قاعدة التماثل الجنسي في التفتيش
دراسة تحليلية مقارنة

الأستاذ الدكتور/ عبدالإله محمد النوايسة
أستاذ القانون الجنائي
كلية القانون - جامعة الشارقة
دولة الإمارات العربية المتحدة

الدكتور/ أحمد موسى هياجنة
أستاذ القانون الجنائي المشارك
كلية القانون - جامعة الشارقة
دولة الإمارات العربية المتحدة

ملخص:

تتناول هذه الدراسة موضوع قاعدة تفتيش الشخص بمعرفة شخص من جنسه، فالأصل أن الأنثى لا تفتش إلا بمعرفة أنثى بهدف حفظ حياء الأنثى من أن يمس مواضع العورات من جسمها ذكر، كما أن الذكر لا يفتش إلا بمعرفة ذكر. وقد ورد النص على قاعدة تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى في أغلب التشريعات المقارنة، ويكمل هذه القاعدة قاعدة أن الذكر لا يفتش إلا بمعرفة ذكر رغم إغفال العديد من التشريعات النص عليها، وقاعدة تفتيش الشخص بمعرفة شخص من جنسه من النظام العام كما أنها عامة من حيث الأشخاص، فيتم مراعاتها مع الأشخاص المتهمين وغير المتهمين، وهي عامة من حيث نوع التفتيش فيسري حكمها في كل أنواع التفتيش، ويرد على هذه القاعدة استثناءات عدة: فيجوز تفتيش الأنثى بمعرفة ذكر والذكر بمعرفة أنثى إذا كان التفتيش لا يقتضي المساس بجزء من الجسم يعد عورة، أو إذا كان التفتيش يستلزم خبرة طبية، وكذلك يجوز تفتيش ملحقات الشخص بمعرفة شخص من جنس مختلف.

مقدمة

التفتيش من أكثر الإجراءات مساساً بالحقّ في الخصوصيّة، فهو يمسّ وعاءً له حرمة لا سيّما تفتيش الأشخاص، ويكون التفتيش أكثر مساساً بالحقّ في الخصوصية والحرمة إذا كان الشخص المراد تفتيشه أنثى؛ لأن للأنثى حرمة نطاقها الديني والاجتماعي أوسع بكثير من حرمة الذَّكر، على أنَّ هذه الحرمة لا تمنح الأنثى حصانة حيال التفتيش فلا يجوز تفتيشها مطلقاً، وإنَّما تراعى هذه الحرمة من خلال مراعاة ضوابط خاصّة عند تفتيش الأنثى، أهمُّها قاعدة تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى.

وتعالج هذه الدِّراسة موضوع يتعلَّق بقاعدة تتصل في الإجراءات الجزائيّة، وهي تفتيش الشخص بمعرفة شخص من جنسه، فالأنثى تفتش بمعرفة أنثى والذكر يفتش بمعرفة ذكر، رغم أن أغلب التشريعات لا تنص على قاعدة تفتيش الذكر بمعرفة ذكر إلا أن هذه القاعدة تتم قاعدة تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى. وقد تناولنا أحكام تفتيش

الإناث في العديد من القوانين العربيّة والأجنبيّة التي نصَّت على قاعدة تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى. ومن الجدير ذكره، أنَّ كثيراً من التشريعات الأجنبيّة فصلت في موضوع تفتيش الأشخاص الذي يُعدُّ تفتيش الإناث نوعاً من أنواعه، وعرفت أنواع عديدة من تفتيش الأشخاص، ووضعت ضوابط وشروطاً لكل نوع.

وتأتي هذه الدِّراسة محاولة منَّا لنضع بين يدي القانونيين العرب والمهتمِّين بالموضوع دراسةً شاملة ومقارنة حول قاعدة تفتيش الشخص بمعرفة شخص من جنسه، – فعلى حدِّ علمنا وبحثنا –لا يوجد دراسة متخصِّصة في هذا المجال في الفقه العربي، وإنَّما يتمّ التطرُّق لقاعدة تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى في الكتب العامة في الإجراءات الجنائيّة، وحتى الدِّراسات والرَّسائل المتعلقة بالتفتيش لم توليه حقّه، كما أنَّ هذه الدِّراسة تنفرد ببيان أحكام تفتيش الأنثى للذكر. حيث إنَّ قاعدة تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى يقابلها ويتمِّمها قاعدة أخرى غير منصوص عليها في أغلب التشريعات وهي قاعدة تفتيش الذكر بمعرفة الذكر، فالحياء العرضي للأنثى يُخدش إن فتشها في مواضع العورات ذكر أو قامت هي بتفتيش ذكر في هذه المواضع.

والجدير بالذكر أن قاعدة تفتيش الشخص بمعرفة شخص من جنسه لها مجموعة من الخصائص، فهي من النظام العام، وعامة من حيث الأشخاص ومن حيث نوع التفتيش، وهي القاعدة الإجرائية الوحيدة التي يتطلب فيها المشرع التماثل الجنسي بين القائم بالإجراء والخاضع له، كما أن أغلب التشريعات لم تبين نطاق هذه القاعدة، وهل يتم العمل بها بشكل مطلق أم يوجد عليها استثناءات، كل هذه الأمور سوف نتعرف عليها من خلال هذه الدراسة.

وقد اتبعنا في هذه الدراسة المنهج المقارن؛ وذلك من خلال بيان هذه القاعدة في العديد من التشريعات العربية والأجنبية، وكذلك المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية في التشريعات التي تم تناولها.

وقد قمنا بتقسيم البحث إلى مبحثين: الأول تناولنا فيه ماهية قاعدة تفتيش الشخص بمعرفة شخص من جنسه ، والمبحث الثاني عالجنا من خلاله نطاق قاعدة تفتيش الشخص بمعرفة شخص من جنسه.

المبحث الأول
ماهية قاعدة التماثل الجنسي في التفتيش

في هذا المبحث نتناول مفهوم قاعدة تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى و مفهوم قاعدة تفتيش الذكر بمعرفة ذكر.

المطلب الأول
مفهوم قاعدة تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى

سوف نبين موضع قاعدة تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى في التشريعات المقارنة، والضوابط الواجب مراعاتها أثناء تفتيش الإناث.

الفرع الأول
موضع القاعدة في التشريعات المقارنة

إنّ المتتبِّع لموضع قاعدة تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى في التشريعات المقارنة يجدها بشكلٍ أساسي موجودة في القوانين الخاصة بالإجراءات الجزائيّة، وفي التشريعات الخاصة بالمؤسَّسات العقابيّة، وفي التشريعات الجمركيّة، وفي تشريعاتٍ أخرى.

فقد وردت قاعدة تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى في أغلب التشريعات الخاصة بالإجراءات الجزائية، فإذا جعلنا السَّبق في الاستعراض للتشريعات العربيّة نجد أنَّ المادة (٢/٨٦) من قانون أصول المحاكمات الجزائيّة الأردني تنصّ على أنَّه: "وإذا كان المفتِّش أنثى يجب أن يكون التفتيش بمعرفة أنثى تندب لذلك"[(١)]، ونصَّت على ذلك المادة (٢/٤٦) من قانون الإجراءات الجنائيّة المصري والتي جاء فيها أنَّه: "إذا كان المتَّهم أنثى وجب أن يكون التفتيش بمعرفة أنثى ينتدبها لذلك مأمور الضبط".

وقد نصَّت على هذه القاعدة جميع التشريعات العربيّة الخاصة بالإجراءات الجزائية وبصيغ مختلفة[(٢)]، ما عدا قانون الإجراءات الجنائية الجزائري وقانون أصول المحاكمات

(١) نصَّت على ذات القاعدة المادة (٢/٨١) من قانون أصول المحاكمات الجزائيّة رقم (٧٦) لسنة ١٩٥١م، الملغي بموجب قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٩) لسنة ١٩٦١م المعمول به حالياً.

(٢) انظر: المادة (٢/٩٤) من قانون أصول المحاكمات الجزائيّة السوري، والمادة (٥٢) من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي رقم (٣٥) لسنة ١٩٩٢م، والمادة (٥٢) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي رقم (١٧) لسنة ١٩٦٠م، والمادة (٤٨) من قانون الإجرءات =

الجزائيّة اللبناني، فلم ينصا على قاعدة تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى، وهذا لا يعني أنَّ التشريع اللبناني بمجمله قد خلا من النصّ على هذه القاعدة، فقد وردت هذه القاعدة في المادة (٣/٢١٦) من قانون تنظيم قوى الأمن الداخلي رقم (١٧) لسنة ١٩٩٠م[٣]، حيث جاء فيها أنَّه لا يجوز تفتيش النِّساء جسديًّاً والألبسة التي يرتدينها إلَّا نساء.

وبالرُّجوع إلى بعض قوانين الإجراءات الجنائيّة الأجنبيّة، نجد أنَّ قانون الإجراءات الجنائيّة الألماني قد أفرد المادة (٨١/د) لموضوع الفحص الجسدي للنِّساء Physical Examination of Women، فحسب نص الفقرة الأولى من هذه المادة، فإنَّه إذا كان من شأن الفحص الجسدي للمرأة خرق شعورها وحيائها، فإنَّ هذا الفحص يجب أن يتم من قِبَل امرأة أو طبيب، ووفقاً لنص المادة (٢/٥١) من قانون الإجراءات الجنائية الهندي لسنة ١٩٧٣م، فإنَّه كلَّما اقتضت الحاجة لتفتيش أنثى فإنَّ التفتيش يجب أن تقوم به أنثى أخرى مع مراعاة صارمة للآداب[٤].

ولا يجوز أن يتم تفتيش الأنثى في التشريع الصيني إلَّا بمعرفة أنثى موظَّفة[٥]، وتحت عنوان طريقة تفتيش النساء Mode of searching women تطلَّبت المادة الثامنة من قانون الإجراءات الجنائيّة الأوغندي أن يتم تفتيش المرأة بواسطة امرأة، ونصَّت على القاعدة المادة (٣/٢٠٠) من قانون الإجراءات الجنائية المقدوني رقم (١٥) لسنة ١٩٩٧م، وأوجبت المادة (٢٩) من قانون الإجراءات الجنائيّة لجمهورية جنوب أفريقيا رقم (٥١) لسنة ١٩٩٧م أن يتم تفتيش المرأة بمعرفة أنثى من أفراد الشرطة، وفي حال عدم وجود أنثى من أفراد الشرطة يتم انتداب أي أنثى للقيام بذلك.

= الجنائية القطري رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٤م، والمادة (٧٨) من المرسوم السلطاني العُماني الخاص بإصدار قانون الإجراءات الجنائيّة، والمادة (٤٣) من نظام الإجراءات الجنائية السعودي، والمادة (٩٣) من قانون الإجراءات الجنائية السوداني، والمادة (٦٦) من قانون الإجراءات الجنائية البحريني، والمادة (٧٨) من قانون الإجراءات الجنائية الليبي، والمادة (١٤٣) من قانون الإجراءات الجنائية اليمني، والمادة (٨٦) من قانون المسطرة الجنائية التونسي، والمادة (٤٩) من قانون الإجراءات الجنائيّة الفلسطيني، والمادة (٦٠) من قانون المسطرة الجنائية المغربي، والمادة (٨٠) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

(٣) عرَّفت المادة الأولى من هذه القانون قوى الأمن الداخلي بأنَّها: قوى عامة مسلَّحة تشمل صلاحياتها جميع الأراضي والأجواء الإقليميّة التابعة لها.

