



جامعة عجمان
AJMAN UNIVERSITY

مجلة العلوم القانونية

Email: lawmagazine@ajman.ac.ae

السنة السادسة - العدد الحادي عشر - يناير 2020

مجلة دورية علمية محكمة تعنى بالدراسات الشرعية والقانونية والاقتصادية

إدارة الجودة الشاملة في المؤسسات القضائية

التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة - دراسة مقارنة

التكييف القانوني للعلاقة العقدية بين الطبيب والمريض - دراسة تحليلية مقارنة بالفقه الإسلامي

الحماية الجنائية للمحرمات الرسمية والأختام الحكومية من التقليد أو التزوير - دراسة تحليلية في التشريعين المصري والإماراتي

الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التدليلية في القانون الإماراتي والمقارن

الإطار القانوني لاستخدام التقنيات الطبية المساعدة على عمليات التلقيح الاصطناعي وفقاً للتشريع البحريني رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٧ - دراسة تحليلية

تصدر عن كلية القانون - جامعة عجمان - دولة الإمارات العربية المتحدة

ص:ب: ٣٤٦ عجمان، الإمارات العربية المتحدة هاتف: ٠٩٧١٦٧٠٠٥١١٣١ أو ٠٩٧١٦٧٠٠٥١٣٢٥ فاكس: ٠٩٧١٦٧٠٠٥٢٢٧٠

ثمن العدد:

داخل الإمارات: عشرون درهماً

دول الخليج:

السعودية: عشرون ريالاً، قطر: عشرون ريالاً، الكويت: ديناران، البحرين: ديناران، عُمان: ريالان

الوطن العربي:

سبعة دولارات أمريكية أو ما يعادلها

الدول الأجنبية:

عشر دولارات أمريكية أو ما يعادلها

الاشتراك السنوي للمجلة:

نوع الاشتراك	الإمارات	الدول العربية	الدول الأجنبية	مدة الاشتراك
أفراد	35 درهما	40 درهما	20 دولار	سنة واحدة
مؤسسات	60 درهما	50 درهما	25 دولار	سنة واحدة

يُدفع الاشتراك بإحدى الطرق الآتية:

1 - شيك مصرفي لصالح مجلة العلوم القانونية مسحوب على أحد المصارف العاملة في دولة الإمارات العربية المتحدة.

2 - تحويل مصرفي لحساب كلية القانون - جامعة عجمان - دولة الإمارات العربية المتحدة.

رقم الحساب (IBAN) : AE170330000010493141592

سويفت كود BOMLAEAD: ويرسل صورة من إيصال التحويل إلى المجلة.

تصدر عن كلية القانون - جامعة عجمان - دولة الإمارات العربية المتحدة

قال تعالى:

إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ
النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ
كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا

صدق الله العظيم

(سورة النساء: 58)

دولة الإمارات العربية المتحدة - جامعة عجمان - كلية القانون
مجلة علمية مُحَكَّمة " نصف سنوية " تهتم بنشر الدراسات القانونية والشرعية
السنة السادسة - العدد الحادي عشر - شهر يناير
الترقيم الدولي: ISSN: 2707 - 1081 / E - ISSN: 2707 - 1073

توجه جميع المراسلات والبحوث على العنوان التالي:

أمين تحرير مجلة العلوم القانونية

جامعة عجمان - دولة الإمارات العربية المتحدة

ص، ب، 346 عجمان - دولة الإمارات العربية المتحدة

الهاتف: 00971-6-7056331

الفاكس: 00971-6-7056270

البريد الإلكتروني: lawmagazine@ajman.ac.ae

موقع المجلة على شبكة الانترنت: law. ajman.ac.ae

تصدر عن كلية القانون - جامعة عجمان - دولة الإمارات العربية المتحدة

الهيئة الاستشارية للمجلة

القاضي الدكتور / عبد الوهاب عبدول
رئيس المحكمة الاتحادية العليا السابق – الإمارات
معالي الأستاذ الدكتور / أحمد جمال الدين موسى
أستاذ الاقتصاد بكلية الحقوق – جامعة المنصورة
وزير التعليم السابق

الأستاذ الدكتور / رفعت العوضي
رئيس مكتب هيئة الإعجاز العلمي بالقاهرة التابع
لمنظمة المؤتمر الإسلامي
الأستاذ الدكتور / محمد المرسى زهرة
أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق – جامعة عين
شمس
العميد السابق لكلية الشريعة والقانون – جامعة
الإمارات العربية المتحدة

الأستاذ الدكتور / جاسم الشامسي
عميد كلية القانون – جامعة الإمارات العربية
المتحدة
القاضي الدكتور / جمال السميطي
مدير عام معهد دبي القضائي

هيئة التحرير

رئيس التحرير
د. عبد العزيز الحسن
نائب رئيس التحرير
د. نجلاء فليح
أمين التحرير
د. بيبير مالبه

أهداف مجلة العلوم القانونية

أهداف المجلة:

تسعى مجلة العلوم القانونية إلى تحقيق عدة أهداف، أهمّها:

- 1- تعميق المعرفة بأحكام الشريعة الإسلامية والتشريعات القانونية والاقتصادية على المستوى المحلي والإقليمي والدولي.
- 2- تنمية القدرات على البحث القانوني لدى المشتغلين بالقانون داخل الدولة وخارجها.
- 3- التعاون مع كليات القانون والشريعة على المستوى المحلي والإقليمي والدولي.
- 4- تدعيم أوامر التواصل مع كافة الأجهزة الحكومية والهيئات والمؤسسات العامة والخاصة العاملة في المجال القانوني.
- 5- تقديم العون للجهات القضائية من خلال التعليق على الأحكام والمبادئ القضائية وتحليلها.

اهتمامات المجلة:

تُعنى المجلة بنشر البحوث العلمية الرصينة في مجالات التخصص المختلفة (الشريعة والقانون والاقتصاد والمالية والإدارة العامة) والتي من شأنها أن تسهم في رقي المجتمع حضارياً والمحافظة على هويته العربية والإسلامية، وتعزيز مبدأ سيادة القانون.

قواعد النشر في المجلة:

- 1- تعهّد من الباحث بأنّ البحث لم يسبق نشره وأنه يلتزم بالمبادرة بإخطار المجلة في حالة تقديم البحث للنشر في مجلة أخرى طالما لمّا تبدّ المجلة رأيها في البحث.
- 2- لا يجوز نشر البحث في مجلة أخرى أو مؤتمر أو ندوة علمية أو بأي وسيلة أخرى بعد قبوله للنشر في المجلة إلّا بعد الحصول على إذن كتابي من مدير التحرير.
- 3- أن يلتزم الباحث بالمنهجية العلمية والتوثيق العلمي لمادة البحث، وأن يتسم البحث بالأصالة والإضافة للمعرفة القانونية.

- 4- ألا يكون البحث مستلاً من رسالة علمية (ماجستير أو دكتوراه) نال بها الباحث درجة علمية، أو منشوراً من قبل بأية صورة من صور النشر.
- 5- ألا يتجاوز حجم البحث أربعين صفحة بما فيها قائمة المراجع وملخص البحث باللغتين العربية والإنجليزية.
- 6- تُقدّم البحوث مطبوعة بخط Simplified Arabic وتكتب العناوين الرئيسة والفرعية بالخط الأسود العريض بحجم (16)، وحجم (14) للنصوص في المتن، وبحجم (10) للهوامش في أسفل كل صفحة، ويكتب البحث على وجه واحد، مع ترك مسافة 1.15 بين السطور. وينبغي مراعاة التصحيح الدقيق في جميع النسخ.
- 7- تكون الحواشي 2.5 سم على جوانب الصفحة الأربعة.
- 8- أن يُراعى في الهوامش والترقيم والتواريخ وذكر المراجع والمؤلفين الآتي:
 - أ. أن تكون الإشارة إلى صفحات المصادر والمراجع في الهامش وليس في صلب البحث.
 - ب. أن ترقم هوامش كل صفحة على حده، ويُراعى في الترقيم الأرقام المتعارف عليها في الأسلوب العربي.
 - ج. عند ذكر الأعلام والمؤلفين يذكر اسم الشخص أولاً ثم اسم أبيه وجده ثم لقبه.
 - د. تثبت المصادر والمراجع العلمية ومؤلفوها في نهاية البحث بالترتيب الأبجدي، مع بيانات الطباعة والنشر.
- 9- يُقدّم البحث إلى المجلة بصيغة (word).
- 10- يُقدّم الباحث موجزاً لسيرته العلمية في حدود عشرة سطور في صفحة مستقلة، تتضمن: الاسم، وجهة عمله، ورتبته العلمية، وأهم أبحاثه، مع صورة شخصية حديثة.
- 11- يرسل الباحث ملخصاً لبحثه في حدود صفحة واحدة باللغتين العربية والإنجليزية على أن يتضمن الملخص عنوان البحث وأن يكون الملخص جزءاً من جسم البحث وليس منفصلاً عنه.
- 12- يتم عرض البحث على محكمين متخصصين من ذوي الكفاءة ممن يقع عليهم اختيار هيئة تحرير المجلة.
- 13- تُخطر المجلة أصحاب البحوث المقدّمة بموقفها من نشر بحوثهم على النحو التالي:

أ. يُخَطَّر أصحاب البحوث الواردة بوصولها إلى المجلة خلال أسبوع من تاريخ الوصول.
ب. يخطر أصحاب البحوث المقبولة بإجازة بحوثهم للنشر.
ج. في حالة وجود ملاحظات على البحث، يُعاد البحث لمؤلفه لاستيفاء هذه الملاحظات ليكون صالحاً للنشر.

د. يقوم الباحث بإرفاق تقرير مفصل عن التعديلات المطلوبة التي تم القيام بها، مع أهمية وضع خط تحت الإجراء المعدل على متن البحث وبلون مختلف، وذلك حتى يسهل على المحكم التحقق معها، وبيان مدى مطابقتها مع التعديل المطلوب. مع احتفاظ هيئة تحرير المجلة بالتحقق من مدى المطابقة ما بين ملاحظات المحكم المقترحة وتعديلات الباحث.

14- يُعْتَدَر للباحث الذي لم توافق لجنة المحكمين على نشر بحثه دون الالتزام بإبداء الأسباب.
15- تحتفظ المجلة بكافة حقوق النشر.

16- تقدّم البحوث بإحدى اللغات الآتية: العربية أو الإنجليزية أو الفرنسية.

17- يجب ضبط النصوص الشرعية بشكل كامل.

18- أبواب المجلة مفتوحة للنشر لجميع أعضاء الهيئة التدريسية في كليات القانون، وأكاديميات الشرطة، ومراكز البحث العلمي القانوني.

19- إعمالاً لمبدأ حرية الرأي ونسبته لصاحبه، فإنّ ما يطرح من آراء في البحوث المنشورة بالمجلة، إنّما تعبّر عن وجهة نظر صاحبها، ولا تعبّر عن رأي المجلة أو الجامعة، ولا تكون مسؤولة عن تبعاتها.

آلية التحكيم والنشر في المجلة:

تخضع البحوث المقدّمة إلى مجلة العلوم القانونية لتقييم موضوعي، يقوم على مراحل ثلاث:

المرحلة الأولى: مرحلة استلام البحث:

يكون استلام البحث من خلال البريد الإلكتروني للمجلة، ويتم تبليغ الباحث باستلام المجلة للبحث، عن طريق رسالة إلكترونية على بريد الباحث، في مدة أقصاها أسبوع من تاريخ استلام البحث، ثم تبدأ بعد ذلك عملية مسح أولي للبحث، للتأكد من أنّ البحث مطابق لشروط النشر المعمول بها في المجلة، وكذلك التأكد من أنّ الباحث قد قام بملء جميع النماذج المطلوب تقديمها مع البحث، كنموذج إقرار الملكية الفكرية، والتعهد بأن

البحث غير منشور بمجلة علمية أخرى، أو غير مسئل من رسالة جامعية.. الخ، ثم يتم بعد ذلك عرض البحث على برنامج كاشف "الاقتباسات" العلمية، للتأكد من مدى الأمانة العلمية.

المرحلة الثانية: مرحلة التحكيم: تتألف من خطوتين:

الخطوة الأولى:

يتم في هذه الخطوة عرض البحث (على نحو سري) على محكمين متخصصين من ذوي الكفاءة والخبرة في المواضيع التي تتعلق بالبحوث. ويلتزم المحكم بفحص البحث وتعبئة نموذج التحكيم واستمارة التقييم، خلال عشرين يوماً من تاريخ إرسال البحوث إليه.

الخطوة الثانية: قرار هيئة تحرير المجلة:

تقرر هيئة تحرير المجلة قبول البحث أو رفضه، بناء على نتائج تقييم المحكمين، وفي حال اختلاف تقييم المحكمين، بأن جاء أحدهما بالقبول، وجاء الآخر بالرفض، يتم إرسال البحث إلى محكم ثالث مرجح.

المرحلة الثالثة: مرحلة النشر:

إذا ما تمّ قبول البحث للنشر، يتم نشر نسخة إلكترونية منه على الموقع الإلكتروني للمجلة. أما النسخة الورقية، فيتم نشرها في العدد التالي من المجلة، ويتم إرسال إشعار للباحث بنشر البحث، وعند النشر يحق للباحث الحصول على عدد واحد من المجلة وعلى خمس نسخ مسئلة من بحثه مع العلم بأن المجلة تراعى في أولوية النشر ما يأتي:

- البحوث المرتبطة بقضايا المجتمع الإماراتي.
- تاريخ وصول البحث لرئيس تحرير المجلة.
- تنوع موضوعات البحوث.

كلمة العدد

الحمد لله رب العالمين، نحمده سبحانه، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، سيدنا محمد، اللهم صلي وسلم وبارك عليه.

فإنه ليسرُ كلية القانون في جامعة عجمان أن تضع بين أيدي الباحثين والقراء العدد الحادي عشر من مجلة العلوم القانونية، حيث جاء هذا العدد حافلاً بالمواضيع في مجالات القانون والاقتصاد والإدارة التي تخدم في مجملها قضايا العلم والمجتمع. وسيجد القارئ العزيز في طيات هذا العدد الجديد من المجلة ستة بحوث قيّمة في مجالات القانون والاقتصاد والإدارة، حيث جاء البحث الأول بعنوان: إدارة الجودة الشاملة في المؤسسات القضائية للأستاذ الدكتور محمد الحسين، أما البحث الثاني فقد كان بعنوان: " التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة: دراسة مقارنة للدكتور مؤيد أحمد عبيدات، بينما جاء البحث الثالث بعنوان: التكيف القانوني للعلاقة العقدية بين الطبيب والمريض دراسة تحليلية مقارنة بالفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، ويأتي بعد ذلك البحث الرابع الموسوم بـ: الحماية الجنائية للمحررات الرسمية - والأختام الحكومية من التقليد أو التزوير - دراسة تحليلية في التشريع المصري والإماراتي للدكتور عصام الدين عبدالعال السيد. في حين أن البحث الخامس كان بعنوان: الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التدليلية في القانون الإماراتي والمقارن للدكتور عبد العزيز الحسن. أما البحث السادس فقد جاء بعنوان: الإطار القانوني لاستخدام التقنيات الطبية المساعدة على عمليات التلقيح الاصطناعي وفقاً للتشريع البحريني رقم 26 لسنة 2017 - دراسة تحليلية للدكتور أحمد رشاد الهواري.

وأخيراً، لا يفوتنا أن نشكر أعضاء هيئة تحرير المجلة والهيئة الاستشارية والمدقق اللغوي والمسؤولين عن التنسيق والطباعة على جهودهم التي بذلوها من أجل إخراج هذا العدد إلى النور.

رئيس التحرير

د. عبد العزيز الحسن

المحتويات

الموضوع	الصفحة
إدارة الجودة الشاملة في المؤسسات القضائية أ. د. الدكتور محمد الحسين.	١
التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة - دراسة مقارنة د. مؤيد أحمد عبيدات.	٦٧
التكييف القانوني للعلاقة العقدية بين الطبيب والمريض دراسة تحليلية مقارنة بالفقه الإسلامي أ. د. حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد.	١٢٠
الحماية الجنائية للمحررات الرسمية والأختام الحكومية من التقليد أو التزوير دراسة تحليلية في التشريعين المصري والإماراتي د. عصام الدين عبدالعال السيد.	١٨٣
الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التدليلية في القانون الإماراتي والمقارن د. عبد العزيز الحسن.	٢٥٧
الإطار القانوني لاستخدام التقنيات الطبية المساعدة على عمليات التلقيح الاصطناعي وفقاً للتشريع البحريني رقم 26 لسنة 2017 - دراسة تحليلية د. أحمد رشاد الهواري.	٣٢٢

إدارة الجودة الشاملة في المؤسسات القضائية

الأستاذ الدكتور محمد الحسين

أستاذ الإدارة العامة في كلية القانون

بجامعة عجمان - دولة الإمارات العربية المتحدة

Total quality management in judicial institutions

Professor. Muhammad Al-Hussein

Professor of Public Administration at the College of Law

Ajman University - United Arab Emirates

الملخص

إن فلسفة إدارة الجودة الشاملة منذ ظهورها قبل 4 عقود ونيف انتشرت تطبيقها على نطاق واسع في منظمات الأعمال، وأنها أسهمت في تحقيق نتائج هامة للغاية من أهمها:

أولاً- أنها حققت رضا العملاء في حصولهم على منتج (سلعة أو خدمة) مطابق للمواصفات ومحقق لتوقعاتهم ورضاهم أيضاً على خدمات البيع وما بعد البيع.

ثانياً- أنها حققت رضا أصحاب المنظمات (المساهمين) في تحسين الوضع التنافسي للمنظمة وزيادة الإنتاجية والكفاءة، وبالتالي زيادة الأرباح.

ثالثاً- أنها حققت رضا الموظفين في المنظمة لأنهم شاركوا بفاعلية في وضع الأهداف والسياسات والمعايير وأن تحقيق أهداف المنظمة انعكست إيجابياً عليهم فتحققت أهدافهم الخاصة.

بالمقابل فإن منظمات في الإدارة العامة (الدوائر الحكومية ومؤسسات القطاع العام) تأخرت عدة سنوات حتى شرعت في تطبيقها ومع ذلك حققت زيادة في الفعالية والكفاءة واستغلال الموارد بشكل أفضل، وبنفس الوقت أسهمت في تحقيق رضا المتعاملين، وفي الإدارة القضائية _التي تمثل فرعاً مستقلاً من الإدارة العامة_ فإن تطبيق إدارة الجودة الشاملة في المؤسسات القضائية لم يلقى ذات الحماس لتطبيقه في فروع الإدارة العامة الأخرى، ناهيك عن المقارنة مع منظمات الأعمال، وإن السبب الرئيس في ببطء تطبيقها في القضاء يتمثل في خوف القضاة والموظفين القضائيين على وجه الخصوص من أن تطبيقها قد يؤثر سلباً على السلطات الممنوحة لهم.

Abstract

There is no doubt that the Total Quality Management (TQM) was a successful manner through the results of its application in the last four decades in business where it contributed to achieving significant results:

- 1) It achieved customer satisfaction in the product (good or service) that conforms to the specifications and meets their expectations and satisfaction.
- 2) It has achieved the satisfaction of the owners (shareholders) in improving the competitive position, increasing productivity and efficiency, thereby profits.
- 3) It achieved the satisfaction of the employees because they were actively involved in setting objectives and policies and that the achieving of the organization's objectives was positively reflected on them and achieved their own goals.

In Public Administration, TQM have achieved increased efficiency and better resource utilization, while contributing to the satisfaction of clients.

المقدمة

إن الجودة بمفهومها العام أضحت خياراً استراتيجياً تعمل كافة المؤسسات على اعتماده وتوسيع آفاق استخدامه، فالجودة مفهوم ينطور مع تطور الحياة وتطور احتياجات ورغبات العملاء، ففي البداية كانت الجودة تعني منتج خالٍ من العيوب في صنعه، وفي مرحلة لاحقة توسع مفهوم الجودة ليشمل كافة أنشطة المؤسسة ما يؤدي إلى ترسيخ نظام جودة شامل لا ينتج سوى المنتجات أو الخدمات التي تتوفر فيها خصائص الجودة، واليوم فإن المؤسسات بمختلف أنواعها خاصة أم عامة إنتاجية أم خدمية تبحث عن التميز المؤسسي *Institutional Excellence* الذي هو مرحلة متطورة من نظام الجودة الشاملة.

إن معايير الجودة يتم اشتقاقها ولورتها انطلاقاً من رغبات وتوقعات العملاء، فالجودة التي لا تحقق رضا العملاء لا تعد جودة بل هي إضاعة للوقت والمال، كما أن العملاء لم يعودوا يقبلون بأي منتج يقدم لهم ولا يحقق رغباتهم طالما أن البدائل متوفرة في ظل أسواق تنافسية ومفتوحة.

إن إدارة الجودة الشاملة كفلسفة إدارية جديدة ظهرت في ثمانينيات القرن 20 وكانت بدايات تطبيقها في مؤسسات الأعمال وفي العقد التالي بدأ تطبيقها في المؤسسات العامة (الإدارات الحكومية ومؤسسات القطاع العام) ومن ضمنها المؤسسات القضائية.

واليوم وبعد مضي ما يقارب ثلاثة عقود على البدايات الأولى لتطبيقها في الإدارة القضائية فقد تمكنت معظم المؤسسات القضائية (المحاكم على وجه الخصوص) في الدول المتقدمة من تطبيقها ونجحت بتقديم خدمات العدالة بطريقة جيدة حازت على ثقة الجمهور، بالمقابل فإن تطبيقها في مؤسسات القضاء في الدول النامية يسير ببطء وتعرضه صعوبات لعل من أبرزها: عدم فناعة الإدارات القضائية، وخوف القضاة من أن تطبيقها قد يمس سلطاتهم، وضعف الاعتمادات المالية المخصصة للنظام القضائي في الميزانية العامة للدولة.

إن تطبيق الجودة الشاملة ممكن وضروري في المحاكم ولا يوجد سبب أساسي يؤخر ذلك عندما تتوفر الإرادة والنية الصادقة لدى الإدارات القضائية، وعندما تقتنع السلطة التنفيذية بتخصيص الاعتمادات المالية الكافية لمؤسسات القضاء.

إن من بين العوامل الحاسمة في تحقيق الجودة في الخدمة القضائية هو توفير نظم تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، ونظم معلومات قضائية، وهو أمر ليس من الصعوبة بمكان توفيره حيث أن ثورة المعلومات

إدارة الجودة الشاملة في المؤسسات القضائية

والاتصالات والانترنت ووسائل التواصل الاجتماعي توفر تسهيلات هائلة يمكن تسخيرها لتحسين جودة الخدمة القضائية.

تعد دولة الإمارات العربية المتحدة من الدول التي استطاعت أن تحقق مستويات عالية لجودة الخدمة القضائية بعد أن وفرت كل مستلزمات ذلك سواء من حيث الاعتمادات المالية، أو إدماج تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في مختلف الأنشطة القضائية، وكذلك توفير العدد الكافي من القضاة وتأهيلهم وتحفيزهم، وبذلك حصلت محاكم الدولة على أفضل الجوائز العالمية في الأداء والجودة والتميز المؤسسي.

أهمية البحث

لا شك أن اعتماد إدارة الجودة الشاملة في مؤسسات الأعمال قد حقق نتائج إيجابية والدليل على ذلك سرعة واتساع نطاق اعتمادها، وفي مرحلة تالية بدأت مؤسسات الإدارة العامة بتطبيقها، لكن هذا الحماس في تطبيقها في المؤسسات القضائية يبدو أقل من باقي أنواع المنظمات، لذلك يأتي هذا البحث في إطار البحث عن آفاق تطبيق هذه المنهجية الإدارية الناجحة في مؤسسات العدالة وتسليط الضوء على مستلزمات النجاح وكذلك المعوقات التي سوف تواجه التطبيق.

أهداف البحث

إن البحث يهدف فيما يهدف إلى تحقيق أهداف عدة من أهمها:

1. تسليط الضوء على ماهية إدارة الجودة الشاملة؛ من حيث مفهومها وتاريخها وأهميتها والفوائد والمزايا التي تحققت من تطبيقها.
2. استعراض مضامين الإدارة القضائية، وكذلك استعراض المبادرات الدولية في مجال تحديث الإدارة القضائية.
3. تقديم تصور لتطبيق إدارة الجودة الشاملة في المؤسسات القضائية وخاصة في إدارة المحاكم.

مشكلة البحث

ثمة أسباب تحول دون الحماس إلى تطبيق فلسفة إدارة الجودة الشاملة في مؤسسات القضاء وخاصة في الدول النامية، فالبعض يرى أن تطبيقها قد لا يناسب القضاء لأنه قد يمس استقلال وسيادة القضاء ويؤثر على سلطة القضاء، والبعض الآخر يرى السبب في قلة الاعتمادات المخصصة في الميزانية العامة للدولة.

إن البحث يسعى لاستيضاح هذه الأسباب وغيرها التي تؤخر أو على الأقل تُبطئ في تطبيق الجودة الشاملة في مؤسسات العدالة (وخاصة المحاكم)، لذلك فإن البحث سوف يعمل على الإجابة على التساؤلات الآتية:

1. هل أن تطبيق إدارة الجودة الشاملة ممكن في المحاكم؟ وماهي مستلزمات تطبيقها ونجاحها؟
2. ما هو السبب الرئيس لبطء التطبيق فهل هو: عدم قناعة الإدارة القضائية، أم خوف القضاء على سلطاتهم، أم نقص التمويل، أم ضعف مستوى التكنولوجيا؟
3. هل إن المبادرات الدولية والاقليمية الهادفة لتحديث الإدارة القضائية وتحسين جودة الخدمة القضائية ممكنة التطبيق في محاكم الدول النامية؟

منهج البحث

سوف يستخدم الباحث المنهج الوصفي لتسليط الضوء على إدارة الجودة الشاملة وعلى الإدارة القضائية، كما سوف يستخدم المنهج التحليلي الاستنباطي للبحث في آفاق تطبيق إدارة الجودة الشاملة في المؤسسات القضائية، كما سوف يتم استخدام المنهج المقارن لغاية إجراء بعض المقارنات في استعراض محاولات بعض الأجهزة القضائية لتطبيقها.

مصطلحات البحث: إدارة الجودة الشاملة، المؤسسات القضائية، الإدارة القضائية، إدارة المحكمة، حوكمة المحكمة، المحكمة المتميزة، مدير المحكمة، نظم المعلومات القضائية JIS.

مخطط البحث

المبحث الأول: ماهية إدارة الجودة الشاملة

المبحث الثاني: تحديث الإدارة القضائية

المبحث الثالث: إدارة الجودة الشاملة في المحاكم

المبحث الأول: ماهية إدارة الجودة الشاملة

تعود بدايات الجودة الشاملة إلى خمسينيات القرن 20 ولكن إدارة الجودة الشاملة كمنهج إداري متكامل لم تتبلور إلا بعد ثلاثة عقود ونيف، ومنذ ذلك الحين فقد جرى تطبيقها على نطاق واسع وخاصة في مؤسسات الأعمال، وكانت النتائج المتحققة من اتباعها كبيرة وهامة للغاية، ولاحقاً بدأت مؤسسات الإدارة العامة ومؤسسات القطاع العام والمؤسسات القضائية السير في تطبيق مبادئ الجودة الشاملة.

تعد المؤسسات القضائية من أقل المؤسسات التي بادرت لتطبيق الجودة الشاملة على الرغم من أن قطاعات عديدة في الإدارة العامة طبقتها مثل المؤسسات الصحية والتعليمية والدوائية والنقل والسياحة وحتى الإدارات الحكومية.

انطلاقاً من ذلك فقد قمنا بتقسيم المبحث إلى مطلبين اثنين وفق المضمون الآتي:

المطلب الأول: مفهوم وتطور وأهمية إدارة الجودة الشاملة

المطلب الثاني: المتطلبات العملية لتطبيق إدارة الجودة الشاملة

المطلب الأول: مفهوم وتطور وأهمية إدارة الجودة الشاملة

بغية استعراض ماهية إدارة الجودة الشاملة فإننا سوف نعمل على تبيان: مفهوم الجودة بشكل عام ومن ضمن ذلك مفهوم الجودة والعدل في العقيدة الإسلامية، ثم مفهوم ونشأة وأهمية إدارة الجودة الشاملة.

الفرع الأول: مفهوم الجودة

إن من المتعارف عليه أن الجودة Quality تعني النوعية الجيدة للمنتوج سلعة كانت أم خدمة، أو هي تعبير عن الإتيان في صنع المنتوج.

لقد تطور نطاق الجودة مع الزمن، ففي السابق كانت الجودة تعني أن المنتوج خالٍ من العيوب في إنتاجه، لكن العقود الأخيرة امتد نطاق الجودة ليشمل سلسلة طويلة من المحطات تبدأ من شراء المواد الأولية أو نصف المصنعة اللازمة لتصنيع السلعة، ثم عمليات إنتاجها، ثم نقلها وتوزيعها وظروف تقديمها إلى المستهلك وما بعد ذلك (خدمات ما بعد البيع)، أي أنه لم يعد يكفي أن يكون المنتج (سلعة كانت أم خدمة) جيد المواصفات ومُتقن؛ بل ينبغي أن يكون مصنعاً من مواد جيدة ويتم عرضه بطريقة صحيحة أي عدم التضليل بشأنه (الممارسة الأخلاقية)، ثم لابد أن يقدم إلى المستهلك بطريقة لبقة وتشعره بالرضا.

كما أن نطاق الجودة قد اتسع فلم يعد يقتصر على جودة السلع المادية، بل امتد ليشمل ناتج قطاع الخدمات مثل المستشفيات، المصارف، النقل، الفنادق، المؤسسات التعليمية، المؤسسات القضائية، وغيرها. ففي مجال القضاء، لا يكفي أن يكون القاضي عادلاً في حكمه _ على أهمية ذلك _ لكن حتى نقول إن الجودة القضائية متوافرة ينبغي عدم التأخير في البت في الدعوى، وأن يكون القاضي لبقاً ويحترم انسانية المتهم، ناهيك عن نزاهة وحيادية وشفافية القضاء.

هذا يعني أن نطاق الجودة اتسع كثيراً لدرجة أصبح من الصعب حصره في كلمة واحدة، فعندما تم طرح سؤال على أبو الجودة وأحد روادها الكبار وهو ادوارد ديمينج Edwards Deming عن تعريف الجودة أجاب بأنه لا يعرف وذلك بسبب اتساع معناها.

في العقيدة الإسلامية فإن مفهوم الجودة والعدالة في مرفق العدالة كان حاضراً في كثير من مضامين آيات القرآن الكريم، وأنه ارتبط بمفردات ومفاهيم عديدة مثل:

الإتقان، العمل الصالح، النية الطيبة، عدم الغش، الإحكام، الإحسان، الإصلاح، الاستقامة وغيرها.

فقد حثنا القرآن الكريم على الاتقان في جميع الأعمال، يقول الله سبحانه وتعالى:

” وَقُلْ اْعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ وَسَتُرَدُّونَ إِلَىٰ عَالِمِ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ فَيُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ “ (سورة التوبة، 105).

يقول تعالى ذكره لنبيه محمد صلى الله عليه وسلم: (قل) يا محمد، لهؤلاء الذين اعترفوا لك بذنوبهم..(اعملوا) لله بما يرضيه، من طاعته، وأداء فرائضه،(فسيرى الله عملكم ورسوله)، يقول: فسيرى الله إن عملتم عملكم، ويراه رسوله والمؤمنون، في الدنيا) ، وستردون(يوم القيامة، إلى من يعلم سرائركم وعلائنيكم، فلا يخفى عليه شيء من باطن أموركم وظواهرها، (فينبئكم بما كنتم تعملون) يقول: فيخبركم بما كنتم تعملون، وما منه خالصاً، وما منه رياءً، وما منه طاعةً، وما منه الله معصية، فيجازيكم على ذلك كله جزاءكم، المحسن بإحسانه، والمسيء بإساءته¹. والآية فيها أمر واضح بإتقان العمل وثواب العاملين يوم القيامة.

وقوله سبحانه وتعالى:

” إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ إِنَّا لَا نُضِيعُ أَجْرَ مَنْ أَحْسَنَ عَمَلًا “ (الكهف، 30)

¹ الطبري، ص 203

ومعنى قوله تعالى: إن الذين صدقوا الله ورسوله، وعملوا بطاعة الله، وانتهوا إلى أمره ونهيه، إنا لا نضيع ثواب من أحسن عملاً بل نجازيه بطاعته وعمله الحسن جنات عدن تجري من تحتها الأنهار². أما الإتقان وهو مرادف للجودة، لأن الإتقان في اللغة من أتقن الشيء أحكمه وإتقانه إحكامه، فالإتقان يعني الإحكام للأشياء³.

فالإتقان أحد مظاهر ومؤشرات الحكمة في العمل، والحكيم هو المتقن للأمور ومتقن للأشياء وحاذق، والإتقان بمعنى الإحسان والإحكام للشيء⁴، وحيث إن الجودة تعني إجادة العمل، والإتقان مفهوم يتضمن إحكام الشيء وإحسانه وأداء العمل بمهارة، وبذلك فإن الإتقان يمثل درجة عالية في الجودة. جاء في قوله تعالى:

"لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ" (التين، 4).

فهذا يدل على أن الإنسان أحسن خلق الله باطناً وظاهراً، جمال هيئته، ولذلك قالت الفلاسفة: إنه العالم الأصغر إذ كل ما في المخلوقات جُمع فيه⁵.

ولفت ربنا سبحانه وتعالى انتباه عباده إلى إتقان صنعته في خلقه بقوله:

"صُنْعَ اللَّهِ الَّذِي أَتَقَنَ كُلُّ شَيْءٍ إِنَّهُ خَبِيرٌ بِمَا تَفْعَلُونَ" (النمل، 88).

إن قوله تعالى: (صنع الله الذي أتقن كل شيء) أي: يفعل ذلك بقدرته العظيمة الذي قد أتقن كل ما خلق، وأودع فيه من الحكمة ما أودع، (إنه خبير بما تفعلون) أي: هو عليم بما يفعل عباده من خير وشر فيجازيهم عليه⁶.

أما السنة النبوية المطهرة فهي عامرة بالأحاديث التي تدعو إلى الإتقان في العمل وجودته والإحسان فيه جاء في الحديث الشريف: "إن الله يحب العامل إذا عمل أن يُتقن"⁷

² الطبري، ص 297.

³ ابن منظور، 2003، ج 3، 73.

⁴ القرطبي، 2002، ج 7: 17.

⁵ القرطبي، ص 597.

⁶ ابن كثير، ص 384.

⁷ العجلوني، ب. ت، ج 11: 285.

وفي الحديث الشريف أَنَّ رجلاً قال يا رسول الله أَيُّ الناسِ خيرٌ؟ قال من طَالَ عُمُرُهُ وحَسُنَ عَمَلُهُ. قال: فَأَيُّ الناسِ شرٌّ؟ قال: من طَالَ عُمُرُهُ وسَاءَ عَمَلُهُ⁸

وهذا الحديث ربط الخيرية وحسن العمل معاً، فجعل خير الناس وأفضلهم من جعل حياته كلها في اتقان العمل وجودته⁹.

إن أهم ما يتميز به مفهوم الجودة والاتقان في العقيدة الإسلامية أن غايتها هي مرضاة الله سبحانه وتعالى ومن ينجح في مرضاة الله فسوف يكون ناجحاً في مرضاة العبد، بينما الجودة في الفكر المعاصر تكون غايتها مرضاة العميل (المستهلك) وتحقيق أرباح للشركة المنتجة.

وفي مرفق العدل وجودة العدالة فقد حث الإسلام على الحكم بين الناس بالعدل، يقول الله تعالى في كتابه الكريم: "إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ" (النساء: 58).

وهذا يشمل الحكم بينهم في الدماء والأموال والأعراض، القليل من ذلك والكثير، على القريب والبعيد، والبر والفاجر، والولي والعدو. والمراد بالعدل الذي أمر الله بالحكم به هو ما شرعه الله على لسان رسوله من الحدود والأحكام، وهذا يستلزم معرفة العدل ليحكم به¹⁰.

وأن يعدل الإنسان في قوله فلا ينطق إلا بالحق ويتعد عن الباطل، عملاً بقوله تعالى: "وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ" (الأنعام: 152).

يعني تعالى ذكره بقوله وإذا حكمتم بين الناس فتكلمتم فقولوا الحق بينهم، واعدلو وأنصفوا ولا تجوروا، ولو كان الذي يتوجه الحق عليه والحكم، ذا قرابة لكم، ولا تحملنكم قرابة قريب أو صداقة صديق حكمتم بينه وبين غيره، أن تقولوا غير الحق فيما احتكم إليكم فيه، وبوصية الله التي أوصاكم بها فأوفوا. وإفاء ذلك: أن يطيعوه فيما أمرهم به ونهاهم، وأن يعملوا بكتابه وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، وذلك هو الوفاء بعهد الله¹¹.

⁸ رواه الترمذي

⁹ زياد عواد أبو حماد، وآخرون، ضمان الجودة الشاملة في القرآن الكريم والسنة النبوية (دراسة موضوعية تحليلية)، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالزقازيق 2017م، العدد السابع، ص 31.

¹⁰ تفسير السعدي، ص 87.

¹¹ الطبري، ص 149.

إدارة الجودة الشاملة في المؤسسات القضائية

وعلى إقامة العدل بين جميع الناس على اختلاف أديانهم حتى وإن لم يكونوا مسلمين، امتثالاً لقوله عز وجل: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاَنُ قَوْمٍ عَلَى أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ" (المائدة: 8).

أي أن الله عز وجل يقول: أيها المؤمنون، على كل أحد من الناس ولياً لكم كان أو عدواً، فاحملوهم على ما أمرتكم أن تحملوهم عليه من أحكامي، ولا تجوروا بأحد منهم عنه¹².

الفرع الثاني: مفهوم وتطور إدارة الجودة الشاملة

إن مفهوم إدارة الجودة الشاملة TQM يعتبر من المفاهيم الإدارية الحديثة التي تهدف إلى تحسين وتطوير الأداء بصفة مستمرة وذلك من خلال الاستجابة لمتطلبات العميل، أي أنها فلسفة إدارية تهدف إلى تحقيق نجاح المنظمة على المدى الطويل والمستدام انطلاقاً من إرضاء العملاء، وسوف نقوم فيما يلي باستعراض تعريفها ثم مراحل تطورها.

أولاً- تعريف إدارة الجودة الشاملة

يزخر الفقه الإداري بتعاريف إدارة الجودة الشاملة، تناولته من زوايا مختلفة لكنها تتفق على أنها فلسفة إدارية تهدف إلى تحقيق أهداف المنظمة انطلاقاً من تحقيق تطلعات ورغبات وتفضيلات العملاء.. أي أن مفهوم الجودة الشاملة يرتبط مع رضا العملاء، لأن هؤلاء يريدون أفضل عائد مقابل ما يدفعونه من مال لشراء شيء ما.

هناك من رأى الجودة الشاملة على أنها تمثل الريادة والامتياز في عمل الأشياء؛ فالريادة تعني السبق في الاستجابة لمتطلبات العميل، والامتياز يعني الاتقان (الضبط والدقة والكمال) في العمل. تتطلب إدارة الجودة الشاملة ثقافة Culture جديدة للمنظمة تحقق الجودة في جميع عملياتها، لتنفيذ الإجراءات الصحيحة من المرة الأولى being done right the first time والقضاء على العيوب، ونهج للإدارة يؤكد على التحسين المستمر Continuous Improvement للجودة، ورضا العملاء Customer Satisfaction، ويستتبع تطبيقها أدوات ونهج لإدارة العمليات التنظيمية، ينطوي على إنشاء هياكل مثل فرق تحسين الجودة

¹² الطبري، ص 108.

إدارة الجودة الشاملة في المؤسسات القضائية

Quality Improvement Teams ومجالس الجودة، للحفاظ على التركيز على هذه الغايات وتنفيذ عمليات التحسين التنظيمي¹³. إن من أبرز رواد الجودة الشاملة إدوارد ديمينج W. Edwards Deming، فيليب كروسبي Philip B. Crosby، أرماند فيجنباوم Armand V. Feigenbaum، جوزيف جوران Joseph M. Juran وهؤلاء كانوا يرون أن الجودة تعني¹⁴:

- الرضا التام للعميل (فيجنباوم 1956) (Feigenbaum, 1956)
- المطابقة مع المتطلبات (كروسبي 1979) (Crosby, 1979)
- درجة متوقعة من التناسق والاعتماد تناسب السوق بتكلفة منخفضة (ديمنج 1986) (Deming, 1986)
- دقة الاستخدام حسب ما يراه المستفيد (جوران 1989) (Juran, 1989)

قام العديد من الباحثين بتعريفها، كما أن ثمة مؤسسات عدة قدمت تعاريف لإدارة الجودة الشاملة ومنها:

- (1) جمعية الجودة البريطانية BQA عزفتها¹⁵ على أنها:
" الفلسفة الإدارية التي يتم من خلالها تحقيق كل من احتياجات المستهلك، وأهداف المنظمة معاً"
- (2) معهد الجودة الفيدرالي الأمريكي AQI عزف الجودة الشاملة على أنها¹⁶:
"نظام إداري، لمنظمة تركز على متطلبات عملائها، يقوم على أن جميع العاملين يعملون لتأمين التحسين المستمر، وتستخدم الاستراتيجيات والمعطيات والتواصل الفعال لدمج وتكامل اختصاص الجودة في ثقافة ونشاطات المنظمة"، وأنها: "أداء العمل بشكل صحيح من المرة الأولى، مع الاعتماد على تقييم المستفيد لمعرفة مدى تحسن الأداء".
- (3) الجمعية الأمريكية للجودة ASQ عرفت الجودة على أنها¹⁷: "تمثل الخصائص الشاملة لكيان ما، الذي يحمل داخله القدرة على إشباع الحاجات الصريحة والضمنية للمستفيد"

¹³ Singh SB, Dhalla RS. (2010), Effect of Total Quality Management on Performance of Indian Pharmaceutical Industries, Proceedings of the ICIEM, Dhaka, Bangladesh, pp. 9.

¹⁴ مصطفى نمر دعس، (2009)، إدارة الجودة الشاملة في التربية والتعليم، دار المنهل، ص 141.

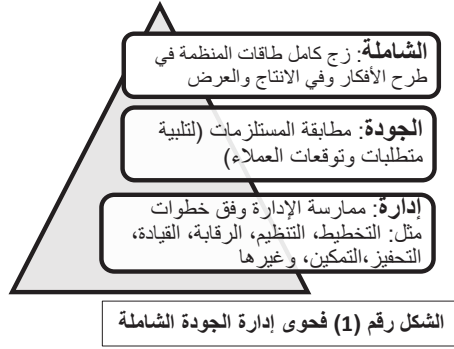
¹⁵ وسيم أبو عريش، الاتجاهات الحديثة في إدارة الأعمال، (2016)، دار من المحيط إلى الخليج للنشر والتوزيع، عمان، ص 187.

¹⁶ مأمون سليمان الدرادكة، (2006)، إدارة الجودة الشاملة وخدمة العملاء، ط1، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان، ص 17.

¹⁷ مدحت محمد محمود أبو النصر، (2015)، الحوكمة الرشيدة: فن إدارة المؤسسات عالية الجودة، دار المنهل، ص 30.

إدارة الجودة الشاملة في المؤسسات القضائية

- (4) منظمة المقاييس الدولية **ISO** قدمت تعريفاً لإدارة الجودة الشاملة بأنها¹⁸: "منهج إداري للمنظمة، يركز على الجودة، ويقوم على مشاركة جميع أعضائها، ويهدف إلى تحقيق الربحية على المدى الطويل من خلال الوصول إلى رضا العملاء، والفوائد التي تعود على العاملين وعلى أعضاء المنظمة والمجتمع"
- (5) ستيفن كوهن ورونالد براند¹⁹ قاما بتعريف إدارة الجودة الشاملة على النحو التالي:
- الإدارة: تعني التطوير والمحافظة على إمكانية المنظمة من أجل تحسين الجودة بشكل مستمر.
 - الجودة: تعني الوفاء بمتطلبات المستفيد.
 - الشاملة: تتضمن تطبيق مبدأ البحث عن الجودة في أي مظهر من مظاهر العمل بدءاً من التعرف على احتياجات المستفيد وانتهاء بتقييم ما إذا كان المستفيد راضياً عما يقدم له.
- إن مصطلح إدارة الجودة الشاملة هو مجموع لثلاث كلمات يوضح الشكل التالي معانيها²⁰:



انطلاقاً من التعاريف أعلاه يمكننا تقديم تعريف جامع لها بأنها:

"فلسفة إدارية تقوم على مجموعة من المبادئ والعمليات تركز على المدى الطويل، وإدماج ثقافة الجودة في ثقافة المنظمة، ومشاركة الجميع، وتعاون فعال بين الإدارة والعاملين وأصحاب المصالح فيها، والتدريب،

¹⁸ حسين محمد الحراشنة، (2011)، إدارة الجودة الشاملة والأداء الوظيفي، دار جليس الزمان للنشر والتوزيع، عمان، ص9.

¹⁹ Steven Cohen, Ronald Brand, (1993), Total Quality Management in Government: A Practical Guide for the Real World (Jossey Bass, Public Administration Series) Hardcover – April 2, pp. 9.

²⁰ Source: Virender Kumar, & others, (2016), Total quality management, National Journal of Advanced Research, Online ISSN: 2455-216X; Impact Factor: RJIF 5.12, Volume 2; Issue 3; May 2016; pp. 5.

إدارة الجودة الشاملة في المؤسسات القضائية

والتحسين المستمر، مع تقليل الوقت والتكلفة، والقضاء على العيوب والأخطاء؛ لتحقيق احتياجات وتوقعات العملاء الحالية والمستقبلية".

ثانياً- تطور مفهوم الجودة

لقد مرت الجودة بأربعة مراحل رئيسة هي على التوالي²¹:

- 1- مرحلة الفحص أو المطابقة Inspection or Conform (سادت قبل 1930م) حيث كانت الجودة تستهدف فصل المعيبات عن المنتج النهائي مستخدمة في ذلك أجهزة التفتيش والاختبار والقياس.
- 2- مرحلة مراقبة الجودة Quality Control (امتدت بين 1930 - 1970م) حيث كان هدف الجودة فيها هو تقليل نسبة المبيعات المعيبة، مستخدمة أساليب إحصائية لضبط الجودة إضافة لما في المرحلة الأولى.
- 3- مرحلة ضمان الجودة Quality Assurance (امتدت بين 1970 - 1980م) كان الهدف هو ضمان الجودة وثباتها واستخدام في ذلك التخطيط وإدارة نظم الجودة بالإضافة لما سبق في المراحل السابقة.
- 4- مرحلة إدارة الجودة الشاملة Total Quality Management (بدأت منذ 1986م - حتى اليوم) كانت غاية هذه المرحلة هو التطوير الشامل والمستمر لنظم الجودة واتساع المفهوم التطبيقي لها ليشمل جميع عناصر التنظيم، ومن الأدوات التي استخدمت فيها نظم معلومات لإدارة الجودة.

يمكن القول إن مفهوم الجودة الشاملة يختلف عن مفهوم الجودة التقليدي كما يوضحه جدول المقارنة التالي²²:

نظام الجودة التقليدي	نظام الجودة الشاملة
1. التحسين وقت الحاجة	التحسين المستمر
2. جودة أعلى تعني تكلفة أعلى.	جودة أعلى تعني تكلفة أقل.
3. البحث عن المشكلات المتعلقة بالنتائج	البحث عن المشكلات المتعلقة بالعمليات
4. يتم تصيد الأخطاء ومعالجتها، ومن الممكن تقبل الأخطاء	يتم التخطيط لتجنب الأخطاء، مع الافتراض بأن الأخطاء لن تحدث، وأن تقبل الأخطاء مرفوض.

²¹ عبد الله حسن مسلم، إدارة الجودة الشاملة/معايير الأيزو، دار المعترف، عمان، الطبعة الأولى، 2015م، ص16.

²² أبو بكر محمود الهوش، (2018)، إدارة الجودة الشاملة في المجالين التعليمي والخدمي، دار حميثرا للنشر والترجمة، طرابلس، 2018، ص63-64 (بتصرف)

إدارة الجودة الشاملة في المؤسسات القضائية

5.	المهم إرضاء المدير .	المهم إرضاء العميل قبل كل شيء .
6.	تعد الجودة وظيفة من وظائف التصنيع، وهناك قسم خاص لمراقبة الجودة.	الجودة هي مهمة ومسؤولية كل فرد في المنظمة، وكذلك الأطراف المرتبطة بها مثل: المجهزين، العملاء.

جدول رقم (1) مقارنة بين نظام الجودة التقليدي ونظام الجودة الشاملة

لقد حدد ادوارد ديمينج، جوهر الجودة الشاملة بأنها تبدأ بتبني فلسفة الجودة الشاملة، ثم إيجاد التناسق بين الأهداف، والتعلم مدى الحياة، إزالة معوقات النجاح.

الفرع الثالث: أهمية إدارة الجودة الشاملة

أضحت إدارة الجودة الشاملة في عصرنا الراهن حديث كل المهتمين بالإدارة والتطوير التنظيمي في كافة مؤسسات الأعمال، وفي مؤسسات القطاع العام والإدارة العامة والإدارة القضائية، نظراً للأهمية الكبيرة لها كأحد التقنيات الإدارية الحديثة التي تُبنى عليها برامج التدريب والتطوير والتغيير بهدف تحسين الأداء، وأحد أهم الركائز التي تساعد على زيادة قدرة المؤسسات المختلفة على المنافسة والنجاح والتميز.

إن الهدف الرئيس لفلسفة الجودة الشاملة يتمثل في: تطوير الجودة للمنتجات أو الخدمات مع تخفيض في التكاليف والإقلال من الوقت والجهد الضائع لتحسين الخدمة المقدمة للعملاء وكسب رضاهم²³.

يلاحظ أن هذا الهدف يتضمن ثلاثة أهداف فرعية هي:

1. خفض التكاليف: حيث أن كل شيء يتم بالطريقة الصحيحة من أول مرة فإن هذا يعني تقليل الأخطاء والعيوب والتلف وبالتالي تقليل التكاليف، وتشير المعلومات إلى أن تطبيق الجودة الشاملة أسهم في تخفيض التكاليف بنسبة 45%.

2. تقليل الوقت اللازم: سواء في إنتاج المنتج (سلعة كانت أم خدمة)، أو في اختصار الإجراءات.

3. تحقيق الجودة: لأن الجودة تعني إنتاج ما يرغبه أو يتوقعه العميل، أي إن الإنتاج يتم حسب الطلب.

إن هذا الاهتمام الواسع والمتزايد بإدارة الجودة الشاملة؛ من أسبابه أن المنظمات التي طبقتها حققت العديد من

²³ محمود حسن الهواسي، حيدر شاكر البرزنجي، (2014)، مبادئ علم الإدارة الحديثة، مطبعة ابن العربي، بغداد، ص215.

المزايا منها أنها²⁴:

1. تحقيق معدلات أعلى من التفوق والكفاءة والنمو، وتحقيق ميزة تنافسية مهمة.
 2. تخفيض التكلفة وبالتالي زيادة ربحية المنظمات.
 3. دراسة احتياجات العملاء والوفاء بتلك الاحتياجات.
 4. تساعد المنظمات على الحصول على الشهادات الدولية مثل الأيزو ISO، والتي تعد ذي أهمية كبيرة.
 5. تسهم في تدعيم الترابط والتنسيق بين كافة إدارات المنظمة، وبينها وبين أصحاب المصالح فيها.
- أما وفقاً لما يراه المعهد الأمريكي للجودة، فإن لإدارة الجودة الشاملة مجموعة من الفوائد والمزايا²⁵ هي:
- تعزيز الوضع التنافسي، وتعزيز صورة السوق.
 - القابلية للتكيف Adaptability مع أي تغيير أو اندماج في السوق، ومع البيئة، ومع القوانين.
 - انخفاض التكاليف، القضاء على العيوب والنفايات، إنتاجية أعلى، ربحية أعلى.
 - تحسين التركيز على العملاء ورضاهم، وزيادة ولائهم Customer Loyalty
 - زيادة الأمان الوظيفي job security، وزيادة أخلاقيات الموظفين Employee morale
 - زيادة قيمة الأسهم وتحقيق مصالح حملة الأسهم.
 - عمليات مُحسنة ومبتكرة.
- ومن دون شك فإن بعض هذه المزايا تعد هامة للمؤسسات القضائية، ومفيدة للمتعاملين معها.
- يمكن تلخيص الفكرة الأساسية لإدارة الجودة الشاملة بالعبارة التالية: "افعل الأشياء الصحيحة في المرة الأولى، في كل مرة. Do things right the first time, every time" وهذه الفكرة ذات أهمية كبرى في عمل المحاكم لو جرى الالتزام بها من قبل أطراف الخدمة القضائية.
- المطلب الثاني: المتطلبات العملية لتطبيق إدارة الجودة الشاملة**
- إن تطبيق إدارة الجودة الشاملة يستلزم توفر مجموعة من العناصر الضرورية لنجاح تطبيقها هذا من ناحية،

²⁴ عبد الله حسن مسلم، مرجع سابق، ص 21. (بتصرف)

²⁵ <https://asq.org/quality-resources/total-quality-management>, تاريخ الزيارة 2019/5/20

ومن ناحية ثانية فلا ينبغي التفكير في تطبيق إدارة الجودة الشاملة على مستوى المنظمة ككل من أول مرة، لأن التطبيق الأفضل لها ينبغي أن يكون بشكل تدريجي أي على مراحل وصولاً إلى التطبيق الشامل لها.

الفرع الأول: العناصر الرئيسية لإدارة الجودة الشاملة

- يستلزم تطبيق إدارة الجودة الشاملة توفر عدة عناصر هامة تعد ضرورية لنجاح تطبيقها وهي²⁶:
- (1) **التركيز على العميل:** بأن تكون رغبات واحتياجات المستفيدين المتجددة والمتغيرة هي التي تدفع وتحرك كافة الأنشطة داخل المنظمة. والعمل في المحكمة هو المتقاضي وأفراد المجتمع بشكل عام.
 - (2) **مساندة ودعم الإدارة العليا:** لأن مسؤولية الجودة تقع بالدرجة الأولى على عاتق الإدارة العليا (سواء أكان ذلك على مستوى الإدارة العليا للنظام القضائي أو على مستوى إدارات المحاكم)، إذ أنها مسؤولة عن توفير مصادر تعليم وتدريب الموظفين والإداريين وتقديم التسهيلات لهم، ووضع استراتيجيات المستقبل، وتبني ثقافة جديدة تكون الجودة عنصر رئيس فيها.
 - (3) **العمل الجماعي ومشاركة الموظفين:** أي تعاون كافة الأفراد في الإدارات وعلى كافة المستويات الإدارية، وهذا يتطلب التدريب على أساليب فرق العمل، وتعزيز مبدأ الإدارة بالمشاركة.
 - (4) **تدريب العاملين:** أي تدريب الجميع على إدارة الجودة الشاملة للارتقاء بالأداء.
 - (5) **احترام وتقدير العاملين:** أي توفر الاتصال والاحترام المتبادل بين القيادات والعاملين بغض النظر عن مستواهم الوظيفي وتقييم أدائهم بصورة موضوعية وترسيخ مبدأ مكافأة التميز والإبداع.
 - (6) **التحسين الدائم:** من خلال السعي الدائم الرغبة لتحقيق تحسين تدريجي وجوهري في كل الأنشطة.
 - (7) **وجود رؤية مشتركة بين الإدارة والعاملين:** إن الرؤية الاستراتيجية للإدارة والمتضمنة لعنصر الجودة يجب تداولها بين كافة الأطراف وعلى كافة المستويات بحيث تمثل هذه الرؤية توجهاً موحداً.
 - (8) **نشر ثقافة الجودة:** بين جميع فئات الموظفين من خلال صياغة رسالة Mission واضحة للمنظمة تتضمن الجودة باعتبارها أساساً ممارسة كافة الأنشطة.
 - (9) **الصياغة الاستراتيجية لفلسفة إدارة الجودة الشاملة:** أي أنه يترتب على الإدارة أن تظهر ما يعبر عن انتهاجها لهذه الفلسفة في التوجه الاستراتيجي (الرؤية - الرسالة - الأهداف) للمنظمة (المحكمة).

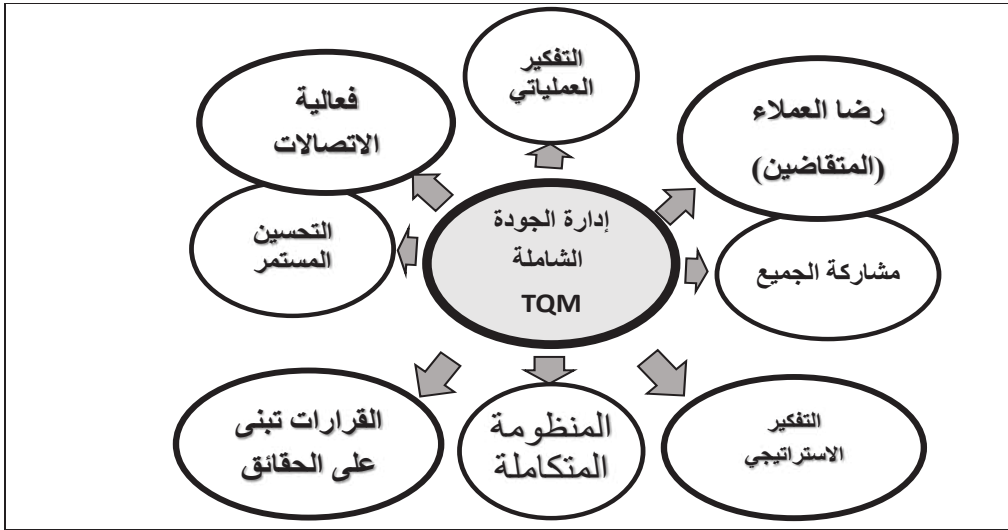
²⁶ مصطفى نمر دمس، مرجع سابق، ص 166.

