

الإشكالات الإجرائية للتفتيش دراسة موضوعية مقارنة بأحكام القضاء

The procedural problems of the inspection: an objective study compared to the rulings of the judiciary

عبد القادر رحال، جامعة الجزائر 1، الجزائر، Rahalabdelkader511@yahoo.com

تاريخ إرسال المقال: 2021/08/17 تاريخ قبول المقال: 2022/01/02 تاريخ نشر المقال: 2022/06/06

الملخص:

يعالج موضوع البحث أهم الموضوعات الإجرائية التي تقوم بها السلطة العامة في مواجهة الأفراد، والمتضمنة تفتيش الأشخاص والمساكن، مما اعتبر من أخطر الإجراءات التي تمس بالحقوق والحريات المكفولة في المواثيق الدولية والداستاتير. إلا أن مصلحة الكشف عن الحقيقة بررت القيام بإجراءات التفتيش وضبط الأشياء، ولما كانت الغاية من إجراء التفتيش هي جمع الأدلة، إلا أن القانون لم يترك ذلك بإطلاق، وإنما قيده بمجموعة شروط شكلية وموضوعية لترتب الأثر المشروع كما أحاطه بجملة من الضمانات أثناء عملية التنفيذ تحقيقا لسلامة الضبط ومنعاً من التعسف في استعمال الحق.

ومما تجدر الإشارة إليه، أن إجراء التفتيش طابعه ميداني أكثر منه نظري، لهذا تراعى فيه الجوانب الإنسانية والحقوق الأساسية تماشياً مع روح القانون وتحقيقاً للعدالة المطلوبة.

الكلمات المفتاحية: التحقيق القضائي - بطلان التفتيش - المسكن - ضبط الأشياء.

Abstract:

The topic of the research deals with the most important procedural issues that the public authority undertakes in confronting individuals, which includes inspecting their persons and homes, which is considered a violation of the rights and freedoms guaranteed in international charters and constitutions.

However, the interest of revealing the truth justified carrying out inspection procedures and seizing things, and since the purpose of conducting the inspection was to collect evidence, the law did not leave that out at all, but rather restricted it to a set of formal and objective conditions to arrange the legitimate effect as it surrounded it with a set of guarantees during the implementation process in order to achieve the safety Control and to prevent abuse of the right.

It is worth noting that the inspection procedure is more field-based than theoretical and therefore human aspects and basic rights are taken into account in line with the spirit of the law and in order to achieve the required justice.

Key words: Judicial investigation -Contraindicated inspection -
The dwelling -Set things up.

المقدمة:

لما كان حق الدولة في العقاب يقتضي الكشف عن الحقيقة، وكانت الإجراءات المتبعة لذلك ماسة بحق الإنسان في احترام حياته الخاصة، فقد أنيطت المهام لجهات التحقيق، وكان من جملة الإجراءات المتبعة في الكشف عن الحقيقة، ما يسمى بنظام التفتيش.

وهذا الإجراء ليس على إطلاقه، فبالرغم من أن التشريع الجزائري - على غرار باقي التشريعات العقابية - أعطى الصلاحيات لسلطات التحقيق بالمسار بهذه الحقوق، إلا أن هذه الصلاحية ليست على إطلاقها، وضمانا لعدم تعسف السلطة في مواجهة الأفراد، فقط نظم قانون الإجراءات الجزائية جملة من الشروط الواجب توافرها في إجراء التفتيش ليكون شرعيا، كما أنه نظم الآثار و الجزاءات المرتبة عن تخلف هذه الشروط، بناء عليه، كان لزاما للتفتيش أن يتوفر على عناصر نشوء الحق فيه حتى يكون مبررا، و تنفيذ الإجراء يتطلب إحاطته بالضمانات و القيود.

قد يبدو أن موضوع التفتيش في الإجراءات الجزائية هو موضوع تقليدي بحث؛ لكن الممارسة تبين غير ذلك ، فهو موضوع تطبيقي يتطور مع تطور حقوق الإنسان كون هذا الإجراء يحاط دائما بالضمانات الكافية رعاية للحرية و تحقيقا للعدالة.

والمتتبع لأحكام الشريعة الإسلامية، يجد أنها عنيت عناية فائقة بالحقوق والحريات التي يتمتع بها الأفراد، ومنعت التجسس وتتبع العورات ولو كان ذلك بقصد الوصول للحقائق، وإن كان المبدأ العام يقضي بعدم مشروعية دخول المساكن بغير إذن، وكذا عدم مشروعية تفتيش الأشخاص بغير مبرر جدي، فإنه ومن قبيل المحافظة على الأمن العام وضرورة كشف الحقائق، أجازت الشريعة الإسلامية التفتيش بضوابطه وشروطه.

الإشكالية: لما كان التفتيش استثناءً يلجأ إليه عند ضرورة التحقيق، فقد كانت الإشكالية كالآتي:

إلى أي مدى اعتبرت شروط التفتيش ضمانات كفيلة من التعسف في استعمال الحق ؟.

المنهج المتبع: سلكت عند دراسة للموضوع منهجا تحليليا مقارنا بين أحكام الفقه الإسلامي وما

استقرت عليه التشريعات العقابية في جوانبها الإجرائية مدعما ذلك بما استقرت عليه أحكام القضاء.

المبحث الأول: حقيقة تفتيش الأشخاص والمساكن:

يمارس الإنسان في مجالات متعددة يودع فيها أسرار الشخصية، وتكفل له القوانين حماية هذه الأماكن والأسرار، إلا أن حق الدولة في ضبط أمن المجتمع ومكافحة الجريمة، يقتضي تخويل أجهزتها

الإشكالات الإجرائية للتفتيش دراسة موضوعية مقارنة بأحكام القضاء

القائمة بالتحقيق والضبط لبعض الإجراءات الماسة بالحياة الخاصة، إنما هذا التحويل ليس مطلقاً، وإنما مقيد بالقدر اللازم للموازنة بين مقتضيات السلطة، واحترام الحياة الخاصة.

المطلب الأول: ماهية التفتيش:

لم يورد المشرع الجزائري تعريفاً خاصاً للتفتيش في قانون الإجراءات الجزائية، وإنما ترك ذلك إلى الفقه، والأمر نفسه بالنسبة للتشريعات المقارنة، واكتفت على أنه من إجراءات التحقيق، بناء عليه، تولى الفقه والقضاء وضع تعريف له، فجاء فيه بأنه البحث عن الشيء في مستودع السر¹، وأنه إجراء من إجراءات التحقيق التي تؤدي إلى ضبط أدلة الجريمة موضوع التحقيق، وهو ما يفيد في كشف الحقيقة²، كما يعرف بأنه الإطلاع على محل له حرمة خاصة، وأنه وسيلة للإثبات المادي تهدف إلى اكتشاف أشياء خفية أو أشخاص هاربين من العدالة³.

فيعد التفتيش إذن من إجراءات كشف الجرائم قبل وقوعها، وأن مجال السرية يتمثل في شخص المتهم أو في المكان الذي يعمل أو يقيم فيه، وأن الأصل في حق الدولة في العقاب عدم مساسه بالحق في السرية، إلا أنه وتوفيقاً بين سلطة الدولة في العقاب وحق المتهم في الحياة الخاصة أجاز القانون المساس بهذا الحق عن طريق التفتيش⁴. وينبغي الإشارة إلى أن التفتيش يجب أن ينصب على أشياء تفيد في كشف حقيقة الجريمة الجاري التحقيق بشأنها، ومن ثم يتمتع بصفة قاطعة التعرض لأشياء لا يحتمل أن يكون من وراء تفتيشها ما يفيد تلك الغاية، فلا مجال بالعبث بالأشياء والأمكنة، فالتفتيش إجراء ضروري والضرورة تقدر بقدرها⁵.

المطلب الثاني: محل التفتيش

ينقسم التفتيش بالنظر إلى المحل الذي يرد علي إلى تفتيش الأشخاص و تفتيش المساكن، وكل قسم له أحكام خاصة به ونصوص تنظمه:

الفرع الأول: تفتيش الأشخاص

نتناول في هذا الفرع تحديد مفهوم تفتيش الأشخاص وحالات جواز إجراءه.

¹ عوض محمد عوض، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، (د،ط)، 1999، ص 284. أحمد غاي، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، دار هومة- الجزائر - ط 2005، ص 218.

² أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط7، 1996، ص 544.

³ حزام الفهادي، المهارات الشرطية في تفتيش الأماكن والأشخاص، أكاديمية نايف، الرياض - 1424هـ، 2003م، ص 23.

⁴ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 544. حسيبة محي الدين، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة-الإسكندرية- 2011، ص 195.

⁵ كامل السعيد، المحقق الجزائري، معهد الحقوق، جامعة بيرزيت- القدس - 2003، ص 53.

البند الأول: ماهيته

يقصد به البحث في أجزاء جسم الشخص بتحسس الملابس أو فحصها بدقة لإخراج ما يمكن أن يكون مخفياً فيها، فيشمل كل ما يتعلق بكيانه المادي، أو أية أشياء يحملها بقصد العثور على الأدلة⁶. والمقصود بالشخص الذي يخضع للتفتيش هو الشخص الطبيعي، أي جسم الإنسان المادي، أما الأشخاص المعنوية فلا شأن لها بالتفتيش.

لم ينظم المشرع الجزائري الأحكام الخاصة بتفتيش الأشخاص كإجراء قضائي في قانون الإجراءات الجزائية، لكن نص عليه كسلطة مخولة لفئة من الموظفين مهمتهم الضبط القضائي وهم الجمارك⁷. والأمر كذلك بالنسبة للتفتيش في المؤسسة العقابية⁸. فإن التفتيش باعتباره وقائياً يجوز كلما دعت إليه ظروف الحال لذلك، كما في حالة اقتياد المتلبس لأقرب مركز للشرطة أو الدرك طبقاً لنص المادة 61 من ق، إ، ج. أما تفتيش الأشخاص باعتباره إجراء قضائي فلا يجوز إلا في حالتين⁹:

الأولى: تفتيش الشخص في حالة القبض عليه:

ويكون ذلك في حالة القبض عليه من طرف ضابط الشرطة القضائية إذا ارتكب جريمة أو ساهم أو شرع في ارتكابها طبقاً لنص المادة 4/51 من ق، إ، ج¹⁰، أو قام بناء على أمر قضائي تطبيقاً لحكم المادة 120 إ، ج، فيجوز له تفتيش المقبوض عليه تفتيشاً قانونياً منتجاً لآثاره القانونية¹¹. ويلاحظ أن التفتيش يجوز حيث يكون القبض جائزاً، فلا يشترط التلازم بين القبض والتفتيش، فقد يتم التفتيش دون القبض، كما لا

⁶ عبد الله أوهابيه، ضمانات الحرية الشخصية أثناء مرحلة البحث التمهيدي، أطروحة دكتوراه- كلية الحقوق- الجزائر، 1992، ص 195. أحمد المهدي، القواعد الخاصة بمراقبة المحادثات، دار العدالة- القاهرة- ط1، 2006، ص 63.