(٤) Art 51/2 provides that "Whenever it is necessary to cause a female to be searched the search shall be made by another female with strict regard to decency".

(٥) المادة (١١٢) من الفصل الخامس من قانون الإجراءات الجنائيّة الصيني.

ولم ينص قانون الإجراءات الجنائيّة الفرنسي على قاعدة تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى، لكنَّ العمل جرى على اتِّباع هذه القاعدة[٦]، وتوجد نصوص أخرى في التشريع الفرنسي توجب اتِّباع هذه القاعدة كنص المادة (٣٤) من المرسوم الصادر في ١١ تشرين الثاني لسنة ١٨٨٥م الخاص بنظام العمل في السجون، والمادة (٢/٢٧٥) من مرسوم ٢٣ شباط لعام ١٩٥٩م الذي حلَّ محل المرسوم الأول[٧].

ولم يقتصر النص على هذه القاعدة في قوانين الإجراءات الجنائيّة، فقد حرصت العديد من التشريعات الجمركيّة على النص على هذه القاعدة عند تناولها أحكام التفتيش الجمركي للأشخاص، فنصَّت المادة (١٧٩/ب) من قانون الجمارك الأردني رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٨م على أنَّه: "إذا كان الشخص المراد تفتيشه أنثى فلا يجوز تفتيشها إلَّا من قِبَل أنثى"[٨].

ولا يجوز في قانون الجمارك الإيرلندي أن تفتِّش الأنثى إلَّا أنثى[٩]، وكذلك الأمر في قانون الجمارك الباكستاني[١٠]، وعلى نفس القاعدة نصَّ قانون الجمارك الهندي[١١].

ونصَّت بعض القوانين على قاعدة تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى في التشريعات الخاصة بالمؤسسات العقابية، فالمادة (١٠/ب) من قانون مراكز الإصلاح والتأهيل الأردني رقم (٩) لسنة ٢٠٠٤ تحظر تفتيش الأنثى النزيل إلَّا من أحد أفراد الشرطة النسائية، ونصَّ على نفس الحكم قانون مراكز الإصلاح والتأهيل الفلسطيني[١٢].

---

(٦) د. يوسف شحادة: الضابطة العدليّة علاقتها بالقضاء ودورها في سير العدالة الجزائيّة "دراسة مقارنة"، بيروت، ط١٩٩٩م، ص٢٩٣.

(٧) د. هلالي عبداللاة: المركز القانوني للمتَّهم في مرحلة التحقيق الابتدائي "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربيّة (القاهرة)، ط١٩٨٩م، ص٦٥٩.

(٨) نصَّت جميع قوانين الجمارك والمكوس الأردنية الملغيّة على قاعدة تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى، فالمادة (١٤) من قانون الجمارك والمكوس لسنة ١٩٢٦ الملغي نصَّت على أنَّه: "يحق لمأمور الجمارك أن يفتِّش أي مسافر يشتبه بأنَّه يحمل بجيوبه، أو على جسده مهرَّبات، أو بضائع تابعة للرسوم بشرط أن لا يقوم بتفتيش امرأة إلَّا امرأة"، ونصَّت على ذات القاعدة المادة (١٤٤) من قانون الجمارك والمكوس الملغي رقم (١١) لسنة ١٩٦٢، وكانت المادة (١٠/ز) من قانون التبغ لسنة ١٩٢٩ الملغي تنص على أنَّه: "... إذ كان الشخص المراد تفتيشه بموجب هذه المادة امرأة فلا تفتَّش إلَّا من قِبَل امرأة".

(٩) الفصل الأول فقرة (٥) من قانون الجمارك الإيرلندي رقم (٢١) لسنة ١٩٤٢.

(١٠) المادة (١٥٩/٤) من قانون الجمارك الباكستاني لسنة ١٩٦٩.

(١١) المادة (١٠٢/٥) من قانون الجمارك الهندي رقم (٥٢) لسنة ١٩٦٢.

(١٢) المادة (٨/١) من قانون مراكز الإصلاح والتأهيل الفلسطيني رقم (٦) لسنة ١٩٩٨.

ومن التشريعات الأجنبيّة التي نصَّت على القاعدة قانون السجون لدولة بروني[١٣]، وقانون السجون في جمهورية تنزانيا المتحدة[١٤].

فقاعدة تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى من القواعد التي لا يماري أحد في إلزاميتها سواء تمَّ النص عليها أم لم يتم، فهي قاعدة مستقرّة والنصّ عليها يكون في الأحوال التي يريد فيها المشرِّع إضافة شروط وضوابط لتطبيقها؛ ذلك أنَّ هذه القاعدة ترتبط بالحياء والآداب العامة ويجب مراعاتها ولو لم يتم النصّ عليها.

الفرع الثاني
ضوابط يجب مراعاتها أثناء تفتيش الإناث

تفتيش الإناث هو ضرب من ضروب تفتيش الأشخاص يسري عليه ما يسري على تفتيش الأشخاص من أحكام، بالإضافة إلى بعض الضوابط التي يجب مراعاتها كون محل التفتيش أنثى.

فقبل الشروع بالتفتيش ينبغي على القائم به أن يُفهِّم الأنثى المنتدبة مهمَّتها، وأن يبيِّن لها ما هي الأشياء التي يجري البحث عنها والمناطق من جسم الأنثى أو ملابسها المتصوّر أن تكون هذه الأشياء موجودة فيها، فغالباً ما تكون الأنثى المنتدبة غير متمرِّسة على التفتيش، فتبصيرها بما سبق يعينها على تنفيذ مهمَّتها بشكلٍ لا يخلّ بنتائج التفتيش ولا يجعلها تتجاوز حدوده.

ويقتضي تفتيش الأنثى مراعاة ما تمليه قاعدة تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى من حفظٍ للحياء العِرضي للأنثى المراد تفتيشها، فيجب أثناء عملية التفتيش مواراتها عن الأنظار؛ لأنَّ خدش حياء الأنثى لا يكون بملامسة جسدها فقط، وإنَّما يتم بالمشاهدة لجزء من جسمها يُعدُّ عورة[١٥]، فعلى القائم بالتفتيش أن يحرص على أن يتمّ التفتيش في مكان لا يمكن فيه رؤية جسم الأنثى المفتَّشة من قبل أشخاص آخرين ومنه هو كذلك، ويمكن نقل الأنثى إلى أي مكان لإجراء التفتيش بما يتَّفق مع متطلَّبات هذه القاعدة[١٦].

---

(١٣) المادة (٤/٨) من الفصل السابع من قانون السجون في دولة بروني.

(١٤) المادة (٥/١٢)، وفي ذات الدولة أخذت بذات الحكم المادة (١/٢٠) من قانون حماية النساء والفتيات رقم (٢١) لسنة ١٩٧٢؛ Act of Women and Girls Protection, No. 21/1972.

(١٥) المرجع السابق، ص٢٩٦.

(١٦) د. محمَّد عودة الجبور: مرجع سابق، ص٤١٠.

وقد نصَّت بعض التشريعات على ذلك، فالمادة (٤١) من قانون جمهورية LAO الشعبية الديمقراطية توجب أن يتم تفتيش الأنثى في مكانٍ مغلق The search of female must be conducted at enclosed premises، وتحظر المادة (٤٥) من قانون إجراءات الجرائم في إنجلترا الطلب من الشخص الخاضع للتفتيش خلع ملابسه في مكانٍ عام باستثناء الجاكيت والقفازات. وأوجبت المادة ٤/٣٠ من اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية السعودي أن يتم تفتيش المتهمة بعيداً عن أنظار الرجال، وإذا أخرجت الأشياء المراد ضبطها من ملابسها طوعاً فلا حاجة للتفتيش ما لم يكون هناك سبب يسوغ ذلك.

فالتفتيش يجب أن يتم بشكلٍ يحفظ للأنثى خصوصيَّتها وكرامتها(١٧)، وألَّا يشمل إلَّا المواضع من جسمها التي يوجد سبب معقول على أنَّها تخفي الشيء المبحوث عنه فيها(١٨).

ومن الضوابط الواجب مراعاتها في بعض التشريعات حضور شهود من الإناث أثناء تفتيش الأنثى، ومن التشريعات العربية التي تنص على ذلك قانون الإجراءات الجزائيّة الإماراتي (المادة ٥٢)، وقانون الإجراءات والمحاكمات الجزائيّة الكويتي (المادة ٥٢)، وقانون الإجراءات الجنائيّة القطري (المادة ٥٥)، ونظام الإجراءات الجزائية السعودي لسنة ٢٠١٣ (المادة ٤٣).

وفي قانون الإجراءات الجنائيّة الألماني، فإنَّ للمرأة التي يتم تفتيشها جسديًّاً أن تطلب حضور امرأة أو أحد أقربائها التفتيش كشهود(١٩)، وحسب نص المادة (٢٠٠/ ٣) من قانون الإجراءات الجنائيّة المقدوني، فإنَّ شهود تفتيش الأنثى يكونون من الإناث، وقبل البدء بالتفتيش يتم تنبيه الشهود بأن يراقبوا عملية التفتيش، وأن يبدوا اعتراضاتهم عليه(٢٠).

ويُعدُّ حضور شهود من الإناث لتفتيش الأنثى ضمانة للأنثى المفتَّشة، حيث إنَّه

---

(١٧) خصَّص المشرِّع الألماني المادتين (١٠٢ و ١٠٣) من قانون الإجراءات الجنائيّة لموضوع احترام المتَّهم وغيره من الأشخاص أثناء تنفيذ التفتيش.

(١٨) تمنح المادة (٨) من ميثاق الحقوق والحريات الكندي لكل شخص الحق في أن يُصان من أي تفتيش أو ضبط غير معقول. وبمقتضى المادة (٨/١٠٦) من قانون الإرهاب الأسترالي، فإنَّ تفتيش المناطق التناسليّة وصدر المرأة يجب أن يكون ضمن الحد الأدنى Minimum.

(١٩) المادة (١/٨١) من قانون الإجراءات الجنائيّة الألماني.

(٢٠) يمكن إجراء التفتيش دون حضور شهود إذا كان من شأن حضورهم تأخير التفتيش، ويجب في هذه الحالة تسبيب القرار. المادة (٤/٢٠٠) من قانون الإجراءات الجنائيّة المقدوني.

يمنع من التعسُّف في إجراء التفتيش ويبثّ الطمأنينة في نفس الأنثى التي يجري تفتيشها[٢١]. وحضور أشخاص كشهود أثناء تفتيش الأشخاص غير مطلوب في التشريع الأردني والمصري والسوري واللبناني، ويمكن أن يكون مردّ ذلك تيسير إجراءات تفتيش الأشخاص لا سيّما إذا تمَّ التفتيش بناءً على حالة تلبُّس، فقد يكون من المتعذّر وجود أشخاص من نفس جنس الشخص الذي سيتم تفتيشه، على أنَّ هذا ليس مبرِّراً كافياً لعدم تطلب حضور شهود لتفتيش الأشخاص، وعليه فإنَّنا ندعو المشرِّعين العرب إلى النص على قاعدة حضور شهود أثناء تفتيش الأشخاص يكونون من نفس جنس الشخص الذي سيتم تفتيشه، ويمكن إجراء التفتيش بمعزلٍ عنهم إذا كان من شأن حضورهم التأثير على نتيجة التفتيش أو تأخيره، على أن يكون ذلك بقرارٍ مسبب.

