريمة التى يجوز أن تتخذ فيها الإجراءات التحفظية؛ إلا أنها أيدت حكم البراءة تأسيساً على السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع فى أن «يتشكك القاضى فى صحة إجراءات القبض والتهمة كى يقضى بالبراءة»^(٣٠).

وما يعترى الشخص من مظاهر الحيرة والارتباك والاضطراب لا يصلح للقبض على المتهم أو تفتيشه أو انتزاع ما بحوزته من متعلقات لم يتخل عنها بإرادته الحرة. وتطبيقاً لذلك ففى واقعة تم إبلاغ مفتش مباحث الأموال العامة بوقوع جرائم تزوير شيكات لأحد البنوك مع استعمال لهذه الشيكات وارتباط ذلك بجرائم إعطاء شيك دون رصيد والنصب والاحتيال، فتوجه للمتهم، لسؤاله عن الاتهام الذى حام حوله، الذى قام بوضع يده على ما كان أمامه بمكتبته من أوراق، وحاول من بعد إخفاء بعض هذه الأوراق، فانتزعها مأمور الضبط منه. وقد قضت محكمة الموضوع بصحة الإجراءات؛ غير أن محكمة النقض قضت بأن ما أتاه مأمور الضبط من انتزاع دفتر الشيكات وهو فى حيازة المتهم الذى لم يتخل عنه، دون أن يتبين الضابط محتواه قبل فضه، هو تفتيش باطل لوقوعه فى غير حالة تلبس وبغير إذن من النيابة العامة، ولا يغير من ذلك ما حصله الحكم من أقوال ضابط الواقعة من أنه إذا انتقل إلى الشركة التى يديرها المتهم وجده

يجلس أمام مكتبه، ولما أن أحاطه علماً بشخصيته أصابه ارتباك وحاول إخفاء ما كان موضوعاً على المكتب ومن بينه دفتر الشيكات السالف الإشارة إليه، وذلك لما هو مقرر من أنه ليس فى مجرد ما يعترى الشخص من مظاهر الحيرة والارتباك مَهْمَا بلغا ما يوفر التلبس بجريمة، ويبيح من ثم القبض عليه وتفتيشه^(٣١).

والشبهة المجردة لا تصلح أن تكون من الدلائل الكافية لاتخاذ الإجراءات التحفظية، كما أنها لا تصلح من باب أولى أن يشكل توافرها حالة تلبس، وبالتالي لا تصلح لأخذ عينة من جسم المتهم وتحليلها. وتطبيقاً لذلك إذا استوقف مأمور الضبط أحد الأشخاص حال قيادته لسيارته وتحفظ عليه وأخذ منه عينة بول لتحليلها لمجرد اشتباهه فى تعاطيه مخدر دون قيام حالة من حالات التلبس بالجريمة؛ فإن هذه الإجراءات تكون جميعها باطلة^(٣٢).

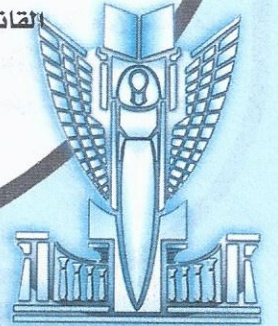
ولا يكفى للدلائل الكافية التى تجيز اتخاذ الإجراءات التحفظية مجرد بلاغ المجنى عليه، وتطبيقاً لذلك قضى فى واقعة تتحصل فى أن أحد سائقي سيارات الأجرة طلب منه المتهمان توصيلهما لمكان معين، وأثناء الطريق طلب منه الأول السير فى طريق ترابى، كما طلب منه الثانى الوقوف لقضاء حاجته، فاستجاب لطلبه، وفجأة جذبه المتهم الأول من السيارة ونزع الثانى مفتاح الإدارة وألقياه أرضاً وانها لا عليه ضرباً، وأطبق

(29) وفى هذا الحكم لم يكن التخلي إرادياً، إذ كان وليد إكراه وقع عليها من الضابط بما أدخله فى روع زوجة المتهم من وجوب تفتيشها وإرسالها إلى المستشفى لإجرائه، ولذلك قضى ببطالان الدليل. نقض جلسة 21 فبراير سنة 1966 مجموعة أحكام النقض، س 17، رقم 32، ص 175.

(30) نقض جلسة 6 فبراير سنة 2002 مجموعة أحكام النقض، س 53، رقم 44، ص 238.

(31) نقض جلسة 19 نوفمبر سنة 1997 مجموعة أحكام النقض، س 48، رقم 194، ص 1281.

(32) نقض جلسة 8 يناير سنة 2018 الطعن رقم 4503 لسنة 85 قضائية.



الأول بيديه على رقبتة واستمر الثاني في الاعتداء عليه بالضرب بركله بقدميه، وحاول الهرب فسقط في مسقاة مياه، وتمكن المتهمان من سرقة السيارة والفرار بها، ثم أمكن بعد ذلك للمجنى عليه السير على قدميه والإبلاغ عن الواقعة، فقام مأمور الضبط القضائي بإجراء تحقيقاته عن الواقعة التي خلصت إلى تحديد شخصية المتهمين، فقام بضبطهما وتعرف المجنى عليه عليهما، واعترفا بالسرقة وأرشدا عن مكان تواجد السيارة. وقد قضت محكمة النقض ببطالان الإجراءات تأسيساً على انتفاء قيام حالة التلبس التي تستوجب أن يتحقق مأمور الضبط القضائي من قيام الجريمة بمشاهدتها بنفسه أو بإدراكها بحاسة من حواسه، ولا يغنيه عن ذلك تلقى نبأها عن طريق الرواية أو النقل من الغير شاعداً كان أو متهماً يقر على نفسه، ما دام هو لم يشهدها أو يشهد أثراً من آثارها ينبئ بذاته عن وقوعها، وأن مجرد بلاغ المجنى عليه لا يوفر بذاته الدلائل الكافية التي تبيح القبض على المتهم وتفتيشه بل يجب أن يقوم مأمور الضبط بعمل تحريات عما اشتمل عليه البلاغ فإذا ما أسفرت هذه التحريات عن توافر دلائل قوية على صحة ماورد فيه عندئذ يسوغ الأمر بطلب القبض على المتهم في الجرائم المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ٣٥ من قانون الإجراءات الجنائية^(٣٣).

ويجب على المحكمة أن تبين في

حكمها الإجراءات التحفظية التي اتخذها مأمور الضبط القضائي إذا توافرت الدلائل الكافية على الاتهام بجريمة من الجرائم التي تجيز اتخاذ هذه الإجراءات، وعلّة ذلك هي بيان ما إذا كانت هذه الإجراءات استطالت إلى القبض المحظور؛ أم أنها ما زالت في نطاق الإجراءات التحفظية. وتطبيقاً لذلك ففي واقعة تتحصل في أن متهمين اثنين اتفقا على أن يتبعوا سيارة نقل محملة بالأجهزة الكهربائية وأن يسرقا ما يتيسر لهما من حمولتها، فقاد الأول سيارته الخاصة بسرعة مساوية لسرعة السيارة النقل وما إن كانت السيارتان بمحاذاة بعضهما، حتى قام الثاني بالقفز إلى السيارة النقل وعندئذ شعر به ابن صاحب الأمتعة الذي كان ينام بصندوق السيارة، حتى قام المتهم الثاني بتهديده بمطوأة وطلب منه إرشاده عن جهاز الفيديو، فأشار له إلى إحدى الكرتين حيث قام ذلك الشخص بالقائها على الأرض، وعند محاولته سرقة بعض الأشياء الأخرى من حمولة السيارة عاجله المجنى عليه بضربه على رأسه بقطعة من الحديد - عتلة - كانت معه فسقط على الأرض حيث لقي مصرعه، وقد تبين أن الكرتونة التي أُلقيت على الأرض بها بعض المصاحف والكتب ولا تحوى أى أجهزة، فقام المتهم الأول بنقل الثاني بعد مفارقتها للحياة بسيارته إلى مشارف بلدته وتركه في السيارة حيث اكتشفت الجريمة. وأثناء المحاكمة دفع المتهم ببطالان القبض والتفتيش

وما تلاه من إجراءات؛ إلا أن محكمة الموضوع قضت بأن لمأمور الضبط القضائي أن يتخذ إزاء المتهم الإجراءات التحفظية المناسبة ويراد بها الإجراءات التي يكون من شأنها أن تحول دون فرار المتهم أو قيامه بإتلاف أو تشويه أدلة الاتهام، وقد تتخذ هذه الإجراءات صورة استيقاف المتهم أو اقتياده إلى مركز الشرطة أو احتجازه وقتاً قليلاً وهذه الإجراءات العارضة والمؤقتة لا تعدو قبضاً وإنما إجراءات تحفظية تفرضها نظرية الضرورة الإجرائية. غير أن محكمة النقض لم تؤيد محكمة الموضوع في منطقتها وقضت بأن الحكم المطعون فيه لم يستظهر في مدوناته ماهية الإجراءات التي اتخذت قبل المتهم، وهل وصلت إلى حد القيد على حريته الشخصية المحظور إجراؤه إلا بالقيود الواردة في نص الدستور فتكون باطلة؛ أم أنها لم ترق إلى ذلك ولم تصل إلى حد القيود الواردة به فتكون صحيحة إعمالاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٣٥ من قانون الإجراءات الجنائية^(٣٤).

ويستخلص مأمور الضبط القضائي الدلائل الكافية من سلوك المتهم وتصرفاته التي تحمل التفسير العادي على الاعتقاد بأنه قد ارتكب إحدى الجرائم المذكورة في المادة ٣٥ إجراءات. ولكن لا يعتبر من قبيل الدلائل الكافية مجرد الإبلاغ عن الجريمة^(٣٥)، أو أن المتهم قد اشتهر عنه ارتكاب الجرائم^(٣٦). كما لا يكفي الشك في سلوك المتهم

(33) نقض جلسة 21 أكتوبر سنة 1990 مجموعة أحكام النقض، س 41، رقم 161، ص 922.

(34) نقض جلسة 21 ديسمبر سنة 1989 مجموعة أحكام النقض، س 40، رقم 205، ص 1274.

(35) الأستاذ أحمد عثمان حمزوى: موسوعة التعليقات، ص 245.

نقض 21 أكتوبر 1990 مجموعة أحكام محكمة النقض س 41، رقم 161، ص 922.

(36) الدكتور عبدالرؤف مهدي، ص 196.