⁷ تنص المادة 41 من قانون الجمارك على أن: "يمكن لأعوان الجمارك، في إطار الفحص والمراقبة الجمركية، تفتيش البضائع ووسائل النقل والأشخاص...". القانون رقم 98-10 المؤرخ في 22 غشت 1998 المتضمن قانون الجمارك.

⁸ تنص المادة 82 من قانون تنظيم السجون على أنه: "يجب على المحبوس الامتثال للتفتيش في كل حين..". القانون رقم 05-04 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين.

⁹ وهي المنصوص عليها أيضاً في قانون الإجراءات الجنائية المصري في المادة 46 و49، تتمثل الحالة الأولى في ربط القانون التفتيش فيها بالقبض، وأما الثانية فقد جعل فيها تفتيش الشخص مكملاً لتفتيش المنزل تحقيقاً للغاية منه. عوض محمد، مرجع سابق، ص 285. حسن علام، قانون الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف- الإسكندرية- ط2، 1982، ص 133، 134.

¹⁰ تنص المادة 4/51 ق، إ، ج على أنه: "إذا قامت ضد الشخص دلائل قوية ومتناسكة من شأنها التذليل على اتهامه فيتعين على ضابط الشرطة القضائية أن يقتاده إلى وكيل الجمهورية دون أن يوقفه للنظر أكثر من ثمان وأربعين ساعة".

¹¹ نصت المادة 1/46 من قانون الإجراءات المصري على أنه: "في الأحوال التي يجوز فيها القبض قانوناً على المتهم يجوز لمأمور الضبط القضائي أن يفتشه "وتعليل ذلك أن التفتيش أقل خطورة من القبض، فإذا كان هذا الأخير جائزاً فتفتيش الشخص من باب أولى. إدوار غالي الذهبي، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، مكتبة غريب، 1990، ص 361.

يشترط أن يسبق القبض التفتيش. وتقتصر إجازة التفتيش في الأحوال التي يجوز فيها القبض قانوناً على تفتيش الشخص دون أن يمتد إلى تفتيش منزله¹².

الثانية: تفتيش الشخص كإجراء مكمل لتفتيش المسكن:

الأصل المقرر أن تفتيش الأشخاص يعتبر تفتيشاً مستقلاً عن تفتيش المسكن، إلا إذا دعت مقتضيات إجراء التفتيش بأن قامت دلائل قوية على حيازة صاحب المسكن على أدلة تتعلق بموضوع البحث فيجوز تفتيشه¹³. وسواء كان من المشتبه فيهم أم لا، وهذا الإجراء مقيد بشروط وهي: أن يكون الدخول للمسكن وتفتيشه قد وقع مشروعاً لأن عدم المشروعية ترتب البطالان، وبالتالي فتفتيش المتواجدين فيه يقع بدوره باطلاً. وأن تقوم في حق المتواجد بالمسكن دلائل قوية على حيازته أو إخفائه لأشياء تفيد كشف الحقيقة¹⁴.

ولا يوجد قواعد تفصيلية خاصة بتفتيش الأشخاص كالتالي هي في تفتيش المنازل، وعلى ذلك فإنه

لا توجد وسيلة محددة لإجراء هذا التفتيش، فقد يكون بطريق الملاحظة البصرية، أو البحث

اليدوي، أو بالوسائل العلمية¹⁵.

والمتتبع لما أورده الفقه، يجد أن اشترط جملة من الشروط لصحة تفتيش المتهم، وهي: ثبوت حق الضبطية في التفتيش قبل إجرائه، وعلى هذا فإن مشاهدة الجريمة في حالة التلبس يجب أن تسبق التفتيش، فلا يجوز خلق حالة التلبس بإجراء تفتيش غير قانوني، وإذا لم يكن حق الضبطية في القبض على المتهم قد نشأ قانوناً فلا يجوز له القبض عليه ولا تفتيشه. والأمر الثاني التزام الحدود الإجرائية للتفتيش، وذلك بأن لا تمتد إلا إلى شخص المتهم، ثم أنه متى ما جاز للضبطية تفتيش المتهم جاز لهم تنفيذه أينما وجده ما دام المكان الذي جرى فيه التفتيش داخلاً في اختصاص من أصدر الأمر ومن نفذه. ويلزم أيضاً التقيد بحدود الغاية التي أبيض التفتيش من أجلها، وعليه فلا يجوز التفتيش إذا كانت الجريمة المنسوبة إلى المتهم لا تسفر عن أشياء أو أدلة مادية يمكن البحث عنها كجرائم السب والقذف لانعدام الغاية، كما ينبغي أن ينتهي التفتيش بانتهاء غايته. فإذا تعدى الحدود التي أبيض التفتيش من أجلها كان عملاً باطلاً. وأخيراً ألا يترتب على التفتيش إهدار كرامة المتهم، فقد تقرر دستورياً معاملة المتهم بما يحفظ عليه كرامته¹⁶.

¹² فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية- القاهرة- ط2، 2010، ص 303.

¹³ عبد الله أوهابيه، شرح قانون الإجراءات الجنائية الجزائري، دار هومة- الجزائر- 2008، ص 277، 278.

¹⁴ عبد الله أوهابيه، ضمانات الحرية الشخصية، مرجع سابق، ص 200.

¹⁵ ياسر حسن كلزي، حقوق الإنسان في مواجهة سلطات الضبط الجنائي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية- الرياض- ط1،

1428هـ، 2007م، ص 187.

¹⁶ محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف- الإسكندرية- 1994، ص 243، 238.

الإشكالات الإجرائية للتفتيش دراسة موضوعية مقارنة بأحكام القضاء

وبالنظر إلى نص المادة 61 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري نجد أن المشرع اشترط في مشروعية تفتيش المتهم أن تكون الجريمة على قدر من الجسامه، واستبعد بذلك المخالفات لعدم تبريرها إصدار مثل هذا الإجراء، ثم أنها من الجرائم التي لا تشكل خطورة إجرامية.

ومع أن التفتيش قد يسبب للمتهم آلاماً عارضة، وهذه النتيجة على كراهتها مقبولة ما دامت الضرورة تقتضيها، وبشرط ألا يتجاوز الألم حد الضرورة من جهة، وألا يلحق بصحة المتهم ضرراً من جهة أخرى، فلقد اختلف الفقه في مدى جواز اللجوء إلى الوسائل الطبية لاستخراج ما في جوف المتهم قسراً عنه، وهو ما يعرف بغسيل المعدة، فذهب اتجاه إلى عدم مشروعية أي إجراء فيه انتهاك لأدمية الإنسان، وأن الدليل المستمد من هذا الإجراء باطل، ويرى البعض الآخر مشروعية هذا الإجراء، لأنه من غيرها قد يصبح الكشف عن الحقيقة أمراً صعباً، وأن في ذلك تغليب للمصلحة العامة، وهو الاتجاه السائد في الفقه، وإلى هذا ذهب قضاء النقض في مصر. كما يستند هذا الاتجاه أيضاً على أساس أن كل إجراء يهدف إلى التوصل لدليل مادي في جريمة يجري البحث عن أدلتها ويتضمن اعتداء على سر الإنسان، يدخل في نطاق التفتيش¹⁷.

البند الثاني: تفتيش الأنثى

سبق الحديث أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على تفتيش الأشخاص، وبالتالي تفتيش الأنثى، شأنه في ذلك شأن ما ذهب إليه التشريع الفرنسي، ولكن جرى العمل عندنا أن يكون تفتيش الأنثى عن طريق أنثى أخرى تنتدب، وهو المعمول به في إجراءات التحري والتحقيق. ولكن المشرع قد أورد نصاً خاصاً بتفتيش المساجين في المادة 3/07 من المرسوم الصادر في 1972/02/28 المتعلق بأمن المؤسسات على أنه: "لا يمكن تفتيش المسجون إلا من طرف أشخاص من نفس جنسه"¹⁸.

وفي التشريع المصري نجد أنه نص صراحة على ذلك في المادة 46 من قانون الإجراءات الجنائية: "... وإذا كان المتهم أنثى، وجب أن يكون التفتيش بمعرفة أنثى يندبها لذلك مأمور الضبط القضائي ". فالمادة قننت لمعنى يتصل بالآداب العامة ومن ثم فهي تتعلق بالنظام العام، ويترتب على مخالفتها بطلان التفتيش. وهذه قاعدة تحدد نطاق المساس بالحرية الشخصية، ولا يتحقق موجب هذه الحماية إلا عندما يكون محل التفتيش في المواضع الجسمانية للمرأة والتي تخدش الحياء¹⁹.

البند الثالث: تفتيش الأشخاص في الشريعة الإسلامية:

¹⁷ عوض محمد عوض، مرجع سابق، ص 291. منى جاسم الكواري، التفتيش شروطه وحالات بطلانه، منشورات الحلبي الحقوقية-لبنان - ط1، 2008، ص 123، 124.

¹⁸ المرسوم الصادر بتاريخ 1972/02/28 المتعلق بأمن المؤسسات.

¹⁹ أحمد فتحي سرور، الوسيط في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 583.

عند البحث عن الأصول الشرعية المقررة لهذا الإجراء نجد في القرآن الكريم ورود قصة سيدنا يوسف عليه السلام والتي قال الله عز وجل بشأنها ﴿ فلما جهزهم بجهازهم جعل السقاية في رحل أخيه ثم أدن مؤذن أيتها العير إنكم لسارقون ﴾ إلى قوله تعالى ﴿ فبدأ بأوعيتهم قبل وعاء أخيه ثم استخرجها من وعاء أخيه... ﴾²⁰. فاتخاذ يوسف عليه السلام قرار بتفتيش أوعية إخوته جميعاً لاكتشاف الحقيقة، يدل على أنه إجراء جائز شرعاً. وفي الآية دليل على جواز التوصل إلى الأغراض بالحيل، إذا لم تخالف شريعة ولا هدمت أصلاً، خلافاً لأبي حنيفة في تجويزه الحيل، وإن خالفت الأصول وخرمت التحليل²¹. وإذا كان التفتيش السبيل الوحيد لاكتشاف الحقيقة هنا، وقد ورد مورد شرع من قبلنا، وهو من أدلة الأحكام التي اختلف فيها علماء الأصول في الاحتجاج به، والمقرر أن شرائع من قبلنا واجبة علينا إلا في خصلتين: إحداهما: أن يكون شرعنا ناسخاً لها، أو أن يكون في شرعنا ذكر لها، فعلينا إتباع ما كان من شرعنا وإن كان في شرعهم مقدماً²². لقوله تعالى ﴿ أولئك الذين هدى الله فبهداهم اقتده ﴾²³. وفي السنة النبوية ورد حديث روضة خاخ: " عن علي رضي الله عنه، قال: بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبا مرثد والزبير وكلنا فارس، قال: انطلقوا حتى تأتوا روضة خاخ فإن بها امرأة من المشركين معها كتاب من حاطب بن أبي بلتعة إلى المشركين، فأدركناها تسير على بعير لها حيث قال رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقلنا: الكتاب فقال: ما معنا كتاب، فأخذناها، فالتمسنا فلم نر كتاباً، فقلنا: ما كذب رسول الله صلى الله عليه وسلم، لتخرجن الكتاب أو لنجردنك، فلما رأته الجدة أهوت إلى حجرها - وهي محتجزة بكساء - فأخرجته، فانطلقنا بها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم²⁴. وورد في رواية أخرى التصريح بلفظ التفتيش، قال: " فأخذنا بعيرها، وفتشنا رحلها²⁵. وفي هذا الحديث دليل على مشروعية التفتيش من أجل الوصول إلى الحقيقة، وقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم هو الذي أمرهم بذلك فتكون الحجة في أمره صلى الله عليه وسلم وليس من اجتهاد الصحابة، وقد جاء الحديث قوله صلى الله عليه وسلم: " انطلقوا فإنكم ستلقونها

²⁰ سورة يوسف، الآية 70 و 76.