المطلب الثاني
مفهوم قاعدة تفتيش الذكر بمعرفة ذكر

إذا كانت القاعدة الإجرائية توجب تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى، فإن تتمة هذه القاعدة تقتضي أن الذكر لايفتش إلا بمعرفة ذكر[٢٢]، ذلك سوف نعرض لموقف التشريعات المقارنة، والآراء الفقهيّة، وموقف القضاء من هذه المسألة، ثمَّ سنبدي رأينا فيها.

الفرع الأول
موقف التشريعات

بالرُّجوع إلى التشريعات العربيّة لم نعثر فيها على ما يفيد أنَّ تفتيش الذكر يجب أن يتم بمعرفة ذكر. على أنَّ العديد من التشريعات الأجنبيّة تنص على أنَّ تفتيش أي شخص يجب أن يتم بمعرفة شخص من نفس جنسه، وهذا يعني أن تفتيش الأنثى يتم بمعرفة أنثى، وتفتيش الذكر يتم بمعرفة ذكر. ومن التشريعات التي نصَّت على

(٢١) د. حسن جوخدار: مرجع سابق، ص٢٩٧.

(٢٢) لا يوجد في التشريعات العربية ما يحظر على الأنثى أن تكون من أعضاء الضابطة العدليّة. د. محمَّد الجبور: الاختصاص القضائي لمأمور الضبط، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨١م، ص٦٠. في الأردن تمَّ تأسيس أول مدرسة لتدريب الشرطة النسائية عام ١٩٧٢م، وكانت البداية ست فتيات هنَّ نواة الشرطة النسائية. وفي الولايات المتحدة الأمريكية كان أول دخول للمرأة في مجال العمل الشرطي عام ١٨٠٠م؛ وذلك للعمل في السجون الخاصة بالنساء، وللقيام بأعمال اجتماعيّة ودينيّة، وفي عام ١٩٠٠ دخلت المرأة في كافة مناحي العمل الشرطي.
Sandra (K): Police Women Life with the Badge, New York, 2005, p. 1.

ذلك، قانون الإجراءات الجنائية البولندي[٢٣]، وقانون الإجراءات الجنائية السنغافوري، فجاء في المادة (٢/٢١) من هذا القانون، أنَّه عندما يكون تفتيش أي شخص أمراً ضرورياً، فإنَّ هذا التفتيش يتم من قبل مفتش موظف يكون من نفس جنس الشخص المراد تفتيشه، مع المراعاة الشديدة للآداب[٢٤].

ونصَّت المادة (٤١) من قانون الإجراءات الجنائيّة لجمهورية LAO الشعبيّة الديمقراطية على ضرورة أن يتم تفتيش الشخص بمعرفة شخص من نفس جنسه. وكرَّس التشريع الكندي قاعدة تفتيش الشخص بمعرفة شخص من جنسه في أكثر من موضع، فنصَّ عليها في قانون الإصلاح والإفراج الشرطي بخصوص تفتيش النزلاء والزوَّار[٢٥]، وفي قانون الجمارك لعام ١٩٩٥[٢٦]، وفي قانون الهجرة رقم (٢٧) لسنة ٢٠٠١[٢٧]، وفي قانون غسيل الأموال وتمويل الإرهاب رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٠[٢٨].

وفي إنجلترا، فإنَّ المادة (٤٦) من قانون إجراءات الجريمة لسنة ٢٠٠٢ تقضي بأنَّ أي تفتيش يستدعي خلع الملابس ما عدا الجاكيت أو القفازات أو غطاء الرأس headgear أو الحذاء يجب أن يتم بواسطة أحد أفراد الشرطة من نفس جنس الشخص الخاضع للتفتيش. وفي إسكتلندا وردت قاعدة تفتيش الشخص بمعرفة شخص من جنسه في قانون الصيد البحري لسنة ٢٠٠٣[٢٩]، وتعليمات الصحة العقليّة Mental Health رقم (٤٦٤) لسنة ٢٠٠٥ الصادرة بموجب المادة (٢٨٦) من قانون الصحة العقلية لسنة ٢٠٠٣[٣٠].

ونصَّت على ذات القاعدة تعليمات تفتيش المساجين في أيرلندا الشماليّة رقم

---

(٢٣) المادة (٢/٢٠١) من قانون الإجراءات الجنائيّة البولندي.

(٢٤) art 21/2 provides that"Whenever it is necessary to cause a person to be searched, the search shall be made by an employment inspector of the same sex as the person with strict regard to deceny."

(٢٥) المواد (٢/٦٠) و (٦٤/ب) من قانون الإصلاح والإفراج الشرطي الكندي.

(٢٦) المادة (٤/٩٨) من قانون الجمارك الكندي، حيث يتم التفتيش وفقاً لهذه المادة بمعرفة ضابط جمارك من نفس جنس الشخص الذي سيتم تفتيشه، وإذا لم يوجد ضباط من نفس جنسه يتم اختيار شخص مناسب من نفس جنس الشخص الخاضع للتفتيش كي يقوم بتنفيذ التفتيش.

(٢٧) المادة (٢/١٧) من قانون الهجرة الكندي.

(٢٨) المادة (٤/١٥) من قانون غسيل الأموال وتمويل الإرهاب الكندي.

(٢٩) المواد (٤/٥٢) و (٤/٥٣) من قانون الصيد البحري الإسكتلندي.

(٣٠) المادة (٣/٦) من هذا القانون بخصوص تفتيش المرضى، والمادة (٢/١٠) بخصوص تفتيش الزوَّار. وقد نصَّت هذه المادة على قواعد خاصة لتفتيش الأطفال.

(١٤٨/ ٢٠٠٤) الصادرة وفقاً للمادة (١/١٢٠) من قانون العدالة الجنائية والنظام العام لسنة ١٩٩٤م[٣١].

الفرع الثاني
موقف الفقه

يرى جانب من الفقه العربي بأنَّ الذكر لا يجوز تفتيشه بمعرفة أنثى إذا كان التفتيش يؤدِّي إلى المساس بجزء من جسمه يُعدُّ عورة[٣٢]، ويضيف رأي فقهي قائلاً إنَّه على الرغم من أنَّ التشريعات لم تنص على ذلك، إلَّا أنَّه قياساً على قاعدة تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى، فإنَّ الذكر لا يجوز تفتيشه إلَّا بمعرفة ذكر، فكما للمرأة عورة لا يجوز للرجل المساس بها، فإنَّ للرجل عورة لا يجوز للمرأة المساس بها، فالتماثل في العلّة يوجب التماثل في الحكم[٣٣].

وفي الفقه الأمريكي هنالك من يرى بأن على المحاكم الاعتراف بشكل صريح بالحقوق الدستورية للفرد وذلك بتجنيبه المراقبة والتفتيش من قبل شخص آخر، وهذه الحقوق الدستورية تمثل الحق في الخصوصية المحمي بموجب التعديل الدستوري الرابع ومتضمنه في ديباجة وثيقة الحقوق، وأن التفتيش من قبل جنس آخر محطّ مذلّ ومنتهك للمبادئ الاساسية للكرامة الإنسانية[٣٤].

الفرع الثالث
موقف القضاء

رغم أنَّ محكمة النقض المصريّة قد أرست قواعد عدّة في مجال قاعدة تفتيش

(٣١) المادة (٦) من هذه التعليمات.

(٣٢) د. محمود محمود مصطفى: الإثبات في المواد الجنائية، ج٢، مرجع سابق، ص٧٦؛ د. محمود نجيب حسني: الدستور والقانون الجنائي، دار النهضة العربية (القاهرة)، ط ١٩٩٢، ص٩٧.

(٣٣) د. حسن جوخدار: مرجع سابق، ص٢٩١.

(٣٤) Karoline E.Jaactson. The legitinacy of cross Gender search and surveillance in prison Defining and uniform Review. Indiana Law journal (Vol.37 1998) p.p. 959-995. See also in the same stream, Flyn Flesher, Cross - Gender Supervision in Prison and the constitutional Right of prisoners to Remain free from rape William and Mary Journal of Women and the law (2006), Volume 13\ issue 3 P.P841-866. Mary Ann Farcas, Kathryn, R. L.Rand, Sex Matters: A gender - spesific Standerd for Croos - Gender searchs of inmate, Journal Women & Criminal justice, Vol 10 Issue 3, 1999. p.p 301-505.

الأنثى بمعرفة أنثى، إلَّا أنَّنا لم نعثر في حدود بحثنا على أحكام لها بخصوص تفتيش الذكر بمعرفة أنثى، ونلمس من أحكام محكمة نقض أبو ظبي أنها تجيز تفتيش الذكر بمعرفة أنثى إذا لم يكن من شأن التفتيش المساس بجزء من جسمه يعد عورة، فجاء في حكم لها: "أن ما جاء في القانون في المادة ٥٢ من قانون الإجراءات الجزائية أن تفتيش الأنثى يجب أن تقوم به أنثى، ولم تمنع هذه المادة تفتيش الأنثى للرجل سيما وأن التفتيش الذي يشكو منه المتهم حصل على حقيبة يده لا على جسده"(٣٥).

ولربَّما يكون السبب في ندرة الأحكام القضائية التي تعرضت لحكم تفتيش الإناث للذكور أنَّ أغلب الإجراءات العمليّة في البلاد العربيّة يقوم بها مأمورو ضابطة قضائية ذكور؛ ولذلك نعتقد أنَّه لو سنحت لمحكمة النقض المصرية الفرصة للفصل بذلك، فإنَّها ستقضي بعدم جواز تفتيش الذكر بمعرفة أنثى إذا كان من شأن التفتيش المساس بجزء من جسمه يُعدُّ عورة.

وفي كندا، فقد قضت محكمة الاستئناف الفدراليّة بتاريخ ٢٥ آذار ١٩٩٣م بأنَّ تفتيش النزلاء الذكور وغرفهم بمعرفة إناث من حرس السجون غير مخالف لميثاق حقوق الإنسان والحريات، وكان ذلك بمناسبة شكوى تقدَّم بها النزلاء ودفعوا بعدم دستورية التفتيش البسيط(٣٦) Frisk search الذي تقوم به الإناث من حرس السجون؛ ويقصد بالتفتيش البسيط هو: تفتيش يدوي للملابس من الرأس حتى الأقدام، ويتم عادة بتمرير اليدين على جميع جسم الشخص محل التفتيش، وتفتيش الجيوب والقبعات والقفازات، ويمكن الطلب من الشخص محل التفتيش أن يخلع ملابسه الخارجيّة(٣٧).

وفي قضية فريدة من ملفات القضاء الأمريكي(٣٨)، وهي قضية Jordan v. Garner قام أحد أفراد الشرطة الذكور في مركز إصلاح النساء التابع لواشنطن Washington Correction Centre for Woman (WCCW) بتفتيش عشوائي لإحدى النزيلات تفتيشاً تضمن تمرير يده من فوق ملابسها ومن أخمص قدمها إلى أعلى رأسها، ضاغطاً بيده على ثدييها، متحسساً جسدها وما بين رجليها المنفرجتين. في ذلك اليوم تقدمت نزيلات المركز بشكوى لدى محكمة المقاطعة الفيدرالية

(٣٥) محكمة نقض أبو ظبي، طعن رقم ١٨٥ لسنة ٢٠٠٧ قضائية، تاريخ ٢٠٠٨/١/١٥.