أو الارتياح في تصرفاته لتوافر الدلائل الكافية أو حالة التلبس. ولا تجيز الإجراءات التحفظية احتجاز المتهم وإثبات اعترافه في محضر الضبط، وتطبيقاً لذلك قضى ببطلان الإجراءات إذا قام مأمور الضبط القضائي بعمل أكمنه لضبط أحد المتهمين بارتكاب عدد من جرائم السرقة، ثم تمكن في أحدها من ضبطه واعترف بمحضر الضبط بارتكاب الجريمة، فقام بحجزه إلى اليوم التالي وأثناء ذلك الاحتجاز اعترف بارتكاب جريمة أخرى، فوجهت له النيابة العامة الاتهام بارتكابها، وقد اعتبرت محكمة الموضوع أن ما قام به مأمور الضبط القضائي يدخل ضمن الإجراءات التحفظية التي نصت عليها المادة ٣٥ من قانون الإجراءات الجنائية في فقرتها الثانية؛ غير أن محكمة النقض، اعتبرت أن ما أتاه مأمور الضبط يشكل قبضاً غير مشروع، إذ إن التحفظ لا يجيز الاحتجاز لليوم التالي ولا سؤال المتهم وإثبات اعترافه في أثناء فترة الاحتجاز^(٣٧). ويجب على محكمة الموضوع أن توضح في حكمها ماهية الإجراءات التحفظية التي اتخذها مأمور الضبط القضائي، وأهمية هذا البيان هو الوقوف على أن ما قام به مأمور الضبط القضائي يدخل في نطاق هذه الإجراءات؛ أم أنه خرج عنها ليشكل عمله قبضاً غير مشروع^(٣٨).

وإذا أناط الشارع بمأمور ضبط قضائي معين اختصاصاً خاصاً

بتفتيش الأشخاص وأمتعتهم في دائرة مكانية محددة؛ فإن ذلك يعني أن غيرهم من مأموري الضبط القضائي لا يملكون هذا الحق؛ فإن قاموا بالتحفظ على الشخص وتفتيشه، فذلك يعد قبضاً غير مشروع. وتطبيقاً لذلك فإنه إذا وردت معلومات لضابط مباحث بإدارة أحد المنافذ البرية مفادها تواجد المتهم داخل الدائرة الجمركية قادماً من الجانب الليبي بالسيارة وأنه يحوز بها أسلحة نارية بغير ترخيص فحرر إخبارية بذلك أرسلها لمدير عام جمارك السلوم لاتخاذ اللازم، ثم انتقل الضابط إلى لجنة تفتيش سيارات النقل الثقيل وعند وصول السيارة قيادة المتهم، قام بتفتيشها فعرى بداخل مخزن سرى أسفل المقطورة على بندقية آلية سريعة الطلقات كاملة الأجزاء وبمواجهة المتهم أقربحيازتها، وأثناء المحاكمة دفع المتهم ببطلان القبض والتفتيش لانتفاء حالة التلبس ولقصر حق التفتيش داخل المنفذ على موظفي الجمارك؛ غير أن محكمة الموضوع رفضت الدفع تأسيساً على أن التفتيش الذي أجراه ضابط الواقعة للمتهم بمناسبة عودته إلى الأراضي المصرية لا يعد تفتيشاً بالمعنى الذي قصد الشارع اعتباره عملاً من أعمال التحقيق؛ وإنما هو محض إجراء تحفظي تواضعت عليه سلطات الأمن في جميع منافذ العالم توقيماً للأخطار الداهية التي تعترض البلاد والمواطنين وهو بهذه المثابة لا يلزم لإجرائه أدلة كافية أو إذن سابق من سلطة التحقيق كما لا يلزم الرضا ممن

يحصل تفتيشه. فطعن المحكوم عليه في هذا القضاء، ومحكمة النقض لم يؤيد محكمة الموضوع في قضائها تأسيساً على أن الشارع قد أناط في قانون الجمارك بموظفي الجمارك الحق في تفتيش الأماكن والبضائع ووسائل النقل داخل الدائرة الجمركية وفي الأماكن والمستودعات الخاضعة لإشراف الجمارك وللجمارك أن تتخذ التدابير التي تراها كفيلة بمنع التهريب داخل الدائرة الجمركية، قد أفصح عن أن الغاية من التفتيش الذي تجريه الجمارك وفقاً لأحكام هذه المادة هو منع التهريب داخل الدائرة الجمركية وأنه تفتيش من نوع خاص لا يقيد بقيود القبض والتفتيش المنظمة بقانون الإجراءات الجنائية وبما يوجبه نص الدستور من استصدار أمر قضائي في غير حالة التلبس، كما لم يتطلب المشرع صفة مأمور الضبط القضائي فيمن يجري التفتيش من موظفي الجمارك. وأن الشارع قد قصر حق إجراء هذا التفتيش على موظفي الجمارك وحدهم دون أن يرخص بإجرائه لمن يعاونهم من رجال السلطات الأخرى. وأضافت المحكمة بأن مواد قانون الجمارك قد خلت من نص يخول مأمور الضبط القضائي من غير موظف الجمارك حق تفتيش الأشخاص داخل الدائرة الجمركية، وأن من أجرى تفتيش المتهم هو ضابط مباحث بإدارة المنفذ البري من غير موظفي الجمارك، وتم دون استصدار أمر قضائي ودون قيام حالة من حالات التلبس؛ فإن ما وقع على المتهم هو



(37) نقض جلسة 25 فبراير 1987، مجموعة أحكام محكمة النقض، س 38 رقم 48 ص 325.

(38) نقض جلسة 21 ديسمبر 1989، مجموعة أحكام النقض، س 40 رقم 205 ص 1274.

قبض صريح ليس له ما يبرره ولا سند له من القانون⁽³⁹⁾.

الإجراءات التحفظية عند سؤال المتهم في محضر جمع الاستدلالات: من الواجبات المفروضة قانوناً على مأموري الضبط القضائي في دوائر اختصاصهم أن يقبلوا التبليغات والشكاوى التي ترد إليهم بشأن الجرائم وأن يقوموا بأنفسهم أو بواسطة مرؤوسيههم بإجراء التحريات اللازمة عن الوقائع التي يعلمون بها بأي كيفية كانت وأن يحصلوا على جميع الإيضاحات والاستدلالات المؤدية لثبوت أو نفي الوقائع المبلغ بها إليهم أو التي يشاهدونها بأنفسهم. كما أن عليهم أن يتخذوا جميع الوسائل التحفظية اللازمة للمحافظة على أدلة الجريمة (المادة ٢٤ إجراءات).

وقد نصت المادة ٢٩ من قانون الإجراءات الجنائية على أن: «لمأموري الضبط القضائي أثناء جمع الاستدلالات أن يسمعو أقوال من يكون لديهم معلومات عن الوقائع الجنائية ومرتكبيها، وأن يسألوا المتهم عن ذلك، ولهم أن يستعينوا بالأطباء.....».

ومفاد هذا النص أن مأمور الضبط القضائي يملك اتخاذ الإجراءات التحفظية اللازمة على المتهم في الفترة التي يتم فيها سؤاله بمحضر جمع الاستدلالات، وتمتد كذلك إلى حين عرضه على النيابة العامة. وحقيقة الأمر أن نصوص قانون الإجراءات الجنائية الحالي قد خلت من ضوابط اتخاذ هذه الإجراءات أو الفترة التي يمكن فيها التحفظ على الشخص، وما إذا كانت تبرر تقييد حرية المتهم وتفتيشه

من عدمه؛ بل إن النيابة العامة تتعامل مع هؤلاء المتهمين وكأنهم من المقبوض عليهم، فتأمر بإخلاء سبيلهم بعد العرض عليها، وهذا الأمر لا يكون إلا لمن يقبض عليه. وقد أجاز القضاء احتجاز المتهم لحين سؤاله، فإذا توافرت دلائل كافية على ارتكابه جنائية أو جنحة مما سبق أن نصت عليها المادة ٣٥ من قانون الإجراءات السالف الذكر، جاز اتخاذ الإجراءات التحفظية اللازمة عليه؛ غير أن القضاء لم يعتبر ذلك قبضاً. وتطبيقاً لذلك ففي واقعة تتحصل في أن أحد التجار قد اعتاد الاستعانة بأحد سائقي سيارات النقل والتوجه بها لإحدى المدن لشراء بضاعته، وعلم هذا السائق بأن التاجر يخفي مبالغ مالية كبيرة في صندوق أدوات السيارة، إذ يشتري بها بضاعته، فاتفق السائق مع بعض الأشخاص الآخرين على أن يعترضوا طريقهم حال سيرهم، وأثناء الطريق توقف ونزل من السيارة متعللاً بقضاء حاجته، ولكنه حادث باقي الجناة هاتفياً لتأكيد ما اتفقوا عليه وليعترضوا طريقه، فلما تحقق ذلك تظاهر بالمفاجأة، فطلب منه المجنى عليهم عدم التوقف؛ إلا أنه رفض وأوقف السيارة، فأمكن لباقي الجناة الاستيلاء على أموال المجنى عليه ونجلاه الذي كان بصحبته بالإكراه. فتوجه المجنى عليهما والسائق للتبليغ عن واقعة السرقة، فتلقي ضابط المباحث البلاغ وفتح محضر جمع الاستدلالات بسماع أقوال المجنى عليهما وبأن له من أقوالهما أنهما يتهمان السائق بارتكاب الواقعة، فتحفظ عليه منعاً

من هروبه حتى يتم عرض المحضر على النيابة العامة، ثم قبض على باقي المتهمين. وقد دفع المتهم بطلان القبض عليه، غير أن محكمة الموضوع رفضت هذا الدفع، وأيدتها محكمة النقض وذلك تأسيساً على أن: «من الواجبات المفروضة قانوناً على مأموري الضبط القضائي في دوائر اختصاصهم أن يقبلوا التبليغات والشكاوى التي ترد إليهم بشأن الجرائم وأن يقوموا بأنفسهم أو بواسطة مرؤوسيههم بإجراء التحريات اللازمة عن الوقائع التي يعملون بها بأي كيفية كانت وأن يستحصلوا على جميع الإيضاحات والاستدلالات المؤدية لثبوت أو نفي الوقائع المبلغ بها إليهم أو التي يشاهدونها بأنفسهم، كما أن المادة ٢٩ من قانون الإجراءات الجنائية تخول مأموري الضبط القضائي أثناء جمع الاستدلالات أن يسمعو أقوال من يكون لديهم معلومات عن الوقائع الجنائية ومرتكبيها، وأن يسألوا المتهم عن ذلك، ويكون سؤال مأمور الضبط القضائي للمتهم عن الاتهام الذي حام حوله في جريمة السرقة بالإكراه- في نطاق ما يتطلبه جمع الاستدلالات- والتحفظ عليه منعاً من هروبه حتى يتم عرضه على النيابة العامة في خلال الوقت المحدد قانوناً، قد تم صحيحاً⁽⁴⁰⁾. وقضى بأن استدعاء مأمور الضبط القضائي للمتهم بسبب اتهامه في جريمة ضرب مفضي إلى الموت، لا يعدو أن يكون توجيه الطلب إليه بالحضور لسؤاله عن الاتهام الذي حام حوله في نطاق ما يتطلبه جمع الاستدلالات والتحفظ عليه منعاً من هروبه حتى يتم عرضه على النيابة

(39) نقض جلسة 11 فبراير سنة 2017 الطعن رقم 32432 لسنة 85 قضائية.