إن أنظمة إدارة الجودة الحديثة Modern Quality Management Systems:MQMS، التي تعد حالة

تطويرية لفلسفة إدارة الجودة الشاملة تقوم على 8 مبادئ هي²⁷:

- 1- التركيز على خدمة العملاء: لأن العميل (المتقاضي) هو من يُحدد في نهاية المطاف مستوى الجودة.
 - 2- مشاركة جميع الموظفين: في العمل على تحقيق الأهداف المشتركة، وتطبيق برنامج لتمكين الموظفين Empowerment، مع نظام دقيق لتقييم الأداء والرقابة.
 - 3- العملية المحورية: إن الأساس العملي في إدارة الجودة الشاملة يتمثل في التركيز على النشاط الرئيس أو العملية الرئيسة في المنظمة (المحكمة) بحيث يتم تحديد الخطوات اللازمة للقيام بالعملية، ومقاييس الأداء، وكشف الانحرافات غير المتوقعة.
 - 4- نظام متكامل: لأنه كثيراً ما يتم تنظيم الإدارات تنظيماً عمودياً Vertically، بينما تُعد العمليات الأفقية Horizontally لربط الوظائف هي الأنسب لإدارة الجودة الشاملة وخاصة في المحاكم.
 - 5- المدخل الاستراتيجي والنظمي: أي تطبيق مفاهيم التخطيط الاستراتيجي Strategic Planning أو الإدارة الاستراتيجية Strategic Management، عن طريق صياغة خطة استراتيجية تدمج الجودة كأحد مكوناتها الأساسية.
 - 6- التحسين المستمر: إن جانب عريض من إدارة الجودة الشاملة يتمثل في تحسين العمليات المستمر.
 - 7- القرارات تُبنى على الحقائق Fact-based decision making وليس على المشاعر، أي أن تقوم المنظمة (المحكمة) بجمع البيانات وتحليلها باستمرار من أجل تحسين دقة صنع القرار.
 - 8- الاتصالات: تلعب الاتصالات الفعالة دوراً كبيراً في الحفاظ على الروح المعنوية وفي تحفيز الموظفين على جميع المستويات.
- وتعتبر هذه العناصر أساسية جداً بالنسبة لإدارة الجودة الشاملة توضع في ضوءها مجموعة من القيم والمبادئ الأساسية التي ستعمل المنظمة (المحكمة) على أساسها. والشكل التالي يوضح العناصر الرئيسة لإدارة الجودة الشاملة:

²⁷ <https://asq.org/quality-resources/total-quality-management>, op. cit. 2019/5/26 تاريخ الزيارة



الشكل رقم (2) مستلزمات نجاح تطبيق إدارة الجودة الشاملة TQM

الفرع الثاني: متطلبات ما قبل التطبيق وأهم المعوقات لتطبيق إدارة الجودة الشاملة

إن تطبيق مفهوم إدارة الجودة الشاملة في أية منظمة (محكمة) يستلزم توافر بعض المستلزمات التي تسبق البدء بتطبيقها، وفيما يلي بعضاً من المتطلبات الرئيسية التي تسبق التطبيق²⁸:

- (1) **إعادة تشكيل ثقافة المنظمة:** إن إدخال أي نظام إدارة جديد يتطلب إعادة تشكيل لثقافة المنظمة، وأن ثقافة الجودة الشاملة تختلف اختلافاً جذرياً عن الثقافة الإدارية التقليدية، ففي المنظمة القضائية التي تعمل على تطبيقها ينبغي على الإدارة أن تضع ثقافة جديدة تركز إلى مفهوم الجودة وإرضاء المتقاضين.
- (2) **ترويج وتسويق ماهية النظام الجديد:** إن نشر مفاهيم ومبادئ إدارة الجودة الشاملة لجميع الموظفين أمر ضروري قبل اتخاذ قرار التطبيق، لأن ذلك يساعد كثيراً في التقليل من المعارضة للتغيير.

²⁸ المرجع السابق

(3) التعلم والتدريب: حيث أن التعلم يكون هدفه نشر الوعي وتمكين المشاركين من التعرف على أساليب التطوير، أما التدريب فيجب أن يكون موجهاً لجميع فئات ومستويات الإدارة، ويجب أن يلبي متطلبات كل فئة حسب التحديات التي تواجهها.

(4) الاستعانة بالاستشاريين: إن الهدف من الاستعانة بالخبرات الخارجية من مستشارين وخبراء هو تدعيم خبرة المنظمة ومساعدتها في حل المشاكل التي ستتشأ وخاصة في البدايات.

(5) تشكيل فرق الجودة: يتم تأليف فريق الجودة Quality team من 5-8 أعضاء من أقسام أو عمليات المحكمة المعنية مباشرة أو ممن يؤدون فعلاً العمل المراد تطويره، وأن يكونوا من الأشخاص الموثوق بهم، وأن يعطوا الصلاحية لمراجعة وتقييم المهام بغية تقديم المقترحات للتحسين.

(6) التشجيع والتحفيز: إن نجاح واستمرارية البرنامج يعتمد اعتماداً كلياً على حماس المشاركين في التحسين، لذا ينبغي تعزيز هذا الحماس من خلال الحوافز المناسبة سواء مادية أو معنوية.

(7) الإشراف والمتابعة: من ضروريات تطبيق نظام الجودة الشاملة الإشراف على فرق العمل لتعديل أي مسار خاطئ ومتابعة إنجازاتهم وتقويمها إذا تطلب الأمر.

(8) وضع استراتيجية التطبيق: إن تطبيق نظام الجودة الشاملة يمر بعدة مراحل هي؛ **الإعداد** ويتم فيها تحديد مدى الحاجة للتحسين بإجراء مراجعة شاملة لنتائج التطبيق في المنظمات (المحاكم) الأخرى، ويتم في هذه المرحلة وضع الأهداف المرغوبة. ثم **التخطيط** ويتم فيها وضع خطة وآليات التطبيق، وتحديد الموارد اللازمة. ثم **التقييم** وذلك باستخدام الطرق الإحصائية للتطوير المستمر وقياس مستوى الأداء.

من ناحية ثانية فإن تطبيق إدارة الجودة الشاملة سوف يواجه **صعوبات ومعوقات** يمكن ذكر أهمها في الآتي:

1. عدم التزام الإدارة العليا أو إدارة المحكمة.
2. مقاومة التغيير سواء من الموظفين أو من الإدارة.
3. عدم مشاركة الجميع.
4. التركيز على أجزاء معينة في إدارة الجودة وليس على نظام الجودة ككل.
5. عدم انسجام التدريب مع العمل، وعدم استمراره واقتصره على بدايات تطبيق الجودة الشاملة.
6. إن طرق وأساليب تطبيق ومعايير إدارة الجودة الشاملة التي تم اعتمادها لا تتوافق مع خصوصية المنظمة،

إدارة الجودة الشاملة في المؤسسات القضائية

وهذه تمثل إحدى العقبات الرئيسية في تطبيق الجودة الشاملة في المحاكم بسبب ضرورة اعتمادها على أساليب ومعايير مستمدة من خصوصية القضاء.

الفرع الثالث: مراحل تطبيق إدارة الجودة الشاملة

يُمر تطبيق إدارة الجودة الشاملة بعدة مراحل تبدأ من اختيار العملية وحتى التنفيذ ثم التقييم، وتجدر الإشارة إلى أن تطبيق نظام الجودة الشاملة لا يفضل أو بمعنى أدق غير ممكن تطبيقه دفعة واحدة على المنظمة ككل، إن من الأفضل أن يتم تطبيقه تدريجياً بمعنى أن يبدأ تطبيقه في عمليات أو أنشطة محددة في المنظمة، وعادة ما تكون الأنشطة الأكثر أهمية، ثم الانتقال إلى أنشطة مكملتها وهكذا حتى يعم تطبيق نظام الجودة الشاملة على كافة أنشطة وفعاليات المنظمة وبما يشمل أصحاب المصالح فيها، فعلى سبيل المثال ونحن نسعى للوصول إلى تطبيق إدارة الجودة الشاملة في المحاكم فإننا نعتقد إن المرحلة الأكثر أهمية هي المحاكمة إذ يتوجب تحليل العناصر الرئيسية في سير المحاكمة وتحليلها وتحديد الإجراءات الأكثر استغراقاً للوقت والبدء بتطبيق الجودة الشاملة فيها، وسوف نعود لهذا الموضوع في المبحث الثالث.

نعرض فيما يلي مراحل التطبيق المتعارف عليها لتطبيق إدارة الجودة الشاملة²⁹:

المرحلة الأولى: اختيار النشاط / العملية: ينبغي اختيار نشاط رئيسي أو عملية رئيسية واحدة من أعمال المنظمة (أي المحكمة في سياق هذا البحث)، ويتم الاختيار بناءً على أن هذا النشاط أو العملية هي الأكثر تكراراً وتستهلك وقت طويل من وقت العمل، وهي الأكثر استهلاكاً لموارد المنظمة مادية كانت أو بشرية، وأن تكون العملية هي الأهم للعملاء، لتحديد هذه العملية يمكن استخدام: تحليل عمليات المحكمة، استبيان العملاء، العصف الذهني Brainstorming للموظفين في المحكمة والعملاء.

المرحلة الثانية: تحليل العملية أو النشاط الرئيس: بعد تحديد العملية في المرحلة الأولى تأتي الخطوة التالية وهي تحديد إجراءاتها ومهامها التفصيلية من البداية إلى النهاية، ويتم تحليل جميع المهام من حيث أهميتها وفائدتها للعميل أو للعملية وحساب الوقت لكل مهمة في العملية وذلك باستخدام أدوات منها: تخطيط وتحليل العملية، تحليل السبب والنتيجة.

²⁹ حامد عبد الله السقاف، (1998)، المدخل الشامل لإدارة الجودة الشاملة، مطبعة الفرزدق، الرياض، ص 33-36. (بتصرف)

المرحلة الثالثة: جمع المعلومات وتحليلها: يتم جمع المعلومات المطلوب ومن ثم تحليلها، وعلى أساس نتائج التحليل سوف يتم اتخاذ القرار المناسب، ومن الأدوات التي تستخدم في هذه المرحلة: اختيار العينة، الأدوات الإحصائية، استبيانات العملاء.

المرحلة الرابعة: ابتكار بدائل التحسين: بناءً على تحليل المعلومات، يتم تقديم مقترحات وأفكار التحسين، باستخدام العصف الذهني، استبيانات العملاء.

المرحلة الخامسة: تحليل الفرص: فيها يتم تحليل إيجابيات وسلبيات كل بديل من بدائل التحسينات، وذلك لمعرفة مدى إمكانية تطبيقها، وذلك باستخدام تقييم الأفكار، تحليل التكاليف والفوائد، مخطط الطوارئ، في نهاية هذه المرحلة يتم ترتيب البدائل حسب أهميتها.

المرحلة السادسة: مرحلة اختيار البديل الأفضل واعتماده وبدء التنفيذ والمراجعة: في هذه المرحلة تصدر الإدارة العليا قراراً باعتماد أفضل البدائل وتعلن بدء التطبيق وآليات متابعة التنفيذ وتصحيح الانحرافات.

المبحث الثاني: تحديث الإدارة القضائية

إن الحداثة والعصرية لقطاع العدل تُعدّ حاجة ملحة لأفراد المجتمع للوصول إلى حقوقهم التي يكفلها الدستور والقوانين، كما إن حداثة مرفق القضاء وجودته ونزاهته تعد بمثابة المحرك الأساسي لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية في أي بلد، لذلك أضحت البحث في موضوع الإدارة القضائية وتحسين أدائها وجودة الخدمة القضائية من الأولويات التي تستلزمها ضرورات تحقيق العدالة والتنمية.

شمل التطور والتحديث مختلف مناحي الحياة في عصرنا الراهن، ومن الطبيعي والمنطقي أن يمتد ذلك إلى مرفق القضاء الذي يعد من أهم مرافق الحياة، ومطلوب منه أن يوفر خدمات العدالة بطريقة عصرية مع الحفاظ على استقلالية سلطة القاضي في إصدار الأحكام حيث أن تحديث الإدارة القضائية أو تحسين جودة الخدمة في القضاء لا يعني التدخل في عمل القاضي ولا في الأحكام القضائية، فهذه مسألة مُصانة وخارج نطاق البحث، أما ماعدا ذلك فإن مرفق القضاء ينبغي أن يتطور ويسهم في تقديم خدمة القضاء بطريقة حديثة ترضي متطلبات جمهور المتعاملين مع المؤسسات القضائية.

انطلاقاً من ذلك سوف نسلط الضوء في إطار هذا المبحث على مواضيع عدة نجملها في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: ماهية الإدارة القضائية

المطلب الثاني: المبادرات الدولية لتحديث الإدارة القضائية

المطلب الأول: ماهية الإدارة القضائية

إن مصطلح الإدارة القضائية تم اشتقاقه من علم الإدارة، وهو يختلف من حيث أهدافه وغاياته عن فرع إدارة الأعمال Business Administration الذي تتمثل غاياته في تحسين كفاءة الإدارة والإنتاجية والجودة بهدف تحقيق الأرباح، لكن فرع الإدارة القضائية يعد فرعاً مستقلاً من فروع الإدارة العامة Public Administration، حيث أن مرفق القضاء يعد أحد القطاعات الرئيسية في الإدارة العامة، إلى جانب قطاعات التعليم والصحة العامة والإدارة الحكومية.. الخ، وأن وزير العدل الذي يقع على رأس الهرم الإداري في النظام القضائي هو عضو في مؤسسة مجلس الوزراء التي تعد أعلى مؤسسة في الإدارة العامة، وينطبق على مرفق القضاء قانون الوظيفة العامة في كل ما لا ينص عليه قانون السلطة القضائية، وأن القضاة ومساعديهم وعمال المحكمة هم من الموظفين العموميين، ناهيك عن أن مرفق القضاء يستمد تمويله من الميزانية العامة للدولة. انطلاقاً من ذلك فسوف نتناول في إطار هذا المطلب مفهوم الإدارة القضائية وأهمية تكنولوجيا المعلومات والاتصالات فيها وكذلك أهم العقبات في طريق تحديث الإدارة القضائية وآفاق تحديثها.

الفرع الأول: مفهوم الإدارة القضائية

إن مصطلح الإدارة القضائية Judicial Administration، يُعرّف وفقاً لمحتواه على أنه: "مشمولات المكونات التي تقوم على إنجاز خدمة العدالة والتي لها صلة وثيقة بقطاع العدل، حيث تعمل وفق هيكلية محددة، تؤدي مهام إدارية بحتة تخدم الوظيفة القضائية، وتعمل على تمكين الجهاز القضائي من القيام بعمله على الوجه الأكمل"³⁰. كما تُعرّف الإدارة القضائية بأنها³¹: "مجموع التنظيمات والإجراءات والتدابير التي يتم اتخاذها لتمكين القضاء من أداء مهمته على الوجه الأكمل" كما تم تعريفها على أنها³²:

³⁰ محمّد أحمدو سالم أبي رئيس الغرفة الجزائية بالمحكمة العليا - موريتانيا، ورقة مقدمة إلى المؤتمر الخامس لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية، بيروت 15-17 سبتمبر، 2014م. منشورة على موقع المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية: <https://carjj.org/>

³¹ مجلس شورى الدولة في العراق، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الخامس لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية، بيروت 15-17 سبتمبر، 2014م. منشورة على موقع المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية: <https://carjj.org/>

³² Mary C. McQueen, Jeff Apperson, (2017), Annual Conference introduction, NCSC, NACM/IACA, PP.6. Mary C. McQueen has served as president of the National Center for State Courts (NCSC) since August 2004. , Jeff

"الأنشطة التي من المتوقع أن تُمكن المحاكم من حل المنازعات بشكل عادل Justly، واقتصادي

Economically ، وعلى وجه السرعة Expediently، وبشكل مستقل Independently"

وبذلك فإن مجال الإدارة القضائية يتسع ليشمل أدوار مختلف الفاعلين في الحقل القضائي لا سيما المهن المرتبطة بقطاع العدالة والتي تساهم يومياً في إدارة العدالة؛ كالقاضي، كاتب الجلسة، المحامي، الخبير، والمفوض القضائي، إلى غير ذلك من أصحاب المهن المرتبطة بالميدان القضائي.

إن مفهوم الإدارة القضائية يتميز بخصائص محددة تميزه عن باقي فروع الإدارة العامة ناتجة عن الطبيعة الخاصة للخدمة القضائية، وذلك راجع إلى تشعب تركيبة أجهزة العدالة والأطراف المتداخلة فيه، كما أنه يخضع للأطر التالية³³:

- الإطار المؤسسي للنظام القضائي (المحاكم، القضاة، المحامون، باقي المهن القضائية)
- النظام القانوني للعدالة (مبدأ الفصل بين السلطات، التنظيم القضائي، النظام الأساسي للقضاة..)
- ممارسة السلطة القضائية (تنفيذ إجراءات قضائية، وإصدار أحكام قضائية)
- المبادئ التي تحكم هذه الممارسة (حقوق دستورية للمتقاضين، حقوق الدفاع، الالتزامات الأخلاقية للقضاة والعاملين في الحقل القضائي).

إن تحديث الإدارة القضائية ينطلق من تحديث المهن المرتبطة بقطاع العدالة، أي التي تشارك يومياً في إدارة العدالة مثل: القاضي، المحامي، الخبير، المترجم، كاتب الجلسة، معاون القضائي، الموثق، وزارة العدل، النقابات.. مع الإشارة إلى أن وزارة العدل لا ينبغي أن يتعدى دورها القيام بمهام إدارية محضة مرتبطة بالوظيفة القضائية، وتمكين الجهاز القضائي من الوسائل المادية والبشرية اللازمة لعمله³⁴، حتى أن وظيفة وزير العدل

Apperson: Vice President NCSC International, shared on: تاريخ الزيارة 1 /7/ 2019
<https://www.ncsc.org/~media/Files/PDF/Annual%20Reports/2017-Annual-Report.ashx>

³³ مجلس شوري الدولة في جمهورية العراق، مرجع سابق، ص4

³⁴ عبد المجيد غميج، (2002)، تحديث الإدارة القضائية وجودة خدمات العدالة، ورقة مقدمة إلى الندوة الدولية تحت عنوان: "تحديث أساليب الإدارة القضائية في الدول العربية" التي عقدت بتنظيم من وزارة العدل المغربية بالتعاون مع برنامج الأمم المتحدة الإنمائي UNDP، وصندوق النقد الدولي IMF، مراكش 15-17 مارس 2002م. مقال منشورة على موقع المكتبة الشاملة للعلوم القانونية:

https://loiarabe.blogspot.com/2019/01/blog-post_69.html تاريخ الزيارة 2019/6/5

إدارة الجودة الشاملة في المؤسسات القضائية

لا ينبغي أن تكون أكثر من كونها صلة الوصل بين السلطة القضائية والسلطة التنفيذية بحيث تتم من خلالها تأمين احتياجات القضاء من مخصصات مالية ومستلزمات إدارية أخرى.

إن تحديث الإدارة القضائية ينبغي أن يحقق مطالب أطراف العدالة كما يلي³⁵:

(1) المتقاضون: حيث أن مطالبهم تتمثل في:

- توفير ولوج سريع إلى العدالة
- التمكين من سرعة البت في القضايا
- الفعالية في تنفيذ الأحكام
- تبسيط لغة القضاء وتعليل الأحكام.

(1) القضاة: وتتمثل مطالبهم في:

- توفير ظروف عمل ملائمة
- توفير إمكانيات التدريب والتأهيل المستمر
- وضع قواعد موضوعية لتقييم عمل القضاة كما وكيفاً
- تحفيزهم ومكافأة المتميزين مادياً ومعنوياً
- تنظيم العلاقة مع موظفي المحكمة
- وضع معايير لرئاسة الغرف بالمحاكم وتوزيع القضاة عليها.
- (2) المحامون: يهدف التحديث إلى اتخاذ إجراءات للتخفيف من:
- تعقيد وطول القوانين
- التركيز على تعليل الأحكام
- إعادة تنظيم المهن القضائية
- خلق مجالات للتواصل مع جهاز القضاء وباقي مكوناته الأخرى
- ضبط قواعد المساعدة القضائية

(4) وزارة العدل ومسؤولي المحاكم: يكون التحديث استجابة ل:

³⁵ المرجع السابق

إدارة الجودة الشاملة في المؤسسات القضائية

المزايا منها أنها²⁴:

1. تحقيق معدلات أعلى من التفوق والكفاءة والنمو، وتحقيق ميزة تنافسية مهمة.
 2. تخفيض التكلفة وبالتالي زيادة ربحية المنظمات.
 3. دراسة احتياجات العملاء والوفاء بتلك الاحتياجات.
 4. تساعد المنظمات على الحصول على الشهادات الدولية مثل الأيزو ISO، والتي تعد ذات أهمية كبيرة.
 5. تسهم في تدعيم الترابط والتنسيق بين كافة إدارات المنظمة، وبينها وبين أصحاب المصالح فيها.
- أما وفقاً لما يراه المعهد الأمريكي للجودة، فإن لإدارة الجودة الشاملة مجموعة من الفوائد والمزايا²⁵ هي:
- تعزيز الوضع التنافسي، وتعزيز صورة السوق.
 - القابلية للتكيف Adaptability مع أي تغيير أو اندماج في السوق، ومع البيئة، ومع القوانين.
 - انخفاض التكاليف، القضاء على العيوب والنفائات، إنتاجية أعلى، ربحية أعلى.
 - تحسين التركيز على العملاء ورضاهم، وزيادة ولائهم Customer Loyalty
 - زيادة الأمان الوظيفي Job security، وزيادة أخلاقيات الموظفين Employee morale
 - زيادة قيمة الأسهم وتحقيق مصالح حملة الأسهم.
 - عمليات مُحسنة ومبتكرة.

ومن دون شك فإن بعض هذه المزايا تعد هامة للمؤسسات القضائية، ومفيدة للمتعاملين معها.

يمكن تلخيص الفكرة الأساسية لإدارة الجودة الشاملة بالعبرة التالية: "افعل الأشياء الصحيحة في المرة الأولى، في كل مرة. Do things right the first time, every time" وهذه الفكرة ذات أهمية كبرى في عمل المحاكم لو جرى الالتزام بها من قبل أطراف الخدمة القضائية.

المطلب الثاني: المتطلبات العملية لتطبيق إدارة الجودة الشاملة

إن تطبيق إدارة الجودة الشاملة يستلزم توفر مجموعة من العناصر الضرورية لنجاح تطبيقها هذا من ناحية،

²⁴ عبد الله حسن مسلم، مرجع سابق، ص 21. (بتصرف)

²⁵ <https://asq.org/quality-resources/total-quality-management>, تاريخ الزيارة 2019/5/20

إدارة الجودة الشاملة في المؤسسات القضائية

إننا نعتقد أن مدير الحكمة من المستحسن أن يكون قاضياً وليس بالضرورة أن يكون القاضي الأقدم، بل أن يكون هذا القاضي حاصلاً على مؤهلات في تقنيات الإدارة الحديثة للمحاكم، وهذه حالة ليست غريبة في الفقه الإداري، ففي الجامعات على سبيل المثال قد يكون مدير الجامعة أو عميد الكلية من مرتبة أكاديمية أقل من بعض أعضاء هيئة التدريس.

ثمة مفهوم آخر كثيراً ما يستخدم في إطار الإدارة القضائية وهو **إدارة العدالة الجنائية** ³⁸ Criminal Justice Administration الذي يشير إلى أداء أنشطة مثل الكشف أو الاعتقال أو الاحتجاز أو الإفراج قبل المحاكمة أو بعدها أو الملاحقة أو المقاضاة أو الإشراف التأديبي أو إعادة تأهيل الأشخاص المتهمين أو مرتكبي الجرائم الجنائية أو جمع المعلومات المتعلقة بسجلات التاريخ الجنائي وتخزينها ونشرها. أي أن إدارة العدالة الجنائية تركز على القيادة والعمليات المتعلقة بمختلف جوانب نظام العدالة الجنائية، مثل المحاكم وإنفاذ القانون، التي تعمل معاً للمساعدة في منع الجريمة والمعاقبة عليها، ويشمل نشاط وهيكل نظام العدالة الجنائية المحاكم والشرطة ونظم السجون المكلفة بضمان معاقبة المجرمين وسلامة المجتمع ³⁹.

الفرع الثاني: أهمية تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في تحديث الإدارة القضائية

باتت نظم تكنولوجيا المعلومات والاتصالات ITT، ونظم المعلومات القضائية ⁴⁰ Justice Information System: JIS تمثل المجال الأكثر أهمية في تحديث الإدارة القضائية، لأنها الكفيلة بضمان جودة الخدمات القضائية، وتوفير ولوج سهل إلى خدمة القضاء، وتحسين عمل المؤسسة القضائية كماً ونوعاً، والاستغلال الأمثل للموارد، وتحسين بيئة العمل، وبالتالي تحقيق رضا المتعاملين، مع عدم الإقلال من أهمية متطلبات التحديث الأخرى للإدارة القضائية.

إن تكنولوجيا المعلومات تسمح بتحديث طريقة إدارة مؤسسات العدالة ما يجعلها تستجيب بطريقة مرنة وبكل

³⁸ <https://definitions.uslegal.com/a/administration-of-criminal-justice/> تاريخ الزيارة 2019/6/1

³⁹ Jack S. Monell, Administrative Justice, Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy, and Governance, January 2016, pp.2. shared on: https://www.researchgate.net/publication/304568428_Administrative_Justice تاريخ الزيارة 2019/6/5

⁴⁰ لقد استخدمنا اصطلاح نظم المعلومات القضائية JIS على غرار ما يتم استخدامه في الإدارة من نظام المعلومات الإدارية MIS. إذ نعتقد بأهمية وجود نظام للمعلومات القانونية يقوم بجمع البيانات القضائية من مصادرها المختلفة ثم يقوم بمعالجتها لتتحول إلى معلومات مفيدة لصناع القرار في الإدارة القضائية.

- شفافية لاحتياجات المواطنين، وأن استخدامها على نحو رشيد هو عامل أساسي لتحسين أداء المحاكم وللكشف عن أي خلل يشوبها، وإن من بين الاحتياجات الأكثر أهمية في هذا المجال يمكن ذكر ما يلي⁴¹:
- توفير إطار قانوني وتنظيمي ملائم يكفل استخدام نظم تكنولوجيا المعلومات والاتصالات.
- تحسين مستوى الوصول إلى تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، وإلى تطوير تطبيقات تكنولوجيا المعلومات في مجال العدالة لغرض استخدامها من جانب المواطنين والمهنيين.
- تفعيل الملف الإلكتروني وإزالة تنفيذ الإجراءات بواسطة المستندات الورقية.
- تدريب موظفي المحاكم من أجل ضمان استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات على أكمل وجه ممكن في النشاط القضائي.

وإن من بين مستلزمات تنفيذ هذه الاحتياجات: إنشاء شبكة تربط جميع محاكم البلاد، تعزيز استخدام المعدات والوسائل الإلكترونية في أنشطة المحاكم مع الحرص على الحد من المهام اليدوية، بناء محكمة نموذجية بمرافق تراعي مستلزمات تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، وضع نظام قانوني بشأن التوقيع الإلكتروني، تمكين القضاة والمحامين من الوصول إلى ملفاتهم-عن بعد- من خلال تطبيقات الهوية الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، تمكين المواطنين من الحصول على مزيد من المعلومات عن طريق الانترنت بشأن ملفاتهم وحفظ ملفات القضايا والأدلة في أرشيف المحكمة بواسطة الوسائط الإلكترونية، تسهيل الوصول إلى قواعد البيانات المتعلقة بفقهاء القضاء عبر المواقع الإلكترونية التابعة للمحاكم، استخدام تطبيقات التبليغ الإلكتروني، وضع واعتماد قوانين بشأن التداول بالفيديو في قاعة المحكمة، تشجيع القضاة وكتاب الجلسات على استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات واعتبار ذلك من شروط الترقية الوظيفية والعلاوات، إنشاء بوابة قانونية يمكن الوصول

⁴¹ <https://www.euromed-justice.eu/en/system/files/F-AR20-Monso-GT12-MANUEL-V.13-3-AR-6avril2014-final.pdf> تاريخ الزيارة 2019/6/10

يورو ميد EUROMED مشروع ممول من الاتحاد الأوروبي موجه لدول حوض البحر المتوسط، نتائج الملتقى الحواري الثالث لعام 2014، المكون الأول: "العدالة والتكنولوجيات الجديدة"، دليل بشأن أفضل المناهج والممارسات السليمة في مجال استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات كسبيل لتسهيل تصريف الأعمال وجمع البيانات في مجال القانون ولتيسير الوصول إلى فقه القضاء لصالح الجمهور العام. ص 103-104.

في الملتقى عرض وفد الجزائر أنه في عام 2007 تم تنفيذ عملية تقييمية على موقع تجريبي لقياس أداء النظام، فتم الاستنتاج أن استخدام التكنولوجيات الجديدة يسمح بتوفير نحو 30% من الزمن في مجال معالجة القضايا (المراجع ذاته، ص102)

إليها بطريقة مجانية وسهلة تتولى نشر جميع القوانين السارية على نحو كامل ودقيق، إنشاء شبكة داخلية (Intranet) بين المحاكم والقضاة والموظفين...

إن استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات أحدث تغييرات جذرية في مختلف مجالات الحياة نحو الأفضل، وانسحب ذلك على عمل المحاكم فقد بدأ العالم يخرج من نموذج المحاكم التقليدية إلى ما يمكن تسميته عدالة الكترونية بواسطة قاضي إلكتروني ومحاكمات إلكترونية وتحكيم الكتروني⁴².

إن تكييف تكنولوجيا المعلومات لتتأقلم مع طبيعة العمل القضائي ومن ثم إدخالها إلى قاعات المحاكم، من

- ⁴² المرجع السابق، ص 105، أما عن أهم التجهيزات والبرامج وشبكات المعلومات التي تحتاجها المحاكم لتسريع وتبسيط الإجراءات:
- عمدت العديد من المحاكم في الولايات المتحدة والاتحاد الأوروبي إلى تزويد قاعاتها بشاشات عرض رقمية (Visual Presentation Card) يتم من خلالها عرض الأدلة بأشكالها كافة سواء كانت مستندات ورقية أو صور فوتوغرافية أو أشكال ثلاثية الأبعاد (وذلك بواسطة كاميرا رقمية) أو حتى ملفات رقمية (كأشرطة الفيديو والأقراص المدمجة)، وقد تم تزويد هذه الشاشات بأجهزة تسمح بالكتابة عليها وبالتحكم بعرض الأدلة كالتحكم بسرعة عرض شريط الفيديو مثلاً أو إبطائه أو إيقافه (Pause) عند اللزوم، وإيضاً من خلال التركيز على أدلة معينة بواسطة رسم دائرة حولها أو الإشارة إليها أو تلوينها (Highlight).
 - نقل المعلومات من أي جهاز كومبيوتر شخصي إلى هذه الشاشة، كما يمكن وصلها بآلة طباعة (Printer) تسمح بالطباعة الملونة لأي صورة تمر عبر الشاشة (بعد تثبيت هذه الصورة) من أجل حفظها كدليل.
 - تم تزويد المحاكم بكاميرا رقمية تركز فوق منصة الشهود تنقل لهيئة المحكمة صورة أي دليل أو وثيقة أو صورة أو شكل ثلاثي الأبعاد يقدم إلى الشاهد وهذه الصور تظهر أيضاً على شاشة العرض ويمكن لهيئة المحكمة أن تحجب ظهورها. ومن أجل ذلك ينبغي تزويد هذه الهيئة بأجهزة كومبيوتر مزودة ببرامج تسمح لهم بالتحكم بشاشة العرض، ويجب أن تحمل هذه الأجهزة ببرامج معدة خصيصاً لتسهيل عمل القضاة وتسمح لهم بوضع الملاحظات الكترونياً وإجراء الأبحاث القانونية إما عبر وصل أجهزةهم بالإنترنت أو عن طريق تحميلها بمكتبات الكترونية متخصصة أو عن طريق تحميلها ببثوك معلومات قانونية.
 - تحميل أجهزة الكومبيوتر الخاصة بالقضاة والمحامين بقواعد معلومات قانونية تحوي مجموعات القوانين والاجتهادات والدراسات والآراء الفقهية على أن تكون هذه القواعد مزودة بمحركات بحث (Search Engine) تسمح بالوصول إلى المعلومة بأسرع وقت ممكن، ما يمكن القضاة في بعض الحالات من اتخاذ القرارات الفورية على قوس المحكمة وما لذلك من أثر على مدة المحاكمات.
 - لعل من أهم إنجازات تكنولوجيا المعلومات والاتصالات تأثيراً على تسريع وتفعيل السير في القضايا العالقة أمام المحاكم، هو تزويد قاعة المحكمة بشاشة تسمح بعقد مؤتمرات مرئية ومسموعة عبر الفيديو (Video Teleconferencing System) ما يسمح بسماع شهادة الشهود عن بعد (في الحالات التي يكون فيها الشاهد شخصاً معوقاً أو يتعذر عليه الحضور لبعده المسافة - كوجوده في دولة أخرى - أو لقوة القاهرة أو لوجوده في المستشفى..)
 - تزويد طاولات المحامين بأجهزة خاصة تمكنهم من الوصول إلى خطوط هاتف للاتصال المباشر، وتالياً تمكين المحامي الذي يحضر معه جهاز كومبيوتر محمول (Laptop) استعمال الإنترنت والاستفادة من الخدمات التي توفرها هذه الشبكة، مثل خدمة التخاطب، وإرسال وتلقي البريد الإلكتروني، والقيام بالبحث، فضلاً عن تمكينه من الاتصال بمكتبه.
 - تم تجهيز قاعات بعض المحاكم في الولايات المتحدة بميكروفونات لاسلكية تسمح بسماع صوت المحامي وهو ينتقل داخل قاعة المحكمة، وبسماعات رأس لاسلكية (headphones) توفر خدمة الترجمة التلقائية حيث يلزم، وتقيد هذه الخدمة الأشخاص الذين يعانون من ضعف في السمع.
 - تصوير كافة الأدلة وتسجيل الاستجابات وإفادات الشهود وحفظها الكترونياً لإمكانية الرجوع إليها عند الحاجة.
 - إنشاء مكتبات الكترونية متخصصة تسهلاً لعمل القضاة وتالياً المحاكم.

شأنه أن يحدث تغييراً جذرياً في الإدارة القضائية، ويعزز ثقة الأفراد بالنظام القضائي، إذ بفضلها تتكون لديهم صورة أجلى لنظام المحاكم وكيفية عملها، وذلك من خلال تمكينهم من الاطلاع على ما يدور في المحاكم بشكل أفضل تسهلاً لتطبيق مبادئ الشفافية وحسن تطبيق القانون.

ففي الولايات المتحدة الأميركية وفي دول الاتحاد الأوروبي مثلاً، تقوم المحاكم بنشر قراراتها على شبكة الإنترنت، كما توفر امكانية الاطلاع إلكترونياً على جميع الآراء واللوائح والمستندات المحفوظة لديها.

وفي الدول العربية هناك جهود هامة بذلت في اتجاه إدماج تكنولوجيا المعلومات ونظم المعلومات التي تنتشر المعلومات القضائية والقوانين واجتهادات المحاكم، وتعد دولة الإمارات العربية المتحدة في مقدمة تلك الدول.

لا شك إن تطبيق تكنولوجيا المعلومات والاتصال في المحاكم سوف يجلب العديد من المزايا وسوف تواجهه

بعض الصعوبات:

آ- **المزايا:** إن اعتماد نظم تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في عمل المحاكم أنتج مزايا عديدة من أهمها:

1. معالجة مشكلة تراكم القضايا.
2. التوفير في الوقت وفي المال ناتج عن تسهيل وتسريع عمل المحاكم.
3. التسجيل الرقمي الفوري للأحكام ونشرها مباشرة بشتى الوسائل الالكترونية.
4. عرض الأدلة بسرعة وحفظها.
5. سماع الشهود عن بعد.
6. تسهيل اطلاع الجمهور على الأحكام.

ب- **الصعوبات:** في المقابل ينتج عن اعتماد نظم تكنولوجيا المعلومات والاتصالات صعوبات تتمثل ب:

- (1) الكلفة العالية للتجهيزات الالكترونية الاساسية وإبقائها معدلة وحديثة.
- (2) التكلفة والوقت المطلوبان لتدريب الكوادر القضائية على استخدامها.
- (3) تعديل بعض التشريعات القانونية لتنماشى مع متطلبات تطبيق تكنولوجيا المعلومات والاتصالات داخل قاعات المحاكم وهي ليست بمهمة سهلة لاختلاف الآراء حولها.
- (4) ضرورة توفير طواقم متخصصة تضطلع بالأمور التالية:
- وضع البرامج وتحديثها (يتطلب أخصائيين في المعلوماتية القانونية).

إدارة الجودة الشاملة في المؤسسات القضائية

- تجهيز قاعات المحاكم بالأجهزة والمعدات الالكترونية واقامة شبكة اتصالات بينها مع ما يترتب على ذلك من صيانة واصلاح للأعطال التي قد تطرأ.
- إعداد القضاة، وموظفي المحاكم والمحامين لتمكينهم من استخدام التكنولوجيا الحديثة.

الفرع الثالث: عقبات تحديث الإدارة القضائية

ثمة صعوبات تعيق ولكنها لا ينبغي أن توقف تحديث الإدارة القضائية وتحسين جودة القضاء ومن هذه العقبات⁴³:

- (1) تنوع مكونات العدالة، وهي مكونات وإن كانت تعمل في فضاء واحد، لكن أنظمتها غير موحدة وحتى
- (2) مختلفة، ما يدفع أحياناً إلى اتخاذ مبادرات تحديث جزئية، وهو ما قد يخلق الانطباع بعدم الانسجام بين مكونات العدالة التي تبدأ بالعمل وفق سرعات مختلفة.
- (3) أثر تحديث الإدارة القضائية على استقلال القضاء، حيث إن أية محاولة لتنظيم عمل القاضي يفرضها التحديث، قد يفهم منها أنها سوف تؤدي إلى الحد من استقلالية وسلطة القاضي.
- (4) نقص الإمكانيات المادية، فإذا كان اتخاذ بعض مبادرات تحديث الإدارة القضائية قليلة التكلفة، مثل؛ تحديث النصوص التشريعية، تنظيم المهن، وتنظيم الطرق البديلة لحل النزاعات، فإن باقي أوجه التحديث مثل؛ توفير العدد الكافي من القضاة، ومن الموظفين، التدريب والتأهيل، إدخال تكنولوجيا المعلومات، توفير بنية تحتية ملائمة، وغيرها، يتطلب تخصيص اعتمادات مالية في الميزانية العامة.
- (5) صعوبات تطبيق معايير الجودة المتعارف عليها في غير مرفق القضاء على الجهاز القضائي، لأن طريقة عمل القضاء لا تسمح بعملية تقييم موضوعي، حيث يتعذر الابتعاد عن التقييم الذاتي والشخصي إزاء خدمات مكونات وأجهزة العدالة، ألا يقول المثل: "نصف الناس أعداء القاضي؛ هذا إن عدل"
- (6) مشكلة النخبوية في الخدمة القضائية: ثمة عقبة أو بعبارة أدق ثمة تحدٍ يواجه الإدارة القضائية ويتمثل في صعوبة وصول الفقراء إلى الخدمة القضائية بسهولة، فمنذ نحو عقدين من الزمن⁴⁴ عبر ملتقيات ومنتديات

⁴³ عبد المجيد غميج، مرجع سابق، (بتصرف)

⁴⁴ Abregú, M., (2001), 'Barricades or Obstacles: The Challenges of Access to Justice', in Puymbroeck, R. V. (ed.) Comprehensive Legal and Judicial Development: Toward an Agenda for a Just and Equitable Society in the 21st Century, The World Bank, Washington, D.C., pp. 53-59.

دولية_ طرحت قضية وصول الفقراء إلى حقوقهم عبر المؤسسات القضائية، من حيث أنهم لا يحصلون على العدالة بشكل متساوٍ، وأن ذلك يقوض امكانية المساواة في المجتمع، وقد استخدم حينها اصطلاح النخبوية في الخدمة القضائية the Elitism of the Judicial Service وفي ذلك الوقت جرى تحديد العقبات obstacles التي تعترض وصول الفقراء إلى العدالة، وهذه العقبات تعد من المشكلات الرئيسة التي تواجه الإدارة القضائية، وتم تصنيفها إلى:

- **عقبات تشغيلية Operational** وتتصل بالكفاءة الداخلية لنظام العدالة، مثال على ذلك عدم التعاون بين مختلف الهيئات داخل نظام العدالة؛ نقص خدمات المساعدة القانونية؛ عدم تقديم المشورة قبل المحاكمة؛ وغلاء الرسوم القضائية.
- **عقبات هيكلية Structural** ترتبط بتنظيم المجتمع، وبالتالي النخبوية في نظام العدالة التي تتجلى بصور عدة منها؛ أن المحاكم تتواجد أكثر في المناطق الحضرية، ضعف الفقراء وانعدام الوعي بحقوقهم والرسوم القضائية وأتعاب المحامين المرتفعة عليهم، وغيرها، وعلى الرغم من أن هذه العقبات الهيكلية ليست بالضرورة متأصلة في نظام العدالة، فإنها تمثل مشكلة بالنسبة لإقامة العدل على نحو منصف.
- لذلك فإن تحديث الإدارة القضائية ينبغي أن يتصدى لمسألة النخبوية التي نعتقد أنها مازال قائمة، وأكثر من ذلك فالبعض يتحدث اليوم عن محاكم أو غرف في المحاكم تعمل وفق نظام الخدمات العالية والخاصة VIP مقابل رسوم أعلى، إن التصدي لهذه المسألة يتم عبر سياسات منها على سبيل المثال:
 - لامركزية في المحاكم وضرورة نشرها في كل المناطق حسب عدد السكان لجعلها أيسر منالاً.
 - جعل مباني المحاكم أكثر ترحيباً بالناس العاديين، وتشكيل إدارة العدالة لتناسب العميل.
 - اشراك جميع الجهات الفاعلة في إصلاحات قطاع العدل، خاصة المتقاضين والمحامين الذين يمثلونهم، والمنظمات غير الحكومية.
 - السماح للمنظمات غير الحكومية NGOs والتعاونيات غير المنظمة في الإجراءات القانونية بتوفير الخدمات القانونية للفقراء.
 - في المناطق التي يندر فيها وجود محامين، يتم تدريب المحامين المساعدين والقانونيين على مساعدة الفقراء على رفع قضاياهم إلى المحاكم.
 - تدريب القضاة على التعامل مع المطالبات الجماعية.

الفرع الرابع: آفاق تحديث الإدارة القضائية

إن تحديث الادارة القضائية يستهدف، بالأساس، التنظيم الداخلي للعمل في المؤسسات القضائية، والاستخدام الأمثل للموارد المادية والبشرية والتقنية، وتحسين خدماتها المقدمة لعملائها، أي إننا نرى أن تطوير الإدارة القضائية ينبغي أن يركز على المحاور الآتية⁴⁵:

- أ- محور التشريعات: أي ضرورة اصلاح التشريع ذي الصلة بالإدارة القضائية "قانون السلطة القضائية"، وسن تشريعات تسهم في تسريع إجراءات النقاضي وتختصر الحلقات الزائدة.
- ب- الحوكمة Governance: أي اعتماد مبادئ ومعايير الحوكمة في الإدارة القضائية من خلال:
 - اعادة هندسة الإجراءات القضائية.
 - مراجعة خريطة التوزيع الجغرافي لمراكز الخدمة القضائية (المحاكم) ولزيادة عددها أو دمج بعضها.
 - استحداث وسائل بديلة لحل المنازعات.
 - توفير الشفافية والمساءلة والمحاسبة في الأنشطة القضائية كافة.
 - أن تكون الإدارة القضائية على درجة عالية من المهنية والاحترافية والكفاءة.
 - تحسين الوضع المادي للقضاة والموظفين وتكثيف التدريب المستمر لهم وتنظيم جديد للعمل وتوزيع عقلائي لعبء العمل والموارد المتاحة.
 - اعتماد النظم والأساليب الإدارية الحديثة في إدارة المحاكم بغية الوصول إلى استغلال أفضل للموارد المتاحة، وتمكين المسؤولين القضائيين من صلاحيات ادارية أوسع في ادارة موارد المحكمة.
 - تعاون وحشد جهود الجميع لتحسين الأداء، وهذا يتطلب تفعيل نظام المعلومات القضائية JIS بغية جمع المعلومات وتداولها.
- ت- التكنولوجيا الحديثة: من خلال توسيع استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في الأنشطة القضائية بما يسهم في تسهيل الولوج الى الخدمات القضائية والنقاضي وتداول المعلومات إلكترونياً.
- ث- ثقافة الجمهور عن طريق تسهيل الولوج الى العدالة، الشفافية، الاستقبال اللائق، الرسوم العادلة، تقديم المساعدة القانونية لوصول الفقراء الى المحاكم، وتفعيل الوسائل البديلة لحل المنازعات.

⁴⁵ مجلس شورى الدولة في جمهورية العراق، مرجع سابق، ص 5-11، (بتصرف).

المطلب الثاني: المبادرات الدولية لتحديث الإدارة القضائية

منذ عقود بدأت محاولات وجهود إصلاح الإدارة القضائية وبشكل خاص إدارة المحاكم وتحديثها وتطويرها وتحقيق الجودة فيها، فعلى سبيل المثال فإن صندوق "المحاكم الحديثة"⁴⁶ تأسس في سنة 1955م في نيويورك، كان يهدف إلى:

- تحسين الإدارة والجودة في محاكم نيويورك، عن طريق بناء علاقات شفافة مع منظمات الادعاء وأفراد المجتمع، ونقابات المحامين والدولة الاتحادية والحكومة المحلية.
- العمل مع أولئك الذين يرغبون في ضمان وجود سلطة قضائية مستقلة ونزيهة.
- توفير قضاة مؤهلين تأهيلاً عالياً.
- تحقيق المساواة في الوصول إلى العدالة.

وفي فرنسا تحققت خطوات مهمة في مجال تحديث الإدارة القضائية وتحسين جودة المنتج القضائي⁴⁷ وذلك من خلال التجربة الفرنسية التي اصطلح على تسميتها "بيوت العدل والقانون" وتُحوّل هذه البيوت للأفراد:

- حق اللجوء إلى القضاء بسهولة ويسر
 - حق الحصول على الوثائق والمستندات القانونية
 - تتبع مسار الإجراءات القضائية
 - الحصول على نسخة من القرار القضائي
 - تقديم استشارات مجانية عند الطلب.
- إن المجهودات الدولية في تطوير الإدارة القضائية ذهبت اليوم بعيداً لتصل إلى مرحلة التميز المؤسسي، حيث أن التميز هو درجة عالية من الجودة، لأنه يعني النقر والتفوق على الآخرين فيما يقومون به ويقدمونه من منتجات أو خدمات، أو هو تلبية ما هو أكثر من توقعات العميل، أو هو مرحلة متقدمة من الأداء الكفؤ والفعال والذي يتم التوصل إليه نتيجة لتطبيق مفاهيم الجودة الشاملة⁴⁸.

⁴⁶ The Fund for Modern Courts: <https://moderncourts.org/> تاريخ الزيارة 2019/6/10

تأسس بجهود المواطنين المعنيين والمحامين البارزين وكبار رجال الأعمال، وهو منظمة مستقلة.

⁴⁷ بشرى النيه، سعيد الأخضر، (2003)، نتائج ندوة "جودة الخدمات وتقييم عمل المحاكم" المنعقدة في إطار التعاون المغربي الفرنسي، الرباط، 12-13 مايو.

⁴⁸ عبد الله حسن مسلم، مرجع سابق، ص204

إدارة الجودة الشاملة في المؤسسات القضائية

ثمة مبادرات أمريكية وأوروبية وغيرها جرى ويجري تنفيذها على نطاق واسع في تلك المناطق، وتأخذ بها كلياً أو جزئياً الأنظمة القضائية حول العالم.. وسوف نتناول أهم هذه المبادرات بناءً على تسلسلها الزمني:

أولاً- المركز الوطني لمحاكم الدولة

إن المركز الوطني لمحاكم الدولة (الولاية) NCSC، الذي أنشأ في سنة 1971م في الولايات المتحدة، ولاحقاً بدأ يقدم المساعدة الفنية والإدارية لتعزيز نظم وخدمات العدالة في جميع أنحاء العالم، وتشمل الخدمات الاستشارية التي يقدمها المجالات الآتية⁴⁹:

- حوكمة القضاء Judicial Governance
- التعليم القضائي Judicial Education
- التدريب المهني Professional Development
- الإدارة القضائية Judicial Administration
- تكنولوجيا المحكمة Court Technology
- الوصول إلى العدالة Access to Justice
- الأخلاقيات، النزاهة، ومكافحة الفساد Ethics, Integrity, and Anticorruption
- العدالة الجنائية Criminal Justice
- الجريمة المنظمة والعابرة للدول Transnational and Organized Crime
- محاكم الأحداث Juvenile Justice

نظام قياس معايير الأداء في المحاكم الابتدائية (TCPS)

قام المركز الوطني لمحاكم الولاية NCSC ومكتب المساعدة القضائية التابع لوزارة العدل الأمريكية، بوضع هذا النظام في أغسطس 1987، لتطوير معايير الأداء للمحاكم الابتدائية TCPS، يستند النظام إلى مبادئ توجيهية أربعة، أما مكوناته⁵⁰ فهي: خمسة مجالات أداء Performance areas تتضمن 22 معياراً

⁴⁹ National Center for State Courts: NCSC: <http://www.ncscinternational.org/> تاريخ الزيارة 2019/6/20

امتدت نشاطاته إلى أكثر من 70 دولة حول العالم، ويعمل اليوم في أكثر من 30 دولة.

⁵⁰ <https://www.ncsc.org/~media/Files/PDF/>

Standards محدداً للأداء تحدد أهدافاً للأداء الفعال في المحاكم، والتي تتضمن بدورها 68 مقياس Measures لأداء المحاكم تعد بمثابة التدابير المختبرة ميدانياً لتقييم مدى التزام المحاكم بمعايير الأداء. أي أن النظام يمثل منهجاً للتقييم الذاتي self-assessment يُمكن للمحاكم أن تتكيف معه لتلبية احتياجاتها الخاصة، من خلال تركيزه على التقييم المنهجي لأداء المحكمة الابتدائية لتحسين أدائها، من خلال النظر إلى المحكمة على أنها نظام System ينطوي على عمليات ومهام مترابطة وتؤثر بعضها على بعض، بحيث لا يشمل عمل القضاة فحسب، بل جميع من يؤدون مهام إدارية في المحاكم، فضلاً عن الدفاع، الادعاء العام، ومقدمي الخدمات الاجتماعية.

إن مجالات الأداء الخمسة هي:

- (1) الوصول إلى العدالة Access to Justice ينبغي أن تكون المحاكم الابتدائية مفتوحة ومتاحة وسهلة الوصول، ويشمل مجال الأداء هذا 5 معايير تتصل ب: شفافية وعلنية الإجراءات العامة، السلامة وإمكانية الوصول والراحة، المشاركة الفعالة للجميع، المجاملة والاستجابة، تكاليف الوصول الميسورة.
- (2) السرعة وحسن التوقيت Expedition and Timeliness ينبغي أن تفي المحكمة بمسؤولياتها تجاه كل من يتأثر بأعمالها وأنشطتها في الوقت المناسب ومن دون تأخير. يتضمن مجال الأداء هذا 3 معايير تتصل بمعالجة القضية، الامتثال Compliance، التطبيق الفوري للقانون والإجراءات الجديدة أو المعدلة.
- (3) المساواة والانصاف والنزاهة Equality, Fairness and Integrity ينبغي على المحاكم الابتدائية أن توفر الإجراءات القانونية الواجبة والحماية المتساوية في القانون لجميع الذين لديهم عمل أمامها، يتضمن مجال الأداء هذا 6 معايير هي: عملية قضائية عادلة وموثوقة، هيئة المحلفين، قرارات وإجراءات المحاكمة، الوضوح، مسؤولية الإنفاذ، إنتاج وحفظ السجلات.
- (4) الاستقلالية والمساءلة Independence and Accountability: يجب على القضاء أن يؤكد ويحافظ على تميزه باعتباره فرعاً مستقلاً من فروع الحكومة، ويجب على المحاكم أن تضع حدودها القانونية والتنظيمية،

إن مشروع TCPS أطلق في سنة 1987، وفي سنة 1990 تم تعميم معايير أداء المحاكم الابتدائية على جميع محاكم ولاية فرجينيا، ثم تم اختياره في محاكم مختارة بأحجام مختلفة في ولايات أمريكية أخرى ليصبح الآن معتمداً بطريقة ما من قبل جميع أو معظم المحاكم في الولايات المتحدة. من ناحية ثانية فإن TCPS، جرت المصادقة عليه بواسطة مؤتمر القضاة الرؤساء Chief Justices، ومؤتمر مديري محاكم الولايات، والرابطة الوطنية لإدارة المحاكم، ورابطة القضاة الأمريكيين، وغيرهم، واليوم فإن النظام يُستخدم في العديد من بلدان العالم منها أستراليا وكندا ونيوزيلندا وروسيا وغيرها.

إدارة الجودة الشاملة في المؤسسات القضائية

وأن ترصد عملياتها وتراقبها، وأن تعلن عن أدائها، يشمل مجال الأداء هذا 5 معايير هي: الاستقلال، المجاملة في علاقاتها مع الحكومة، العلاقات العامة، التعليم العام أي أن تبلغ المحكمة عن احتياجاتها الحالية والمستقبلية من الكوادر، الاستجابة للتغيير.

(5) الثقة العامة Public Trust and Confidence إن الامتثال للقانون، يؤدي إلى احترام الجمهور للمحكمة، حيث أن ثقة الجمهور بالمحاكم تبنى من خلال التجربة المباشرة للمواطنين معها، يتضمن مجال الأداء هذا 3 معايير تتصل ب: امكانيه الوصول، وظائف المحكمة السريعة والعدالة والموثوق بها وبأن قرارات المحكمة تتمتع بالنزاهة Integrity، استقلال القضاء والمساءلة.

في المحصلة فإن نظام TCPS يتضمن مجموعة من المؤشرات لتحسين سير العدالة وتحقيق جودة العدالة انطلاقاً من المجالات الخمسة⁵¹.

فهذه المؤشرات تركز في الواقع معايير إذا ما تم الالتزام بها جميعها فسوف تقود إلى تحقيق عدالة ذات جودة عالية، لأن العدالة لا تتجزأ في حد ذاتها، لكن طريقة صدورها قد تؤثر في قيمتها وجودتها، فصدور حكم عادل بعد مرور مدة طويلة، قد يجعله قليل الفائدة مما لو صدر في الأجل المعقول، حيث يقال أن: "العدالة البطيئة ليست عدالة".

إن معايير TCPS تُشجّع المحاكم على اجراء التقييم الذاتي والتحسين المستمر كجزء من الإدارة الروتينية للمحاكم والتخطيط والقيادة، وتحقيقاً لهذه الغاية، تم تصميم عنصر القياس في النظام لجمع المعلومات التي يمكن للمحكمة أن تستخدمها بطرق متنوعة، ورغم أن TCPS استعمل بشكل فعال ومستمر لقياس الأداء غير أنه لا يمكن القول أنه أصلح كل شيء، حيث إن البحوث أظهرت انه لا ينبغي لأية محكمة أن تطبق وتستخدم جميع مجالات الأداء المشار إليها دفعة واحدة لأن المحكمة سوف تُعرض نفسها للفشل، وأن مفتاح التنفيذ الناجح لهذا النظام يتمثل في التركيز على مجال أداء واحد أو أكثر مع اتخاذ تدابير محددة للإبقاء على أعباء القياس في مستوى يمكن التحكم فيه، ثم الانتقال إلى مجال ثانٍ وهكذا حتى تطبيق النظام بأكمله.

⁵¹ Keilitz, Ingo, (2000), Standards and Measures of Court Performance: Trial Court Performance Standards (TCPS), CRIMINAL JUSTICE, VOL. 4, pp.564. انجو كيليتر كان مدير المشروع

ثانياً- نموذج محكمة الاستئناف في روفانييمي لتقييم الجودة

بدأ مشروع الجودة هذا في سنة 1999م في فنلندا، وكانت من بين نتائجه الهامة أنه وضع معايير جودة تخص الفصل في المحاكم داخل الولاية القضائية لمحكمة استئناف روفانييمي، كما وضع معايير للجودة يمكن استخدامها للتحقق من حالة الإدارة القضائية للمحاكم وتطويرها لتحديد الاحتياجات التطويرية والتدريبية، الى جانب ذلك وضع معايير للجودة تعمل على تمكين الأطراف الأخرى في الإدارة القضائية من المشاركة في أعمال المناقشة والتطوير المتعلقة بجودة التقاضي بحيث ركزت معايير الجودة على تقييم وتطوير جودة العملية القضائية وإصدار القرارات اعتماداً على تقييم الأطراف الخارجية للمحكمة. وتتألف معايير الجودة من ستة معايير هي: العملية، القرار، معاملة أطراف الخدمة القضائية والجمهور، سرعة سير الإجراءات، كفاءة القاضي ومهاراته المهنية، وتنظيم التقاضي وإدارته. وتتضمن هذه المعايير ما مجموعه 40 من المعايير الفرعية للجودة.

حظي المشروع بالكثير من الاهتمام الوطني والدولي وتلقى الاعتراف وشهادات الجودة والجوائز العديدة⁵²، كما إن كثيراً من المحاكم في فنلندا وفي أوروبا وفي مناطق أخرى من العالم استفادت من المشروع، وقد تُرجمت معايير الجودة للمشروع ونتائجه إلى اللغات الصينية والانكليزية والفرنسية وغيرها.

⁵² ROVANIEMI COURT OF APPEAL Model for the Quality Assessment System, Printed by: Erweko, Rovaniemi, 2014, pp.11-13, shared on: https://oikeus.fi/hovioikeudet/rovaniemenhovioikeus/material/attachments/oikeus_hovioikeudet_rovaniemenhovioikeus/uusikansio_17/niaDsWiwp/hovioikeus_CAF_englanti_72dpi.pdf. تاريخ الزيارة 2019/7/6

انطلق المشروع بالتعاون بين محكمة الاستئناف في روفانييمي Rovaniemi Court of Appeal والمحاكم المحلية التي تدخل في نطاق اختصاصها من جهة، وبين كلية القانون في جامعة لابلاند University of Lapland وقامت وزارة العدل بتمويل المشروع، بحيث يسعى برنامج الدراسة في كلية القانون إلى تلبية الاحتياجات التدريبية عن طريق مواصلة تعليم المحامين والموظفين المكتبيين العاملين في المحاكم، مع التركيز على نوع التعليم الذي يجمع بين المعرفة الأكاديمية والاحتياجات العملية للحياة المهنية، وكذلك تطوير المهارات الأساسية والمهارات الفنية للقضاة، والمهارات الإدارية لموظفي المحاكم والتعليم المستمر.

نقطة البداية والهدف من مشروع الجودة ضمن الولاية القضائية لمحكمة الاستئناف في روفانييمي كان تحسين عمل المحاكم في إطار اختصاص محكمة الاستئناف، وباستخدام العمل والتدريب في مجال إدارة الجودة لمواجهة التحديات التي تفرضها التغيرات في بيئة العمل، والطريقة الرئيسية للعمل في مجال إدارة الجودة هي المناقشة المنهجية مع القضاة، وقد أدى هذا الحوار إلى زيادة الاتصال وتمكين التفاعل ومقاربة أفضل الممارسات في المحاكم. كما أنه أثرى أعمال إدارة الجودة بشكل لافت للنظر كنموذج لأفكار تطوير نظام تقييم الجودة الخاصة بجميع الأطراف في الإدارة القضائية. في سنة 2005، حصل مشروع الجودة على جائزة السند القانوني العام لنقابة المحامين الفنلندية، وفي ذات السنة فاز المشروع بجائزة "الميزان البلوري للعدالة" الصادرة عن مجلس أوروبا والمفوضية الأوروبية.

