

٢ - أو كلما جاز القبض جاز التفتيش؟

الاستاذ الدكتور/ عوض محمد عوض استاذ القانون الجنائي كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

المبدأ القانوني:

لما كان قانون الإجراءات الجنائية قد نص بصفة عامة في المادة ٤٦ منه على أنه في الأحوال التي يجوز فيها القبض على المتهم يجوز لمأمور الضبط القضائي أن يفتشه، اعتباراً بأنه كلما كان القبض صحيحاً كان التفتيش الذي يجريه من خول إجراءه على المقبوض عليه صحيحاً أي كان سبب القبض أو الغرض منه، وذلك لعموم الصيغة التي ورد بها النص، ولما كانت المحكمة قد جانبت هذه الوجوه من النظر فإنها تكون قد أخطأت في تطبيق القانون.

(نقض ٢٠٠١/٥/١٤ أحكام النقض س ٥٢ ص ٤٨٩ رقم ٨٦).

توضيح:

كانت النيابة العامة قد اتهمت المطعون ضدّهما بأن المتهمة الأولى ارتكبت جريمة الزنا مع المتهم الثاني حال كونها زوجة للمدعى بالحقوق المدنية، وأن المتهم الثاني اشترك معها بطريقي الاتفاق والمساعدة على ارتكاب جريمة الزنا بأن انفق معها وساعدها على ارتكابها، بأن توجه إليها في المنزل الخاص بها في غيبة زوجها وواقعها، ف وقعت الجريمة بناء على هذا الاتفاق وتلك المساعدة. وطلبت النيابة العامة معاقبتهم بمواد الاشتراك والزنا الواردة في قانون العقوبات، وادعى

المجنى عليه مدنيا قبل المتهمين بمبلغ ١٠١ اجنيه على سبيل التعويض المؤقت. ومحكمة الجرح قضت حضوريا ببراءة المتهمين مما أسند إليهما ورفض الدعوى المدنية، فاستأنف كل من النيابة والمدعى بالحقوق المدنية، والمحكمة الاستئنافية قضت حضوريا بقبول الاستئنافين شكلا، وفي الموضوع برفضهما وتأييد الحكم المستأنف، فطعن المدعى بالحقوق المدنية في هذا الحكم بطريق النقض.

وكان مما نعه المدعى بالحقوق المدنية على الحكم المطعون فيه أنه إذ قضى ببراءة المطعون ضدهما مما هو مسند إليهما قد شابه الفساد في الاستدلال و الخطأ في تطبيق القانون. وكان الحكم المطعون فيه قد اقام قضاءه ببراءة المطعون ضدهما ورفض الدعوى المدنية قبلهما على أن الوطاء لم يقع فعلا، وأن المضبوطات التي أسفر عنها تفتيش المطعون ضده الثاني من عوازل طيبة ومناديل ورقية ثبت تلوثها بالحيوانات المنوية كانت نتيجة تفتيش باطل لصدور إذن النيابة العامة بالقبض فقط، وإذ استبعد الحكم المطعون فيه هذه المضبوطات لأنها ثمرة تفتيش باطل، ولم يكن في الدعوى دليل آخر، فقد خلص الحكم إلى خلو الواقعة من دليل صحيح على حصول الوطاء، ولهذا فقد قضى بما قضى به.

التعليق:

نقرر بادی الرأي أنه وإن كانت الواقعة التي صدر فيها المبدأ محل التعليق مستفزة من الناحية الخلقية، إلا أننا نستبعد تماما أن يكون لهذا الاعتبار دخل فيما قضت به محكمة النقض من نقض الحكم المطعون فيه والإعادة، لا لأن الجانب