(40) نقض جلسة 18 نوفمبر سنة 2017 الطعن رقم 5969 لسنة 85 قضائية.

العامّة خلال الوقت المحدد^(٤١).

ويلاحظ أن قيام النيابة العامّة بإجراء التحقيق بنفسها لا يقتضى منع مأمورى الضبط القضائي عن القيام بواجباتهم التى فرضها الشارع عليهم، ويجب أن ترسل هذه المحاضر إلى النيابة لتكون عنصراً من عناصر الدعوى التى يجرى التحقيق فيها. فإذا كانت النيابة العامّة تجرى تحقيقاً فى جريمة قتل عمد؛ فإنه يجوز لمأمورى الضبط استدعاء من ثارت حوله الشبهات بسبب اتهامه فى هذه الجريمة، والتحفظ عليه منعاً من هروبه حتى يتم عرضه على النيابة العامّة^(٤٢).
التمييز بين الإجراءات التحفظية والإجراءات الإدارية؛

يجرى فى بعض الأماكن كالمطارات والموانئ والممرات البحرية الدولية والأنفاق مثل نفق قناة السويس تفتيش الأشخاص بحثاً عن الأسلحة أو المفترقات وتأمين سلامة وسائل النقل، والفرق بين هذا الإجراء وبين الإجراءات التحفظية التى نصت عليها المادة ٣٥ من قانون الإجراءات الجنائية، أن الأول يعد تفتيشاً إدارياً؛ بخلاف الثانى الذى يعتبر من إجراءات التحقيق. وبينما التفتيش الإدارى لا يستهدف البحث عن جريمة

معينة أو جمع الأدلة على وقوعها؛ إذ لا يعدو أن يكون إجراء تحفظياً وقائياً، فلا يعد تفتيشاً بالمعنى الذى قصد الشارع اعتباره عملاً من أعمال التحقيق؛ فإن الإجراءات التحفظية تهدف إلى الحصول على دليل من الأدلة وبيانه مأمورى الضبط بمناسبة وقوع جريمة، وهو ما يقتضى توافر دلائل كافية على ارتكاب جنائية أو إحدى الجناح المنصوص عليها على سبيل الحصر. وهذه الدلائل لا يلزم توافرها فى التفتيش الإدارى، فقد يخضع كافة المترددين على مكان معين لهذا التفتيش، دون أن تطلب توافر شبهة معينة أو قرائن محددة.

وبينما لا يلزم توافر صفة الضبط القضائي فيمن يقوم بإجراء التفتيش الإدارى؛ فإن الإجراءات التحفظية تقتضى توافر هذه الصفة. وهناك فرق آخر، هو أنه فى حالة التفتيش الإدارى؛ فإن إرادة الشخص بالخضوع لهذا التفتيش تظل قائمة، إذ يكون بمقدوره عدم الدخول فى المكان الذى يجرى التفتيش فيه، فمثلاً بمقدوره عدم دخول صالة السفر بالمطار، وبمقدوره عدم زيارة السجن؛ أما الإجراءات التحفظية فإن إرادة الشخص لا تكون لها دور، إذ تجرى

هذه الإجراءات بدون رضاه. وفى حين أن الإجراءات التحفظية فى غير حالة التلبس التى تكون محل شخص يتمتع بإحدى الحصانات توجب اتخاذ إجراءات رفع هذه الحصانة قبل القيام بالإجراء؛ فإن إجراءات التفتيش الإدارى يخضع لها كافة الأشخاص حتى ولو كان يتمتع بصفة الحصانة أياً كان نوعها وشخص المتمتع بها وصفته^(٤٣).

وللتفتيش الإدارى أهمية فى الإجراءات الجنائية، إذ إن هذا التفتيش يقتضى التحفظ على الشخص وقتاً قصيراً يتطلبه إتمام إجراءات الفحص، وقد يسفر هذا التفتيش عن ضبط شيء تعد حيازته جريمة، وفى هذه الحالة تتوافر حالة التلبس، ويكون الدليل الناتج عن الإجراء مشروعاً. ويستوى أن تكون الرحلة التى يجرى فيها هذا التفتيش داخلية أم دولية، كما يستوى أن يكون الشخص مسافراً أو غير مسافر، ولا أهمية كذلك إذا جرى التفتيش على باب صالة السفر وقبل إقلاع الطائرة أو بعد ذلك^(٤٤). ولا يشترط أن يكون الدليل الذى يسفر عنه التفتيش الإدارى له صلة بفرض التفتيش، وتطبيقاً لذلك تتوافر حالة التلبس إذا تبين من مرور أمتعة المسافر فى

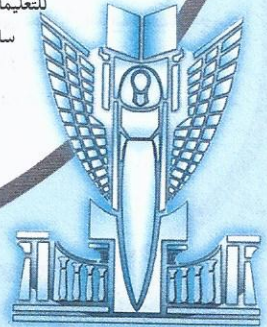
(41) نقض جلسة 8 يناير سنة 1996 مجموعة أحكام النقض، س 47، رقم 2، ص 21.

(42) نقض جلسة 3 أكتوبر سنة 1991 مجموعة أحكام النقض، س 42، رقم 133، ص 958.

(43) نقض جلسة 17 ديسمبر سنة 2019 الطعن رقم 13623 لسنة 87 قضائية.

وكانت الواقعة موضوع هذا الحكم أن سيارة المتهم الأول وهو أحد أصحاب الحصانات التى يقودها المتهم الثانى كانت متجهة نحو كمين غرب نفق قناة السويس وبصحبتهما المتهم الثالث، وفى الطريق اتصل المتهم الأول بصديق له هو أحد الضباط بقوات حرس الحدود بمنطقة كمين غرب النفق، وتقابل معه، وتقدمه بسيارته العسكرية التى يقودها أحد الجنود صوب حارة الشرطة العسكرية التى يقف بها أحد الجنود، والذى أشار إلى السيارة المدنية قيادة المتهم الأول بالتوقف طبقاً للتعليمات، رافضاً إلحاح ومحاولات ضابط حرس الحدود فى السماح لها بالمرور، وأتت النفق رئيس مباحث النفق، ومرافقه معاون المباحث وقد ساورتهما الشكوك والريبة لدخول السيارة المدنية للعبور من الحارة المخصصة للقوات المسلحة وبها مخالفات واضحة من زجاج ملون حاجب للرؤية ولوحات معدنية بلاستيكية غير تلك المعدنية التى يتم صرفها. فطلباً منه تفتيش السيارة رضاء فوافق المتهم الأول على إجراء التفتيش، وأثناء مرور كلب الحراسة حول السيارة توقف أمام الباب الخلفى الأيسر وأخذ فى النباح بشدة، وهنا طلب رئيس المباحث منه فتح أبواب السيارة وإنزال مستقليها، وعند فتح الباب المواجه للكلب هجم على الحقيبة الموجودة على المقعد الخلفى الأيسر وأطبق عليها بأسنانه وجذبها عنوة إلى خارج السيارة، فتمزقت أحشاؤها وسقطت منها قطع من جوهر الحشيش المخدر. وقد قالت محكمة النقض فى هذا الحكم إن رضاء الشخص بالتفتيش الإدارى ليس شرطاً لصحته.

(44) نقض جلسة 14 مارس سنة 2021 الطعن رقم 13531 لسنة 88 قضائية.



جهاز كشف الحقائق وجود أجسام مستقيمة معتمة وبفضها تبين أنها ثلاث لافافات بداخل كل منها العديد من أشرطة الأقراص المخدرة^(٤٥)، أو أن يسفر فحص الأمتعة عن حيازة المسافرين قدرًا من العملات الأجنبية يزيد عن المسموح به^(٤٦)، أو أن يحوز ممنوعات.

رابعاً: التحفظ على الأشخاص في قانون مكافحة الإرهاب:

نصت المادة ٤٠ من قانون مكافحة الإرهاب رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥ والمعدلة بالقانون رقم ١١ لسنة ٢٠١٧ على أن: «لمأمور الضبط القضائي، لدى قيام خطر من أخطار جريمة الإرهاب ولضرورة تقتضيها مواجهة هذا الخطر، الحق في جمع الاستدلالات عنها والبحث عن مرتكبيها والتحفظ عليهم لمدة لا تجاوز أربعاً وعشرين ساعة.

ويحرر مأمور الضبط القضائي محضراً بالإجراءات، ويعرض المتحفظ عليه صحيفة المحضر على النيابة العامة أو سلطة التحقيق المختصة بحسب الأحوال.

وللنيابة العامة أو سلطة التحقيق المختصة لذات الضرورة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة وقبل انقضاء المدة المنصوص عليها فيها أن تأمر باستمرار التحفظ لمدة أربعة عشر يوماً، ولا تجدد إلا مرة واحدة ويصدر الأمر مسبباً من محام عام على الأقل أو ما يعادلها. وتحسب مدة التحفظ ضمن مدة الحبس الاحتياطي، ويجب إيداع المتهم في أحد الأماكن المخصصة قانوناً. وتتبع في التظلم من أمر استمرار التحفظ الأحكام المقررة بالفقرة

الأولى من المادة (٤٤) من هذا القانون».

تقدير خطة الشارع في شأن التحفظ في قانون مكافحة الإرهاب:

بموجب نص المادة ٤٠ من قانون مكافحة الإرهاب السالف الذكر فقد أجاز الشارع قيام مأمور الضبط القضائي بالتحفظ على الأشخاص لمدة أربع وعشرين ساعة، كما أجاز للنيابة العامة أن تأمر باستمرار التحفظ على الشخص مدة كانت لا تجاوز سبعة أيام، ثم صارت بالتعديل الذي جاء به القانون رقم ١١ لسنة ٢٠١٧ مدة أربعة عشر يوماً، وذلك إذا قام خطر من أخطار جريمة إرهاب، ولضرورة مواجهة هذا الخطر.

وهناك العديد من المآخذ والملاحظات على خطة الشارع، نوجزها فيما يلي:

أولاً: أن الشارع لم يستوجب لاتخاذ إجراء التحفظ أن تقع جريمة من جرائم الإرهاب بالفعل؛ بل نص على اتخاذ هذا الإجراء إذا قام مجرد خطر من أخطار جريمة الإرهاب، وهذا الخطر يعني أن الجريمة لم تقع بعد؛ وإنما هي على وشك الوقوع. ويستفاد ذلك من قول الشارع من وجوب توافر ضرورة تقتضيها مواجهة هذا الخطر.