²¹ ابن العربي، أحكام القرآن، مرجع سابق، 69/3. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، 414/11.

²² الزركشي: بدر الدين محمد، البحر المحيط، دار الصفوة - الغرقة - ط 2، 1413هـ، 1992م، 43/6.

²³ سورة الأنعام، الآية 90.

²⁴ رواه البخاري، كتاب المغازي، باب فضل من شهد بدراً، برقم 3983، مرجع سابق، 87/3. ومسلم، كتاب فضائل الصحابة،

باب فضائل أهل بدر، برقم 2494، مرجع سابق، 1165/2.

²⁵ رواه ابن حبان في صحيحه، كتاب إخباره صلى الله عليه وسلم عن مناقب الصحابة، ذكر حاطب بن أبي بلتعة حليف أبي

سفيان، برقم 7119، مرجع سابق، 57/16.

الإشكالات الإجرائية للتفتيش دراسة موضوعية مقارنة بأحكام القضاء

بروضة كذا وكذا ففتشوها فإن معها كتاباً إلى أهل مكة من حاطب فانطلقنا فوافقناها...²⁶. كما ثبت عن الصحابة تفتيش متاع من غل في سبيل الله فعن زيد بن خالد الجهني: أن رجلاً من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم توفي يوم خيبر، فذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: "صلوا على صاحبكم، فتغيرت وجوه الناس لذلك، فقال: إن صاحبكم غل في سبيل الله، ففتشنا متاعه فوجدنا خرزاً من خرز اليهود لا يساوي درهمين"²⁷.

الفرع الثاني: تفتيش المسكن

المستقر عليه فقهاً وقضاء أن للمساكن حرمة، فلا يجوز دخولها بغير إذن أهلها. ولما كانت حرمة المسكن نابعة من حقه في الخصوصية، بل تعتبر الأساس في هذا الحق، فلا يكاد يذكر موضوع الحياة الخاصة إلا مقروناً في الغالب بحرمة المسكن، فقد أحاطه المشرع أثناء عملية تفتيشه إلى مجموعة من إجراءات شكلية، فأخضعه لشروط وأحاطه بقيود. والمقصود بمسكن المتهم، هو كل مكان يقيم فيه الشخص بصفة دائمة أو مؤقتة، بل كل مكان معد للإقامة يعتبر مسكناً حتى ولو يكن مسكوناً بالفعل. وإذا فقد المكان صفة الاختصاص به ففتحه صاحبه للجمهور فلا يعد منزلاً، بل محلاً عاماً لا تحميه قواعد التفتيش، كالمقهى والسينما مع مراعاة أنه يصبح خاصاً يتمتع حينها بحرمة المسكن في الأوقات التي يغلق فيها²⁸. ولا يشترط أن يكون المنزل مملوكاً للمتهم أو مؤجراً له، بل يكفي أن يكون مقيماً فيه بإذن صاحبه، كما لا يشترط أن يكون مخصصاً لإقامته على الدوام، فيعتبر منزلاً الغرفة التي يستأجرها المتهم في فندق ولو لليلة واحدة، كما أن حصانة المنزل لا تمتد إلى مزارعه غير الداخلة في حدود منزله²⁹.

كما أن قيود التفتيش لا تحمي المحلات المعدة للسكن وحدها، بل أيضاً ملحقاتها، وكل محل لا يباح للجمهور الدخول إليه بدون إذن كمكاتب الأطباء والمحامين، فهي مفتوحة في أوقات مخصوصة ولنوع معين من الناس وغرض محدد، وفيما عدا ذلك فهي محلات خاصة تتمتع بحرمة المسكن³⁰. فحرمة خصوصيات المتهم هي إذن العلة وراء حظر تفتيش منزله، ولذلك فإن هذه العلة ذاتها هي التي تحدد ما يدخل في مفهوم

²⁶ رواه البيهقي، السنن، كتاب السير، باب المسلم يدل المشركين على عورة المسلمين، برقم 18435، 247/9.

²⁷ رواه مالك في الموطأ، كتاب الجهاد، باب ما جاء في الغلول، برقم 1667، مرجع سابق، 652/3. وأبو داود، السنن، كتاب

الجهاد، باب في تعظيم الغلول، برقم 2710، مرجع سابق، 107/3.

²⁸ فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 302. أحمد بسيوني، المتهم، المكتب الجامعي الحديث -

الإسكندرية - 2003، ص 98.

²⁹ علي زكي العرابي باشا، المبادئ الأساسية للإجراءات الجنائية، مطبعة لجنة التأليف والترجمة، القاهرة، 1370هـ، 1951م،

254/01.

³⁰ جيلالي بغدادي، التحقيق، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ط1، 1999، ص 151.

المنزل وما لا يدخل³¹. وحق التفتيش الذي يتمتع به قاضي التحقيق مهما كان عاماً، فهو في حد ذاته ليس إلا استثناء للمبدأ الدستوري الذي كرس حرمة المسكن، وبالتالي يترتب عن ذلك أن هذا الحق يجب تضيقه بدلاً من توسيعه.³²

البند الأول: الضمانات المقررة لإجراء تفتيش المسكن

حرصت جل التشريعات العقابية على إحاطة التفتيش بمجموعة من الشروط كضمان أساسي للحقوق والحريات، وكذا لتحقيق التوازن بين حق الدولة في العقاب وحق الأفراد في حماية مستودع السر وهذه الشروط إحداها موضوعية والأخرى شكلية.

الفقرة الأولى: الشروط الموضوعية

تتمثل الشروط الموضوعية المنصوص عليه فيما يلي:

أولاً: سبب التفتيش: القاعدة العامة المقررة في إجراءات التحقيق أن التفتيش بصفة عامة لا يكون إلا عن سبب دفع إليه، ثم أنه من البديهي أن يكون السبب سابقاً للمسبب، فمجموعة القرائن المبررة للتفتيش يجب الحكم عليها قبل البدء في التفتيش، والأسباب التي تدفع إلى إجراء التفتيش هي:

أ. **وقوع جريمة متلبس بها:** نص المشرع الجزائري في المادة 44 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه: "لا يجوز لضباط الشرطة القضائية الانتقال إلى مساكن الأشخاص الذين يظهر أنهم ساهموا في الجناية، أو أنهم يحوزون أو أوراقاً أو أشياء لها علاقة بالأفعال الجنائية المرتكبة لإجراء تفتيش إلا بإذن مكتوب...". من خلال مضمون النص نجد أن المشرع قد اشترط لجواز التفتيش الخاص بالمسكن أن تكون الجريمة قد وقعت فعلاً³³، وأن تكون على درجة من الجسام، وأخذاً بظاهر النص نجد أن المشرع استعمل مصطلح جنائية والذي يقتضي بموجبه خروج مجموعة من الجرائم المندرجة ضمن قسم الجناح فضلاً عن كثرتها، وأن ذلك يناقض سياسة التجنيح التي انتهجها المشرع. ويرجع الأمر إلى عدم الدقة في تحديد المصطلحات أثناء الترجمة، لكن بالرجوع إلى نص المادة 56 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي نجد أنه استعمل عبارة "crime"، أما المخالفات فعالية التشريعات تخرجها من دائرة الجرائم الموجبة للتفتيش لضالة أهميتها، فلا تستدعي التعرض لحرمة المسكن لأجلها.

³¹ محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 251.

³² Pierre Chambon. Le juge d'instruction. Théorie et pratique de la procédure. Dalloz delta 4^{ème} edition 1997. P 110.

³³ وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية: "الإنز بالتفتيش إجراء من إجراءات التحقيق لا يصح قانوناً إصداره إلا لضبط جريمة -جنائية أو جناحة - واقعة بالفعل، ولا يصح بالتالي إصداره لضبط جريمة مستقبلية أو قامت التحريات والدلائل الجدية على أنها ستقع بالفعل". نقض 1 يناير 1962، مجموعة أحكام النقض، س 13، رقم 5، ص 20.

وإذا كانت الجنايات بالعموم يمكن أن تكون متلبس بها، فيجوز لضباط الشرطة القضائية الانتقال إلى مسكن المشتبه فيه الذي ساهم في ارتكابها، أو أنه يحوز أوراق أو أشياء تتعلق بها، فإن الجرح لا تكون جميعها متلبساً بها، فيجوز التفتيش بمناسبةها، وهذا يعني أن الجرح المعاقب عليها بالغرامة³⁴ فقط لا تكون سبباً يستدعي من أجله تفتيش المسكن³⁵. ولقد استدرج المشرع الأمر الخاص بمصطلح الجناية في الفقرة الأولى فأدخل تعديلات على المادة بزيادة فقرات، منها أنه أضاف أن الإجراء يمس أيضاً الجرح المتلبس بها، فنص على أنه: "يكون الأمر كذلك في حالة التحري في الجثة المتلبس بها...". وكذا نص المادة 55 من ق، إ، ج .

بناءً على ما قيل، فإنه لا يجوز استصدار إذن من النيابة العامة لضبط جريمة مستقبلية، وإلا كان باطلاً حتى ولو أثبتت التحريات الأولية بأن الجريمة ستقع بالفعل³⁶. كما أن العبرة بوصف التهمة هي بما يجري التحقيق بشأنه دون ما يسفر عنه في نهايته، فإذا اتضح بعد التحقيق أن الواقعة مخالفة فإن ذلك لا يبطل التفتيش الذي تم صحيحاً³⁷. إذ العبرة في صحة الإجراء بتحقيق سببه من حيث الظاهر وقت اتخاذه³⁸.