الخلقى لا يعينها، بل لأنها- وهى محكمة قانون- تحرض فى المقام الأول على تطبيق القانون على وجهه الصحيح. كل ما هنالك أنه تصادف أن المبدأ القانونى الذى بنت عليه قضاءها بنقض الحكم المطعون فيه كان متوافقا مع القيم الخلقية السائدة فى المجتمع. والدليل على ذلك أن استقراء أحكام النقض يدل على أنها تلتزم هذا المبدأ بصفة مطردة فى عامة الطعون على مدى عقود عديدة، فلم ننع ضمن أحكامها على حكم خرجت فيه على هذا المبدأ وقضت بخلافه. وقد حدث أن أحد المتهمين طعن بطريق النقض فى حكم قضى بإدانته بإحراز مخدر، وكان من أسباب طعنه بطلان ما وقع عليه من تفتيش أسفر عن ضبط المخدر معه، وأن أمر النيابة العامة كان مقصورا على ضبطه وإحضاره إلى المحقق فقط، لكن مأمور الضبط القضائى الذى قبض عليه تجاوز هذا الأمر فقام بتفتيشه. وقد رفضت محكمة النقض هذا الطعن، وأسست رفضها على أن الأمر بالضبط والإحضار هو فى حقيقته أمر بالقبض لا يفترق عنه إلا فى مدة الحجز فحسب، وأنه فى سائر الأحوال التى يجوز فيها القبض قانونا على المتهم يجوز لمأمور الضبط القضائى أن يفتشه مهما كان سبب القبض أو الغرض منه كما هو مقتضى المادة ٤٦ من قانون الإجراءات الجنائية (نقض ١٩٥٦/١٢/٣ أحكام النقض س٧ ص ١٢٢٣ رقم ٣٣٨). وفى واقعة أخرى مماثلة كان وجه الطعن أن إذن النيابة العامة كان مقصورا على ضبط الطاعن وتفتيش محله ولم يرد به التصريح بتفتيش شخصه، وأن الحكم المطعون فيه استند فى رفض هذا الدفع إلى أن التفتيش تم صحيحا طبقا لنص المادة ٤٦ من قانون الإجراءات الجنائية، وأن هذا الرد ينطوى على خطأ فى تطبيق القانون، لأن إذن النيابة بالتعرض لحرية شخص فى ناحية معينة لا يبيح

التعرض لحرية من ناحية أخرى، كما أن الأمر بالقبض على متهم لا يبيح لمأمور الضبط القضائي تفتيشه إلا إذا وجد في حالة تلبس بالجريمة وهو مالم يتوافر قيامه في الدعوى. وقد رفضت محكمة النقض هذا السبب وردت عليه بترديد ذات المبدأ (نقض ١٩٦٧/١٢/١١ أحكام النقض س ١٨ ص ١٢٤٢ رقم ٢٦٣).

(١) وواضح من الحكم محل التعليق أن السند القانوني لمذهب محكمة النقض شكلي خالص، وهو عموم الصيغة التي وردت بها المادة ٤٦ من قانون الإجراءات، فقد نصت في فقرتها الأولى على أنه "في الأحوال التي يجوز فيها القبض قانونا على المتهم يجوز لمأمور الضبط القضائي أن يفتشه". وقد ذهب رأى في الفقه عادة صدور قانون الإجراءات- في محاولة للحد من سلطة رجال الضبط القضائي- إلى وصف التفتيش المنصوص عليه في المادة ١/٤٦ بأنه تفتيش وقائي قصد به تجريد المتهم مما قد يكون معه من سلاح خشية أن يستعمله في مقاومة من قبض عليه أو في الاعتداء على غيره أو على نفسه. وينبنى على هذا التكييف أنه ينبغي على مأمور الضبط القضائي عندما يفتش المقبوض عليه أن يقصر عمله على البحث الظاهري عما يحتمل أن يكون معه من سلاح، وألا يجاوز ذلك إلى البحث عما قد يكون معه من أدلة تتعلق بالجريمة التي استوجبت القبض. غير أن هذا الرأي لم يلق قبولا في الفقه ولا في القضاء، وكان الرأي السائد فيهما ولا يزال هو أن التفتيش المنصوص عليه في المادة ١/٤٦ هو التفتيش بمعناه الإجرائي العام، وهو الذي يخول القائم به سلطة البحث عن أدلة الجريمة مع المتهم أساسا، وتجريده من

وسائل العدوان احتياطاً، أما قصره على التفتيش الوقائي فتأويل يقع دون صيغة التعميم التي ورد بها النص.