ثانياً: أن عبارة «خطر من أخطار جريمة الإرهاب» هي أوسع نطاقاً من التحضير لارتكاب جريمة من جرائم الإرهاب، وعلة ذلك أن الشارع عاقب على التحضير أو الإعداد للجريمة بوصفها جريمة تامة، حتى ولو لم يتعد عمله الإعداد أو التحضير لها (م ٣٤ القانون).

ثالثاً: أن تقدير قيام الخطر والضرورة التي تقتضيها مواجهته هو

أمر يستقل مأمور الضبط القضائي بتقديره، وهو أمر بالغ الأثر على الحريات.

رابعاً: خلط الشارع بين التدابير الإدارية التحفظية التي تقتضي منع حدوث الجريمة والحيولة دون وقوعها؛ وبين الإجراءات التي تتخذ عقب ارتكاب جريمة وتتسم بطابعها التنقيبي وتدخل ضمن أعمال الضبط القضائي. فقيام الخطر من وقوع الجريمة يعني أنها لم تقع، وأن هناك خشية من وقوعها، فاعتبر الشارع أن ضرورة مكافحة وقوع جرائم الإرهاب تقتضي التحفظ على الشخص مدة أربعة وعشرين ساعة.

خامساً: لا يوجد فرق من الناحية الواقعية بين التحفظ على الشخص والقبض عليه، فكلاهما ينطوي على تقييد حرية الشخص، وإن كان القبض أوسع نطاقاً، إذ يجيز تفتيش الشخص؛ أما التحفظ فالأصل فيه أنه لا يتماثل في هذه الناحية مع القبض، فلا يجوز تفتيش الشخص المتحفظ عليه أو سيارته تفتيشاً تنقيبياً؛ لأن الشخص ليس في حالة تلبس، ولم يصدر أمر من سلطات التحقيق أو المحاكمة بالقبض عليه.

سادساً: لم يتطلب الشارع عند عرض المتحفظ عليه على سلطة التحقيق شروطاً موضوعية تختلف عن الشروط التي جرى التحفظ لأول مرة استناداً إليها، فقد نص الشارع على أن «للنيابة العامة أو سلطة التحقيق المختصة، لذات الضرورة المنصوص في الفقرة الأولى..... أن تأمر باستمرار التحفظ.....». ويعني ذلك أن كل ما يجب أن تتحقق سلطة التحقيق

(45) نقض جلسة 6 يناير سنة 2014، الطعن رقم 367 لسنة 83ق؛ نقض 30 سبتمبر 2017، الطعن رقم 26930 لسنة 85 ق.

(46) نقض جلسة 13 مارس سنة 2021 الطعن رقم 12054 لسنة 90 قضائية.

منه هو وجود خطر من وقوع جريمة من جرائم إرهاب، وأن هناك ضرورة لمواجهة هذا الخطر تقتضى استمرار التحفظ على الشخص. وكان يجب على الشارع أن ينص على وجوب توافر دلائل كافية أو شبهات قوية على إسهام هذا الشخص فى جريمة من جرائم الإرهاب، وهذه الجرائم يتسع نطاقها على نحو كبير بحيث تشكل التحضير والتحريض والمساعدة والاتفاق حتى ولو لم يكن متبوعاً بأثر. غير أن الشارع لم يقيد سلطة التحقيق بأى قيد سوى أن تتحقق من توافر الخطر من وقوع جريمة - لم تقع أصلاً - وأن ضرورة مواجهة هذا الخطر تقتضى استمرار التحفظ على الشخص.

سابعاً: جعل الشارع استمرار التحفظ على الشخص فى هذه الحالة بقرار مسبب يصدر من درجة محام عام على الأقل أو ما يعادلها، ولمدة لا تتجاوز أربعة عشر يوماً يجوز مدها لمرة واحدة. ويبدو أن الشارع قد شعر أن إجراء التحفظ الذى يتم بدون التحقق من ارتكاب جريمة، ودون توافر حالة من حالات التلبس أو أمر بالقبض؛ بل وحتى دون توافر الدلائل الكافية، هو إجراء يتسم بالجسامة فحرص على أن يكون اتخاذه من درجة محام عام على الأقل أو ما يعادلها وهى درجة رفيعة فى التدرج الوظيفى للنيابة العامة. غير أنه فات الشارع أن هناك فرقاً مهماً بين درجة مصدر الأمر، وبين الشروط الموضوعية لإصدار الأمر، فلا يغنى الأول عن الثانى،

وليس فى صدور الأمر من محام عام، ما يحصن الأمر الذى يفتقد للحدود الدنيا من الضوابط الموضوعية، وليس لشخص مصدر الأمر صلة بموضوع الأمر ذاته.

والمقصود بتعبير ما يعادل درجة المحامى العام، رؤساء النيابة الذين يتم ندهبهم من النائب العام للقيام بعمل المحامى العام فترة من الوقت، فحينئذ يقوم رئيس النيابة بعمل المحامى العام. غير أن النص السابق قد يثير بعض الصعوبة إذا كان الذى يتولى التحقيق هو قاضٍ للتحقيق، فهل يملك هذا القاضى سلطة إصدار الأمر باستمرار التحفظ على الشخص؟ فى تقديرنا أن هذا القاضى يجب أن يكون فى درجة المحامى العام، أى أن يكون من قضاة محكمة الاستئناف، إذ يصدق عليه فى هذه الحالة أنه فى درجة تعادل درجة المحامى العام، ويعنى ذلك أن من تقل درجته عن هذه الدرجة من قضاة التحقيق لا يكون بمقدوره اتخاذ هذا القرار. ويجب أن يكون القرار مكتوباً ومسبباً، والا وقع باطلاً، كما أنه يحسب من مدة التحفظ اليوم الذى بدأ فيه، أى اليوم الذى تم التحفظ فيه على الشخص بمعرفة مأمور الضبط القضائى.

ثامناً: تعامل الشارع مع التحفظ على الأشخاص كأنه حبس احتياطى، فأجاز للمتخلف عليه أن يتظلم منه وفقاً لإجراءات استئناف الحبس الاحتياطى التى نص عليها فى المادة ٤٤ من قانون مكافحة الإرهاب، كما نص على احتساب مدة التحفظ من مدة الحبس الاحتياطى، وأوجب أن يتم إيداع الشخص فى الأماكن المخصصة قانوناً، وهذه الأماكن تخضع لقانون تنظيم السجون، وتعتبر أماكن

حجز يجوز للنيابة العامة وسلطة القضاء زيارتها طبقاً للقانون.

تاسعاً: فى تقديرنا أن إجراء التحفظ الذى نص الشارع عليه فى المادة ٤٠ من قانون مكافحة الإرهاب السالف الذكر يتعارض مع نص المادة ٥٤ من الدستور التى نصت فى فقرتها الأولى على أن: «الحرية الشخصية حق طبيعى، وهى مصونة لا تمس، وفيما عدا حالة التلبس، لا يجوز القبض على أحد، أو تفتيشه، أو حبسه، أو تقييد حريته بأى قيد إلا بأمر قضائى مسبب يستلزمه التحقيق».

وهذا النص يستوجب إما وقوع جريمة فى حالة تلبس؛ وإما أن تقع جريمة ويستلزم التحقيق تقييد حرية شخص، وفى هذه الحالة يصدر هذا التقييد بأمر قضائى مسبب. ومن أصول الشرعية الجنائية أن وقوع الجريمة ابتداءً هى السند فى فتح تحقيق فى الواقعة؛ فإن انتفى عن هذه الواقعة صفة الجريمة، لم يكن لسلطة التحقيق أن تمضى فيه. وإذا تحققت سلطة التحقيق من وقوع جريمة أو ثارت شبهة قوية فى وقوعها؛ فإن سند اتخاذ هذه السلطة إجراءات مقيدة للحرية هو وجود دلائل كافية أو شبهات قوية على إسهام الشخص فى هذه الجريمة. وهذه الأصول التى تشكل أساساً للشرعية الجنائية قد خالفها الشارع؛ فهو لم يتطلب وقوع جريمة من جرائم الإرهاب؛ بل اكتفى بخطر وقوعها. ولم يتطلب توافر قرائن أو دلائل أو شبهات من أى نوع ضد شخص المتخلف عليه. وهو ما يؤدى إلى جواز التحفظ على الشخص لمدة تصل إلى خمسة عشرة يوماً دون ضرورة من ضرورات التحقيق، أو حتى التحقق من وقوع



جريمة من الجرائم التي نص عليها الشارع في قانون مكافحة الإرهاب، ودون رقابة قضائية تذكر. وإذا أضفنا إلى ما سبق أن تحديد الشارع لماهية جريمة الإرهاب يتسم بالتوسع الشديد، سواء في نطاق التجريم، أو في مضمون الجرائم التي ينص الشارع عليها، بما يجعل إجراءات التحقيق شديدة الوطأة في ذاتها، إذ يسمح هذا التوسع في نطاق التجريم بتوسع مماثل في إجراءات الاتهام والتحقيق، فإذا كان هذا هو شأن إجراءات التحقيق؛ فإن إجراءات التحفظ تتسم بتوسع لا نظير له، وهي تتعارض - في تقديرنا - مع نصوص الدستور.

خامساً: اتجاهات القضاء في تقرير مدى دستورية الإجراءات التحفظية على الأشخاص

• **وضع المسألة:** ذكرنا أن الفقرة الأولى من المادة ٥٤ من الدستور، التي تكرر النص عليها في دستور ١٩٧١، ٢٠١٢^(٤٧)، على أنه «... وفيما عدا حالة التلبس، لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه، أو تقييد حريته بأى قيد إلا بأمر قضائي مسبب يستلزمه التحقيق». والتفسير الحرفي لهذا النص، يحظر تقييد الحرية الشخصية إلا في حالة من حالات التلبس أو بإذن من جهة قضائية مختصة، وهو ما يثير التساؤل عن مدى دستورية نص الفقرة الثانية من المادة ٣٥ من قانون الإجراءات السالفة الذكر التي تجيز لمأمور الضبط القضائي في حال توافر الدلائل الكافية في الجرائم التي نصت عليها اتخاذ

الإجراءات التحفظية المناسبة وأن يطلب من النيابة العامة إصدار الأمر بالقبض على المتهم.

اتجاهات محكمة النقض:

اختلفت وجهة محكمة النقض إلى ثلاثة اتجاهات: الأول يرى أن ما نصت عليه المادة ٣٥ إجراءات في فقرتها الثانية ليس قبضاً، ومن ثم فهو لا يعدو أن يكون إجراءً وقائياً يملكه مأمور الضبط القضائي. ثم برز في أحكام محكمة النقض اتجاه ثانٍ يرى صراحة عدم دستورية نص المادة ٣٥ السالف الذكر؛ غير أن الأحكام التالية لهذا الاتجاه الثاني لم تشر إلى عدم دستورية هذا النص. وفيما يلي نبين وجهات محكمة النقض الثلاث، ثم نبين رأينا في ذلك.