(٣٦) Michael (G), Clair (A): Legal Aspects of Corrections Management, Second edition Canada, 2005, p. 2003.

(٣٧) Ibid, p. 203.

(٣٨) Jordan v. Garden, No C89-339TB (W. D. Wash. Feb. 28, 1990) (en banc)

Federal District Court مصدرة أمراً ابتدائياً بمنع مثل هذل التفتيش العشوائي، وخلصت المحكمة إلى أن تفتيش الجسد على هذا النحو من قبل شخص من جنس آخر يشكل عقوبة قاسية وغير اعتيادية وانتهاكاً للتعديل الدستوري الثامن.

ويعد حكم المحكمة هذه قراراً فريداً من حيث الأسس التي بني عليها الحكم(٣٩)، حيث أحدث الحكم اختلافاً عن قضايا التفتيش التي تجرى من قبل جنس مختلف، وقد تواترت كثير من الأحكام على الاستناد في منعها لهذا النوع من التفتيش على التعديل الدستوري الرابع، فضلاً عن أن هذا الحكم كان هو الأول الذي يُبنى صدوره استناداً إلى التعديل الدستوري الثامن.

وقد استأنفت سلطات السجن الحكم إلى محكمة استئناف الولايات المتحدة الأمريكية للدائرة التاسعة The United States of Appeals for the Ninth District، ونقضت المحكمة قرار محكمة المقاطعة الفيدرالية، إلا أن المحكمة عقدت جلسة إعادة مراجعة واستماع للقضية بهيئتها العامة، وأبطلت قرار محكمة الاستئناف هذا، وخلصت – وبأغلبية أعضائها – إلى أن قرار المحكمة الفيدرالية كان صحيحاً بانتهاك سياسة السجن للتعديل الدستوري الثامن، وأيد اثنان من أعضائها لهذا الأساس القانوني في بناء الحكم، فضلاً عن تأييدهما لفكرة بنائه أيضاً استناداً إلى التعديل الدستوري الرابع.

الفرع الرابع
رأينا في الموضوع

إنَّ عدم جواز تفتيش الذكر بمعرفة أنثى إذا كان من شأن ذلك المساس بجزء من جسمه يُعدُّ عورة نتيجة منطقية لقاعدة تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى، ولن تكتمل هذه القاعدة إذا تمَّ القول بغير ذلك، فإذا كانت العلّة من عدم جواز تفتيش الأنثى بمعرفة ذكر حفظ حياء الأنثى، فإنَّ تفتيش الأنثى للذكر في مواضع العورة فيه خدش لحياء الأنثى أيضاً؛ ذلك أنَّ حياء الأنثى يُخدش إنْ استطال التفتيش لعوراتها، أو استطالت هي أثناء التفتيش لعورات الذكر، فنطاق حياء الأنثى أوسع من نطاق حياء الذكر، فالحفاظ على حياء الأنثى الذي هو سمة من سمات الأنوثة الحقيقة المحببة تقتضي ألَّا تُمسّ في مواضع العورات من ذكر وألَّا تمس هي عورات الذكر.

(٣٩) David J. Stollman, JORDAN v. GARDNER: Female Prisoners Right to be Free from Random, Gross-Gender Clothed Body Searches, (1994) Fordham Law Rev. vol. 62, Pp.1877-1910.

على أنَّ عدم جواز تفتيش الذكر بمعرفة أنثى يتحدَّد نطاقه في الأماكن التي تُعدُّ عورة من جسم الذكر، آخذين بعين الاعتبار أنَّ عورة الذكر اجتماعياً أضيق من عورة الأنثى، فإذا كان التفتيش في جزء من جسم الذكر لا يُعدُّ عورة، أو وقع التفتيش على ملحقات الذكر جاز لأنثى من أفراد الضابطة العدليّة أن تفتِّش الذكر، وإلَّا انتدبت ذكراً للقيام بذلك، ويسري عليه في هذا الصدَّد ما سبق قوله من شروط يجب أن تتوافر بالأنثى المنتدبة للتفتيش(٤٠).

ونرى أنَّه في حال نشوء حيرة بشأن شخص ذكر هو، أم أنثى، فإنَّ على القائم بالتفتيش أن يعتمد على الوثائق الثبوتيّة المدوَّن فيها جنس هذا الشخص ويعامله على هذا الأساس، وإلَّا فعليه أن يأخذ بالشكل الظاهر والصفات الغالبة، فإذا لم يستطع تمييزه، فعليه أن يحيله إلى الجهات الطبيّة لتحديد جنسه.

(٤٠) نظَّم قانون الإرهاب الأسترالي لعام ٢٠٠٦ أحكام تفتيش الأشخاص المتحوّلين جنسياً، فحسب نص المادة السابعة من هذا القانون، فإنَّ لهؤلاء الأشخاص اختيار جنس من يقوم بتفتيشهم.
وقد قضت محكمة حقوق الإنسان في ولاية Ontario في كندا بتاريخ ١٦ أيار عام ٢٠٠٦م بالقرار رقم (HR. 05231/524-04) بأنَّ التفتيش الذي يقتضي تعرية الأشخاص الذين يباشرون إجراءات تغيير مظهر الأعضاء التناسلية من ذكرية إلى أنثوية يجب أن يراعى فيه أن يتم تفتيش النصف الأعلى the top half منهم بواسطة أنثى، ويتم تفتيش الأعضاء التناسيلة بواسطة ذكر. للاطِّلاع على هذا القرار انظر الموقع الإلكتروني:
< http://www.can/i.org/en/on/onhrt/doc/2006/2006hrto13/2006hrto13.htmi > .

المبحث الثاني
خصائص قاعدة تفتيش الشخص بمعرفة شخص من جنسه ونطاقها

من خلال هذا المبحث نتعرف على خصائص قاعدة تفتيش الشخص بمعرفة شخص من جنسه، ونبين مدى العمل بهذه القاعدة، وهل هي مطلقة أم يوجد عليها استثناءات.

المطلب الأول
خصائص قاعدة تفتيش الشخص بمعرفة شخص من جنسه

لقاعدة تفتيش الشخص بمعرفة شخص من جنسه جملة من الخصائص: فهي قاعدة من النظام العام، وهي عامة من حيث نوع تفتيش الأشخاص الخاضعين لها، وانفرادها بضرورة التماثل الجنسي بين الخاضع للإجراء ومَنْ يقوم بتنفيذه، وعليه سوف نبيِّن هذه الخصائص.

الفرع الأول
قاعدة من النظام العام(٤١)

قاعدة تفتيش الشخص بمعرفة شخص من جنسه من النظام العام يترتَّب على مخالفتها بطلان مطلق(٤٢)، وبما أنها من النظام العام فإن الرِّضا بمخالفتها لا يصحِّح

(٤١) إنَّ تعريف النظام العام أمر عسير؛ ذلك أنَّ فكرة النظام العام فكرة غامضة تسمو على التحديد الذي يوضِّح مضمونها وتستمد عظمتها من غموضها.
Voir: Chambon (P): Le juge d'instruction théorie et pratique de la procédure 2éd, Dalloz 1980, p. 772.

(٤٢) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية (القاهرة)، ط١٩٨٨، ص٥٧٦؛ د. رؤوف عبيد: مبادئ الإجراءات الجنائية، دار الجيل (القاهرة)، ط١٦، ١٩٨٥م، ص٣٢٧؛ د. عمر السعيد رمضان: مبادئ الإجراءات الجنائيّة، دار النهضة العربية (القاهرة)، ط١٩٩٣، ص٣٢١؛ د. عبد المهيمن بكر: مرجع سابق، ص٢٥٥؛ د. نبيل مدحت سالم، شرح قانون الإجرءات الجنائية، المدخل وأصول النظرية العامة، دار الثقافة الجامعية (القاهرة)، ط١٩٩٦، ص٣٤٤؛ د. محمَّد أبو العلا عقيدة: شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط١، دار الفكر العربي (القاهرة)، ط١٩٩٨، ص٢٩٧؛ د. كامل السعيد: شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة (عمان)، ط١، ٢٠٠٥، ص٤٦١؛ د. محمَّد سعيد نمور: أصول الإجراءات الجزائية، دار الثقافة (عمان)، ط١، ٢٠٠٥م، ص٣٥٥.

البطلان[٤٣]، فلو رضي شخص بأن يقوم بتفتيشه شخص من جنس مختلف في المواضع التي تُعدُّ عورة من جسمه، فإنَّ هذا الرِّضا لا قيمة له؛ ذلك أنَّ هذه القاعدة لم تُشرّع لمصلحته وإنَّما شُرِّعت لتحقيق مصلحة عامة مرتبطة بالنظام العام لا يملك أحد التنازل عنها أو الموافقة على مخالفتها.

وبما أن البطلان الناتج عن مخالفة هذه القاعدة من النظام العام، فإن هذا البطلان يجوز التمسُّك به في أي حالة تكون عليها الدعوى وتقضي به المحكمة ولو بغير طلب، ولأي من أطراف الدعوى الحق في طلب إبطال الإجراء[٤٤].

وإذا تقرَّر بطلان التفتيش لمخالفة قاعدة تفتيش الشخص بمعرفة شخص من جنسه ترتَّب على ذلك بطلان الضبط فلا يُعتدّ بالأشياء التي تمَّ ضبطها والتي أسفر عنها التفتيش الباطل، وكذلك الأدلة المستمدّة منه، ويبطل تبعاً لذلك جميع الإجراءات اللاحقة له والمبنية عليه[٤٥]، أمَّا الإجراءات السابقة فلا تأثير له عليها ما دام أنَّها بوشرت بمنأى عنه[٤٦].

ويبطل الاعتراف الذي يعقب التفتيش الباطل إلَّا إذا كان الاعتراف مستقلاً عنه، مع أنَّه من المتعذّر بيان أثر التفتيش الباطل على الاعتراف، وفي هذا المجال، فقد أرست محكمة النقض المصرية ضوابط يسترشد بها لمعرفة متى يكون الاعتراف مستقلاً عن التفتيش، تتمثَّل في وجوب وجود فاصل زمني بين الاعتراف والتفتيش الباطل، وأنَّ المتَّهم حينما اعترف أراد أن يعترف دون أن يكون لهذه الإجراءات الباطلة تأثير عليه، وأن يكون الاعتراف أمام جهة أخرى غير تلك التي باشرت التفتيش[٤٧].

---

(٤٣) تنص المادة (٣/٧) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني المضافة بموجب القانون رقم (١٦) لسنة ٢٠٠١م على أنَّه: "يزول البطلان إذا تنازل عنه من شُرع لمصلحته صراحةً أو ضمناً وذلك باستثناء الحالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام".

(٤٤) د. عبد المهيمن بكر: مرجع سابق، ص٤٥٢؛ د. سامي الحسيني: النظرية العامة للتفتيش في القانون المصري والمقارن، دار النهضة العربية (القاهرة)، ط١٩٧٢، ص٤٠٤.