وعلى الرغم من أن الرأي الأول يحقق للمتهم ضمانات أكبر، إلا أنه - في رأينا - لا يعد تعبيراً دقيقاً عن قصد المشرع. والواقع أن الخلاف بين هذا الرأي ورأي الجمهور ينحصر في مسألة أساسية، وهي مدى استقلال هذا التفتيش عن القبض. وقد انطلق الرأي الأول من فكرة مؤداها أن هذا التفتيش هو من توابع القبض، فكان منطقياً أن يحدد نطاقه بالغاية منه، وهي تأمين هذا القبض. وهذا المنطلق في اعتقادنا غير صحيح؛ فالتفتيش المنصوص عليه في المادة ١/٤٦ ليس تابعاً للقبض، وإنما هو سلطة موازية له ومستقلة عنه. وكان يمكن أن تكون حجة الرأي الأول أقوى لو أن النص علق جواز التفتيش على مباشرة القبض، إذ كان يسع القائلين به عندئذ أن يتمسكوا بفكرة التبعية. لكن النص يبيح التفتيش حيث يجوز القبض لا حيث يقع؛ فهو لم يقصد بذكر القبض غير الإحالة على أحواله المبينة في المادة ٣٤، وذلك من باب الإيجاز وتفادي التكرار، وهو أسلوب في فن التشريع غير معيب. ولهذا فإنه لا يشترط لإجراء التفتيش المقرر في المادة ٤٦ أن يكون مسبوقاً بالقبض على المتهم، بل يكفي لصحته أن يتوفر موجب القبض. وفي هذه الحالة يكون رجل الضبط القضائي بالخيار: إما أن يبدأ بالقبض ثم يتبعه بالتفتيش، أو يلجأ إلى التفتيش مباشرة دون حاجة إلى سبق القبض. وإذا كانت عبارة النص - على هذا النحو - تفصم عرى التبعية بين الإجراءين، فإن قصر

التفتيش الوارد فيه على ما كان منه وقائياً فحسب يكون- كما قررت محكمة النقض-
تأويلاً يقع دون صيغة التعميم التي ورد بها النص.

على أن اختلافنا مع الرأي الذي يقصر التفتيش الجائز في حالة القبض على
التفتيش الوقائي لا يعنى بالضرورة اتفاقنا بصفة مطلقة مع ما ذهبت إليه محكمة
النقض وسائرها فيه الفقه السائد، وهو جواز تفتيش المتهم كلما جاز القبض عليه
قانوناً. وإنما الذي نتفق معهما فيه هو نوع التفتيش الجائز فقط؛ فهو التفتيش
الإجرائي فعلاً، أى الذى يتغيا البحث عما يفيد فى كشف الحقيقة بشأن الجريمة التى
وقعت. أما التفتيش الوقائي فإن قانون الإجراءات لم يكن فى حاجة للنص عليه لأن
الضرورة تقتضيه. بل إنه لا يعد من إجراءات الدعوى أصلاً، وإنما هو مجرد عمل
مادى يلجأ إليه القائم بالقبض إما لتيسير تنفيذه أو لتأمينه، شأنه شأن دخول البيت
الذى يتحصن فيه من يراد القبض عليه، سواء بتحطيم قفله أو كسر بابه أو تسور
أحد جُدره. أما ما نختلف فيه فهو تحديد "الأحوال" التى يجوز فيها القبض الذى
يسوغ هذا التفتيش؛ فهو- فى رأينا- لا يشمل أحوال القبض فى عمومها، بل يقتصر
على أحوال التلبس وحدها.