الاتجاه الأول: الإجراءات التحفظية ليست قبضاً:

ظلت أحكام محكمة النقض متواترة على حق مأمور الضبط القضائي في اتخاذ الإجراءات التحفظية في الجرائم السالفة الذكر، حتى ولو لم تتوافر حالة التلبس. ويلاحظ أن هذه الأحكام كانت نائية على صدور دستور ١٩٧١ الذي حصرت المادة ٤١ منه تقييد الحرية الشخصية في حالتى التلبس وصدور أمر قضائي^(٤٨). وسند المحكمة في ذلك أن القبض على الإنسان إنما يعنى تقييد حريته والتعرض له بإمساكه وحجزه ولو لفترة يسيرة تمهيداً لاتخاذ بعض الإجراءات ضده، وهو يختلف عن الإجراء التحفظي المنصوص عليه في المادة ٣٥ من قانون الإجراءات

الجنائية المعدلة بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢، الذي أوردت المذكرة الإيضاحية له أنه يعتبر «إجراءً وقائياً» حتى يطلب من النيابة العامة صدور أمرها بالقبض، فلا يعتبر قبضاً بالمعنى القانوني وليس فيه مساس بحرية الفرد، إذ إن هذه الحرية يجب أن يزاولها في الإطار الاجتماعي للمصلحة العامة، فلا مساس بهذه الحرية إذا طلب من الشخص أن يمكث في مكانه لحظات أو فترة قصيرة مثلما هو مقرر من أن لمأمور الضبط القضائي عند انتقاله إلى مكان الحادث في حالة التلبس أن يمنع الحاضرين من مبارحة محل الواقعة أو الابتعاد عنه حتى يتم تحرير المحضر وهو ما لا يعتبر قبضاً^(٤٩). وقضت في حكم آخر بأن الإجراءات التحفظية لا يجوز أن تستطيل إلى ما يعتبر قيداً على الحرية الشخصية وفقاً لصريح نص الفقرة الأولى من المادة ٤١ من الدستور (دستور ١٩٧١). وأنه إذا كان الحكم المطعون فيه لم يستظهر في مدوناته ماهية الإجراءات التي اتخذت قبل المتهم، وهل وصلت إلى حد القيد على حريته الشخصية المحظور إجراؤه إلا بالقيود الواردة في النص الدستوري الأنف الذكر فتكون باطلة، أم أنها لم ترق إلى ذلك ولم تصل إلى حد القيود الواردة به فتكون صحيحة إعمالاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٣٥ من قانون الإجراءات الجنائية؛ فإنه يكون معيباً^(٥٠).

ويعنى ذلك أن محكمة النقض في هذا الحكم تسلم بدستورية

(47) وهذا النص يقترب في صياغته من نص المادة 41 من دستور سنة 1971 والمادة 8 من الإعلان الدستوري المؤقت لسنة 2011، والمادة 35 من دستور 2012 في فقرتها الأولى، مع ملاحظة أن صياغة دستور 1971 تفضل صياغة دستور 2012، 2014 على نحو ما سبق ذكره في المتن.

(48) نقض جلسة 14 أكتوبر 1984، مجموعة أحكام النقض، س 35 رقم 143 ص 658.

(49) نقض جلسة 25 فبراير 1987، مجموعة أحكام محكمة النقض، س 38 رقم 48 ص 325.

(50) نقض جلسة 21 ديسمبر 1989، مجموعة أحكام النقض، س 40 رقم 205 ص 1274.

الإجراءات التحفظية؛ ولكنها تتطلب أن يوضح حكم الإدانة ماهية هذه الإجراءات للوقوف عما إذا كانت تدخل في هذه الإجراءات وتصير بذلك مشروعة؛ أم أنها تخرج عنها وتصبح بذلك مشكلة لقبض غير مشروع.

الاتجاه الثاني: عدم دستورية الإجراءات التحفظية في غير حالة التلبس؛

ذهب اتجاه ثان لقضاء محكمة النقض إلى التصدي لدستورية نص الفقرة الثانية للمادة ٣٥ السالفة الذكر، والقول بعدم دستورية هذا النص واعتباره منسوخاً بنص المادة ٤١ من الدستور السابق. ففى واقعة نتحصل فى أن أحد مأمورى الضبط القضائى قد ورد له بلاغ بوقوع جرائم تزوير شيكات بأحد البنوك واستعمال هذه الشيكات المزورة وارتباطها بجرائم نصب وإصدار شيكات من دون رصيد، فتوجه إلى المتهم الذى يعمل موظفاً بهذا البنك، لسؤاله وجمع الاستدلالات عن الواقعة، فاعترى الموظف الارتباك وقام بوضع يده على بعض الأوراق الموضوعة على مكتبه وحاول إخفاء دفتر الشيكات الذى كان قد أبلغ بفقده، فقام مأمور الضبط بانتزاع هذا الدفتر من يده، ف قضى بالإدانة؛ غير أن محكمة النقض قضت بإلغاء الحكم تأسيساً على عدم توافر حالة التلبس وأن ما قام به مأمور الضبط من التحفظ على المتهم هو القبض

غير المشروع. غير

أن المحكمة لم

تكتف بالقول

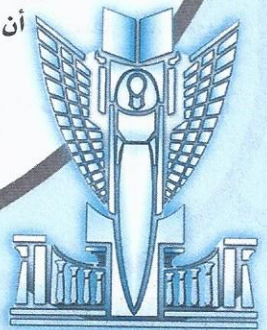
بأن ما

قام

به مأمور الضبط لا يدخل فى مدلول الإجراءات التحفظية؛ بل تطرقت فى حكمها إلى التصدي لمدى دستورية نص المادة ٣٥ السالفة الذكر. فقالت فى حكمها أنه «لما كان الدستور فى القانون الوضعى الأسمى صاحب الصدارة على ما دونه من تشريعات يجب أن ينزل على أحكامه، فإذا تعارضت هذه مع تلك وجب التزام أحكام الدستور وإهدار ما سواها يستوى فى ذلك أن يكون التعارض سابقاً أو لاحقاً على العمل بالدستور، لما هو مقرر من أنه لا يجوز لسلطة أدنى فى مدراج التشريع أن تلغى أو تعدل أو تخالف تشريعاً صادراً من سلطة أعلى، فإذا فعلت السلطة الأدنى ذلك تعين على المحكمة أن تلتزم تطبيق التشريع صاحب السمو والصدارة ألا وهو الدستور وإهدار ما عداه من أحكام متعارضة معه أو مخالفة له إذ تعتبر منسوخة بقوة الدستور ذاته». وأضافت المحكمة: إن نص الفقرة الأولى من المادة ٤١ من الدستور قاطع الدلالة فى أنه فى غير أحوال التلبس لا يجوز وضع أى قيد على الحرية الشخصية إلا بإذن من القاضى المختص أو من النيابة العامة، ولا يغير من ذلك عبارة «وذلك وفقاً لأحكام القانون» التى وردت فى نهاية تلك الفقرة بعد إيرادها الضمان المشار إليه، إذ إنها تشير إلى الإحالة إلى القانون العادى فى تحديد الأحوال التى يجوز فيها صدور الأمر من قاضى التحقيق والأحوال التى يجوز فيها صدوره من النيابة العامة طبقاً لنص المادتين ١٩٩، ٦٤ من قانون الإجراءات الجنائية^(٥١). وفى واقعة أخرى نتحصل فى أن

محكمة الموضوع ذكرت فى بيانها للواقعة التى قضت بإدانة المتهم بارتكابها أنه كان واقفاً بجوار إحدى محطات القطر ممسكاً لكمية كبيرة من العملات الورقية المزيفة ومن ثم تكون جنائية إحراز العملة المزيفة مع علمه بذلك بقصد ترويجها متلبساً بها لوجود مظاهر خارجية أنبأت عن وقوعها مما يبيح لمأمورى الضبط القضائى القبض على المتهم وتفتيشه دون إذن من سلطة التحقيق عملاً بالمادتين ٣٤، ٤٦ من قانون الإجراءات الجنائية. غير أن محكمة النقض قضت بإلغاء الحكم وببراءة المتهم، فبعد أن تناولت نص المادتين ٣٤، ٣٥ من قانون الإجراءات الجنائية قالت المحكمة «إن مؤدى الواقعة كما أوردتها الحكم وحصله فى أقوال الضابطين شاهدى الإثبات ليس فيها ما يدل على أن الجريمة شوهدت فى حالة من حالات التلبس من القبض على المتهم لمجرد رؤيتهما له ممسكاً بالأوراق المالية المقلدة، دون أن يتبين الضابطين أمر هذه الأوراق؛ خصوصاً أنه لا يمكن تبين تقليدها للوهلة الأولى وما إذا كان يمكن أن يخدع بها الشخص العادى ويقبلها فى التداول على أنها عملة صحيحة، هو تفتيش باطل لوقوعه فى غير حالة تلبس وأنه لما كانت الفقرة الأولى من نص المادة ٤١ من الدستور- السابق- قد نصت على أن الحرية الشخصية حق طبيعى وهى مصونة لا تمس وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأى قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزم ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع ويصدر هذا الأمر

(51) نقض جلسة 19 نوفمبر 1997 بمجموعة أحكام النقض، س 48 رقم 194 ص 1281.



من القاضى المختص أو النيابة العامة، وذلك وفقاً لأحكام القانون وكان مؤدى هذا النص أن أى قيد يرد على الحرية الشخصية بوصفها من الحقوق الطبيعية المقدسة للإنسان من حيث كونه كذلك يستوى فى ذلك أن يكون القيد قبضاً أم تفتيشاً أو جوب منعاً من التنقل أم كان غير ذلك من القيود على حريته الشخصية لا يجوز إحرازه إلا فى حالة من حالات التلبس، كما هى معرفة به قانوناً أو بإذن من جهة قضائية مختصة⁽⁵²⁾.

ويستفاد من هذا الحكم أن محكمة النقض قد تناولت فى حكمها نص المادة ٣٥ من قانون الإجراءات الجنائية، على الرغم من أنه لم يكن مطروحاً تطبيقه على محكمة الموضوع، وحرصت محكمة النقض على أن تدلى ضمناً بوجهتها من أن أى قيد يرد على الحرية الشخصية حتى ولو كان منعاً من التنقل أو غير ذلك من القيود؛ فإنه يجب أن يكون فى حالة التلبس أو بأمر من جهة قضائية مختصة؛ وإلا صار مخالفاً للدستور. فالمحكمة قد أكدت قضاءها السابق ولكن بصورة ضمنية من أن نص المادة ٣٥ السالف الذكر هو مخالف للدستور.