(٤٥) انظر: المادة (٤/٧) من قانون أصول المحاكمات الجزائيّة الأردني، والمادة (٣٣٦) من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

(٤٦) د. أحمد فتحي سرور: نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربيّة (القاهرة)، ط١٩٥٩، ص٣٧١.

(٤٧) انظر: نقض ١٨ مايو (أيار) ١٩٥٤م، مجموعة أحكام النقض، س٥، رقم ٢٢٠، ص٦٥٨؛ نقض ٢٣ مايو (أيار) ١٩٦٦، مجموعة أحكام النقض، س١٧، رقم ١١٩، ص٥٨٣؛ نقض ٩ أبريل (نيسان) ١٩٧٣م، مجموعة أحكام النقض، س٢٤، رقم ١٠٥، ص٥٠٦.

ثانياً: عامة من حيث الأشخاص

إنَّ حكم قاعدة تفتيش الشخص بمعرفة شخص من جنسه يمتدّ ليشمل جميع الأشخاص، ولا يبرّر الخروج على القاعدة صغر أو كبر سن، فيتعيَّن مراعاتها إذا بوشر التفتيش حيال طفل، أو شاب، أو عجوز، ولا عبرة بجنسية الشخص أو ديانته، فتراعى القاعدة سواء أكان الخاضع للتفتيش وطنيّاً أم أجنبيّاً؛ لأنَّ القول بصحة أو عدم صحة الإجراء يكون طبقاً للقانون الذي يحكم الإجراء، حتى لو كان الشخص الخاضع للتفتيش معروفاً بالفجور، ويسري حكم هذه القاعدة ولو كان الشخص المفتَّش ميِّتاً، فالموت لا يزيل الحرمة عن الجسد بخصوص مراعاة هذه القاعدة.

وينصرف تطبيق قاعدة تفتيش الشخص بمعرفة شخص من جنسه، سواء أكان الشخص الخاضع للتفتيش متهماً أو غير متهم[٤٨]، فقد أجازت المادة (٧٥) من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي لعضو النيابة أن يفتش المتهم و أن يفتش غيره إذا اتَّضح من إمارات قوية أنَّه حائز لأشياء تتعلق بالجريمة، لذلك تستخدم بعض التشريعات عبارة: "إذا كان المفتِّش أنثى"[٤٩]، ودلالة ذلك أنَّ حكم القاعدة يسري على الأنثى المتهمة وغير المتهمة، وتستخدم بعض التشريعات عبارة: "إذا كان المتَّهم أنثى"[٥٠]، وهذا التعبير غير دقيق إذْ إنَّ حكم قاعدة تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى يشمل الأنثى المتهمة والأنثى غير المتهمة، والذكر المتهم والذكر غير المتهم، إذا اقتضى الأمر تفتيشه، وتوافرت الشروط القانونيّة لذلك.

الفرع الثاني
عامّة من حيث نوع التفتيش

ينصرف مصطلح التفتيش في أصل دلالته إلى التفتيش القانوني كإجراء من

(٤٨) د. حسن جوخدار: مرجع سابق، ص٢٩٠.

(٤٩) من التشريعات العربية التي نصَّت على ذلك، المادة (٢/٨٦) أصول محاكمات جزائية أردني، والمادة (٩٤) أصول محاكمات جزائية سوري، والمادة (٤٩) أصول محاكمات جزائية فلسطيني، والمادة (٥٢) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي، والمادة (٩٣) إجراءات جنائية سوداني، والمادة (٦٦) إجراءات جنائية بحريني.

(٥٠) انظر: المادة (٢/٤٦) من قانون الإجراءات الجنائية المصري، والمادة (٥٢) من قانون الإجراءات الجنائية الإماراتي، والمادة (٤٨) من قانون الإجراءات الجنائية القطري، والمادة (٧٨) من قانون الإجراءات الجنائية العُماني، والمادة (٧٨) من قانون الإجراءات الجنائية الليبي، والمادة ٤٣ من نظام الإجراءات الجزائية السعودي.

إجراءات التحقيق الابتدائي، يتم من خلاله التنقيب في محل له حرمة بهدف البحث عن أدلّة يفيد ضبطها في كشف الحقيقة بصدد جريمة ارتكبت(٥١).

على أنَّ هنالك صوراً أخرى من إجراءات البحث والتنقيب أُصطلح على تسميتها تفتيشاً ولكنَّها ليست تفتيشاً قانونياً وفقاً للمعنى المتقدِّم للتفتيش القانوني، هذه الصور هي: التفتيش الوقائي، والتفتيش في حالة الضرورة، والتفتيش الإداري، والتفتيش الاتفاقي.

ويُراد بالتفتيش الوقائي: التفتيش الذي يُباشر حيال شخص بهدف تجريده ممَّا يحمله من أشياء أو مواد من الممكن أن يُلحق بها الأذى بنفسه أو بغيره، فهذا النَّوع من التفتيش لا يهدف للبحث عن أدلّة في جريمة ارتكبت، وإنَّما يهدف إلى التوقِّي من خطورة المتَّهم، فمدى هذا التفتيش يكون في الحدود التي يصحّ فيها البحث عن الأشياء ذات الخطورة(٥٢).

أمَّا التفتيش للضرورة، فتقتضيه ضرورة ملحَّة للبحث لدى شخص يكون في حالة لا تسمح له بالرِّضاء بالتفتيش، ومثاله ما يقوم به رجال الدفاع المدني من بحث

---

(٥١) انظر في تعريف التفتيش القانوني: د. محمود محمود مصطفى: الإثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن، ج٢، ط١، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨م، ص٢٠؛ د. محمود نجيب حسني: مرجع سابق، ص٦٦٦؛ د. سامي الحسيني: مرجع سابق، ص٣٧؛ د. عبد المهيمن بكر: مرجع سابق، ص٣٧؛ د. أحمد عوض بلال: الإجراءات الجنائية المقارنة والنظام الإجرائي في المملكة العربية السعودية، دار النهضة العربية (القاهرة)، ط١٩٩٠، ص٣٧٣؛ د. محمَّد سعيد نمور: مرجع سابق، ص٣٥٢.

(٥٢) د. محمود نجيب حسني: مرجع سابق، ص٥٧٤؛ د. عبد المهيمن بكر: مرجع سابق، ص٦٦؛ See also: Christopher (J.E): A Practical Approach to Criminal Procedure, 2nd Ed., London, 1983, p. 354.

وعرَّفت محكمة النقض المصرية التفتيش الوقائي بأنَّه: "ما يستلزم تنفيذه من بحث في ملابس المتهم لتجريده ممّا يحتمل أن يكون معه من سلاح خشية أن يستعمله في المقاومة أو الاعتداء على نفسه أو من يقبض عليه". نقض ٢ يونية (حزيران) ١٩٦٩، مجموعة أحكام النقض، س٢٠، رقم ١٩٣، ص٩٧٦. وقد نصَّت بعض التشريعات على هذا النوع من التفتيش، فجاء في المادة (٥١) من قانون أصول المحاكمات والإجراءات الجنائية الكويتي أنَّه: "لمن يقوم بتنفيذ القبض أن يفتِّش المقبوض عليه مبدئياً لتجريده من الأسلحة وكل ما يحتمل أن يستعمله في المقاومة أو في إيذاء نفسه أو غيره، وأن يضبط هذه الأشياء ويسلمها مع المقبوض عليه إلى الآمر بالتفتيش". ونصَّت كذلك المادة (٣٦) من قانون الإجراءات الجنائية الفلسطيني على أنَّه: "يجوز لمأمور الضبط القضائي أو لمن يقبض على شخص أن يجرِّده من الأسلحة والأدوات التي يجدها بحوزته وأن يسلِّمها إلى الجهة المختصّة التي يقضي القانون بإحضار المقبوض عليه أمامها".

في ملابس شخص فاقد الوعي عقب حادث سير بهدف التعرُّف على شخصيَّته، أو تحريز والمحافظة على الأشياء الموجودة معه، أو للتعرُّف على فصيلة دمه المدوَّنة في وثائق يحملها(٥٣).

ويُعدُّ التفتيش الإداري إجراءً إدارياً تحفُّظياً لا يلزم لإجرائه وقوع جريمة أو موافقة سلطة التحقيق، أو توافر صفة الضابطة العدلية فيمن يقوم بإجرائه، فهو لا يهدف إلى الحصول على دليل، ومن أبرز الأمثلة على هذا النوع من التفتيش تفتيش النزلاء في مراكز الإصلاح والتأهيل، والتفتيش الجمركي في الأماكن الخاضعة للرقابة الجمركيّة(٥٤) وكذلك التفتيش في المنافذ البرية والبحرية، وتفتيش المسافرين في المطارات.

ويتم التفتيش الاتِّفاقي بناءً على اتفاق تعاقدي وبموجبه يرضى أحد المتعاقدين بتفتيشه في أوقات أو ظروف أو أمكنة معيَّنة، وقد يأتي النص على هذا التفتيش في عقد عمل أو استخدام، وقد يكون منصوصاً عليه في النظام الداخلي للمؤسسة؛ فبمجرَّد قبول الشخص العمل في مؤسسة يجري فيها تفتيش العاملين عند الدخول لمكان العمل أو عند انصرافهم فيعتبر رضاء منه بالخضوع لما يقضي به النظام أو عقد العمل(٥٥).

وأيَّاً كان نوع التفتيش، فلا يختلف الحكم بوجوب مراعاة قاعدة تفتيش الشخص بمعرفة شخص من جنسه، فهذه القاعدة عامة من حيث نوع التفتيش لا يقتصر العمل بها على نوع معين من أنواع التفتيش، فالعبرة ليست بنوع التفتيش وإنَّما بجنس الشخص الذي يباشر التفتيش حياله.

الفرع الرابع
التماثل الجنسي

من خصائص قاعدة تفتيش الشخص بمعرفة شخص من جنسه أنَّها القاعدة الإجرائيّة الوحيدة التي يُشترط فيها تماثل جنس القائم بالإجراء مع الخاضع له. فالتفتيش ليس الإجراء الوحيد الذي يمسّ الحق في الخصوصيّة، ولكنَّه الإجراء الوحيد

(٥٣) قضت محكمة النقض المصرية في هذا الصَّدد بأنَّ ما يقوم به رجل الإسعاف من البحث في جيوب الشخص الغائب عن صوابه قبل نقله إلى المستشفى لجمع ما بها لا مخالفة فيه للقانون. نقض ١٠ يناير (كانون الثاني) ١٩٥٦، مجموعة أحكام النقض، س٧، رقم ٦٩، ص٢٠١. أشار إليه د. صلاح الدين جمال الدين: الطعن في إجراءات التفتيش، ط١، ٢٠٠٥، دار الفكر الجامعي (الإسكندرية)، ص١٠.

(٥٤) د. حسن جوخدار: مرجع سابق، ص٢٠٦.

(٥٥) د. سامي الحسيني: مرجع سابق، ص٧٨.