(٢) ولا محل للاعتراض علينا بما استدلت به محكمة النقض من عموم الصيغة
التي ورد بها نص المادة ١/٤٦ وأن هذا العموم يتنافى معه قصر حكمها على
بعض أحوال القبض دون سائر أحواله. وعندنا أن المشرع لم يقصد فى هذه المادة
تقرير قاعدة مطلقة تسرى فى كل أحوال القبض المنصوص عليه فى القانون، سواء
ما ورد قبل المادة ٤٦ وما نص عليه بعدها. وإنما يدل سياق المادة ٤٦ وظاهر

عبارتها على أن القبض المقصود فيها هو القبض الذى خول القانون لمأمور الضبط القضائى مباشرته من تلقاء نفسه ودون توقف على إذن من المحقق، وهو الذى نصت عليه المادة ٣٤ السابقة عليها. فالمادة ٤٦ حين تحدثت عن الأحوال التى يجوز فيها القبض، كانت تعنى تحديدا الأحوال المنصوص عليها فى المادة ٣٤، وهذا من باب حمل المطلق على المقيد كما يقول الأصوليون؛ فالمطلق عندهم هو ما دل على فرد أو أفراد شائعة بدون قيد مستقل لفظا مثل رجل، والمقيد هو ما دل على فرد أو أفراد شائعة بقيد مستقل لفظا، مثل رجل طويل. والقاعدة أنه إذا جاء فى أحد النصوص لفظ مطلق فى موضع، وجاء مقيدا فى موضع آخر، حمل المطلق على المقيد إذا اتحدا حكما وسببا. والمطلق فيما نحن بشأنه هو "الأحوال" الواردة فى المادة ١/٤٦، أما المقيد فهى "أحوال التلبس..." الواردة فى المادة ٣٤، فحملت "الأحوال" المطلقة فى المادة ١/٤٦ على "الأحوال" المقيدة فى المادة ٣٤.

وقد عمد المشرع إلى صياغة المادة ٤٦ فى صورتها الراهنة من باب الإيجاز وهو من أصول فن التشريع؛ ذلك أن المادة ٣٤ كانت لدى صدور قانون الإجراءات- وقبل أن يجرى تعديلها فى سنة ١٩٧٢- طويلة العبارة فيها إسهاب وتفصيل، إذ كانت تجيز القبض فى حالات عديدة، وكان نصها كما يلى: "لمأمور الضبط القضائى أن يأمر بالقبض على المتهم الحاضر الذى توجد دلائل كافية على اتهامه فى الأحوال الآتية (أولا) فى الجنايات (ثانيا) فى أحوال التلبس بالجرح إذا كان القانون يعاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر (ثالثا) إذا كانت الجريمة معاقبا عليها بالحبس وكان المتهم موضوعا تحت مراقبة البوليس، أو كان

قد صدر إليه إنذار باعتباره متشردا أو مشتبه فيها، أو لم يكن له محل إقامة ثابت معروف في مصر (رابعاً) في جنح السرقة والنصب والتفالس والتعدى الشديد ومقاومة رجال الشرطة 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". وقد رأى المشرع وهو ينظم أحكام التفتيش الجائز لمأمور الضبط القضائي أن يمنحه- إلى جانب سلطة القبض- سلطة التفتيش أيضا في نفس الحالات التي قرر له فيها سلطة القبض وبنفس شروطها، وهي توافر دلائل كافية ضد المتهم. وراعى المشرع في تقرير هذا الحكم أن ترك المقبوض عليه بلا تفتيش يؤدي إلى انعدام الفائدة من القبض عليه. وقد أثر المشرع عند صياغة المادة ٤٦ أن يحيل في بيان الحالات التي يجوز فيها التفتيش إلى الحالات المبينة في المادة ٣٤ بدلا من تكرار النص عليها على ما بها من طول وتفصيل، ولهذا فالقراءة الصحيحة للمادة ١/٤٦ يجب أن تكون كما يلي: في الأحوال التي يجيز فيها القانون لمأمور الضبط القضائي القبض على المتهم يجوز له أن يفتشه. ونخلص من هذا إلى أن مجال انطباق المادتين واحد، وأنه لا محل لإجازة تفتيش المتهم لمجرد صدور أمر من المحقق بالقبض عليه، لأن القبض في هذه الحالة لا يقع وفقا للمادة ٣٤، بل وفقا لمواد أخرى، هما المادتان ١٢٦ و١٣٠ من قانون الإجراءات. ولا سبيل إلى تفتيش المتهم في هذه الحالة إلا إذا نص الأمر على القبض عليه وعلى تفتيشه أيضا. فإن اقتصر على القبض وحده امتنع التفتيش استنادا إليه.