الاتجاه الثالث: أحكام لاحقة لم تشر لعدم دستورية الإجراءات التحفظية؛

على الرغم من صدور أحكام تالية لمحكمة النقض تتعلق بالإجراءات التحفظية التى نصت عليها المادة ٣٥ السالف الذكر؛ فإن الملاحظ أنها لم تكرر ما قضت به من عدم دستورية هذا النص، بل قد تناول قضاؤها شروط تطبيق هذا النص

ومدى توافر الحالات التى تبرر اتخاذ الإجراءات التحفظية. فقد قضت بأنه «لما كان المستفاد من نص المادة ٣٥ / ٢ إجراءات أنه إذا وجدت دلائل كافية على اتهام شخص بارتكاب جنائية أو جنحة مما نصت عليه، جاز لمأمور الضبط القضائى أن يتخذ الإجراءات التحفظية المناسبة، وله فى هذه الحالة عملاً بالمادة ٢٩ من القانون المذكور أن يسأل المتهم عن الواقعة فإن نعى الطاعن بشأن الرد على منازعته فى إجراءات الضبط يكون غير سديد»⁽⁵³⁾.

وقضت بأن استدعاء مأمور الضبط القضائى للمتهم لسؤاله بعد أن كشفت تحرياته عن أنه مرتكب جريمة قتل خالته التى تقيم معه بمنزله فى شقة مستقلة لا يعدو أن يكون توجيه الطلب إليه لسؤاله فى نطاق ما يتطلبه جمع الاستدلالات والتحفظ عليه منعاً من هروبه حتى يتم عرضه على النيابة، وذلك بعد أن اعترف له بالجريمة وأرشده عن الأداة المستعملة فى الحادث والملابس التى كانت عليه وقته. وأضافت المحكمة؛ إنه لما كان استدعاء المتهم على النحو السابق لم يكن مقروناً بإكراه ينتقص من حريته ولا يعد قبضاً بالمعنى القانونى؛ فلا يؤثر فيما قام به الضابط من إجراءات أجازها القانون⁽⁵⁴⁾. وظاهر من هذا الحكم أن اعتراف المتهم لمأمور الضبط القضائى وإرشاده عن أداة الجريمة يعد من الدلائل الكافية التى تجيز التحفظ على المتهم، ولا يعد قبضاً بالمعنى الدقيق فى نظر قضاء محكمة النقض.

رأينا الخاص - عدم دستورية المادة ٣٥ من قانون الإجراءات الجنائية؛ إن التحليل الدقيق لنص المادة ٥٤ من الدستور الحالى التى تكاد تتطابق مع ما كان دستور ١٩٧١، ٢٠١٢ ينص عليه، يجعل من المتعذر القول بدستورية المادة ٣٥ من قانون الإجراءات الجنائية.

وعلة ذلك أن المادة ٥٤ من الدستور لا تجيز تقييد الحرية الشخصية بأى قيد إلا فى إحدى حالتين: الأولى هى التلبس، والثانية هى الأمر القضائى المسبب. فهذا النص يقرر صراحة عدم جواز اتخاذ أى إجراء مهما كانت صفته إلا بتوافر حالة من هاتين الحالتين. وانتفاء حالة التلبس لا يخول لمأمور الضبط التحفظ على المتهم؛ لأن هذا التحفظ يتضمن بطريق اللزوم تقييداً لحريته، ومن ثم يكون النص على جواز اتخاذ الإجراءات التحفظية ضد المتهم يتناقض مع نص المادة ٥٤ من الدستور. غير أن سلب مأمور الضبط القضائى سلطة اتخاذ الإجراءات التحفظية المقيدة للحرية فى غير حالة التلبس لا يتنافى مع سلطته فى اتخاذ الإجراءات التى لا تتضمن تقييداً للحرية أو انتقاصاً لها.

وفى ضوء هذه القواعد يمكن التوفيق بين الاتجاهات المتباينة لمحكمة النقض؛ فالاتجاه الذى يرى أن نص المادة ٣٥ إجراءات قد أصبح نصاً غير دستورى هو اتجاه صحيح ويتفق مع التفسير الدقيق لنص الدستور، وكذلك الحال بالنسبة للاتجاه الثالث الذى يرى فى الوقائع التى عرضت عليه أن مأمور الضبط لم يأت من أفعال

(52) نقض جلسة 15 ديسمبر سنة 2016 الطعن رقم 4552 لسنة 86 قضائية.

(53) نقض جلسة 11 مايو 1998 مجموعة أحكام محكمة النقض، س 49 ص 688.

(54) نقض جلسة 4 مايو 2000، الطعن رقم 30513 لسنة 67 ق؛ وأيضاً نقض جلسة 13 أكتوبر سنة 2008 مجموعة أحكام النقض س 59 رقم 79 ص 430.

الإكراه وتقييد الحرية ما يشكل قبضاً غير مشروع، فأرسال طلب حضور للمتهم الذى يحضر طوعاً ويدلى بأقواله دون إكراه ويرشد عن أدوات الجريمة وما تحصل عنها، هى جميعاً إجراءات لا تتضمن تقييداً للحرية أو انتقاصاً منها. أما إذا ثبت أمام محكمة الموضوع أن مأمور الضبط قام بتقييد حرية المتهم كأن يكون قد قبض عليه أو أحضره عنوة لسؤاله؛ فإن ما بدر منه فى هذه الحالة يكون إجراء غير مشروع، ذلك أنه لم يعد له هذا الحق بعد نصوص الدساتير المتعاقبة التى حرصت على تقييد المساس بالحرية الشخصية إلا فى حالتى التلبس وصدور أمر قضائى مسبب.

خاتمة الدراسة

١- استخدام الشارع العديد من التعبيرات المختلفة ومغايرته فى آثارها رغم اتحادها فى سلب الحرية الشخصية بما ينال من أسس اليقين التشريعى ويؤدى إلى تضارب الأحكام؛

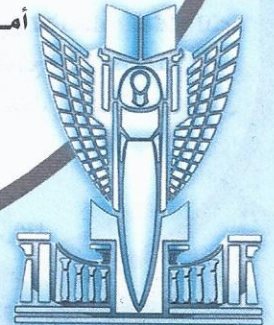
استخدم الشارع العديد من التعبيرات فى نصوص التشريعات تتحد جميعها فى جوهرها وهو المساس بالحرية الشخصية وفرض قيود عليها وعلى حرية التنقل؛ وعلى الرغم من ذلك فإن الشارع لم يعتبر بعضها قبضاً، وأخرجها من مدلوله، ورتب على ذلك جواز المساس بالحرية من دون توافر حالة من حالات التلبس أو صدور أمر مسبب من

جهة التحقيق. وبيان ذلك أن الشارع قد استخدم فى قانون الإجراءات الجنائية تعبيرات: القبض، الحجز، الحبس، التعرض المادى، والإجراءات التحفظية، التحفظ على المتهم بعد سؤاله لعرضه على جهة التحقيق، واستخدام قانون مكافحة الإرهاب تعبير «التحفظ على المتهم»، وأضاف القضاء تعبير «الاستيقاف» الذى لم يرد النص عليه فى أى تشريع، وتوسعت بعض المحاكم فى إعماله، بحيث شمل تقييد الشخص واقتياده إلى قسم الشرطة. وبينما نص الشارع على أن «القبض» وما يستطيل إليه من حجز أو حبس هو وحده الذى يجب أن يجرى بناءً على توافر حالة التلبس أو أمر مسبب من جهة التحقيق، استجابة للقيد الدستورى؛ فإن بقية التعبيرات السابقة لم يتطلب الشارع اتخاذها بناءً على توافر حالة التلبس أو صدور أمر قضائى. وذلك على الرغم من أن جوهر هذه الإجراءات أنها تتماثل مع القبض تماثلاً تاماً، إذ إنها تنطوى على تقييد حرية الشخص ووضع قيود على حريته فى التنقل، وحرمانه من الحرية فترة من الوقت. فما الذى يعنيه «التحفظ على المتهم» من منعه من الحركة أو اقتياده عنوة إلى قسم الشرطة، فهذه الأفعال هى القبض بعينه، ولا يمكن أن نصف بعض هذه الأفعال تارة بأنها القبض، وتارة أخرى بأنها مجرد إجراءات تحفظية، فهذه الإجراءات جوهرها تقييد الحرية، وهى تعتبر قبضاً. واللغة التى استخدمها الشارع لا تتصف بالدقة وتجعل القانون مبهماً. ومن المقرر أن كل لفظ يتضمنه التشريع يجب أن يكون موزوناً محدود المعنى. ولا يجوز أن يتغير معنى اللفظ الواحد

باستعماله فى ظروف مختلفة. كما أنه إذا عبر عن معنى بلفظ معين؛ وجب ألا يتغير هذا اللفظ إذا أريد التعبير عن هذا المعنى مرة أخرى. وهذه القواعد التى تعتبر من أصول الشرعية الجنائية وتتصل بفكرة اليقين الذى يجب أن يتصف به التشريع، قد خالفها الشارع، وقد ترتب على هذا اختلاف القواعد التى تطبق على سلب الحرية، رغم وحدة المركز القانونى ومساس الفعل بالحرية. وترتب على خطة الشارع كذلك أن سادت التشريعات المختلفة تعبيرات ليس لها مدلولها الحقيقى، فالتحفظ على الشخص ليس قبضاً، واقتياده ليس قبضاً، ومنعه من التنقل ليس قبضاً، فكيف تسمى إذن هذه الأفعال؟

وقد أفضت هذه الخطة التشريعية إلى تضارب الأحكام القضائية رغم تماثل الوقائع المعروضة على المحاكم، وإلى اختلاف التأويل للنصوص، وتعدد تفسيراتها، بما أضفى غموضاً عليها، وجعل تطبيق النص متروكاً لكل قاض، بحسب رؤيته، وثقافته القانونية، وميوله الشخصية، وهو ما جعل تطبيق القانون تحكيمياً لا يستند إلى اعتبارات موضوعية. ولا أدل على ذلك من أن هناك اتجاهاً مهماً فى قضاء محكمة النقض اتجه إلى القول بعدم دستورية نص المادة ٣٥ من قانون الإجراءات الجنائية، وأنها تعتبر متعارضة مع نصوص الدستور، ورتب على ذلك عدم جواز تطبيقها. بينما لم تر دوائر أخرى التصدى لمدى دستورية النص، وآثرت دوائر ثالثة التوصل إلى إبطال الأحكام التى اعتدت بهذه الإجراءات لأسباب تتصل بتسبب هذه الأحكام.