ب. اتهام الشخص بارتكاب الجريمة أو حيازته أشياء تتعلق بها:

فلا يكفي لتبرير التفتيش وقوع جريمة متلبس بها، بل يجب أن يجب أن تتسبب إلى شخص معين مما يكفي لاتهامه بارتكابها، وأن هذا الاتهام الأصل فيه أن يكون بواسطة تحريك دعوى جنائية³⁹. وتأسيساً على هذا، فالتفتيش الذي يستند على البلاغ بوقوع الجريمة يعد باطلاً، إذ لا يعتبر قرينة كافية على وقوعها ولا على نسبة الجريمة إلى شخص بعينه⁴⁰. فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن مجرد التبليغ عن جريمة لا

³⁴ بخلاف ما هو مقرر في التشريع المصري، فإنه يجز تفتيش المسكن في جثة متلبس بها حتى ولو كان يعاقب عليها بالغرامة فقط، لعموم نص المادة 47 من قانون الإجراءات الجنائية، فقد نص على جواز التفتيش في حالة التلبس في جميع الجرح... وهي مفارقة غير منطقية، خاصة وأن المنازل في الأصل يودع فيها الشخص أسراه أكثر مما يحملها معه. أنظر: فتحي سرور، الوسيط في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 566. زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 254. أحمد بسيوني، المتهم، مرجع سابق، ص 99.

³⁵ عبد الله أوهابيه، ضمانات الحرية الشخصية أثناء مرحلة البحث التمهيدي، مرجع سابق، ص 167.

³⁶ محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 541. صديق طارق رشيد كه ردى، حماية الحرية الشخصية في القانون الجنائي، منشورات الحلبي الحقوقية-بيروت- ط1، 2011، ص 304، 305.

³⁷ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 561. مصطفى محمد الدغدي، التحريات والإثبات الجنائي، دار الكتب المصرية، 2004، ص 483.

³⁸ محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 542. عوض محمد، مرجع سابق، ص 378.

³⁹ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 559.

⁴⁰ عوض محمد، المبادئ العامة في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 381.

الإشكالات الإجرائية للتفتيش دراسة موضوعية مقارنة بأحكام القضاء

يكفي للقبض على المتهم أو تفتيش منزله، بل يجب أن يقوم البوليس بعمل التحريات عما اشتمل عليه البلاغ، فإذا أسفرت عن توافر دلائل قوية على صحة ما ورد فيه فعندئذ يسوغ التفتيش⁴¹. ويتعين أن تكون الدلائل سابقة على أمر التفتيش وسبباً له، لا أن يكون الحصول عليها نتيجة لتنفيذ أمر التفتيش⁴². وأن تقدير جدية التحريات وكفايتها لإصدار الإذن بالتفتيش من المسائل الموضوعية التي يوكل الأمر فيها إلى سلطة التحقيق تحت إشراف محكمة الموضوع⁴³. كما يجب أن يكون الشخص المراد تفتيشه محدداً تحديداً نافياً للجهالة والمكان الذي يقع فيه منزله⁴⁴. ومرد ذلك كله أن الأصل في الإنسان البراءة، وقد ترتب عن هذا الأصل، ضمان الحرية الشخصية للمتهم، وإعفاءه من إثبات براءته، وبالتالي فإن إسناد الجريمة إلى شخص معين يقتضي قيام الدليل على صحة ذلك⁴⁵. ويستوي في إجراء تفتيش المسكن أن يكون المتهم فاعلاً أصلياً أو مساهماً (المادة 44ق، إ، ج).

ج. وجود مبرر التفتيش: فالتفتيش بوصفه إجراء من إجراءات التحقيق يهدف إلى كشف الحقيقة، وضبط الأشياء المتعلقة بالجريمة، فقد صرح المشرع على أن الغاية من التفتيش هو كشف الحقيقة، وهو الأمر المستشف من نص المادة 81 ق، إ، ج حيث تنص على أنه: "يباشر التفتيش في جميع الأماكن التي يمكن العثور فيها على أشياء يكون كشفها مفيداً لإظهار الحقيقة"⁴⁶. وعلى هذا الأساس فإذا جرى التفتيش من غير غرض يقتضيه مطلقاً وقع باطلاً، كما أنه إذا جرى لغير هذا الغرض المحدد في نص المادة، بأن كان لتحقيق أغراض أخرى أخذ وصف كونه عملاً تعسفياً يستوجب الدفع ببطلانه أيضاً، وللقاضي السلطة في تقدير مدى ملازمة التفتيش للوصول إلى غرضه.

وعلة هذا الشرط أن التفتيش إجراء هادف، غايته الدليل أساساً، فاتهام شخص بجريمة ولو كانت جناية لا يصلح في ذاته مبرراً لانتهاك حرمة مسكنه، وإنما يبرر التفتيش أنه إجراء تدعو إليه الضرورة لخدمة العدالة. وتأسيساً لما قيل فيكون التفتيش باطلاً إذا كان واضحاً منذ البداية أنه عقيم، فجريمة شهادة الزور والسب والقذف لا يحتاج البحث عن أدلتها إلى تفتيش لعدم تصور العثور على أي شيء يفيد الكشف عن

⁴¹ نقض مصري 1937/12/20، مجموعة القواعد القانونية ج4، رقم 128، ص 119.

⁴² نقض مصري 17 جوان 1968، مجموعة أحكام محكمة النقض، س 19، رقم 144، ص 713.

⁴³ نقض مصري 1951/12/30، أحكام النقض س3، رقم 131، ص 344.

⁴⁴ عبد الحميد محمود البعلي، الحماية الجنائية للحقوق والحريات أثناء المحاكمة الجزائية، مجلة الحقوق-الكويت- س 18، ع

13، سبتمبر 1994، ص 112.

⁴⁵ فاضل نصر الله عوض، ضمانات المتهم أمام سلطة التحقيق الابتدائي، مجلة الحقوق، س22، ع 3، 1998، ص 79.

⁴⁶ الأمر رقم 66- 155 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المعدل والمتمم.

الإشكالات الإجرائية للتفتيش دراسة موضوعية مقارنة بأحكام القضاء

الحقيقة⁴⁷. لكن لا يلزم من هذا أن يكون الغرض الذي لأجله تم التفتيش أن تقام إجراءات أخرى في حالة اكتشاف جرائم أخرى ليست هي التي تم التفتيش لأجلها، وأن هذه الإجراءات تكون صحيحة، وهذا لنص المادة 5/44 ق، إ، ج، على أنه: "إذا اكتشفت أثناء هذه العمليات جرائم أخرى غير تلك التي ورد ذكرها في إذن القاضي فإن ذلك لا يكون سبباً لبطلان الإجراءات العارضة"⁴⁸.

ثانياً: محل التفتيش: يقصد به المستودع الذي يحتفظ فيه الإنسان بأسراره، ومستودع السر يكون في محل له حرمة، ولقد اشترط القانون في المسكن كمحل للتفتيش مجموعة شروط، نص عليها في المادة 3/44 ق، إ، ج، على أنه: "يجب أن يتضمن الإذن وصف الجرم موضوع البحث عن الدليل وعنوان الأماكن التي ستتم زيارتها وتفتيشها وإجراء الحجز فيها وذلك تحت طائلة البطلان".

أ. أن يكون المسكن معيناً: ينبغي أن يتضمن إذن التفتيش تعيين المسكن الذي يجري التفتيش فيه التعيين النافي للجهالة، ويتضمن كذلك تعيين الشخص المقيم فيه الذي يوجه إليه الاتهام بارتكاب الجريمة، أو تقوم الدلائل على إخفائه الأشياء المتعلقة بها⁴⁹.

وبالرجوع إلى نص المادة 3/44 من ق، إ، ج، نجد أن المشرع الجزائري قد جعل شرط التعيين الخاص بالجريمة والمحل المراد تفتيشه يترتب على تخلفه البطلان.

ب. أن يكون مما يجوز تفتيشه: فيشترط في التفتيش أن يرد على محل مشروع تفتيشه، فالمحل الذي أضفى عليه القانون حصانة معينة لا يجوز تفتيشه، وبناءً على ذلك لا يجوز تفتيش دور السفارات ومنازل السفراء وأعضاء السفارة وغيرهم ممن يتمتعون بالحصانة الدبلوماسية، وهو أمر محظور وفقاً لقواعد القانون الدولي العام⁵⁰، وهذا احتراماً لسيادة الدولة التي يمثلونها. فتعتبر أماكن الدبلوماسيين وكذا المنظمات الدولية تتمتع بحرمة مطلقة وهو استثناء⁵¹.

⁴⁷ عوض محمد، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 381. محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 618.

⁴⁸ القانون رقم 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، الجريدة الرسمية رقم 84.

⁴⁹ محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 545، 546. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 556، 557. فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ص 299.

⁵⁰ وهذا تطبيقاً لنص المادة 22 من اتفاقية فيينا لعام 1961 على أنه: "للمكان الخاصة بالبعثة حرمة مصونة، فلا يجوز لرجال السلطة العامة للدولة المعتمدة لديها دخولها، ما لم يكن ذلك بموافقة رئيس البعثة.

المرسوم الرئاسي رقم 64-85، المؤرخ في 04/03/1964.

⁵¹ Jacques Robert, Jean Duffar: Droits de L'homme et libertés fondamentales, Montchrestien, Paris, E.J.A. 1999, 7^{ème} édition, P.399,400.

وكذلك لا يجوز تفتيش منازل أعضاء البرلمان لتمتعهم بحصانة تمنع من اتخاذ أي إجراء تجاههم، ولذلك تحرص مختلف الدساتير⁵² على تقرير الحصانة لأعضاء البرلمان، وهي ليست مطلقة، وإنما تتوقف على إذن المجلس.

وكذا يتمتع حق الدفاع بحصانة مقررة قانوناً، فلا يجوز تفتيش المدافع عن المتهم لضبط الأوراق أو المستندات التي سلمها المتهم للمحامي، ولا حتى المراسلات المتبادلة بينه وبين المتهم، فلقد نص المشرع الجزائري فيما يخص تفتيش مكتب المحامي في المادة 80 من قانون المحاماة رقم 91/ 04 على أنه: "يمنع التعدي على حرمة مكتب المحامي ولا يجوز إجراء التفتيش أو الحجز من غير حضور النقيب أو ممثله..."⁵³. ولقد رتب عن مخالفة هذه الإجراءات البطالان المطلق. فحظر التفتيش ليس مطلق بل هو مقيد بالأشياء اللازمة للدفاع، ذلك أن المحامي ملتزم بسر المهنة، ويقتضي هذا السر ألا يجيز القانون الاطلاع عليه عن طريق التفتيش.

ثالثاً: اختصاص التفتيش يقصد باختصاص التفتيش صلاحية السلطة لمباشرة الإجراء، وبالرجوع إلى نص المادة 44 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، نجد أن المشرع منح صلاحية إصدار الإذن بالتفتيش إلى النيابة العامة أو قاضي التحقيق، وحدد في الفقرة الثالثة من المادة على أن تكون العملية تحت الإشراف المباشر للقاضي⁵⁴.