(٣) ويرجع امتناع التفتيش في حالة القبض المأمور به إلى سببين: الأول أن التفتيش ليس مجرد تنقيب عشوائي في ملابس المتهم وأمتعته أو في سيارته ومتجره أو في مكتبه أو محل عمله بوجه عام، بل هو إجراء هادف غايته البحث عن أشياء تفيد في كشف الحقيقة عن جريمة يجري التحقيق فيها؛ فإن افتقدت هذه الغاية أو تجاوزها وقع باطلا وبطل ما أسفر عنه. وهذا يقتضى أن يكون القائم بالتفتيش على علم بالجريمة المرتكبة وعلى وعى بما يبحث عنه وأن تكون قد قامت لديه الدلائل على أن مع المتهم أو لديه ما يفيد في كشف الحقيقة. وقد لا يعلم من ينفذ أمر القبض بالجريمة المسندة إلى من صدر الأمر بالقبض عليه، بل قد لا تكون هناك علاقة البتة بين القبض والتفتيش، كأن يكون الأمر بالقبض على المتهم صادرا لاستجوابه أو لمواجهته بالشهود أو بالمتهمين الآخرين، أو لتنفيذ أمر صادر بحبسه احتياطيا أو لتنفيذ حكم جنائي صادر ضده، بل قد يكون لضبط وإحضار شاهد تخلف عن الحضور أمام المحقق رغم تكرار طلبه. فكيف يسوغ إطلاق القول بجواز التفتيش في هذه الأحوال، وكيف تتحدد الغاية منه! وإذا انتفت الغاية وقيل مع ذلك بجوازه كان عدوانا محضا على الحرية الشخصية.

ومما يدل على شفوذ النتائج التي تترتب على المبدأ الذي قرره محممة النقض أن قضاءها اطرده على أن القبض على من صدر عليه حكم واجب النفاذ، سواء لكونه نهائيا أو لأنه من الأحكام التي يجوز تنفيذها قانونا وإن لم تصبح نهائية بعد. هذا القبض يخول مأمور الضبط القضائي تفتيش المحكوم عليه لا تفتيشا وقائيا فحسب لتجريده مما يحتمل أن يكون معه من سلاح، بل يخوله كذلك أن يفتشه

تفتيشا إجرائيا، ويكون ما يسفر عنه هذا التفتيش صحيحا إذا افضى إلى ضبط أشياء
تعد حيازتها جريمة. وإجازة هذا التفتيش تسمح لمأمور الضبط القضائي إذا كان
المقبوض عليه وقت ضبطه موجودا في متجره أو في مكتبه أن يفتش شخصه
وكذلك المكان الذي ضبط فيه تفتيشا دقيقا لأقصى حد دون خشية من اتهامه بتجاوز
حدود الغرض من التفتيش، لأنه لا يبحث عن شيء محدد، بل عما يمكن أن تكون
حيازته جريمة أو متصلا بأى جريمة، حتى وإن لم تكن هناك علاقة بين ما يضبطه
وبين الجريمة التي صدر بشأنها الحكم الذي استوجب القبض. وهذه هي النتيجة
الطبيعية التي تترتب على ما قررته محكمة النقض من أن التفتيش الذي يجريه
مأمور الضبط القضائي في هذه الأحوال يكون صحيحا " أيا كان سبب القبض أو
الغرض منه".