٢- الشارع استخدم تعبير

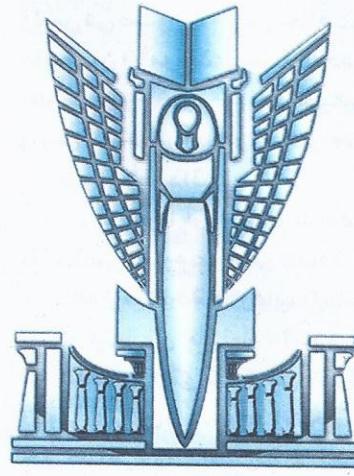


الإجراءات التحفظية حتى يجعل نصوص التشريع متفقة ظاهرياً مع الدستور؛

سبق أن ذكرنا أن تعبير «الإجراءات التحفظية» على الأشخاص قد ظهر لأول مرة بمناسبة تعديل نص المادتين ٣٤، ٣٥ من قانون الإجراءات الجنائية بقانون ضمان حريات المواطنين لسنة ١٩٧٢ السالف الذكر، وأن الشارع كان يجيز القبض على الشخص الذي تتوافر دلائل كافية على اتهامه في جنائية ما، أو جنحة من الجنح المنصوص عليها حصراً. وإذا كان الشارع قد حصر القبض على الأشخاص في حالتى التلبس والأمر القضائي، فإن ذلك يعنى أن الإجراءات التحفظية تخرج عن مدلول القبض بالمعنى الدقيق؛ لأنه يجوز اتخاذها بمجرد توافر الدلائل الكافية، ودون توافر حالة من حالات التلبس أو أمر قضائي.

وقد كان جائزاً قبل صدور دستور سنة ١٩٧١ وفقاً لقانون الإجراءات الجنائية، القبض على الشخص في الجنائيات وبعض الجنح وفي حالات أخرى عديدة بمجرد توافر الدلائل الكافية على الاتهام، غير أن ذلك قد أدى إلى العصف بالحرية واتساع حالات المساس بها، وأنه عند وضع نص المادة ٤١ من دستور سنة ١٩٧١ التي حرمت المساس بالحرية إلا في حالتى التلبس والأمر المسبب الصادر من سلطة التحقيق، كان ذلك موجباً إلى إعادة النظر في المادة ٣٥ من قانون الإجراءات الجنائية، فلجأ الشارع لأول مرة إلى النص على تعبير «الإجراءات التحفظية» بموجب القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن ضمان حريات المواطنين بتعديل المادتين ٣٤، ٣٥ من قانون الإجراءات الجنائية. فأجاز لمأمور

الضبط القضائي أن يصدر أمراً بالتحفظ على المتهم، أو إحضاره في حالة توافر الدلائل الكافية، وأطلقت عليه المذكرة الإيضاحية للقانون السالف الذكر بأنه إجراء وقائي يختلف عن الضبط أو القبض وأنه لا يعتبر قبضاً بالمعنى القانوني وليس فيه مساس بحرية الفرد، إذ إن هذه الحرية يجب أن يزاوئها في الإطار الاجتماعي للمصلحة العامة. وفي تقديرنا أن ما ورد بالمذكرة الإيضاحية هو محل نظر، ذلك أن تقييد حرية الشخص ومنعه من التنقل يدخل في مدلول القبض، كما أن المادة ٤١ من الدستور السابق والمادة ٥٥ من الدستور الحالي قد ورد نصها صريحاً بما لا يجوز معه القول بأن التحفظ على الشخص ليس قبضاً، وأنه ليس فيه مساس بحرية الفرد، فالتحفظ يعنى بطريق اللزوم المنع من التنقل ووضع قيود على الحرية لحين صدور الأمر بالقبض. وأما الإشارة إلى أن مزاولة الحرية يكون في «الإطار الاجتماعي للمصلحة العامة»، فهي عبارة مرسلة لا معنى لها، فحرية الفرد هي مصلحة اجتماعية جديرة بالاعتبار، ولولا أنها كذلك، لما كان الدستور قد أسبغ عليها حمايته،



ولما خصها بالنص المفصل وبين صور المساس بها.

والحقيقة أن الشارع قد فطن إلى أن إعادة النص في المادة ٣٥ من قانون الإجراءات الجنائية على جواز القبض على الأشخاص في حالة توافر الدلائل الكافية على اتهامهم في جنائية ما أو جنحة من الجنح المنصوص عليها حصراً، يجعل النص غير دستوري، فلجأ في البداية إلى تغيير لفظ القبض إلى تعبير «الإجراءات التحفظية»، حتى يُظن أن التعبيرين مختلفان، ثم أورد في المذكرة الإيضاحية أن التحفظ على الشخص لا يعنى القبض عليه، وهو مجرد تغيير ظاهري للنص لا يترتب عليه تغيير في مضمونه، إذ يبقى التحفظ على الشخص بمثابة القبض وينطوي على تقييد الحرية ويتضمن منعاً من التنقل.

واللجوء إلى التغيير الظاهري في الألفاظ دون تغيير في المعنى، أمر لا يستقيم مع أصول التشريع، فالنص القديم كان يسمى الإجراء بناءً على الدلائل الكافية «قبضاً»، ولئن يتغير مضمون الإجراء إذا أطلقنا عليه تعبير «الإجراءات التحفظية»، ولا يستقيم مع الوضوح التشريعي واحترام نصوص الدستور أن يكون التغيير في النص ظاهرياً حتى يسلم من شائبة عدم دستوريته.

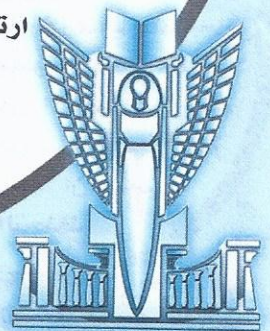
٣- تقدير خطة الشارع في شأن التحفظ في قانون مكافحة الإرهاب؛

بموجب نص المادة ٤٠ من قانون مكافحة الإرهاب فقد أجاز الشارع قيام مأمور الضبط القضائي بالتحفظ على الأشخاص لمدة أربع وعشرين ساعة، كما أجاز للنيابة العامة أن تأمر باستمرار التحفظ

على الشخص مدة كانت لا تتجاوز سبعة أيام، ثم صارت بناء على تعديل تشريعي مدة أربعة عشر يوماً، وذلك إذا قام خطر من أخطار جريمة إرهاب، ولضرورة مواجهة هذا الخطر.

وقد كشفت الدراسة عن أن هذا النص محل نظر ويشوبه عيب عدم الدستورية، فالشارع لم يستوجب لاتخاذ إجراء التحفظ أن تقع جريمة من جرائم الإرهاب بالفعل؛ بل نص على اتخاذ هذا الإجراء إذا قام مجرد خطر من أخطار جريمة الإرهاب، وهذا الخطر يعنى أن الجريمة لم تقع بعد؛ وإنما هى على وشك الوقوع. ويستفاد ذلك من قول الشارع من وجوب توافر ضرورة تقتضيها مواجهة هذا الخطر. وأن عبارة «خطر من أخطار جريمة الإرهاب» هى أوسع نطاقاً من التحضير لارتكاب جريمة من جرائم الإرهاب، وعلة ذلك أن الشارع عاقب على التحضير أو الإعداد للجريمة بوصفها جريمة تامة، حتى ولو لم يتعد عمله الإعداد أو التحضير لها. وأن تقدير قيام الخطر والضرورة التى تقتضيها مواجهته هو أمر مستقل مأمور الضبط القضائي بتقديره، وهو أمر بالغ الأثر على الحريات. وفى تقديرنا أن الشارع قد خلط بين التدابير الإدارية التحفظية التى تقتضى منع حدوث الجريمة والحيولة دون وقوعها؛ وبين الإجراءات التى تتخذ عقب ارتكاب جريمة

وتدخل ضمن



أعمال الضبط القضائي.

وأنه لا يوجد فرق من الناحية الواقعية بين التحفظ على الشخص والقبض عليه، فكلاهما ينطوى على تقييد حرية الشخص، وإن كان القبض أوسع نطاقاً.

وأنه كان يجب على الشارع أن ينص على وجوب توافر دلائل كافية أو شبهات قوية على مساهمة هذا الشخص فى جريمة من جرائم الإرهاب، وهذه الجرائم يتسع نطاقها على نحو كبير بحيث تشكل التحضير والتحريض والمساعدة والاتفاق حتى ولو لم يكن متبوعاً بأثر. غير أن الشارع لم يقيد سلطة التحقيق بأى قيد سوى أن تتحقق من توافر الخطر من وقوع جريمة - لم تقع أصلاً - وأن ضرورة مواجهة هذا الخطر تقتضى استمرار التحفظ على الشخص.

وقد أظهرت الدراسة أن الشارع بنصه على استمرار التحفظ على الشخص فى هذه الحالة بقرار مسبب يصدر من درجة محام عام على الأقل أو ما يعادلها، ولمدة لا تتجاوز أربعة عشر يوماً يجوز مدها لمرة واحدة. قد فاتته أن هناك فرقاً مهماً بين درجة مصدر الأمر، وبين الشروط الموضوعية لإصدار الأمر، فلا يغنى الأول عن الثانى، وليس فى صدور الأمر من محام عام، ما يحصن الأمر الذى يفتقد للحدود الدنيا من الضوابط الموضوعية، وليس لشخص مصدر الأمر صلة بموضوع الأمر ذاته.

وفى تقديرنا أن إجراء التحفظ الذى نص الشارع عليه فى المادة ٤٠ من قانون مكافحة الإرهاب السالف الذكر يتعارض مع نص المادة ٥٤ من الدستور التى نصت فى فقرتها الأولى على أن: «الحرية الشخصية حق طبيعى، وهى مصونة لا تُمس،

وفيما عدا حالة التلبس، لا يجوز القبض على أحد، أو تفتيشه، أو حبسه، أو تقييد حريته بأى قيد إلا بأمر قضائى مسبب يستلزمه التحقيق».