الفقرة الثانية: الشروط الشكلية

تتمثل الشروط الشكلية للتفتيش فيما يلي:

أ. **تسبب إذن التفتيش:** معنى تسبب الإذن بيان العناصر التي استخلصت من التحقيق، بتوافر الدلائل الكافية التي تبرر عملية التفتيش، وهذا الشرط نص عليه المشرع في المادة 44 ق، إ، ج، حيث اشترط في الإذن المكتوب الصادر من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق أن يتضمن بيان وصف الجرم موضوع

⁵² منها ما نصت عليها المادة 109 من الدستور الجزائري على أن: "الحصانة البرلمانية معترف بها للنواب ولأعضاء مجلس الأمة مدة نيابتهم ومهمتهم البرلمانية، ولا يمكن أن يتابعوا أو يوقفوا....". ونصت المادة 110 على أنه لا يجوز القبض عليه ولا حبسه مؤقتاً ولا تفتيشه قبل رفع الحصانة عنه، كما تمتد هذه الحصانة إلى مسكن أعضاء البرلمان".

⁵³ القانون رقم 91-04 المؤرخ في 08 يناير 1991، المتضمن مهنة المحاماة.

⁵⁴ تنص المادة 3/44 على أنه: "تتجز هذه العمليات تحت الإشراف المباشر للقاضي الذي أذن بها...". فصلاحيّة التفتيش لقاضي التحقيق، إلا أن ذلك لا يمنع من إصدار إنابة قضائية لضباط الشرطة القضائية بموجب نص المادة 138 من نفس القانون.

الإشكالات الإجرائية للتفتيش دراسة موضوعية مقارنة بأحكام القضاء

البحث عن الدليل، وذلك تحت طائلة البطلان⁵⁵، مع وجوب استظهاره من طرف الضبطية القضائية، وأن يعنون هذا الإذن باسم مُصدره وصفته وموقعاً عليها، كما ورد في نص المادة 2/183 ق، إ، ج على أنه: "ويذكر في الإنابة القضائية نوع الجريمة موضوع المتابعة وتؤرخ وتوقع من القاضي الذي أصدرها وتمهر بختمه".

ب. الحضور الضروري لبعض الأشخاص: استلزم القانون حضور بعض الأشخاص أثناء التفتيش، للتحقق من صحة أن الأشياء التي يراد ضبطها موجودة في المسكن، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 45 من قانون الإجراءات الجزائية. فالمادة تنص على وضع ضمانات قوية لحق الإنسان في حرمة مسكنه. وأنه في حالة ضبط الأشياء المتعلقة بالجريمة لا يتهم ضابط الشرطة بأنه تولى عملية وضعها لتلفيق التهمة بالشخص صاحب المسكن.

ج. احترام ميقات إجراء التفتيش: فقد اشترط القانون لصحة إجراء عملية التفتيش في المسكن أن يقع في ميقات زمني محدد⁵⁶ لا يمكن لضابط الشرطة القضائية تعديه إلا في الأحوال المستثناة، وهو ما نص عليه المشرع في المادة 47 ق، إ، ج على أنه: "لا يجوز البدء في تفتيش المساكن ومعاينتها قبل الساعة الخامسة صباحاً ولا بعد الساعة الثامنة مساءً إلا إذا طلب صاحب المسكن ذلك أو وجهت نداءات من الداخل أو في الأحوال الاستثنائية المقررة قانوناً"⁵⁷.

وعلى هذا الأساس، فإن المشرع قد اشترط لصحة التفتيش ميقات محدد، وإلا وقع باطلاً، وهذا لأن الليل هو الوقت الذي يخلد فيه الإنسان للراحة والسكن، فلا وجود لمسوغ الدخول ليلاً إلا في حالة الضرورة.

⁵⁵ عكس ما ذهب إليه المشرع المصري، حيث لم يرسم شكلاً خاصاً لتسبب الإذن بالتفتيش، ولم يتطلب قدراً معيناً من التسبب، فلم يشترط أن يكون تفصيلياً، بل يكفي أن يحيل أمر التفتيش في تسببه إلى الدلائل التي استخلصتها سلطة الاستدلال من تحريات واستدتد إليها في طلب التفتيش الذي صدر الأمر استجابة له. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 550.

⁵⁶ عكس ما هو مقرر في التشريع المصري، فإنه لم يقيد تفتيش المسكن بوقت محدد، ولذلك يجوز التفتيش في أي ساعة من ساعات النهار أو الليل، وهو متروك لتقدير القائم به ما دام أنه يتم خلال الفترة المحددة بالإذن، لذلك قضت محكمة النقض بأن لا تثريب على مأمور الضبط القضائي إن هو اقتحم غرفة نوم المتهم فجر يوم الحادث. أنظر أحمد الراشد، أحكام تفتيش المسكن، مرجع سابق، ص 188.

⁵⁷ القانون رقم 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

والأمر نفسه بالنسبة للتشريع الفرنسي في نص المادة 59 من قانون الإجراءات الجزائية:

Art 59: Sauf réclamation faite de l'intérieur de la maison ou exceptions prévues par la loi, les perquisitions et les visites domiciliaires ne peuvent être commencées avant 6 heures et après 21 heures. Les formalités mentionnées aux articles 56, 56-1, 57 et au présent article sont prescrites à peine de nullité.

نلاحظ أن المشرع الجزائري قد راعى مصلحة الفرد في حرمة مسكنه، وأنها لا تنتهك إلا في الأحوال المستثناة قانوناً، حتى ولو كان بصدد تنفيذ أمر بالقبض المنصوص عليه في نص المادة 122 من قانون الإجراءات الجزائية⁵⁸. ولم يمنح المشرع لسلطة التحقيق الخروج عن هذا القيد إلا في حالة ارتكاب جناية فقط⁵⁹. ومن جهة أخرى أجاز المشرع الجزائري الخروج عن القيد الزمني المحدد لعملية تفتيش المسكن عندما يتعلق الأمر بحدوث جرائم خاصة مستثناة بنص القانون، وهي المنصوص عليها في المادة 3/47 على أنه: "عندما يتعلق الأمر بجرائم المخدرات أو الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية أو الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات... فإنه يجوز إجراء التفتيش والمعاينة والحجز في كل محل سكني أو غير سكني في كل ساعة من ساعات النهار أو الليل...".

أما في الشريعة الإسلامية، فقد تكفلت بتوفير حماية جنائية للمسكن، باعتباره مستودع أسرار الأفراد، ولا شك أن من مقاصد الشريعة الإسلامية حماية مصالح الناس وستر العورات، وعدم الكشف عن المحرمات، وتأسيساً لذلك حظرت انتهاك حرمة المسكن من أي اعتداء عليه، بدأ بالنظر إلى غاية الدخول دون إذن. وهذا حماية للحق في الخصوصية، يقول الإمام الشاطبي رحمه الله: "تكليف الشريعة ترجع إلى حفظ مقاصدها في الخلق، وهذه المقاصد لا تعدو ثلاثة أقسام: أحدها أن تكون ضرورية، والثاني: أن تكون حاجية، والثالث: أن تكون تحسينية، فأما الضرورية فمعناها أنها لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة"⁶⁰. وقد ذكر إمام الحرمين رحمه الله أن المسكن من أظهر ما تمس إليه الحاجة، والمكان الذي يأوي إليه الرجل وعائلته وذريته مما لا غناء عنه⁶¹. وإذا كان الأصل المقرر هو حرمة المسكن وأنه لا يجوز دخوله بغير إلا وفق الضرورة التي تدفع إلى ذلك، فإنها مقدرة بقدرها، وأنه لا يجوز تجاوزها بحال، ولهذا كان إجراء التفتيش كقيد وارد على حق الإنسان في خصوصياته لا بد من إجراءاته وفق ما تمليه ضوابط إجراءاته، ولما كان البحث عن الحقيقة دافعاً لإجراء التفتيش، وكان من واجب الدولة مكافحة الجريمة عموماً، وسواء تعلقت بحق الله تعالى أو بحقوق العباد، وأنها لا تخرج عن كونها منكرًا، كان لمبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أو لولاية الحسبة التجسيد في الميدان، وهو ما

⁵⁸ تنص المادة 122 ق، إ، ج، على أنه: "لا يجوز للمكلف بتنفيذ أمر القبض أن يدخل مسكن أي مواطن قبل الساعة الخامسة صباحاً ولا بعد الساعة الثامنة مساءً. وله أن يصطحب معه قوة كافية لكي لا يتمكن المتهم من الإفلات من سلطة القانون...".

⁵⁹ وهو المنصوص عليه في نص المادة 82 من ق، إ، ج على أنه: "إذا حصل التفتيش في مسكن المتهم فعلى قاضي التحقيق أن يلتزم بأحكام المواد من 45 إلى 47 غير أنه يجوز له وحده في مواد الجنايات أن يقوم بتفتيش مسكن المتهم في غير الساعات المحددة في المادة 47، بشرط أن يباشر التفتيش بنفسه وأن يكون ذلك بحضور وكيل الجمهورية".

⁶⁰ الشاطبي: أبي اسحاق، الموافقات، دار ابن عفان، السعودية، ط1، 1417هـ، 1997م، 17/2، 18.

⁶¹ الجويني: غياث الأمم في التياث الظلم، دار الدعوة، الإسكندرية، (د، ط)، ص 350.

أشار إليه النبي صلى الله عليه وسلم بقوله: "من رأى منكم منكراً فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه..."⁶². وفي الحديث دلالة على أن الإنكار يتعلق بالرؤية، فلو كان مستوراً فلم يره، ولكن علم به فإنه لا يعرض له، وأنه لا يفتش على ما استراب به، وقيل يكشف المغطى إذا تحققه⁶³. فما لم يظهر من المحظورات فليس للمحتسب أن يتجسس عليها، ولا أن يهتك الاستتار بها، لحديث: "من أتى من هذه القاذورات شيئاً فليستتر بستر الله تعالى، فإنه من يبد لنا صفحته نقم عليه"⁶⁴. وإن غلب على الظن استتار قوم بها لأمارات دلت وآثار دلت، وأن يكون ذلك في انتهاك حرمة يفوت استدراكها، فيجوز له في مثل هذه الحالة أن يتجسس ويقدم على الكشف حذراً من فوات ما لا يستدرك من انتهاك المحارم⁶⁵. وتأسيساً لما قيل فيجوز دخول المسكن وتفتيشه، لكن بضوابط ينبغي مراعاتها، منها قيام القرائن على وقوع الجريمة، وأن تكون الجريمة قد وقعت فعلاً، وأن يكون الإذن في دخول المسكن هو الإذن الذي منحه الإمام، وقد سبق أن الأمر بتفتيش المرأة كان صادر منه صلى الله عليه وسلم، مع ضرورة الالتزام بأداب الشريعة⁶⁶، ومن ذلك ما رواه الفزاري أنه قال للإمام الأوزاعي رحمه الله: "أرأيت السبايا إذا خيف منهن أن يكن قد خبان معهن شيئاً، فكيف يفتش؟". قال: فوق الثياب، هذه ضرورة⁶⁷. وعدم تجاوز الحد الذي لأجله أجري التفتيش، لعدم إدخال الرعب على أهل البيت، مع بث الطمأنينة عليهم وغيض البصر⁶⁸.