أما السبب الثاني فلأن أمر القبض لا يوجه إلى معين، إذ لا يلزم لصحته
تحديد من يكلف بتنفيذه بالذات، بل إن المادة ١٢٧ من قانون الإجراءات تنص على
أن أمر القبض والإحضار يشتمل على تكليف رجال السلطة العامة بالقبض على
المتهم وإحضاره أمام المحقق إذا رفض الحضور طوعا في الحال، وتنص المادة
١٢٩ على أن أوامر القبض تكون نافذة في جميع أراضى الدولة. فلا يشترط فيمن
يكلف من قبل سلطة التحقيق بالقبض على المتهم أن يكون من مأموري الضبط
القضائي- المختصين أو حتى غير المختصين- بل يصح أن يتولى تنفيذه أى من
رجال السلطة العامة دون تحديد. ولما كانت المادة ١/٤٦ تشترط فيمن يجوز له
تفتيش المتهم أن يكون من مأموري الضبط القضائي، فهذا يعنى- تطبيقا لمذهب

النقض- أنه إذا كان القائم بالقبض على المتهم من مأموري الضبط القضائي جاز له تفتيشه، أما إذا لم يكن منهم، بل كان من رجال السلطة العامة، فإنه يتمتع عليه تفتيشه. ولما كانت الحاجة إلى تفتيش من يأمر المحقق بالقبض عليه لا ترتفع بصفة من يقوم بهذا القبض، بل تفرضها اعتبارات موضوعية تختلف تبعاً لظروف الحال، فإن قصر التفتيش في المادة ١/٤٦ على مأموري الضبط القضائي دليل على أن القبض الذي عنته هذه المادة لا يقصد به القبض الذي تأمر به سلطة التحقيق، بل يقتصر على القبض الذي يثبت الحق في إجرائه لمأموري الضبط القضائي مباشرة بنص القانون، وهو ينحصر في القبض في حالة التلبس.

(٤) وقد ذهب بعض الفقهاء تبريراً لمذهب النقض إلى القياس بالأولى. وعبروا عن ذلك بأنه إذا كان تفتيش المتهم ينطوي على مساس بحريته الشخصية، فإن مساس القبض بهذه الحرية أشد وأخطر. ويرى هؤلاء الفقهاء أنه إذا جاز القبض قانوناً على المتهم في حالات معينة، فإن تفتيشه في هذه الحالات يكون جائزاً من باب أولى. وعندهم أن هذا الحكم بديهي، وما كان تقريره يقتضي نصاً خاصاً، وأن محكمة النقض كانت تجرى عليه قبل صدور قانون الإجراءات الحالي رغم خلو قانون تحقيق الجنايات السابق عليه من نص يقرره. ويستشهدون على صحة هذا الرأي بما جاء بالمذكرة الإيضاحية للمادة ١/٤٦؛ فقد ورد بها أن نصها "يقرر المبدأ الذي سارت عليه محكمة النقض والإبرام باستمرار، وهو تخويل مأموري الضبط القضائي حق تفتيش المتهم في الأحوال التي يجوز فيها قانوناً القبض عليه".

ولدينا أن هذه الحجة لا غناء فيها لأنها تقوم على قياس لا يستقيم؛ فليس صحيحا أنه إذا جاز القبض- وهو في نظرهم- أشد وطأة من التفتيش- جاز التفتيش من باب أولى. وربما كان هذا القول يستقيم ظاهرا لو أن التفتيش قصد به أن يكون بديلا من القبض وعضا عنه، لكنه لا يستقيم قطعا إذا كان مضافا إليه. ذلك أن إجازة المساس بحرمة في حال معينة لا يتأدى منه بحكم اللزوم إجازة المساس بحرمة أخرى- ولو كانت أدنى منه مرتبة- في تلك الحال المعينة. فضلا عن ذلك فالأصل في الحرمان المنع، ولا محل للمفاضلة بينها. ومقتضى المنع أن كل حرمة مصونة لذاتها، فلا يجوز المساس بالأدنى منها لمجرد أن القانون يجيز المساس بالأعلى، بل لا بد من نص في القانون يجيز المساس بكل حرمة مهما تكن مرتبتها. والدليل على صحة ما نراه أن حرمة المنزل فرع من حرمة صاحبه، ومع ذلك فالمقرر قانونا أن الإذن بتفتيش الشخص لا يجيز بذاته تفتيش منزله، كما أن الإذن بتفتيش المنزل لا يجيز تفتيش صاحبه.