الذي إذا بوشر حيال شخص فإنَّه يشترط تماثل جنس القائم به مع الشخص المراد تفتيشه، فمراقبة المحادثات الهاتفية وتسجيل الأحاديث الخاصة من الإجراءات الماسّة بالحق في الخصوصيّة، ومع ذلك فإنَّه لا يشترط تماثل جنس القائم بها مع جنس من يتم مراقبة مكالماته، أو تُسجَّل أحاديثه؛ لأنَّ نطاق إعمال قاعدة تفتيش الشخص من قِبل شخص من جنسه يقتصر على المساس بالحياء العِرضي والذي يتحقَّق من خلال المساس بجزء من جسمه يُعدُّ عورة.

أمَّا غير تفتيش الأشخاص من الإجراءات، فلا يشترط التماثل الجنسي بين القائم بالإجراء والخاضع له، فالقبض، وتفتيش الأماكن، والاستجواب، والترجمة وغيرها من الإجراءات لا يشترط فيها تماثل جنس القائم بالإجراء ومن يباشر حياله.

المطلب الثاني
نطاق قاعدة تفتيش الشخص بمعرفة شخص من جنسه

قاعدة تفتيش الشخص بمعرفة شخص من جنسه ليست مطلقة، بل يرد عليها بعض الاستثناءات والتي بمقتضاها يجوز للذكر أن يقوم بتفتيش الأنثى، ويجوز للأنثى أن تفتش الذكر، هذه الاستثناءات لم ترد في التشريعات العربية وإنما يمكن استنتاجها من خلال القواعد التي أرساها القضاء في هذا المجال لا سيما قضاء محكمة النقض المصرية، وعلى الرغم من أنها جاءت في مناسبات الحديث عن تفتيش الذكور للإناث إلا أنها هي ذاتها تصلح لأن تطبق على تفتيش الأنثى للذكر. وتتمثَّل هذه الاستثناءات في حالة التفتيش الذي ليس من شأنه المساس بعورات الأنثى، والتفتيش الذي يستلزم خبرة طبيّة في إجرائه، وتفتيش ملحقات الأنثى.

أولاً: التفتيش الذي ليس من شأنه المساس بالعورات

إنَّ الهدف من قاعدة تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى الحفاظ على حياء الأنثى وعِرضها من أن تنتهك حرمتها من ذكر، بحيث يُلمس أو يُكشف جزء من جسمها يعدُّ عورة، فالثابت فقهاً أنَّ تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى مرهون بأن يكون مكان التفتيش من المواضع الجسمانيّة التي لا يجوز لذكر لمسها أو مشاهدتها باعتبارها من عورات الأنثى التي تخدش حياءها إذا مسّت[٥٦] ويتم تحديد مفهوم العورة طبقاً للعرف الاجتماعي السائد وقت مباشرة الإجراء.

(٥٦) د. نبيل مدحت: مرجع سابق، ص٣٤٥؛ د. عبد المهيمن بكر: مرجع سابق، ص٢٥٥؛ د. سامي الحسيني: مرجع سابق، ص٢٨٧.

وفي حقيقة الأمر لم تورد التشريعات العربيّة عند النص على قاعدة تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى أيّة استثناءات على القاعدة، فلم تحدِّد هذه التشريعات نطاقاً لحرمة الأنثى بشأن التفتيش، بل إنَّ النصَّ على القاعدة جاء بشكلٍ مطلق، ولكنَّ الفقه والقضاء في صدد تفسير هذه القاعدة، قصر إعمالها على الحالات التي يؤدِّي فيها التفتيش إلى المساس بعورات الأنثى، وأساس هذا التفسير مردّه مراعاة العلّة التي من أجلها شُرِّعت القاعدة.

وبالرُّجوع إلى بعض التشريعات الأجنبيّة نجدها تنص على قاعدة تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى وتورد عليها قيود، فقد نصَّت المادة (٢/٢٣٥) من قانون الإجراءات الجنائيّة الإيطالي على أنَّ تفتيش الأنثى يتم بمعرفة أنثى كلما كان ذلك ميسوراً، ولا يترتَّب عليه تأخير التحقيق، أو الإضرار بسيره، ومفهوم ذلك أنَّه يجوز تفتيش الأنثى بمعرفة ذكر إذا لم يكن بالإمكان الاستعانة بأنثى، أو كان من شأن ذلك تأخير التحقيق أو عرقلة سيره.

ولا يُعمل بقاعدة تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى في القانون البولندي إلَّا إذا كان من شأن التفتيش الإخلال بالحياء[٥٧]، وبمقتضى نص المادة ٨١/د/١ من قانون الإجراءات الجنائية الألماني إذا كان الفحص الجسدي للمرأة يؤدِّي إلى خدش شعورها بالحياء، فإنَّه يجب أن يتم من قِبَل امرأة أو طبيب If the physical examination of a woman my violate here sense of shame it shall be mad by a woman or by a physician. فالتفتيش الجسدي الذي لا يخدش الحياء يجوز أن يتم بمعرفة ذكر.

وتطلَّبت المادة (٢/١٣١) من قانون الإجراءات الجنائيّة الياباني في حالة تفتيش أنثى تفتيشاً جسدياً حضور طبيب أو أنثى بالغة، وعند القيام بالتفتيش الجسدي يؤخذ بالاعتبار جنس الشخص، ويجب أن ينفَّذ التفتيش الجسدي باهتمامٍ شديدٍ من أجل عدم خدش شرف الشخص المراد تفتيشه[٥٨]

وتنظِّم بعض التشريعات الإجرائية نوعاً من تفتيش الأشخاص يُسمَّى تفتيش التعرية strip search، وقد عرَّفته المادة (١/٩٠١) من قانون الإجراءات الجنائيّة لولاية Texas الأمريكية بأنَّه يتم بإزالة جزء أو كل ملابس الشخص من أجل الفحص اليدوي لأعضائه التناسليّة، الأرداف Buttocks، الشرج Anus، صدر المرأة، الملابس الداخليّة.

(٥٧) انظر: المادة (٢٠١) من قانون الإجراءات الجنائية البولندي رقم (٢٥) لسنة ١٩٨١م.
(٥٨) المادة (١/١٣١) من قانون الإجراءات الجنائيّة الياباني.

ويوجد تفتيش آخر يسمَّى تفتيش التجويف الجسدي Body cavity search، ويتم بلمس أو جس probing الأعضاء التناسليّة(٥٩).

وتفتيش التعرية، وتفتيش التجويف الجسدي يمكن أن يباشرا حيال الذكر والأنثى على حدٍ سواء، ولكنهما يحاطان بضوابط خاصة، فيتم التفتيش بمعرفة شخص من نفس جنس الخاضع للتفتيش، ويراعى أن يتم التفتيش في مكان بحيث لا يمكن أن يشاهد التفتيش من أشخاص غير القائمين به، ويجب أن يتم الحصول على إذن مكتوب written permission لإجراء التفتيش(٦٠).

ولا يجوز اللجوء لتفتيش التعرية، أو تفتيش تجويف الجسم إلَّا إذا وجدت أسباب معقولة تبرِّر التفتيش، ففي إنجلترا تمَّ القبض على فتاة في حالة سكر وكانت تقوم بأفعال غير لائقة unseemly وتمَّ تفتيشها بمعرفة شرطيتين، وتمَّ تفتيش حمَّالة أثدائها her bra، وعند عرض الأمر على القضاء، قالت المحكمة أنَّه لا يوجد ما يبرِّر لتفتيشها في هذا المكان، وأبطلت المحكمة الإجراء وأدانت هذا الفعل(٦١).

وقد استقرَّت أحكام محكمة النقض المصرية على أنَّ نطاق قاعدة تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى من حيث المحل يكون في الحالات التي يستلزم تفتيش الأنثى المساس بمواضع من جسمها لا يجوز للذكر الاطِّلاع عليها ومشاهدتها باعتبارها من عورات المرأة التي تخدش حياءها إذا مسَّت(٦٢)، وعليه، فقد أبطلت محكمة النقض المصرية التفتيش بمعرفة الذكر الذي يمس عورات المرأة، فجاء في حكم لها أنَّه: "ولمَّا كان ما قام به الضابط من إمساكه باليد اليسرى للمتهَّمة وجذبها عنوة من صدرها إذا كانت تخفي فيه المخدِّر ينطوي بلا شكّ على مساس بصدر المرأة الذي يعتبر من العورات،

(٥٩) انظر: المادة (٢٥) الفصل (٢٢) من قانون الإجراءات الجنائية لولاية Kansas.

(٦٠) المادة (١/١٠٣) من قانون الإجراءات الجنائية لولاية Illionis. للمزيد من المعلومات حول تفتيش التعرية، انظر:
NewBurn (T), Shiner (M), Mayman (S): Strip Search and the Treatment of Suspects in Custody, British Journal of Criminology, V. 41, 2000, pp. 677-694.

(٦١) Hampton (c): Criminal Procedure, 3ed, London, 1982.

(٦٢) نقض ١١ نوفمبر (تشرين الثاني) ١٩٥٢، مجموعة أحكام النقض، س١٣، رقم ٢٧، ص١٠٥؛ نقض ٣٠ يناير (كانون الثاني) ١٩٦٢، مجموعة أحكام النقض، س١٣، رقم ٢٧، ص٩٨؛ نقض ١٢ مارس (آذار) ١٩٧٢، مجموعة أحكام النقض، س٢٣، رقم ٨٨، ص٣٥٩؛ نقض ٦ يناير (كانون الثاني) ١٩٨٠، مجموعة أحكام النقض، س٣١، رقم ١١، ص٥٨.

ومن ثمَّ إذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى ببطلان تفتيش المطعون ضدَّها يكون قد طبَّق القانون تطبيقاً سليماً"[٦٣].

أمَّا إذا لم يكن من شأن التفتيش الذي يجريه الذكر المساس بعورات الأنثى، فإنَّ هذا التفتيش يكون صحيحاً، فقضت محكمة النقض المصرية بأنَّ قيام ضابط البوليس بإمساك يد المتَّهمة وأخذ العلبة التي كانت فيها، فإنَّ فعله لا ينطوي على مخالفة القانون[٦٤]، وفي حكم آخر، قالت: "إذا قام الضابط بالتقاط المخدِّر الذي يباشر التفتيش بحثاً عنه من بين أصابع قدم المتَّهمة، فإنَّ التفتيش صحيحٌ[٦٥]، وإذا قامت المتَّهمة بإخراج المخدِّر من بين ملابسها طواعيةً واختياراً بعد أن استترت كما أنَّها تدثَّرت بملاءة (عباءة) والدتها إمعاناً في إخفاء جسمها عن الأعين، فإنَّه لا تثريب على المحكمة إن هي رفضت الدفع ببطلان التفتيش بحجّة أنَّ الضابط هو الذي أجراه وأنَّه لم يتم بمعرفة أنثى[٦٦] وقضت كذلك بأنَّ قيام الضابط بفض الانتفاخ الذي لاحظه بطرحة (غطاء رأس) المتَّهمة حيث عثر على المخدِّر المضبوط، فإنَّه لا يكون قد خالف القانون لعدم مساسه بأي جزء من جسمها ممَّا يُعدُّ من العورات التي تخدش حياءها إذا مسّت[٦٧].

وبهذا فإنَّ محكمة النقض المصريّة لم تأخذ بقاعدة تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى بشكلٍ مطلق، وإنَّما قصرت حكم هذه القاعدة على الحالات التي يكون من شأن تفتيش الأنثى المساس بجزء من جسمها يُعدُّ عورة، ويتحقَّق المساس باللَّمس بكافة أشكاله أو بالكشف، وبأي فعل يُعدُّ قانوناً هتك عِرض للأنثى[٦٨].