ثالثاً - المفوضية الأوروبية لكفاءة العدالة (CEPEJ)

تم تشكيل المفوضية⁵³ في 18 سبتمبر 2002م بموجب قرار اللجنة الوزارية لدول مجلس أوروبا، لتعزيز دور القانون والحقوق الأساسية في أوروبا، على أساس المعاهدة الأوروبية لحقوق الإنسان وخاصة المادة 5 منها (حق الحرية والأمان) والمادة 6 (حق المحاكمة العادلة) والمادة 13 (الحق في الانتصاف الفعال) والمادة 14 (مكافحة التمييز)، وضمان فعالية العدالة ونزاهة وكفاءة القضاء في دول المجلس، ومن ضمن مهام المفوضية استخدام تكنولوجيا المعلومات الجديدة لتحسين كفاءة العدالة.

ومن أجل تنفيذ هذه المهام المختلفة، تقوم المفوضية بإعداد المعايير، وجمع البيانات وتحليلها، وتحديد أدوات القياس ووسائل التقييم، واعتماد الوثائق (التقارير، والنصائح، والمبادئ التوجيهية، وخطط العمل، وما إلى ذلك)، وتطوير الاتصالات مع المؤهلين من أصحاب العلاقة من؛ شخصيات ومنظمات غير حكومية، ومعاهد البحوث ومراكز المعلومات، وتنظيم جلسات الاستماع، وتعزيز التواصل مع منظمات المهنيين القانونيين.

وتتمثل مهام المفوضية في الآتي:

- تحليل نتائج النظم القضائية في الدول الأعضاء لتحديد الصعوبات التي تواجهها
 - تحديد السبل الملموسة لتحسين تقييم نتائج وأداء النظم القضائية
 - تقديم المساعدة للدول الأعضاء، بناء على طلبها
 - اقتراح الصكوك القانونية الجديدة يتم تقديمها إلى مجلس أوروبا
- إن من نتائج أعمال وتوصيات المفوضية الأوروبية لكفاءة العدالة CEPEJ إطلاق مجموعة من المعايير التي تخص جودة الإدارة القضائية؛ وتتمثل في النقاط التالية:

1 سهولة الولوج إلى مرافق العدالة والاستفادة من خدماتها

في سنة 2006، تم نشر تقرير عن نظام قياس الجودة يتضمن سرداً للمبادئ المتعلقة بتقييم جودة الأحكام القضائية ومقارنة دولية لقياس جودة التقاضي، ووجهة نظر العملاء، وتعريف معايير الجودة المختارة للفصل فيها، ووصفاً لأساليب البحث والقياس المستخدمة وجدول معياري للجودة في المحكمة. في سنة 2007 تم تعميم المشروع ليشمل جميع محاكم المقاطعات الخاضعة للولاية القضائية لمحكمة الاستئناف، وبعد تقييم نتائج المشروع في سنة 2008م حيث أشارت النتائج إلى نجاحه جرى تعميمه على المحاكم في فنلندا، وعلى محاكم في أوروبا وبعض دول العالم. وفي سنة 2013م تم تصميم معايير جديدة إضافية للجودة تخص التقييم الذاتي للقضاة.

تاريخ الزيارة 2019/7/7 <https://www.coe.int/en/web/cepej/about-cepej>⁵³

يخضع عمل المفوضية لنظام أساسي وتضم المفوضية خبراء من جميع الدول الأعضاء في مجلس أوروبا ال 47 إضافة إلى أعضاء آخرين بصفة مراقبين وعددهم 5 دول مثل الولايات المتحدة واليابان وكندا، وهناك خمسة دول أخرى مرشحة بصفة مراقب منها دول عربية.

- 2 نزاهة القضاة واحترامهم لشرف مهنتهم
- 3 احترام حق الدفاع وحضور المحامي
- 4 حياد القضاء
- 5 احترام حق التعرض وضمانه لكل من يرغب في استعماله
- 6 إمكانية اطلاع المتقاضين على الملفات التي تهم مصالحهم
- 7 الحق في الاستعانة بمترجم في التعامل مع القضاء
- 8 التزام المحاكم بتعليق القرارات التي تصدرها
- 9 ضمان حق الطعن بكل درجاته لكل من يرغب في اللجوء إليه
- 10 ربط جودة عمل القاضي بنوعية القضايا التي يفصل فيها عوضاً عن عددها، فالقاضي الجيد هو الذي يسرع في الفصل في قضايا معقدة.

من ناحية ثانية فقد طورت المفوضية الأوروبية ما تسمى لوحة العدالة The Justice Scoreboard التي تمثل أداة معلومات إحصائية بشأن كفاءة النظم القضائية، وتوفر نظرة مقارنة لجودة واستقلالية وكفاءة نظم العدالة الوطنية، ما يجعل من السهل تحديد أوجه القصور وأفضل الممارسات وتتبع التقدم المحرز والتحديات، كما أنها أداة قياس تستخدمها المفوضية لاطلاع صانعي السياسة حول أداء منظمات العدالة في الدول الأعضاء. وبهذا المعنى فإن لوحة العدالة تمثل أداة مقارنة وأداة للرقابة على حد سواء، وتستخدم المؤشرات التالية:

- طول مدة الإجراءات: ويتم التعبير عن طول الإجراءات للقضية الواحدة بالأيام.
- معدل البت في القضايا: أي نسبة عدد القضايا التي تم الفصل فيها إلى عدد القضايا الواردة في فترة محددة.
- عدد القضايا المعلقة أي التي لا يزال يتعين أن تعالج في بداية الفترة (مثلاً في سنة).
- رصد وتقييم أنشطة المحاكم باستخدام معايير ومؤشرات الأداء.
- رأي الجمهور باستقلال ونزاهة السلطة القضائية.

governance، أو الإدارة، أو العمليات، كما تعهد الاتحاد بأنه سوف يعمل بانتظام على مراجعة وتنقيح الإطار ليعكس التطورات الجديدة لتحسين كيفية تقديم المحاكم والنظام القضائي خدماته للشركاء.

يتضمن الإطار ثلاثة محاور هامة تتناول إدارة المحاكم هي:

أ- القيم الأساسية العالمية للمحاكم

إن قيم المحكمة الأساسية Court core values عشرة قيم هي: المساواة أمام القانون، الإنصاف، الحياد، استقلالية صنع القرار، الكفاءة والأهلية، النزاهة Integrity، الشفافية Transparency، إمكانية الوصول Accessibility، الجدولة الزمنية الصحيحة، اليقين Certainty .

ب- التقييم الذاتي لتمييز المحكمة

إن التقييم الذاتي SELF-ASSESSMENT لتمييز المحكمة يتضمن تقييم أداء المحكمة في سبعة مجالات للتمييز تتماشى مع القيم الأساسية، فضلاً عن المفاهيم والأدوات التي تمكن المحاكم في جميع أنحاء العالم من تقييم وتحسين جودة العدالة وإدارة المحكمة بشكل طوعي وذاتي، ويقدم النصح للمحاكم لتحسين أدائها، وهذه المجالات السبعة هي⁵⁶:

1- قيادة وإدارة المحكمة: من حيث إن القيادة الملهمة والإدارة الاستباقية في أية محكمة تعد أمراً حاسماً بالنسبة لنجاحها وتميزها، لأنها تدرك أنها لا تعمل بمعزل عن المجتمع والشركاء الخارجيين، كما إن تميز المحكمة يستلزم إدارة مهنية عالية يكون تركيزها على الابتكار، وأن المحاكم المتميزة هي التي تحفز قادتها على المشاركة في التدريب لتحسين مهاراتهم الإدارية.

2- تخطيط وسياسات المحكمة: أي إن على المحاكم تجميع بيانات حول أدائها سواء من داخلها أو من بيئتها الخارجية وشركائها ثم إخضاعها للتحليل واستخدام نتائج التحليل كمدخلات Input في نظام التخطيط وسياسات الأداء والجودة، لأن التخطيط والسياسات يجب أن تستند إلى معلومات دقيقة وموثوق بها.

3- موارد المحكمة (البشرية والمادية والمالية): إن المحاكم المتميزة تدير الموارد المتاحة لها بشكل سليم وفعال وفق أولويات آخذة بعين الاعتبار الرغبات المتغيرة واحتياجات مستخدمي المحاكم والمجتمع.

4- إجراءات وعمليات المحكمة: إن المحاكم المتميزة تراجع سير الإجراءات استناداً إلى تحليل ووصف

⁵⁶ المرجع السابق، ص 11-14

إدارة الجودة الشاملة في المؤسسات القضائية

- عمليات المحكمة، لتحديد جوانب الضعف واتخاذ ما يلزم للتحسين في الوقت المناسب، وكذلك مراجعة مدة عملية النقاضي وتقييمها باستمرار، ورصد الاجراءات التي تأخذ وقتاً طويلاً بغية اختصارها.
- 5- رضا العميل: لقد أظهرت الأبحاث والمسوحات Survey أن رضا مستخدمي المحاكم يتأثر بكيفية المعاملة وسير الإجراءات أكثر مما يتأثر بنتيجة القضية إيجابية كانت أم سلبية، وبناء على ذلك، يجب أن تتناول التدابير ليس فقط مستوى الرضا بنتيجة الدعوى، بل أيضاً مستوى الارتياح لكيفية معاملة القضاة وموظفي المحاكم، وكذلك قياس خبرة القضاة والموظفين على فهم إجراءات المحكمة، واتخاذ القرارات.
- 6- خدمات المحكمة سهلة وبرسوم معقولة: إن المحاكم المتميزة هي التي تقدم خدماتها برسوم معقولة تكون ضمن إمكانيات المتقاضين، وأن الوصول للمحكمة ينبغي أن يكون سهلاً وآمناً وأن توفر التكنولوجيا تحديد موقع المحكمة وطرق الوصول إليها، الحصول على المعلومات، دفع الرسوم، الإيداع الإلكتروني، التداول عن طريق الفيديو Videoconferencing، لأن ذلك من شأنه أن يشعر المتقاضين بالراحة.
- 7- ثقة الجمهور: إن الجودة العالية للقرارات القضائية، واحترام القضاة لإجراءات المحكمة، وشفافية العمليات، سوف تزيد من ثقة الجمهور في النظام القضائي وأن ذلك سوف يعزز الامتثال الطوعي لأوامر المحكمة، ويعزز احترام سيادة القانون، وزيادة الدعم المالي للمحاكم.

ت- المقاييس العالمية لأداء المحاكم

- حيث تضمن الإطار مقاييس عالمية لأداء المحاكم Global Measures of Court Performance تشمل 11 مؤشر قياس رئيسي لتقييم أداء المحكمة تتماشى مع القيم ومجالات تميز المحكمة التي يتضمنها الإطار، وهي⁵⁷:
1. رضا المستخدمين المحكمة: من حيث أن المحكمة توفر سهولة الوصول، العدالة، الدقة، الوقت المناسب، القابلية للمعرفة، والخدمات القضائية اللبقة.
 2. رسوم التسجيل أي متوسط رسوم المحكمة.
 3. معدل إنجاز القضايا: عن طريق احتساب عدد القضايا المنجزة كنسبة من عدد الحالات الواردة.

⁵⁷ المرجع السابق، ص 9.

4. معالجة القضية في الوقت المناسب: النسبة المئوية للقضايا التي تم البت فيها ضمن الأطر الزمنية المحددة.
5. مدة الاحتجاز السابق للمحاكمة: أي متوسط وقت احتجاز المتهمين الجنائيين الذين لم تتم إدانتهم، وهم محتجزون في انتظار المحاكمة.
6. سلامة ملف المحكمة: أي النسبة المئوية من ملفات القضايا التي يتم حفظها واسترجاعها في الوقت الملائم، وتطبيق معايير الدقة والتنظيم والشمولية.
7. الحالات المتركمة: نسبة القضايا في سجلات المحكمة التي تجاوزت الأطر الزمنية المحددة أو المعايير الزمنية ذات الصلة.
8. اليقين في تاريخ المحاكمة: أي أن القضايا المهمة تعالج وفق جدولة محددة ومعلنة.
9. مشاركة الموظفين: أي كم هي النسبة المئوية من موظفي المحكمة الذين تتم مشاركة آرائهم.
10. الامتثال Compliance لأوامر المحكمة.
11. التكلفة لكل قضية: أي متوسط التكلفة للبت في قضية واحدة، تبعاً لنوع القضية.

تعقيب الباحث على المبادرات الدولية

إننا نرى أن التجارب والمبادرات الدولية الهادفة إلى تحديث وتطوير الإدارة القضائية وتحسين جودة الخدمة القضائية تعد هامة للغاية فهذه المبادرات جاءت كمحصلة لجهود كبيرة بذلت على مدى سنوات وكانت نتائجها أكثر من إيجابية فقد أحدثت فرقاً ملموساً في تطور الأداء والجودة في المؤسسات القضائية وعلى وجه الخصوص في المحاكم.

من ناحية ثانية فإن نتائج هذه المبادرات متاحة لجميع الأنظمة القضائية، وأن أصحاب هذه المبادرات مستعدون لتقديم نتائج أعمالهم والاستشارات اللازمة لأي نظام قضائي يطلبها.

إننا نعتقد أن من الهام على الأنظمة القضائية العربية أن تستفيد من هذه المبادرات وتعمل حسب مضامينها وربما يحتاج التطبيق فقط إلى إرادة حقيقية ورغبة صادقة بتطوير النظام القضائي، ويحتاج أيضاً إلى توفير الاعتمادات المالية في إطار الميزانية العامة اللازمة لكي تستطيع الأنظمة القضائية العربية تأمين المستلزمات التقنية والبرامج والتدريب وغيرها من ضرورات نجاح هذه المبادرات.

المبحث الثالث: إدارة الجودة الشاملة في المحاكم

يهدف تطبيق فلسفة إدارة الجودة الشاملة في المؤسسات القضائية الى تبني عملية منظمة بقصد ردم الفجوة بين مستوى الأداء المتوقع من قبل المتقاضين وأصحاب المصالح في مرفق العدالة_ ومستوى الأداء الفعلي، باتخاذ التدابير والإجراءات اللازمة لحماية العدالة واستدامتها عن طريق تحليل مواطن القصور ومعالجتها⁵⁸. صحيح أنه مضى حوالي ثلاثة عقود على المحاولات الأولى لتطبيق مفاهيم الجودة الشاملة في المحاكم، لكن مسار تطبيقها الناجز مازال طويلاً، ومتعثراً في بعض الأحيان بسبب مقاومة البعض أو عدم ثقة البعض الآخر أو نتيجة عدم إدراك لأهمية تطبيقها.

لقد رأينا إن من الضرورة بمكان إلقاء مزيداً من الضوء على مضامين الجودة في العمل القضائي، وعلى واقع تطبيق معايير الجودة في المحاكم بشكل عام، وعلى واقع جودة الإدارة القضائية في دولة الإمارات العربية المتحدة، لنصل في ختام المبحث إلى وضع تصورات ومسار لتطبيق إدارة الجودة الشاملة في المحاكم.

انطلاقاً مما تقدم فقد قمنا بتقسيم المبحث إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول: مضامين الجودة في العمل القضائي

المطلب الثاني: واقع إدارة الجودة الشاملة في المحاكم

المطلب الثالث: واقع الجودة القضائية في دولة الإمارات العربية المتحدة

المطلب الرابع: آفاق تطبيق إدارة الجودة الشاملة في المحاكم

المطلب الأول: مضامين الجودة في العمل القضائي

عند الحديث عن جودة خدمات القضاء فإنه ينبغي الانطلاق من⁵⁹:

- حاجة كل مجتمع لقانون، وحاجة هذا القانون لقضاء يضمن تفعيل أحكامه، وإذا انعدمت جودة العدالة أصبح معها القانون مجرد حبر على ورق.
- حاجة الإنسان إلى نظام قضائي متكامل، مستقل ونزيه، إذ ما من شك أن ما ينشده المتقاضي والمحامي والقاضي يصب في مصب واحد، وهو شيوع العدل وجودته.

⁵⁸ Keilitz, Ingo, Daniel Hall, Laurence Glanfield, (2017), Global Measures of Court Performance, Second Ed. PP.17.

⁵⁹ بشرى النيه، سعيد الأخضر، مرجع سابق.

إن الخدمة القضائية تمثل أهمية قصوى لأفراد المجتمع بشكل عام، وبتزايد الطلب على هذه الخدمة بشكل كبير بدليل القضايا الكثيرة جداً المنظورة أمام المحاكم نتيجة لتزايد عدد السكان ولتعدد وتنوع النشاط البشري في حياتنا المعاصرة.

من ناحية ثانية وانطلاقاً من ظاهرة المنافسة القائمة بلا هوادة في قطاع الأعمال، فإن النظم القضائية بدأت تشهد حالات تنافس فيما بينها، تبعاً لما توفره من أمن قضائي وقانوني لقطاع الأعمال والاستثمار والأسواق المالية وغيرها في إطار ما يعرف باقتصاد العدالة Judicial economy حيث أن للقضاء وجودة خدماته أثر بالغ على التنمية الاقتصادية ويكون هذا الأثر ايجابياً عندما يكون القضاء نزيهاً ومستقلاً ويقدم خدماته بجودة ترضي أطراف العملية القضائية، وتكون النتائج عكسية في حال العكس، والتنافس يكون في:

- سهولة التقاضي وسرعة البت في القضايا وجودة تقديم الخدمة القضائية في المحاكم.
- إدخال بدائل حل النزاعات مثل التحكيم والوساطة والصلح.. إلخ.
- إدخال مزايا وحوافز وخاصة في قطاعات الاقتصاد والاستثمار.

من ناحية ثالثة فإن المحاماة ومهن الاستشارة القانونية أصبحت عرضة للمنافسة سواء محلياً أو دولياً، لذلك فإن مكاتب المحامين شرعت في التحول إلى شركات تتنافس مع غيرها وتطبق نظم التسويق والترويج فيما بينها وتعتمد أخلاقيات المهنة لإرضاء العميل في إطار ما يعرف اليوم بسوق القانون أو سوق الخدمات القانونية Law Market.

ثمة تساؤل يطرحه الكثيرون في هذا السياق وهو: هل يمكن تطبيق معايير الجودة أو شهادات مطابقة الجودة (ISO 9001) مثلاً على جودة الخدمات القضائية؟

يمكن القول إن الأكثرية قالت نعم إن ذلك ممكن في تقييم جودة الخدمة القضائية مع إضافة أسس لهذه المعايير تكون مستمدة من الواقع القضائي وتناسب خصوصياته، فعلى سبيل المثال فإن معيار الأيزو ISO 9000 الذي يطبق في مجال تقديم الخدمات، يمكن أن ينطبق على المهن القانونية؛ كالمحامين ومكاتب الاستشارة القانونية، لكن ينبغي الاعتراف أنه مازال هذا الاتجاه يلقي بعض المعارضة في أوساط المحامين، وحجتهم أن القيام بهذا الأمر من شأنه أن يمثل دعاية لعدد من مكاتب المحاماة التي ستحصل على تصنيف مرتفع وهو ما يخالف قانون المهن، لكن هذا الرفض تلاشى تدريجياً مع تزايد أعداد مكاتب وشركات المحاماة التي حصلت

إدارة الجودة الشاملة في المؤسسات القضائية

على شهادة المطابقة ISO 9000:2008⁶⁰ ومنها عدد لا بأس به في الدول العربية وفي دولة الإمارات لوحظ زيادة واضحة في ذلك⁶¹.

إن مفهوم الجودة في مرفق العدالة يعبر عن⁶²: "نظام لتحسين مستوى أداء النظام القضائي ولزيادة الثقة به، فالجودة في مجال العمل القضائي تعني: محاكمة عادلة، التقاضي بتكلفة أقل، حياد تام للقاضي، سهولة الوصول إلى المعلومة القضائية، التقييم الذاتي لمؤسسات العدالة، وهذا يتحقق عبر الإلتقان للعمل الإداري-القضائي والعمل المستمر على تحسينه، واعتماد نظم تكنولوجيا المعلومات IT، وتوفير الموارد المادية اللازمة لتوفير احتياجات الأنشطة القضائية".

وهناك من يرى أن المقصود بجودة القضاء⁶³: "أنها عملية مستمرة من التحسين والتنظيم والتطوير لأعمال القضاء، والفصل بين الإدارة والسلطة القضائية ودمقرطة العمل القضائي وإشراك مؤسسات المجتمع المدني وبشكل خاص نقابة المحامين وغيرهم من المؤسسات ذات الصلة بالعمل القضائي".

يقول ديمغ إن 85% من مشكلات الجودة تكون بسبب الأنظمة والإجراءات، و15% فقط من المشكلات تنتج عن الموظفين⁶⁴. فهل هذا ينطبق على الجودة في مؤسسات القضاء؟

في الجواب نقول نعم ينطبق؛ إذ إننا نعتقد أن شكوى المتقاضين تكون في الغالب من إجراءات التقاضي وطولها ورسومها وتعامل الكوادر القضائية، أكثر من الشكوى من قرار القاضي والأحكام القضائية.

⁶⁰ نظام إدارة الجودة ISO 9001:2008 هو نظام إدارة العمليات التي تؤدي إلى إنتاج السلع أو تقديم الخدمات للعملاء بأسلوب يتسم بالفعالية والكفاءة، بناء على ممارسات إدارية تتسم بالجودة، تم إطلاقه اعتباراً من 15 نوفمبر 2008.

⁶¹ ونحن ننتهياً لإرسال البحث إلى وسيلة النشر نقلت وكالة أنباء الإمارات أن شرطة رأس الخيمة - كأحد الشركاء الهامين في مرفق العدالة - حصلت اليوم على الاعتماد العالمي لمعايير الأيزو ISO في كل من:

- نظام إدارة الابتكار وفق النموذج الأوروبي: "ISO56002-2019"

- نظام إدارة المعرفة: ISO30401-2018

- نظام إدارة الشراكات: ISO44001-2018 من شركة SGS Gulf LTD

فإذا كانت أجهزة الشرطة تحصل على أيزو فما بالك بالمحاكم التي تعد أسهل من حيث قدرتها على الحصول على هذه المعايير الدولية.

⁶² خليفة الجوباس، إدارة الجودة الشاملة في المجال القضائي، مقال منشورة بتاريخ 10 فبراير 2017م على موقع:

https://www.linkedin.com/pulse/-kefah-el-ghobbas?trk=portfolio_article-card_title تاريخ الزيارة 8/5/2019م.

⁶³ إبراهيم محمد أبو حماد، إدارة الجودة القضائية - الملاذ الأخير -، مقال منشورة على موقع: <http://www.jo24.net/post.php?id=131869> تاريخ النشر 2015/09/09 تاريخ الزيارة 13/8/2019.

⁶⁴ المرجع السابق

من زاوية ثانية فإن معايير قياس الجودة القضائية ليست مماثلة تماماً لتلك التي تطبق في المرافق الأخرى (غير مرفق القضاء) حيث أن غايات إدارة الجودة (إرضاء العميل، مراقبة الجودة، تقييم الجودة...) إلا أن هذه المعايير تستخدم في المؤسسات القضائية بشكل متميز، صحيح إن الخدمة القضائية تتشابه من حيث الشكل مع خدمات التعليم، الصحة، الثقافة، وغيرها من الخدمات التي يجري تقديمها للجمهور، لكن الخدمة القضائية لها ما يميزها عن باقي الخدمات المذكورة وهي أنها لن تتناول جودة قرار القاضي ولا جودة الأحكام التي يصدرها _وهي أساس الخدمة القضائية_ لذلك فهي تقتصر على كل ما يسبق ويلي تقديم هذه الخدمة وكذلك ظروف تقديمها.

إن جودة الخدمة القضائية تتحقق من خلال الجودة في المجالات الثلاثة التالية⁶⁵:

- جودة العدالة كخدمة عامة (جودة الولوج إلى الخدمة القضائية).
 - جودة العدالة كوسيلة لحل النزاعات (جودة التقاضي).
 - جودة العدالة باعتبارها مُنتجة لقيم، وحامية للحقوق والحريات (مدى ثقة الجمهور في المؤسسة القضائية).
- فإذا كانت الجودة في المجال الانتاج السلعي أو الخدمي تسعى لتحقيق رضا العميل أو المستهلك النهائي، فإن الجودة في ميدان العدالة تتعلق بإرضاء التطلعات المعقودة على العدالة، لذلك ينبغي وضع مقاييس ومؤشرات تتناسب جودة العدالة وتراعي خصوصيتها.

إن الحكم القضائي لن تعتبره الأطراف عادلاً إلا إذا كان في حد ذاته متوافراً على عدة مؤشرات تدل على جودته في جميع المراحل سواء قبل أو بعد صدوره، أي أن تكون مستمدة بالأساس من خصوصيات القضاء القضائي، وأن تكون متفقة مع الحاجيات المشروعة للمتقاضين.

إن جودة القضاء لم تعد مطلب اجتماعي فقط أي من وجهة نظر أفراد المجتمع الذين يتوقعون أن تكون خدمات العدالة ذات جودة عالية، لكن جودة القضاء أضحت عاملاً حاسماً في التنمية الاقتصادية والاجتماعية فلا ينبغي أن نتوقع حكومة ما في العالم أنها ستجح في تطبيق سياسات اقتصادية تكون فعالة في تحسين مستوى حياة شعبها، ولا بجذب المستثمرين للعمل في بلادها من دون أن يكون لديها قضاء حر ونزيه وتكون جودة القضاء واضحة بشكل لا لبس فيه، واليوم فإننا نعتقد أن القضايا ذات البعد الاقتصادي تمثل نسبة كبيرة من

⁶⁵ مقال منشورة على موقع: www.mohamoon-montada.com ، لم يذكر اسم الكاتب، تاريخ النشر 2014/10/1، تاريخ الزيارة 2019/8/21م.

القضايا المنظورة أمام المحاكم، وأن جودة القضاء تسهم في سرعة وعدالة البت في هذه القضايا، لأن تلك القضايا تمثل تعطيلاً لمال أو أصول Assets اقتصادية ينتظر الاقتصاد الاستفادة منها.

المطلب الثاني: واقع إدارة الجودة الشاملة في المحاكم

إن رواد الجودة الأوائل لم يبحثوا في تطبيق إدارة الجودة الشاملة في المنظمات العامة (ومن ضمنها المنظمات القضائية) لأسباب عدة، من بينها محدودية الفائدة لتطبيقها؛ بسبب أن هذه المؤسسات كانت تركز على المنتجات أكثر من تركيزها على الخدمات، وعلى الإنتاج ثم التسويق، وعلى المدخلات والعمليات أكثر من المخرجات، وعلى ثقافة المنظمة مع ضمان الحد الأدنى من المساواة بدل الانشغال بالجودة⁶⁶.

من ناحية ثانية فإن تطبيق أدوات ومبادئ إدارة الجودة الشاملة لا يتحقق بمجرد أن تنشأ المنظمة في هيكلها التنظيمي قسماً مخصصاً للجودة، ولكن يتحقق عندما تعمل المنظمة بأكملها في السعي لتحقيق جودة عالية⁶⁷. بعد النجاحات الهامة التي نتجت عن اعتماد نظام إدارة الجودة الشاملة في مؤسسات الأعمال Business، فقد بدأت المنظمات العامة Public ومن ضمنها المنظمات القضائية ومنذ حوالي ثلاثة عقود بإتباع نفس النظام ومازالت العديد من الدوائر الحكومية تعمل على تطبيقها، فلم يعد مقبولاً أن منظمات الإدارة العامة لا يعينها رضا المتعاملين معها، فقد باتت تركز اليوم ليس على رضا عملائها بل إسعاد هؤلاء كما تعمل على ذلك الإدارة العامة في دولة الإمارات العربية المتحدة.

في سنة 1994 نشر ايكمان Aikman أول كتاب تحت عنوان: "إدارة الجودة الشاملة في المحاكم" Total Quality Management in Courts، ناقش فيه جميع العوامل التي تلعب دوراً في نجاح أو فشل إدارة الجودة في المحاكم، ركز فيه على العمليات الداخلية من أجل تحسين العلاقات الخارجية والصورة العامة للمحاكم كما ركز على دور قوة العمل في المحكمة⁶⁸.

⁶⁶ James E. Swiss, Adapting Total Quality Management (TQM) to Government, Public Administration Review, Vol. 52, No. 4 (Jul. - Aug., 1992), pp. 356.

⁶⁷ Andy Nichols, Quality Program Manager at the Michigan Manufacturing Technology Center, A Quality Principle: Everything You Need to Know about Total Quality Management, article shared on: <https://www.smartsheet.com/total-quality-management>. تاريخ الزيارة 2019/8/20

⁶⁸ Alexander B. Aikman, (1994), Total Quality Management in the Courts, a handbook for Judicial Policy Makers and Administrators, National Center for State Courts: NCSC, Williamsburg. pp.8.

على الرغم من أن إدارة الجودة الشاملة في المحاكم جرى اعتمادها بدرجات مختلفة من النجاح في الولايات المتحدة الأمريكية وأوروبا وأستراليا وكندا واليابان وسنغافورة وغيرها، لكن وعلى سبيل المثال فإن معظم الأميركيين لا يفهمون كيفية عمل المحاكم، ولماذا ينبغي على المحاكم أن تتبنى نظم إدارية (منها إدارة الجودة الشاملة) مطبقة في مؤسسات عامة أخرى غير قضائية⁶⁹.

أي أنه ما يزال كثيرون يجهلون أهمية الجودة الشاملة في المحاكم. كما هو الحال في بقية المرافق فإن اتباع فلسفة إدارة الجودة الشاملة في المحاكم تكون غايته إرضاء مستخدمي المحاكم، ومن الطبيعي أن الرضا يكون نتيجة ومحصلة لعمل إداري منظم يؤدي إلى تحقيق معايير الجودة في خدمات المحاكم.

حيث إن المحاكم تمثل حجر الأساس ومحور مرفق القضاء فإنه كان لا بد أن يبدأ تطبيق إدارة الجودة الشاملة في القضاء منها بسبب أن شكاوى المتقاضين تقع غالباً في مرحلة المحاكمة التي تعد المرحلة الثالثة من حيث التسلسل (بعد مرحلة جمع الاستدلالات ومرحلة التحقيق الابتدائي) ولأنها الأكثر أهمية وتستغرق وقتاً أطول وفي ختامها يتم إصدار الأحكام القضائية، فإن اعتماد معايير الجودة الشاملة يجب أن يبدأ في هذه المرحلة بحيث يشمل كل الأطراف المساهمة في المحاكمة في نطاق مساهماتهم، خاصة فيما يتعلق بسرعة إنجاز مهماتهم في كل مرحلة من مراحل المحاكمة.

إن معظم أعمال المحكمة تتم معالجتها بطريقة خط التجميع Assembly-line fashion، لذلك فإن استخدام قواعد إدارة الجودة الشاملة يمكن أن يساعد المحاكم على تحسين الإنتاجية والاستجابة لاحتياجات العملاء وكسب رضاهم، أي أن المحاكم مرشحة بقوة لتطبيق إدارة الجودة الشاملة مع أن ذلك لا يبدو سهلاً.

إن المحاكم، حتى تاريخه، كانت بطيئة في اعتماد إدارة الجودة الشاملة، مع أنه يلاحظ اهتمام متزايد في هذا الاتجاه، حيث أن العديد من إدارات المحاكم بدأت باستخدامها لتحسين مختلف مهام المحكمة، ففي الولايات المتحدة الأمريكية اتبعت معظم المحاكم الإطار الدولي لتمييز المحاكم IFCE لغرض الوصول إلى تطبيق إدارة

⁶⁹ Keilitz, Ingo, D. Hall, L. Glanfield, (2017), op. cit., pp.46.

الجودة الشاملة TQM ما يُمكن إدارة المحكمة من قياس الأداء ذاتياً واستخدام نتائج القياس كمعلومات لتنظيم التغيير من أجل التحسين المستمر وإرضاء المتعاملين⁷⁰. ونجدد التأكيد على أن وضع معايير لجودة المحاكمة لا تعني تدخلاً في الحكم المتروك أصلاً للقاضي، وهي عملية تبقى بعيدة عن كل تدخل، ولا تتعلق بسلطة القاضي في حل النزاع، كما أنها ليست مراقبة على الخدمة المقدمة، إنها وقبل كل شيء دليل من أجل إنجاز الخدمة القضائية، وطريقة مترابطة لإدارة النشاط القضائي، وهي لا تضمن النتيجة تماماً كما هو الحال بالنسبة لشهادة الجودة لمنتوج ما في مرافق أخرى، ففي القضاء لا تنصرف الجودة إلى جودة المنتج نفسه (القرارات والأحكام القضائية) وإنما تنصرف إلى كل ما عدا ذلك.

من ناحية ثانية فإن إدارة الجودة الشاملة تعزز إدارة الأداء في المحاكم، حيث إن إدارة الجودة الشاملة كفلسفة إدارية ينبغي أن تكون بنداً أساسياً في استراتيجية المحكمة الهادفة إلى تحسين تفاعلها مع أصحاب المصالح والمجتمع، في حين أن إدارة الأداء التي هي أيضاً جزء من استراتيجية المحكمة تهدف إلى تعزيز عمليات المحكمة بهدف تحقيق الكفاءة والجودة استناداً إلى المعلومات المقدمة بنتيجة قياس الأداء للقضاة والموظفين وأقسام المحكمة، وأيضاً التفاعل المستمر بين الإدارة وبين الموظفين حول عملهم واحتياجاتهم المتصلة بالأداء وفقاً للمعايير والسياسات.

أي إن إدارة الجودة تركز على تطوير المحكمة، استناداً إلى قنوات عدة للتغذية العكسية Feedback بينها وبين البيئة المجتمعية (المتغيرة)، في حين إن إدارة الأداء Performance Management تركز على تحسين العمليات والمخرجات من حيث الكفاءة والجودة، وإن قياس الأداء يتطلب توفر السجلات المناسبة وإجراءات تسجيل دقيقة لكافة أنشطة المحكمة تستطيع إدارة الجودة الشاملة ونظام المعلومات القضائية JIS توفيرها، أي إنها تستطيع أن تولد كميات كبيرة من المعلومات المتعلقة بأداء المحاكم والقضاة، بحيث يمكن استخدام هذه المعلومات لقياس وتقييم وتطوير أداء المحكمة وإرضاء الجمهور.

⁷⁰ Philip M. Langbroek, and others.(2017) Performance management of courts and judges, HWC, Final rep. 22, Dec. 2, PP.302, Avail. on: <https://www.lut.fi/web/en/school-of-engineering-science/research/projects/handle-with-care>, تاريخ الزيارة 2019/8/22

المطلب الثالث: واقع الجودة القضائية في دولة الإمارات العربية المتحدة

إن دولة الإمارات العربية المتحدة تحرص باستمرار على تطوير منظومتها القضائية لتواكب أفضل الممارسات العالمية وتعزيز الأداء القضائي وتسهيل تحقيق العدالة لأفراد المجتمع، وهي اليوم تعمل على توظيف الذكاء الاصطناعي بهدف زيادة كفاءة العمل القضائي في المحاكم والنيابات بمختلف تخصصاتها، وتحسين مستوى الخدمات المقدمة للمتعاملين، فقد قامت وزارة العدل في الحكومة الاتحادية بإنشاء بوابة الكترونية⁷¹ يتم من خلالها نشر معلومات تخص: القوانين الاتحادية في الدولة (التشريع الاماراتي)، باللغتين العربية والانجليزية، الاتفاقات الدولية المنضمة اليها والموقعة من الدولة، أحكام المحكمة الاتحادية العليا للدولة منذ انشائها، فتاوى هيئة التشريع والفتاوى التابعة لوزارة العدل.

كما إن دائرة القضاء في حكومة أبو ظبي أنشأت منهجية الرصد القضائي⁷² في سنة 2019 وبغية تحقيق الجودة في الخدمات القضائية فقد اعتمدت 11 مؤشراً قضائياً تتسم بالموضوعية في قياس فاعلية الإجراءات القضائية وشفافيتها، انطلاقاً من المعايير والنظم القضائية الرائدة في العالم، مثل:

الإطار الدولي لتمييز المحاكم IFCE، المفوضية الأوروبية لكفاءة العدالة CEPEJ، المركز الوطني لمحاكم الولاية NCSC، إلى جانب تطبيق وتقييم المؤشرات القضائية المعيارية وخاصة ما يتصل منها بالآتي:

1. مؤشر ضمان حقوق الأفراد وعدم المساس بحرياتهم، مثل مؤشر أيام احتجاز المتهم قبل المحاكمة.
 2. مؤشر دقة موعد الجلسات، ظروف المتقاضين، وعدم تأجيل مصالحهم.
 3. مؤشر كفاءة الجهاز القضائي، الذي يهدف إلى قياس أنشطة التدريب المستمر والمتصل لأعضاء السلطة القضائية، بحسب ما توصلت إليه العلوم القضائية والدراسات النوعية والممارسات العالمية المثلى.
 4. مؤشر نسبة استخدام أنظمة تقنية المعلومات في المحاكم.
- وأن هذه المؤشرات تركز على المهام الرئيسة للمحاكم باختلاف أنواعها ودرجاتها. وفي ذات السياق يوفر الموقع الالكتروني لمحاكم دبي مثلاً العديد من الخدمات الالكترونية باللغتين العربية والانجليزية مثل القاضي الالكتروني، المحامي الالكتروني، الزواج الالكتروني، المكتبة الالكترونية، وغيرها. وتتيح خدمة القاضي الالكتروني للقاضي متابعة قضايا وأحكامه في أي مكان وزمان.

⁷¹ <https://www.moj.gov.ae/ar/about-moj/our-strategy.aspx>, تاريخ الزيارة 2019/10/15

⁷² <https://www.adjd.gov.ae/> موقع دائرة القضاء في أبو ظبي تاريخ الزيارة 2019/10/15

كما أن محاكم دبي بدأت في سنة 2018 بتفعيل خدمة "المحاكمة الجزائية عن بعد" - التقنية المرئية للجلسات الجزائية - وأن هذه الخدمة تتيح تناول جلسات القضايا الجزائية، الجرح البسيطة، عن طريق خاصية النقل الحي المباشر للموقوف أو نزيل المؤسسة العقابية وتُمكن القاضي من مراجعة الموقف وإصدار القرارات والأحكام من أي مكان وفي أي وقت عبر الجلسة المرئية الحية.

وفي شهر أكتوبر من سنة 2019 قامت محاكم دبي بتدشين منصة العدالة الرقمية⁷³ والتي تعد أول منصة عدالة قضائية رقمية في الشرق الأوسط، ومشروعاً مبتكراً يسمح بإجراء محاكمة إلكترونية مرئية وصوتية، تكون في اتجاهين أو أكثر بين كل أطراف التقاضي، وليكون التقاضي الرقمي بديلاً عن التقاضي التقليدي، وتجمع على منصتها كل من له علاقة بالدعوى، في وقت واحد وأماكن مختلفة، كما إن محاكم دبي بدأت في إدخال الذكاء الاصطناعي في نظامي عمل الدعوى المدني والجزائي.

واليوم فقد بلغت نسبة الخدمات الإلكترونية التي تقدمها محاكم دبي 92% من إجمالي الخدمات المقدمة. وبنتيجة هذه المجهودات فقد حازت محاكم دبي على المرتبة الثانية ضمن قائمة أفضل عشرة محاكم على مستوى العالم لسنة 2017، وفازت بجائزة أفضل عشرة محاكم (TOP 10 COURTS) في مجال تطبيق الحلول التقنية في العمل القضائي.

كما إن محاكم إمارة عجمان أطلقت قبل أيام "المحكمة الجزائية عن بعد" فقد أجريت محاكمة لشخص موقوف في المؤسسة العقابية باستخدام تقنية التقاضي عن بعد.

⁷³ <https://www.dc.gov.ae/PublicServices/NewsDetail.aspx?NewsId=4555&lang=ar> موقع محاكم دبي

التي تمنح على هامش المؤتمر السنوي للجمعية الدولية لإدارة المحاكم (IACA) بالتعاون مع الجمعية الوطنية الأمريكية لإدارة المحاكم (NACM) في العاصمة واشنطن، الجدير بالذكر أنه في كل عام يتم تكريم أفضل عشر محاكم بارزة أسهمت في تحسين إمكانية الوصول إلى القضاء من خلال تطبيق التكنولوجيا، ويتم التقييم وفقاً للمعايير التالية، القدرات التفاعلية للمنصات الإلكترونية للمحاكم والتي تشمل (الدفع الإلكتروني، الإيداع الإلكتروني، الاشتراكات، النماذج الذكية)، والوصول إلى السجلات العامة وغيرها من المعلومات المفيدة، وواجهة المستخدم (التصميم، والتنقل بين صفحات المنصة، وسهولة الاستخدام، وسرعة الاستجابة)، ومدى توافق المنصة للاستخدام عن طريق الهواتف الذكية، وسهولة الوصول للخدمة ومدى توفرها.

تاريخ النشر 2017/7/13، تاريخ الزيارة 2019/10/15

المطلب الرابع: آفاق تطبيق إدارة الجودة الشاملة في المحاكم

لغرض البحث في آفاق تطبيق الجودة الشاملة في المحاكم فإننا سوف نستعرض أهم معايير الجودة الشاملة في إدارة المحكمة، كما سوف نستعرض مستلزمات تطبيق إدارة الجودة الشاملة في المحاكم، وأخيراً سوف نقوم بتسليط الضوء على واقع الجودة القضائية في دولة الإمارات العربية المتحدة.

الفرع الأول: معايير الجودة الشاملة في إدارة المحكمة

نود الإشارة إلى أنه عند الحديث عن تطبيق إدارة الجودة الشاملة في القضاء، لابد من الفصل بين أمرين: الأول: جودة الخدمات القضائية (إرشاد، مساعدة، خدمات...) وهذه من السهل تحقيقها ويجري العمل عليها. الثاني: جودة الحكم والإجراءات وهذه مسألة صعبة وهي غالباً خارج نطاق البحث.

كما سبقت الإشارة فإن المفوضية الأوروبية CEPEJ قامت باستخلاص عدة معايير لقياس جودة العمل القضائي في دول مجلس أوروبا، من أهمها⁷⁴: سهولة الولوج إلى مرافق العدالة والاستفادة من خدماتها، احترام حق الاعتراض وكذلك ضمان حق الطعن بكل درجاته، إمكانية اطلاع المتقاضين على الملفات التي تهم مصالحهم والتزام المحاكم بتعليل القرارات، احترام حق الدفاع وحضور المحامي، الحق في الاستعانة بمترجم، نزاهة القضاة وربط جودة عمل القاضي بنوعية القضايا التي يفصل فيها عوضاً عن عددها، فالقاضي الجيد هو الذي يسرع في الفصل في قضايا معقدة، ناهيك عن حياد القضاء ونزاهته واستقلاله.

إن الأنظمة القضائية التي كانت لها تجارب ناجحة في تحسين جودة خدمات القضاء، وقد تم ذلك من خلال:

- الاهتمام بالمتقاضي عن طريق تنمية معارفه القانونية وتنمية روح التقاضي لديه، والاهتمام بطلبات المتقاضين والاستماع إلى شكاويهم، والعمل على إرضائهم والاستجابة لتطلعاتهم.
- توفير مكاتب للاستقبال بمختلف المحاكم توكل لها مهمة توجيه مستخدمي المحاكم.
- تهيئة مطبوعات ووثائق من شأنها تسهيل عملية رفع الدعاوى وتهيئة الملفات من طرف المتقاضي، هذا دون المساس باختصاصات المحامي.
- إدخال نظم تكنولوجيا المعلومات والاتصالات للتواصل سواء فيما بين المحاكم، أو فيما بين المحاكم والمتقاضين، كالاتصال عبر الهاتف أو عبر الفاكس أو عبر وسائل التواصل الاجتماعي والانترنت.

⁷⁴ تاريخ الزيارة 2019/8/23 op. cit. <https://www.coe.int/en/web/cepej/about-cepej>

إدارة الجودة الشاملة في المؤسسات القضائية

- ضرورة تقييم عمل المحكمة، عبر وسائل التقييم المختلفة: المراقبة، لوحة القيادة Scoreboard، التفتيش، ثم التقييم الخارجي الذي يتم عبر استقراء آراء المتعاملين مع المحكمة. إن تحقيق الجودة في العدالة يقتضي توفير الإمكانيات المادية والبشرية اللازمة للحصول على النتيجة المطلوبة، لأن تحسين الأداء القضائي هو ضرورة وليس رفاهية. إننا نرى أن تطبيق إدارة الجودة الشاملة في القضاء ممكن لا بل فهي ضرورة وهي قضية ليست معقدة إطلاقاً، بدليل أن معظم الدول المتقدمة قد قطعت أشواطاً واسعة في تطبيقها في أنظمتها القضائية. بالمقابل فإن الأنظمة القضائية في الدول النامية مازال في بدايات طريق تحسين أداء وجودة الخدمة القضائية، ونحن نتفق مع من يقول إن العقبة الكبرى أمام تطبيق إدارة الجودة الشاملة في المحاكم بوجه عام وفي الدول النامية على وجه الخصوص تتمثل في قلة الاعتمادات (التخصيصات) المالية الممنوحة للنظام القضائي في إطار الميزانية العامة للدولة وهذه المشكلة ينتج عنها عدة مشكلات فرعية تتمثل في:
 - قلة الكادر القضائي (قضاة ومعاونون وموظفون) بالقياس إلى حجم القضايا المعروضة على المحاكم.
 - قلة التعويضات والحوافز الممنوحة للكوادر القضائية.
 - ضعف أو قلة برامج إعادة التأهيل والتدريب للقضاة والموظفين.
 - ضعف التجهيزات التقنية التي تستخدم في أداء الأنشطة القضائية مما زالت عمليات إدماج التقنيات الحديثة وخاصة نظم المعلومات والاتصالات بطيئة في انتشارها في المحاكم.أي أن مرفق القضاء يبقى محكوماً بما تخصصه له وزارة المالية من اعتمادات وبالتالي لا بد من إيجاد حل لهذه المشكلة عبر حوار موضوعي بين السلطة القضائية والسلطة التنفيذية يقود إلى تفهم السلطة التنفيذية لاحتياجات السلطة القضائية المشروعة والتي تصب في النهاية في صالحهما معاً وفي صالح الجمهور.

الفرع الثاني: مسار تطبيق إدارة الجودة الشاملة في الخدمة القضائية

من خلال الفقه المتصل بفلسفة إدارة الجودة الشاملة وكذلك بالإدارة القضائية يمكن القول إن إدارة الجودة الشاملة وكذلك التميز المؤسسي في المحاكم يعد ضرورة وهو في متناول إدارة النظام القضائي ومديري المحاكم ولا يوجد ما يمنع من اعتماد مفاهيم الجودة والتميز في عمل المحاكم لأن تحقيق الجودة في خدمات القضاء يفيد جميع الأطراف العملية القضائية فالكل رابح: المتقاضى والجمهور والمدعون العامون وأجهزة الشرطة وحتى

إدارة الجودة الشاملة في المؤسسات القضائية

النظام السياسي، وكذلك موظفو المحكمة وأيضاً القضاة طالما أن ادخال الجودة لا يتعارض مع سلطاتهم الممنوحة لهم بواسطة الدستور والقانون. إن طريق التطبيق واضحاً وتم تجربته في العديد من المحاكم في الدول المتقدمة، فهي سلكت طريقاً من ثلاثة مراحل متسلسلة وفق الآتي:

1. الرصد والتقييم Monitoring & evaluation أي الوقوف عند مكان من ضعف العمل القضائي، سواء في المحكمة ذاتها، أو لدى كل طرف من أطراف الخدمة القضائية، وكذلك تحديد مشاكل الموظفين في المحاكم (قضاة وغيرهم) بغرض الوقوف على العقبات التي يعانون منها في العمل، أي إنه لابد أولاً من تحديد نقاط الضعف والاختناقات التي تحصل خلال العمل.
 2. الاستشارات مع مستخدمي المحكمة Consulting with court users أي من خلال استشارة مستخدمي المحكمة والأطراف الخارجية وتسجيل انطباعاتهم وشكاوهم وملاحظاتهم ومقترحاتهم، ويمكن الاستعانة بمكاتب استشارية متخصصة في هذا المجال.
 3. الانتقال إلى تطبيق إدارة الجودة الشاملة Moving to Total Quality Management بعد الانتهاء من المرحلتين السابقتين تبدأ عملية الانتقال إلى تطبيق إدارة الجودة الشاملة، وكما كنا ذكرنا فلا يجب التفكير بتطبيقها على كل عمليات المحكمة لأنها سوف تتعثر ولن تعطي النتائج المرجوة، إذ إن من الأفضل تطبيقها على العملية أو النشاط الرئيس في المحكمة تحديداً وبعد نجاح التطبيق يبدأ تعميم مفاهيم الجودة الشاملة على العمليات السابقة واللاحقة للنشاط الرئيس حتى يتم تطبيقها على كافة عمليات المحكمة.
- إن من بين الأدوات الداعمة لسهولة ونجاح تطبيق إدارة الجودة الشاملة في المحاكم يمكننا ذكر الآتية:

1. اعتماد مفهوم الجودة الشاملة في استراتيجية ورسالة ورؤية وغايات المحكمة.
2. ضرورة اقتناع الإدارات العليا في النظام القضائي وإدارات المحاكم بإدارة الجودة الشاملة حيث لوحظ أنها لا تبدي الحماس المطلوب، فقد أثبتت الدراسة أن هنالك ضعفاً واضحاً في دعم ومساندة الإدارة العليا لإدارة السلطة القضائية لتطبيق مفاهيم الجودة الشاملة والتميز المؤسسي في المحاكم⁷⁵.

⁷⁵ أحمد سيد أحمد (2015)، تطبيق مفاهيم الجودة الشاملة والتميز المؤسسي لترقية الأداء بالمؤسسات العدلية (دراسة السلطة القضائية - الخرطوم)، رسالة دكتوراه، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا، ص 331.

3. إصدار قوانين حديثة تسرع في إجراءات التقاضي، وتعزيز الطرق البديلة لحل المنازعات.
4. تخصيص اعتمادات كافية لمؤسسات القضاء في الميزانية العامة للدولة.
5. إدماج التقانات الحديثة ونظم المعلومات القضائية JIS والأنظمة الخبيرة في عمل المحاكم ما يتيح تنفيذ المهام في أقل وقت وبجودة أكبر.

الخاتمة

إن تطبيق فلسفة إدارة الجودة الشاملة في الإدارة القضائية ممكن ولا يوجد ما يمنع ذلك، والمطلوب فقط توفر الإرادة لدى السلطة القضائية، وتدريب القضاة وتبصيرهم بهذه الفلسفة وأنها لن تكون على حساب سلطاتهم المصانة، وأن غاية هذه الفلسفة هو تحقيق الجودة في الخدمة القضائية وبالتالي تحقيق رضا المتعاملين.

النتائج

انطلاقاً من المعالجة البحثية فإن أهم النتائج التي أفضى إليها البحث هي:

آ- في الإدارة القضائية:

- 1) إن المسألة الواضحة في الإدارة القضائية تتمثل في تراكم عدد القضايا غير المنجزة ما يؤخر في البت في هذه القضايا.
- 2) إن تجارب بعض الدول في تعيين مدير إداري للمحكمة من غير القضاة لم تكن أمراً ناجحاً فقد لاقت معارضة من القضاة والموظفين القضائيين.
- 3) إن أكبر المعوقات التي تعيق تطبيق الجودة الشاملة في المحاكم تتمثل في قلة التخصيصات المالية لصالح النظام القضائي في الميزانية العامة للدولة.
- 4) إن تطبيق نظم تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، ونظام المعلومات القضائية، وأنظمة الذكاء الاصطناعي، تعد عاملاً محورياً في تحسين الأداء والجودة في الإدارة القضائية.
- 5) ما يسجل على الإدارة القضائية صعوبة الولوج إلى خدمات المحاكم وخاصة من قبل الفئات الفقيرة فيها، وهناك شكاوى من الرسوم الكثيرة والكبيرة التي يتحملها المتقاضون.

ب- في تطبيق إدارة الجودة الشاملة في الإدارة القضائية:

(6) إن فلسفة إدارة الجودة الشاملة ممكنة التطبيق في المؤسسات القضائية وفي المقدمة منها المحاكم بمختلف أنواعها.

(7) إن معايير الجودة القضائية لها ما يميزها عن معايير الجودة في القطاعات الأخرى وذلك انطلاقاً من خصوصية القضاء، وتعدد الجهات المتداخلة فيه، واستثناء سلطة القاضي منها.

(8) إن العقود الثلاثة الأخيرة شهدت ظهور عدداً من المبادرات لتحسين الجودة والأداء في المحاكم ويقع في المقدمة منها الإطار الدولي لتبميز المحاكم IFCE ، وكذلك أعمال المفوضية الأوروبية لكفاءة العدالة CEPEJ ، والمركز الوطني لمحاكم الدولة NCSC ، ومعايير الأداء للمحكمة الابتدائية TCPS ، وتجربة محكمة استئناف روفانيمي ، وهي مبادرات متاحة لكل المحاكم في دول العالم وجرى ويجرى تطبيقها على نطاق واسع في العالم ومن ضمن الدول التي تطبقها دولة الإمارات.

(9) إن اعتماد نظم تكنولوجيا المعلومات والاتصالات تعد خطوة أساسية لتطبيق إدارة الجودة الشاملة في المحاكم.

(10) إن العديد من المحاكم أدخلت تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، لكننا نعتقد بضرورة وجود ما يسمى بنظم دعم القرارات القضائية JDSS ، أو على الأقل نظام المعلومات القضائية JIS ، بحيث تكون مهمته جمع المعلومات عن الأداء والجودة القضائية ومن ثم معالجتها وتقديمها للإدارة القضائية.

(11) تعد دولة الإمارات من الدول الرائدة عالمياً وهي الأولى عربياً في تحديث وجودة الإدارة القضائية وفي إدخال التقانات الحديثة وآخرها نظم الذكاء الاصطناعي والمحكمة الرقمية.

التوصيات

في ضوء نتائج البحث فإن الباحث يوصي بالآتي:

1. ضرورة تخصيص الاعتمادات الكافية لتحديث وتطوير الإدارة القضائية وتحسين جودة الخدمة القضائية والتميز المؤسسي، ولتحسين الأوضاع المادية للقضاة ومعاونهم، ولتأمين نظم تكنولوجيا المعلومات والاتصالات الضرورية للغاية لتحسين جودة الخدمة وتأمين البنى التحتية من مرافق وتجهيزات تكون مناسبة لممارسة الأنشطة القضائية، ينبغي على السلطة التنفيذية أن تعلم أن دعم ميزانية وزارة العدل هو في مصلحة السلطة التنفيذية أيضاً لأن كفاءة أداء وجودة الخدمة القضائية يعد عاملاً مهماً في تحقيق النمو الاقتصادي وجذب الاستثمار الأجنبي المباشر.
2. ضرورة إدخال نظم تكنولوجيا المعلومات والاتصالات ووسائل التواصل الاجتماعي والانترنت في الأنشطة القضائية لأنها تعد عامل حاسم في تحديث الإدارة القضائية وتحسين جودة الخدمة القضائية.
3. إنشاء نظام للمعلومات القضائية JIS من شأنه تجميع البيانات القضائية من مصادرها المختلفة ومعالجتها ثم تقديمها لصناع القرار بالدقة والتوقيت والكمية والجودة المناسبة.
4. إن إحداث منصب مدير المحكمة يعد أمراً هاماً لكننا نرى أن يكون المدير قاضياً ولكنه يجب أن يخضع لتأهيل في الإدارة وتنمية مهاراته الإدارية والتقنية.
5. إن من الأفضل أن يبدأ تطبيق إدارة الجودة الشاملة على المحاكم في مرحلة المحاكمة لأنها العملية الأكثر أهمية والتي تستغرق وقتاً أطول، سواء من حيث تبسيط إجراءات المحاكمة والسرعة في إصدار الأحكام وتنفيذها وطرق الطعن، مع عدم إغفال أهمية المراحل السابقة للمحاكمة.
6. تخصيص جائزة دولية تحت عنوان "جائزة المحكمة المتميزة عالمياً" على غرار "جائزة مالكولم بالدريج للجودة Malcolm Baldrige Quality Award" كأداة لتعزيز وحفز تحسينات الجودة في المحاكم، بحيث يمكن منح هذه الجائزة للمحاكم التي تحققت فيها إنجازات كبيرة في مجال الجودة واتبعت مسار نحو التميز القضائي، وكذلك جائزة وطنية تمنح لأفضل المحاكم تميزاً في الإدارة وفي جودة الخدمات المقدمة على مستوى الدولة.

7. على الأنظمة القضائية في الدول العربية اعتماد نتائج المبادرات الدولية التي أسهمت في تحسين كفاءة الإدارة القضائية وفي جودة الخدمة القضائية، وذلك أسوة بما تفعله دولة الإمارات.
8. إن من الأهمية بمكان أن تُسرّع المحاكم في الأنظمة القضائية العربية إلى تبني واعتماد مفاهيم وقواعد ومبادئ إدارة الجودة الشاملة، إذ إنه لا يوجد مطلقاً ما يؤخر تطبيقها طالما أن القرارات والأحكام القضائية مستثاة من تطبيقها وماعدا ذلك فإن كل الأنشطة قابلة لتطبيقها.
9. على المحاكم العربية تبني مبادرات باتجاه توسيع نطاق انتشارها بما يشمل الأرياف والمناطق الفقيرة، حتى تتمكن الفئات الفقيرة من الولوج إلى القضاء بسهولة أكبر، وتخفيف الرسوم الباهظة وأتعاب المحامين سواء بمبادرة من جمعيات المحامين أو المنظمات غير الربحية.
10. في إطار المسؤولية المجتمعية للشركات CSR فإننا ندعو منظمات الأعمال وخاصة في الدول العربية إلى تبني إدخال النظم الحديثة في الإدارة والتكنولوجيا في المحكمة التي تقع في نطاق عملها وهذا من شأنه التسريع في إجراءات التقاضي، وفيه مصلحة لمؤسسات الأعمال.