وما ينبغي أن يختلف الحكم بعد ذلك في حالة صدور أمر بالقبض على المتهم، إذ يتعين على من ينفذ الأمر أن يلتزم حدوده فلا يفتش المقبوض عليه- لأقبل القبض ولابعده- للبحث عن أدلة الجريمة التي جرى التحقيق فيها، إذ لو أراد المحقق تفتيش من أمر بالقبض عليه لصرح بذلك في ذات الأمر الصادر منه بالقبض عليه.

(٥) ومع ذلك فليس صحيحا بإطلاق أن تفتيش الشخص أقل خطورة من القبض عليه بدعوى أن القبض ينطوى على انتهاك لحرية في التنقل، أما التفتيش فلا يعدو

أن يكون مجرد مساس بحرمة حياته الخاصة. ولا ندري على أى أساس يرى أصحاب الرأى المخالف أن المساس بحرية التنقل أشد وطأة من المساس بحرمة الحياة الخاصة. وعلة هذا التساؤل أن المسألة فى رأينا نسبية؛ فهى تختلف باختلاف تقدير الأشخاص من جهة، وبمدى جسامة المساس من جهة ثانية، وبنتيجة هذا المساس من جهة ثالثة. ثم إن تفتيش الشخص دون رضاه يقتضى بالضرورة تقييد حريته والتعرض له بإمساكه وحجزه ولو لفترة يسيرة- وفقا لتعريف محكمة النقض للقبض- وذلك للتمكن منه وتفتيشه. وهذا يعنى أن تفتيش الشخص أشد وطأة على نفسه من القبض المجرد. فكيف يقال مع ذلك إن التفتيش أقل خطورة من القبض! وما ينبغى أن يعزب عنا كذلك أن القبض يزول أثره بإخلاء سبيل المقبوض عليه، أما التفتيش فلا ينتهى أثره دائما بالفراغ منه، لأنه إجراء منتج للدليل، وقد يكون ما يسفر عنه التفتيش هو الدليل الوحيد على المتهم. ولهذا فمن النادر أن يدفع محامى المتهم عند محاكمته ببطلان القبض عليه، إذ لا تأثير لذلك على مصير الدعوى وأدلتها. أما التفتيش فالدفع ببطلانه شائع فى عامة الدعاوى. وحتى إذا دفع ببطلان القبض فإنما يكون ذلك توطئة للدفع ببطلان التفتيش بغية إهدار الدليل الناتج عنه. ومن هنا لم تكن مقدمة الرأى المخالف صحيحة، وبطلانها يبطل النتيجة التى بنيت عليها.

أما الاستشهاد بالمذكرة الإيضاحية فلا حجة فيه لما هو معلوم من أن المذكرة الإيضاحية لا تنشئ حكما، وقصارى ما تفيدوه هو الكشف عن قصد

المشروع. وهى- حتى فى هذه الحدود- قد تصيب وقد لا توفق، وهى لم تصب فيما نحن بصدده للأسباب التى بسطناها.

(٦) وإذا جاز تفتيش المتهم لمجرد صدور أمر بالقبض عليه دون أن ينص الأمر على ذلك، فهذا التفتيش لا يخلو أن يكون تفسيراً لإرادة المشرع أو لإرادة المحقق الذى أمر بالقبض. وقد استبعدنا أن يكون تفسيراً لإرادة المشرع، فلم يبق إلا أن يكون تفسيراً لإرادة المحقق، وفيه بُعد، إذ لو أراد ذلك لصرح به فى أمر القبض.