وعلى ذات النهج سار قضاء محكمة نقض أبو ظبي، فقالت في أحد أحكامها إن اشتراط القانون أن يكون تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى لا يكون إلا إذا كانت مواضع

(٦٣) نقض ١٦ نوفمبر (تشرين الثاني) ١٩٥٤، مجموعة أحكام النقض، س١٥، رقم ١٣٢، ص٦٦٨.

(٦٤) نقض ٨ فبراير (شباط) ١٩٦٠، مجموعة أحكام النقض، س١١، رقم ٣٠، ص١٤٨.

(٦٥) نقض ٢٠ مايو (حزيران) ١٩٥٧، مجموعة أحكام النقض، س٨، رقم ١٤٣، ص٥٢١.

(٦٦) نقض ٣٠ يناير (كانون الثاني) ١٩٦٢، مجموعة أحكام النقض، س١٣، رقم ٢٧، ص٩٨.

(٦٧) طعن رقم ١٩٨٤ لسنة ٦٦ق، جلسة ١٩٩٧/١٠/١٦، مشار إليه في كتاب د. صلاح الدين جمال الدين: مرجع سابق، ص٢٣٦.

(٦٨) قضت محكمة التمييز الأردنيّة بأنَّ جريمة هتك العرض تقوم بأي فعل فيه مساس بأي جزء من جسم المجني عليه ممَّا يدخل عرفاً في حكم العورات. تمييز جزاء رقم ١٩٩٣/٣٠، تاريخ ١٩٩٣/١١/١٧، منشورات مركز عدالة.

التفتيش بجسم المرأة يعد من العورات التي يخدش حياءها اطلاع مأمور الضبط القضائي عليها ومشاهدتها[٦٩]، وكذلك محكمة التمييز البحرينية التي قضت في حكم لها:" مجال حكم المادة ٢/٦٦ من قانون الإجراءات الجنائية أن يكون ثمة تفتيش قد وقع من مأمور الضبط القضائي على شخص الأنثى في موضع من جسمها لا يجوز لرجل الضبط القضائي الاطلاع عليه ومشاهدته باعتباره من عورات المرأة التي يخدش حياءها"[٧٠].

كما أن قاعدة تفتيش الذكر بمعرفة ذكر ليست مطلقة فيجوز تفتيش الذكر بمعرفة أنثى إذا لم يكن من شأن التفتيش المساس بجزء من جسمه يعد عورة.

ثانياً: التفتيش الذي يتطلَّب خبرة طبيّة

تورد بعض التشريعات والآراء الفقهيّة والأحكام القضائيّة استثناءً على قاعدة تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى، وذلك إذا استلزم تفتيش الأنثى في مواضع من جسمها تُعدُّ عورة خبرة طبيّة. وبالرجوع إلى قوانين الإجراءات الجنائيّة العربيّة لم نجد فيها أي شيء بخصوص ذلك، فلم تنظِّم هذه التشريعات أحكام التفتيش الذي يحتاج إلى خبرة طبيّة، ومع ذلك فقد نصَّت المادة (٣٩٩) من تعليمات النيابة العامة في مصر على أنَّه: "إذا أخفى المتَّهم شيئاً في موضع العورة يجوز الالتجاء إلى الطبيب بوصفه خبيراً"[٧١]، وذات الحكم ورد في التعليمات القضائية للنيابة العامة في دولة الإمارات العربية المتحدة، فجاء في المادة ١٢٣ أنه إذا أخفى المتهم الشيء محل الجريمة في موضع العورة فلا يجوز المساس بهذا الموضع، ويجب ندب أحد المختصين بوصفه خبيراً منتدباً بضبط الدليل المتعلق بالجريمة، وأجازت المادة (٣٥٥) من تعليمات النيابة العامة الفلسطينية المساس بالمواضع الحسَّاسة من جسم الأنثى بمعرفة طبيب بوصفه خبيراً، بشرط أن يكون بالقدر الذي تستلزمه عملية التدخُّل الطبي اللازم لإخراج الشيء.

على أنَّ بعضاً من التشريعات الأجنبيّة نظَّمت التفتيش الذي يتم بمعرفة طبيب، فوفق قانون الإجراءات الجنائيّة لولاية Illinois الأمريكية، فإنَّ التفتيش في تجويف الجسم ما عدا الفم يجب أن يتم بمعرفة طبيب مرخَّص لممارسة الطب[٧٢]

(٦٩) محكمة نقض أبو ظبي، طعن رقم ٤٠٧ لسنة ٢٠١١، قضائية تاريخ ٢٠١١/٥/٣١.
(٧٠) محكمة التمييز البحرينية، طعن رقم ١٠٨ لسنة ٢٠٠٦ قضائية، تاريخ ٢٠٠٧/٥/٢٨.
(٧١) د. عبد الوهاب البطراوي: شرح قانون الإجراءات الجنائية، جامعة العلوم التطبيقية (البحرين)، ط١، ٢٠٠٧م، ص٦٦.
(٧٢) المادة (١/١٠٣) من قانون الإجراءات الجنائيّة لولاية Illinois.

physician licensed to practice medicine، وفي قانون الإجراءات الجنائية الألماني، فإنَّ التفتيش الجسدي للمرأة إذا كان من شأنه خدش حيائها يتم بمعرفة طبيب(٧٣)، وأوجب قانون الإجراءات الجنائيّة الصيني أن يتم التفتيش الجسدي للأنثى بمعرفة طبيب(٧٤).

ويجيز أغلب الفقه تفتيش الأنثى بمعرفة طبيب ذكر في مواضع العورات على اعتبار أنَّ الطبيب في هذه الحالة خبيرٌ، وعلى أساس أنَّ الضرورة الإجرائيّة تحتِّم ذلك(٧٥).

وينكر رأي فقهي القول بصحّة تفتيش الأنثى في مواضع العورات بمعرفة طبيب؛ لأنَّ القانون يستلزم أن يتم التفتيش بمعرفة أنثى، فضلاً عن أن تدخُّل الطبيب ولو كان بقصد العلاج لا يجوز إلَّا بناءً على رضاءٍ صريح، فمن بابٍ أولى أن يبطل التفتيش الذي يجريه الطبيب على الأنثى دون رضاها في مواطن من جسمها تُعدُّ عورة(٧٦).

وقد أجازت محكمة النقض المصرية تفتيش الأنثى بمعرفة طبيب بوصفه خبيراً، فقضت في أحد أحكامها: "بأنَّ الكشف عن المخدِّر في مكان حسَّاس من جسم الطاعنة بمعرفة طبيب المستشفى لا تأثير له على سلامة الإجراءات، ذلك أنَّ قيامه بهذا الإجراء كان بوصفه خبيراً، وإجراؤه لا يعدو أن يكون تعرُّضاً للطاعنة بالقدر الذي تستلزمه عملية التدخُّل الطبي اللازمة لإخراج المخدِّر من موضع إخفائه في جسم الطاعنة"(٧٧).

وطبقاً لهذا الحكم، فإنَّ تفتيش الأنثى بمعرفة طبيب يصحّ، ليس لأنَّه بحكم مهنته يطَّلع على عورات النساء، ولكن لأنَّ التفتيش يحتاج لعمل فني لا يمكن أن يقوم به إلَّا طبيب، فالطبيب حينما يطَّلع على عورات النساء أثناء قيامه بعمله، فإنَّ فعله يكون مبرَّراً بشروط تبرير الأعمال الطبية، وفيما عدا ذلك، فهو كغيره من الرجال ليس له

(٧٣) المادة (٨١/د) من قانون الإجراءات الجنائية الألماني.

(٧٤) المادة (١٠٥/٢) من قانون الإجراءات الجنائيّة الصيني.

(٧٥) د. محمود نجيب حسني: مرجع سابق، ص٥٧٥؛ د. سامي الحسيني: مرجع سابق، ص٢٤٥؛ د. صالح عبد الزهرة الحسون: أحكام التفتيش وآثاره في القانون العراقي "دراسة مقارنة"، ط١٩٧٩، ص٢٩٢؛ د. قدري عبد الفتاح الشهاوي: ضوابط التفتيش في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف (الإسكندرية)، ط٢٠٠٤، ص١١٦.

(٧٦) د. محمَّد أبو العلا عقيدة: مرجع سابق، ص٢٩٧. يُنكر بعض الفقهاء تفتيش الأشخاص الذي يخدش ويهدر الكرامة الإنسانية ويفضِّلون أن يفلت الجاني من العقاب على أن تنتهك كرامته. د. مأمون سلامة: الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار الفكر العربي (القاهرة)، ١٩٨٨، ص٤٩٩، د. إدوار غالي الذهبي: الإجراءات الجنائيّة في التشريع المصري، مكتبة غريب (القاهرة)، ط٢، ١٩٩٠، ص٣٧١.

(٧٧) نقض ٤ يناير (كانون الثاني) ١٩٧٦، مجموعة أحكام النقض، س٢٧، رقم ١، ص٩.

الحق في المساس بعورات النساء، وهذا ما أكَّدته محكمة النقض المصرية بقولها: "إنَّ القول بأنَّ الطبيب يباح له بحكم مهنته ما لا يباح لغيره من الكشف على الإناث، وأنَّه لا غضاضة عند استحالة تفتيش متَّهمة بمعرفة أنثى أن يقوم هو بإجراء التفتيش المطلوب، فذلك تقرير خاطئ في القانون"(٧٨)

ونرى أنَّه لا يجوز أن يتمّ تفتيش الأنثى بمعرفة طبيب ذكر بأي حالٍ من الأحوال، والقول أنَّه يقوم بذلك بوصفه خبيراً لا يبرِّر الخروج على القاعدة، فهل اعتبار الطبيب خبيراً يبرِّر خرق قاعدة من النظام العام؟ فإذا استلزم تفتيش الأنثى خبرة طبيّة فيجب الاستعانة بطبيب أنثى حفاظاً على الحياء والنظام العام. وقد نهجت العديد من التشريعات الأجنبيّة هذا النهج، فالمادة (٢/٥٣) من قانون الإجراءات الجنائية الهندي توجب في حال تطلُّب تفتيش الأنثى تدخُّلاً طبياً أن يتم ذلك بمعرفة طبيبة ممارسة ومسجَّلة وفقاً لقانون المجلس الطبي الهندي Indian Medical Council Act، وأخذ بذات الحكم قانون الجمارك الهندي في حالة تصوير جسم أنثى بالأشعة للاشتباه بأنَّها تخفي ممنوعات(٧٩) وحسب ما نصَّت عليه المادة (٣/١٠٦) من قانون منع الإرهاب الأسترالي لسنة ٢٠٠٦، فإنَّ التفتيش الذي يتطلَّب تدخُّلاً طبياً يتم بمعرفة طبيب أو ممرض من نفس جنس الشخص المراد تفتيشه.

فنحن في البلاد العربيّة أولى بالنص في قوانين الإجراءات الجنائيّة على أنَّه إذا استلزم التفتيش خبرة طبيّة أن يتم بمعرفة طبيب من نفس جنس الشخص الخاضع للتفتيش، ولا يوجد أي مبرِّر للخروج على ذلك، فيوجد في كل البلاد العربية عدد كبير من الطبيبات اللواتي من الممكن الاستعانة بهنَّ إذا كان التفتيش يجري بحق أنثى وبحاجة إلى خبرة طبية، فذلك أدعى لحفظ الحياء العام والخصوصيّة والمروءة.