المراجع

- القرآن الكريم
- السنة النبوية

أولاً- المراجع باللغة العربية

آ - الكتب

1. أبو بكر محمود الهوش، (2018)، إدارة الجودة الشاملة في المجالين التعليمي والخدمي، دار حميثرا للنشر والترجمة، طرابلس.
2. حامد عبد الله السقاف، (1998)، المدخل الشامل لإدارة الجودة الشاملة، مطبعة الفرزدق، الرياض.
3. حسين محمد الحراحشة، (2011)، إدارة الجودة الشاملة والأداء الوظيفي، دار جليس الزمان للنشر والتوزيع، عمان.
4. عبد الله حسن مسلم، (2015)، إدارة الجودة الشاملة/معايير الأيزو، الطبعة الأولى، دار المعتز، عمان.
5. مأمون سليمان الدراكة، (2006)، إدارة الجودة الشاملة وخدمة العملاء، ط1، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان.
6. محمود حسن الهواسي، حيدر شاكر البرزنجي، (2014)، مبادئ علم الإدارة الحديثة، مطبعة ابن العربي، بغداد.
7. مدحت محمد محمود أبو النصر، (2015)، الحوكمة الرشيدة: فن إدارة المؤسسات عالية الجودة، دار المنهل.
8. مصطفى نمر دعمس، (2009)، إدارة الجودة الشاملة في التربية والتعليم، دار المنهل.
9. وسيم أبو عريش، الاتجاهات الحديثة في إدارة الأعمال، (2016)، دار من المحيط إلى الخليج للنشر والتوزيع، عمان.

ب- البحوث العلمية والرسائل الجامعية

1. زياد عواد أبو حماد، وآخرون، (2017)، ضمان الجودة الشاملة في القرآن الكريم والسنة النبوية (دراسة موضوعية تحليلية)، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالزقازيق، العدد السابع.
2. أحمد سيد أحمد (2015)، تطبيق مفاهيم الجودة الشاملة والتميز المؤسسي لترقية الأداء بالمؤسسات العدلية (دراسة السلطة القضائية - الخرطوم)، رسالة دكتوراه، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا،

ج- المقالات

1. ابراهيم محمد أبو حماد، إدارة الجودة القضائية- الملاذ الأخير-، مقال منشورة على موقع: <http://www.jo24.net/post.php?id=131869>
2. بشري النيه، سعيد الأخضر، نتائج ندوة "جودة الخدمات وتقييم عمل المحاكم" المنعقدة في إطار التعاون المغربي - الفرنسي، الرباط، 12-13 مايو 2003.
3. خليفة الجوباس، (2017) إدارة الجودة الشاملة في المجال القضائي، مقال منشورة بتاريخ 2/10/2017م على موقع: https://www.linkedin.com/pulse/-kefah-el-ghobbas?trk=portfolio_article-card_title
5. عبد المجيد غميجه، (2002)، تحديث الإدارة القضائية وجودة خدمات العدالة، ورقة مقدمة إلى الندوة الدولية تحت عنوان: "تحديث أساليب الإدارة القضائية في الدول العربية" التي عقدت بتنظيم من وزارة العدل المغربية بالتعاون مع برنامج الأمم المتحدة الإنمائي UNDP، وصندوق النقد الدولي IMF، مراكش 15-17 مارس 2002م. مقال منشورة
- a. على موقع المكتبة الشاملة للعلوم القانونية: https://loiarabe.blogspot.com/2019/01/blog-post_69.html
6. مجلس شورى الدولة في العراق، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الخامس لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية، بيروت 15-17 سبتمبر، 2014م.

7. محمدر أحمدر سالم أبي ريس الرفرة الرزائفة بالمركمة العلفا- مورفانفا، ورقة مقدمة إلى المؤتمر الخامس لرؤساء المحاكم العلفا فف الدول العربية، بفروا 15-17 سبأمبر، 2014م.

أانفا- المراجع باللفة الأرفففة

1. Abregú, M., (2001), 'Barricades or Obstacles: The Challenges of Access to Justice', in Puymbroeck, R. V. (ed.) Comprehensive Legal and Judicial Development: Toward an Agenda for a Just and Equitable Society in the 21st Century, The World Bank, Washington, D.C.
2. Alexander B. Aikman, (1994), Total Quality Management in the Courts, a handbook for Judicial Policy Makers and Administrators, National Center for State Courts: NCSC, Williamsburg.
3. Andy Nichols, Quality Program Manager at the Michigan Manufacturing Technology Center, A Quality Principle: Everything You Need to Know about Total Quality Management, article shared on: <https://www.smartsheet.com/total-quality-management>
4. Geeta Oberoi, (2017), The curious case of Court Manager in India: From its creation to its desertion, International Journal for Court Administration, Vol. 9 No. 1, December 2017 ISSN 2156-7964, shared on: <https://www.iacajournal.org/>
5. Jack S. Monell, Administrative Justice, Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy, and Governance, January 2016, shared on: https://www.researchgate.net/publication/304568428_Administrative_Justice
6. James E. Swiss, Adapting Total Quality Management (TQM) to Government, Public Administration Review, Vol. 52, No. 4 (Jul. – Aug., 1992).

7. Keilitz, Ingo, (2000), Standards and Measures of Court Performance: Trial Court Performance Standards (TCPS), CRIMINAL JUSTICE, VOL. 4.
8. Keilitz, Ingo, Daniel Hall, Laurence Glanfield, (2017), Global Measures of Court Performance, Second Ed.
9. Mary Campbell McQueen, Jeff Apperson, (2017), Annual Conference introduction, NCSC, NACM/IACA.
10. Philip M. Langbroek, and others, (2017) Performance management of courts and judges, HWC, Final rep. 22, Dec. 2, Avail. on: <https://www.lut.fi/web/en/school-of-engineering-science/research/projects/handle-with-care>, <https://www.coe.int/en/web/cepej/about-cepej>.
11. Singh SB, Dhalla RS. (2010), Effect of Total Quality Management on Performance of Indian Pharmaceutical Industries, Proceedings of the ICIEM, Dhaka, Bangladesh.
12. Steven Cohen, Ronald Brand, (1993), Total Quality Management in Government: A Practical Guide for the Real World (Jossey Bass, Public Administration Series) Hardcover – April 2.
13. TRIAL COURT PERFORMANCE STANDARDS: TCPS, An Assessment of the Second Judicial District Court, Washoe County, Reno, Nevada, Institute for Court Management Court Executive Development Program Phase III Project May 2006 Tiffany Clements, CLA Court Clerk, II Second Judicial District Court Reno, Nevada.

14. Virender Kumar, & others, (2016), Total quality management, National Journal of Advanced Research, Online ISSN: 2455-216X; Impact Factor: RJIF 5.12, Volume 2; Issue 3; May.

ثالثاً - المواقع الإلكترونية

1. <https://www.adjd.gov.ae/> موقع دائرة القضاء في أبو ظبي
2. <https://asq.org/quality-resources/total-quality-management>
3. <https://carjj.org/> موقع المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية
4. <https://www.chesco.org/Court-Administration>
5. <https://www.coe.int/en/web/cepej/about-cepej>
6. <http://www.courtexcellence.com/>
7. <http://www.courtexcellence.com/~media/Microsites/Files/ICCE/,2E,2014,V3.ashx>
8. <https://www.dc.gov.ae/PublicServices/NewsDetail.aspx?NewsId=4555&lan>
9. <https://definitions.uslegal.com/a/administration-of-criminal-justice/>
10. [https://www.euromed-justice.eu/en/system/files/F-AR20-Monso-GT12-MANUEL-V.13-3-AR-6avril2014 final.pdf](https://www.euromed-justice.eu/en/system/files/F-AR20-Monso-GT12-MANUEL-V.13-3-AR-6avril2014%20final.pdf)
11. <https://moderncourts.org/>
12. www.mohamoon-montada.com
13. <https://www.moj.gov.ae/ar/about-moj/our-strategy.aspx>, موقع وزارة العدل في دولة الإمارات
14. <http://nasje.unm.edu/archives/spring02/managers/whatcounts.htm>
15. <http://www.ncscinternational.org/>

16. <https://www.ncsc.org/~media/Files/PDF/AnnualReports/2017-Annual-Report.ashx>
17. https://oikeus.fi/hovioikeudet/rovaniemenhovioikeus/material/attachments/oikeus_hovioikeudet_rovaniemenhovioikeus/uusikansio_17/niaDsWiwp/hovioikeus_CAF_englanti_72dpi.pdf.

التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة

التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة
دراسة مقارنة

د. مؤيد أحمد عبيدات

جامعة الشارقة / كلية القانون / قسم القانون الخاص

**The air carrier's commitment to special care for people with "
special needs
comparative study"**

Dr. Moayad Ahmad Obaidat

**University of Sharjah - College of Law - Department of Private
Law**

الملخص

تتعلق هذه الدراسة بموضوع في غاية الأهمية وهو التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة، وهو التزام يختلف عن التزامه برعاية المسافرين بشكل عام، على اعتبار أن الناقل يلتزم به في مواجهة فئة من المسافرين ذات طبيعة خاصة، حيث لا يستطيع هؤلاء تحمل عناء السفر ومشقته، لذا يتوجب على الناقل الامتناع عن القيام ببعض التصرفات التي تعد تمييزاً ضدهم، كما يتوجب عليه تقديم المساعدة وتوفير الاحتياجات التي تساعد على هذا السفر.

وعلى الرغم من أهمية هذا الالتزام إلا أنه لم يحظى باهتمام الاتفاقيات الدولية، الأمر الذي دفع الكثير من الدول والجمعيات للمناداة بضرورة حماية هذه الفئة من المسافرين، لتعلق ذلك بأسباب إنسانية تعود لأوضاعهم وحالاتهم، وهو ما تحقق من خلال اللوائح والتعليمات التي تبنتها الكثير من الدول، وقد كانت أهم نتيجة توصلت لها أن الناقل يلتزم بهذه الرعاية بموجب القانون، وأن التزامه هذا يبدأ من لحظة دخول هؤلاء إلى صالة مطار المغادرة إلى لحظة مغادرتهم صالة القادمين في مطار المقصد، كما أن الإخلال بهذا الالتزام من قبل الناقل من شأنه أن يعرضه للضمان الخاص لمثل هذه الحالات، وتوصي هذه الدراسة المشرع الأردني بتعديل التعليمات الخاصة بحماية هذه الفئة من المسافرين، كما توصي المشرع الإماراتي بضرورة تبني لائحة أو تعليمات لحماية هذه الفئة من المسافرين وعدم ترك الأمر لشركات الطيران وما يترتب على ذلك من تعسف من قبلها.

الكلمات المفتاحية: النقل الجوي، نقل المسافرين، نقل ذوي الاحتياجات الخاصة، التزامات الناقل الجوي.

Abstract

This study discusses a very important subject which is the air carrier's commitment to special care for people with special needs, which is different from the commitment to other passengers in general, where the carrier here commits to a special category of passengers, who can't tolerate the travel with all its pain and trouble. That obliges the carrier to stop some behaviors that could be considered as discrimination against them, and he is also obliged to provide their needs to help them during the journey.

Despite the importance of this commitment, it wasn't considered in the international conventions, which led many countries and NGOs to call for protecting this category, due to the humanitarian reasons related to their cases, which was achieved through the rules and regulations adopted by many countries. The most important result was that the carrier should commit to this care by law, and this commitment starts the moment they enter the airport in the home country until they leave the airport in the destination country. By breaching this commitment, the carrier will be subject to the special insurance for this category. This study recommends the Jordanian project to amend the regulations for this category, and recommends the Emirati project to adopt rules and regulations to protect them, and not leaving this for the airlines, which may lead to some abuse.

Key words: Air Carrier, Air lines, travel of people with special needs, air carriers' commitment.

المقدمة

يتمتع النقل الجوي في عالمنا اليوم بأهمية كبيرة لا تخفى على أحد، سواء تعلق الأمر بنقل الأشخاص أم البضائع، لذا كان لزاماً على المشرعين التدخل من أجل حماية المستهلكين في عقد النقل الجوي، ولا يخفى على هؤلاء المشرعين وجود فئة ليست بالقليلة تحتاج الى حماية خاصة وهم المسافرين من ذوي الاحتياجات الخاصة، وصولاً الى وضع حد لمعاناتهم في صالات انتظار المطارات، وكذلك الأمر في الطائرات ذاتها أثناء ركوبهم أو بعد مغادرتهم لها، وبشكل يضمن عدم وجود تمييز ضد هذه الفئة من المسافرين.

حيث تعد رحلة السفر رحلة مرهقة حتى بالنسبة للمسافرين العاديين من غير ذوي الاحتياجات الخاصة، لما يرافق هذه الرحلة من مشقة وتعب، قد لا تتناسب مع قدرات المسافرين من ذوي الاحتياجات الخاصة، أضف الى ذلك كثرة المعاملات المتعلقة بسفر هذه الفئة وغيرها لأسباب متعددة، الأمر الذي يشكل عائقاً أمام هؤلاء بالتمتع بمزايا التنقل والسفر من دولة الى أخرى، إضافة الى عدم قدرة هذه الفئة على خدمة نفسها، خاصة في الأحوال التي يسافرون فيها دون وجود مساعدة أو عون من أحد.

من هنا تنبعت الكثير من الدول وانطلقت الدعوات المختلفة من هيئات الطيران المدني والمنظمات الدولية المختلفة من أجل فرض حماية خاصة لهذه الفئة من المسافرين، من خلال وضع قواعد تفرض حداً أدنى من الحماية لهم، وتمييزهم ببعض الحقوق التي يجب على الناقلين الجويين منحها لهم، وذلك لاعتبارات إنسانية تقضي بإبعادهم عن ممارسة التمييز ضدهم أثناء عملية السفر.

أهمية الدراسة:

وتتجلى أهمية هذه الدراسة في كونها تمس فئة من المسافرين تقتضي حالتهم وأوضاعهم رعاية خاصة أثناء السفر تفوق رعاية باقي المسافرين، من خلال تقديم المساعدة لهم وتوفير احتياجاتهم الخاصة، والامتناع عن القيام ببعض الأعمال التي تعتبر تمييزاً يمارس ضدهم كمنع اركابهم، كما تركّز هذه الدراسة على اللوائح والتعليمات التي تناولت حماية حقوق هؤلاء المسافرين محاولة إبراز الإيجابيات والسلبيات فيها، وكل ذلك من أجل الوصول الى حماية أفضل لهذه الفئة من المسافرين، خاصة في ظل غياب التنظيم الدولي لهذه الحقوق، حيث لا يوجد في اتفاقيتي وارسو ومونتريال أي تنظيم لالتزام الناقل بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة، حيث يتحدد مضمون هذا الالتزام ونطاقه في اللوائح والتعليمات الوطنية، كما تسلط هذه الدراسة الضوء على موضوع في غاية الأهمية قد يضع حداً لتسلط

التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة

شركات النقل الجوي، من خلال فرض قواعد خاصة على هذه الشركات الالتزام بها في مواجهة هذه الفئة من المسافرين.

مشكلة الدراسة :

وتبرز مشكلة هذه الدراسة في تحديد مدى كفاية القواعد القانونية بصياغتها الحالية التي أوردتها اللوائح والتعليمات في تحقيق حماية لائقة لذوي الاحتياجات الخاصة عند اختيارهم السفر عبر الجو، وتحديد مدى قدرتها على تحقيق توازن بين طرفي عقد النقل الجوي، ومدى كفايتها في إلزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لهذه الفئة، لذا ستحاول هذه الدراسة الإجابة على التساؤلات التالية:

- 1- من هي الفئة من المسافرين التي يلتزم الناقل الجوي بتقديم رعاية خاصة لها تختلف عن تلك الرعاية المقدمة لباقي المسافرين؟
- 2- ما هو أساس التزام الناقل بتقديم الرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة؟
- 3- ما مدى نجاح التشريعات محل المقارنة في تحقيق رعاية خاصة لذوي الاحتياجات الخاصة؟
- 4- هل تختلف الرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة عن باقي التزامات الناقل الجوي في عقد نقل الأشخاص؟
- 5- هل تكون هذه الرعاية التي تتلقاها هذه الفئة من المسافرين مضافة الى الرعاية التي يلتزم بها الناقل الجوي لجميع المسافرين بمن فيهم ذوي الاحتياجات الخاصة؟
- 6- ما مضمون ونطاق التزام الناقل بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة، وما مدى كفايتها في تحقيق الحماية لهذه الفئة من المسافرين؟

منهج البحث المستخدم:

وقد اتبعت هذه الدراسة أسلوب البحث الوصفي التحليلي لأحكام القواعد التي تضمنتها اللوائح والتعليمات الوطنية في التشريعات محل المقارنة (الأردني، الاماراتي، السعودي، البحريني، العماني)، كم استعانت باللائحة الاسترشادية لحماية المستهلك ومسودتها الرابعة، وتضمنت أيضاً تحليلاً لاتفاقيتي وارسو لسنة 1929 ومونتريال لسنة 1999، مع الاستعانة ببعض الأحكام الأخرى الواردة في بعض القوانين والأنظمة والتعليمات كلما استلزم الأمر ذلك.

هيكليّة الدراسة:

لتحقيق أهداف هذه الدراسة فقد تم تقسيمها الى مبحثين تناول الأول منها ماهية التزام الناقل بالرعاية الخاصة للمسافرين من ذوي الاحتياجات الخاصة، وتم تقسيمه الى مطلبين بحث الأول منها في المقصود بالرعاية الخاصة للمستهلكين المسافرين من ذوي الاحتياجات الخاصة، أما الثاني فقد تناول الأساس القانوني لالتزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة، أما المبحث الثاني فقد خصص لنطاق تطبيق التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة، وتم تناوله من خلال مطلبين تناول الأول سمات الالتزام بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة، بينما تناول الثاني مضمون الالتزام بالرعاية الخاصة وعلى النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية التزام الناقل بالرعاية الخاصة للمسافرين من ذوي الاحتياجات الخاصة

يعد الالتزام بالرعاية الخاصة للمسافرين من ذوي الاحتياجات الخاصة من الالتزامات التي فرضتها اللوائح والتعليمات الوطنية، والبحث في هذا الموضوع يتطلب تحديد المقصود بها، من خلال تحديد الفئة من المسافرين الذين يلتزم بمواجهتهم الناقل الجوي بهذا الالتزام، وبيان صفة هؤلاء، وبيان مفهوم هذه الرعاية الخاصة، كما يستدعي الأمر بيان أساس التزام الناقل بهذه الرعاية، وهو أمر سيتم تناوله تباعاً على النحو التالي:

المطلب الأول: المقصود بالرعاية الخاصة للمستهلكين المسافرين من ذوي الاحتياجات الخاصة

جاءت الاتفاقيات الدولية في مجال النقل الجوي لضمان حماية مصالح المسافرين، فبعد أن كانت اتفاقية وارسو مطبقة على الصعيد الدولي لمدة من الزمن، أصبحت الحاجة ملحة من أجل ضمان حماية أكبر لمصالح هؤلاء المسافرين، وأثمرت الجهود الدولية عن عقد اتفاقية مونتريال لسنة 1999م، فهي من جانب تضمنت احكاماً تشكّل حماية متقدمة للمسافرين، ومن جانب آخر تضمنت احكاماً من شأنها التعديل في مسؤولية الناقل الجوي.

التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة

وإن كانت هذه الاتفاقيات تحمي المسافرين بشكل عام وتحدد حقوقهم أثناء السفر، فإنها لم تشمل مرحلة ما قبل السفر وما بعده، كما لم تتضمن حماية لفئة خاصة من المسافرين هم ذوي الاحتياجات الخاصة، الأمر الذي استدعى لفت نظر الدول المختلفة وجمعيات حماية المستهلك الى هذه الفئة من المسافرين، من أجل فرض حماية لها قبل وأثناء وبعد السفر، بحيث تتناسب وتتسجم مع أوضاعهم، حتى في الأحوال التي لم يتدخل فيها المشرع لحمايتهم فقد لجأت بعض شركات الطيران الى وضع بعض القواعد الخاصة أو الشروط التي تحمي هذه الفئة من المسافرين⁽¹⁾.

لابد هنا أن نقوم بتحديد مفهوم المستهلك المسافر، كما لابد من تحديد المقصود بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة، على أساس أن هذه الفئة من المسافرين هي محل التزام الناقل بالرعاية الخاصة، وهو أمر سيتم تناوله على النحو التالي:

الفرع الأول: التعريف بالمستهلك المسافر

يتفرع البحث في تحديد المقصود بالمستهلك المسافر الى جانبين الأول منهما: يتم فيه تحديد المقصود بالمستهلك، أما الثاني فيتم فيه تحديد مفهوم المسافر، وهنا لابد ابتداءً من استعراض مفهوم المستهلك بشكل عام بالتشريعات المختلفة حيث يعرف المشرع الاماراتي المستهلك بأنه كل من يحصل على سلعة أو خدمة سواء كان ذلك بمقابل أم بدونه من أجل اشباع حاجاته الشخصية أو حاجات الآخرين⁽²⁾، كما يعرفه المشرع الأردني على أنه الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يحصل على سلعة أو خدمة بمقابل أو بدونه من أجل اشباع حاجاته الشخصية أو اشباع حاجات الآخرين، ولا يدخل في مفهوم المستهلك لدى المشرع الأردني من يقوم بشراء سلعة أو خدمة من أجل إعادة بيعها أو تأجيرها⁽³⁾.

يجدر أن يلاحظ هنا بأن المستهلك حتى يكتسب هذا الوصف لدى المشرعين الاماراتي والأردني لابد أن يحصل إما على سلعة أو على خدمة، والسلعة هي مال منقول يتم الحصول عليه من قبل المستهلك

¹ ومن هذه الشروط شروط النقل لناقل جوي الامارات، انظر بخصوص ذلك البند 7 الفقرة رقم 5 والتي حددت شروط المساعدة الخاصة التي تقدمها للمسافرين على متن الطائرة في حال عدم قدرة المسافر على اخلاء مقصورة الطائرة بدون مساعدة، أو في حال كان لدى هذا المسافر احتياجات خاصة كالمعدات الخاصة.

² المادة 1 من القانون الاتحادي الاماراتي رقم 24 لسنة 2006 بشأن حماية المستهلك، والصادر بتاريخ 2006/8/13، والمنشور في الجريدة الرسمية في ع 453 في 26 اغسطس 2006 على ص 23.

³ انظر بخصوص ذلك نص المادة 2 من قانون حماية المستهلك الأردني رقم 7 لسنة 2017.

من المزود، أما الخدمة فهي كل خدمة تجارية بمقابل أو بدونه يتم تقديمها من قبل أي شخص للمستهلك⁽⁴⁾.

عند استعراض توجه المشرع الأردني بخصوص مفهوم المستهلك يتبين لي بأنه قد استبعد من يقوم بشراء السلعة أو الخدمة من أجل بيعها، لأننا بهذا المفهوم لا نكون أمام مستهلك وإنما أمام تاجر بالتالي سيخضع لأحكام قواعد قانون التجارة، وبذات المعنى أخذ المشرع المصري حيث يشترط على الشخص حتى يعد مستهلكاً أن تقدم له المنتجات لإشباع حاجاته سواء كانت المهنية أو غير الحرفية أو التجارية⁽⁵⁾، إلا أن المشرع المصري اختلف عن المشرعين الإماراتي والأردني بشأن موضوع الحاجات، حيث اشترط هذا المشرع على الشخص حتى يعد مستهلكاً أن يشبع حاجاته هو وحده وليس حاجاته والآخرين كما اشترط المشرعين الإماراتي والأردني.

يجدر أن يلحظ هنا بأن المشرع الأردني قد عرّف المستهلك في تعليمات حماية المستهلك الجزء (209) لسنة 2020 على أنه الراكب أو العميل أو المسافر الذي يقوم بإبرام عقد نقل مع الناقل الجوي⁽⁶⁾، وجاء هذا التعريف كما يبدو لي خاصاً بالمسافر أو العميل في إطار عقد النقل الجوي، على اعتبار أنه يعد المستهلك في هذا العقد.

كما يتجه المشرع البحريني في تحديد مفهوم المستهلك اتجاهها آخر يختلف عن التشريعات السابقة حيث اعتبره ذلك الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يحصل على المنتجات لإشباع حاجاته هو أو حاجات التابعين له⁽⁷⁾، وقصد هذا المشرع بالمنتجات السلع والخدمات واستثنى من مفهومها الأدوية والمستحضرات الطبية وكذلك الأغذية المرخص باستيرادها من وزارة الصحة ويتم بيعها في الصيدليات والمراكز الصحية، كما استثنى الخدمات المقدمة من أصحاب المهن الحرة كالطبية والهندسية والمحاماة

⁴ لتفصيل ذلك انظر نص المادة 2 من قانون حماية المستهلك الأردني رقم 7 لسنة 2017.

⁵ وهذا ما جاءت به المادة 1/1 من قانون حماية المستهلك المصري رقم 181 لسنة 2018، كما حددت الفقرة الرابعة من ذات المادة المنتجات بالسلع والخدمات التي تقدم من أشخاص القانون العام أو الخاص، ويدخل في مفهوم ذلك أيضاً السلع المستعملة التي يتم التعاقد عليها من خلال قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي، وكذلك قانون تنظيم الرقابة على الأسواق والأدوات المالية غير المصرفية. تم نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية 13 ديسمبر سنة 2018 في العدد رقم 37 السنة الحادية والستين، ص2.

⁶ المادة 2 من تعليمات حماية المستهلك الأردنية الجزء 209 لسنة 2020 الصادرة بموجب أحكام المادة 55 من قانون الطيران المدني الأردني رقم 41 لسنة 2007 وتعديلاته، منشورة في الجريدة الرسمية الأردنية سنة 2020 على الصفحة رقم 893.

⁷ هذا ما جاءت به المادة 1 من القانون البحريني رقم 35 لسنة 2012 بشأن حماية المستهلك المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 2012/8/2 في العدد رقم 3063 في الصفحة رقم 5.

التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة

والمحاسبية والتأمين⁽⁸⁾، وقد قصد بالسلع لغايات هذا القانون المنتجات الصناعية أو الزراعية أو الحيوانية أو التمويلية، ويشمل ذلك أيضاً العناصر الأولية والمواد والمكونات والمنتجات نصف المصنعة، أما الخدمات فهي الأعمال التي يقوم بها المزود لقاء أجر يتم الاتفاق عليه أو من خلال تسعيرة معلنة⁽⁹⁾.

ويذهب اتجاه في الفقه الى ذات توجه التشريعات التي تُعرّف المستهلك، حيث يرى بأن المستهلكين هم أولئك الأشخاص من مستخدمي السلع الاستهلاكية أو الاستثمارية سواء كان ذلك عن طريق شرائها أو استئجارها، ويشمل هذا المصطلح كذلك مستخدمي الخدمات سواء كان ذلك بمقابل أم بدون مقابل، سواء قدمت هذه الخدمات من الحكومة بفروعها أم من قطاع الأعمال أو من المهنيين بفئاتهم المختلفة⁽¹⁰⁾، كما عرّفه اتجاه آخر على أنه الشخص المتعاقد على مال أو خدمة لأغراض تتعلق باستخدامهما أو استخدام أحدهما في حاجاته الشخصية أو مستلزماته العائلية⁽¹¹⁾، كما يرى اتجاه آخر بأن المستهلك هو كل شخص يقوم باقتناء السلع والخدمات لإشباع حاجاته ولتحقيق أغراضه المشروعة منها⁽¹²⁾.

ويمكن ان يطرح تساؤل هنا بخصوص النقل الجوي فيما إذا كان سلعة يقدمها الناقل الجوي أم خدمة؟ إجابةً على ذلك التساؤل يمكن القول بأن النقل الجوي يمتاز بالسرعة وتقديم خدمات متعددة ومختلفة، كونه يقوم بتحريك الأشخاص من مكان الى آخر بسرعة عالية جداً وبوقت قصير مختلفاً عن باقي أنواع النقل الأخرى، وجدير بالملاحظة هنا بأن جودة أي خدمة تعد العامل الرئيسي في نجاح المؤسسات والشركات التي تقدمها، لذا يتم الاهتمام بجودتها كونها تعد مدخلاً استراتيجياً من خلاله يمكن مواجهة التحديات والتطورات الحاصلة في المجالات المختلفة، الأمر الذي يعكس على تلبية حاجات ورغبات المستهلكين وكسب رضاهم عنها⁽¹³⁾، لذا فإن النقل الجوي يعد خدمة يقدمها الناقل الجوي للمستهلك

⁸ انظر في تفصيل ذلك أيضاً المادة 1 من ذات القانون.

⁹ انظر بخصوص ذلك المادة 1 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 14 لسنة 2013 لقانون تنظيم الطيران المدني البحريني والصادرة بموجب القرار رقم 21 لسنة 2013، المنشورة في الجريدة الرسمية في العدد رقم 31 الصادر في 30 يناير سنة 2014، ص 83.

¹⁰ د. لطفي شريف، حماية المستهلكين في اقتصاد السوق، ط 2، دار الشروق، القاهرة، سنة 1994، ص 9.

¹¹ السيد عمران محمد السيد، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة، منشأة المعارف، سنة 2008، ص 1-5.

¹² محمد خلف بني سلامة، بحث بعنوان حماية المستهلك في الشريعة الإسلامية، مجلة الفقه والقانون، ع 1، 34 أغسطس 2015، ص 66.

¹³ دلال بالطرش، رسالة ماجستير بعنوان "دور جودة خدمة النقل الجوي في كسب رضا الزبون: دراسة حال الخطوط الجوية الجزائرية بمدينة ورقلة"، جامعة قاصدي مباح ورقلة، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية، الجزائر، سنة 2015، ص 2-4.

التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة

المسافر، وتضع على عاتق الناقل عدة التزامات أهمها نقل مستهلك الخدمة من مكان إلى آخر، وإيصاله في الميعاد المنفق عليه والالتزام بضمان سلامته والمحافظة على امتعته⁽¹⁴⁾.

لذا يمكن القول هنا بأن المستهلك المسافر هو كل شخص طبيعي أو معنوي يرتبط بعقد نقل مع الناقل الجوي أو المشغلين من أجل تلقي خدمة النقل من مكان إلى آخر، ويشمل ذلك كل مسافر مغادر من أي مطار من المطارات الموجودة في الدولة⁽¹⁵⁾، سواء كان ذلك في النقل الجوي الدولي أم الداخلي⁽¹⁶⁾.

الفرع الثاني: تعريف الرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة

ينظر إلى المسافرين من ذوي الاحتياجات الخاصة من جهة على أنهم قد لا يستطيعوا مساعدة أنفسهم قبل وأثناء وبعد السفر، ومن جهة أخرى هم محرومون مما يتمتع به الأشخاص العاديون من صحة وعافية في إبدانهم واجسادهم وحقوقهم، الأمر الذي يستلزم تدخلاً من قبل المشرعين في الدول المختلفة من أجل إضفاء حماية خاصة لهؤلاء كمستهلكين لخدمة النقل الجوي.

وجدير بالملاحظة هنا أن واجب الرعاية بذوي الاحتياجات الخاصة له جانبين أولهما: يدخل في النطاق العام لرعاية الأشخاص العاديين من قبل الناقل الجوي على اعتبار أنهم يعتبروا مسافرين شأنهم شأن باقي المسافرين، أما الجانب الآخر لهذه الرعاية يتمثل في فرض رعاية خاصة بهم تختلف عن المقدمة للمستهلكين المسافرين العاديين الآخرين، وهذه الرعاية تقتض وجود ضمانات قانونية وحماية اجتماعية ونفسية لهذه الفئة⁽¹⁷⁾.

وقبل تحديد مفهوم الرعاية الخاصة يطرح التساؤل هنا حول ما يدخل ضمن مفهوم ذوي الاحتياجات الخاصة من مستهلكين لخدمة النقل الجوي، فهل هذا المصطلح يقتصر على المعاقين أم يشمل

¹⁴ مريم تيانتي، بحث بعنوان "الالتزام بضمان سلامة مستهلك خدمة النقل البحري"، ع29، الجزائر، ديسمبر 2018، ص69،70.

¹⁵ انظر بخصوص ذلك المادة 1/1 من القسم رقم 1 المتعلق بالتأخير والالغاء والمنع من الصعود على متن الطائرة من قواعد التنظيم الاقتصادي للترخيص وحماية المستهلك في الطيران المدني الصادرة عن الهيئة العامة للطيران المدني العماني في ديسمبر سنة 2015. ويقصد بالمستهلك المعنوي المسافر المعنوي هنا عندما تقوم الشركات مثلاً بالحجز لمديريها أو العاملين بها لأغراض السفر لأمر تتعلق بعملهم في هذه الشركات، أو قيام جمعيات أو أندية رعاية ذوي الاحتياجات الخاصة بالحجز لهؤلاء جواً لغايات تمثيلها في الفعاليات المختلفة.

¹⁶ د. ناديا محمد معوض، بحث بعنوان "حماية المستهلك الجوي"، منشور في مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والاحصاء والتشريع، ع511، مج104، سنة 2013، ص34.

¹⁷ أحمد بن عيسى، بحث بعنوان حقوق الإنسان للأشخاص ذوي الإعاقة في ضوء القانون الدولي والتشريع الجزائري"، منشور في مجلة الحقوق والعلوم، جامعة زيان عاشور، ع24، سبتمبر 2015، الجلة، الجزائر، ص270.

التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة

أشخاصاً غيرهم؟، وبالتالي هل نأخذ بالمفهوم الواسع لذوي الاحتياجات الخاصة أم نأخذ بالمفهوم الضيق؟

يعرّف المعوق على أنه كل شخص سواء كان طفلاً أم مراهقاً أو بالغاً أو مسناً لديه نقص نفسي أو غير بيولوجي أو مصاب بعجز لا يستطيع بسببه أداء نشاطه كالشخص الطبيعي، أو أنه مصاب بعاهة يتعذر عليه بوجودها أن يعيش حياة اجتماعية عادية وطبيعية⁽¹⁸⁾، وهنا لابد من الإشارة الى ضرورة تدخل المشرعين لحماية هذه الفئة من المسافرين، كونهم يتمتعون ببنية جسمية معينة وطاقة عضلية خاصة⁽¹⁹⁾.

هناك اتجاه تشريعي يحصر مفهوم ذوي الاحتياجات الخاصة بالمعاقين⁽²⁰⁾، وبالتالي لا يمتد حسب هذا الاتجاه هذا المفهوم الى كافة المسافرين المحتاجين لمعونة خاصة من أجل إنهاء إجراءات سفرهم، والدليل على حصر مفهوم ذوي الاحتياجات الخاصة بهذه الفئة ما ورد بنص المادة الأولى من اللائحة التنفيذية بشأن تنظيم الطيران المدني البحرينية، حيث لم تتطرق هذه اللائحة لذوي الاحتياجات الخاصة بهذه التسمية، وإنما اقتصر على تعريف المسافرين المعاق عند إيرادها للتعريفات، على اعتبار أن هذا الأخير هو كل مسافر يحتاج الى معونة خاصة من أجل إنهاء إجراءات سفره وصعوده الى الطائرة ويشمل ذلك أيضاً نزوله منها، وهذه المعونة الخاصة تشمل توفير الكراسي المتحركة له أو الرافعات الآلية.

وعند استعراض شروط نقل المسافرين والأمتعة الصادرة عن طيران الامارات نجد أنها أخذت بالمعنى الواسع للمساعدة الخاصة مع إيراد بعض الاستثناءات، حيث اعتبرت هذه الشروط أن المساعدة الخاصة هي كل مساعدة من نوع خاص يحتاجها الشخص بسبب انعدام قدرته على إطعام نفسه أو استخدام

¹⁸ محمد بشير، وعز الدين، دراغو، بحث بعنوان "النظام القانوني للمؤسسات المختصة بالأطفال ذوي الاحتياجات الخاصة في التشريع الجزائري، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي امين العقال الحاج موسى، معهد الحقوق والعلوم السياسية، ع5، مجلد 8، ديسمبر 2019، ص168.

¹⁹ امزيان محمد، بحث بعنوان "تشغيل الأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة في القطاع الخاص بين القانون الواقع، مجلة المنبر القانوني، نشر اندريس كركين، ع7، 8، إبريل، سنة 2015، ص173.

²⁰ نص المادة 52 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الطيران المدني البحريني الصادرة بموجب القرار رقم 21 لسنة 2013.

؛ لذوي الاحتياجات الخاصة

المرافق (المراحض)، أو التحرك في داخل الطائرة أو مغادرتها، أو كانت لديه احتياجات خاصة تتطلب استخدام معدات من نوع خاص⁽²¹⁾، وقد أخرجت هذه الشروط من هذه الفئة الحوامل وحديثي الولادة⁽²²⁾.

كما جاءت بذات المفهوم اللائحة التنفيذية السعودية لحماية حقوق العملاء، حيث اعتبرت أن العملاء من ذوي الاحتياجات الخاصة هم كافة المسافرين المحتاجين لتقديم المساعدة لهم والعناية الخاصة بهم من أجل إنهاء سفرهم أو صعودهم إلى الطائرة⁽²³⁾، وهو ما تضمنته اللائحة الاسترشادية لحماية المستهلك الصادرة عن الهيئة العربية للطيران المدني في مادتها الأولى والتي أخذت بالمفهوم الواسع لذوي الاحتياجات الخاصة، حيث لم تقصر مفهوم هؤلاء على المعاقين فقط، بل امتد ذلك ليشمل كل من يحتاج لمعونة خاصة من أجل إنهاء سفره أو صعوده للطائرة، وأعطت هذه اللائحة مثال على ذلك استخدام الكراسي المتحركة⁽²⁴⁾.

وتوسعت قواعد التنظيم الاقتصادي للترخيص وحماية المستهلك في الطيران المدني العماني في تحديد مفهوم ذوي الاحتياجات الخاصة، بحيث يشمل ذلك كل شخص يملك قدرة محدودة عند استعماله لوسائل النقل لأسباب تعود إلى إعاقة جسدية سواء كانت حسية أم حركية في جسمه، وسواء كانت دائمة أم مؤقتة، أو بسبب إعاقة عقلية، أو بسبب أي عجز أو إعاقة أخرى أو لأسباب تعود لكبر السن، حيث يتطلب ذلك عناية خاصة وتكييف للخدمات المتوفرة لجميع المسافرين بحسب احتياجاتهم الخاصة⁽²⁵⁾.

²¹ انظر بهذا الخصوص نص المادة 1/5/7 من شروط نقل المسافرين والأمتعة الصادرة عن طيران الإمارات، منشورة على الموقع الإلكتروني <https://www.emirates.com>، تاريخ الدخول 2020/3/17.

²² انظر في تفصيل ذلك نص المادة 4/7 من شروط نقل المسافرين والأمتعة الصادرة عن طيران الإمارات.
²³ وهذا ما أشارت له المادة 1/10 من اللائحة التنفيذية السعودية لحماية حقوق العملاء الصادرة عن الهيئة العامة للطيران المدني السعودي، وقد صدرت هذه اللائحة بقرار من مجلس إدارة الهيئة العامة للطيران المدني السعودي رقم 8-99 بتاريخ 1431/8/1هـ، وقد دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 1438/1/11 الموافق 2017/6/6.

²⁴ انظر بخصوص ذلك نص المادة الأولى من اللائحة الاسترشادية لحماية المستهلك الصادرة عن الهيئة العربية للطيران المدني، حيث تبني الاجتماع رقم 28 للجنة النقل الجوي في الهيئة العربية للطيران المدني ورقة العمل المقدمة من المملكة العربية السعودية، وقد عرضت في هذه الورقة تجربة الهيئة العامة للطيران المدني السعودي في مجال اعتماد وتنفيذ لائحة تنفيذية بشأن حماية المستهلك، كما ورد ذلك في المسودة الرابعة للقواعد الاسترشادية لحماية حقوق المسافرين الجوي المنبثقة عن الهيئة العربية للطيران المدني في الاجتماع المنعقد بتاريخ 6-8 نوفمبر 2017.

²⁵ وهذه القواعد منشورة بموجب وثيقة على موقع الهيئة العربية للطيران المدني ACAA على الصفحة رقم 2 تحت باب قوانين وأنظمة، موقع الهيئة العربية للطيران المدني وهو <https://acao.org.ma> تاريخ الدخول 2020/3/22.

التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة

بينما نجد أن المادة (13) من تعليمات حماية المستهلك الأردنية فرضت على الناقل الجوي التشغيلي إعطاء الأولوية في النقل لذوي الاحتياجات الخاصة والأشخاص الذين يساعدونهم أو وسائل مساعدتهم، وكذلك الأمر فيما يتعلق بحق الرعاية الوارد في المادة (6) من هذه التعليمات⁽²⁶⁾.

كما يبدو لي هنا فإن المشرع الأردني لم يحدد في المادة (2) من ذات التعليمات أعلاه المقصود بذوي الاحتياجات الخاصة بل ترك الباب مفتوحاً على مصراعيه، فهو لم يأخذ بالمفهوم الضيق أو الواسع لذوي الاحتياجات الخاصة، وهو أمر من شأنه أن يفتح باب الاجتهاد في ادخال فئة معينة من المسافرين ضمن هذا المفهوم أو إخراجهم منها وحسب تفسير الناقل الجوي وأهوائه، مما يؤدي الى حدوث نزاعات مستقبلية حول اعتبار مسافر أو راكب ما من ذوي الاحتياجات الخاصة، وبالتالي ينال الحقوق الممنوحة له بموجب التعليمات أم لا.

وأميل هنا في تحديد مفهوم ذوي الاحتياجات الخاصة الى المفهوم الواسع منسجماً مع الاتجاه الفقهي الذي ذهب الى القول بأنهم أولئك الأشخاص المحتاجين لعناية خاصة أثناء حركتهم الذاتية، أو عندما يستقلون وسيلة من وسائل النقل بسبب عجزهم الحسي أو الجسدي الدائم أو المؤقت أو ضعفهم الفكري، أو لكونهم ذوو مواصفات خاصة كأن يكونوا من الأطفال صغار السن أو غير المصحوبين بذويهم أو من النساء الحوامل أو كبار السن، أو أي راكب أو مسافر يحتاج لعناية خاصة إضافة الى العناية المقدمة لجميع المسافرين⁽²⁷⁾.

بناءً على ذلك أستطيع القول بأن المستهلك من ذوي الاحتياجات الخاصة هو كل مسافر يحتاج لعناية خاصة أثناء حركته أو أثناء صعوده للطائرة أو بعد ركوبه لها أو نزوله منها بسبب عجز حسي أو جسدي دائم أو مؤقت أو بسبب ضعف فكري، أو لكونه من ذوي المواصفات الخاصة كأن يكون من الأطفال صغار السن أو من غير المصحوبين بذويه أو من النساء الحوامل أو كبار السن أو لأي سبب آخر دائم أو عارض يمنعه من القيام بحركة ذاتية كباقي المسافرين، لذا فإن ذلك قد يشمل:

1- المعاقين بمختلف أنواعهم وأصنافهم.

²⁶ تعليمات حماية المستهلك الأردنية الجزء 209 لسنة 2020 الصادرة بموجب احكام المادة 55 من قانون الطيران المدني الأردني رقم 41 لسنة 2007 وتعديلاته، والمنشورة في الجريدة الرسمية الأردنية سنة 2020 على الصفحة رقم 893.

²⁷ صدام فيصل كوكز المحمدي ومروان عبد الهادي بشير الدوسري، بحث بعنوان "التزام الناقل الجوي برعاية المسافرين: دراسة تحليلية مقارنة بين اتفاقيات النقل الجوي الدولية ولوائح حماية المستهلك الوطنية، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، ع1، سنة 2013، ص667.

التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة

- 2- كبار السن غير القادرين على الحركة بصورة دائمة أو مؤقتة لأي سبب حسي أو جسدي.
- 3- صغار السن (الأطفال) ويشمل ذلك غير المصحوبين من ذويهم.
- 4- الحوامل من النساء.
- 5- المرضى المصابين بعجز مؤقت عن الحركة الذاتية.

أما المقصود بالالتزام بالرعاية الخاصة لهذه الفئة من المسافرين فلا يوجد في اللوائح والتعليمات التي تناولت حقوقهم معنى واضح لها، ولكن يمكن أن نخلص إلى مفهوم يحدد مضمونها وأهدافها على اعتبار أنها واجب يفرضه القانون على الناقل الجوي زيادةً على التزامه المتمثل برعاية المسافرين ككل، مقتضاه الامتناع عن رفض إركاب ذوي الاحتياجات الخاصة، وتقديم المساعدة لهم وتوفير احتياجاتهم الخاصة مجاناً لأسباب تتعلق بأوضاعهم الخاصة.

المطلب الثاني: الأساس القانوني لالتزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة

تعد مسألة تحديد أساس مسؤولية الناقل الجوي عن الرعاية الخاصة بذوي الاحتياجات الخاصة من المواضيع المهمة للغاية، فهي مسألة من جانب تساعد على تحديد نوع الضرر الذي يسأل عنه هذا الناقل ومقدار التعويض اللازم لجبره وتحديد حالات الاعفاء منه، ومن جانب آخر فهي ترتبط في موضوع مساعدة العميل من ذوي الاحتياجات الخاصة على معرفة مقدار التعويض مقدماً، بحيث يستطيع أن يحدد فيما إذا كان هذا التعويض يفوق التعويض المقدّر بموجب القانون أو الاتفاقيات الدولية مما يدفعه ذلك إلى إبرام عقود تأمين إضافية، كما يساعد ذلك في سرعة استقرار الأوضاع القانونية وتقليل الدعاوي القضائية خاصةً في الأحوال التي يقوم فيها الناقل الجوي بالإسراع إلى إجراء المصالحة الودية مع العملاء المضطربين⁽²⁸⁾.

كما يعد عقد النقل الجوي للأشخاص من العقود الرضائية، حيث يكفي لانعقادها صحيحة التراضي بين المتعاقدين، ولا يؤثر على هذه الطبيعة الرضائية قيام الناقل بإصدار تذكرة السفر لذوي الاحتياجات الخاصة، كون هذه الأخيرة تعد أحد وسائل إثبات هذا العقد، ويرى اتجاه في الفقه بأن هذا العقد يدخل في

²⁸ عبد المجيد خلف منصور العنزي، بحث بعنوان "أساس مسؤولية الناقل الجوي وحالاتها"، منشور في مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، ع1، سنة 2016، ص64.

التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة

دائرة عقود الإذعان، لأن الناقل الجوي يقوم بعرض ايجابه بصورة باتة نهائية لا يقبل مناقشة فيها⁽²⁹⁾، كما يترتب على هذا العقد التزامات متقابلة على كلا طرفيه الناقل والمسافر من ذوي الاحتياجات الخاصة، و من بين هذه الالتزامات التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة، وهي رعاية تختلف عن التزامه بالرعاية لباقي المسافرين من الأشخاص العاديين.

لذلك فإن التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة يفرض عليه عملاً مفاده الرعاية والعناية وتقديم المساعدة وتوفير الاحتياجات الخاصة لهذه الفئة من المسافرين، وهذا الالتزام يفترض تحديد أساسه في الاتفاقيات الدولية وفي اللوائح والتعليمات الوطنية، على اعتبار أنه يعد من قبيل الالتزامات الإيجابية التي تفرض على الناقل الجوي تحقيق نتيجة مفادها الرعاية والعناية والمساعدة وتوفير الاحتياجات لهذا المسافر، كما أن البحث في هذه المسؤولية يقتضي تحديد مصدرها، لذا سيتم تناول هذا الموضوع من خلال البحث في تنظيم التزام الناقل الجوي على المستوى الدولي والوطني، ومن ثم تحديد أساس هذه المسؤولية من خلال الأساس العقدي والقانوني لالتزام الناقل بالرعاية الخاصة وعلى النحو التالي:

الفرع الأول: التنظيم القانوني الدولي والوطني للرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة

لا بد من الإشارة هنا الى أن التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة قد جاء نتيجة دعوات جمعيات حماية المستهلك والمنظمات الدولية المختلفة التي دعت الى ضرورة رعاية هذه الفئة من المسافرين، لكون أن هذا الالتزام لم يحظى بمعالجة الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالنقل الجوي كاتفاقيتي وارسو لسنة 1929 والتي دخلت حيز التنفيذ سنة 1933 ومونتريال لسنة 1999.

جدير بالملاحظة هنا بأن الاتفاقيات الدولية قد ظهرت من أجل إيجاد قواعد قانونية موحدة على المستوى الدولي من شأنها التوفيق بين مصالح الأنظمة القانونية المختلفة للدول والمتعلقة بمسؤولية الناقل الجوي، كما تساعد على تحقيق التوازن بين مصلحة الناقل الجوي ومصلحة المسافرين⁽³⁰⁾، من هذه الاعتبارات المختلفة تم ابرام اتفاقية وارسو في 12 أكتوبر 1929، حيث نظمت أحكام مسؤولية الناقل

²⁹ محمد السيد الفقي، بحث بعنوان "النطاق الاجرائي لمسؤولية الناقل الجوي والدولي للبضائع: دراسة في تفسير المادة 26 من اتفاقية وارسو"، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، ع1، سنة 2006، ص390.

³⁰ أبو زيد رضوان، القانون الجوي قانون الطيران المدني، ط4، دار الفكر العربي، بدون مكان نشر، سنة 1994، ص7، وكذلك انظر بهذا الخصوص ديباجة اتفاقية وارسو لسنة 1929 الموقعة في وارسو في 12 أكتوبر سنة 1929، وكذلك الأمر ديباجة اتفاقية مونتريال لسنة 1999.

الجوي في المواد من (17-23)، وهذه النصوص تعالج في حقيقتها مسؤولية الناقل الجوي ومدى التعويض عن الضرر في حالة وفاة الراكب أو إصابته جسدياً إذا وقع ذلك الضرر على متن الطائرة أو أثناء عملية صعوده أو نزوله منها⁽³¹⁾، أو التأخير في نقل الأمتعة أو الراكب⁽³²⁾، كما تعالج حالات إعفاء الناقل من المسؤولية، وتبين لنا مقدار التعويض في حالة وفاة الراكب أو إصابته⁽³³⁾، وتقرر كذلك حدوداً لمسؤولية هذا الناقل بسبب الضرر الناتج عن التأخير في نقل الراكب⁽³⁴⁾.

بدورها لم تغفل اتفاقية الطيران المدني الدولي (شيكاغو لسنة 1944) في الملحق رقم (9) والذي يتعلق بالتسهيلات عن الإشارة إلى ضرورة القيام بوضع توصيات خاصة تتعلق بنقل الركاب المحتاجين إلى رعاية خاصة، وقد أشارت هذه التوصيات في ف 26-22/8 منها إلى الخدمات المقدمة إلى المعاقين من قبل المسؤولين في المطارات أو شركات الطيران أو وكالات الخدمات الأرضية⁽³⁵⁾.

ولا يختلف الأمر في اتفاقية مونتريال لسنة 1999 عما هو عليه في اتفاقية وارسو، حيث نصت هذه الاتفاقية على مسؤولية الناقل الجوي ومدى التعويض في حالة وفاة الراكب أو إصابته، أو في حالة الضرر اللاحق بأمتعته، أو ضياع أمتعته المسجلة أو تلفها أو تعييبها⁽³⁶⁾، كما عالجت هذه الاتفاقية موضوع مسؤولية الناقل عن الضرر الناشئ بسبب التأخير في نقل الركاب أو أمتعتهم⁽³⁷⁾، وكذلك حالات إعفاء الناقل من المسؤولية⁽³⁸⁾، والتعويض في حالة وفاته أو إصابته، وحدود مسؤوليته عن الضرر الناتج عن التأخير في نقل الراكب⁽³⁹⁾.

لذا نخلص إلى نتيجة مفادها أن موضوع التزام الناقل بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات لم يلقى اهتماماً دولياً بشكل خاص في الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالنقل الجوي، وهو الأمر الذي دفع بالكثير

³¹ انظر بهذا الخصوص نص المادة 17 من اتفاقية وارسو.

³² أشارت إلى ذلك المادة 19 من اتفاقية وارسو.

³³ عالجت المادة 20 من اتفاقية وارسو حالات إعفاء الناقل الجوي من المسؤولية، وبيّنت المادة 21 من ذات الاتفاقية التعويض في حالة وفاة الراكب أو إصابته.

³⁴ لقد أشارت إلى حدود مسؤولية الناقل فيما يتعلق بالضرر الناتج عن التأخير في نقل الركاب المادة 1/22 من اتفاقية وارسو.

³⁵ لقد صادقت على هذه الاتفاقية جميع الدول العربية دون استثناء، انظر بخصوص ذلك الموقع الإلكتروني <https://acao.org.ma> تاريخ الدخول إلى الموقع 2020/3/28.

³⁶ انظر بخصوص ذلك نص المادة 17 من اتفاقية مونتريال. ولقد صادقت على الاتفاقية كل من الأردن والإمارات العربية المتحدة والمملكة العربية السعودية ودولة البحرين وعمان على اعتبار أنها الدول محل المقارنة.

³⁷ عالجت اتفاقية مونتريال هذه المسؤولية بموجب نص المادة 19 منها.

³⁸ حددت المادة 20 من اتفاقية مونتريال حالات الإعفاء من المسؤولية.

³⁹ تحدد المادة 22 حدود هذه المسؤولية في حالة التأخير في نقل الركاب.

التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة

للمناداة بضرورة تحقيق مثل هذه الرعاية لهذه الفئة من المسافرين، وقد وجدت هذه الأصوات صدى لها في اللوائح والتعليمات الوطنية التي تركز على حماية حقوق هؤلاء المسافرين.

أما عن موقف المشرع الأردني فلم يتصدى هذا الأخير لمعالجة موضوع التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة بموجب أحكام قانون الطيران المدني الأردني رقم (41) لسنة 2007، واكتفى في هذا القانون بتطبيق أحكام اتفاقية مونتريال على الأشخاص والأمتعة في النقل الجوي الدولي والداخلي التجاريين، إلا في الأحوال التي يرد فيها نص في هذا القانون يخالف نص هذه الاتفاقية⁽⁴⁰⁾.

ثم عاد هذا المشرع وتدارك الأمر بموجب تعليمات حماية المستهلك (الجزء 209) لسنة 2020 في المادة (13) والتي فرضت على الناقل الجوي إعطاء الأولوية لذوي الاحتياجات الخاصة وللأشخاص أو الوسائل المساعدة أثناء النقل، كما اشترطت على هذا الناقل بإعطاء حق الرعاية لهذه الفئة طبقاً لنص المادة (6) من ذات التعليمات التي يتمتع بها كل مسافر، كما فرضت على الناقل الالتزام بالعناية بجميع المسافرين بما فيهم ذوي الاحتياجات الخاصة.

أما المشرع الإماراتي فإنه لم يعالج موضوع الرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة في القانون الاتحادي رقم (20) لسنة 1991 الخاص بإصدار قانون الطيران المدني، والذي اعتبر بأن اتفاقية شيكاغو وكافة الاتفاقيات التي انضمت إليها دولة الامارات العربية في مجال الطيران المدني مكملة لأحكام هذا القانون⁽⁴¹⁾، وبصورة لا تتعارض مع أحكامه، علماً بأن هذه الاتفاقيات لم تعالج موضوع الحماية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة، وفي ظل عدم اصدار هذا المشرع لأي تعليمات أو أنظمة من شأنها أن تضيف رعاية أو عناية للمستهلكين في مجال النقل الجوي، لذا أجد هنا بأن هناك نقص تشريعي بهذا الخصوص يحتاج الى اكمال من قبل المشرع الإماراتي من خلال تبني قواعد قانونية واضحة تضيف رعاية على المستهلكين من المسافرين بشكل عام وعلى ذوي الاحتياجات الخاصة بشكل خاص.

ويجدر أن يلحظ هنا أن بعض شركات الطيران في دولة الامارات العربية قد وضعت شروطاً لنقل المسافرين والأمتعة، تتضمن شروطاً للمساعدة الخاصة التي تقوم بتقديمها الى المسافرين على

⁴⁰ انظر بهذا الخصوص نص المادة 41/أ، ب من قانون الطيران المدني الأردني رقم 41 لسنة 2007 المعدل بموجب القانون رقم 8 لسنة 2018، والمنشور في الجريدة الرسمية سنة 2018، ص509.

⁴¹ هذا ما ورد في المادة 19 من القانون الاتحادي الإماراتي رقم 20 لسنة 1991 بشأن قانون الطيران المدني.

التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة

طائراتها⁽⁴²⁾، وقد أشارت الى ذلك القواعد الصادرة عن شركة طيران الامارات في المادة (5/7) والمتعلقة بالمساعدة الخاصة، والتي نظمت شروط تقديم هذه المساعدة وقيدتها بضرورة الحصول على إذن سابق من الدائرة الطبية التابعة للشركة عند اصدار التذكرة⁽⁴³⁾، وقد تم اللجوء الى وضع مثل هذه القواعد من قبل شركات الطيران بسبب عدم قيام المشرع الاماراتي بوضع قواعد تتعلق برعاية المسافرين خاصة ذوي الاحتياجات الخاصة، لذا لجأت بعض شركات الطيران الى الاجتهاد بهذا الخصوص، وهذا الأمر كما يبدو لي من شأنه أن يؤثر سلباً على هذه الفئة من المستهلكين لخدمة النقل الجوي، لأن شركات الطيران ستلجأ الى تغليب مصالحها على مصالح هذه الفئة.

لابد من الإشارة هنا أيضاً الى أن المشرع السعودي بموجب نص المادة (179) من نظام الطيران المدني قد أعطى الحق لمجلس إدارة الهيئة العامة للطيران المدني السعودي (GACA) بإصدار اللوائح التنفيذية والقرارات اللازمة من أجل تنفيذ احكام هذا النظام⁽⁴⁴⁾، واستجابةً لذلك فقد صدرت اللائحة التنفيذية السعودية لحماية حقوق العملاء بموجب قرار هذا المجلس رقم (99-8) بتاريخ 1431/8/1، حيث تطرقت المادة (12) من هذه التعليمات الى العملاء من ذوي الاحتياجات الخاصة، محددة التزامات الناقل الجوي وحقوق هؤلاء العملاء⁽⁴⁵⁾.

بذات الخصوص فإن المادة (108) من قانون تنظيم الطيران المدني لمملكة البحرين رقم (14) لسنة 2013 قد أشارت الى تطبيق اتفاقية مونتريال والاتفاقيات والمعاهدات التي تتضمن لها مملكة البحرين أو التي تصادق عليها، ولم تتضمن نصوص هذا القانون وجود رعاية خاصة لذوي الاحتياجات الخاصة، وهو أمر تداركه المشرع البحريني في اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الطيران المدني الصادر بالقانون رقم

⁴² وهذا ما ورد في الفقرة 5 في البند رقم 7 من شروط النقل لناقل جوي الامارات، مشورة على الموقع الالكتروني <https://seawings.ae> تاريخ الدخول الى الموقع 2020/3/22.

⁴³ انظر في تفصيل ذلك نص المادة 7 من شروط نقل المسافرين والأمتعة الصادرة عن طيران الامارات، وجاء في مقدمة هذه الشروط أنه بمجرد صدور تذكرة نقل جوي من طيران الامارات فهذا يعني أن المسافر قد أبرم عقد نقل مع طيران الامارات وبموجب هذا العقد يحق له أن يحصل على خدمة النقل.