المبحث الثاني: آثار التفتيش:

الغاية من التفتيش هي ضبط الأشياء التي يمكن أن يستعين بها المحقق في كشف الحقيقة بشأن الجريمة التي هي موضوع التحقيق، وأن استهداف هذه الغاية هي العلة التي من أجلها شرع التفتيش⁶⁹. والآثار التي لأجلها شرع التفتيش تكمن فيما يلي:

⁶² رواه مسلم، كتاب الإيمان، باب كون النهي عن المنكر من الإيمان، برقم 78، مرجع سابق، 41/1.

⁶³ ابن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم، دار السلام، القاهرة، ط2، 1424هـ، 2004م، 960/3.

⁶⁴ رواه مالك في الموطأ، كتاب الحدود، باب ما جاء في من اعترف على نفسه بالزنا، برقم 3048، مرجع سابق، 1205/5.

قال أبو عمر رحمه الله: "لم يختلف عن مالك في إرسال هذا الحديث، ولا أعلمه يستند بهذا اللفظ من وجه من الوجوه". ابن

عبد البر، الاستنكار، مرجع سابق، 85/24.

⁶⁵ المارودي: أبي الحسن، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، دار ابن قتيبة، الكويت، ط1، 1409هـ، 1989م، ص330.

⁶⁶ ورد نص المادة 86 من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي على أنه: "إذا كان في المسكن نساء محجبات، ولم يكن الغرض من الدخول ضبطهن ولا تفتيشهن، وجب على القائم بالتفتيش أن يراعي التقاليد المتبعة في معاملتهن، وأن يمكنهن من الاحتجاب أو مغادرة المسكن، وأن يمنحهن التسهيلات اللازمة لذلك مما لا يضر مصلحة التفتيش ونتيجته".

⁶⁷ أبي اسحاق الفزاري، كتاب السير، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1408هـ، 1987م، ص117.

⁶⁸ محمد راشد العمر، أصول التحقيق الجنائي في الشريعة الإسلامية، دار النوادر، دمشق، ط1، 2008م، ص187، 189.

⁶⁹ محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص559.

المطلب الأول: ضبط الأشياء المتعلقة بالجريمة

يعتبر ضبط الأشياء أثناء عملية التفتيش أهم نتيجة مترتبة عنه، ذلك أنه دليل لإثبات الجريمة التي كانت السبب في القيام بإجراء التفتيش.

الفرع الأول: المقصود بالضبط

يقصد بضبط الأشياء (Saisie des objets) في قانون الإجراءات وضع اليد على شيء يتصل بجريمة وقعت، ويفيد في كشف الحقيقة عنها وعن مرتكبيها، ويستوي في ذلك أن يكون هذا الشيء عقاراً أو منقولاً، مملوكاً للمتهم في الجريمة أو لغيره، موجوداً في حيازته أو في حيازة غيره، كما يستوي أن يكون من أي نوع كان، ولا عبء بقيمة الشيء محل الضبط ما دام متعلقاً بالجريمة ويفيد في كشف الحقيقة⁷⁰. فهي الغاية من الضبط، وإلى ذلك أشار المشرع في نص المادة 81 من ق، إ، ج على أنه: "يباشر التفتيش في جميع الأماكن التي يمكن العثور فيها على أشياء يكون كشفها مفيداً لإظهار الحقيقة".

والأصل في إجراءات الضبط أنها محصور في الأشياء المادية، لأنه عبارة عن وضع اليد عليها، وهو لا يتصور حصوله في الأشياء المعنوية لأنها لا تصلح محلاً للضبط بمفهومه الدقيق، وإن كانت تصلح محلاً للمراقبة عليها كما هو الحال بالنسبة للمحادثات الهاتفية، أو التي تجري في مكان خاص⁷¹.

ولما كانت إجراءات التفتيش تبيح للقائم به إجرائه في كل مكان يرى باحتمال وجود الأشياء التي هو بصدد البحث عنها والتي تفيد في كشف الحقيقة، فما هو الوضع القانوني لضبط الأشياء التي توجد عرضاً أثناء التفتيش وليست هي محل البحث عنها، إن الأشياء التي تظهر عرضاً والتي تعد حيازتها جريمة مستقلة بذاتها فيصح لضابط الشرطة القضائية ضبطها بناءً على حقه المخول له في الجريمة المتلبس بها لنص المادة 44 و 45 من ق، إ، ج⁷²، فضبط الأشياء التي تعد حيازتها جريمة لا تحتاج إلى نص يقرر لها مشروعية ضبطها، فقد قضت المحكمة العليا: "بأن الأمر بالتفتيش لا يمنع البحث واكتشاف أشياء أخرى أو بضاعة مهربة"⁷³.

الفرع الثاني: ضبط المراسلات

⁷⁰ محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 629.

⁷¹ محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 560. محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 629. عوض محمد، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 395.

⁷² تنص المادة 5/44 ق، إ، ج: "إذا اكتشفت أثناء هذه العمليات جرائم أخرى غير تلك التي ورد ذكرها في إذن القاضي فإن ذلك لا يكون سبباً لبطلان الإجراءات العارضة". القانون رقم 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006. ج، ر رقم 84.

⁷³ قرار رقم 13 195، الصادر بتاريخ 12/02/1993، الغرفة الجزائرية.

الإشكالات الإجرائية للتفتيش دراسة موضوعية مقارنة بأحكام القضاء

تتمتع المراسلات بحماية دستورية، كونها تعد من عناصر الحق في الخصوصية، وينصرف المقصود بالمراسلات إلى كافة الرسائل المكتوبة، بصرف النظر عن الطريقة التي تم بها الإرسال، فيستوي بذلك أن تكون عن طريق البريد أو بواسطة رسول خاص، كما تشمل المراسلات البرقيات، ويستوي أن تكون الرسالة داخل ظرف مغلق أو مفتوح، طالما أن قصد المرسل عدم إطلاع الغير عليه من غير تمييز⁷⁴.

ثم إن الحق الوارد على سرية المراسلات المقرر دستوريا، لا يجيز لغير مصدرها ومن توجه إليه الإطلاع على سريتها، بصرف النظر عن مضمونها حتى ولو لم يكن يتعلق بالحق في الخصوصية، ونحن بصدد الحديث عن ضبط المراسلات، وهي التي توجد لدى مكاتب البريد والبرقيات، أما الأوراق والمستندات التي تكون بين المتهم والغير والتي تشمل الخطابات والمنشورات المطبوعة والمكتوبة باليد فقد أوردتها المشرع الجزائري كمحل مشروع للضبط أثناء التفتيش، بينما جاءت نصوص قانون الإجراءات الجزائية خالية من أي نص حول ضبط المراسلات لدى مكتب البريد والبرق، كما هو الحال في التشريع الفرنسي، بخلاف التشريع المصري فقد صرح بإمكانية ضبط الرسائل والخطابات لدى مكاتب البريد⁷⁵. ولكن استناداً إلى عموم نص المادة 81 ق، إ، ج التي تجيز لقاضي التحقيق مباشرة التفتيش في جميع الأماكن التي يمكن العثور فيها على أشياء يكون كشفها مفيداً لإظهار الحقيقة، يمكن ضبط المراسلات البريدية بموجبها، وهذا ضماناً لحسن سير العدالة. وكذا بموجب عموم نص المادة 68 إ، ج على أنه: "يقوم قاضي التحقيق وفقاً للقانون، باتخاذ جميع إجراءات التحقيق التي يراها ضرورية للكشف عن الحقيقة، بالتحري عن أدلة الاتهام وأدلة النفي"⁷⁶.

وتماشياً مع ما أفرزته التكنولوجيا الحديثة من مراسلات عبر البريد الإلكتروني، فقد أولى لها المشرع الجزائري حماية خاصة، كونها تتعلق بحق الإنسان في الخصوصية، وأخذاً بالمبدأ العام المقرر لحماية سرية المراسلات دستورياً، فقد أورد عليها استثناء يجعلها محلاً للتفتيش والحجز، فقد نص في المادة 03 من قانون تكنولوجيا الإعلام والاتصال على أنه: "مع مراعاة الأحكام القانونية التي تضمن سرية المراسلات والاتصالات، يمكن لمقتضيات حماية النظام العام أو لمستلزمات التحريات والتحقيقات القضائية الجارية، وفقاً للقواعد المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية وفي هذا القانون، وضع ترتيبات تقنية لمراقبة

⁷⁴ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع، سابق، ص 578.

⁷⁵ تنص المادة 95 من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أنه: "لقاضي التحقيق أن يضبط لدى مكاتب البريد جميع الخطابات والرسائل والجرائد والمطبوعات والطرود، ولدى مكاتب البرق جميع البرقيات...".

⁷⁶ القانون رقم 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

الاتصالات الالكترونية وتجميع وتسجيل محتواها في حينها والقيام بإجراءات التفتيش والحجز داخل منظومة معلوماتية⁷⁷.

وضمناً لحق المتهم في الدفاع، فإنه لا يجوز لقاضي التحقيق أن يضبط الأوراق أو المستندات التي سلمها المتهم للمحامي والعكس، وكذا المراسلات المتبادلة بينهما في القضية أينما وجدت، وسواء كانت لدى المتهم أو المحامي أو الخبير أو في مكاتب البريد.

فاحترام المراسلات التي تدور بين المتهم ومحاميه، وحصانة المراسلات في هذه الحالة لا ترجع إلى أن المحامي يعتبر من الأمناء على الأسرار، بقدر ما ترجع إلى حق المتهم في الدفاع عن نفسه بكامل الحرية، ولذلك جرى القضاء في فرنسا على الفصل بين حصانة هذه المراسلات والتزام المحامي بكتمان أسرار موكله، فلا يجوز ضبط المراسلات أو صورها وإن تم ذلك، وقع الضبط باطلاً، وأن تبني المحكمة الحكم بناءً على الدليل المستمد منه يعد باطلاً أيضاً، والفقهاء والقضاء الفرنسي على اتفاق في هذا، ولم تكن هذه الحصانة محل نزاع في يوم ما في فرنسا رغم عدم تقريرها بنص صريح⁷⁸. وكذلك لا يجوز ضبط الرسائل حتى ولو كانت قد كتبت إلى شخص لم يكن وقت إرسالها يتولى الدفاع عن المتهم، ولكنه صار بعد ذلك مدافعاً عنه، كما لا يشترط أن يكون الاتفاق قد تم بين المحامي والمتهم على قبول دعواه، بل يكفي أن يكتب المتهم لمحام أن يتولى الدفاع عنه، ويستوي في ذلك أن يقبل المحامي الدفاع عنه أو لم يقبل، فوجوب احترام هذه المراسلة أمر مطلوب⁷⁹.