وهذا النص يستوجب إمّا وقوع جريمة فى حالة تلبس؛ وإمّا أن تقع جريمة ويستلزم التحقيق تقييد حرية شخص، وفى هذه الحالة يصدر هذا التقييد بأمر قضائى مسبب. ومن أصول الشرعية الجنائية أن وقوع الجريمة ابتداءً هى السند فى فتح تحقيق فى الواقعة؛ فإن انتفى عن هذه الواقعة صفة الجريمة، لم يكن لسلطة التحقيق أن تمضى فيه. وإذا تحققت سلطة التحقيق من وقوع جريمة أو ثارت شبهة قوية فى وقوعها؛ فإن سند اتخاذ هذه السلطة إجراءات مقيدة للحرية هو وجود دلائل كافية أو شبهات قوية على مساهمة الشخص فى هذه الجريمة. وهذه الأصول التى تشكل أساساً للشرعية الجنائية قد خالفها الشارع؛ فهو لم يتطلب وقوع جريمة من جرائم الإرهاب؛ بل اكتفى بخطر وقوعها. ولم يتطلب توافر قرائن أو دلائل أو شبهات من أى نوع ضد شخص المتحفظ عليه. وهو ما يؤدى إلى جواز التحفظ على الشخص لمدة تصل إلى خمسة عشر يوماً دون ضرورة من ضرورات التحقيق، أو حتى التحقق من وقوع جريمة من الجرائم التى نص عليها الشارع فى قانون مكافحة الإرهاب، ودون رقابة قضائية تذكر. وإذا أضفنا إلى ما سبق أن تحديد الشارع لماهية جريمة الإرهاب يتسم بالتوسع الشديد، سواء فى نطاق التجريم، أو فى مضمون الجرائم التى ينص الشارع عليها، بما يجعل إجراءات التحقيق شديدة الوطأة

في ذاتها، إذ يسمح هذا التوسع في نطاق التجريم بتوسع مماثل في إجراءات الاتهام والتحقيق، فإذا كان هذا هو شأن إجراءات التحقيق؛ فإن إجراءات التحفظ تتسم بتوسع لا نظير له، وهي تتعارض - في تقديرنا - مع نصوص الدستور.

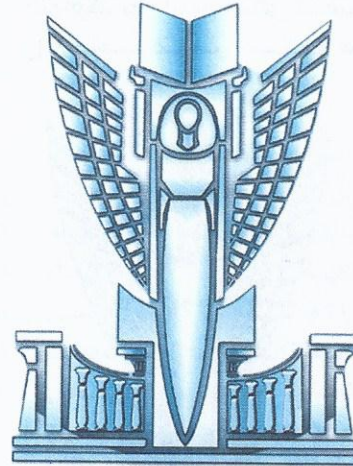
٤- عرض خطة دستور وتشريع مقارن

في النص على صيانة الحرية الشخصية وأحوال المساس بها على الرغم من أن الدراسة ليست مقارنة؛ إلا أنه من المفيد عرض خطة دستور وتشريع مقارن تتناول من خلاله كيفية النص على صيانة الحرية الشخصية، وحالات المساس بها، والإجراءات المتخذة في هذه الحالات، واللفظ التي أطلقه الشارع عليها، وشخص من يقوم بها، ومدى توافر الرقابة القضائية على اتخاذ المساس بالحرية، وعن مدى مرونة التشريع إذا توافرت الخشية من التأخير، أي الخوف من ضياع الدليل أو فساد، وقد اخترنا الدستور وقانون الإجراءات الجنائية الألمانى، وذلك لأن هذا الدستور يتسم بكونه مفصلاً، وأن نظام الإجراءات الجنائية الألمانى

قد شيد بطريقة تضمن التوازن بين السلطة والحرية. وفيما يلي نبين ذلك:

وقد نصت المادة ١٠٤ من الدستور الألمانى على أنه: «(١) لا يجوز تقييد حرية الشخص إلا استناداً إلى تشريع مستوف للشكل القانونى، وبمراعاة الإجراءات المنصوص عليها به. ولا يجوز أن يتعرض المقبوض عليه لاساءة المعاملة النفسية أو الجسمانية»^(٥٥).

(٢) لا يجوز أن يكون الحرمان من الحرية أو استمرار ذلك إلا بقرار من القاضى. وفي الحالات التى يتم فيها هذا الحرمان بغير الاستناد إلى أمر



من القاضى؛ فإنه يجب دون تأخير الحصول على أمر قضائى بذلك. ولا يجوز للشرطة استناداً إلى سلطتها إبقاء أى شخص قيد الاحتجاز إلى ما يزيد على نهاية اليوم الذى تم فيه القبض عليه فيه. وينظم التشريع القواعد التفصيلية في ذلك»^(٥٦).

(٣) كل شخص تم إيقافه مؤقتاً بسبب قيام الشبهة في ارتكابه فعلاً مجرمًا، يجب عرضه على القاضى خلال مدة أقصاها يوم من تاريخ هذا التوقيف، ويقوم القاضى بإعلامه بأسباب هذا التوقيف وأن يقوم بسؤاله وأن يمنحه الفرصة في أن يبدى اعتراضه. وعلى القاضى من دون تأخير أن يصدر أمراً كتابياً بالحبس يبين فيه أسباب إصداره، أو أن يأمر بالإفراج عنه»^(٥٧).

(٤) كل قرار قضائى بالأمر بالحرمان من الحرية أو مده، يجب أن يتضمن إعلاناً لأحد أقرباء الموقوف أو لشخص موضع ثقته»^(٥٨).

والضوابط التى نصت عليها المادة ١٠٤ من الدستور وقانون الإجراءات الجنائية الألمانى متعددة؛ فهما لم يستخدموا سوى تعبير واحد هو «التوقيف»، وهذا التعبير يعنى

(55) "Die Freiheit der Person kann nur auf Grund eines förmlichen Gesetzes und nur unter Beachtung der darin vorgeschriebenen Formen beschränkt werden. Festgehaltene Personen dürfen weder seelisch noch körperlich mißhandelt werden".

(56) "Über die Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung hat nur der Richter zu entscheiden. Bei jeder nicht auf richterlicher Anordnung beruhenden Freiheitsentziehung ist unverzüglich eine richterliche Entscheidung herbeizuführen.

Die Polizei darf aus eigener Machtvollkommenheit niemanden länger als bis zum Ende des Tages nach dem Ergreifen in eigenem Gewahrsam halten. Das Nähere ist gesetzlich zu regeln".

(57) "Jeder wegen des Verdachtes einer strafbaren Handlung vorläufig Festgenommene ist spätestens am Tage nach der Festnahme dem Richter vorzuführen: der ihm die Gründe der Festnahme mitzuteilen, ihn zu vernehmen und ihm Gelegenheit zu Einwendungen zu geben hat. Der Richter hat unverzüglich entweder einen mit Gründen versehenen schriftlichen Haftbefehl zu erlassen oder die Freilassung anzuordnen".

(58) "Von jeder richterlichen Entscheidung über die Anordnung oder Fortdauer einer Freiheitsentziehung ist unverzüglich ein Angehöriger des Festgehaltenen oder eine Person seines Vertrauens zu benachrichtigen".

القاضى بطلب حبسه احتياطياً؛ ما لم يطلق سراحه^(٦٥).

الخلاصة

تخلص الدراسة إلى حاجة القانون المصرى الملحة إلى إعادة صياغة نصوصه المتعلقة بالمساس بالحرية الشخصية، وأن مانص عليه الشارع من إجازة اتخاذ الإجراءات التحفظية فى قانون الإجراءات الجنائية والتحفظ على المتهم فى قانون مكافحة الإرهاب هو القبض بعينه، وأنه يتعارض صراحة مع نص الدستور، وأن تقييد الحرية والمنع من التنقل يدخل حتماً ضمن مدلول القبض، وأنه لا يجوز أفراد تسميات مختلفة للحرمان من الحرية ليدخل بعضها ضمن مدلول القبض ويخرج ما عداها عنه؛ لأن اليقين التشريعى يتطلب وضوح النص ووحدة مدلول المصطلح أياً كان موضع تطبيقه، متى كان جوهره واحداً، وأن على الشارع أن يتجنب الغموض فى التعبيرات وتعدد معانيها صوناً للحرية من جانب، وحتى يحول دون تعدد تأويلات هذه التعبيرات واختلاف تفسيرها، ويمنع من تضارب الأحكام المطبقة لها من جانب آخر، كما أن على الشارع أن يستفيد من خطة الدساتير والتشريعات المقارنة فى تعديل خطته. ■

ضبط المتهم فى حالة تلبس^(٦٦)، أو كان ملاحقاً، أو إذا خيف هربه أو لم يستطع إثبات شخصيته فوراً^(٦٧). وتعبير «لكل شخص» يشمل أحاد الناس، كما أنه يشمل أعضاء النيابة العامة والشرطة^(٦٨) (المادة ١٢٧ من قانون الإجراءات الجنائية الألمانى فى بندها الأول). وقد أجاز الشارع كذلك للنيابة العامة وضباط الشرطة فى حالة الاستعجال القبض على المتهم فى غير حالات التلبس، بشرط توافر الأسباب التى تبرر القبض عليه أو حبسه احتياطياً فيما لو عرض على القضاء^(٦٩) (٦٣).

ولا يجوز أن تزيد مدة هذا التوقيف عن اليوم التالى لتنفيذه، ولا يجب عرض المتهم على

تقييد حرية الشخص فترة من الوقت، حتى ولو كنت برهة يسيرة، ويستوعب تعبير التوقيف القبض والحجز والحبس والإجراءات التحفظية والتحفظ على الشخص والاستيقاف وكافة صور الحرمان من الحرية، وبذلك فإن كافة التعبيرات التى تحمل فى مضمونها حرماناً من الحرية تكون داخلية فى مدلول التوقيف وتخضع لكافة القيود الإجرائية التى نص الدستور والشارع عليها.

والقاعدة الأصولية فى القانون الألمانى هى أن أمر القبض يجب صدوره من القاضى، وذلك وفقاً للمضوابط والأسباب التى نص عليها الشارع وتدعو إلى إصداره. ويلاحظ أن النيابة العامة فى النظام الجنائى الألمانى - رغم ما تتمتع به من أهمية - لا تدخل فى مدلول القضاء، وأعضاءها لا يعتبرون من القضاة بالمعنى الدقيق، ولا يسرى عليهم قانون نظام القضاء. ولذلك فمن المجمع عليه أن تعبير «القاضى» الذى نص عليه الدستور والقانون الألمانى يعنى القاضى بالمعنى الدقيق، وليس النيابة العامة. وقد أجاز الشارع الألمانى لكل شخص من دون صدور أمر من القضاء الحق فى «التوقيف المؤقت»^(٧٠)، وذلك إذا



(59) „vorläufige Festnahme“..

(60) „auf frischer Tat (in flagranti)“.

(61) المادة 127 من قانون الإجراءات الجنائية الألمانى فى فقرتها الأولى.

(62) “ (1) Wird jemand auf frischer Tat betroffen oder verfolgt, so ist, wenn er der Flucht verdächtig ist oder seine Identität nicht sofort festgestellt werden kann, jedermann befugt, ihn auch ohne richterliche Anordnung vorläufig festzunehmen.....” § 127.

(63) الفقرة الثانية من المادة 127 من قانون الإجراءات الجنائية.

(64) “ (2) Die Staatsanwaltschaft und die Beamten des Polizeidienstes sind bei Gefahr im Verzug auch dann zur vorläufigen Festnahme befugt, wenn die Voraussetzungen eines Haftbefehls oder eines Unterbringungsbefehls vorliegen.” § 127.

(65) المادة 128 من قانون الإجراءات الجنائية الألمانى.