⁴⁴ صدر هذا النظام بموجب المرسوم الملكي رقم م/44 بتاريخ 1426/7/18هـ، وهذا النظام منشور على الموقع الالكتروني للهيئة العامة للطيران المدني السعودية <https://acao.gov.sa>، تاريخ الدخول الى الموقع 2020/3/28.

⁴⁵ انظر بهذا الخصوص نص المادة 1/12-3 من اللائحة التنفيذية السعودية لحماية حقوق العملاء.

التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة

(14) لسنة 2013 في الفصل الثالث من الباب الثاني المتعلق بحقوق المسافرين، فقد تم تناول التزامات المشغل الجوي في هذه اللائحة وحقوق المعاقين في حالة الاخلال بهذه الالتزامات⁽⁴⁶⁾.

كما نظم المشرع العماني بموجب قواعد التنظيم الاقتصادي للترخيص وحماية المستهلك في الطيران المدني وفي القسم الثاني منها تحت مسمى الركاب من ذوي الاحتياجات الخاصة حقوق هذه الفئة من المسافرين، وقام هذا المشرع في المواد (3-1) من هذا القسم من ذات القواعد بوضع قواعد خاصة لحماية هذه الفئة بتوجب على الناقلين الجويين الالتزام بها.

الفرع الثاني: مصدر التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة

يعد تحديد مصدر وأساس التزام الناقل برعاية المسافرين من ذوي الاحتياجات الخاصة مسألة في غاية الأهمية، وتطرح هذه المسألة التساؤل التالي وهو هل أن مصدر التزام الناقل الجوي برعاية المسافرين من ذوي الاحتياجات الخاصة العقد المبرم بين هؤلاء من جانب وبين الناقل من جانب آخر أم أن مصدره وأساسه هو القانون؟

للإجابة عن ذلك سيتم تناول هذا الموضوع من جانبين على النحو التالي:

أولاً : العقد كمصدر لالتزام الناقل الجوي برعاية ذوي الاحتياجات الخاصة

يرتبط الناقل الجوي مع ذوي الاحتياجات الخاصة بعقد نقل شأنه شأن باقي المستهلكين لخدمة النقل الجوي، وبموجب هذا العقد يلتزم هذا الناقل برعاية الأشخاص من ذوي الاحتياجات الخاصة رعاية خاصة، حيث أن التزام الناقل هنا مرجعه عقد النقل، ويصنف هذا العقد على أنه عقد اذعان، كون العميل المسافر يسلم بشروط أوجبها الناقل لا يقبل فيها مناقشة، وهذه الصفة لا تنفي عن هذا العقد طبيعته الرضائية⁽⁴⁷⁾.

ويجدر أن يلحظ هنا بأن هذا الالتزام برعاية هذه الفئة من المستهلكين للنقل الجوي لا ينشأ دون وجود عقد نقل، لذا فإن بداية التزام الناقل الجوي في مواجهة هؤلاء تكون من خلال إبرام عقد النقل، حيث أن

⁴⁶ لقد تناولت هذه الالتزامات والحقوق المادة 1/52-4 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الطيران المدني البحريني.

⁴⁷ وضحه فلاح المطيري، مسؤولية الناقل الجوي الدولي في عقد نقل الركاب وفقاً للقانونين الكويتي والأردني والاتفاقيات الدولية، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، سنة 2011، ص20. وكذلك د. عدنان سرحان وآخرون، الوجيز في شرح مصادر الالتزام في قانون المعاملات المدنية الاتحادي، مكتبة الجامعة، الشارقة، سنة 2015، ص206.

التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة

إصدار تذكرة سفر لذوي الاحتياجات الخاصة شأنهم بذلك شأن باقي المسافرين هو أمر يفيد بإبرامهم عقد نقل مع الناقل الجوي، ويحق لهم بعد ذلك الحصول على خدمة النقل الجوي، وهذه الرعاية الخاصة التي تتمتع بها هذه الفئة من المسافرين تكون مضافة الى الرعاية التي يستحقونها كباقي المسافرين من الركاب⁽⁴⁸⁾.

وقد اشترطت كل من اتفاقيتي وارسو ومونتريال على الناقل الجوي ضرورة أن يقوم بتسليم الراكب تذكرة كدليل على إثبات عقد النقل لا تؤثر على وجوده أو صحته⁽⁴⁹⁾، حيث يرى اتجاه في الفقه بأن عدم تسليم هذه التذكرة للمسافر من قبل الناقل الجوي، أو تسليمها له معيبة ناقصة البيانات أو في حالة عدم صحة أو خطأ هذه البيانات فإنها أمور لا تؤثر على صحة عقد النقل⁽⁵⁰⁾.

والركاب من ذوي الاحتياجات الخاصة شأنهم شأن باقي الركاب يمكن أن يكونوا أي شخص عدا اطقم الطائرات، ويتم نقلهم مقابل تذكرة من نقطة السفر الى نقطة المقصد بصورة مباشرة، أو قد يكونوا من ركاب الترانزيت بحيث يتوقفوا في أحد المطارات بين نقطة السفر والمقصد لفترة زمنية⁽⁵¹⁾.

لذا يمكن القول هنا بأن مسؤولية الناقل الجوي برعاية ذوي الاحتياجات الخاصة رعاية خاصة لا يمكن أن تنشأ دون وجود عقد نقل صحيح مستجمع لكافة أركانه، وغالباً ما يكون بصورة تذكرة سفر، وفي الأحوال التي يخل فيها الناقل الجوي بالتزاماته في مواجهة ذوي الاحتياجات الخاصة فهنا تتحقق مسؤوليته العقدية.

وقد أشارت اللائحة الاسترشادية لحماية المستهلك الصادرة عن الهيئة العربية للطيران المدني الى استحقاق المسافرين من ذوي الاحتياجات الخاصة للتعويض عند رفض اركابه بعد اصدار التذكرة له من قبل الناقل، أو إذا حصل تقصير من قبل هذا الناقل في أداء الخدمة له وتوفير احتياجاته⁽⁵²⁾.

⁴⁸ صدام فيصل كوكز المحمدي ومروان عبد الهادي بشير الدوسري، المرجع السابق، ص 668.

⁴⁹ انظر الفقرة رقم 5 من نص المادة 3 من اتفاقية مونتريال، وكذلك الأمر نص الفقرة 5 من المادة 3 من اتفاقية وارسو.

⁵⁰ د. سعيد حسين علي، عقود قانون التجارة الدولية عقد النقل الجوي، عقد النقل البحري، خطابات الضمان، الاعتمادات المستندية: دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، سنة 2017، ص 42.

⁵¹ د. محمد نصر محمد، الحماية الجنائية للنقل الجوي: دراسة مقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد الرياض، سنة 2012، ص 34.

⁵² انظر بخصوص ذلك نص المادة 4/10 من اللائحة الاسترشادية لحماية المستهلك الصادرة عن الهيئة العربية للطيران المدني، وبذات المعنى جاءت المادة 4/9 من المسودة الرابعة للقواعد الاسترشادية لحماية حقوق المسافرين الجوي في الاجتماع المنعقد 6-8 نوفمبر 2017.

التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة

كما تعد كل من الأردن والامارات من الدول التي صادقت على اتفاقيتي وارسو ومونتريال⁽⁵³⁾، لذا فإنهما يشترطان على الناقل ضرورة تزويد المسافرين من ذوي الاحتياجات الخاصة شأنه شأن باقي المسافرين بتذكرة سفر تمثل عقد النقل، وأن أي اخلال من جانب الناقل الجوي بهذا العقد من شأنه أن يحقق مسؤوليته العقدية، وأشار هنا الى وجود قصور تشريعي لدى المشرعين الأردني والاماراتي فيما يتعلق بالتزام الرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة، وضرورة وجود خصوصية لهذه الفئة من المسافرين.

وقد أشارت كذلك اللائحة التنفيذية السعودية لحماية حقوق العملاء الى العلاقة التعاقدية التي تربط الناقل الجوي بالعميل، حيث ترى هذه اللائحة بأن هذه العلاقة تكون في مرحلة الاكتمال عند اصدار الناقل الجوي للحجز المؤكد للعميل، حيث تبدأ هنا مسؤولية الناقل الجوي عن العميل من لحظة تواجده في نطاق خدمة الناقل الجوي ويشمل ذلك حالة السفر⁽⁵⁴⁾، كما نصت هذه اللائحة على قيام مسؤولية الناقل عن رعاية العملاء من ذوي الاحتياجات الخاصة بعد صدور تذكرة تتضمن حجراً مؤكداً لهؤلاء العملاء⁽⁵⁵⁾.

بناءً على ذلك يمكن القول بأن مسؤولية الناقل الجوي عن الرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة تنشأ نتيجة اخلاله بالتزاماته في مواجهة هؤلاء العملاء والمتمثلة برفض اركابهم بعد صدور تذكرة حجز مؤكدة لهم، وأضيف هنا بأن هناك التزامات أخرى تفرضها طبيعة الأشخاص من ذوي الاحتياجات الخاصة، لذا أرى بضرورة وجود عقد نقل جوي خاص بذوي الاحتياجات الخاصة يختلف عن عقد نقل المسافرين الطبيعي، قد تضاف له بعض الشروط الخاصة المتعلقة بالرعاية والتكلفة نظير الخدمات.

كما لم يختلف المشرع البحريني بهذا الخصوص عما ذهب اليه كلا المشرعين الأردني والاماراتي في تطبيق احكام الاتفاقيات الدولية على الطيران المدني سواء التي انضمت لها مملكة البحرين أو التي سنتضم لها⁽⁵⁶⁾، واختلف هذا المشرع عن السعودي في كونه لم يشترط في اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم

⁵³ أشارت المادة 4 من قانون الطيران المدني الأردني رقم 41 لسنة 2007 الى تطبيق احكام المعاهدات والاتفاقيات الدولية الجماعية والثنائية التي تكون المملكة الأردنية الهاشمية طرفاً فيها والتي تتعلق بالطيران المدني، ويقابل ذلك نص المادة 19 من القانون الاتحادي الاماراتي رقم 20 لسنة 1991 بشأن قانون الطيران المدني.

⁵⁴ انظر بخصوص ذلك نص المادة 4 من هذه اللائحة.

⁵⁵ لقد أشارت الى ذلك نص المادة 1/12 من هذه اللائحة.

⁵⁶ نص المادتين 108،4 من القانون البحريني رقم 14 لسنة 2013 الخاص بإصدار قانون تنظيم الطيران المدني.

التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة

الطيران المدني لقيام مسؤولية الناقل الجوي العقديّة عن رعاية المسافرين المعاقين وجود حجز مؤكد من قبل الناقل الجوي صراحةً⁽⁵⁷⁾.

ويجدر أن يلحظ هنا بأن منع الصعود الى الطائرة يعد من حالات اخلال الناقل الجوي بالتزامه في مواجهة العميل (المسافر) من ذوي الاحتياجات الخاصة، حيث يرى اتجاه في الفقه بأن هذا المنع من الصعود الى الطائرة يعادل قيام الناقل بعدم تنفيذ عقد النقل المبرم بينه وبين الراكب⁽⁵⁸⁾.

كما قد تضع بعض شركات الطيران شروطاً خاصة لنقل المسافرين المحتاجين لمساعدة خاصة، حيث تلزم هذه الشركات نفسها بنقل هؤلاء في حال حصولهم على إذن مسبق من الدائرة الطبية العائدة لها أو المعتمدة من قبلها عند اصدار التذكرة، وهذا يعد من شروط العقد المبرم بين الشركة والعميل من ذوي الاحتياجات الخاصة، فإذا قام هذا العميل بالحصول على الإذن وامتنعت الشركة عن نقله فهي بذلك تكون قد أخلت بالتزامها العقدي في مواجهته⁽⁵⁹⁾، وهذا الاتجاه لهذه الشركات كما يبدو لي هو خطوة الى الأمام في ظل القصور التشريعي، وأرى هنا بضرورة أن تقوم شركات الطيران المختلفة بوضع هكذا شروط من شأنها مراعاة ذوي الاحتياجات الخاصة أثناء السفر.

ثانياً : القانون كمصدر لالتزام الناقل الجوي برعاية ذوي الاحتياجات الخاصة

إن التزام الناقل الجوي بالعناية الخاصة بذوي الاحتياجات الخاصة هو التزام فرضه القانون، وتحقق ذلك من خلال التعليمات واللوائح التنفيذية التي فرضتها التشريعات المختلفة، ويرى اتجاه في الفقه أن الاعتبارات التي دفعت بالمشرعين الى إقرار هذا الالتزام يعود الى مبادئ العدالة والتعاون الواجب على الناقل الجوي تقديمهما في مواجهة العميل، كما يعود ذلك الى اعتبارات أخلاقية يفرضها الواقع العملي⁽⁶⁰⁾.

يجدر أن يلحظ هنا بأن التشريعات محل المقارنة قد صادقت على اتفاقيتي وارسو ومونتريال، وقد جاء في ديباجة اتفاقية مونتريال أن الدول الأطراف في هذه الاتفاقية قدرت أهمية تأمين مصالح

⁵⁷ انظر بهذا الخصوص نص المادة 1/52-4 من هذه اللائحة.

⁵⁸ د. فاضل صالح الزهاوي، بحث بعنوان "المسؤولية عن التأخير في النقل الجوي"، منشور في مجلة الحقوق، مج15، ع1، سنة2018، ص204.

⁵⁹ انظر في تفصيل ذلك المادة 5/7 من شروط نقل المسافرين والأمتعة الصادرة عن طيران الامارات، وكذلك نص المدة 5/7 من شروط النقل للمسافرين والأمتعة لناقل جوي الامارات.

⁶⁰ المحمدي، صدام فيصل كوكز المحمدي ومروان عبد الهادي بشير الدوسري، المرجع السابق، ص659.

التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة

المستهلكين في النقل الجوي الدولي وحاجة هؤلاء الى التعويض العادل عن الأضرار اللاحقة بهم، وأن أفضل وسيلة لتحقيق التوازن العادل بين المصالح في النقل الجوي هو اتخاذ تدابير جماعية من قبل الدول الأطراف، من أجل تحقيق توافق وتقنين للقواعد النازمة للنقل الجوي الدولي من خلال اتفاقية جديدة⁽⁶¹⁾.

بناءً على ذلك أستطيع القول بأن التعليمات واللوائح التي جاءت من قبل الدول المختلفة قد جاءت مكتملة لهاتين الاتفاقيتين، من أجل تحقيق حماية أكبر لهذه الفئة من المستهلكين، لذلك لجأت هذه التعليمات واللوائح الى النص على التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة، كما بيّنت مضمون هذا الالتزام في مواجهة هذه الفئة من المستهلكين، وكذلك مدى إمكانية أن يشترط الناقل الجوي اعفاءه من هذا الالتزام، ويأتي تنبيه الدول والمنظمات الدولية الى هذا الالتزام ومعالجته ضمن قواعد قانونية تهدف الى حماية المستهلكين في مجال النقل الجوي وخاصة ذوي الاحتياجات الخاصة الى عدة عوامل أهمها:

- (أ) الوضع الخاص لذوي الاحتياجات الخاصة والمتمثل بوجود إعاقة حركية أو عقلية تحول دون قدرتهم على مساعدة أنفسهم أثناء تواجدهم في المطارات عند المغادرة، أو وجودهم على متن الطائرات أو عند مغادرتهم لها.
- (ب) مراعاة الجانب النفسي وحمايته لهؤلاء المستهلكين من ذوي الاحتياجات الخاصة من التصرفات التي قد يتخذها الناقل الجوي عند معرفته بأن من تعاقد معه هو من ذوي الاحتياجات الخاصة.
- (ج) تأتي هذه اللوائح والتعليمات منسجمة مع كافة القوانين الوطنية المختصة بهذه الفئة والمعاهدات الدولية وإعلان حقوق الانسان، كذلك الأمر مع الاتفاقيات التي تخص النقل الجوي والتي تحاول فرض توازن بين مصالح الناقل الجوي ومصالح المستهلكين.
- (د) إن التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة يأتي من باب العناء والمشقة والتكلفة التي تكبدها هذا العميل في التحضير للسفر والحضور الى المطار، ومن ثم يفاجئ بمنع اركابه بسبب حالته، أو عدم وجود تجهيزات خاصة تتناسب مع أوضاعه الخاصة وتساعده في إكمال سفره.

⁶¹ انظر في تفصيل ذلك ديباجة اتفاقية مونتريال لسنة 1999، ويقابل ذلك ايضاً ديباجة اتفاقية وارسو لسنة 1929.

التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة

لذا يمكن القول هنا بأن التزام الناقل بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة هو في حقيقته توجه من قبل التشريعات الوطنية لحماية هذه الفئة من المستهلكين بقوة القانون، وهذا الالتزام لا ينشأ ما لم يكن مدعوماً باتفاق يتمثل بعقد النقل بين الناقل وذوي الاحتياجات الخاصة يقضي بنقله من مكان الى آخر عبر الجو، وهذا الاتفاق يكون بصورة تذكرة سفر كما ذكرنا سابقاً مؤكدة الحجز، لذا لا ينشأ هذا الالتزام القانوني على الناقل ما لم يكن مسبقاً بحجز مؤكد من قبل ذوي الاحتياجات الخاصة.

وبما أن التزام الناقل الجوي هو التزام أساسه القانون فهل هو التزام ببذل عناية أنه التزام بتحقيق نتيجة؟

كما يبدو لي هنا عند الرجوع الى اللوائح والتعليمات الخاصة بهذا الالتزام نجد أنها جاءت بصيغة الالتزام للناقل الجوي، ويظهر ذلك لدى المشرع الأردني في التعليمات الخاصة بحماية المستهلك حيث جاء في المادة (6) منها أنه "... على الناقل الجوي تقديم المساعدة..." وكذلك الأمر في نص المادة (13) حيث جاء فيها "على الناقل الجوي التشغيلي إعطاء الأولوية لذوي الاحتياجات الخاص..."⁽⁶²⁾، وبذات المفهوم جاءت اللائحة البحرينية وكذلك الأمر اللائحة التنفيذية السعودية لحماية حقوق العملاء⁽⁶³⁾، وهذا يقود للقول بأن التزام الناقل بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة هو التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل رعاية.

والسؤال الذي يثور هنا حول أساس هذه المسؤولية التقصيرية التي تنشأ في حال إخلال الناقل الجوي بالتزامه القانوني؟

للإجابة على ذلك لابد من الإشارة الى وجون نظريتين بهذا الخصوص الأولى: هي الشخصية ووفقاً لها فإن المسؤولية التقصيرية تقوم على فكرة الخطأ، وعليه فإن كل خطأ يسبب ضرراً للغير يلزم فاعلة بالتعويض أما الثانية: فهي الموضوعية وتقيم المسؤولية على فكرة الضرر، بالتالي لا يشترط توافر ركن

⁶² وهو أمر تضمنته اللائحة الاستثمارية لحماية المستهلك الصادرة عن الهيئة العربية للطيران المدني في المادة العاشرة المتعلقة بالمستهلك من ذوي الاحتياجات الخاصة والتي جاء فيها "1... لا يجوز للناقل الجوي ان يرفض اركاب المسافرين من ذوي الاحتياجات الخاصة..." وجاء في الفقرة الثانية 2- على الناقل الجوي ومشغلي "المطارات..." وبذات المفهوم جاءت المسودة الرابعة للقواعد الاستثمارية لحماية حقوق المسافرين الجوي في مادتها التاسعة.

⁶³ انظر بهذا الخصوص المادة 52 من اللائحة التنفيذية البحرينية لقانون تنظيم الطيران المدني، وكذلك المادة 12 من اللائحة التنفيذية السعودية لحماية حقوق العملاء.

التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة

الخطأ، وإنما تقوم على أساس تحمل التبعة والتي تكتفي بركن الضرر لقيام المسؤولية التقصيرية⁽⁶⁴⁾، وقد اعتنق المشرعان الأردني والإماراتي النظرية الثانية⁽⁶⁵⁾، ويرى بعض الفقه بأن قوام هذه المسؤولية هو فعل الإضرار والضرر والعلاقة السببية بينهما⁽⁶⁶⁾.

وبالاطلاع على اللوائح والتعليمات التي عالجتها مسؤولية الناقل الجوي عن الرعاية الخاصة لفئة ذوي الاحتياجات الخاصة، نجد أنها تقيم المسؤولية على فعل الإضرار وليس الخطأ، وبالنسبة للتشريعات التي أخذت بالنظرية الشخصية وخاصة بشأن اللوائح والتعليمات محل المقارنة فإنها حاولت أن تضعف من هذه الفكرة، حيث أجدها هنا تقيم هذه المسؤولية على فكرة الخطأ المفترض فرضاً قابلاً لإثبات العكس، وليس على فكرة الخطأ المفترض فرضاً غير قابل لإثبات العكس، والدليل على ذلك أن هذه اللوائح والتعليمات قد أعطت الحق للناقل بنفي مسؤوليته من خلال إثبات أن ما قام به بحق ذوي الاحتياجات الخاصة كان لدواعي الأمن والسلامة أو من أجل الحفاظ على صحة المسافرين (المستهلك) على متن الطائرة⁽⁶⁷⁾.

المبحث الثاني: نطاق تطبيق التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة

لقد صادقت الدول المختلفة على اتفاقيتي وارسو ومونتريال، لذا فإن هاتين الاتفاقيتين تعدان جزءاً لا يتجزأ من تشريعات هذه الدول، وبما أن الاتفاقيات الدولية قد وضعت نظاماً زمنياً ومكانياً وموضوعياً لتطبيقها قدر تعلق الأمر بمسؤولية الناقل الجوي سواء عن رعاية المسافرين أم مسؤوليته عن التأخير أو عن سلامة المسافرين، لذا فإن ما يخرج من حدود هذه الاتفاقيات سيكون المجال الرحب لتطبيق الالتزام بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة، حيث توجد حدود موضوعية وزمانية وشخصية لهذا الالتزام سيتم تناولها على النحو التالي:

المطلب الأول: سمات الالتزام بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة

⁶⁴ د. بشار طلال المومني وآخرون، شرح مصادر الالتزام غير الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، مكتبة الجامعة، الشارقة، سنة 2015، ص 95-99.

⁶⁵ انظر بخصوص ذلك نص المادة 282 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، وكذلك نص المادة 256 من القانون المدني الأردني.

⁶⁶ نائل المساعدة، بحث بعنوان "الضرر في الفعل الضار وفقاً للقانون الأردني: دراسة مقارنة" بحث منشور في مجلة المنارة، جامعة آل البيت، الأردن، مج 12، ع 3، سنة 2006، ص 392.

⁶⁷ انظر بهذا الخصوص نص المادة 1/10 من اللائحة الإرشادية لحماية المستهلك، كذلك المادة 1/9 من المسودة الرابعة للقواعد الاسترشادية لحماية حقوق المسافرين الجوي، وكذلك المادة 12 من اللائحة التنفيذية السعودية لحماية حقوق العملاء، وكذلك المادة 52 من اللائحة التنفيذية البحرينية الخاصة بقانون تنظيم الطيران المدني.

التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة

يعد البحث في الالتزام بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة مدعاة لتمييز هذا الالتزام الذي فرضته الدواعي العملية الإنسانية والأخلاقية على الناقلين الجويين عما يشته به من أوضاع أخرى والتزامات شبيهة به مفروضة على هؤلاء الناقلين، كما يقتضي الأمر تحديد المدى الزمني والشخصي لهذا الالتزام بصورة تضمن تقديم رعاية خاصة لائقة بهذه الفئة من المستهلكين الجويين وعلى النحو التالي:

الفرع الأول: خصوصية الالتزام مقابل الالتزامات الأخرى

قد يعاني الأشخاص من إعاقة جسدية أو عقلية من شأنها أن تؤثر على نشاطهم في المشي أو السمع أو التنفس أو غير ذلك، وقد تكون هذه الإعاقة دائمة أو مؤقتة، لذا يجب على الناقل الجوي أن يقوم بتلبية احتياجاتهم عند السفر جواً وتقديم المساعدة لهم والامتناع عن رفض أركابهم، وكذلك مساعدتهم في التحميل والتنزيل وتخزين الأجهزة المساعدة لهم⁽⁶⁸⁾، وهذه المساعدة يطلق عليها الرعاية الخاصة لهذه الفئة من المسافرين، وهذه الرعاية قد تتداخل مع التزامات أخرى تفرضها الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية على الناقل الجوي، لذا سيتم بحث هذا التداخل على النحو التالي:

أولاً: الالتزام بالرعاية الخاصة والالتزام برعاية المسافر

تعد رعاية المسافرين من قبل الناقل الجوي واجباً مفروضاً عليه، وهو يقتضي تقديم العناية لهؤلاء المسافرين كالخدمات المجانية عند تعرضهم لحالات تستوجب تقديم مثل هذه العناية⁽⁶⁹⁾.

وعلى الرغم من تشابه كلا الالتزامين من حيث المصدر وهو اللوائح والتعليمات الوطنية بعد أن تنبئه المشرع الوطني في كل دولة الى عدم وجود قواعد خاصة لحماية المستهلكين المسافرين بشكل عام وكذلك المستهلكين من ذوي الاحتياجات الخاصة في الاتفاقيات الدولية، إلا أن كل واحد منهما يختلف عن الآخر، ويمكن القول هنا بأن الالتزام بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة هو التزام مضاف الى التزام الناقل برعاية المسافرين، حيث يحصل كل مسافر من ذوي الاحتياجات الخاصة على الامتيازات التي يقدمها الناقل لجميع المسافرين تنفيذاً لالتزامه برعاية المسافرين، كما يحصل هذا المسافر من ذوي الاحتياجات الخاصة على التزام الناقل برعايته رعاية خاصة تختلف عن باقي

⁶⁸ مقال بعنوان "Traveling with a disability" منشور على الموقع الإلكتروني www.transportation.gov تاريخ الدخول للموقع 2020/4/1.

⁶⁹ صدام فيصل كوكز المحمدي ومروان عبد الهادي بشير الدوسري، المرجع السابق، ص 644.

التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة

المسافرين، وسبب هذه الرعاية يعود للحالة الخاصة لهذا المسافر، بينما لا يتمتع باقي المسافرين الآخرين بالرعاية الخاصة المقدمة لذوي الاحتياجات الخاصة، بل يقتصر تمتعهم فقط بالتزام الناقل بواجب الرعاية عند تحقق شروطها.

ثانياً: الالتزام بالرعاية الخاصة والالتزام بسلامة المسافرين

تقيم اتفاقية وارسو لسنة 1929 قرينة على خطأ الناقل الجوي عند المساس بسلامة المسافرين تجعله هذه القرينة مسؤولاً بقوة القانون عن سلامة هؤلاء المسافرين⁽⁷⁰⁾، وهو ذات التوجه لاتفاقية مونتريال لسنة 1999 والتي جعلت الناقل مسؤولاً عن كافة الأضرار الناشئة بسبب وفاة الراكب أو تعرضه للإصابات الجسدية، وذلك في الأحوال التي تقع فيها تلك الوفاة أو الإصابات على متن الطائرة أو عند نزولهم منها⁽⁷¹⁾.

ويعد الالتزام بسلامة المسافرين من أهم الالتزام المفروضة على الناقل الجوي، ويمقتضاه يلتزم هذا الناقل بتوصيل المسافر الى المكان المتفق عليه سليماً معافاً⁽⁷²⁾. ويرى اتجاه في الفقه بأن هذا الالتزام لدى المشرعين الأردني والإماراتي هو التزام عقدي بتحقيق نتيجة، وفي الأحوال التي لا تتحقق فيها هذه النتيجة فإن ذمة الناقل تبقى مشغولة دون حاجة لإثبات وقوع الخطأ⁽⁷³⁾، ويشترط لقيام مسؤولية الناقل الجوي عن سلامة المسافرين أن يكون الإخلال قد نشأ عن حادث واقع ضمن فترة زمنية معينة وأن يترتب عليه ضرر لهؤلاء المسافرين⁽⁷⁴⁾، كما يرى اتجاه في الفقه صعوبة تحديد مفهوم للالتزام بسلامة الراكب كونه مصطلح غير واضح⁽⁷⁵⁾.

⁷⁰ انظر بخصوص ذلك نص المادة 17 من اتفاقية وارسو. انظر في تفصيل ذلك عاطف الفقي، تطور مسؤولية الناقل الجوي، دار الفكر الجامعي، القاهرة، سنة 2008، ص135، وكذلك ثروت عبد الرحيم، القانون البحري والجوي، جامعة الأزهر، القاهرة، سنة 2006، ص111.

⁷¹ وقد أشارت الى ذلك المادة 17 من اتفاقية مونتريال لسنة 1999.

⁷² محمد عبد الحفيظ عبد الرحمن المناصير، بحث بعنوان "مسؤولية الناقل الجوي في عقد نقل الركاب: دراسة في القانون الدولي والقانونين الأردني والعماني، مجلة العلوم القانونية والسياسية، الجمعية العلمية للبحوث والدراسات الاستراتيجية، س9، ع1، سنة 2019، ص219. وكذلك د. محمد فريد العريني، ود. جلال وفاء محمد، القانون الجوي الملاحة الجوية والنقل الجوي، دار المطبوعات الجامعية، مصر، سنة 1998، ص187.

⁷³ إيمان نبوش، المرجع السابق، ص349، وكذلك، محمد عبد الحفيظ عبد الرحمن المناصير، المرجع السابق، ص220.

⁷⁴ إيمان نبوش، المرجع السابق، ص349، ويعرّف الحادث على أنه كل واقعة تقع بشكل مفاجئ غير معتاد من شأنها الإخلال بالسير الطبيعي للرحلات الجوية، انظر بهذا الخصوص عبد الفضيل محمد أحمد، القانون الخاص الجوي، دار الفكر والقانون، مصر، سنة 2008، ص328.

⁷⁵ عابد فايد عبد الفتاح فايد، الالتزام بضمان السلامة في عقود السياحة على ضوء قواعد حماية المستهلك: دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، سنة 2010، ص21.

التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة

ويظهر الاختلاف بين التشريعات المختلفة في تحديد طبيعة مسؤولية الناقل عن سلامة الركاب، حيث ترى بعض هذه التشريعات بأن التزام الناقل هو التزام بتحقيق نتيجة ومسؤوليته هي عقدية، ويرى اتجاه آخر منها بأن مسؤوليته هي تقصيرية كما هو الحال عليه في الدول الأنجلو سكسونية وأن التزام الناقل هنا هو التزام ببذل عناية⁽⁷⁶⁾، وكما يبدو لي فإن التزام الناقل بسلامة الركاب هو التزام بتحقيق نتيجة مفادها الوصول بالركاب الى نقطة الوصول المتفق عليها سليماً معافاً.

يجدر أن يلحظ هنا بأن هذا الالتزام يختلف عن الالتزام بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة في كونه يعد التزاماً عاماً يفرض على الناقل الجوي في مواجهة كافة المسافرين العاديين وذوي الاحتياجات الخاصة، بينما الالتزام بالرعاية الخاصة لا يشمل سوى المسافرين من ذوي الاحتياجات الخاصة فقط لذا فهو لا يمتد الى باقي المسافرين العاديين، كما يختلفان من حيث المضمون حيث أن الالتزام الأول مضمونه حماية المسافرين من الإصابات الجسدية أو تحديد المسؤولية عن الأضرار في حالة حدوث الوفاة، أما مضمون الالتزام بالرعاية الخاصة يكمن في الامتناع عن القيام ببعض التصرفات في مواجهة ذوي الاحتياجات الخاصة من قبل الناقل الجوي كمنع الراكب، أو القيام بتقديم المساعدة والاحتياجات لهذه الفئة من المسافرين كونها غير قادرة أو عاجزة بصورة كلية أو جزئية عن إكمال إجراءات السفر أو الصعود الى الطائرة أو النزول منها، كما أن الالتزام بسلامة المسافرين يعد التزاماً ثابتاً بموجب الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، بينما الالتزام بالرعاية الخاصة التزم ثابت بموجب اللوائح والتعليمات الوطنية فقط.

⁷⁶ عبد المجيد خلف منصور الغزوي، المرجع السابق، ص 77.

التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة

ثالثاً: الالتزام بالرعاية الخاصة والمسؤولية عن التأخير

يقصد بالتأخير قيام الناقل الجوي بتأخير الركاب أو أمتعته، بحيث يقوم بإيصالها بوقت غير الوقت المتفق عليه بينهما، أو أن يقوم الناقل بتأجيل النقل إلى وقت آخر لاحق للوقت المتفق عليه⁽⁷⁷⁾، وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة تتمثل بإيصال الركاب في الميعاد المتفق عليه⁽⁷⁸⁾.

لا بد من الإشارة هنا إلى أن اتفاقيتي مونتريال ووارسو قد جعلتا الناقل مسؤولاً عن الأضرار اللاحقة بالركاب في حالة التأخير، إلا أنهما لم تتضمننا مفهوماً للتأخير، كما لم تبيّن هاتين الاتفاقيتين فيما إذا كان إلغاء الرحلة المتفق عليها أو رفض أركاب المسافرين يدخلان ضمن مفهوم التأخير أم لا، إلا أنهما قد أشارتا إلى إمكانية أن يتخلص الناقل من مسؤوليته عن الأضرار اللاحقة بالركاب، وذلك في الأحوال التي يستطيع فيها أن يثبت اتخاذه هو وتابعيه ووكلاؤه التدابير المعقولة من أجل تفادي هذا الضرر، أو أنه استحالة عليه أو على هؤلاء من التابعين والوكلاء اتخاذ مثل هذه التدابير⁽⁷⁹⁾.

ويرى اتجاه في الفقه بأن مسؤولية الناقل الجوي عن التأخير تبدأ من لحظة اقلاع الطائرة ولغاية هبوطها في المطار المقصود المتفق عليه⁽⁸⁰⁾، وفي مقابل ذلك فإن هناك من يرى بأن مخاطر الطيران تعد جسيمه لذا قد ينتزع الناقل الجوي بها، وأن الاستعجال في تنفيذ عقد النقل الجوي من شأنه أن يؤدي إلى عواقب وخيمة، لذلك لا بد من عدم إلزامه بتنفيذ عقد النقل في الموعد المتفق عليه⁽⁸¹⁾، وبدوري أمل إلى الاتجاه القائل بمسؤولية الناقل الجوي عن الأضرار اللاحقة بالركاب بسبب التأخير في عملية النقل.

أما بشأن الاختلاف بين التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة ومسؤوليته عن التأخير أقول بأن التزامه بالرعاية الخاصة هو التزام لا يشمل سوى ذوي الاحتياجات الخاصة، بينما التزامه بالمسؤولية عن التأخير فإنه يشمل جميع الركاب العاديين وذوي الاحتياجات الخاصة، لذا يسأل في مواجهة ذوي الاحتياجات الخاصة عن الأضرار الحاصلة لهم في حال التأخير مسؤولية مستقلة تماماً عن مسؤوليته في مواجهتهم

⁷⁷ فاضل صالح الزهراوي، المرجع السابق، ص194، لا بد من الإشارة هنا إلى أن التشريعات محل المقارنة لم تعرّف التأخير باستثناء ما ورد في المادة 2 من تعليمات حماية المستهلك الأردنية الجزء 209 لسنة 2020 والتي عرّفت تأخير الرحلة بتأخير مغادرتها عن الوقت الأصلي.

⁷⁸ انظر بهذا الخصوص محمد عبد الحفيظ عبد الرحمن المناصير، المرجع السابق، ص224. وكذلك وضحة فلاح المطيري، المرجع السابق، ص61.

⁷⁹ انظر في تفصيل ذلك نص المادة 19 من اتفاقية مونتريال لسنة 1999، ويقابل هذا نص المادة 19 من اتفاقية وارسو لسنة 1929. ⁸⁰ محمود محمد خليل أبو شاور، رسالة ماجستير بعنوان " حالات اغفاء الناقل الجوي من المسؤولية حسب اتفاقية مونتريال والتشريعات الأردنية"، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، الأردن، أيار، سنة 2013، ص 65.

⁸¹ محمد فريد العريني، القانون الجوي النقل الجوي، حوادث الطيران، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2009، ص232.

التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة

عن التزامه بالرعاية الخاصة لهم، فالرعاية الخاصة شيء والمسؤولية عن التأخير شيء آخر، كما أن الناقل يسأل عن رعاية ذوي الاحتياجات الخاصة عند صعودهم أو نزولهم من الطائرة لمساعدتهم في هذه العملية، بينما تكون مسؤوليته عن التأخير محددة بين لحظتي اقلاع الطائرة وهبوطها ، فهنا المسؤولية عن الرعاية الخاصة تسبق المسؤولية عن التأخير، كونها تترتب على الناقل في مرحلة سابقة للحظة اقلاع الطائرة، كما أنها قد تكون لاحقة للمسؤولية عن التأخير كونها تثبت على الناقل في مرحلة لاحقة لهبوط الطائرة، كما تنهض مسؤولية الناقل عن التأخير عند تأجيل نقل الراكب، بينما تنهض هذه المسؤولية عن الرعاية الخاصة عندما يرفض الناقل الراكب.

الفرع الثاني: حدود الالتزام بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة

إن الالتزام بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة له مداه الشخصي والزمني، وهذا المدى يمكن من خلاله تحديد الأشخاص المدنيين به، وكذلك تحديد الفترة التي يلتزم فيها المسؤول عن هذا الالتزام أي المدين به في رعاية هذه الفئة من المسافرين، وهو أمر سيتم تناوله تبعاً على النحو التالي:

أولاً : النطاق الشخصي للالتزام بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة

يتمثل هذا النطاق في تحديد صفة المدين بهذا الالتزام، وهو أمر يثير تساؤلاً حول تحديد صفة الشخص المدين بالالتزام بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة، فهل يقتصر ذلك على الناقل الدولي فقط أم أنه يشمل الناقل الداخلي كذلك، وهل يشمل هذا فقط الناقل الجوي أم يمتد الى أشخاص آخرين غيره؟

لقد خصص المشرع الأردني المادة (13) من تعليمات حماية المستهلك (الجزء 209) لسنة 2020 والتي تطرقت الى حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة، حيث فرضت هذه المادة على الناقل الجوي التشغيلي إعطاء الأولوية لذوي الاحتياجات الخاصة أو أي شخص أو أي وسيلة مساعدة تكون برفقتهم، كما فرضت عليه حق الرعاية لهؤلاء باعتباره التزاماً تم فرضه على الناقل في مواجهة كافة المسافرين⁽⁸²⁾.

⁸² لم يفرض المشرع الأردني بموجب هذه التعليمات على الناقل الجوي التشغيلي سوى إعطاء حق الأولوية، وكذلك الحقوق التي يفرضها لأي مسافر عادي آخر والتي تضمنتها المادة 6 من هذه التعليمات، ويقصد بالناقل الجوي التشغيلي حسب أحكام المادة 2 من هذه التعليمات هو ذلك الناقل الذي يقوم برحلة أو ينوي القيام بها بموجب عقد يبرمه مع ذلك الراكب أو نيابةً عن شخص آخر قد يكون اعتبارياً أو طبيعياً لديه عقد مع ذلك الراكب.

التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة

كما نصت المادة (3) من ذات التعليمات على سريانها على كافة الرحلات المنتظمة وغير المنتظمة، سواء كانت مغادره من أي مطار داخل المملكة الأردنية الهاشمية من قبل ناقل جوي تشغيلي محلي أو دولي ويشمل ذلك أيضاً نقاط التوقف، أو كانت قادمة الى أي مطار داخل المملكة لناقل جوي تشغيلي محلي.

ويبدو لي هنا بأن المدين بهذا الالتزام لدى المشرع الأردني هو الناقل الجوي التشغيلي الدولي أو المحلي في الرحلات المنتظمة وغير المنتظمة والمغادرة للمملكة والقادمة اليها، ولم يحدد هذا المشرع فيما إذا كان ذلك يشمل الرحلات الداخلية صراحةً أيضاً، ولكن يمكن استخلاص ذلك من إطلاق النص في المادة (3) ذاتها حيث أشارت الى أن (...أ-المغادرة من أي مطار... ب-القادمة من أي مطار...)، وهذا يعني بأن الرحلات الداخلية هي مشمولة كذلك كون الطائرة تغادر أحد المطارات في المملكة لتستقر في مطار آخر قادمة اليه.

كما طبق المنظم السعودي اللائحة التنفيذية لحماية حقوق العملاء على كافة الرحلات المغادرة من مطارات المملكة جميعها وسواء كان الناقل سعودياً أم اجنبياً، كما طبقها على الرحلات القادمة بواسطة الناقلين الجويين الوطنيين، واستثنى من الحالة الثانية حصول المسافرين على تعويض أو مساعدة حسب أنظمة دولة المغادرة⁽⁸³⁾، لذا فإن النطاق الشخصي للالتزام بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة يكون على الناقلين الجويين المواطنين والأجانب في الرحلات المغادرة، وعلى الناقلين الجويين الوطنيين في الرحلات القادمة، وهو أمر لا يختلف عما ذهب اليه المشرع الأردني بهذا الخصوص، سوى بالاستثناء الذي أورده المنظم السعودي والمتمثل بعدم سريان هذه التعليمات على الرحلات القادمة في حال حصول المسافرين من ذوي الاحتياجات الخاصة على تعويض أو مساعدة حسب الأحكام القانونية في الدولة القادم منها.

وقد جعل المنظم السعودي هذا الالتزام على الناقل الجوي حصراً في نص المادة (12) من ذات اللائحة أعلاه، حيث فرضت هذه المادة هذا الالتزام المتمثل بتقديم الرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة على الناقل بجميع فقراتها (1-3).

⁸³ المادة 2 من اللائحة التنفيذية السعودية لحماية حقوق العملاء.

التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة

أما اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الطيران المدني البحرينية فقد قامت بتجزئة هذا الالتزام، حيث فرضت عملية عدم جواز رفض اركاب المسافرين المعاق على المشغل الجوي، بينما مراعاة الاحتياجات الخاصة لهذا المسافرين هو التزام يفرض على المشغل الجوي ومشغل المطار ومقدم الخدمات الارضية⁽⁸⁴⁾.

كما جعلت هذه اللائحة هذا الالتزام على عاتق هؤلاء الأشخاص في كافة الرحلات القادمة الى الدولة أو المغادرة لها، وسواء كان المشغل الجوي مسجلاً في الدولة أم تم تعيينه من أجل تشغيل رحلات جوية من وإلى الدولة⁽⁸⁵⁾، وكما يبدو لي فإن هذه اللائحة لم تميّز بين الناقل الجوي الوطني والأجنبي، حيث اشترطت فقط بأن يكون هذا الناقل مسجلاً أو معيناً لتشغيل الرحلات من الدولة واليهما.

يجدر أن يلحظ هنا بأن شروط النقل للمسافرين والأمتعة لناقل جوي الامارات قد ألزمت الناقل نفسه بهذه المساعدة بشرطين وهما: الحصول على تصريح من طبيب مؤهل من قبل هذا الناقل قبل الصعود، وكذلك ضرورة وجود شخص لمساعدة ذوي الاحتياجات الخاصة لتلبية احتياجاتهم، وألقت بهذا الالتزام على عاتق ذوي الاحتياجات الخاصة من المسافرين، وأعفت الناقل من المسؤولية عن تلبية احتياجاتهم في حال عدم توفر هذين الشرطين⁽⁸⁶⁾، وهذا الأمر لا يختلف عما ذهبت اليه شركة طيران الامارات حيث ألزمت نفسها باعتبارها ناقلاً جويّاً في مواجهة من هم بحاجة الى نوع خاص من المساعدة بتوافر الشرطين أعلاه، وأضافت شرطاً ثالثاً مقتضاه ضرورة التزام هؤلاء بكافة اللوائح السارية في كافة الأوقات⁽⁸⁷⁾.

ثانياً : النطاق الزمني للالتزام بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة

ويقصد بهذا النطاق هو المدى الزمني للالتزام الناقل الجوي بتقديم الرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة، فهل يشمل ذلك الفترة السابقة لصعود المسافرين من ذوي الاحتياجات الخاصة الى الطائرة أم انه يقتصر على الفترة التي يكون فيها هذا المسافرين على متن الطائرة؟ وهل يمتد هذا الالتزام الى الفترة الزمنية اللاحقة لنزول المسافرين من الطائرة؟

⁸⁴ هذا ما أشارت له هذه اللائحة في المادة 52 منها، وهو الأمر الذي أكدته المادة 44 من ذات اللائحة والتي تحدد سريان الفصل المتعلق بحقوق المسافرين.

⁸⁵ انظر بخصوص ذلك نص المادة 44 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الطيران المدني البحرينية.

⁸⁶ انظر في تفصيل ذلك المادة 5/7 من شروط النقل للمسافرين والأمتعة لناقل جوي الامارات.

⁸⁷ انظر في تفصيل ذلك المادة 7/5/1 من شروط نقل المسافرين والأمتعة لطيران الامارات.

إن أفضل طريقة كما يرى البعض من أجل ضمان الحصول على مساعدة خاصة مجانية في المطارات وعلى متن الطائرات، هي ابلاغ المشغل الجوي المعني بالاحتياجات الخاصة مسبقاً ، ويتم تقديم هذه المساعدة بصورة مجانية بغرض تسهيل عملية السفر عبر الجو وضمان حقوق متساوية لكافة المسافرين⁽⁸⁸⁾.

قد تم في الفرع السابق تحديد المدين بتقديم الرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة في كافة اللوائح والتعليمات محل المقارنة والتي تناولت هذا الالتزام، وإجابةً على السؤال المطروح أعلاه لم يتم تحديد بداية التزام الناقل الجوي التشغيلي ولا نهاية هذا الالتزام في تعليمات حماية المستهلك الأردنية، كما لم يتم تحديد بداية الرحلات ونهايتها في نص المادة (3) من هذه التعليمات، حتى أن المشرع الأردني لم يميز في العناية والمساعدة التي الزم بها المشغل الجوي بين المسافرين العاديين من جانب وذوي الاحتياجات الخاصة من جانب آخر، سوى ما أورده والمتعلق بإعطاء حق الأولوية⁽⁸⁹⁾، وهنا كان لا بد على المشرع الأردني بأن يقوم بتحديد بداية ونهاية التزام المشغل الجوي، وكما يبدو لي فإن هذا المشرع قد ترك أمر تفعيل هذا الالتزام الى لحظة تحقق سبب من أسباب تقديم الرعاية أو العناية أو المساعدة دون أن ينظر الى الحالة الخاصة لهذه الفئة من المسافرين واحتياجاتهم المختلفة عن غيرهم.

أما بخصوص المنظم السعودي فقد بينت اللائحة التنفيذية لحماية حقوق العملاء أن تقديم الحماية لهؤلاء المسافرين من ذوي الاحتياجات الخاصة يبدأ من لحظة شروع هؤلاء بإنهاء إجراءات سفرهم وصعودهم الى الطائرة⁽⁹⁰⁾، وهذا الصعود يبدأ من خلال قيام المسافر بعمل ما يسمى بـ (Bording) في صالة المطار، كما بين هذا المنظم بأن العلاقة التعاقدية بين الناقل الجوي والعميل من ذوي الاحتياجات الخاصة تنشأ عند اكتمال عملية إصدار الحجز المؤكد من قبل الناقل لهذا العميل⁽⁹¹⁾، وبالتالي يسأل الناقل الجوي عن العميل من لحظة تواجده في نطاق خدمته ويشمل ذلك أيضاً حالة السفر، وقد كان المنظم السعودي أكثر وضوحاً بهذه المسألة من المشرع الأردني، حيث اشترط على الناقل أن يتأكد من

⁸⁸ مقال بعنوان "Rights of air passengers with disabilities or reduced mobility" المنشور على الموقع الإلكتروني www.traficom.fi تاريخ الدخول الى الموقع 2020/4/1.

⁸⁹ انظر بهذا الخصوص نصوص المادة 13، 11، 10، 9 من تعليمات حماية المستهلك الأردنية الجزء 209 لسنة 2020.

⁹⁰ المادة 10/1 من اللائحة التنفيذية السعودية لحماية حقوق العملاء.

⁹¹ يقصد بالحجز المؤكد هو الحجز الذي يطلبه الراكب من الناقل في رحلة معينة بتاريخ محدد وعلى درجة خدمة معينة، ويتم تأكيد ذلك من قبل هذا الناقل بقيامه بوضع اشارة على تذكرة سفر العميل أو بأي طريقة أخرى يستخدمها وتفيد بأن هذا الحجز محجوز لصالح هذا العميل، انظر بخصوص ذلك نص المادة 14/1 من اللائحة التنفيذية السعودية لحماية حقوق العملاء.

التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة

توافر خدمة الصعود الى الطائرة والنزول منها⁽⁹²⁾، كما الزمه باتخاذ الإجراءات التي تكفل اعلام ذوي الاحتياجات الخاصة بمواعيد الرحلات أو الغائها أو تأخيرها أو تغييرها⁽⁹³⁾، والزمه كذلك بتوفير منصات للمعينة لاستقبال ذوي الاحتياجات الخاصة⁽⁹⁴⁾، وتوفير الكراسي المتحركة والعلامات الارشادية في المطارات سواء أثناء الصعود للطائرة أو النزول منها⁽⁹⁵⁾.

عند استعراض موقف المنظم السعودي نجد أنه بخصوص النطاق الزمني للرعاية الخاصة فقد الزم الناقل بها من لحظة وجود العميل في نطاق خدمته، لكن هذا المشرع لم يوضح لنا المقصود بحالة السفر⁽⁹⁶⁾، وكما يبدو لي فإن ذلك يتحقق في حالة وجود المسافر في نطاق خدمة الناقل الجوي، ويشمل ذلك صالات المطارات وحالتى الصعود والنزول ووجود ذوي الاحتياجات الخاصة على متن الطائرة، وهو أمر يقود للقول بأن المنظم السعودي قد الزم الناقل الجوي بهذه الرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة طالما كان هؤلاء في نطاق خدمته.

لم يختلف المشرع البحريني عما ذهب اليه المنظم السعودي بهذا الخصوص ويكمن ذلك من تعريفه للمسافر المعاق، حيث عرّفه على أنه الشخص الذي يحتاج لمعونة خاصة من أجل إنهاء إجراءات سفره، أو صعوده الى الطائرة أو النزول منها⁽⁹⁷⁾، ويجدر أن يلاحظ هنا بأن هذا المشرع لم يتطرق الى النطاق الزمني لالتزام الناقل بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة عند تحديده لسريان الأحكام المتعلقة بحقوق المسافرين عبر الجو⁽⁹⁸⁾، إلا أن ذلك يمكن أن يفهم ضمناً من نص المادة (2/52) من اللائحة التنفيذية البحرينية، والتي جعلت من التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة يمتد الى فترة ما قبل حضور المسافرين الى المطار، من خلال الزام المشغل الجوي بالعمل على اتخاذ كافة الإجراءات المتعلقة بإعلامه بمواعيد الرحلات أو الإلغاء أو التأخير الحاصل عليها، وحملتة مسؤولية التخلف عن ذلك، كما قضت هذه الفقرة بأن التزام الناقل بالرعاية الخاصة يسبق صعود المعاق للطائرة، حيث ألزمت الناقل بوضع العلامات الارشادية الواضحة وتوفير الكراسي المتحركة في المطارات أثناء الصعود الى الطائرة أو

⁹² المادة 2/12 ج من اللائحة التنفيذية السعودية لحماية حقوق العملاء.

⁹³ المادة 2/12 د من اللائحة التنفيذية السعودية لحماية حقوق العملاء.

⁹⁴ المادة 2/12 ب من اللائحة التنفيذية السعودية لحماية حقوق العملاء.

⁹⁵ المادة 2/12 أ من اللائحة التنفيذية السعودية لحماية حقوق العملاء.

⁹⁶ عرّفه اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الطيران البحريني على أنه "وجود المسافر في نطاق خدمة المشغل الجوي، بما في ذلك أثناء إجراءات السفر".

⁹⁷ المادة 1 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الطيران المدني البحرينية.

⁹⁸ انظر بهذا الخصوص نص المادة 44 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الطيران المدني البحرينية.

التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة

النزول منها⁽⁹⁹⁾، أما خدمة الصعود الى الطائرة أو النزول منها بواسطة الرافعات الآلية فقد ألزمت بها مقدمي الخدمات الأرضية وبدون مقابل⁽¹⁰⁰⁾.

بخصوص التجربة المتعلقة بشركة طيران الامارات فإن مسؤوليتها عن رعاية الأشخاص المحتاجين لرعاية خاصة تبدأ من دخولهم الطائرة ويظهر ذلك عندما ألزمت الشركة نفسها بالمساعدة لهذه الفئة من المسافرين في حالة انعدام قدرتهم على اطعام أنفسهم، أو استخدام المرحاض، أو التحرك في مقصورة الطائرة أو مغادرتها⁽¹⁰¹⁾، وهو أمر يقود للقول بعدم التزام هذه الشركة بالرعاية الخاصة في المرحلة السابقة على دخولهم الى مقصورة الطائرة، أي أنها غير ملتزمة باستقبالهم بصورة مختلفة عن غيرهم من المسافرين، كما اخلت هذه الشركة مسؤوليتها عن صعودهم الى الطائرة.

يختلف الأمر في تجربة الناقل الجوي للإمارات حيث ألزم نفسه بإبداء المساعدة الخاصة في حال عدم القدرة على اخلاء مقصورة الطائرة دون مساعدة من أحد⁽¹⁰²⁾، وهذا يعني بأن هذا الناقل لا يلتزم بحقوق هذه الفئة من المسافرين قبل أو عند صعودهم الى الطائرة، ولا حتى في الأحوال التي يكونوا موجودين فيها على متن الطائرة وإنما فقط عند مغادرة الطائرة.

أما المشرع العماني فقد وضع نطاقاً لتطبيق القسم الثاني من قواعد التنظيم الاقتصادي للترخيص والتي تتضمن أحكاماً خاصة بحماية الأشخاص من ذوي الاحتياجات الخاصة المسافرين جواً، حيث تطبق هذه القواعد على من يستخدم أو ينوي أن يستخدم خدمات النقل الجوي عند مغادرة السلطنة أو الوصول إليها أو المرور عبر مطاراتها⁽¹⁰³⁾، كما ألزمت هذه القواعد الناقل الجوي بإتاحة حق الاطلاع العام للمسافرين من ذوي الاحتياجات الخاصة شأنهم شأن باقي المسافرين، وهذا يعني بأن المشرع العماني لا يهتم بموضوع رعاية ذوي الاحتياجات الخاصة في مطار المقصد من قبل الناقل الجوي.

يمكن لي القول هنا بأن النطاق الزمني لمسؤولية الناقل الجوي لم يكن واضحاً لدى التشريعات محل المقارنة بصورة محددة بدقة، على الرغم من قيام بعض هذه التشريعات بوضع بعض المعايير المتعلقة بذلك، واقترح هنا بأن تكون لهذه المسؤولية نقطة بداية ونهاية، واقترح بأن تكون بدايتها من اللحظة التي

⁹⁹ المادة 2/52 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الطيران المدني البحرينية.

¹⁰⁰ المادة 2/52 ب من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الطيران المدني البحرينية.

¹⁰¹ يمكن استخلاص ذلك من نص المادة 2/5/7 من شروط لنقل المسافرين والأمتعة لطيران الامارات.

¹⁰² انظر في تفصيل ذلك نص المادة 5/7 من شروط النقل للمسافرين والأمتعة لناقل جوي الامارات.

¹⁰³ جاء ذلك بموجب نص المادة 1/1 من القسم الثاني لهذه القواعد، وكذلك المادة 2 من ذات القواعد.

التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة

يدخل فيها المسافر من ذوي الاحتياجات الخاصة باب صالة المطار بالاشتراك مع مقدمي الخدمات الأرضية ومشغلي المطارات لحين وصوله الى منصة الحجز الخاص بالناقل الجوي، فهنا اقترح بأن تبدأ مسؤولية الناقل لوحده بالرعاية الخاصة لهذا المسافر وتمتد الى صعوده ومكوته على متن الطائرة ونزوله منها الى حين انتهاء مغادرته للطائرة، وأن يبقى مسؤولاً عنه كذلك الى لحظة مغادرته باب المطار المقصود لهذا المسافر بالاشتراك مع مقدمي الخدمات الأرضية ومشغلي ذلك المطار .

المطلب الثاني: مضمون الالتزام بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة

يمكن أن يكون السفر مرهقاً بالطائرة لأي شخص، نظراً لما يتخلله من انتظار طويل للمسافرين، إضافة الى وجود اجراءات السفر الشاقة ومتاعب الأمان والأمتعة المفقودة، وهذه العملية تكون أكثر إرهاقاً بالنسبة للأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة، وقد كثرت الأخبار في الآونة الأخيرة على وكالات الأنباء عن الوضع المؤسف المتعلق بقيام شركات السفر برفض اركاب هؤلاء، لذا لابد من عدم تعريضهم للتمييز في السفر الجوي ومعاملتهم معاملة باقي المسافرين، وقد أصدر الكونغرس الأمريكي استجابة لذلك قانون الوصول الى الناقل الجوي (14, ACCA 382 CFR)، وطالب هذا القانون كافة الرحلات المغادرة والقادمة الى الولايات المتحدة الامريكية بتوفير أماكن مجانية لهذه الفئة من المسافرين، وبطريقة تتماشى مع توفير السفر الآمن لجميع الركاب⁽¹⁰⁴⁾.

ويتضمن الالتزام بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة مسائل عدة في ظل اللوائح والتعليمات محل المقارنة، ومضمون هذا الالتزام يتمثل في تحديد الالتزامات والخدمات الواجب على الناقل الجوي الالتزام بها أو تقديمها الى هذه الفئة من المسافرين، وكذلك الأعمال التي لا يجوز له القيام بها في مواجهتهم، عليه سيتم تناول مضمون هذا الالتزام من خلال النظر لهذه الالتزامات والخدمات المفروضة على الناقل الجوي وعلى النحو التالي:

الفرع الاول: الالتزامات المتعلقة برفض اركاب المسافرين من ذوي الاحتياجات الخاصة

يقصد برفض الاركاب للمسافرين من ذوي الاحتياجات الخاصة منعهم من الصعود الى الطائرة لأسباب تعود الى حاجتهم لمعونة أو مساعدة من أجل إنهاء إجراءات سفرهم أو الصعود الى الطائرة أو

¹⁰⁴ مقال ل Melissa Stuart بعنوان 'Legal planning air travellers with disabilities: here are your rights' منشور على الموقع الإلكتروني www.friendshipcircle.org تاريخ الدخول للموقع 2020/3/30.

التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة

النزول منها، وعادة ما يكون رفض اركاب أو منع صعود المسافرين الى الطائرة لأسباب تعود الى سياسة الحجز الفائض، التي يتبعها الناقل الجوي من أجل تعويض الخسائر التي قد تلحق به بسبب التغييرات أو الإلغاءات على الحجزات في اللحظات الأخيرة من قبل المسافرين، وقد تحدث كذلك لأسباب تقنية تعود الى أنظمة الحجز لدى الناقل الجوي، أو لأسباب تتعلق بالسلامة والتشغيل كتغيير سعة الطائرة لأسباب تقنية أو استبدالها بطائرة بديلة⁽¹⁰⁵⁾.

لكن ما يحدث هنا هو أمر مختلف حيث يقوم الناقل الجوي برفض اركاب المسافر كونه من ذوي الاحتياجات الخاصة، حيث يحتاج لرعاية خاصة من أجل إنهاء إجراءات سفره أو صعوده الى الطائرة أو نزوله منها، وقد تنبّهت اللوائح والتعليمات المتعلقة بحماية المستهلك الجوي لدى المشرع الأردني والسعودي والبحريني والعماني لهذه المسألة وقامت بمعالجتها من خلال منع الناقل الجوي من رفض اركاب المستهلكين من ذوي الاحتياجات الخاصة.

ويطرح التساؤل هنا حول مدى جواز قيام الناقل الجوي برفض اركاب المستهلكين من ذوي الاحتياجات الخاصة على الرغم من قيامه بإصدار تذكرة لهم؟

إجابةً على ذلك أجد بأن المشرع الأردني في تعليمات حماية المستهلك قد ألزم ذوي الاحتياجات الخاصة بالإفصاح وقت الحجز عن أي احتياجات أو مساعدة خاصة مطلوبة من قبلهم⁽¹⁰⁶⁾، ولكنه بذات الوقت لم يفرد نصاً خاصاً في هذه التعليمات يمنع الناقل الجوي من اتخاذ قرار بمنع اركاب ذوي الاحتياجات الخاصة بسبب حالتهم أو بسبب حاجتهم للرعاية، وأدخلهم هذا المشرع ضمن الأشخاص الذين تنطبق عليهم نص المادة (5) من ذات التعليمات شأنهم شأن باقي المسافرين.

وبناءً على ذلك سيلتزم ذوي الاحتياجات الخاصة بالإفصاح عند الحجز عن أوضاعهم واحتياجاتهم، وإذا لم يقوموا بهذا الإفصاح فإن من حق الناقل الجوي رفض اركابهم لمخالفتهم نص الفقرة (هـ) من المادة (5) من تعليمات حماية المستهلك، لذا يمكن القول هنا بأن المشرع الأردني لم يميّز المسافرين من ذوي الاحتياجات الخاصة بأي ميزة ولم يخصّهم في الرعاية، بل على العكس من ذلك إلزامهم بالإفصاح عن أوضاعهم من أجل نقلهم، وإلا فقدوا الحماية التي تمنح حتى للمسافرين العاديين، مع العلم بأن هذا

¹⁰⁵ فاضل الزهاوي، المرجع السابق، ص 203، انظر كذلك مقال بعنوان " منع المسافرين من الصعود على متن الطائرة بسبب عدم توافر مقاعد شاغرة" منشور على الموقع الالكتروني <https://cargo.ornanar.com> تاريخ الدخول الى الموقع 2020/3/2.

¹⁰⁶ المادة 5/هـ من تعليمات حماية المستهلك الأردنية الجزء 209 لسنة 2020.

التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة

المشرع قد أعطى هذه الفئة من المسافرين الأولوية المنصوص عليها في المادة (13) من ذات التعليمات لغايات النقل وتلقي الرعاية المنصوص عليها في المادة (10) من ذات التعليمات.

أما بخصوص المشرع السعودي فقد منع في اللائحة التنفيذية السعودية لحماية حقوق العملاء الناقل الجوي من رفض اركاب العملاء من ذوي الاحتياجات الخاصة بعد إصدار تذاكر سفر مؤكدة لهم⁽¹⁰⁷⁾، ومنع رفض الاركاب هذا يلتزم به الناقل الجوي بشرط أن يفصح العميل عن احتياجاته الخاصة قبل إتمام عملية الحجز المؤكد⁽¹⁰⁸⁾.

بناءً على ذلك يمكن القول بأن العميل من ذوي الاحتياجات الخاصة لا يحصل على الرعاية الخاصة والتي لا تسمح للناقل بمنع اركابه إلا بعد الإفصاح لذلك الناقل عن هذه الاحتياجات، فالإفصاح شرط لتلقي هذه الرعاية التي تمنع الناقل من رفض اركابه لحالته الخاصة.

كما منع المشرع البحريني المشغل الجوي من رفض سفر المسافر المعاق، إلا أن هذا المشرع لم يشترط لتفعيل هذا الالتزام على المشغل الجوي إلزام هذا المسافر بالإفصاح عن إعاقته⁽¹⁰⁹⁾، وكما يبدو لي فإن موقف المشرع البحريني قد جاء متقدماً على كلا المشرعين الأردني والسعودي بهذا الخصوص، لأنه من وجهة نظري يحقق حماية نفسية كبيرة لهذه الفئة من المسافرين، والتي يجب أن يكون الناقل الجوي على استعداد تام من أجل استقبالها ونقلها، إلا بعض الفئات من المسافرين من ذوي الاحتياجات الخاصة يمكن لهذا المشرع أن يستثنيهم ويلزمهم بالإفصاح، كالمسافرين بواسطة النقلة أو باستخدام الكراسي المتحركة الالكترونية، أو الأجهزة التي تحتاج الى بطاريات خاصة، أو الأجهزة التي تحتاج الى توصيل بنظام الاوكسجين الخاص بالناقل الجوي أثناء الرحلة.

أما بخصوص تجربة شركة طيران الامارات فقد اشترطت هذه الشركة لنقل المسافرين من ذوي الاحتياجات الخاصة الحصول على إذن مسبق من الدائرة الطبية⁽¹¹⁰⁾، لذا فهي تعطي الحق لنفسها بمنع اركاب ذوي الاحتياجات الخاصة في حال عدم وجود مثل هذا الإذن عند اصدار تذكرة السفر، حتى أنها ألزمت هذه الفئة من المسافرين في حال تغير احتياجاتهم الخاصة بصورة سلبية بالحصول على إذن جديد

¹⁰⁷ نص المادة 1/12 من اللائحة التنفيذية لحماية حقوق العملاء السعودية.

¹⁰⁸ نص المادة 2/5 من اللائحة التنفيذية لحماية حقوق العملاء السعودية.

¹⁰⁹ انظر في تفصيل ذلك نص المادة 1/52 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الطيران المدني البحرينية.

¹¹⁰ المادة 2، 1/5/7 من شروط نقل المسافرين والأمتعة لطيران الامارات

التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة

من ذات الدائرة الطبية، وألزمت الشركة نفسها بذلك في المادة (3/5/7) من تعليمات نقل المسافرين والأمتعة والتي تنص على (....، لن يتم رفض نقلك فيها بعد على أساس متطلباتك الخاصة...)، كما أعطت هذه التعليمات بديلاً عن هذا الإذن وهو حصول ذوي الاحتياجات الخاصة على شهادة أصلية من الطبيب المعالج لهم يفيد بقدرتهم على إكمال الرحلة الجوية بسلام دون حاجة إلى رعاية خاصة⁽¹¹¹⁾.

ولم تختلف شروط النقل للمسافرين والأمتعة لناقل جوي الامارات عما ذهبت اليه شركة طيران الامارات في شروطها، حيث أجازت هذه الشروط منع اركاب ذوي الاحتياجات الخاصة في حال عدم حصولهم على تصريح من طبيب مؤهل ومعتمد من قبل الناقل الجوي، كما أضافت على شروط نقلهم شرطاً مفاده ضرورة وجود مرافق لهم يتمتع بالقدرة على مساعدتهم وتلبية احتياجاتهم⁽¹¹²⁾، ويبدو لي أن ناقل جوي الامارات قد غالت نوعاً ما بشروطها من أجل اركاب هذه الفئة من المسافرين، خاصةً باشتراطها ضرورة وجود مرافق لمساعدتهم، لأن الرعاية الخاصة التي سيلتزم بها هذا الناقل ستتقني، كونه سيحصل على هذه المساعدة من ذلك المرافق، كما أنه من غير المعقول أن يكون لدى هذا الشخص مرافق دائماً لعدم وجود شخص متفرغ دائماً لخدمته أو لعدم الإمكانية، إضافةً إلى التكلفة الزائدة التي سيتحملها ذوي الاحتياجات الخاصة بسبب هذا الشرط.

وقد منع المشرع العماني المشغل الجوي أن يرفض صعود أي شخص من ذوي الاحتياجات الخاصة على أساس عجزه أو إعاقته الجسدية إذا كان هذا الأخير يمتلك تذكرة سفر أو حجز ساري المفعول، أو أن يرفض قبول حجزه على الرحلات المغادرة أو القادمة إلى أحد المطارات في السلطنة⁽¹¹³⁾، كما أجاز هذا المشرع لهذا المشغل أن يطلب مرافقة للشخص من ذوي الاحتياجات الخاصة من قبل شخص آخر يكون لديه القدرة على تقديم المساعدة التي يحتاجها⁽¹¹⁴⁾، لذا يمكن القول هنا أنه في الأحوال التي يشترط فيها المشغل الجوي على ذوي الاحتياجات الخاصة وجود مرافقة خاصة لهم، ثم حضروا بعد ذلك للسفر فإن باستطاعة هذا المشغل رفض صعودهم إلى الطائرة أو توفير احتياجاتهم وتقديم المساعدة لهم، ويعد ذلك من قبيل الأسباب المبررة لرفض صعودهم حسب وجهة نظر هذا المشرع، ويبدو لي بأن المشرع

¹¹¹ المادة 4/5/7 من شروط نقل المسافرين والأمتعة لطيران الامارات.

¹¹² المادة 5/7 شروط النقل للمسافرين والأمتعة لناقل جوي الامارات.

¹¹³ المادة 1/2، ب من القسم الثاني: الركاب ذوي الاحتياجات الخاصة من قواعد التنظيم الاقتصادي للترخيص وحماية المستهلك في الطيران المدني العماني.

¹¹⁴ المادة 4/2 من القسم الثاني: الركاب ذوي الاحتياجات الخاصة من قواعد التنظيم الاقتصادي للترخيص وحماية المستهلك في الطيران المدني العماني.

التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة

العماني قد أضاف حماية جديدة لذوي الاحتياجات الخاصة كذلك وهي عدم جواز رفض الحجز لهذه الفئة من المسافرين وهي مسألة لم تتناولها التشريعات السابقة.

يجدر أن يلحظ هنا بأن معظم اللوائح والتعليمات والقواعد قد منعت الناقل الجوي من رفض اركاب ذوي الاحتياجات الخاصة، وهو أمر يؤثر التساؤل حول مدى وجود استثناءات على ذلك تحيز لهذا الناقل رفض اركاب هؤلاء؟، للإجابة على ذلك لابد من الإشارة الى أن هذا المنع لم يكن مطلقاً ، فقد منحت هذه اللوائح والتعليمات والقواعد هامشاً للناقل الجوي يستطيع من خلاله رفض اركاب ذوي الاحتياجات الخاصة، وتتلخص هذه الحالات بالتالي:

- 1- عدم إخبار ذوي الاحتياجات الخاصة الناقل الجوي بحاجته للمساعدة أو العناية⁽¹¹⁵⁾.
- 2- عدم الحصول على إذن مسبق من الدوائر الطبية المعتمدة من قبل الناقل الجوي⁽¹¹⁶⁾.
- 3- عدم تقدم عدد كاف من الركاب المتطوعين⁽¹¹⁷⁾.
- 4- رفض الاركاب لأسباب تعود لدواعي الأمن والسلامة⁽¹¹⁸⁾.
- 5- رفض الاركاب لأسباب تعود الى المحافظة على صحة المسافرين من ذوي الاحتياجات الخاصة⁽¹¹⁹⁾.
- 6- عدم كفاية وثائق السفر وعدم حضوره في المواعيد من أجل السفر.
- 7- الاستحالة المتعلقة بحجم الطائرة أو أبوابها لصعود أو نقل الأشخاص من ذوي الاحتياجات الخاصة⁽¹²⁰⁾.

¹¹⁵ المادة 5/هـ من تعليمات حماية المستهلك الأردنية الجزء 209 لسنة 2020، وكذلك المادة 2/5 من اللائحة التنفيذية لحماية حقوق العملاء السعودية، وهو الأمر الذي لم يشترطه كلا المشرعين البحريني والعماني.

¹¹⁶ وهو توجه لشركة طيران الامارات وناقل جوي الامارات.

¹¹⁷ وقد أخذ بهذه الحالة المشرع الأردني في المادة 11/ب من تعليمات حماية المستهلك الأردني الجزء 209، وتعد هذه الحالة هي الوحيدة التي ذكرها المشرع الأردني والتي من خلالها يستطيع الناقل الجوي التشغيلي منع صعود أي راكب على الطائرة، ولم يميز هذا المشرع بهذا الخصوص بين الركاب العاديين وذوي الاحتياجات الخاصة، وهي كما يبدو لي حالة تتعلق بالحجز الفاضل، وقد اخذت بهذا الاستثناء كذلك اللائحة التنفيذية لحماية حقوق العملاء السعودية في المادة 3/8 منها.

¹¹⁸ المادة 1/52 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الطيران المدني البحرينية، وكذلك المادة 9 من اللائحة الاستراتيجية لحماية حقوق المستهلك. ¹¹⁹ انظر بخصوص ذلك المادة 1/52 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الطيران المدني البحرينية، وكذلك المادة 1/9 من اللائحة الاستراتيجية لحماية حقوق المستهلك.

¹²⁰ المادة 1/2 من القسم الثاني: الركاب ذوي الاحتياجات الخاصة من قواعد التنظيم الاقتصادي للترخيص وحماية المستهلك في الطيران المدني العماني.

التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة

ويرى اتجاه في الفقه محل تأييد من قبلي بأن الاستثناءات المتعلقة بصحة المسافرين ودواعي الأمن والسلامة هي أمور غير واضحة وغير محددة بأمتل في اللوائح، وهو أمر يقود للقول بأن ما تعطيه اللوائح في اليد اليمنى تأخذه باليسرى⁽¹²¹⁾، أضف على ذلك أن هذا الاستثناء يعد استثناءً واسعاً وفضفاضاً، ويستطيع من خلاله الناقل الجوي أن يلجأ إلى رفض اركاب هذه الفئة من المسافرين بحجة دواعي الأمن والسلامة، أو لكون أن الرحلة قد تكون خطراً على صحتهم، وكما يبدو لي فإن الاستثناء السابق لا يكون له قيمة ويعد متناقضاً مع واقع الحال، خاصة بالنسبة للتشريعات التي اشترطت ضرورة قيام المسافرين من ذوي الاحتياجات الخاصة بالإفصاح عن حالتهم للناقل الجوي، فلا يجوز للناقل بعد ذلك أن يرفض اركابهم أو التخلف عن توفير احتياجاتهم.

الفرع الثاني: التزام الناقل الجوي بمراعاة احتياجات ذوي الاحتياجات الخاصة

يلتزم الناقل الجوي بمراعاة احتياجات ذوي الاحتياجات الخاصة، حيث تعد هذه الاحتياجات هي المسائل والخدمات التي تقدم لهذه الفئة من المسافرين من أجل تسهيل السفر عليهم، وتخفف من العناء الذي يعانونه عند رغبتهم بالسفر جواً، وهذه الاحتياجات تتنوع وتختلف في اللوائح والتعليمات التي تعالج الرعاية الخاصة لهذه الفئة وعلى النحو التالي:

أولاً: الالتزامات المتعلقة بالصعود إلى الطائرة والنزول منها

هناك التزامات تفرض على الناقل تتمثل بتقديم الخدمة والمساعدة لذوي الاحتياجات الخاصة من أجل الصعود إلى الطائرة والنزول منها ومن هذه الالتزامات:

- 1- توفير الكراسي المتحركة وكذلك العلامات الإرشادية الظاهرة في المطارات أثناء الصعود إلى الطائرة والنزول منها⁽¹²²⁾.
- 2- توفير منصات معاينة لاستقبال ذوي الاحتياجات الخاصة⁽¹²³⁾، وعلى الرغم من أن المنظم السعودي قد وضع هذا الالتزام على الناقل الجوي، إلا أن المشرع البحريني قد ألزم به مشغلي

¹²¹ ناديا معوض، المرجع السابق، ص 48.

¹²² هذا الالتزام لم تنص عليه تعليمات حماية المستهلك الأردنية الجزء 209 لسنة 2020، انظر بخصوص هذا الالتزام نص المادة 2/12 من اللائحة التنفيذية السعودية لحماية حقوق العملاء، وكذلك المادة 2/52 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الطيران المدني البحرينية، وكذلك المادة 2/10 من اللائحة الاستراتيجية لحماية المستهلك، بينما لم تتناول هذا الالتزام قواعد التنظيم الاقتصادي للترخيص وحماية المستهلك في الطيران المدني العمانية.

التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة

المطارات وليس الناقل الجوي⁽¹²⁴⁾، وقد شارك المشرع البحريني في ذلك اللائحة الاسترشادية لحماية المستهلك⁽¹²⁵⁾، ولم ينص المشرع الأردني على هذه المسألة، بينما اكتفى المشرع العماني بجعل هذا الالتزام التزاماً عاماً يفرض على المشغل الجوي (الناقل) وإدارة المطارات مفاده تقديم المساعدة المعقولة لهذه الفئة من المسافرين⁽¹²⁶⁾.

3- إعطاء ذوي الاحتياجات الخاصة ومرافقيهم وأجهزتهم الأولوية في النقل، إضافةً الى حق الرعاية⁽¹²⁷⁾.

ويجدر أن يلاحظ أنه وعند استعراضي لتجربة طيران الإمارات بهذا الخصوص فلم أجد مثيل لهذه الالتزامات السابقة ضمن شروط نقل المسافرين والأمتعة الصادرة عن الشركة، كما لم تتضمن شروط النقل للمسافرين والأمتعة لناقل جوي الامارات ما يفرض عليه مثيل لهذه الالتزامات أيضاً، وأرى هنا ضرورة أن تنص جميع التشريعات على هذه الالتزامات من أجل فرض حماية خاصة لهذه الفئة من المسافرين، خاصةً موضوع توفير المنصات الخاصة باستقبال هؤلاء، نظراً للمعاناة الشديدة التي يتعرضون لها أثناء إنهاء إجراءات سفرهم، خاصةً في فترة ازدحام المطارات، والأدوار الكبيرة التي سيضطرون للاصطفاف بها والتي لا تتلاءم مع أوضاعهم الصحية أو عجزهم.

¹²³ أشارت الى هذا الالتزام المادة 2/12 ب من اللائحة التنفيذية السعودية لحماية حقوق العملاء.

¹²⁴ انظر بهذا الخصوص نص المادة 2/52 هـ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الطيران المدني البحرينية.

¹²⁵ أخذت المادة 2/10 ج من اللائحة الاسترشادية لحماية المستهلك.

¹²⁶ فرضت هذا الالتزام المادتين 4،5 من القسم الثاني لقواعد التنظيم الاقتصادي للتخصيص وحماية المستهلك في الطيران المدني العماني.

¹²⁷ نص المشرع الأردني على هذا الالتزام بموجب نص المادة 13 من تعليمات حماية المستهلك الأردنية الجزء 209 لسنة 2020.

ثانياً: الالتزام المتعلق بالإفصاح وإتاحة الاطلاع العام للمسافرين من ذوي الاحتياجات الخاصة

إن سلوك المستهلك يلعب دوراً كبيراً وفعالاً في حمايته⁽¹²⁸⁾، ويعد الالتزام المتعلق بالإفصاح والتوعية مكافئ للإعلان التجاري الذي يقوم به المنتج، كما أن القيام بإرشاد المستهلك وإعلامه يعدان من أهم التزامات مقدم الخدمة⁽¹²⁹⁾، لذا فقد فرضت اللوائح والتعليمات المتعلقة بحقوق المسافرين من ذوي الاحتياجات الخاصة على الناقل الجوي اتخاذ كافة الإجراءات التي تكفل إعلام ذوي الاحتياجات الخاصة عن مواعيد الرحلات أو الغائها أو تغييرها أو تأخيرها خاصةً في حالتي فقدان البصر أو الصم⁽¹³⁰⁾.

كما يلزم الناقل الجوي بإتاحة الاطلاع العام على قواعد السلامة المطبقة على نقل ذوي الاحتياجات الخاصة وبشكل ميسر، وبذات اللغات على الأقل التي يتم فيها تقديم المعلومات لباقي المسافرين، وكذلك اطلاله على القيود التي يفرضها هذا الناقل على نقل هذه الفئة من المسافرين أو على الكراسي المتحركة لأسباب تعود لحجم الطائرة⁽¹³¹⁾.

كما يتوجب على الناقل الجوي توفير الوسائل البديلة المتعلقة بإعلام المسافرين المكفوفين والمعاقين بصرياً بحقوقهم على وفق المعايير الدولية المتعارف عليها⁽¹³²⁾.

ثالثاً: الالتزام بالضمان.

يهدف الضمان الى محو الضرر الذي أصاب ذوي الاحتياجات الخاصة وإزالته، وهذا الهدف يتحقق بشكل أفضل من خلال الضمان العيني، إلا في حالات استعصاء بعض الأضرار على المحو

¹²⁸ احمد محمد محمود خلف، الحماية الجنائية للمستهلك في القوانين الخاصة: دراسة مقارنة، دار المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، مصر، سنة 2008، ص122.

¹²⁹ عبد المنعم موسى ابراهيم، حماية المستهلك: دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2007، ص39.

¹³⁰ وهذا الالتزام يجد سنده في نص المادة 2/12ء من اللائحة التنفيذية السعودية لحماية حقوق العملاء، وكذلك المادة 2/52ء من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الطيران المدني البحرينية.

¹³¹ وقد فرض هذا الالتزام على الناقل الجوي المشرع العماني في المادة 5/2 من القسم الثاني: الركاب ذوي الاحتياجات الخاصة لقواعد التنظيم الاقتصادي للترخيص وحماية المستهلك في الطيران المدني العماني.

¹³² المادة 17 من تعليمات حماية المستهلك الأردنية الجزء 209 لسنة 2020.

والإزالة، لذا يقتضي الأمر تعويض هؤلاء بأداء آخر على سبيل التضمين سواء بضمان نقدي أو غير نقدي⁽¹³³⁾.

والضرر الموجب للضمان الذي يحدثه الناقل الجوي بالمسافرين ذوي الاحتياجات الخاصة قد يكون ضرراً مادياً يصيبهم في أجسامهم أو مالههم، كما قد يكون ادبياً وهو الأهم في موضوع ذوي الاحتياجات الخاصة⁽¹³⁴⁾، إذ أن امتناع الناقل الجوي كما يبدو لي عن أركابهم أو تقديم المساعدة لهم أو عدم توفير احتياجاتهم الخاصة هو أمر من شأنه أن يتسبب لهم بهذه الأضرار سواء كانت المادية أم الأدبية، لذا يلتزم هذا الناقل بالتعويض عن هذه الأضرار.

إن الضمان المقرر لذوي الاحتياجات الخاصة في حالة رفض أركابهم، أو تخفيض الدرجة على الطائرة، أو في حالة عدم التزام الناقل الجوي بتوفير احتياجاتهم والخدمات اللازمة لهم هو أمر قرره لهم اللوائح والتعليمات المتعلقة بحماية هذه الفئة من المسافرين.

لذا لجأت بعض اللوائح إلى التدرج في هذا الضمان، حيث اشترطت على الناقل في حال رفض أركابهم أو تخفيض درجتهم أن يقوم بتأمين هؤلاء في أول رحلة مباشرة أو غير مباشرة تغادر من المطار الذي ينوي هؤلاء السفر منه إلى مطار جهة المقصد، على أن تتوافق في موعدها مع الرحلة الأصلية⁽¹³⁵⁾، وفي حالة عدم قيام الناقل بتوفير الرحلة المناسبة أو عدم قيامه بتوفير الخدمات الاحتياجيات، فإنه يلتزم بتعويض ذوي الاحتياجات الخاصة بما يعادل (200%) من القيمة الإجمالية للتذكرة⁽¹³⁶⁾.

¹³³ د. عدنان سرحان وآخرون، المرجع السابق، ص300.

¹³⁴ د. بشار طلال المومني وآخرون، المرجع السابق، ص91.

¹³⁵ نص المادة 3/12 من اللائحة التنفيذية السعودية لحماية حقوق العملاء.

¹³⁶ نص المادة 3/12 ب من اللائحة التنفيذية السعودية لحماية حقوق العملاء، بخصوص المشرع البحريني فقد اختلفت عن المنظم السعودي حيث لم يشترط على الناقل تأمين ذوي الاحتياجات الخاصة برحلة إلى مطار المقصد، كما لم يأخذ بالتدرج الذي أخذ به المنظم السعودي، وإنما أخذ بالتعويض الذي يستحقه المسافر من ذوي الاحتياجات الخاصة في حالة عدم أركابه أو عدم تقديم الخدمات له أو الاحتياجات الخاصة به.

التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة

أما بخصوص المشرع العماني فلم يأخذ بهذا التدرج، وإنما أعطى الخيار لذوي الاحتياجات الخاصة في حال رفض اركابهم بسبب اعاقتهم الحركية أو في حال منع اركاب مرافقيهم بأن يختاروا أن يأخذوا ثمن تذكرتهم أو تغيير مسار رحلتهم⁽¹³⁷⁾.

يجدر أن يلحظ هنا بأن المشرع الأردني لم يفرد نصوص خاصة لتعويض ذوي الاحتياجات الخاصة في حالة منع اركابهم أو الامتناع عن تقديم الخدمات أو توفير الاحتياجات الخاصة لهم، وإنما عاملهم معاملة باقي المسافرين، حيث فرض هذا المشرع صورة لتقديم حق المساعدة للركاب وفقاً للخيارين أولهما: رد قيمة التذكرة للمسافر لجزء أو أجزاء الرحلة التي لم تتم، مضافاً إليها تذكرة لرحلة عودة إلى نقطة مغادرته الأولى في حال اثبت بأن رحلته لم تعد تحقق أغراضها، أما الثاني: فهو حجز رحلة أخرى للمسافر إلى مطار المحطة النهائية أو أي مطار في ذات المنطقة أو البلدة أو المدينة وتوفير وسيلة نقل بري له إلى مطار المحطة النهائية المقصودة من قبل ذلك المسافر⁽¹³⁸⁾، كما اشترط هذا المشرع تعويض المسافرين من غير المتطوعين الذين تم منعهم من الصعود إلى الطائرة جبراً بمجرد منعهم من الصعود على الطائرة، وتقديم حق العناية المقررة بموجب المادة (6) من تعليمات حماية المستهلك الأردنية، وكذلك تقديم حق المساعدة بموجب أحكام المادة (7) من ذات التعليمات⁽¹³⁹⁾.

وكما يبدو لي فإن المشرع الأردني لم يحدد كالمخطط السعودي والمشرع البحريني مقدار التعويض الذي يستحقه ذوي الاحتياجات الخاصة، كما أنه لم يميز بين هؤلاء وباقي المسافرين من حيث التعويض، حيث أنه لم يراع الضرر الأدبي الذي تتعرض له هذه الفئة من المسافرين في حالة عدم اركابهم لأسباب تتعلق بحالتهم، أو في حالة عدم تقديم المساعدة أو توفير الاحتياجات الخاصة لهم.

أما بخصوص التجربة الإماراتية فلا أجد في شروط نقل المسافرين والأمتعة لطيران الامارات ما يعطي تعويضاً لذوي الاحتياجات الخاصة في حال منع اركابهم أو عدم تقديم الخدمات أو الاحتياجات الخاصة لهم من قبل شركة طيران الامارات، ويمكن استنباط ذلك من خلال هذه القواعد والتي أوردت فيها الحالات التي تستطيع فيها رفض نقل المسافر معطيةً لنفسها الحرية في ذلك⁽¹⁴⁰⁾، وكما يبدو لي فإن

¹³⁷ المادة 3/2 من القسم الثاني: الركاب ذوي الاحتياجات الخاصة من قواعد التنظيم الاقتصادي للتريخيص وحماية المستهلك في الطيران المدني العماني.

¹³⁸ انظر في تفصيل ذلك نصوص المواد 11/1 من تعليمات حماية المستهلك الأردنية الجزء 209 لسنة 2020.

¹³⁹ وهو ما اشارت له المادة 11/1 من تعليمات حماية المستهلك الأردنية الجزء 209 لسنة 2020.

¹⁴⁰ المادة 21/7-1 من شروط نقل المسافرين والأمتعة لطيران الامارات.

التزام الناقل الجوي بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة

هذه الحالات واسعة وتعطي المجال لهذا الناقل الجوي برفض اركاب أي مسافر إذا كان ذلك يندرج تحت بند من البنود التي أوردتها، وهي بنود واسعة يمكن تفسيرها في أكثر من اتجاه، وهو ذات الحكم الذي أخذ به الناقل الجوي للإمارات⁽¹⁴¹⁾، والذي أعطى لنفسه الحق في رفض النقل ولأسباب عديدة دون أن يستحق المسافر أي تعويض بسبب ذلك.

¹⁴¹ المادة 1/7 من شروط النقل للمسافرين والأمتعة لناقل جوي الامارات.

الخاتمة

تقوم مسؤولية الناقل الجوي بمجرد اخلاعه بالالتزام بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة، ويفرض هذا الالتزام على الناقل انطلاقاً من دواعي إنسانية تفرضها الحالة الخاصة لهذه الفئة من المسافرين من أجل تسهيل السفر عليهم ومنع رفض اركابهم، وتذليل العقبات التي تواجههم للوصول الى سفر آمن بعيداً عن المشقة والتعب من خلال تقديم المساعدة لهم، وتوفير الاحتياجات اللازمة لسفرهم، وكذلك الضمان الذي يجبر الأضرار المادية والأدبية المترتبة على الاخلال بهذا الالتزام، وهذا الالتزام يعد التزاماً متعلقاً بصفة خاصة في المسافر لولاها لما قامت مسؤولية الناقل الجوي، وهذا الالتزام يضاف الى التزام الناقل برعاية المسافر الذي يلتزم فيه الناقل في مواجهة كافة المسافرين عند تحقق حالات معينة، وقد خلصت هذه الدراسة الى مجموعة من النتائج والتوصيات يمكن إجمالها على النحو التالي:

أولاً : النتائج

توصلت هذه الدراسة الى مجموعة من النتائج أهمها:

- 1- يعد المسافرين من ذوي الاحتياجات الخاصة من مستهلكي خدمة النقل الجوي، وهم بحاجة الى تلقي المساعدة وتقديم احتياجات خاصة بهم من أجل تسهيل سفرهم ورفع المعاناة والمشقة عنهم الأمر الذي يشكل مضمون الرعاية الخاصة، إضافةً الى عدم جواز رفض اركابهم لأسباب تعود الى أوضاعهم الخاصة.
- 2- إن الرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة هي رعاية مقتصرة على هذه الفئة من المسافرين، ولا تقدم له إلا في الأحوال التي يكتسبوا فيها هذه الصفة، والتي يختلف مفهومها من تشريع الى آخر، مع تغليب للمفهوم الواسع على الضيق في تحديد ما يدخل ضمن هذه الفئة من المسافرين والمستحقة لهذه الحماية، والتي تنهض بوجودها مسؤولية الناقل الجوي.
- 3- يعد القانون مصدر التزام الناقل بالرعاية الخاصة لذوي الاحتياجات الخاصة، ولكن لا يمكن تفعيل مسؤولية الناقل التقصيرية إلا في الأحوال التي يرتبط فيها مع هذه الفئة من المسافرين بعقد نقل، كما قد يكون مصدرها العقد خاصةً في الحالات التي يقوم فيها هذا المسافر بالإفصاح عن حاجته للمساعدة الخاصة، وبعد ذلك تصدر له تذكرة مؤكدة الحجز.

- 4- لم تتناول الاتفاقيات الدولية هذا الالتزام، مما دفع بالجهود الوطنية لبذل جهد أكبر من أجل تقديم الحماية لهذه الفئة من المسافرين بعد أن غابت عن هذه الاتفاقيات، وصولاً إلى تحقيق مزايا خاصة لهم، وتوفير أفضل الخدمات والاحتياجات التي تلائم أوضاعهم.
- 5- يتحدد النطاق الشخصي بالالتزام برعاية ذوي الاحتياجات الخاصة بالناقل الجوي ومشغلي المطارات ومقاولي الخدمات الأرضية، وأن الجانب الأكبر من هذه الرعاية يقع على الناقل الجوي، أما نطاقها الزمني فيتحدد بالوقت الذي يضع فيه هؤلاء أنفسهم في نطاق مسؤولية الناقل، وتبدأ من تاريخ دخولهم أبواب صالات المغادرين إلى لحظة مغادرتهم أبواب صالات القادمين في مطار المقصد.
- 6- يختلف هذا الالتزام عن التزام الناقل بضمان سلامة المسافر، أو مسؤولية الناقل عن التأخير، أو التزام الناقل برعاية المسافرين، حيث يعد هذا الالتزام خاص بفئة محددة من المسافرين تنطبق عليه شروط معينة، بينما الالتزامات الأخرى تكون على الناقل في مواجهة جميع المسافرين ومن ضمنهم ذوي الاحتياجات الخاصة.
- 7- إن الضمان المقدم من الناقل الجوي لذوي الاحتياجات الخاصة في حال الاخلال بالرعاية الخاصة بهم، بمنح هؤلاء خيارات متعددة أهمها الحصول على خيارات السفر البديلة والتعويضات النقدية التي تصل إلى 200% من سعر التذكرة الإجمالي.

ثانياً : التوصيات

توصي هذه الدراسة بالتالي:

- 1- أن يتم الأخذ بالمفهوم الواسع لذوي الاحتياجات الخاصة، وتحديد هذه الفئة من خلال اللوائح والتعليمات التي تصدّت لحماية حقوق هؤلاء العملاء من مستهلكي خدمة النقل الجوي.
- 2- تدعو هذه الدراسة المشرع الأردني إلى الأخذ بحقوق المسافرين من ذوي الاحتياجات الخاصة، والتي أشارت لها اللائحة الاسترشادية لحماية المستهلك، كما تدعو المشرع الاماراتي إلى تبني لائحة أو تعليمات تنظم حقوق هذه الفئة من المسافرين وعدم ترك الأمر إلى شركات الطيران المختلفة، خاصةً في ظل تطور قطاع النقل الجوي في دولة الامارات العربية.
- 3- ضرورة أن تقوم الدول العربية بتبني لائحة خاصة لحماية المستهلكين من ذوي الاحتياجات الخاصة في المطارات العربية، أو أن تقوم بتبني أنظمة أو لوائح كاملة وواضحة تتضمن حماية

- كاملة في ثنائياها، وتجمع ما من شأنه تيسير وتسهيل السفر على فئة من المسافرين تحتاج الى مساعدة خاصة ومعاملة مميزة تتلاءم مع التطور الحاصل في قطاع الطيران، وتحافظ على حقوق هذه الفئة وتتبع عن المساس بأحاسيسهم وكرامتهم وممارسة التمييز ضدهم عند السفر.
- 4- ان تقوم اللوائح والتعليمات الخاصة بحماية حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة بعدم التوسع وتقييد الحالات والاستثناءات التي تنص عليها والتي تسمح للناقل الجوي رفض اركاب هذه الفئة من المسافرين، وإلغاء موضوع جواز منع اركابهم لأسباب تتعلق بالصحة، أو لأسباب تعود لحجم الطائرة أو اتساع أبوابها، خاصة في الحالات التي يفصح هؤلاء عن حاجتهم الى المساعدة، ويتم تأكيد حجزهم من قبل الناقل بموجب تذكرة سفر.
- 5- أن تقوم اللوائح والتعليمات المختلفة بالنص صراحةً على إلزام الناقل الجوي برعاية هذه الفئة من المسافرين أثناء وجودهم على متن الطائرة وخلال الرحلة الجوية، وإلزام الناقلين بتجهيز الطائرات بمقاعد خاصة قادرة في أي وقت على تسهيل سفر هذه الفئة من المسافرين، واستيعاب حاجاتهم المختلفة على متن الرحلة الجوية.

المصادر والمراجع

أولاً : الكتب

- 1- أبو زيد رضوان، القانون الجوي قانون الطيران المدني، ط4، دار الفكر العربي، بدون مكان نشر، سنة 1994.
- 2- السيد عمران محمد السيد، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة، منشأة المعارف، سنة 2008.
- 3- د. بشار طلال المومني وآخرون، شرح مصادر الالتزام غير الارادية في قانون المعاملات المدنية الاماراتي، مكتبة الجامعة، الشارقة، سنة 2015.
- 4- ثروت عبد الرحيم، القانون البحري والجوي، جامعة الأزهر، القاهرة، 2006.
- 5- خلف، احمد محمد محمود، الحماية الجنائية للمستهلك في القوانين الخاصة: دراسة مقارنة، دار المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، مصر، سنة 2008.
- 6- د. سعيد حسين علي، عقود قانون التجارة الدولية (عقد النقل الجوي، عقد النقل البحري، خطابات الضمان، الاعتمادات المستندية: دراسة مقارنة)، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، سنة 2017.
- 7- عابد فايد عبد الفتاح فايد، الالتزام بضمان السلامة في عقود السياحة على ضوء قواعد حماية المستهلك: دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، سنة 2010.
- 8- عاطف الفقي، تطور مسؤولية الناقل الجوي، دار الفكر الجامعي، القاهرة، سنة 2008.
- 9- عبد الفضيل محمد أحمد، القانون الخاص الجوي، دار الفكر والقانون، مصر، سنة 2008.
- 10- عبد المنعم موسى ابراهيم، حماية المستهلك: دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2007.
- 11- د. عدنان سرحان وآخرون، الوجيز في شرح مصادر الالتزام في قانون المعاملات المدنية الاتحادي، مكتبة الجامعة، الشارقة، سنة 2015.
- 12- د. لطفي شريف، حماية المستهلكين في اقتصاد السوق، ط 2، دار الشروق، القاهرة، سنة 1994.

- 13- د. محمد فريد العريني، القانون الجوي (النقل الجوي، حوادث الطيران)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2009.
- 14- د. محمد فريد العريني، ود. جلال وفاء محمدين، القانون الجوي (الملاحة الجوية والنقل الجوي)، دار المطبوعات الجامعية، مصر، سنة 1998.
- 15- د. محمد نصر محمد، الحماية الجنائية للنقل الجوي: دراسة مقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد الرياض، سنة 2012.

ثانياً : الأبحاث والرسائل الجامعية

- 16- أحمد ابن عيسى، بحث بعنوان حقوق الانسان للأشخاص ذوي الإعاقة في ضوء القانون الدولي والتشريع الجزائري"، منشور في مجلة الحقوق والعلوم، جامعة زيان عاشور، الجلة، الجزائر ع24، سبتمبر 2015.
- 17- المحمدي، صدام فيصل كوكز المحمدي ومروان عبد الهادي بشير الدوسري، بحث بعنوان "التزام الناقل الجوي برعاية المسافرين: دراسة تحليلية مقارنة بين اتفاقيات النقل الجوي الدولية ولوائح حماية المستهلك الوطنية، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، ع1، سنة 2013.
- 18- امزيان محمد، بحث بعنوان "تشغيل الأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة في القطاع الخاص بين القانون الواقع، مجلة المنبر القانوني، نشر ادريس كركين، ع7،8، ابريل، سنة 2015.
- 19- بالأطرش، دلال، رسالة ماجستير بعنوان "دور جودة خدمة النقل الجوي في كسب رضا الزبون: دراسة حال الخطوط الجوية الجزائرية بمدينة ورقلة"، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية، الجزائر، سنة 2015.
- 20- عبد المجيد خلف منصور العنزي، بحث بعنوان "أساس مسؤولية الناقل الجوي وحالاتها"، منشور في مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، ع1، سنة 2016.
- 21- د. فاضل صالح الزهاوي، بحث بعنوان "المسؤولية عن التأخير في النقل الجوي، منشور في مجلة الحقوق، مج15، ع1، سنة 2018.

- 22- محمد السيد الفقي، بحث بعنوان "النطاق الاجرائي لمسؤولية الناقل الجوي والدولي للبضائع: دراسة في تفسير المادة 26 من اتفاقية وارسو"، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، ع1، سنة 2006.
- 23- محمد بشير، وعز الدين، دراغو، بحث بعنوان "النظام القانوني للمؤسسات المختصة بالأطفال ذوي الاحتياجات الخاصة في التشريع الجزائري، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي امين العقال الحاج موسى، معهد الحقوق والعلوم السياسية، ع5، مجلد 8، ديسمبر 2019.
- 24- محمد خلف بني سلامة، بحث بعنوان حماية المستهلك في الشريعة الاسلامية، مجلة الفقه والقانون، ع1، 34 أغسطس 2015.
- 25- محمد عبد الحفيظ عبد الرحمن المناصير، بحث بعنوان "مسؤولية الناقل الجوي في عقد نقل الركاب: دراسة في القانون الدولي والقانونين الأردني والعماني، مجلة العلوم القانونية والسياسية، الجمعية العلمية للبحوث والدراسات الاستراتيجية، س9، ع1، سنة 2019.
- 26- محمود محمد خليل أبو شاور، رسالة ماجستير بعنوان " حالات اعفاء الناقل الجوي من المسؤولية حسب اتفاقية مونتريال والتشريعات الأردنية"، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، الأردن، أيار، سنة 2013.
- 27- مريم تيانتي، بحث بعنوان "الالتزام بضمان سلامة مستهلك خدمة النقل البحري"، ع29، الجزائر، ديسمبر 2018.
- 28- نائل المساعدة، بحث بعنوان " الضرر في الفعل الضار وفقاً للقانون الأردني: دراسة مقارنة" بحث منشور في مجلة المنارة، جامعة آل البيت، الأردن، مج12، ع3، سنة 2006.
- 29- د. ناديا محمد معوض، بحث بعنوان "حماية المستهلك الجوي"، منشور في مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والاحصاء والتشريع، ع511، مج 104، سنة 2013.
- 30- وضحه فلاح المطيري، مسؤولية الناقل الجوي الدولي في عقد نقل الركاب وفقاً للقانونين الكويتي والأردني والاتفاقيات الدولية، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، سنة 2011.

ثالثاً : المقالات الأجنبية والعربية

- 1- مقال لـ Melissa Stuart بعنوان "Legal planning air travellers with disabilities: here are your rights", منشور على الموقع الإلكتروني www.friendshipcircle.org.
- 2- مقال بعنوان "Rights of air passengers with disabilities or reduced mobility" المنشور على الموقع الإلكتروني www.traficom.fi.
- 3- مقال بعنوان "Traveling with a disability" منشور على الموقع الإلكتروني www.transportation.gov.
- 4- مقال بعنوان " منع المسافرين من الصعود على متن الطائرة بسبب عدم توافر مقاعد شاغرة"، منشور على الموقع الإلكتروني <https://cargo.ornanar.com> تاريخ الدخول الى الموقع 2020/3/2.

رابعاً : اللوائح والتعليمات والقواعد والشروط

- 1- تعليمات حماية المستهلك الأردنية (الجزء 209) لسنة 2020.
- 2- اللائحة التنفيذية البحرينية لقانون تنظيم الطيران المدني.
- 3- اللائحة التنفيذية السعودية لحماية حقوق العملاء.
- 4- شروط نقل المسافرين والأمتعة لطيران الامارات.
- 5- اللائحة الاسترشادية لحماية حقوق المسافر الجوي.
- 6- شروط النقل للمسافرين والأمتعة لناقل جوي الامارات.
- 7- قواعد التنظيم الاقتصادي للتريخيص وحماية المستهلك العمانية.

التكييف القانوني للعلاقة العقدية بين الطبيب والمريض
دراسة تحليلية مقارنة بالفقه الإسلامي

الأستاذ الدكتور

حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد

أستاذ قانون المعاملات المدنية ورئيس قسم القانون الخاص
بكلية القانون - جامعة عجمان

**Legal adaptation of the contractual relationship between the
Analytical study compared to doctor and the patient -
Islamic jurisprudence**

**Prof. Hosni Mahmoud Abdel Dayem Abdel Samad
Professor of civil transactions law and head of the private
law department
College of Law - Ajman University**

الملخص

هذا بحث في موضوع: (التكييف القانوني للعلاقة العقدية بين الطبيب والمريض دراسة تحليلية مقارنة). وقد تمت معالجة هذا الموضوع، من خلال مقدمة، وثلاثة مباحث، وخاتمة، جاءت كالتالي:

عالج الباحث في المقدمة، أهمية الموضوع، وأسباب الكتابة فيه، وأهدافه، وإشكاليته، والمنهج المتبع في كتابته، والخطة التي سار عليها. وفي المبحث الأول، تحدث الباحث عن: التكييف الشرعي للعلاقة التعاقدية بين الطبيب والمريض، وتم تقسيمه إلى أربعة مطالب، خصص الأول منها بتكييف العلاقة بين الطبيب المريض على أنها من قبيل عقد الإجارة، وتناول في المطلب الثاني، تكييف هذه العلاقة بأنها من قبيل عقد الجعالة، وعالج في المطلب الثالث، تكييف هذه العلاقة على أنها عقد بيع، وفي المطلب الرابع، تم تكييف العلاقة على أنها من قبيل عقد الشركة.

وفي المبحث الثاني، تناول الباحث: التكييف القانوني للعلاقة العقدية بين الطبيب والمريض، وقد تم تقسيمه إلى خمسة مطالب، خصص الأول منها، لتكييف هذه العلاقة بأنها عقد وكالة، وفي المطلب الثاني، عرض لكونها من قبيل عقد العمل، وفي المطلب الثالث، عرض لكونها من قبيل عقد المقاولة، وفي المطلب الرابع، تحدث عن كون هذه العلاقة من قبيل عقد الإذعان، وفي المطلب الخامس، تم تكييف العلاقة على أنها عقد غير مُسمّى.

وفي الخاتمة، عرض الباحث لأهم النتائج والتوصيات التي توصل إليها من خلال بحثه. وقد خلص الباحث، إلى أن القانون عندما يتدخل في العلاقة بين الطبيب والمريض، فإن من شأن ذلك أن يُحقق الخير للطرفين، فعن طريقه يتحقق التعاون بين رجال القانون ورجال الطب. فالطبيب، يُقدّم الوسيلة الفنية. ورجل القانون، يُقدّم القالب القانوني، الذي يُحقق السعادة الحقيقية للبشرية، حتى لا يكون التقدم العلمي على حساب البشرية. وهكذا، أخذت علاقة الطبيب بمريضه قالبها القانوني السليم، والمتمثل في العقد الطبي.

كما خلص الباحث، إلى أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد كَيّفوا علاقة الطبيب بالمريض، على أنها عقد إجارة، لمدة معلومة، أو عملٍ معين، وأجر معلوم. ويستحق الطبيب الأجر، أو أجرة المثل، وإن لم يبرأ المريض، لأن الطبيب قد أدى ما عليه. وأما من الناحية القانونية، فلم يُنظم المشرعان المصري والإماراتي علاقة الطبيب بالمريض، وتركوا الأمر للقواعد العامة في نظرية العقد، مما ترتب عليه أن تعددت توجهات آراء فقهاء القانون وشراحه، على النحو الذي عرضنا له من خلال البحث. وانتهى الباحث، إلى أنه رغم رغم وجاهة الأسباب الموجودة في الفقه الإسلامي، والتي تُكَيّف علاقة الطبيب بالمريض على أنها عقد إجارة أشخاص، إلا إننا انتهينا إلى ترجيح فكرة تكييف العقد الطبي بأنها عقد غير مُسمّى، ذو طبيعة خاصة، لأن مثل هذا العقد يرتبط بتعدد حاجات الناس، وتطور المجتمعات، وتشابك المصالح، وكثرة التخصصات.

Abstract:

This is a research on the topic: (The legal adaptation of the contractual relationship between the doctor and the patient, a comparative analytical study). This topic was addressed through an introduction, three topics, and a conclusion, as follows: The researcher discussed the introduction, the importance of the topic, the reasons for writing in it, its goals, its problem, the approach used in writing it, and the plan it came to. In the first topic, the researcher talked about: the legal conditioning of the contractual relationship between the doctor and the patient, and it was divided into four demands, the first of which was devoted to adapting the relationship between the sick doctor as such as a lease contract, and dealt with in the second requirement, to adapt this relationship as a contract of royalty. In the third claim, he handled conditioning this relationship as a sales contract, and in the fourth requirement, the relationship was adapted as a company contract. In the second topic, the research dealt with: the legal conditioning of the contractual relationship between the doctor and the patient, and it was divided into five demands, the first of which was devoted to adapting this relationship as an agency contract, and in the second requirement, it was presented as being like an employment contract, and in the third demand, it was presented as being like a contract for contracting, and in the fourth demand, he talks about the fact that this relationship is like a contract of compliance, and in the fifth requirement, the relationship is adapted as an unnamed contract. In the conclusion, the researcher presented the most important results and recommendations made through his research. The researcher concluded, that when the law interferes with the relationship between the doctor and the patient, this would achieve good for both parties, and through it cooperation between legal men and medical men will be achieved. The doctor provides the technical means. And the man of law presents the legal template that realizes the true happiness of mankind, so that scientific progress is not at the expense of mankind. Thus, the doctor's relationship with his patient took the proper legal form, which is represented in the medical contract. The researcher also concluded that Islamic Sharia jurists have adapted the doctor's relationship with the patient as a lease contract, for a known period, or a specific job, and a known fee. And the doctor shall be entitled to the wage, or the wage of the proverb, even if the patient has not been discharged, because the doctor has done what

he must. As for legally, the Egyptian and Emirati legislators did not regulate the doctor's relationship with the patient, and left the matter to the general rules in contract theory, which resulted in the multiplication of opinions of scholars and law scholars, in the manner that we presented to him through research. The researcher concluded that, despite the validity of the causes in Islamic jurisprudence, which the doctor's relationship with the patient is adapted to as a person's lease, we ended up suggesting the idea of adapting the medical contract as an unnamed contract, of a special nature, because such a contract is linked to multiple needs People, the evolution of societies, overlapping interests, and multidisciplinary matters.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، يُبرئ المريض من عِلَّتِهِ، وينشر رحمته على عباده، وهو الولي الحميد. والصلاة والسلام على رسوله الصادق الأمين، الذي كانت رسالته هدي ورحمة وشفاء للمؤمنين. وبعد :

فإن مهنة الطب من المهن التي وُجدت منذ آلاف السنين، لأن الإنسان في كل زمان ومكان يبحث عما يشفيه من مرضه، إذ الصحة نعمة لا يعرف قيمتها إلا الذين ذاقوا آلام المرض، وجربوا همومه ومتاعبه. ولقد اقتضت رحمة الله تعالى بعباده، أن أوجد لهم في كل زمان ومكان أطباء، يُوفِّقهم إلى معرفة الدواء، الذي يؤدي إلى الشفاء من العلل والأمراض. وبالتالي، يكون الطبيب هو أول مَنْ يُفَكِّر به المريض، ليعالجه ويصف له ما يُرَجَى به شفاؤه من مرضه وعِلَّتِهِ. والمريض حين إقباله على الطبيب في عيادته الخاصة (الطبيب الخاص) لطلب العلاج، فإنه يرتبط، في أغلب الأحيان، مع طبيبه بعقد اصطلاح على تسميته بـ : (العقد الطبي)، سواء كان الاتفاق بين الطبيب والمريض في صورة عقد مكتوب، أو غير مكتوب⁽¹⁾. وإعمالاً لهذا الاتفاق، يقوم الطبيب بالتزاماته وعلاج المريض، وبذل العناية اليقظة المتفقة مع الأصول المستقرة في علم الطب، ويقوم المريض بالوفاء بالتزاماته المترتبة على هذا الاتفاق⁽²⁾. ولذلك فإنه يُمكننا تعريف العقد الطبي، بأنه: ارتباطٌ إيجابٍ بقبولِ بَيْنِ الطَّبِيبِ والمَرِيضِ، أو مَنْ يُتَوَبَّ

1 هذا، وإذا كنا قد انتهينا إلى القول، بوجود علاقة تعاقدية بين الطبيب الذي يُمارس مهنته في عيادته الخاصة، أو في مستشفى خاص، وبين المريض، فهل ينطبق هذا القول على تكليف العلاقة بينه وبين الطبيب الذي يعمل بمستشفى عام؟. اختلفت الاجتهادات الفقهية والقضائية في هذا الخصوص. والحقيقة، أنه لا توجد أية علاقة بين المريض والطبيب في هذه الحالة الأخيرة، بل العلاقة تنشأ بطريق مباشر بين المريض والدولة القائمة بأمر المستشفى، وهذه العلاقة هي علاقة قانونية تخضع للقانون المنظم للمرفق العام، حيث إن شخصية الطبيب تندمج في شخصية الدولة، فتتطوي بذلك مسؤوليته تحت مسؤوليتها. على أنه يُلاحظ، أن الطبيب يظل ملتزماً باحترام إرادة المريض، حتى في الفروض التي لا يتصور فيها وجود عقد يربط بين الطرفين، كما في حالة المريض الذي يُعالج في إحدى المستشفيات العامة - وهو الفرض الذي معنا - وهو ما يؤكد أن هناك أساساً آخرى، أبعد مدى من العقد، يستند إليها مبدأ احترام الطبيب لإرادة المريض. فالطبيب، يلتزم عقدياً ومهنيّاً، باحترام إرادة المريض. راجع: د/ حسن زكي الإبراشي : مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن - رسالة دكتوراة مُقدَّمة إلى كلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول - القاهرة - مصر - عام 1951م - ص 75 - 79 ، د/ جابر محبوب علي : دور الإرادة في العمل الطبي دراسة مقارنة - الناشر : مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت - لجنة التأليف والتعريب والنشر - الطبعة الأولى عام 2000م - ص - بند 35 - ص 28 .

2 راجع: د/ منحت محمد محمود عبد العال : المسؤولية المدنية للطبيب الناشئة عن الخطأ الطبي - بحث مُقدَّم إلى المؤتمر العربي الأول للمسؤولية الطبية الذي أقامه معهد التدريب والدراسات القضائية بالتعاون مع أكاديمية شرطة دبي وجمعية الإمارات الطبية - الخميس 9 إبريل 2009م - ص 2 ، محمد أحمد سلامة أبو ذؤيب : النظام القانوني لعقد العلاج الطبي - رسالة ماجستير مُقدَّمة إلى كلية القانون - جامعة آل البيت - الأردن - عام 2010/2011م - ص 1 ، د/ عصام خرخاش : أحكام العقد الطبي والآثار المترتبة عنه دراسة فقهية قانونية مقارنة - أطروحة مُقدَّمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية - كلية العلوم الإسلامية - جامعة الجزائر - 1 - بن يوسف بن خدة - عام 1437-1438هـ/2016-2017م - ص 3 ، د/ توفيق الواعي ، ود/ أحمد أبو الفضل ، ود/ أحمد رجائي الجندي : المرشد الإسلامي في الفقه الطبي - الناشر : دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع - المنصورة - القاهرة - الجزء الأول الجهاز الهضمي - الطبعة الرابعة عام 1410هـ/1990م - ص 13 - 14 .

عنه، على وجه مشرّع، محلّه جسم الإنسان، بمقتضاه يلتزم الطبيب بفحص المريض، أو تشخيص علته، أو علاجه، وفقاً للأصول العلمية والقواعد المهنية المتعارف عليها في علم الطب، بعد الحصول على رضائه الحر المستنير، في مقابل أجر معلوم، أو تبرعاً دون أجر.

وإذا كان هذا العقد يقوم على أساس تلاقي إرادتين، هما: إرادة الطبيب، وإرادة المريض، إلا أن له طبيعة خاصة من حيث كونه يقوم على الثقة المتبادلة بين طرفيه، فلولا ثقة المريض بطبيبه، وبعلمه، وعمق خبرته، وثقة الطبيب بالمريض، وإخلاصه لنصائحه الطبية، وتعليماته العلاجية، لما انعقد العقد الطبي. بالإضافة إلى أن العقد الطبي، يُعد من العقود ذات الطابع الإنساني التي تقوم على الاعتبار الشخصي، وتخضع لمبدأ حرية إرادة طرفي العقد في اختيار أحدهما للآخر. فالمريض، يتمتع بحق اختيار الطبيب الذي يركن إليه لمتابعة حالته المرضية، إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة. وفي المقابل، فإن الطبيب، أيضاً، يتمتع بحرية اختيار المرضى الذين يُعالجهم، باستثناء بعض الحالات التي يلتزم بموجبها بالقيام بعمله، دون أن تكون لإرادته دور في اختيار المرضى⁽³⁾.

أهمية وأسباب الكتابة في الموضوع :

تتبع دواعي وأسباب اختياري للكتابة في هذا الموضوع بالذات - عدا ما فيه من أهمية وحيوية بالغة - إلى عدة أسباب، لعل من أبرزها الأسباب الآتية:

1- جدة الموضوع وحيويته، حيث يتعلق هذا الموضوع بمسألة تمس أسمى شيء يملكه الإنسان، والمتمثل في حرمة ومعصومية جسده، وكرامته الإنسانية وإرادته.

2- شرف مهنة الطب، التي تعد من أقدس المهن الإنسانية والأخلاقية والعلمية، حتى عدّها بعض العلماء كالشرع، فإن كل واحدٍ منهما موضوع لجلب مصالح العباد، ودرء مفاسدهم⁽⁴⁾.

3 انظر : د/ زينة غانم يونس العبيدي : إرادة المريض في العقد الطبي دراسة مقارنة - الناشر : دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر والبرمجيات - المحلة الكبرى - مصر - الطبعة الأولى عام 2011م - ص 11 ، د/ خالد حمدي عبد الرحمن : العقد الطبي ومشكلات مشروعية المحل - بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - مصر - المجلد 12 - العدد 24 عام 2003م - ص 24 وما بعدها .