بناءً عليه، أجمعت الآراء على أن الرسائل التي تدور بين المتهم ومحاميه لا يمكن ضبطها، سواء كانت صادرة منه أو إليه، إلا إذا رضي المتهم بذلك، ولم تقف الآراء عند هذا الحد، وإنما تدرجوا إلى عدم مشروعية تفتيش مكتب المحامي. ولا يقتصر حظر ضبط الرسائل للتي وصلت، وإنما التي لم تصل بعد وهي في مصلحة البريد، والقول بمشروعية ضبطها يترتب عنه تعطيل الحق في الدفاع⁸⁰.

ولم يورد المشرع الجزائري أي نص خاص بالمراسلات المتبادلة بين المتهم ومحاميه، إلا ما جاء ذكره بالنسبة للشخص المسجون، فقد نص في المادة 74 من قانون السجون على أنه: "لا تخضع لرقابة

⁷⁷ قانون رقم 09-04 المؤرخ في 2009، المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال، ج،

ر عدد 47.

⁷⁸ محمود محمود مصطفى، سرية التحقيقات الجنائية وحقوق الدفاع، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة 17، مارس

1947، ص 28.

⁷⁹ إدوار غالي الذهبي، التعدي على سرية المراسلات، مجلة إدارة قضايا الحكومة، 1965، مرجع سابق، ص 39.

⁸⁰ مصطفى القللي، أصول قانون تحقيق الجنايات، مطبعة فتح الله إلياس، القاهرة، 1935، ص 192.

مدير المؤسسة العقابية، المراسلات الموجهة من المحبوس إلى محاميه، أو التي يوجهها هذا الأخير إليه، ولا يتم فتحها لأي عذر كان، إلا إذا لم يظهر على الظرف ما يبين بأنها مرسلة إلى المحامي أو صادرة منه...⁸¹. فنص المادة يفيد أنه يلزم الاحتفاظ بسرية المراسلات المتبادلة بين المسجون ومحاميه، وكذا المراسلات الموجهة منه إلى السلطات القضائية والإدارية، وعدم ضبطها لأي سبب كان، وهذا من باب تغليب المصلحة الشخصية على مصلحة العدالة، وحماية لحق المسجون في حياته الخاصة، وضماناً له في حقه في الدفاع بكل حرية.

ولإدارة المؤسسة العقابية الاعتراض على المراسلات التي تتم بين المسجون والغير - ماعداً مما تم استثناءه - وبخاصة إذا ثبت أن ذلك يهدد الأمن داخل المؤسسة العقابية، وهذا تطبيقاً لنص المادة 73 من قانون تنظيم السجون.

الفرع الثالث: ضبط الرسائل والخطابات في الشريعة الإسلامية

وردت مسألة ضبط الرسائل في قصة روضة خاخ، على أنه قد تقرر كمبدأ عام عدم مشروعية الإطلاع على مراسلات الأشخاص لاعتبارها إحدى مظاهر الحياة الخاصة ومستودع لأسراره، وقد ورد دليل أن الأصل هو حرمة النظر إلى الرسائل فيما رواه ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "من نظر في كتاب أخيه بغير إذنه فإنما ينظر في النار"⁸².

قال الإمام الخطابي رحمه الله: "إنما هو تمثيل يقول كما يحذر النار فليحذر هذا الصنيع إذ كان معلوماً أن النظر إلى النار والتحديق إليها يضر بالبصر. وفيه وجه آخر معناه كأنما ينظر إلى ما يوجب عليه النار فأضمره في الكلام.

وزعم بعض أهل العلم أنه إنما أراد به الكتاب الذي فيه أمانة أو سر يكره صاحبه أن يطلع عليه أحد دون الكتب التي فيها علم فإنه لا يحل منعه ولا يجوز كتمانها، وقيل أنه عام في كل كتاب، لأن صاحب الشيء أولى بماله وأحق بمنفعة ملكه، وإنما يَأْتَمُّ بكتمان العلم الذي يسأل عنه، فأما أن يَأْتَمُّ في منعه كتاباً عنده وحبسه عن غيره فلا وجه له"⁸³.

المطلب الثاني: بطلان التفتيش

⁸¹ القانون رقم 04-05، الصادر في 2005، المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين.

⁸² رواه أبو داود، كتاب الصلاة، باب الدعاء، رقم 1485، قال رحمه الله: "روي هذا الحديث من غير وجه عن محمد بن كعب

كلها واهية، وهذا الطريق أمثلها، وهو ضعيف أيضاً". سنن أبي داود، مرجع سابق، 2/ 111.

⁸³ الخطابي: أبو سليمان حمد، معالم السنن، المطبعة العلمية، حلب، سوريا، ط1، 1359هـ، 1932م، 1/ 293، 294.

يعد موضوع البطلان من أهم موضوعات الإجراءات الجزائية وأدقها، ففيه ينعكس التوازن بين المحافظة على المصلحة العامة وحقوق الأفراد وحررياتهم، وهذا التوازن هو الروح التي يسعى القانون لتحقيقها، ويتحقق البطلان عند اختلال التوازن.

ولما كان التفتيش إجراء استثنائي يلجأ إليه لضرورة الكشف عن الحقيقة، فإن القانون تشدد في وضع جملة من الشروط الواجب على القائم بالتفتيش مراعاتها تحت طائلة البطلان، وذلك لمخالفته القانون وتعسفه في استعمال الحق بانتهاكه للحقوق والحرريات المحمية.

الفرع الأول: مفهوم بطلان التفتيش وآثاره

لا يكون ضبط الأشياء إلا بعد القيام بالتفتيش الصحيح المستوفي للشروط، أما إذا كان التفتيش مخالفا للقانون، فيعتبر البطلان نتيجة حتمية لمخالفة الشروط الشكلية والموضوعية، ذلك أنه إذا كان التفتيش إجراء من إجراءات التحقيق الغاية منه الوصول إلى اكتشاف الحقيقة، وأن ضبط الأشياء كأثر له، فينبغي أن يتم التفتيش وفق ما رسمه له القانون، وإلا اعتبر باطلاً، وهو الأمر الذي نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 48 من ق، إ، ج على أنه: "يجب مراعاة الإجراءات التي استوجبتها المادتان 45 و47، ويترتب على مخالفتها البطلان".

الفقرة الأولى: مفهوم البطلان

يعتبر البطلان النتيجة المترتبة عن مخالفات الإجراءات المنصوص عليها قانوناً، ومنها بطلان التفتيش، ولقد تعددت مفاهيم البطلان، ف قيل بأنه: "جزاء لتخلف كل أو بعض لشروط صحة الإجراء الجنائي، ويترتب عليه عدم إنتاج الإجراء آثاره المعتادة في القانون"⁸⁴. ويتضح من هذا أنه جزاء إجرائي، وأنه يفترض انتفاء أحد أركان الإجراء. بناء عليه اعتبر بطلان التفتيش كل مخالفة للإجراءات المنصوص عليها مخالفة كلية أو جزئية.

الفقرة الثانية: أثر بطلان التفتيش

إذا كان الجزاء الإجرائي هو الأثر الذي يترتب عليه قانون الإجراءات في مواجهة الخصم المسؤول عن مخالفة قواعده، فإن البطلان هو الأثر الذي يترتب على تخلف كل أو بعض عناصر التفتيش، ذلك أن القاعدة الإجرائية تحتوي على شقين، أحدهما: شق الحكم المتضمن نشاط الأشخاص الإجرائيين الداخليين في الخصومة الجنائية، والذي يرسم الطريق الواجب عليهم أن يسلكوها للوصول إلى الحقيقة، والثاني: يتمثل في شق الجزاء، والذي يقضي بحرمان من باشر الإجراءات المخالفة للقانون من بلوغ الغاية التي يستهدفها

⁸⁴ محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 394.

الإشكالات الإجرائية للتفتيش دراسة موضوعية مقارنة بأحكام القضاء

الإجراء، وهو الشق الذي يكفل احترام القواعد الإجرائية، وكذا حقوق المتهمين وحياتهم الخاصة⁸⁵. وإذا ما خالف ضابط الشرطة القضائية الإجراءات المخولة له قانوناً، كالتفتيش دون إذن مكتوب من النيابة العامة، أو خارج الميقات المحدد له قانوناً، أو أن يجريه من لا تتوافر فيه صفة الضبطية القضائية، فيحكم ببطلان إجراء التفتيش، وقد يترتب عن ذلك مسؤولية جنائية أو تأديبية، وخاصة إذا تعلق الإجراء بتفتيش المسكن. ولا يمكن للمحكمة الاعتماد على ما يترتب عنه من ضبط للأشياء والمراسلات كدليل، لأنه مبني على باطل، وما بني على باطل فهو باطل، ثم إن الأمر لا يتعلق بمسألة احتمال إفلات المتهم من العقاب، بقدر ما يتعلق بالتعدي على حق الإنسان في خصوصياته بغير وجه حق، كون التفتيش كاستثناء من الأصل المقر بحظر التعدي على الخصوصية، فينبغي أن يتم بالقدر الضروري ووفقاً لما تقرر له قانوناً.

والقاعدة العامة المحددة لحالات بطلان التفتيش يستوي فيها أن يكون التفتيش واقعاً على الأشخاص أو المساكن، فإذا كان تفتيش الشخص مرتبطاً بالقبض عليه، وكان القبض باطلاً، فإن تفتيش المقبوض عليه يكون تبعاً لذلك باطلاً⁸⁶. ثم إن أحكام التفتيش تعتبر من القواعد الأساسية المتعلقة بمصلحة الخصوم، ولا تعلق لها بالنظام العام، ويترتب عن هذا أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضي ببطلانه من تلقاء نفسها، وإنما يجب أن يتمسك به صاحب الشأن، الذي وقع التفتيش الباطل على حريته الشخصية، وانتهكت حرمة مسكنه بموجب. وأن الدفع ببطلان التفتيش من الدفوع الجوهرية التي يجب على المحكمة التصدي له والرد عليه، وإلا كان حكمها معيباً بالقصور في التسبيب⁸⁷. وهذا الرأي يتماشى مع ما هو مقرر في قضاء المحكمة العليا: "أن الدفع ببطلان التفتيش من المسائل الموضوعية التي يجب عرضها على قضاة الموضوع حتى يقولون كلمتهم فيها، وإلا سقط الحق في إثارتها لأول مرة أمام المجلس الأعلى"⁸⁸. وفي كافة الأحوال يسقط الحق في إثارة البطلان إذا وافق عليه من تقرر البطلان لصالحه، وأن عدم تمسك الطرف المضرور بالبطلان لا يمنع من ترتيب آثاره، فهو بطلان نسبي، وأن الإجراءات المستقلة عن التفتيش لا يلحقها البطلان كالاستجواب⁸⁹. والأمر يختلف إذا كانت هذه الإجراءات اللاحقة مترتبة عن التفتيش مباشرة وتابعة له، هل

⁸⁵ حامد راشد، أحكام تفتيش المسكن، مرجع سابق، ص 215، 217.

⁸⁶ محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 483.