ولو صح ما ذهب إليه الرأى المخالف لكان النص على تفتيش المتهم فى أى من أوامر القبض عليه تزيده بل لغوا، ما دام الأمر بالقبض يتضمن الأمر بالتفتيش دائماً. ولا ندري ما الذى يسع المحقق عمله إذا لم يقصد تفتيش المتهم، بل قصد فقط مجرد ضبطه وإحضاره! وفضلاً عن ذلك فالرأى المخالف ينطوى على قلب للأوضاع، لأنه ينسب إلى المشرع أنه قصد بالمادة ١/٤٦ تفسير إرادة المحقق فى سائر الأحوال، مع أن تفسير هذه الإرادة ليس من شأنه، بل هو من شأن المحكمة التى تنظر الدعوى.

(٧) وأخيراً فلو جازت المجادلة فى كل ما قدمناه من حجج لتوجيه حظر التفتيش بحثاً عن الأدلة عند صدور الأمر بالقبض على المتهم، فثم حجة أخرى يصعب دحضها لأنها حاسمة؛ ذلك أن التفتيش الذى يجيزه الرأى المخالف لا يستمد سنده المباشر من إرادة من أمر بالقبض، بل من نص المادة ٤٦. وحمل التفتيش على هذا السند يتعارض مع نص المادة ٥٤ من الدستور (وكان من قبل يتعارض مع

المادة ٤١ من دستور ١٩٧١ ثم مع المادة ٣٥ من دستور ٢٠١٢، وكلتا المادتين تكاد تكون مطابقة لما نص عليه الدستور الحالي). وقد درجت الدساتير المصرية منذ دستور ١٩٧١- وعلى خلاف الدساتير السابقة عليه- بعد النص على كفالة الحرية الشخصية على تحديد الحالات التي يجوز فيها تقييدها، وكانت حريصة على النص على حظر تفتيش الأشخاص بغير إذن القضاء أو النيابة العامة إلا في أحوال التلبس. فإذا كانت حالة التلبس غير قائمة، ولم يكن هناك إذن يصرح بالتفتيش لم يجز لمأمور الضبط القضائي أن يباشره وإلا وقع التفتيش باطلا. ولا يدرأ عنه هذا البطلان أن يكون الإذن صادرا بالقبض مالم يصرح بالتفتيش.

(٨) وهذا لايعنى القول بأن المادة ١/٤٦ من قانون الإجراءات مخالفة للدستور، لأن شرط المخالفة أن يكون النص القانوني في كل أحواله مخالفا للنص الدستوري بحيث يستحيل الجمع بينهما في أى حال. أما حيث تقتصر المخالفة على حال دون حال فإن النص لا يكون مشوبا بعيب عدم الدستورية. والتعارض بين نص المادة ١/٤٦ من قانون الإجراءات ونص المادة ٥٤ من الدستور الحالي لا يتأتى إلا إذا حمل النص الأول على إطلاقه فشمّل القبض في كل أحواله. أما إذا جرى تقييده بالقبض الجائز في حالة التلبس وحدها فإن التعارض لا يقوم. فالمسألة إذن تتوقف على الكيفية التي يفسر بها النص الإجرائي. والمقرر في أصول التفسير أن المطلق يؤخذ على إطلاقه حتى يرد ما يقيدده. والتقييد إما أن يكون بالنص ذاته أو بنص آخر مستقل عنه. وإذا كان تقييد النص ممكنا بنص يماثله في مرتبته، فهو ممكن- من باب أولى- بنص يعلوه في المرتبة. ولما كان الدستور قد سلب المشرع العادي

سلطة تحديد الأحوال التي يجوز فيها القبض والتفتيش وخص نفسه بتحديدھا، ولم يترك للمشرع العادی سوى سلطة تنظيم أحكامھا، وكانت المادة ٥٤ من الدستور قد حصرت التفتيش الجائز فی حالتین، فإنها تكون قد قيدت إطلاق المادة ١/٤٦ من قانون الإجراءات، وهو ما يلزم منه استبعاد ما عداھما، وهاتان الحالتان هما التلبس والإذن بالتفتيش. ومؤدى ذلك امتناع التفتيش عند القبض تنفيذاً لأمر صادر بالقبض وحده.