4 يقول الإمام العز بن عبد السلام : فإنّ الطبّ كالشرع ، وُضِعَ لِجَلْبِ مَصَالِحِ السَّلَامَةِ وَالْعَافِيَةِ، وَلِذَرِءِ مَقَابِدِ الْمَغَاطِبِ وَالْأَسْقَامِ، وَلِذَرِءِ مَا أَمَكَّنَ ذَرُؤُهُ مِنْ ذَلِكَ، وَلِجَلْبِ مَا أَمَكَّنَ جُلُؤُهُ مِنْ ذَلِكَ ... وَالَّذِي وَضَعَ الشَّرْعَ ، هُوَ الَّذِي وَضَعَ الطَّبَّ، فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُؤَضَّوعٌ لِجَلْبِ مَصَالِحِ الْعِبَادِ ، وَذَرِءِ مَقَابِدِهِمْ . فَقَدْ قَرَّرَ، رحمه الله تعالى، علم الطب بعلم الشرع ، بجامع جلبهما لمصالح السلامة والعافية ، ودفعهما لمفاسد المعاطب والأسقام ، وكأنه يشير بذلك إلى قول الإمام الشافعي ، رحمه الله تعالى ، الذي جاء فيه : صِنْفَانِ لَا غِنَى لِلنَّاسِ عَنْهُمَا : الْعُلَمَاءُ لِأَدْيَانِهِمْ ، وَالْأَطِبَاءُ لِأَدْيَانِهِمْ ، فَقَدْ قَرَّرَ ، رحمه الله تعالى ، ما يُصْلِحُ الدِّينَ ، وَهُوَ الْعُلَمَاءُ ، بِمَا يُصْلِحُ الْأَبْدَانِ ، وَهُوَ الْأَطِبَاءُ ، وَلَا غِنَى لِلْمَرْءِ عَنْ كِلَيْهِمَا . انظر : عز الدين بن عبد العزيز بن عبد السلام : القواعد الكبرى ، الموسوم بـ : قواعد الأحكام في إصلاح الأنام - تحقيق : د/ نزيه كمال جمال ، ود/ عثمان جمعة ضميرية - الناشر : دار القلم - دمشق - سوريا - الطبعة الثانية عام 1428هـ - ج 1 ص 4 ، أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي : الطب النبوي - تحقيق وشرح وتعليق : أحمد رفعت البدرابي - الناشر : دار إحياء العلوم - بيروت -

3- انتشار العيادات والمستشفيات والمراكز الطبية الخاصة على نطاق واسع، حيث يرتبط المرضى مع هذه الجهات الخاصة بعقود طبية، الأمر الذي يستدعي معالجة هذا الموضوع وتحديد طبيعة هذه العقود الطبية، والوصول إلى حكم مناسب بشأنها، حماية للمرضى، وبما يكفل حقوق الأطراف جميعاً.

هدف البحث :

يهدف هذا البحث إلى تحقيق ما يأتي:

1- إثراء المكتبة القانونية والشرعية ببحث يجمع شتات هذا الموضوع، بأسلوب سهل وميسور، ويخرجه بشكل متكامل، ويُعالجه من كافة جوانبه، على نحو يضمن احترام إرادة الإنسان وحرية، وسلامته في بدنه وحياته.

2- بيان ما يتصف به الفقه الإسلامي من القوة والسعة، وقدرته على مسايرة المتغيرات والنوازل والمستجدات مهما كانت، حيث تندرج الأعمال الطبية ضمن أحكام العادات، والتي لم تفرد لها الشريعة الإسلامية بنصوص خاصة جزئية - في العموم - بل توسعت في بيان عللها ومقاصدها، والحكمة من تشريعها، بحيث يُمكن للباحث، بالاستناد إليها، استخراج أحكام الوقائع والنوازل الطارئة.

3- تسهيل مهمة القاضي، حيث إن الفصل في أي نزاع ذو طابع تعاقدية أمام القاضي، يستلزم منه إعطاء الوصف الحقيقي والدقيق لهذا العقد، لتحديد ماهيته، وطبيعته، وإدراجه في طائفته التي ينتمي إليها (٥). دون أن يعتد القاضي بما يُطلقه أو يخلعه المتعاقدان من وصف على العقد الذي أبرماه، لأن تحديد الوصف ليس من عمل المتعاقدين، ولكنه من عمل القاضي طبقاً للقانون. فإذا أخطأ المتعاقدان في وصف العقد الذي أبرماه، صحح القاضي هذا الوصف من تلقاء نفسه (٦).

مشكلة البحث

الطبعة الثانية عام 1406هـ/1986م - ص 219 ، د/ قيس بن محمد آل الشيخ مبارك : التداوي والمسئولية الطبية في الشريعة الإسلامية - الناشر : دار الفارابي - دمشق - الطبعة الثالثة عام 1427هـ/2006م - ص 93 ، د/ عبد الله بن إبراهيم موسى : امتناع الطبيب عن العلاج بين الشريعة والقانون - بحث منشور في السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني قضايا طبية معاصرة - المملكة العربية السعودية - وزارة التعليم العالي - جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - المجلد الرابع عام 1431هـ - ص 3796 .

5 انظر: د/ رمضان أبو السعود : شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة - الناشر : دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - مصر - الطبعة الأولى عام 2015م - ص 9 ، د/ محمد علي الفقي : أحكام عقد البيع - الناشر : الأندلس للنشر والتوزيع بطنطا - مصر - الطبعة الأولى عام 1411هـ/1991م - بند 1 ص 6 .

6 هذا، ويُلاحظ، أن تكييف العقد مسألة قانونية - بخلاف تفسيره - وليست مسألة واقع، فيخضع فيها القاضي لرقابة القضاء، فتكييف العقد يتوقف عليه تحديد القواعد القانونية التي تسري عليه، والذي يؤدي عدم صحته إلى الخطأ في تطبيق القانون ، وهو أمر يدخل تحت سلطان المحكمة العليا بقصد توحيد أحكام المحاكم الدنيا المتعلقة بتفسير القانون وتطبيقه . انظر: د/ عدنان سرحان: أحكام البيع في قانون المعاملات المدنية الإماراتي - الناشر: الأفاق المشرقة ناشرون - المملكة الأردنية الهاشمية - الطبعة الثانية عام 2010م - ص 13 - 14 ، د/ رمضان أبو السعود : المرجع السابق - ص 27 وما بعدها .

التكليف القانوني للعلاقة العقدية بين الطبيب والمريض

إن العلاقة بين الطبيب والمريض، هي من العلاقات التي يغيب عنها عنصر الندية فيما بين أطراف العلاقة، فهذه أن يكون هناك ندية بين الصحيح والمعتل، بين مَنْ يملك أدوات الشفاء، وَمَنْ أعجزه المرض (7). أو عبارة أخرى : فإن العقد الطبي، يتميز بانعدام المساواة بين أطرافه، لكونه يُبرم بين مَنْ يعلم، أو يفترض فيه العلم، بأصول مهنته ومعطياتها العلمية، وهو الطبيب. وبين مَنْ لا يعلم، في الغالب من الحالات، حقيقة ما يُعاني منه، وطبيعة ما يتضمنه من مخاطر، وهو المريض. وهو، بالتالي، لا يملك إلا أن يركن إلى طبيبه، الذي يرى فيه الشخص القادر على تخفيف معاناته، والأخذ بيده لتجاوز محنته وآلامه (8).

وهكذا، فإن عدم التوازن بين طرفي العقد الطبي، يُعد سمة واضحة فيه، إذ أن أحد طرفيه (الطبيب)، يسمو على الطرف الآخر (المريض) بميزتين، هما : المعرفة الطبية، وكمال العافية. مقابل ضعف المريض، بسبب جهله بالعلوم الطبية، فضلاً عن ضعفه الجسدي بسبب ما يُعانيه من مرض. ولكي تتوازن المعادلة، فرضت التشريعات، وقواعد أخلاقيات مهنة الطب على الطبيب احترام إرادة مرضاه، وذلك بتبصير المريض وإعلامه بكل ما يتعلق بحالته المرضية، حتى يكون رضاه الأخير بالعمل الطبي رضاً حراً مستنيراً فإن عدم التوازن بين طرفي العقد الطبي، يُعد سمة واضحة فيه، إذ أن أحد طرفيه. هذا، ولقد أثار العقد الطبي العديد من المشكلات القانونية، لعل من أبرز هذه المشكلات مسألة التكليف القانوني، لهذا العقد (9)، وهل يُمكن إدراجه ضمن قائمة العقود المسماة في القانون المدني ؟ أم أن هذه العلاقة التعاقدية بحاجة إلى أن تُنظم بقواعد خاصة ؟

7 راجع : د/ مجدي حسن خليل : مدى فعالية رضاء المريض في العقد الطبي - بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية - كلية الحقوق - جامعة عين شمس - مصر - المجلد 43 - العدد 1 عام 2001م - ص 367 . وانظر هذا المعنى في : زقان رزقية ، وزراري جويده : العقد الطبي - مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية - الجزائر - عام 2014/2013م - ص 2 ، د/ غادة فؤاد مجيد المختار : حقوق المريض في عقد العلاج الطبي في القانون المدني دراسة مقارنة - الناشر : منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى عام 2011م - ص 11 .

8 انظر : د/ محمد حسن قاسم : الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان دراسة في التزام الطبيب بإعلام المريض أو حق المريض في الإعلام - الناشر : دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - مصر - الطبعة الأولى عام 2012م - ص 6 - 7 ، ويرى سيادته ، أن علاقة الطبيب بالمريض ، وإن كان يُميزها اختلال التوازن بين أطرافها فلاشك ، أن ذلك يكون من الناحية الواقعية . أما من الناحية القانونية ، فهذه العلاقة تفرض حقوقاً والتزامات متبادلة بين أطرافها ، وهي في ذات الوقت لا تنكر على المريض إنسانيته . فالمريض ، رغم تأثير المرض عليه ، وحاجته لمساعدة طبيب لمواجهة المرض ، يبقى إنساناً يتمتع بكامل حقوقه الإنسانية .

9 والتكليف ، هو : إعطاء الوصف الحقيقي والدقيق للعقد ، لتحديد ماهيته ، وطبيعته ، وإدراجه في طائفته التي ينتمي إليها .

التكييف القانوني للعلاقة العقدية بين الطبيب والمريض

ومما لاشك فيه، أنَّ هذه المشكلة لها أهميتها، لأن القواعد التي تحكم العقود المختلفة، قد تكون جد متباينة. ولهذا، فقد كرست هذا البحث لعلّي، من خلاله، أقدم شيئاً يخدم العلاقة بين الأطباء وعملاتهم⁽¹⁰⁾.

10 والجدير بالملاحظة ، أنَّ علاقة الطبيب بالمريض لا تقتصر على كونها علاقة بسيطة بين شخصين من بني الإنسان ، ولكنها علاقة بين ثقافتين مختلفتين ، وبيئتين متباينتين ، وموقعين متعاونين على خريطة الأوضاع والمراكز الاجتماعية . وبالتالي ، استوجبت هذه العلاقة توجيه المزيد من الاهتمام لدراستها ، وإلقاء الضوء عليها ، للكشف عن صورة الخدمة الصحية في المجتمع ، وعلاقة الطب بالجمهور قاصد العلاج والاستشفاء .

منهج البحث :

هذا، والمنهج الذي سوف نسلكه في دراسة هذا الموضوع، هو المنهج الاستقرائي التحليلي المقارن. فهو استقرائي، حيث يتم استقراء كل ما كُتِبَ في الموضوع من الناحية الشرعية والطبية والقانونية، وأقوم بجمعها، ثم أصبغ المادة العلمية بأسلوب علمي ومنهجي رصين.

وهو منهج تحليلي، لأن سرد النصوص يقتضي تحليلها وتمحيصها على النحو الذي يجعلنا ننتبين كفايتها لموضوع البحث. وهو منهج مقارن، لأن معالجة الموضوع سيكون مقارنة في ظلال الفقه الإسلامي، والطب الحديث، والتشريعات الوضعية في البلدان العربية، وبصفة خاصة في دولتي : جمهورية مصر العربية، والإمارات العربية المتحدة، حتى ننتبين حقيقة الأمر، ووجه الصواب فيه، على الوجه الذي يستفيد منه القارئ، والباحث، والدّارس، والمهتّم من أهل الشرع، أو الطب، أو القانون.

خطة البحث :

لقد اقتضت طبيعة الموضوع، ضرورة معالجته في مقدمة، وثلاث مباحث، وخاتمة، وذلك علي النحو التالي :

المقدمة : وتحتوي على الاستفتاحية، وأهمية الموضوع، وأسباب الكتابة فيه، والهدف منه، والمنهج المتبع في كتابته، وخطته.

المبحث الأول : التكييف الشرعي للعلاقة التعاقدية بين الطبيب والمريض.

المبحث الثاني : التكييف القانوني للعلاقة التعاقدية بين الطبيب والمريض.

المبحث الثالث : مقارنة بين التكييف الشرعي والقانوني لعلاقة الطبيب بالمريض.

الخاتمة : وجعلت فيها أهم ما توصلت إليه من نتائج وتوصيات.

المبحث الأول: التكييف الشرعي للعلاقة التعاقدية بين الطبيب والمريض

تمهيد وتقسيم:

تكييف العقد، هو عملية ذهنية، يقوم بها القاضي، تتمثل في إعطاء الوصف الحقيقي والدقيق للعقد، لتحديد ماهيته، وطبيعته، وإدراجه في طائفته التي ينتمي إليها، بهدف معرفة القواعد الشرعية والقانونية التي تُطبَّق بشأنه.

فإذا ما انتهى القاضي، من هذه العملية، إلى أن العقد موضوع النزاع، تتوفر له المميزات الشرعية والقانونية لعقد من العقود المسماة، وصفه باسمه المسمَّى، وَطَبَّقَ عليه قواعده التي نَصَّ عليها المشرع. أما إذا انتهى القاضي إلى أن العقد محل البحث، لا تتوفر فيه العناصر القانونية المميزة لعقد من العقود المسماة، فيكون العقد غير مسمى، وتعين على القاضي، في هذه الحالة، أن يُطبَّق عليه القواعد العامة في العقود، بالإضافة إلى استخلاص القواعد الخاصة لهذا العقد من جهود الفقه والقضاء، وما جَرَّتْ عليه عادة المتعاقدين، وبالقِياس إلى أقرب العقود المسماة تَشَبُّهًا بالعقد غير المسمى.

هذا، وقد تشعبت وتتنوعت آراء فقهاء الشريعة الإسلامية، حول التكييف الشرعي للعلاقة التعاقدية بين الطبيب والمريض، وذهبت في ذلك أربعة مذاهب، نُفَصِّلُهَا جَلِيًّا من خلال أربعة مطالب متعاقبة، وبذلك

ينقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: العقد الطبي عقد إجارة

المطلب الثاني: العقد الطبي عقد جعالة

المطلب الثالث: العقد الطبي عقد بيع

المطلب الرابع: العقد الطبي عقد شركة

المطلب الأول: العقد الطبي عقد إجارة

أولاً : تعريف الإجارة ⁽¹¹⁾ :

عُرِفَت الإجارة في الاصطلاح الشرعي بتعريفات عدة مؤداها واحد، وهو أن الإجارة، هي: عَقْدٌ عَلَى مَنَفَعَةٍ مُبَاحَةٍ مَقْصُودَةٍ مَعْلُومَةٍ، قَابِلَةٌ لِلتَّحْدِيدِ وَالْإِبَاحَةِ، مُدَّةً مَعْلُومَةً مِنْ عَيْنٍ مُعَيَّنَةٍ، أَوْ مَوْصُوفَةٍ فِي الدَّمَةِ، أَوْ عَمَلٍ مَعْلُومٍ، بِعَوَضٍ مَعْلُومٍ وَضَعًا ⁽¹²⁾.

ويُفْهَمُ من هذا التعريف، أن الإجارة في الفقه الإسلامي، تنقسم إلى نوعين: فهناك إجارة تُعْتَرَفُ عَلَى مَنَفَعَةِ الْأَشْيَاءِ، كاستئجار الدور والأراضي والسيارات والدواب، وهناك إجارة تُعْتَرَفُ عَلَى مَنَفَعَةِ الْعَمَلِ، كما في استئجار شخص للبناء، أو المداواة، أو الخياطة.. الخ.

ويجوز انعقاد الإجارة على الأعمال الطبية المباحة، لأنَّ الطَّبَّ من أشرف المنافع المباحة، بل ودَلَّتْ النصوص على مشروعيته وجوازه، من ذلك :

11 الإجارة في اللغة ، فيها لغات ثلاث ، بكسر الهمزة ، وفتحها ، وضمتها . فنقول : إجارة ، وأجارة ، وأجرة ، والكسر أفصح وأشهر . والإجارة : اسمٌ لِلأَجْرِ مِنْ أَجْرِ يَأْجُرُ ، وَهُوَ مَا أُعْطِيَ مِنْ أَجْرِ فِي عَمَلٍ ، وَقَدْ شُتِّعِلَ فِي الْعَقْدِ الَّذِي يَرُدُّ عَلَى الْمَنَافِعِ بِعَوَضٍ . راجع : جمال الدين ابن منظور الأنصاري : لسان العرب - الناشر : دار صادر - بيروت - الطبعة الثالثة عام 1414هـ - مادة : أجر - ج 4 ص 10 ، إبراهيم مصطفى ، وأحمد الزيات ، وحامد عبد القادر ، ومحمد النجار : المعجم الوسيط - صادر عن مجمع اللغة العربية بالقاهرة - الناشر : دار الدعوة - القاهرة - مصر - الطبعة : بدون طبعة وبدون تاريخ - ج 1 ص 7 - مادة : الإجارة .

12 شرح التعريف : قولنا : عَقْدٌ عَلَى مَنَفَعَةٍ ، قيد يخرج به الأعيان ، كالبيع ، فإنه معاوضة على تملك الذات . كما يخرج به عقد النكاح ، فإنه تملك الانتفاع لا المنة . والفرق بينهما يتمثل في أن تملك الانتفاع يُعَدُّ ملكية خاصة لا يحل تملكها لغيره ، بخلاف تملك المنة ، فيجوز تملكها لغير مالِكها . وقولنا : مُبَاحَةٍ ، يخرج به الاستئجار على منافع مُحَرَّمَةٍ ، كاستئجار آلات اللهو ، وغيره من المحرمات ، كالغناء ، والنياحة . وقولنا : مَقْصُودَةٍ ، يخرج به المنة النافعة ، كاستئجار تفاعلة لشمها . وقولنا : مَعْلُومَةٍ ، يخرج به القراض والجمالة على عمل مجهول . وقولنا : قَابِلَةٌ لِلتَّحْدِيدِ ، يخرج به منعة البُضْع ، فإن العقد عليها ، لا يُسَمَّى إجارة . وقولنا : وَالْإِبَاحَةِ ، يخرج به إجارة الجواري للوطء . وقولنا : مُدَّةً مَعْلُومَةً ، كَيَوْمٍ أَوْ شَهْرٍ أَوْ سَنَةٍ ، وهو قيد أخرج النكاح وَالْجَمْلَ . وقولنا : مِنْ عَيْنٍ ، أي : مَعْلُومَةٍ . وقولنا : مُعَيَّنَةٍ ، كَأَجْرِكَ هَذَا الْبَعِيرِ . وقولنا : أَوْ مَوْصُوفَةٍ فِي الدَّمَةِ ، أي : مِنْ عَيْنٍ مَوْصُوفَةٍ فِي الدَّمَةِ ؛ كَأَجْرِكَ بَعِيرًا صِفَتُهُ كَذَا ، وَيُسْتَقْصَى صِفَتُهُ . وقولنا : أَوْ أَيْ : عَلَى . وقولنا : عَمَلٍ مَعْلُومٍ ، كَحَمْلِهِ إِلَى مَوْضِعٍ كَذَا . وقولنا : بِعَوَضٍ ، يخرج به هبة المنافع ، والوصية بها ، والإعارة ، والوقف . وقولنا : مَعْلُومٍ ، يخرج به المساقاة ، فإن العوض فيها مجهول ، وكذا الجمالة على عمل معلوم بعوض مجهول ، كما لو قال شخص لآخر : حج عني وأعطيك نفقتك ، فإنه يجوز مع جهالتها ، أي جهالة العوض . وقولنا : وَضَعًا ، يخرج بها الجمالة على عمل معلوم بعوض معلوم . راجع : أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بدر الدين العيني : البناية شرح الهداية - الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى عام 1420هـ/2000م - كِتَابُ الْإِجَارَةِ - ج 10 ص 221 ، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - الناشر : دار الفكر - بيروت - الطبعة : بدون طبعة وبدون تاريخ - [تَابُ فِي الْإِجَارَةِ وَكِرَاءِ الدَّوَابِّ وَالدُّورِ وَالْحَمَامِ] - ج 4 ص 2 ، أحمد سلامة القليوبي ، وأحمد البرلسي عميرة : حاشيتا قليوبي وعميرة - الناشر : دار الفكر - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى عام 1415هـ/1995م - كِتَابُ الْإِجَارَةِ - ج 3 ص 68 ، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج - الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى عام 1415هـ/1994م - كِتَابُ الْإِجَارَةِ - ج 3 ص 338 ، مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي الرحباني : مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى - الناشر : المكتب الإسلامي - الطبعة الثانية عام 1415هـ/1994م - [تَابُ الْإِجَارَةِ] - ج 3 ص 580 ، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري : المحلى بالآثار - الناشر : دار الفكر - بيروت - لبنان - الطبعة : بدون طبعة وبدون تاريخ - [كِتَابُ الْإِجَارَاتِ وَالْأَجْرَاءِ] [مَسْأَلَةُ الْإِجَارَةِ جَائِزَةٌ فِي كُلِّ شَيْءٍ لَهُ مَنَفَعَةٌ] - ج 7 ص 3 .

- 1) مَا رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ وَمُسْلِمٌ عَنْ ابْنِ طَاوُسٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: [اِحْتَجَمَ وَأُعْطِيَ الْحَجَّامُ أَجْرَهُ] ⁽¹³⁾. قال الزيلعي :

(زَادَ الْبُخَارِيُّ فِي لَفْظِهِ: وَلَوْ كَانَ حَرَامًا لَمْ يُعْطِهِ، وَفِي لَفْظِهِ: وَلَوْ عَلِمَ كَرَاهِيَةً لَمْ يُعْطِهِ، وَلِمُسْلِمٍ: وَلَوْ كَانَ سُخْتًا لَمْ يُعْطِهِ) ⁽¹⁴⁾.

- 2) مَا رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قَالَ: حَجَمَ أَبُو طَيْبَةَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، [فَأَمَرَ لَهُ بِصَاعٍ مِنْ تَمْرٍ، وَأَمَرَ أَهْلَهُ أَنْ يُخَفِّقُوا مِنْ خِرَاجِهِ] ⁽¹⁵⁾.

ويُستفاد من هذين الحديثين الشريطين، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، أعطى أجرة في مقابل عمل الحجامة، وهي تعد نوعاً من الأعمال والمنافع الطبية المباحة. ولذلك، قال ابن حجر، في تعليقه وشرحه للحديث الأول :

(وَفِي الْحَدِيثِ إِبَاحَةُ الْحِجَامَةِ، وَيَلْتَحِقُ بِهِ مَا يُتَدَاوَى مِنْ إِخْرَاجِ الدَّمِّ وَغَيْرِهِ.. وَفِيهِ الْأُجْرَةُ عَلَى الْمُعَالَجَةِ بِالطَّبِّ) ⁽¹⁶⁾.

وقال ابن عبد البر :

(هَذَا يُدَلُّ عَلَى أَنَّ كَسْبَ الْحَجَّامِ طَيِّبٌ، لِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَا يُوَكِّلُ، إِلَّا مَا يَجِلُّ أَكْلُهُ، وَلَا يَجْعَلُ ثَمَنًا وَلَا عَوَضًا وَلَا جُعْلًا بِشَيْءٍ مِنَ الْبَاطِلِ) ⁽¹⁷⁾.

13 راجع : محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي : الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري - المحقق : محمد زهير بن ناصر الناصر - الناشر : دار طوق النجاة للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى عام 1422هـ/2002م - كِتَابُ الطَّبِّ - بَابُ السُّغُوطِ - ج7 ص 124 - طرف حديث رقم : 5691 ، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري : المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم = صحيح مسلم - المحقق : محمد فؤاد عبد الباقي - الناشر : دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان - كِتَابُ الْمُسَاقَاةِ - بَابُ جِلِّ أَجْزَةِ الْحِجَامَةِ - ج3 ص 1205 - طرف حديث رقم : 1202 .

14 راجع : جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي: نصب الرأية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمي في تخرير الزيلعي - قَدْ لِكِتَاب : محمد يوسف البُنُورِي - المحقق : محمد عوامة - الناشر : مؤسسة الريان للطباعة والنشر - بيروت - لبنان - دار القبلة للثقافة - جدة - السعودية - الطبعة الأولى عام 1418هـ/1997م - كِتَابُ الْإِجَارَاتِ - بَابُ الْإِجَارَةِ الْقَائِمَةِ - ج4 ص 134 ، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر القرطبي : الاستذكار - تحقيق : سالم محمد عطا، ومحمد علي معوض - الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى عام 1421هـ/2000م - ج8 ص 516 ، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي : المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج - الناشر : دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان - الطبعة الثانية ام 1392هـ - ج10 ص 233 ، وج10 ص 241 .

15 انظر : البخاري : صحيح البخاري - كِتَابُ الْبُيُوعِ - بَابُ ذِكْرِ الْحِجَامِ - ج3 ص 63 - طرف حديث رقم : 2102 .

16 انظر : أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي : فتح الباري شرح صحيح البخاري - رَقْمُ كِتَابِهِ وَأَبْوَابِهِ وَأَحَادِيثِهِ : محمد فؤاد عبد الباقي - قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه : محب الدين الخطيب - الناشر : دار المعرفة - بيروت - الطبعة الأولى عام 1379هـ - قَوْلُهُ بَابُ كَسْبِ النَّبِيِّ وَالْإِمَاءِ - مرجع سابق - ج4 .

هذا، ولا خلاف بين الفقهاء على جواز التعاقد للعلاج والمداوة لمدة معلومة، أو عمل معين، وأجر معلوم. ويستحق الطبيب الأجرة في نظير التزامه بالمعالجة، وبذله كل العناية اللازمة لإدراكها، وليس عليه إدراك الشفاء، لأنه بيد الله تعالى. وتكون الأجرة على النحو المتفق عليه في عقد الإجارة، إن كانت مشروطة فيه. فإن لم تكن مشروطة فيه، استحق الطبيب أجرة المثل على معالجته⁽¹⁸⁾. والطبيب يكون أجيراً على أحد نوعين:

- إما أجيراً خاصاً، يؤدي عمله خلال مدة محددة، كموظف في مشفى، ويكون عقد الإجارة مرتبطاً بالمدة التي تم الاتفاق عليها، (أي : المنفعة معلومة بالمدة)، وعقده مع إدارة المشفى. وهذا النوع من الأجراء في العقد الطبي، نادر الوقوع في الوقت الحالي، فقلما يُشرف الطبيب على علاج المريض ورعايته وحده، ويهب جميع وقته له وحده. فالطبيب، لابد وأن يعمل في مشفى، أو في عيادة خاصة⁽¹⁹⁾.

- وإما أجيراً مشتركاً، كأن يعمل في عيادته الخاصة، أو بمشفاه الخاص، يتم التعاقد بينه وبين المريض على أساس العمل، فتكون المنفعة المستوفاة معلومة بالعمل المحدد الذي سيقوم به الطبيب، لقاء الأجر⁽²⁰⁾. وهذا، وسواء أكان الطبيب موظفاً في مشفى، أم يعمل في عيادته الخاصة، لا يختلف تكليف العقد الطبي بينه وبين المريض، لأن المريض إما أن يتعاقد على العلاج مع الطبيب، أو مع إدارة المشفى، وفي كلتا الحالتين تكون شروط العقد نفسها باختلاف الأجير، مرةً يكون الطبيب، ومرةً يكون إدارة المشفى، والطبيب وكيل عن الإدارة .

هذا، وقد تتعاقد إحدى المؤسسات مع مشفى على معالجة مَنْ ينتسب إليها من عمال وموظفين، طيلة فترة معينة، لقاء مبلغ معين مُحدد سلفاً، مع الالتزام بالدواء والعلميات ونحوها. وفي هذه الحالة، نكون إزاء عقد طبي مباشر، طرفاه: المؤسسة والمشفى، والمستفيد منه العاملون في هذه المؤسسة، ويمكن تكليف هذا الاتفاق بأنه عقد إجارة أشخاص (أجير مشترك)، صحيح لازم بين المؤسسة وبين المشفى، ويعطي المنتفع منه الحق في مطالبة المشفى بتنفيذ التزاماته المنصوص عليها في العقد ؛ لاكتمال أركانها، ولتوافر شروطه، فقد صدر الإيجاب والقبول من طرفين اكتملت أهليتهما، بصيغة صحيحة، على محل

17 انظر : أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر القرطبي : التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد - تحقيق : مصطفى بن أحمد العلوي ، ومحمد عبد الكبير البكري - الناشر : وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية - المغرب - الطبعة : بدون - عام النشر 1387هـ - ج2 ص 224 .

18 راجع هذا المعنى في : د/ عصام خرخاش : أحكام العقد الطبي - مرجع سابق - ص 75 .

19 انظر : د/ تمام اللودعني : أضواء على أجرة الطبيب - بحث منشور بمجلة الشريعة والدراسات الإسلامية بكلية الشريعة - يُصدرها مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت - المجلد 17 - العدد 49 يونية 2002م - ص 209 .

20 انظر : د/ تمام اللودعني : أضواء على أجرة الطبيب - مرجع سابق - ص 209 .

التكييف القانوني للعلاقة العقدية بين الطبيب والمريض

مشروع موجود أو قابل للوجود، معين أو قابل للتعيين، مقدور على تسليمه، ولا تضر الجهالة التي تعترى محل العقد، من حيث عدد المرضى، واختلاف أمراضهم، وطبيعة العمليات، وثمان الأدوية، لأنها تدخل ضمن الجهالة المغتفرة، حيث إن المشفى، لا يُقدّم على مثل هذا الاتفاق قبل أن يجري دراسة جدوى، تضمن للمستشفى تحقيق الربح، أو تضمن له هامشاً مناسباً من الربح. فهو يعد إحصاءات دقيقة، تشمل : عمر المستفيد، وجنسه، ومهنته، وسلوكه، وحالته، وزمان العلاج ومكانه.. وغير ذلك، مما يجعل تقدير أجر العلاج، وثمان الدواء أقرب ما يكون لواقع الحال، فتتنفي جهالة محل العقد، أو نَقْل (21).

21 د/ محمد جبر الألفي : التأمين الصحي واستخدام البطاقات الصحية - بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة - الدورة الثالثة عشر - والمنعقدة بالكويت في الفترة من 7 إلى 12 شوال 1422هـ/ الموافق 22 إلى 27 سبتمبر عام 2001م - العدد 13 - ص 1450 - 1451 .

المطلب الثاني: العقد الطبي عقد جعالة

أولاً : تعريف الجعالة (22) :

الجعالة في الاصطلاح الشرعي، عُرِفَتْ بتعريفات عدة، تدور حول المعنى الذي تحمله الجعالة، وهو : أَنْ يَجْعَلَ الرَّجُلُ لِلرَّجُلِ أَجْرًا مَعْلُومًا، وَلَا يَنْفَعُهُ إِلَّا هُوَ عَلَى أَنْ يَعْمَلَ لَهُ فِي زَمَنٍ مَعْلُومٍ أَوْ مَجْهُولٍ، مِمَّا فِيهِ مَنَفَعَةٌ لِلجَّاعِلِ، كَرَدِّ عِيْدِهِ مِنْ مَحَلِّ كَذَا، أَوْ بِنَاءِ حَائِطٍ كَذَا، أَوْ حَفْرِ بَيْتٍ مَاءٍ، أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ، عَلَى أَنَّهُ إِنْ أَكْمَلَ الْعَمَلَ، كَانَ لَهُ الْجُعْلُ، وَإِنْ لَمْ يُنْمِهِ، فَلَا شَيْءَ لَهُ، مِمَّا لَا مَنَفَعَةَ فِيهِ لِلجَّاعِلِ إِلَّا بَعْدَ تَمَامِهِ (23).

هذا، وقد أجاز فقهاء المالكية، في الأصح لديهم، والشافعية والحنابلة، للمريض أن يتفق مع طبيبه على الالتزام بالبرء والشفاء، كما لو قال المريض للطبيب : إذا عالجتني، فشفاني الله على يدك، كان لك عندي كذا، فإن شُفِيَّ فله حقه، وإلا فلا شيء له. أو أن يقول الطبيب للمريض : أعالجتك، فإن برئت، فلي من الأجر كذا وكذا، وإن لم تبرأ، فلا شيء لي. أو أن يقول شخص لآخر : مَنْ دَاوَى لِي هَذَا، حَتَّى يَبْرَأَ مِنْ جُرْحِهِ أَوْ مَرَضِهِ أَوْ رَمَدِهِ، فَلَهُ كَذَا.

ويرى جمهور الفقهاء، أن المشاركة على الشفاء هذه، وإن كانت سائغة، لكنها تخرج العقد من باب الإجارة لتدخله في باب الجعالة. وقد استقرت كتب الفقه، صراحة على هذا الحكم في العديد من المواضع، نذكر منها (24) :

- 22 الجعالة في اللغة ، الْجُعْلُ ، بِالضَّمِّ ، الْأَجْرُ ، يُقَالُ : جَعَلْتُ لَهُ جُعْلًا ، عَلَى أَنْ يَفْعَلَ كَذَا وَكَذَا . وَالْجَعَالَةُ ، بِكَسْرِ الْجِيمِ ، وَتَعْصُمُهُ يَخْكِي التَّكْلِيثُ ، اسْمٌ لِمَا يُجْعَلُ لِلْإِنْسَانِ عَلَى فِعْلٍ شَيْءٍ ، وَهُوَ أَعْمٌ مِنَ الْأَجْرِ وَالْثَوَابِ . راجع : محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل ، ابن منظور : لسان العرب - مرجع سابق - ج 11 ص 112 - مادة : جَعَلَ ، أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي : جمهرة اللغة - المحقق : رمزي منير بعلبكي - الناشر : دار العلم للملايين - بيروت - الطبعة الأولى عام 1987م - ج 1 ص 482 - مادة : ج ع ل .
- 23 انظر : علي حيدر خواجه أمين أفندي : درر الحكام في شرح مجلة الأحكام - تعريب : فهمي الحسيني - الناشر : دار الجيل للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى عام 1411هـ/1991م - المأذنة 449 تَعْيِينُ الْمَأْجُورِ - ج 1 ص 503 ، محمد بن أحمد بن محمد عليش ، أبو عبد الله المالكي : منح الجليل شرح مختصر خليل - الناشر : دار الفكر - بيروت - الطبعة : بدون طبعة - تاريخ النشر : 1409هـ/1989م - بَابُ فِي بَيَانِ أَحْكَامِ الْجُعْلِ - ج 8 ص 67 ، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد بن علي بن غازي العثماني المكناسي: شفاء الغليل في حل مقفل خليل - دراسة وتحقيق : د/ أحمد بن عبد الكريم نجيب - الناشر : مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث - القاهرة - مصر - الطبعة الأولى عام 1429هـ/2008م - بَابُ الْجُعْلِ - ج 2 ص 950 ، الخطيب الشربيني : مغني المحتاج - مرجع سابق - كِتَابُ الْجَعَالَةِ - ج 3 ص 617 ، عبد القادر بن عمر بن أبي تغلب بن سالم التغلبي الشيباني : نَزْلُ الْمَارِبِ بِشَرْحِ دَلِيلِ الطَّالِبِ - المحقق : د/ محمد سليمان عبد الله الأشقر - الناشر : مكتبة الفلاح - الكويت - الطبعة الأولى عام 1403هـ/1983م - كِتَابُ الْغُصْبِ - بَابُ الْجَعَالَةِ - ج 1 ص 465 ، الموسوعة الفقهية الكويتية : صادر عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بدولة الكويت - الناشر : دار السلاسل - الكويت - الطبعة الثانية عام 1404هـ/1984م - ج 15 ص 208 وما بعدها - مادة : جَعَالَةٌ .
- 24 ولاشك ، أنه لا تعارض بين المشاركة على الشفاء وبين كون الشافي هو الله وحده، إذ اكتساب الأسباب أمر لا بد منه عادة وشرعاً فلا شيء أبعث على راحة النفس واطمئنان الضمير ، من أن يشعر الإنسان في مطالب حياته بأنه أدى الواجب عليه بقدر استطاعته في الحد الذي يملكه، ثم يدع ما وراء ذلك إلى مالك الأمر كله . راجع : الشيخ/ حسنين محمد مخلوف : فتاوى شرعية وبحوث إسلامية - الناشر : دار الكتاب العربي - القاهرة - مصر - الطبعة الأولى عام 1370هـ/1951م - ص 139 ، المستشار/ محمد بدر المنياوي : التأمين الصحي

قال النفراوي : (وَمُشَارَطَةُ الطَّبِيبِ عَلَى الْبُرْءِ، جَائِزَةٌ. وَالْمَعْنَى: أَنَّهُ يَجُوزُ مُعَاقَدَةُ الطَّبِيبِ عَلَى الْبُرْءِ بِأَجْرَةٍ مَعْلُومَةٍ لِمُتَعَاقِدَيْنِ، فَإِذَا بَرَأَ الْمَرِيضُ أَخَذَهَا الطَّبِيبُ، وَإِلَّا لَمْ يَأْخُذْ شَيْئًا) (25).

وقال ابن رشد : (وَقَدْ أَجَازَ لَنَا مَالِكٌ عِلَاجَ الطَّبِيبِ، إِذَا شَارَطَهُ عَلَى شَيْءٍ مَعْلُومٍ، فَإِنْ صَحَّ، أُعْطَاهُ مَا سَمِيَ لَهُ، وَإِنْ لَمْ يَصِحَّ مِنْ عِلَاجِهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ شَيْءٌ) (26).

وقال النووي : (فَأَمَّا إِنْ شَارَطَهُ عَلَى الْبُرْءِ، فَإِنَّ مَذْهَبَنَا، وَمَذْهَبُ أَحْمَدَ ابْنِ حَنْبَلٍ، أَنَّ ذَلِكَ يَكُونُ جَعَالَةً، فَلَا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا حَتَّى يَتَحَقَّقَ الْبُرْءُ، سَوَاءٌ وَجَدَ قَرِيبًا أَوْ بَعِيدًا) (27). وقال المرادوي : (فَأَمَّا إِنْ شَارَطَهُ عَلَى الْبُرْءِ، فَهِيَ جَعَالَةٌ، لَا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا حَتَّى يُوْجَدَ الْبُرْءُ، وَلَهُ أَحْكَامُ الْجَعَالَةِ) (28).

وقال ابن قدامة : (وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى: لَا بَأْسَ بِمُشَارَطَةِ الطَّبِيبِ عَلَى الْبُرْءِ؛ لِأَنَّ أَبَا سَعِيدٍ حِينَ رَفَى الرَّجُلَ، شَارَطَهُ عَلَى الْبُرْءِ. وَالصَّحِيحُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ، أَنَّ هَذَا يَجُوزُ، لَكِنْ يَكُونُ جَعَالَةً لَا إِجَارَةً، فَإِنَّ الْإِجَارَةَ لَا بُدَّ فِيهَا مِنْ مُدَّةٍ، أَوْ عَمَلٍ مَعْلُومٍ. فَأَمَّا الْجَعَالَةُ، فَتَجُوزُ عَلَى عَمَلٍ مَجْهُولٍ، كَرَدِّ اللَّفْطَةِ وَالْأَبْقِ، وَحَدِيثُ أَبِي سَعِيدٍ فِي الرَّفْئَةِ، إِمَّا كَانَ جَعَالَةً، فَيجوزُ هَاهُنَا مِثْلُهُ) (29).

- وتطبيقاته المعاصرة في ضوء الفقه الإسلامي - بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي التابعة لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدّة - السعودية - الدورة 13 - العدد الثالث عشر - عام 2001م - الجزء الثالث ص 1335 .
- 25 انظر : أحمد بن غانم أو غنيم بن سالم ابن مهنا ، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي : الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني - الناشر : دار الفكر - بيروت - لبنان - الطبعة : بدون طبعة - عام النشر 1415هـ/1995م - الإجازة على حِفْظِ الْقُرْآن - ج 2 ص 115 .
- 26 انظر : أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي : البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة - حققه : د/ محمد حجي ، وآخرون - الناشر : دار الغرب الإسلامي - بيروت - لبنان - الطبعة الثانية عام 1408هـ/1988م - مسألة : الطَّبِيبُ يُشَارِطُ الْمَرِيضَ، يَقُولُ : أَغَالِجُكَ، فَإِنْ بَرَأْتَ، فَلِي مِنَ الْأَجْرِ كَذَا وَكَذَا - ج 8 ص 472 .
- 27 انظر : أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي : المجموع شرح المذهب مع تكملة السبكي والمطبعي - الناشر : دار الفكر - بيروت - الطبعة : بدون ، وبدون تاريخ - كتابُ الإجازة - بابُ مَا يُوجِبُ فُسْخُ الإجازة - ج 15 ص 83.
- 28 انظر : علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالحي الحنبلي : الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف - الناشر : دار إحياء التراث العربي - الطبعة الثانية بدون تاريخ - بابُ الإجازة - ج 6 ص 75 . وقال ابن تيمية : إِذَا جَعَلَ لِلطَّبِيبِ جُعْلًا عَلَى شِفَاءِ الْمَرِيضِ ، جَازَ كَمَا أَخَذَ أَصْحَابُ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الَّذِينَ جُعِلَ لَهُمْ قُطِيعٌ عَلَى شِفَاءِ سَيِّدِ الْحَيِّ ، فَرَفَّاهُ بَعْضُهُمْ حَتَّى بَرَأَ فَأَخَذُوا الْقُطِيعَ؛ فَإِنَّ الْجُعْلَ كَانَ عَلَى الشِّفَاءِ لَا عَلَى الْقِرَاءَةِ. وَلَوْ اسْتَأْجَرَ طَبِيبًا إِجَارَةً لَازِمَةً عَلَى الشِّفَاءِ لَمْ يَجُزْ؛ لِأَنَّ الشِّفَاءَ غَيْرُ مَقْدُورٍ لَهُ ، فَقَدْ يَشْفِيهِ اللَّهُ وَقَدْ لَا يَشْفِيهِ ، فَهَذَا وَنَحْوُهُ مِمَّا تَجُوزُ فِيهِ الْجَعَالَةُ ، دُونَ الْإِجَارَةِ اللَّازِمَةِ . انظر : تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني : مجموع الفتاوى - المحقق : عبد الرحمن بن محمد بن قاسم - الناشر : مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف - المدينة النبوية المنورة - المملكة العربية السعودية - الطبعة الأولى عام 1416هـ/1995م - تنازعُ الْعُلَمَاءُ فِي سَلْبِ الْقَائِلِ - ج 20 ص 507 .
- 29 انظر : أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد المقدسي : المعنى على مختصر الخرقى - الناشر : مكتبة القاهرة - مصر - الطبعة : بدون طبعة - تاريخ النشر عام 1388هـ/1968م - كتابُ الإجازات - فصلُ اسْتَأْجَرَ كَذَا لَا لِيُكْتَلَّ عَيْنُهُ - ج 5 ص 400 .

هذا، وارتباط جواز الجعالة ومشروعيتها في حديث رُفِيَةِ الصَّحَابِيِّ بجواز العمل الطبي، أيًا كان هذا العمل، طالما استوفى أركانه وشروطه، فهو جائز ومشروع. فالراقي، اشترط الأجر على فعله، وأخذ بعد تمام العمل، وأقره النبي صلى الله عليه وسلم على فعله، وما ذلك إلا إجازة عمل الطبيب وأجره (30).

المطلب الثالث: العقد الطبي عقد بيع

أولاً : تعريف البيع (31) :

عُرِفَ البيع في الاصطلاح الشرعي، بتعريفات عدة، وأقرب التعريفات التي تُناسب العقد الطبي، هو تعريف فقهاء الحنابلة، الذي ذهب إلى أنه : (مُبادِلَةٌ مَالٍ، ولو في الدِّمَةِ، أو مَنَفَعَةٍ مُباحَةٍ - كَمَمَرٍ دار- بِمِثْلٍ أَحَدُهُمَا عَلَى التَّابِيْدِ، غَيْرَ رَبِّاً وَقَرْضٍ) (32).

ثانياً : اجتماع عقد البيع في العقد الطبي :

أوضحنا في المطلب السابق، أنَّ جمهور الفقهاء (المالكية، في الأصح لديهم، والشافعية والحنابلة)، أجازوا للمريض أن يتفق مع طبيبه على الشفاء، مع الاتفاق على جعل الدواء من عند المريض، كأن يقول الطبيب للمريض : أعالجك، فإن برئت، فلي من الأجر كذا وكذا، وإن لم تبرأ، فلا شيء لي. ولكن ماذا يكون الحكم في الحالة التي يلتزم فيها الطبيب بتقديم الدواء للمريض (33)، كأن يقول الطبيب

30 انظر : د/ سلامة عبد الفتاح حليبه : أحكام عقد العلاج بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - الناشر : دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - مصر - الطبعة الأولى عام 2009م - ص 213 .

31 البيع ، يسكن المثناة التحتانية ، هو في اللغة : مطلق المبادلة ، والبيع مصدر مأخوذ من باع الشيء يبيعه ببيعاً ، فهو بائع . ومعناه : مبادلة مال بمال ، أو بعبارة أخرى ، كما في بعض الكتب : مقابلة شيء بشيء ، أو دفع عوض ، وأخذ ما عوض عنه ، أو أخذ شيء ، وإعطاء شيء آخر . وهو مشتق من الباع ، لأن كل واحد من البيعين يمد باعه في الأخذ والإعطاء . ويحتمل أن يكون كل واحد من المتعاقدين كان يُبايع صاحبه ، أي يصفحه ، عند البيع . والبيع من لغات أو أسماء الأضداد ، كالشراء ، قد يطلق أحدهما ويراد به الآخر ، ويؤيد ذلك قوله تعالى ، في حق سيدنا يوسف وأخوته ، : [وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ] ، سورة يوسف جزء من الآية رقم : 20 ، أي : باعه بثمان زهيد . ويسمى كل واحد من المتعاقدين : بائعاً ، أو ببيعاً . لكن إذا أطلق البائع ، فالمتبادر إلى الذهن في العرف أن يراد به بائد السلعة ، دون بائد الثمن . انظر : أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين : معجم مقاييس اللغة - المحقق : عبد السلام محمد هارون - الناشر : دار الفكر - بيروت - الطبعة الأولى عام 1399هـ/1979م - ج 1 ص 327 - مادة : بَيَعَ ، عبد الله بن عبد الرحمن البسام : توضيح الأحكام من بلوغ المرام - الناشر : مكتبة الأسد - السعودية - ج 4 ص 211 ، د/ أحمد الشرباصي : المعجم الاقتصادي الإسلامي- الطبعة الأولى عام 1401هـ/1981م - الناشر : دار الجيل للطبع والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان - ص 57 .

32 انظر : عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي : حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع - الناشر : بدون ناشر - الطبعة الأولى عام 1397هـ - كتاب البَيْع - ج 4 ص 326 .

33 هذا ، وتُلَفِّثُ التَّنْظُرُ إلى أنَّ عمل الطبيب قديماً ، كان تركيب الأدوية ووصفها للمرضى الذين يشترونها منه . فإذا جاء المريض وشخصه الطبيب، باعه ما يصلح حاله من أدوية يركبها بنفسه له، فهذا في حقيقته عقد بيع ، المثلن فيه الدواء ، وما يدفعه المريض من ثمن هو لذلك الدواء، والتشخيص تابع لذلك ليس له ثمن مستقل، ومثل هذا العقد موجود في معاملات الناس في يومنا هذا فيما يفعله بعض الصيادلة من وصف الدواء وبيعه على المريض ، بعد أن يبين الأخير له ما يشكو منه، ولا يؤثر مثل هذا النوع من المعاقدة إشكالاً إذ أنه مستوفٍ لشرائط الصحة في البيوع، لكنه لا ينهض بحاجات الناس إلى العلاج من المرض. راجع : د/ علي القرني : التأمين الصحي - بحث منشور بمجلة

للمريض : أعالجبك، فإن برئت، فلي من الأجر كذا وكذا، وإن لم تبرأ، غرمت لي ثمن الأدوية التي أعالجبك بها (34)، فهل يجوز مثل هذا التعاقد ؟ وهل يستحق الطبيب ثمن الأدوية، إن لم يبرأ المريض ؟ اختلف الفقهاء حول الإجابة على هذا التساؤل، وجاء خلافهم على قولين :

القول الأول : ذهب فقهاء المالكية والظاهرية، إلى القول بعدم الجواز، لأنه يؤدي إلى اجتماع بيع وجعالة، وهو لا يجوز (35). قال القرافي : (قال ابن يونس : قال سحنون: أصل إجازة الطبيب الجعالة، فذلك لا يضرب أجلاً قبل، ويكون الدواء من عند العليل، كاللبن والجص في بناء الدار، وإلا فهو غرر لم يذهب داؤه باطل، ويدخله بيع وجعل وهو ممنوع) (36).

وقال ابن حزم الظاهري : (ولا يجوز أن يشترط على المستأجر لإخياطة إحصار الخياط، ولا على الوراق القيام بالحبر، ولا على البناء القيام بالطين أو الصخر، أو الحجار، وهكذا في كل شيء... لأنه إجازة وبيع معا قد اشترط أحدهما مع الآخر، فحرم ذلك من وجهين : أحدهما : أنه شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل. والثاني : أنه بيع مجهول، وإجازة مجهول لا يدري ما يقع من ذلك للبيع ولا ما يقع منه للإجازة، فهو أكل مال بالباطل، فإن تطوع كل من ذكرنا بإحصار ما ذكرنا عن غير شرط، جاز ذلك؛ لأنه فعل خير) (37).

القول الثاني : ذهب الشافعية والحنابلة، إلى القول بالجواز، لصراحة الناس لذلك بالعجز عن عمل الأمراض والأكحال، واعتبروه عقد بيع. قال ابن حجر الهيتمي : (إن الطبيب الماهر، أي بأن كان خطؤه نادراً، وإن لم يكن ماهراً في العلم فيما يظهر.. لو شرطت له أجره، وأعطيت ثمن الأدوية، فعالجه بها، فلم

مجمع الفقه الإسلامي التابعة لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجهة - السعودية - الدورة 13 - العدد الثالث عشر - عام 2001م - الجزء الثالث ص 1547 .

34 ومن أمثلة ذلك أيضاً : الكحال الذي يداوي العين بمكحله ، وكمن يداوي القروح والجروح بمطهرات وأدوية من عنده .
35 والأصل في عدم الجوز ما أخرجه أبو داود عن أبي هريرة، قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم: [من باع بيعتين في بيعة، فله أوكسهما ، أو الرثا] .انظر : أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدي السجستاني: سنن أبي داود - المحقق : محمد محيي الدين عبد الحميد - الناشر : المكتبة العصرية، صيدا - بيروت - أبواب الإجازة - باب فيمن باع بيعتين في بيعة - ج3 ص 274 - طرف حديث رقم : 3461
36 انظر : أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي ، الشهير بالقرافي ، الذخيرة - المحقق : محمد بو خيرة - الناشر : دار الغرب الإسلامي - بيروت - الطبعة الأولى عام 1994م - كتاب الإجازة - ج5 ص 423 ، ابن رشد القرطبي : البيان والتحصيل - مرجع سابق - مسألة : الطبيب يشارط المريض، يقول : أعالجبك، فإن برئت، فلي من الأجر كذا وكذا - ج8 ص 472 - 473. وقال النفراوي المالكي : أنه يجوز معاودة الطبيب على البزء بأجرة معلومة للمتعاقدتين ، فإذا برئ المريض أخذها الطبيب، وإلا لم يأخذ شيئاً، واتفقا على أن جميع الدواء من عند العليل، لأنه يجوز كونه الدواء من عند الطبيب، على أنه إن برئ العليل يدفع الأجرة وثن الدواء، وإن لم يبرأ يدفع له قيمة الدواء فقط، وإنما لم تجز تلك الصورة لإدائها إلى اجتماع جعل وبيع، وهو لا يجوز . راجع : الفواكه الدواني : مرجع سابق - باب الإجازة - الإجازة على حفظ القرآن - ج2 ص 115 .

37 انظر : ابن حزم الظاهري : المحلى بالآثار - مرجع سابق - كتاب الإجازات والأجزاء - مسألة استئجار البناء وآله - ج7 ص 22 - 23 .

يَبْرَأ، اسْتَحَقَّ الْمُسَمَّى إِنْ صَحَّتْ الْإِجَارَةُ، وَإِلَّا فَأَجْرُهُ الْمَثَلُ، وَلَيْسَ لِلْعَلِيلِ الرَّجُوعُ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَأْجَرَ عَلَيْهِ الْمُعَالَجَةُ لَا الشِّفَاءُ.. أَمَّا غَيْرُ الْمَاهِرِ الْمَذْكُورِ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ مَا تَوَلَّدَ مِنْ فِعْلِهِ بِخِلَافِ الْمَاهِرِ، أَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ أَجْرَهُ، وَيَرْجِعُ عَلَيْهِ بِنَمْنِ الْأَدْوِيَةِ لِتَقْصِيرِهِ بِمُبَاشَرَتِهِ لِمَا لَيْسَ هُوَ لَهُ بِأَهْلٍ، وَمِنْ شَأْنِ هَذَا الْإِضْرَارُ لَا النَّفْعُ (38).

وقال ابن قدامة : (إِنَّ الْكُحْلَ إِنْ كَانَ مِنَ الْعَلِيلِ جَازٍ؛ لِأَنَّ آيَاتِ الْعَمَلِ تَكُونُ مِنَ الْمُسْتَأْجَرِ، كَاللَّبَنِ فِي الْبَنَاءِ وَالطَّيْنِ وَالْأَجَرِّ وَنَحْوَهَا. وَإِنْ شَارَطَهُ عَلَى الْكُحْلِ (بِقَابِلِ ذَلِكَ الْأَدْوِيَةِ فِي الْعَقْدِ الطَّيِّبِ)، جَازَ. وَقَالَ الْقَاضِي: يَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجُوزَ.. وَلَنَا أَنَّ الْعَادَةَ جَارِيَةٌ بِهِ، وَيَشُقُّ عَلَى الْعَلِيلِ تَحْصِيلُهُ، وَقَدْ يَعْجُزُ عَنْهُ بِالْكُلِّيَّةِ، فَجَازَ ذَلِكَ، كَالصَّنْعِ مِنَ الصَّبَاغِ، وَاللَّبَنِ فِي الرِّصَاعِ، وَالْحَبْرِ وَالْأَقْلَامِ مِنَ الْوَرَقِ) (39).

هذا، والمتأمل في القولين السابقين، يتبين له صحة القول الثاني القائل بالجواز، في هذه الحالة، لضرورة الناس لذلك بالعجز عن عمل الأمراض والأكحال، ولأنه قول لا يصطدم مع النص، ويستجيب للمصلحة المشروعة، ولذلك يكون هو القول الأولي بالاتباع (40). ويُمكن تخريج هذا الاجتماع بين البيع والعقد الطبي في صورتين:

الأولى : التزام المستشفى بتقديم الدواء بجانب العلاج والعمليات الجراحية، في مقابل ما تدفعه المؤسسة لمعالجة الموظفين التابعين لها (41).

الثانية : تقديم المرفق الخاص للمريض، خدمات الإقامة في العيادة، والذي يضمن فيها المريض سلامة المبيت، والنظافة، والغذاء، والأدوية، والأجهزة المستخدمة، والتحاليل الطبية، بموجب عقد استشفاء (42).

38 انظر : أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي : تحفة المحتاج في شرح المنهاج - الناشر : المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد - الطبعة بدون طبعة - عام النشر 1357هـ - كتاب الإجازة - فصل في منافع لا يجوز الإستئجار لها - ج 6 ص 163 .

39 انظر : ابن قدامة : المغني - مرجع سابق - كتاب الإجازات - فصل استأجر كحالا ليكمل عينه - ج 5 ص 400 ، وقال المرداوي : قال الشيخ تقي الدين : يجوز الجمع بين البيع والإجازة في عقد واحد ، في أظهر قولهم . وقدمه في المغني ، والمحرر ، والشرح ، والفروع ، والفتاوى . راجع : الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف : مرجع سابق - كتاب البيع - ج 4 ص 321 .

40 القرافي : الذخيرة - مرجع سابق - كتاب الإجازة - ج 5 ص 423 ، المستشار/بدر المنياوي : التأمين الصحي وتطبيقاته المعاصرة في ضوء الفقه الإسلامي - البحث السابق الإشارة إليه - الدورة 13 - العدد الثالث عشر - الجزء الثالث - ص 1328 .

41 انظر : المستشار/ بدر المنياوي : المرجع السابق - ص 1328 .

42 راجع : د/ عصام خرياش : أحكام العقد الطبي - مرجع سابق - ص 83 . وفي هذه الصورة ، يُمكننا أن نتصور أن عقد العلاج في العيادة ، إنما محله خدمة طبية ذات مستوى من الجودة مقرر من قبل العيادة ، ويزيد ما يدفعه المريض إلى العيادة بمقدار ، ما يحصل عليه المريض من الخدمات . ومما لا يخاف فيه ، أن العيادة تشتري خدمات العلاج من أطبائه على صفة عقد إجازة ، محدد فيه علمهم بشكل دقيق ، يحكمه دوامهم اليومي في العيادات ، وما إلى ذلك ، ثم تبيع العيادة تلك الخدمات إلى المريض ، مضافة إليها أشياء أخرى ، مثل : الغرفة التي يرقد فيها المريض ، ورعاية الممرضات له ، والطعام المقدم له ، وآلات التصوير الشعاعي ، والتحليل .. إلخ . انظر : د/ العلي القرني : التأمين الصحي - البحث السابق الإشارة إليه - الدورة 13 - العدد الثالث عشر - عام 2001م - الجزء الثالث ص 1550 .

المطلب الرابع: العقد الطبي عقد شركة

أولاً : تعريف الشركة :

للشركة معنيان لغويان، الأول : الخلط والامتزاج مطلقاً، سواء أكان في المال، أو في الشريكين، أو في غيرهما (43). والثاني : العقد، وهو المَقْصُودُ هُنَا (44). وأما الشركة في الاصطلاح الشرعي، فقد عُرِفَتْ بتعريفات مختلفة، يمكن إجمالها في تعريف شامل، بأن يُقال : إنها ثبوت الحق في شيء واحد لاثنتين، أو أكثر، على جهة الشيوخ. أو عقد يُسهم فيه شخصان، أو أكثر، بمالٍ، أو عملٍ مُوجب لصحة تصرفهما، ومشاركتهما في الربح، أو تحمل الخسارة (45). ولاشك، في أنّ المعنى الموجود في الشطر الثاني من التعريف، يُعرّف بـ : (شركة العقد) بجميع أنواعها، وهذا المعنى هو الذي يتناسب مع العقد الطبي (46).