⁸⁷ إدوار غالي الذهبي، الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 431، 432.

⁸⁸ قرار مؤرخ في 27 يناير 1987، الغرفة الجنائية الأولى، طعن رقم 22147.

⁸⁹ سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية-دراسة مقارنة- منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، 873/2.

يمتد إليها البطلان أم لا، وقد أكدت المحكمة العليا في قرار لها: "أن البطلان يمتد إلى الإجراءات اللاحقة للعمل المعيب، إذا كان العيب يتصل بها عملاً بالمبدأ القائل ما يبنى على الباطل فهو باطل"⁹⁰. ومما تجدر الإشارة إليه، أن هناك ما يسمى بالبطلان القانوني، وهو البطلان الذي يتولى المشرع تحديد حالاته، حيث لا يمكن للقاضي أن يمارس سلطته التقديرية في الإضافة والإلغاء. والقسم الثاني والمسمى بالبطلان الذاتي وهو الذي يترك للقاضي طبقاً لسلطته التقديرية، حيث له أن يحدد بموجب هذه السلطة حالات البطلان دون حاجة لنص تشريعي يحددها.

الفرع الثاني: التصرف في الأشياء المضبوطة

إن الغرض من ضبط الأشياء في التحقيق هو الاحتفاظ بها لتحقيق علاقتها بالتهمة، ثم عرضها على المحكمة إذا أحييت عليها الدعوى للاستدلال بها على ثبوت الجريمة ونسبتها إلى المتهم، فإذا صدر في الدعوى عقب انتهاء التحقيق أمر بأن لا وجه للمتابعة، أو انتهت بعد إحالتها للمحكمة بالحكم في موضوعها، لم تبق حاجة للاحتفاظ بهذه الأشياء.

فيجب إما مصادرتها⁹¹ إذا تم الحكم بمصادرتها بأن كانت من الأشياء الممنوعة في ذاتها. وإما ردها لصاحبها، وذلك بإعادة الحال إلى ما كانت عليه وقت الضبط لعدم جدوى الإبقاء عليها. فيجوز للمتهم بناء على ذلك أن يطلب استرداد ما تم ضبطه، وهو ما أورده المشرع الجزائري في نص المادة 86 من قانون الإجراءات الجزائية: "يجوز للمتهم والمدعي المدني ولكل شخص آخر يدعي أن له حقاً على شيء موضوع تحت سلطة القضاء أن يطلب استرداده من قاضي التحقيق، ويبلغ الطلب المقدم من المتهم أو المدعي المدني للنيابة...".

خاتمة:

بعد دراسة الموضوع، تبينت جملة من النتائج كانت كالاتي:
أولاً: أن التفتيش إجراء الغاية منه كشف الحقيقة من الجريمة محل التحقيق.

⁹⁰ قرار المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، في 21 أبريل 1981، طعن رقم 24905.

⁹¹ عرف المشرع الجزائري المصادرة في نص المادة 15 من قانون العقوبات على أنها: "الأيلولة النهائية إلى الدولة لمال أو مجموعة أموال معينة، أو ما يعادل قيمتها عند الاقتضاء". فهي تعني نقل ملكية مال أو أكثر يمتلكه المحكوم عليه إلى الدولة، وجوهرها حلول الدولة محل المحكوم عليه في ملكية المال.

انظر: محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات - القسم العام - دار ومطابع الشعب، القاهرة، ط6، 1964، ص 425.

محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، ط4، 1977، ص 834.

ثانيا: أن الحقوق والحريات التي يتمتع بها الأفراد ليست على إطلاقها، وإنما للسلطة الحق في تقييدها مراعاة لمبدأ حفظ النظام العام والتحقيق، شريطة أن يكون التقييد مسبب وصادر من السلطة القضائية. ثالثا: ضمانا لتعسف السلطة في استعمال حقها في مواجهة الأفراد أثناء عملية التفتيش، وضع المشرع جملة من الضوابط كضمانات يترتب عن مخالفتها البطلان. رابعا: أن الشريعة الإسلامية راعت حرمة الشخص ومسكنه فلا تجيز انتهاك سرية حرمة إلا بيقين، وبضوابط صادرة عن السلطة.

التوصيات:

أولا: ضرورة إدراج جملة من النصوص القانونية الإجرائية المتعلقة بتفتيش الأشخاص. ثانيا: عدم اللجوء إلى التفتيش باعتباره قيد للحقوق والحريات إلا بعد إجراء التحريات الجدية والتحقق من نسبة التهمة إلى الشخص المراد تفتيشه أو تفتيش مسكنه. ثالثا: إعادة النظر في جملة من الإشكالات التي يثيرها التفتيش من الناحية العملية وضبطها في شكل لا يدع مجالا للطعن في الإجراءات.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: النصوص القانونية

1. القانون رقم 98-10 المؤرخ في 22 غشت 1998 المتضمن قانون الجمارك الجزائرية.
2. القانون رقم 05-04 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين.
3. الأمر رقم 66-155 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم.
4. القانون رقم 91-04 المؤرخ في 08 يناير 1991، المتضمن مهنة المحاماة.
5. القانون رقم 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية الجزائري.
6. القانون رقم 05-04، الصادر في 2005، المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين.

ثانيا: كتب الشريعة الإسلامية

1. البخاري، الصحيح الجامع، المطبعة السلفية، القاهرة، ط1، 1400هـ.
2. مسلم، صحيح مسلم، دار طيبة، الرياض، ط1، 1427هـ، 2006م.
3. ابن حبان، صحيح ابن حبان، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1414هـ، 1993م.
4. البيهقي، السنن الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1424هـ، 2003م.

5. مالك بن أنس، الموطأ، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان، أبو ظبي، ط1، 1415هـ، 1995م.
6. أبو داود، السنن، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1418هـ، 1997م.
7. الزركشي: بدر الدين محمد، البحر المحيط، دار الصفوة - الغردقة - ط2، 1413هـ، 1992م.
8. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1427هـ، 2006م.
9. ابن العربي، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1324هـ، 2003م.
10. ابن العماد، شذرات الذهب، دار ابن كثير، بيروت، ط1، 1412هـ، 1991م.
11. الخطابي: أبو سليمان، معالم السنن، المطبعة العلمية، سوريا، ط1، 1359هـ، 1932م.
12. الشاطبي: أبي اسحاق، الموافقات، دار ابن عفان، السعودية، ط1، 1417هـ، 1997م.
13. الجويني: غياث الأمم في التياث الظلم، دار الدعوة، الإسكندرية، (د،ط)(د،ت).
14. ابن رجب، جامع العلوم والحكم، دار السلام، القاهرة، ط2، 1424هـ، 2004م، 960/3.
15. ابن عبد البر، الاستنكار، دار قتيبة، دمشق، ط1، 1414هـ، 1993م.
16. المارودي، الأحكام السلطانية، دار ابن قتيبة، الكويت، ط1، 1409هـ، 1989م.
17. أبي اسحاق الفزاري، كتاب السير، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1408هـ، 1987م.

ثالثا: كتب القانون

1. عوض محمد عوض، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، (د،ط)، 1999.
2. أحمد غاي، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، دار هومة - الجزائر - ط 2005.
3. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط7، 1996.
4. حزام بن محمد الفهادي، المهارات الشرطية في تفتيش الأماكن والأشخاص في القضايا الجنائية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية - الرياض - 1424هـ، 2003م.
5. حسيبة محي الدين، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - 2011.
6. كامل السعيد، المحقق الجزائري، معهد الحقوق، جامعة بيرزيت - القدس - 2003.
7. عبد الله أوهابيه، ضمانات الحرية الشخصية أثناء مرحلة البحث التمهيدي، أطروحة دكتوراه - كلية الحقوق - الجزائر، 1992.
8. أحمد المهدي، القواعد الخاصة بمراقبة المحادثات، دار العدالة - القاهرة - ط1، 2006.

9. توفيق محمد الشاوي، حرمة أسرار الحياة الخاصة ونظرية عامة للتفتيش، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط1، 2006.
10. حسن علام، قانون الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف - الإسكندرية - ط2، 1982.
11. إدوار غالي الذهبي، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، مكتبة غريب، 1990.
12. فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2010.
13. عبد الله أوهابيه، شرح قانون الإجراءات الجنائية الجزائري، دار هومة - الجزائر - 2008.
14. ياسر حسن كلزي، حقوق الإنسان في مواجهة سلطات الضبط الجنائي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - الرياض - ط1، 1428هـ، 2007م.
15. محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف - الإسكندرية - 1994.
16. منى جاسم الكواري، التفتيش شروطه وحالات بطلانه، منشورات الحلبي الحقوقية - لبنان - ط1، 2008.
17. أحمد بسيوني، المتهم، المكتب الجامعي الحديث - الإسكندرية - 2003.
18. علي زكي العرابي باشا، المبادئ الأساسية للإجراءات الجنائية، مطبعة لجنة التأليف والترجمة، القاهرة، 1370هـ، 1951م.
19. جيلالي بغداداي، التحقيق، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ط1، 1999.
20. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط10، 1970.
21. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، ط4، 1977.
22. صديق طارق رشيد كه ردى، حماية الحرية الشخصية في القانون الجنائي، منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - ط1، 2011.
23. محمد الدغدي، التحريات والإثبات الجنائي، دار الكتب المصرية، 2004.
24. عوض محمد، المبادئ العامة في الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.
25. فاضل نصر الله عوض، ضمانات المتهم أمام سلطة التحقيق الابتدائي، مجلة الحقوق، س22، ع 3، 1998.
26. محمد راشد العمر، أصول التحقيق الجنائي، دار النوادر، دمشق، ط1، 2008م.

27. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات - القسم العام - دار ومطابع الشعب، القاهرة، ط06، 1964.

28. مصطفى القللي، أصول قانون تحقيق الجنايات، مطبعة فتح الله إلياس، القاهرة، 1935.

29. حامد راشد، أحكام تفتيش المسكن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008.

30. سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية-دراسة مقارنة- منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.

31. Pierre Chambon. Le juge d'instruction. Théorie et pratique de la procédure. Dalloz delta 4^{eme} edition, 1997.

32. Jacques Robert, Jean Duffar: Droits de L'homme et libertés fondamentales, Montchrestien, Paris, E.J.A. 1999, 7^{eme} édition.

رابعاً: قائمة المقالات

1. عبد الحميد محمود البعلي، الحماية الجنائية للحقوق والحريات أثناء المحاكمة الجزائية، مجلة الحقوق-الكويت- س 18، ع 13، سبتمبر 1994.

2. إدوار غالي الذهبي، التعدي على سرية المراسلات، مجلة إدارة قضايا الحكومة، القاهرة، س 09، ع03، 1965.

3. محمود مصطفى، سرية التحقيقات الجنائية وحقوق الدفاع، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة 17، مارس 1947.

4. غنام محمد غنام، مدى حق المسجون في حرمة الحياة الخاصة، مجلة الحقوق، 1993.