ثالثاً: ملحقات الشخص

تستمد ملحقات الشخص وتوابعه حرمتها من حرمته، فمتى صحَّ تفتيشه صحَّ تفتيش المنقولات التي بحوزته لحظة التفتيش؛ كالحقائب والأمتعة ومركبته الخاصة، وهاتفه المحمول، إذا كان لتفتيش هذه المنقولات فائدة في إظهار الحقيقة(٨٠)، ويجوز تفتيش ملحقات الشخص التي تكون في حيازته وقت تفتيشه ولو لم تكن مملوكة له.

(٧٨) نقض ١١ أبريل (نيسان) ١٩٥٥، مجموعة أحكام النقض، س٦، رقم ٢٤٩، ص٨٠٧.

(٧٩) انظر: المادة (٦/١٠٣) من قانون الجمارك الهندي.

(٨٠) نصَّت المادة (٨١) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي على قاعدة امتداد تفتيش الأشخاص لملحقاتهم، حيث نصَّت على أنَّ: "تفتيش الشخص يقع بالبحث عمَّا يكون بجسمه، أو ملابسه، أو أمتعته التي معه".

وبما أنَّ نطاق حرمة الشخص في التفتيش الذي يتم بمعرفة ذكر مجاله المواضع في جسمه التي تعد عورة، وهذه هي حدود قاعدة تفتيش الشخص بمعرفة شخص من جنسه، فإذا لم يكن من شأن تفتيش ملحقات الشخص المساس بجزء من جسمه يُعدُّ عورة جاز تفتيش هذه الملحقات بمعرفة شخص من جنس آخر، ولو احتوت هذه الملحقات على أشياء شخصية أو خاصة، فالحرمة تكون للجسد وفي نطاق ما يُعدُّ عورة منه.

الخاتمة

بعد أن تناولنا مفهوم ونطاق قاعدة التماثل الجنسي في التفتيش توصلنا لعدد من النتائج نسردها أولاً، ومن ثم نقترح مجموعة من التوصيات في هذا المجال.

أولاً – النتائج:

١ – معظم التشريعات تنص فقط على قاعدة تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى، وقليل منها ينص على قاعدة تفتيش الشخص بمعرفة شخص من جنسه ليس من بينها أي تشريع عربي، على الرغم من أن قاعدة تفتيش الشخص بمعرفة شخص من جنسه أشمل، وهي قاعدة متممة لقاعدة تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى وتم مراعاتها أثناء تفتيش الذكور.

٢ – قاعدة تفتيش الشخص بمعرفة شخص من جنسه لها مجموعة من الخصائص: فهي من النظام العام وقد تقررت لمصلحة المجتمع، كما أنها عامة يجب مراعاتها في كافة أنواع التفتيش ومع جميع الأشخاص، وهي القاعدة الإجرائية الوحيدة التي يتطلب فيها التماثل الجنسي بين القائم بالتفتيش والخاضع له.

٣ – تطلبت التشريعات الإجرائية في كل من: الإمارات، قطر، الكويت، السعودية حضور شهود من النساء أثناء تفتيش الإناث.

٤ – نظراً لاتساع نطاق حرمة الأنثى في مختلف التشريعات تورد بعض التشريعات ضوابط يجب مراعاتها أثناء تفتيش الإناث، هذه الاستثناءات أصبحت قواعد يتناولها الفقهاء القانونيون في دراساتهم، وهي استثناءات تمليها الضرورة الإجرائية ضمن ضابط عدم المساس بجزء من جسم الأنثى يشكل عورة، هذه الاستثناءات بضوابطها يمكن إعمالها عند تفتيش الذكور بمعرفة الإناث.

ثانياً – التوصيات:

١ – النص على قاعدة تفتيش الشخص بمعرفة شخص من جنسه، فتشمل القاعدة الذكر والأنثى؛ فالأنثى لا تفتَّش إلَّا بمعرفة أنثى، والذكر لا يفتَّش إلَّا بمعرفة ذكر،

فحياء الأنثى يُخدش إذا تمَّ تفتيشها بمعرفة ذكر، أو إذا قامت هي بتفتيش ذكر، كما أن من حق الذكر أن يتم تفتيشه بمعرفة ذكر؛ تكريساً لقاعدة المساواة في الإجراءات الجنائية.

٢ – أن ينص في التشريعات الإجرائية العربية على أنَّه إذا استلزم التفتيش خبرة طبية أن يتم تفتيش أي شخص بمعرفة طبيب من جنسه، فتقوم بتفتيش الإناث طبيبة، ويقوم بتفتيش الذكور طبيب، وقد نصَّت على ذلك تشريعات أجنبية، على أننا في البلاد العربية والإسلامية أولى بإعمال ذلك؛ حفاظاً على الحياء العام.

٣ – النص على قاعدة حضور أشخاص كشهود على عملية تفتيش الأشخاص سواء أكانوا من الذكور أم من الإناث، وأن يكون هؤلاء الأشخاص من نفس جنس الشخص المراد تفتيشه، بحيث يتم تفتيش الإناث بحضور شهود من الإناث، ويتم تفتيش الذكور بحضور شهود من الذكور، وأن ينبه الشهود إلى ضرورة مراقبة التفتيش، وأنَّ لهم الحق في إبداء ملاحظاتهم، وإذا لم يكن بميسور القائم بالتفتيش إجراء التفتيش، بحضور الشهود، فإن التفتيش يجري بمعزل عنهم، على أن يكون القرار مسبباً.

٤ – النص على عدم جواز التفتيش الجسدي للأشخاص في مكان عام، وتطلّب مراعاة الخصوصية أثناء التفتيش.

المراجع

أولاً- المراجع العربية:

- أحمد عوض بلال: **الإجراءات الجنائية المقارنة والنظام الإجرائي في المملكة العربية السعودية**، دار النهضة العربية (القاهرة)، ط١٩٩٠.
- أحمد فتحي سرور: **نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية**، دار النهضة العربيّة (القاهرة)، ط١٩٥٩.
- إدوار غالي الذهبي: **الإجراءات الجنائيّة في التشريع المصري**، مكتبة غريب (القاهرة)، ط٢، ١٩٩٠.
- حسن جوخدار: التفتيش القضائي في مرحلة التحقيق الابتدائي، **مجلة الشريعة والقانون**، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة ٢١، **العدد ٣١٢**، يوليو ٢٠٠٧م
- رؤوف عبيد: **مبادئ الإجراءات الجنائية**، دار الجيل (القاهرة)، ط١٦، ١٩٨٥م.
- سامي الحسيني: النظرية **العامة للتفتيش في القانون المصري والمقارن**، دار النهضة العربية (القاهرة)، ط١٩٧٢.
- صالح عبد الزهرة الحسون: **أحكام التفتيش وآثاره في القانون العراقي "دراسة مقارنة"**، ط ١٩٧٩.
- صلاح الدين جمال الدين: **الطعن في إجراءات التفتيش**، ط١، دار الفكر الجامعي (الإسكندرية)، ٢٠٠٥.
- عبد الرَّحمن محمَّد العيسوي: **سيكولوجية الاحتشام عند الذكر والأنثى**، الدار الجامعية، بيروت، ط١، ١٩٩٢م.
- عبد المهيمن بكر: **إجراءات الأدلة الجنائية**، ج١، في التفتيش، ط١، ١٩٩٦-١٩٩٧م.
- عبد الوهاب عمر البطراوي: **شرح قانون الإجراءات الجنائية**، جامعة العلوم التطبيقية (البحرين)، ط١، ٢٠٠٧م.
- عمر السعيد رمضان: **مبادئ الإجراءات الجنائيّة**، دار النهضة العربية (القاهرة)، ط ١٩٩٣.
- قدري عبد الفتاح الشهاوي: **ضوابط التفتيش في التشريع المصري والمقارن**، منشأة المعارف (الإسكندرية)، ط٢٠٠٤.

- كامل السعيد: **شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية**، دار الثقافة (عمان)، ط١، ٢٠٠٥.
- مأمون سلامة: **الإجراءات الجنائية في التشريع المصري**، دار الفكر العربي (القاهرة)، ١٩٨٨.
- محمَّد أبو العلا عقيدة: **شرح قانون الإجرءات الجنائية**، ط١، دار الفكر العربي (القاهرة)، ط ١٩٩٨.
- محمَّد الجبور: **الاختصاص القضائي لمأمور الضبط**، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨١م.
- محمَّد سعيد نمور: **أصول الإجراءات الجزائية**، دار الثقافة (عمان)، ط١، ٢٠٠٥م.
- محمَّد عبد الحكيم القاضي: **اللِّباس والزِّينة في السنَّة المطهَّرة**، دار الحديث (القاهرة)، ط١، ١٩٨٩م.
- محمود محمود مصطفى: **الإثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن**، ج٢، ط١، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨م.
- محمود نجيب حسني: **الدستور والقانون الجنائي**، دار النهضة العربية (القاهرة)، ط ١٩٩٢.
- محمود نجيب حسني: **شرح قانون الإجراءات الجنائية**، دار النهضة العربية (القاهرة)، ط١٩٨٨.
- مهديّة شحادة الزميلي: **لباس المرأة وزينتها في الفقه الإسلامي**، دار الفرقان،(عمان) ط٢، ١٩٨٤م.
- نبيل مدحت سالم، **شرح قانون الإجرءات الجنائية، المدخل وأصول النظرية العامة**، دار الثقافة الجامعية (القاهرة)، ط ١٩٩٦.
- هلالي عبداللاة: **المركز القانوني للمتَّهم في مرحلة التحقيق الابتدائي "دراسة مقارنة"**، دار النهضة العربيّة (القاهرة)، ط١٩٨٩م.
- يوسف القرضاوي: **الحلال والحرام في الإسلام**، المكتب الإسلامي (دمشق)، ط٧، ١٣٩٣هـ/١٩٧٣م.
- يوسف شحادة: **الضابطة العدليّة علاقتها بالقضاء ودورها في سير العدالة الجزائيّة "دراسة مقارنة"**، ط١٩٩٩م، بيروت.

ثانياً- المراجع الأجنبية:

- Chambon (P): Le juge d'instruction théorie et pratique de la procédure 2éd, Dalloz 1980.
- Christopher (J.E): A Practical Approach to Criminal Procedure, 2nd Ed., London, 1983, p. 354.
- David J. Stollman, JORDAN v. GARDNER: Female Prisoners Right to be Free from Random, Gross-Gender Clothed Body Searches, (1994) Fordham Law Rev. vol. 62.
- Hampton (c): Criminal Procedure, 3ed, London, 1982.
- Michael (G), Clair (A): Legal Aspects of Corrections Management, Second edition, Canada, 2005.
- NewBurn (T), Shiner (M), Mayman (S): Strip Search and the Treatment of Suspects in Custody, British Journal of Criminology, V. 41, 2000.
- Sandra (K): Police Women Life with the Badge, New York, 2005.
- Karoline E.Jaactson. The legitinacy of cross Gender search and surveillance in prison Defining and uniform Review. Indiana Law journal (Vol.37 1998).