- 43 انظر : محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملَقَّب بمرتضى، الرِّيْذِي : تاج العروس من جواهر القاموس - المحقق : مجموعة من المحققين - الناشر : دار الهداية للنشر والتوزيع - القاهرة - مصر - الطبعة : بدون طبعة وبدون تاريخ - ج 27 ص 232 - مادة : شرك ، ابن منظور : لسان العرب - مرجع سابق - ج 10 ص 448 وما بعدها - مادة : شَرَك ، د/ رشاد حسن خليل : الشركات في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة - الناشر : دار الرشيد للنشر والتوزيع - دمشق - سورية - الطبعة الثالثة عام 1401هـ/1981م - ص 14 .
- 44 راجع : زين الدين بن إبراهيم بن محمد ، المعروف بابن نجيم المصري : البحر الرائق شرح كنز الدقائق - الناشر : دار الكتاب الإسلامي - بيروت - لبنان - الطبعة الثانية بدون تاريخ - ج 5 ص 179 ، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان ، المدعو بشيخي زاده ، يُعرّف بداماد أفندي : مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر - الناشر : دار إحياء التراث العربي - الطبعة : بدون طبعة وبدون تاريخ - كِتَابُ الشَّرْكَة - ج 1 ص 714 ، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي : رد المحتار على الدر المختار - الناشر : دار الفكر - بيروت - الطبعة الثانية عام 1412هـ/1992م - كِتَابُ الشَّرْكَة - ج 4 ص 299 .
- 45 وللمزيد حول تعريف الشركة في الفقه الإسلامي انظر : عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي : الاختيار لتعليل المختار - الناشر : مطبعة الحلبي - القاهرة - مصر - الطبعة : بدون طبعة - تاريخ النشر 1356هـ/1937م - كِتَابُ الشَّرْكَة - ج 3 ص 11 ، أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الرِّيْذِي : الجوهرة النيرة على مختصر القدوري - الناشر : المطبعة الخيرية بمصر - كِتَابُ الشَّرْكَة - ج 1 ص 285 ، محمد بن عبد الله الخرشني المالكي أبو عبد الله : شرح مختصر خليل للخرشي - الناشر : دار الفكر للطباعة - بيروت - لبنان - الطبعة : بدون طبعة وبدون تاريخ - بَابُ فِي الشَّرْكَة وَأَقْسَامُهَا وَأَحْكَامُهَا - ج 6 ص 38 ، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي ، المعروف بالحطاب الرُّعَيْنِي المالكي : مواهب الجليل في شرح مختصر خليل - الناشر : دار الفكر - بيروت - الطبعة الثالثة عام 1412هـ/1992م - بَابُ الشَّرْكَة - ج 5 ص 117 ، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري ، زين الدين أبو يحيى السنيكي : أسنى المطالب في شرح روض الطالب - الناشر : دار الكتاب الإسلامي - بيروت - لبنان - الطبعة : بدون طبعة وبدون تاريخ - كِتَابُ الشَّرْكَة - ج 2 ص 252 ، سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري ، المعروف بالجمال : فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب ، المعروف بحاشية الجمل - الناشر : دار الفكر - بيروت - الطبعة : بدون طبعة وبدون تاريخ - كِتَابُ الشَّرْكَة - ج 3 ص 392 ، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق : المبدع في شرح المقنع - الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى عام 1418هـ/1997م - كِتَابُ الشَّرْكَة - ج 4 ص 355 ، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي : كشف القناع عن متن الإقناع - الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - الطبعة : بدون طبعة وبدون تاريخ نشر - ج 3 ص 496 .
- 46 تتنوع الشركة بمعناها العام عند الفقهاء إلى ثلاثة أنواع ، فقد تكون شركة إباحة ، وقد تكون شركة ملك ، وقد تكون شركة عقد . هذا ، ولم يتفق الفقهاء على اسم شركة ، كما لم يتفقوا على تعريفها ، وتكييفها . أما اسمها ، فالملكية يُسمونها : الشركة الأخصية ، أو : الشركة الخاصة ، والحنفية والشافعية والحنابلة ، يُسمونها : شركة العقد . وتنقسم شركة العقد إلى أربعة أنواع ، وهي : الأولى : شركة الأموال ، والثانية : شركة مضاربة أو قراضاً ، والثالثة : شركة الأعمال ، أو : شركة الأبدان ، أو : شركة الصنائع ، والرابعة : شركة الوجوه ، أو : شركة المفاليس .

ثانياً: الشركة في العقد الطبي:

لا شك في أن مهنة الطب تُعد من جُملة الأعمال والصنائع، التي تقوم على العمل بالبدن غالباً. وبالتالي، يُمكن للأطباء ومساعدتهم، من جهة أولى، الشركة فيها، بما يُسمّى في الفقه الإسلامي بـ : (شركة الأعمال، أو الأبدان، أو الصنائع)، ويُمكن للمريض، من جهة ثانية، أن يتعاقد مع رئيس الفريق الطبي، دون باقي الأعضاء، ويكون بذلك مسؤولاً عن أخطائه، وأخطاء أعضاء الفريق الطبي، على أساس أنّ (شركة الأبدان)، شركة تضمّين وتقبل، كذلك لأن كل واحدٍ من الشركاء مُتقبل وضامن لما يقوم به للطرف الآخر (47).

هذا، وقد وقع خلاف بين الفقهاء حول شروط شركة الأعمال أو الأبدان أو الصنائع، عند مَنْ قال بها (48)، مما يؤثر في بعض الجزئيات المتعلقة بالتنزيل في العلاقات الطبية بين الشركاء فيما بينهم، وفيما

بينهم وبين المريض، وهو ما سنوضحه من خلال الفقرة التالية :

يرى القائلون بجواز شركة الأعمال، أن هناك شروط لابد من توافرها في شركة الأعمال لتكون صحيحة،

تترتب عليها آثارها. وهذه الشروط على نوعين:

النوع الأول: شروط متفق عليها، وتتمثل هذه الشروط في الآتي:

راجع : محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي : المبسوط - الناشر : دار المعرفة - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى عام 1414هـ/1993م - كتاب الشركة - ج 11 ص 150 ، محمد بن عبد الله الخرخشي : شرح مختصر خليل - مرجع سابق - باب في الشركة وأقسامها وأحكامها - ج 6 ص 38 ، الخطيب الشربيني : مغني المحتاج - ج 3 ص 222 ، المرداوي : الإحصاف في معرفة الرائج من الخلاف - مرجع سابق - كتاب الشركة - ج 5 ص 407 ، الشيخ/ علي الخفيف : الشركات في الفقه الإسلامي بحوث مقارنة - الناشر : دار الفكر العربي - القاهرة - مصر - الطبعة : بدون طبعة - تاريخ النشر 1430هـ/2009م - ص 26 - 27 ، د/ رشاد حسن خليل : الشركات في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص 44 - 45 .

47 انظر : د/ عصام خرخاش : أحكام العقد الطبي والآثار المترتبة عنه - مرجع سابق - ص 85 .

48 اختلف الفقهاء حول مشروعية شركة الأعمال ، وجاء خلافهم على رأيين : الرأي الأول: يرى جمهور الفقهاء من الأحناف ، والمالكية ، والحنابلة ، جواز شركة الأعمال في الجملة ، وإن كانوا قد اختلفوا في بعض أنواعها وأحكامها. راجع تفصيل ذلك في : علاء الدين ، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - الطبعة الثانية عام 1406هـ/1986م - كتاب الشركة - ج 6 ص 57 وما بعدها ، الشيخ/ محمد بن عlish : منح الجليل شرح مختصر خليل - مرجع سابق - باب الشركة - ج 6 ص 285 وما بعدها ، ابن قدامة : المغني - مرجع سابق - كتاب الشركة - مسألة شركة الأبدان - ج 5 ص 4 ، محمد تاويل : الشركات وأحكامها في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة في الشركات الإسلامية - الناشر : دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - الطبعة الأولى عام 1430هـ/2009م - ص 453 وما بعدها . والرأي الثاني: يرى فقهاء الشافعية والظاهرية، أن شركة الأعمال شركة باطلة لا تلزم، ولا تجوز بحال من الأحوال، وفي أي عمل من الأعمال، وإن وقعت، فكل منهما أجر عمله، وإن اقتسما الأجور، وجب رد ما أخذه كل واحد منهما من مال الآخر وأجرته. راجع : أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي : روضة الطالبين وعمدة المفتين - تحقيق : زهير الشاويش - الناشر : المكتب الإسلامي - بيروت - دمشق - عمان - الطبعة الثالثة عام 1412هـ/1991م - كتاب الشركة - ج 4 ص 279 ، شمس الدين محمد بن أبي العباس بن حمزة الرملي : نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج - الناشر : دار الفكر - بيروت - لبنان - الطبعة الأخيرة عام 1404هـ/1984م - كتاب الشركة - ج 5 ص 4 ، الماوردي : الحاوي الكبير - كتاب الشركة - ج 6 ص 479 ، المحلى بالآثار - مرجع سابق - كتاب الشركة - مسألة شركة الأبدان - ج 6 ص 412 .

(1) قابلية الوكالة، ويمكن تفسير هذا الشرط بأمرين : الأول : قابلية التصرف المتعاقد عليه للوكالة، ليتحقق مقصود الشركة، وهو الاشتراك في الربح، لأن سبيل ذلك أن يكون كل واحد من الشريكين وكيلًا عن صاحبه في نصف ما تصرف فيه، وأصيلًا في نصفه الآخر (49). والثاني : أهلية كل شريك للتوكيل والتوكّل، لأنه وكيل في أحد النصفين، أصيل في الآخر، فلا تصح الشركة من الصبي غير المأذون في التجارة، والمعتوه الذي لا يعقل (50).

(2) أن يكون الربح معلوماً بالنسبة، أي أن تكون حصة كل شريك من الربح محددة بجزء شائع منه، معلوم النسبة إلى جملته، كنصفه أو ثلثه أو غيرهما. فإذا تم العقد على أن يكون للشريك حصة في الربح من غير بيان مقدار، كان عقدًا فاسدًا، لأن الربح هو مقصود الشركة، فنفسد بجهالته (51).

النوع الثاني : شروط مختلف فيها، وهي شروط متعلقة بحدود جواز شركة الأعمال، وهل هي مباحة في كل الأعمال، أم أنها مباحة في أعمال دون أعمال أخرى، وقد جاءت آراء الفقهاء في هذه المسألة على النحو التالي :

أ) رأي الأحناف : أجاز الحنفية شركة الأعمال في الصناعة مطلقاً، ويشترطون لصحتها ذكر الصنعة، وليس يشترط فيها اتحاد الصنعة بين الشركاء، بل تجوز مع اختلافها واتحادها، تلازمت أو تباينت، فأجازوا الشركة بين النجار والطبيب، وبين المهندس والحمال مثلاً (52).

هذا، ولا تصح شركة الأعمال في اكتساب المباح، كأن يشتركا على أن يصيدا، أو يحتطبا، أو يحتشا، أو يستقيا الماء ويبيعانه، على أن ما أصاب من ذلك فهو بينهما، فهذه الشركة فاسدة، لأن الشركة مقتضاها الوكالة، وهذه الأشياء لا يراها الحنفية مما يقبل الوكالة، لأن من أخذها، مَلَكَهَا بالأخذ والاستيلاء،

49 انظر : كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ، المعروف بابن الهمام : فتح القدير - الناشر : دار الفكر - بيروت - الطبعة : بدون طبعة وبدون تاريخ - كتاب الشركة - ج 6 ص 155 ، الكاساني : بدائع الصنائع - كتاب الشركة - ج 6 ص 63 ، النفراوي المالكي : الفواكه الدواني - مرجع سابق - باب الشركة - ج 2 ص 119 ، البهوتي : كشف القناع - مرجع سابق - كتاب الشركة - ج 3 ص 496 .
50 راجع : الكاساني : بدائع الصنائع - مرجع سابق - كتاب الشركة - ج 6 ص 58 - 59 ، ابن قدامة : المغني - مرجع سابق - كتاب الشركة - ج 5 ص 5 ، الموسوعة الفقهية الكويتية : مرجع سابق - ج 26 ص 43 - 44 .
51 انظر : الكاساني : بدائع الصنائع - كتاب الشركة - ج 6 ص 59 ، ابن قدامة : المغني - كتاب الشركة - ج 5 ص 5 ، البهوتي : كشف القناع - كتاب الشركة - ج 3 ص 498 ، الموسوعة الفقهية الكويتية : ج 26 ص 45 .
52 انظر : ابن الهمام : فتح القدير - مرجع سابق - كتاب الشركة - ج 6 ص 155 ، الكاساني : بدائع الصنائع - كتاب الشركة - ج 6 ص 63 ، الشيخ/ علي الخفيف : الشركات في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص 130 ، محمد تاويل : الشركات وأحكامها في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص 484 .

والتوكيل في أخذ المباح باطل، إذ القاعدة تقضي بأن: (مَا لَا تَجُوزُ فِيهِ الْوَكَالَةُ لَا تَجُوزُ فِيهِ الشَّرِكَةُ) (53).

وعليه، وبما أن الأعمال الطبية من جملة الصنائع، وليست من المباحات، فتجوز شركة الأطباء وغيرهم فيها، سواء اتفقت التخصصات أو اختلفت، لأن استحقاق الأجر في هذه الشركة بضمان العمل، والعمل مضمون عليهما، اتفق العملان أو اختلفا (54).

(ب) رأي المالكية: أجاز المالكية شركة الأعمال، سواء في الصنائع، أو في الأشياء المباحة (55)، ومن ذلك شركة الأطباء، سئل الإمام مالك، رحمه الله تعالى: (هَلْ تَجُوزُ شَرِكَةُ الْأَطِبَّاءِ، يَشْتَرِكُ رَجُلَانِ عَلَى أَنْ يَعْمَلَا فِي مَوْضِعٍ وَاحِدٍ، يُعَالِجَانِ وَيَعْمَلَانِ، فَمَا رَزَقَ اللَّهُ فَبَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ؟ قَالَ: سَأَلْتُ مَالِكًا عَنْ الْمُعَلِّمِينَ يَشْتَرِكَانِ فِي تَعْلِيمِ الصَّبِيِّانِ، عَلَى أَنْ مَا رَزَقَ اللَّهُ فَبَيْنَهُمَا نِصْفَانِ؟ قَالَ: إِنْ كَانَا فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ، فَلَا بَأْسَ بِهِ. قَالَ: وَإِنْ تَفَرَّقَا فِي مَجْلِسِهِمَا، فَلَا خَيْرَ فِي ذَلِكَ. قَالَ: وَكَذَلِكَ الْأَطِبَّاءُ عِنْدِي، إِذَا كَانَ مَا يَشْتَرِكَانِيهِ مِنَ الْأَدْوِيَةِ، إِنْ كَانَ لَهُ رَأْسٌ مَالٍ يَكُونُ بَيْنَهُمَا جَمِيعًا بِالسُّوِيَةِ) (56).

ومن هذا النص السابق، يتبين أن المالكية يشترطون لصحة شركة الأعمال (الأطباء)، توافر الشروط التالية:

الشرط الأول: اتحاد مكان عمل الشريكين، كأن يكونا في دكان واحدة، أو مكان واحد يجتمعون على العمل فيه، ولا يفترون عنه. فإذا اختلف المكان، لم تجز الشركة، لاحتمال أن تروج الصنعة في أحد المكانين دون الآخر، فيؤدي ذلك إلى أكل أحدهما مال الآخر بالباطل، حين يعمل أحدهما ولا يعمل الآخر (57).

53 انظر: الكاساني: بدائع الصنائع - كتاب الشركة - ج6 ص 63، السرخسي: المبسوط - مرجع سابق - كتاب الشركة - باب الشركة القابضة - ج11 ص 216.

54 انظر: د/ عصام خرخاش: أحكام العقد الطبي والآثار المترتبة عنه - مرجع سابق - ص 87.

55 ولذا مثل المالكية لشركة الأبدان بشركة الصيادين في الصيد، والخفارين في البَحْبُحِ عَنْ الْمَعَادِنِ، كشركات النقط القائمة الآن. راجع: الموسوعة الفقهية الكويتية: رجع سابق - ج26 ص 44.

56 انظر: الإمام مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبجي: المدونة برواية سحنون - الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى عام 1415هـ/1994م - كتاب الشركة - في شركة الأطباء والمُعَلِّمِينَ - ج3 ص 599.

57 وقد ذكر هذا الشرط صراحة في المدونة، عندما سئل الإمام، رحمه الله تعالى: (هَلْ تَجُوزُ شَرِكَةُ الْأَطِبَّاءِ، يَشْتَرِكُ رَجُلَانِ عَلَى أَنْ يَعْمَلَا فِي مَوْضِعٍ وَاحِدٍ، يُعَالِجَانِ وَيَعْمَلَانِ، فَمَا رَزَقَ اللَّهُ فَبَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ؟ .. قَالَ: إِنْ كَانَا فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ، فَلَا بَأْسَ بِهِ. قَالَ: وَإِنْ تَفَرَّقَا فِي مَجْلِسِهِمَا، فَلَا خَيْرَ فِي ذَلِكَ. انظر: الإمام مالك: المدونة برواية سحنون - كتاب الشركة - في شركة الأطباء والمُعَلِّمِينَ - ج3 ص 599.

وجاء في غير المدونة، عند المالكية، عدم اتحاد مكان العمل، والاكتفاء بحصول التعاون بينهما على العمل، سواء كانا في محل أو محلين كان يشتركان في صيد اللؤلؤ، هذا يُسَبِّكُ بالحبيل، وهذا يغوص في البحر، لأنه يحصل هذا التعاون ينتقي الغرر، وأكل مال الغير بالباطل. انظر: محمد بن عبد الله الخرشى: شرح مختصر خليل - باب في الشركة وأقسامها وأحكامها - ج6 ص 51. هذا، وقد حاول

التكليف القانوني للعلاقة العقدية بين الطبيب والمريض

الشرط الثاني : اتحاد الصنعة، فتجوز بين محترفي صناعة واحدة، كاشتراط خياطين، وحدادين، ونجارين، وجراحين، ومعلمين فيما بينهم⁽⁵⁸⁾. ولا تجوز بين مختلفي الصنائع، إلا إذا تلازم الصنعتين، أي توقف صنعة أحدهما على الآخر، كأن يشترك نساخ وغزال، أو طباع ومصفف، لأن عمل النساخ يتوقف على عمل الغزال، وعمل الطباع يتوقف على مصفف الحروف. فإن اختلفت الصنعتين، ولم يتلازما، وأمكن عمل أحدهما من غير احتياج لعمل الآخر، فلا تجوز الشركة حينئذ للغرر، لأنه قد تروج صنعة أحدهما دون صنعة الآخر، فيأخذ أحدهما غلة الآخر باطلاً، كأن يشترك حداد وخياط، أو كحال وجرائجي، وطببيين مختلفي التخصص⁽⁵⁹⁾.

هذا، وتُلَفِّتُ النَّظَرُ، إلى أنه نظراً لكثرة التخصصات الطبية في العصر الراهن وتكاملها، وتوقف عمل أحدهما على عمل الآخر، حتى ولو اختلف مكان عمل كل منهما، مادام أن كلا من الشريكين له حق العمل في أي من المكانين، كالتحاليل الطبية، والأشعة، والتخدير.. وبالتالي، فإنني لا أميل - متفقاً في ذلك مع البعض - إلى تضيق الملكية باشتراطهم اتحاد المكان والصنعة، إلا إذا فسرنا مقصودهم من اتحاد الصنعة، اتحاد جنسها، لا اتحاد نوعها، أي جنس الصنعة الطبية باختلاف اختصاصاتها⁽⁶⁰⁾.

متأخرو الملكية التوفيق بين هذين الرأيين، فقالوا: بأن المراد بذلك، أن تجوز يد كل منهما بالعمل في المكانين. وللمزيد حول هذه المسألة يُنظر في: محمد بن عبد الله الخرسى: المرجع السابق - بَابُ فِي الشَّرْكََةِ وَأَقْسَامِهَا وَأَحْكَامِهَا - ج6 ص 51-52، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري: شرح الزرقاني على مختصر خليل، ومعه: الفتح الرياني فيما ذهل عنه الزرقاني - ضبطه وصححه وخرج آياته: عبد السلام محمد أمين - الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى عام 1422هـ/2002م - بَابُ الشَّرْكََةِ - ج6 ص 98 - 99، الشيخ/ علي الخفيف: الشركات في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص 131، محمد تاويل: الشركات وأحكامها في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص 491 - 492، د/ عبد العزيز الخياط: الشركات في الشريعة الإسلامية - الناشر: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - الطبعة الثانية عام 1403هـ/1983م - الجزء الثاني - ص 44.

58 وقد نُصَّ المالكية في كُتُبِهِمْ في شركة التطبيب على هذا الشرط صراحة، بقولهم: وَمَثَلُ لَشْرِكَةِ الْعَمَلِ بِقَوْلِهِ كَطَبِيبَيْنِ اتَّخَذَ طَبِئُهُمَا كَكَّالَيْنِ. انظر: الشيخ/ أحمد الدردير: الشرح الكبير على مختصر خليل - الناشر: دار الفكر - بيروت - لبنان - الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ - بَابُ فِي بَيَانِ الشَّرْكََةِ وَأَحْكَامِهَا وَأَقْسَامِهَا - ج3 ص 361. وَأَمَّا لَوْ اِخْتَلَفَ طَبِئُهُمَا كَكَّالٍ وَجَرَّاجِيٍّ لَمْ تَحْزَلْ لِلْغَرَرِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَرَوَّجَ صَنْعَةُ أَحَدِهِمَا دُونَ صَنْعَةِ الْآخَرِ. انظر: محمد بن عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - مرجع سابق - بَابُ فِي بَيَانِ الشَّرْكََةِ وَأَحْكَامِهَا - ج3 ص 361، محمد بن عlish المالكي: منح الجليل شرح مختصر خليل - بَابُ الشَّرْكََةِ - ج6 ص 289، الزرقاني: شرح الزرقاني على مختصر خليل - مرجع سابق - بَابُ الشَّرْكََةِ - ج6 ص 100.

59 انظر: المراجع السابقة: نفس الموضوع، الشيخ/ علي الخفيف: الشركات في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص 131، محمد تاويل: الشركات وأحكامها في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص 484، د/ عبد العزيز الخياط: الشركات في الشريعة الإسلامية - مرجع سابق - الجزء الثاني - ص 44.

60 انظر: عصام خرخاش: أحكام العقد الطبي وال آثار المترتبة عنه - مرجع سابق - ص 88.

الشرط الثالث: الاشتراك في الآلات، كطبيبين اشتركا في الدواء. قال ابن عرفة، وإن: (اشتركا في الدواء كانت شركة أموال لا أبدان والكلام فيها؛ لأننا نقول الشركة في الدواء تابع غير مقصود والمقصود الشركة في التطبيب) (61).

الشرط الرابع: أن يكون اقتسام الربح مناسباً لمقدار العمل المشترك على كل شريك، وليس الشرط في ذلك التساوي، بل يكفي التقارب عرفاً بين الربح والعمل من ناحية المقدار (62).

ح) رأي الحنابلة: أجاز الحنابلة شركة الأعمال مطلقاً، سواء أكانت في حيازة الأشياء المباحة أم في الصنائع، وسواء اتحدت الأعمال أو اختلفت، تلازمت أو تباينت، فأجازوا الشركة بين النجار والطبيب، وبين المهندس والحمال، وبين الحداد والخياط، مثلاً، لاشتراكهما في مكسب مباح، فصَحَّ. قال ابن قدامة: (وتصح شركة الأبدان مع اتفاق الصنائع، فأما مع اختلافها، فقال أبو الخطاب: لا تصح.. وقال القاضي: تصح الشركة؛ لأنهما اشتركا في مكسب مباح، فصَحَّ، كما لو اتفقت الصنائع، ولأن الصنائع الموثقة قد يكون أحد الرجلين أخذ في الآخر، فربما يتقبل أحدهما ما لا يمكن الآخر عمله، ولم يمنع ذلك صحتها، فكذلك إذا اختلفت الصنائع) (63).

هذه هي شركة الأعمال، وهذا مجمل رأى الفقهاء المسلمين فيها، وهي شركة جائزة، كما ذهبنا في ذلك مع المجيزين. ولكننا نختار ما ذهب إليه فقهاء الحنابلة، من إجازة شركة الأعمال مطلقاً دون قيد، لأن الأصل في المعاملات الحل والإباحة، ولحاجة الناس إليها في حياتهم وأعمالهم، وصلة الناس قائمة على التعاون، وكثيراً ما يقتضي التعاون الاشتراك في الأعمال، وهو أمر نشأ مع ترقى الإنسان في حياته وتطوره في معيشته. وعليه، فلو اشترك مهندسان، أو طبيبان، أو حدادان، أو خياطان، أو أكثر من

61 انظر: محمد بن عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - مرجع سابق - باب في بيان الشركة وأحكامها - ج 3 ص 361.
62 راجع: أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي، الشهير بالصاوي المالكي: بلغة السالك لأقرب المسالك، المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير - الناشر: دار المعارف - القاهرة - مصر - الطبعة: بدون طبع وبدون تاريخ - باب في بيان الشركة وأحكامها وأقسامها - شركة الأبدان - ج 3 ص 476، الزرقاني: شرح الزرقاني على مختصر خليل - باب الشركة - ج 6 ص 100، الشيخ/ علي الخفيف: الشركات في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص 131، محمد تاويل: الشركات وأحكامها في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص 488 - 489.
63 انظر: ابن قدامة: المغني - مرجع سابق - كتاب الشركة - مسألة شركة الأبدان - ج 5 ص 5 - 6، البيهقي: كشف القناع - مرجع سابق - كتاب الشركة - فصل شركة الأبدان - ج 3 ص 527. وجاء في الشرح الكبير: والربح في شركة الأبدان على ما اتفقوا عليه، من مساواة أو تفاضل؛ لأن العمل يستحق به الربح، وقد يتفاضلان في العمل، فجاز تفاضلهما في الربح الحاصل به. ولكل واحد منهما المطالبة بالأجرة، وللمستأجر دفعها إلى كل واحد منهما، وأيهما دفعها إليه برئ منها. انظر: شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي: الشرح الكبير على متن المقنع - تحقيق: د/ عبد الله بن عبد المحسن التركي، د/ عبد الفتاح محمد الحلو - الناشر: هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان - القاهرة - مصر - الطبعة الأولى عام 1415هـ/1995م - كتاب الشركة - ج 14 ص 163.

التكييف القانوني للعلاقة العقدية بين الطبيب والمريض

شريكين في تقبل الأعمال، جازت الشركة، ولو لم يُقدّم أحدهم أي جزء من المال، فرأس المال هو العمل، والضمان في الذمة (64).

رأينا الخاص في تكييف الشرعي للعقد الطبي

هذا، رغم وجاهة الأسباب الموجودة في الفقه الإسلامي، والتي تُكَيّف العقد الطبي على أنّه عقد إجارة أشخاص، إلا أننا نري ترجيح فكرة تكييف العقد الطبي بأنّه عقد غير مُسمّى، ذو طبيعة خاصة، لأنّ مثل هذا العقد يرتبط بتعدد حاجات الناس، وتطور المجتمعات، وتشابك المصالح، وكثرة التخصصات. وسوف نزيد الأمر تفصيلاً من خلال المبحث القادم.

المبحث الثاني: التكييف القانوني للعلاقة التعاقدية بين الطبيب والمريض

تمهيد وتقسيم :

على الرغم من قناعة غالبية فقهاء القانون بالطبيعة العقدية للعلاقة بين الطبيب والمريض، إلا أنّ الرأي لم يتوحد بشأن تكييف العقد الذي يربط الطبيب بمريضه. ففي حين يرى البعض الطبيب وكلياً عن مريضه، يقرب البعض العقد الذي يربط الطبيب بالمريض من عقد العمل، ويربط فريق آخر هذا العقد بعقد المقاولة، وهناك فريق يري فيه خصائص عقد الإذعان. وعلى خلاف ما سبق، يذهب اتجاه إلى إخراج هذا العقد من زمرة العقود المسماة في القانون، ويَعُدّه عقداً من نوع خاصٍ يخضع لقواعد خاصة، فيقول بأن العقد الطبي يُعدّ داخلياً في زمرة العقود غير المسماة.

وسوف نقوم، من خلال هذا المبحث، بشرح اتجاهات فقهاء القانون في هذا الشأن، على أن نخصص لكل اتجاه منها مطلباً مستقلاً. وبذلك، ينقسم هذا المبحث إلى المطالب الخمسة التالية :

المطلب الأول : العقد الطبي عقد وكالة.

المطلب الثاني : العقد الطبي عقد عمل.

المطلب الثالث : العقد الطبي عقد مقاولة.

المطلب الرابع : العقد الطبي عقد إذعان.

المطلب الخامس : العقد الطبي عقد غير مُسمّى.

64 انظر :د/ عبد العزيز الخياط : الشركات في الشريعة الإسلامية - مرجع سابق - الجزء الثاني - ص 45 - 46 .

المطلب الأول: العقد الطبي عقد الوكالة⁽⁶⁵⁾

أولاً : مضمون هذا الرأي :

ذهب بعض شراح القانون الفرنسي القديم، إلى اعتبار العقد الذي يُبرمه الطبيب مع مريضه، هو عقد وكالة⁽⁶⁶⁾. فالوكالة، هي أكثر اتساقاً مع الطبيعة الخاصة للعقد الطبي، حيث يلتزم الطبيب بمقتضاها بأداء العلاج لصالح المريض. وقد استند أصحاب هذا الرأي، إلى أن عمل الطبيب، تغلب عليه الصفة العقلية أو الذهنية. ومن ثم، فلا يُمكن اعتباره محلاً لعقد عمل (إجارة الأشخاص)، الذي تغلب فيه صفة الأعمال اليدوية⁽⁶⁷⁾. فضلاً عن قيام كل من العقدين - الوكالة والعمل الطبي - على الاعتبار الشخصي⁽⁶⁸⁾.

هذا، والقول بأن العقد الطبي عقد وكالة، ما هو إلا صدى لأفكار اجتماعية بالية، فقد بنى أصحاب هذا الرأي فكرتهم على اعتبار تاريخي، إذ كان القانون الروماني يُميز بين ثلاث طبقات اجتماعية، هي : طبقة المواطنين الرومان، وطبقة العتقاء، وطبقة العبيد.

65 عرفت المادة 699 من القانون المدني المصري الوكالة بقولها: الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمال قانوني لحساب الموكل. كما عرفتها المادة 924 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي بقولها: الوكالة عقد يُقيم الموكل بمقتضاه شخصاً آخر مقام نفسه، في تصرف جائز معلوم. وهي على ضربين: وكالة عامة، ووكالة خاصة. والوكالة العامة، هي ما كان الإيجاب فيها عاماً مطلقاً، كأن يقول: أنت وكيلي في كل شيء إلا ما كان معصية، فلا تصح الوكالة فيه. أما الوكالة الخاصة، فهي ما كان الإيجاب فيها خاصاً أو مقيداً بتصرف معين، كبيع أو إجارة أو نحو ذلك.

66 وجاء على رأس هؤلاء الشراح ، الفقيه الفرنسي بوتييه الذي يقول: مما لا شك فيه ، أن الخدمات التي يؤديها أصحاب المهن الحرة ، إنما تخضع في حقيقة الأمر لأحكام عقد الوكالة ، وليس لأحكام عقد إيجار الأشخاص ، ومن أمثلة هذه الخدمات ، تلك التي يؤديها لنا الأطباء. راجع :

Pothier, traite du contrat de mandat, TVL, p 96. مشاراً إليه في : د/ رايس محمد : المسؤولية المدنية

للأطباء في ضوء القانون الجزائري التطور التاريخي لمهنة الطب والمسؤولية المدنية - الناشر : دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع - الجزائر - الطبعة الأولى عام 2007م - ص 416 .

67 انظر : د/ حسن زكي الإبراهيمي : مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية - مرجع سابق - ص 92 - 93 ، حروزي عز الدين : المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن دراسة مقارنة - الناشر : دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع - الجزائر - الطبعة الأولى عام 2009م - ص 43 هامش رقم : 2 .

68 بمعنى أنه في حالة وفاة الطبيب تنقضي العلاقة الطبية ، كما ينقضي عقد الوكالة بوفاء كل من الوكيل والموكل ، وذلك باعتبار أن كل من شخصية الوكيل والموكل محل اعتبار في عقد الوكالة . راجع : د/ جمال عبد الرحمن محمد علي : عقد التحاليل الطبية دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي : الناشر : مطبعة العنوي - القاهرة - مصر - الطبعة الأولى عام 2007م - ص 39 ، د/ زينة غانم العبيدي : إرادة المريض في العقد الطبي - مرجع سابق - ص 67 - 68 ، لروى إكرام : إرادة المريض في العقد الطبي في التشريع الجزائري - مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص الأساسي - جامعة العقيد دراية - أدرار - عام 2013/2014م - ص 19 .

التكليف القانوني للعلاقة العقدية بين الطبيب والمريض

ويتمتع الرومان بالقوة والغنى، وكانت لهم رئاسة الجيش والوظائف العامة، والمهن الفكرية. وأما العتقاء، والعبيد، فيقتسمون فيما بينهم الأعمال اليدوية، فهم يعملون من أجل كسب رزق يومهم، بينما يعمل المواطنون من أجل الوصول إلى السلطة⁽⁶⁹⁾.

وقد أدى هذا التمييز الاجتماعي إلى وجود تدرج في الوظائف، فبعض الأفراد كانوا يُعتبرون من طبقة النبلاء والأشراف، وهذه الطبقة كانت محجوزة للمواطنين الرومان. أما البعض الآخر، فقد كانوا يعتبرون من الرعا، وأصحاب الحرف اليدوية الحقيمة، وهذه الأعمال كانت تُترك للعتقاء والعبيد. وكانت الأعمال اليدوية قابلة للتقويم بالمال، بحيث يحصل صاحبها على مالٍ في مقابل عمله. وعلى العكس من ذلك، فالمهن الحرة والشريفة، لم تكن قابلة للتقويم بالمال. فالعمل الفكري، والأعمال الحرة الكريمة والشريفة التي يقوم بها النبلاء، يُمكن أن يكون لها قيمة، ولكن لا يكون لها ثمنًا، ونظرًا لأن مهنة الطب قد أُدرجت في المهن الحرة الكريمة، التي تقوم على بذل المساعدة وتقديم الخدمات من غير مقابل، فقد أدى كل ذلك إلى عدم ظهور هذه المهنة ضمن أعمال عقد الإيجار، فهذا العقد الأخير لا يظهر إلا في الأعمال اليدوية التي يزاولها الخدم والأرقاء. وعلى هذا، فإن عقد الوكالة، كان العقد الأكثر ملاءمة مع الطبيعة القانونية للعقد الطبي، رفعًا لشأنه وشأن من يقوم به عن أن يكون أجيرًا، إذ لم تكن الوكالة في القانون الروماني قاصرة على الأعمال القانونية - كما هو الحال في القوانين الحديثة - بل كانت تمتد إلى الأعمال المادية⁽⁷⁰⁾.

وقد ترتب على هذا التكليف لعقود أصحاب المهن الحرة العقلية والذهنية، أنهم لم يكن من حقهم أن يتقاضوا أجرًا مُلزمًا عن عملهم، لأن الوكالة في القانون الروماني - كما قلنا - تبرعية، لا يجوز أن

69 راجع : د/ عبد الرشيد مأمون : عقد العلاج بين النظرية والتطبيق - الناشر : دار النهضة العربية - القاهرة - مصر - الطبعة الأولى عام 1406هـ/1986م - بند 80 ص 98 ، د/ قيس بن محمد آل الشيخ مبارك : العقد الطبي أحكام الإذن الطبي - سلسلة دراسات وأبحاث معاصرة - الناشر : دار الإيمان للدراسات والطباعة والنشر - الإمارات العربية المتحدة - سورية - دمشق - الطبعة الثالثة عام 1434هـ/2013م - المجلد الثاني - ص 100 .

70 راجع : د/ عبد الرشيد مأمون : عقد العلاج بين النظرية والتطبيق - مرجع سابق - بند 81 ص 98 - 99 ، د/ محمد لييب شنب : شرح أحكام عقد المقابلة - الناشر : منشأة المعارف - الإسكندرية - مصر - الطبعة الثانية عام 2008م - بند 29 ص 48 ، د/ حسني محمود عبد الدايم : شرح قانون المعاملات المدنية الإماراتي العقود المسماة عقد المقابلة دراسة فقهية في ضوء التطور القانوني ومعززة بالتطبيقات القضائية - الناشر : دار النهضة العربية - مصر - دار النهضة العلمية - الإمارات - الطبعة الأولى عام 2020م - بند 29 ص 82 وما بعدها .

يُشترط فيها الأجر. ومع ذلك، فقد تم التحايل على هذا الحكم بالتسليم للوكيل، بالحق في المطالبة بأجر عن عمله، عن طريق دعوى غير عادية، لا عن طريق دعوى الوكالة^(٧١).

٧١ انظر في ذلك : د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني - المجلد الأول - الجزء السابع - العقود الواردة على العمل المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة - الناشر : دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى عام ١٩٦٤م - بند ٥ ص ١٦ - ١٧ - هامش رقم : ٢ ، د/ شفيق شحاتة : القانون الروماني - الناشر : دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - مصر - طبعة عام ١٩٥٤م - بند ٢٠١ ص ١٦٦ ، د/ أحمد هندي : الوكالة بالخصوص - الناشر : دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية - مصر - الطبعة الأولى عام ٢٠٠٦م - ص ١٥ ، د/ أحمد حسن عباس الحياوي : المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري - الناشر : دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - الأردن - الطبعة الأولى عام ٢٠٠٥م - ص ٦٥ .

ثانياً : نقد هذا الرأي (72) :

والحق، أن هذه التفرقة، والقول بتكييف عقد العلاج الطبي بأنه وكالة، بناء على هذا التصور، تفرقة وتكييف جانبهما الصواب من نواحٍ متعددة :

أولها : أن التفرقة بين الأعمال اليدوية والأعمال العقلية، تفرقة منتقدة من أساسها، لأنها تفرقة مبنية على تفاوت المهن، وهي طبقية لا مبرر لها، فهذه الأمور لم تعد موجودة الآن، فالحياة في وقتنا الحاضر تقوم على أساس المساواة، فالمواطنون جميعاً متساوون، والعمل، أيّاً كان نوعه، أمر محترم وشريف، وسواء كان ذلك العمل يدوياً أو عقلياً، فهو شرف لصاحبه.

وثانيها : أنه لا يوجد عمل لا يكون للعقل دور فيه، يقول أحد الفقهاء : (إذا كان دور العقل في بعض الأعمال يبدو ضئيلاً، فذلك لا يعيب هذه الأعمال، ولا يحط من قدرها في نظر القانون. فالقانون، لا يعترف بوجود درجات للعقود، يكون بعضها أرفع من بعض) (73).

وثالثها : أن الأصل في الوكالة أنها مجانية، على حد قول الأستاذ (سافاتييه)، ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك. أي أن الوكيل يؤدي عمله دون مقابل، وهو خلاف الحال في العقد الطبي، حيث إن الأصل فيه المعاوضة (74).

ورابعها : إن فكرة الوكالة في القوانين الحديثة تقوم على خصيصتين جوهريتين : **الأولى :** أن محل الوكالة القيام بعمل قانوني. **والثانية :** أن الوكيل ينوب عن الأصيل في إجراء هذا العمل القانوني، فيبرمه باسم هذا الأصيل، ولحسابه. ولا تتوافر واحدة من هاتين الخصيصتين في عقد العلاج الطبي. فالنزاع الطبيب محله العلاج، والعلاج ليس عملاً قانونياً، بل عمل مادي، ولا ينفى ماديته أن يكون عملاً عقلياً.

72 راجع في ذلك : د/ حسن زكي الإبراهيمي : مسئولية الأطباء والجراحين المدنية - مرجع سابق - ص 93 ، د/ محمد لبيب شنب : شرح أحكام عقد المعاولة - مرجع سابق - بند 29 ص 48 - 49 ، د/ عبد الرشيد مأمون : عقد العلاج بين النظرية والتطبيق - بند 83 ص 101 وما بعدها ، د/ محمد السعيد رشدي : عقد العلاج الطبي دراسة تحليلية وتأصيلية لطبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض - الناشر : مكتبة سيد عبد الله وهبة - القاهرة - مصر - ص 52 وما بعدها ، د/ عبد الرضاى محمد هاشم عبد الله : المسئولية المدنية للأطباء في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة القاهرة - مصر - عام 1414هـ/1994م - ص 57 ، د/ محمد حاتم صلاح الدين عامر : المسئولية المدنية عن الأجهزة الطبية دراسة مقارنة في كل من مصر وفرنسا - رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة عين شمس - عام 1416هـ/1996م - ص 56 .

73 انظر : د/ محمد لبيب شنب : شرح أحكام عقد المعاولة - مرجع سابق - بند 29 ص 48 .

74 راجع : د/ عبد الرشيد مأمون : عقد العلاج بين النظرية والتطبيق - مرجع سابق - بند 83 ص 103 ، د/ محمد السعيد رشدي : عقد العلاج الطبي - مرجع سابق - ص 53 .

التكييف القانوني للعلاقة العقدية بين الطبيب والمريض

والطبيب إذ يقوم بعمله، لا يفعل ذلك باسم المريض، بل باسمه الشخصي، فلا نيابة في عمل الطبيب. ولذلك، فالعقد الطبي لا يُمكن أن يكون عقد وكالة، ولا يُمكن أن يعتبر الطبيب وكيلاً عن المريض (75).
وخامسها : الوكيل مُلزم أن يُقدِّم للموكل كافة المعلومات الضرورية، عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة، ويُقدِّم حساباً عنها، بينما الطبيب غير مُلزم بأن يُزود المريض بكافة الأعمال المتعلقة بتنفيذ عمله (76).
وسادسها : الطبيب في أدائه لعمله، ليس عليه رقيب سوى ضميره، وشرفه المهني. أما الوكيل، فعليه رقيب، وهو الموكل (77).

75 انظر : د/ محمد لبيب شنب : شرح أحكام عقد المعاولة - مرجع سابق - بند 29 ص 48 - 49 ، د/ محمد عادل عبد الرحمن : المسؤولية المدنية للأطباء - رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة عين شمس - عام 1985م - ص 51 ، د/ نبيلة إسماعيل رسلان ، د/ إبراهيم عبد العزيز داود ، د/ رمزي رشاد الشيخ : دروس في عقد المعاولة - طبعة عام 2009 - 2010م - الناشر : بدون دار نشر - بند 16 ص 28 ، د/ أحمد محمود سعد : مسئولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه دراسة تحليلية لآراء الفقهاء والقضاء المصريين والفرنسيين - الناشر : دار النهضة العربية - القاهرة - مصر - الطبعة الأولى عام 2007م - ص 222 .
76 وقد نصت على هذا الالتزام الملقى على عاتق الوكيل المادة 705 من القانون المدني المصري ، والمادة 948 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي . وقد يُجاب على هذا النقد بأن : الطبيب عليه التزام بتبصير المريض بالإجراء الطبي ومخاطره ومضاعفاته ، وعليه التزام بالحصول على رضا المريض وموافقة قبل اتخاذ الإجراء الطبي ، وعليه التزام بإعلام المريض بتبعات المرض على حياته الصحية والمهنية .. وبالتالي ، فإن الطبيب مُلزم ، كالوكيل ، بأن يُقدِّم كافة المعلومات الضرورية للإجراء الطبي المزمع عليه . ومن ثم فالوكالة ، هي أكثر اتساقاً مع الطبيعة الخاصة للعقد الطبي .
77 انظر : طلال عجاج : المسؤولية المدنية للطبيب دراسة فقهية قضائية مقارنة - الناشر : المؤسسة الحديثة للكتاب - طرابلس - لبنان - الطبعة الأولى عام 2004م - ص 264 ، د/ جلال خضرم عبد الله : النظام القانوني للمسؤولية العقدية للطبيب الجراح تجاه المريض - الناشر : دار المعتمد للنشر والتوزيع - عمان - الأردن - الطبعة الأولى عام 1438هـ/2017م - ص 32 .

المطلب الثاني: العقد الطبي عقد عمل

أولاً : مضمون هذا الرأي (78) :

أدت الانتقادات التي وجهت إلى أصحاب نظرية اعتبار العقد الطبي عقد وكالة، إلى ظهور نظرية أخرى، ذهب أنصارها إلى تكليف العقد الطبي على أنه عقد عمل (79)، أو عقد إجازة أشخاص (80). وذلك استناداً إلى أن الطبيب، بموجب العقد الطبي، يلتزم بأداء عمل، هو العناية بالمريض وعلاجه، مقابل التزام المريض بدفع الأجرة أو أتعاب الطبيب، فيشترك كل من العقدين (العقد الطبي، وعقد العمل) في عنصرين أساسيين، هما : العمل، والأجرة. هذا الاشتراك، هو الذي أدّى إلى اعتبار العقد الطبي عقد عمل (81).

ثانياً : نقد هذا الرأي :

وعلى الرغم من وجهة هذا الرأي، إلا أن القول بوجود عقد عمل، يتطلب ضرورة توافر خصيصة أساسية مميزة لعقد العمل - فضلاً عن توافر الأجر - وهي وجود رابطة التبعية بين العامل وصاحب العمل، أي خضوع العامل لإدارة وإشراف صاحب العمل، فهل تتوافر مثل هذه التبعية بين الطبيب والمريض، حتى يُمكن اعتبار العقد بينهما عقد عمل ؟.

وللإجابة على هذا التساؤل، نقول : إنه ينبغي التفرقة بين فرضين :

الفرض الأول : وهو يمثل القاعدة. فالقاعدة، أن أصحاب المهن الحرة، ومنهم الطبيب، يتمتعون في ممارسة المهنة باستقلال تام، فلا يتلقى الطبيب أثناء أداء مهامه من المريض أي أوامر، أو توجيهات، أو

78 راجع في عرض هذا الرأي : د/ حسن زكي الإبراشي : مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية - مرجع سابق - ص 94 ، د/ محمد لبيب شنب : شرح أحكام عقد المعاولة - مرجع سابق - بند 30 ص 49 ، د/ عبد الرشيد مأمون : عقد العلاج بين النظرية والتطبيق - مرجع سابق - بند 85 ص 107 ، د/ إبراهيم أحمد محمد الرواشدة : المسؤولية المدنية لطبيب التخدير دراسة مقارنة - الناشر : دار الكتب القانونية - القاهرة - مصر - الطبعة الأولى عام 2010م - ص 165 .

79 وعقد العمل ، كما عرفته المادة 674 من القانون المدني المصري ، هو : العقد الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الآخر ، وتحت إدارته أو إشرافه ، مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر . كما عرفته المادة 897 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، بقولها : عقد العمل عقد يلتزم أحد طرفيه بأن يقوم بعمل لمصلحة الآخر ، تحت إشرافه أو إدارته ، لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر . 80 ومن الذين تبينوا هذا التكليف في الفقه المصري الفقيه الكبير الأستاذ الدكتور محمد علي عرفة . انظر : شرح القانون المدني الجديد في التأمين والوكالة والصلح والوديعة والحراسة : الناشر : مطبعة جامعة فؤاد الأول جامعة القاهرة الآن - الطبعة الأولى عام 1368هـ/1948م - ص 277 .

81 انظر : د/ أحمد حسن عباس الحياوي : المسؤولية المدنية للطبيب - مرجع سابق - ص 66 ، د/ أحمد محمود سعد : مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه - مرجع سابق - ص 222 ، د/ عبد اللطيف الحسيني : المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية الطبيب ، المهندس المعماري ، المقاول ، المحامي - الناشر : الشركة العالمية للكتاب - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى عام 1987م - ص 101 .

التكليف القانوني للعلاقة العقدية بين الطبيب والمريض

تعليمات. بل بالعكس الطبيب هو الذي يُصدر التعليمات في مرحلة العلاج الذي يتلقاه المريض. وعليه، فلا يتصور وجود الطبيب في مركز التبعية في علاقته بالمريض. ولكن يُلاحظ، أن هذا هو وضع الطبيب الذي يعمل في عيادته الخاصة، أو مستشفى الخاص، فهو يؤدي عمله على وجه الاستقلال التام، سواء من الناحية الفنية، أو من الناحية الإدارية والتنظيمية. ومن ثم، فلا نكون بصدد عقد عمل في هذا الفرض⁽⁸²⁾.

الفرض الثاني : وهو يمثل الاستثناء. **فلاستثناء**، هو توافر رابطة التبعية بين الطبيب والمريض. ويتحقق ذلك، إذا عمل شخص كطبيب خاص لأحد الأثرياء المرضى، والتزم بموجب ذلك بأن يُقيم معه في منزله. ففي هذا الفرض، تتحقق تبعية الطبيب للمريض. فالمريض، وإن لم يكن له إصدار أوامر أو توجيهات للطبيب بشأن العلاج الطبي، فقد خول العقد له سلطة تحديد مكان إقامة الطبيب، والساعات التي يُقدم له فيها خدماته. وبذلك، توافرت رابطة التبعية التنظيمية، وهي كافية لاعتبار العقد عملاً، وإن لم تتوافر التبعية الفنية⁽⁸³⁾.

82 انظر : د/ حسن زكي الإبراشي : مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية - مرجع سابق - ص 95 ، د/ نبيلة إسماعيل رسلان ، وآخرون : دروس في عقد المعاولة - بند 16 ص 27 ، د/ عبد الراضي محمد هاشم عبد الله : المسؤولية المدنية للأطباء - ص 61 .
83 راجع: د/محمد ليبب شنب : شرح أحكام عقد المعاولة - بند 30 ص 49 . وقد أخذت محكمة استئناف ديوجون الفرنسية بهذا التكليف، وقضت بأن المستشفى قد يكون مسؤولاً عن نشاط الطبيب الذي يعمل على رأسه. والحكم مبني على المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي، والذي وصفت العلاقات بين المستشفى والطبيب بأنها علاقة متبوع بتابع، الأمر الذي يُمكن أن نفترض معه أن المحكمة أقرت بوجود عقد عمل بينهما. راجع هذا الحكم في: د/ حسن زكي الإبراشي: مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية - ص 96. كما أخذت المحاكم المصرية بهذا التكليف، واعتبرت الطبيب الذي تستخدمه المؤسسة بعقد لعلاج العمال لديها، إنما يخضع لأحكام عقد العمل الفردي، حيث قضت محكمة استئناف الإسكندرية في حكم لها صادر بتاريخ 10 ديسمبر عام 1956 بأن: علاقة المطعون ضده - وهو الطبيب - بالشركة الطاعة، في المهام التي استخدمته فيها تحت إدارتها، مقابل الأجر الذي كانت تدفعه إليه شهرياً، ينطبق عليها قانون العمل الفردي. انظر هذا الحكم في: د/ عبد السلام التونسي : المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية والقانون السوري والمصري والفرنسي - الناشر : دار المعارف - لبنان - الطبعة الأولى عام 1967م - ص 90 - 91 ، د/ محمد ربيع فتح الباب : الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية لجراح التجميل - الناشر : دار النهضة العربية - القاهرة - مصر - الطبعة الأولى عام 2016م - ص 90 .
هذا، ويُلاحظ، أن رابطة التبعية تتوافر كذلك، ويكون العقد الطبي عقد عمل، إذا ارتبط الطبيب بمستشفى خاص، أو عيادة خاصة واضعاً نفسه تحت تصرف وتوجيه المستشفى الذي تعاقده معه. وكذا مَنْ يعمل لحساب شركة أو مصنع. في كل هذه الأمثلة، قد توافرت رابطة التبعية التنظيمية والإدارية، وهي كافية - كما قلنا - لاعتبار العقد عملاً. كما قد تتوافر، في بعض الأحيان، رابطة التبعية الفنية، متى كان الطبيب يخضع في عمله لإشراف فني من طبيب قديم. ففي هذه الحالة، يُشرف الطبيب القديم على عمل الطبيب الآخر إشرافاً فنياً، فيوجهه في أصول ودقائق مهنة الطب، ويراقب تنفيذ العمل المطلوب منه. راجع : د/ السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني - ج 7 بند 5 ص 18 - هامش رقم : 1 ، د/ السيد محمد السيد عمران : شرح قانون العمل المصري الجديد- الناشر : دار النهضة العربية - القاهرة - مصر - الطبعة الأولى عام 1991/1411هـ - بند 44 ص 62 ، د/ عبد الناصر توفيق العطار : شرح أحكام قانون العمل - الناشر : مؤسسة البستاني للطباعة - القاهرة - مصر - الطبعة الأولى عام 1984م - ص 204 ، د/ عبد الودود يحيى : شرح قانون العمل - الناشر : دار النهضة العربية - القاهرة - مصر - الطبعة الثالثة عام 1989م - بند 62 ص 111 ، د/ أسعد عبيد الجميلي : الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية دراسة مقارنة - الناشر : دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - الأردن - الطبعة الأولى عام 2019م - ص 109 .

وعليه، فإذا لم تتحقق رابطة التبعية، ولا حتى في صورتها التنظيمية والإدارية، فإن العقد الطبي لا يُمكن اعتباره عقد عمل.

المطلب الثالث: العقد الطبي عقد مقاوله

أولاً: مضمون هذا الرأي :

ذهب الرأي الغالب في الفقه⁽⁸⁴⁾، إلى القول بتكييف العلاقة بين الطبيب والمريض على أنها عقد مقاوله⁽⁸⁵⁾، أو عقد استصناع⁽⁸⁶⁾. وذلك استناداً إلى أنّ هذه العلاقة، تتوافر فيها جميع مقومات عقد المقاوله. فالطبيب، يلتزم بالقيام بعمل معين، هو العلاج. والمريض يلتزم بأن يدفع مقابل لهذا العلاج أجراً، أو أتعاباً. والطبيب في علاقته بمرريضه يُمارس عمله مستقلاً، دون أن يخضع لرقابة أو توجيه من جانب المريض، لا من الناحية الفنية، ولا من الناحية التنظيمية والإدارية. بالإضافة إلى أن الطبيب مستقل، في غالب الأحوال، باختيار معاونيه الذين يعملون تحت إمرته وإدارته⁽⁸⁷⁾.

84 راجع في ذلك : د/ السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني - مرجع سابق - ج 7 بند 5 ص 20 ، د/ محمد لبيب شنب : شرح أحكام عقد المقاوله - مرجع سابق - بند 34 ص 56 - 57 ، د/ محمد كامل مرسى باشا : شرح القانون المدني الجديد العقود المسماة عقد العمل ، وعقد المقاوله ، والتزام المرافق العامة متضمناً أحكام قانون العمل رقم 12 لسنة 2003 - تنقيح المستشار/ محمد علي سكيكر ، والمستشار/ معتر كامل مرسى- الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية - مصر - الطبعة الأولى عام 2005م - ج 4 بند 251 ص 200 - 201 ، د/ أكثم أمين الخولي : دروس في قانون العمل - الناشر : مطبعة نهضة مصر - القاهرة - مصر - الطبعة الأولى عام 1957م - بند 88 ص 140 ، 419 .

85 وعقد المقاوله ، كما عرفته المادة 646 من القانون المدني المصري ، هو : عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً ، أو أن يؤدي عملاً ، لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر . كما عرفته المادة 872 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، بقولها : المقاوله عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه ، بأن يصنع شيئاً ، أو يؤدي عملاً ، لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر .

86 الإستهناغ في اللغة : مَصْنَعُ اسْتَهْنَعُ الشَّيْءَ ، أَي : طَلَبْتُ صُنْعَهُ ، أَوْ دَعَا إِلَى صُنْعِهِ ، وَيُقَالُ : اسْتَهْنَعْتُ فَلَانً بَابًا ، إِذَا سَأَلَ رَجُلًا أَنْ يَصْنَعَ لَهُ بَابًا ، كَمَا يُقَالُ : اكْتَتَبَ ، أَي : أَمَرَ أَنْ يَكْتُبَ لَهُ . وفي الإصطلاح ، هُوَ : عَلَى عَقْدٍ عَلَى مَبِيعٍ فِي الشُّمَةِ شَرْطُ فِيهِ الْعَمَلُ ، أَوْ هُوَ : بَيْعٌ سِلْعَةٍ لَيْسَتْ عِذَّةً عَلَى غَيْرِ وَجْهِ السَّلَمِ . فَمَثَلُهُ : إِذَا قَالَ شَخْصٌ لِآخَرَ مِنْ أَهْلِ الصَّنَاعَةِ : اصْنَعْ لِي الشَّيْءَ الْفُلَانِي بِكَذَا دَرْهَمًا ، وَقِيلَ الصَّانِعُ ذَلِكَ ، انْعَقَدَ اسْتِهْنَاعًا ، وَهَذَا عِنْدَ الْحَنَفِيَّةِ وَالشَّافِعِيَّةِ وَالْحَنَابِلَةِ . أَمَّا الْمَالِكِيَّةُ وَالشَّافِعِيَّةُ ، فَقَدْ أَحَقَّقُوا بِالسَّلَمِ ، فَيُؤْخَذُ تَعْرِيفُهُ وَأَحْكَامُهُ مِنَ السَّلَمِ ، عِنْدَ الْكَلَامِ عَنِ السَّلَفِ فِي الشَّيْءِ الْمُسْلَمِ لِلْغَيْرِ مِنَ الصَّنَاعَاتِ . راجع : الكاساني: بدائع الصنائع - ج 5 ص 2 ، الحطاب الرُّعَيْنِي: مواهب الجليل - ج 4 ص 514 ، وص 535 ، الإمام الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان : الأم - الناشر : دار المعرفة - بيروت - لبنان - الطبعة الثانية عام 1410هـ/1990م - ج 3 ص 120 وما بعدها ، اليهودي : كشاف القناع - ج 3 ص 288 وما بعدها ، الموسوعة الفقهية الكويتية - ج 3 ص 325 - 326 .

87 انظر : د/ محمد السعيد رشدي : عقد العلاج الطبي - مرجع سابق - ص 68 ، د/ محمد لبيب شنب : شرح أحكام عقد المقاوله - مرجع سابق - بند 30 ص 50 ، بوليل أعراب : الطبيعة القانونية للعقد الطبي - مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص : عقود ومسؤولية - مُقَدِّمَةٌ إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة أكلي محند اولحاج - البويرة - الجزائر - عام 2013م - ص 33 - 34 . وقد اعتنق هذا الرأي من الفقه المصري ، الفقيه الكبير العلامة السنهوري ، والدكتور محمد لبيب شنب ، والدكتور أكثم أمين الخولي ، والدكتور محمد السعيد رشدي ، ومن الفقه الأجنبي ، الفقيه جواسران ، الذي قرر أنه : لا يوجد أدنى شك ، أن ما يُوجد بين المريض والطبيب هو عقد مقاوله ، وهو ما ذهب إليه أيضاً الفقهاء : برتون ، و جوسران ، ويسرف ، وبيدان ، وبلاتيل ، وريبير ، ورواست ، وبودري ، وقال ، ودي باج ، وكولان ، وكابيتان . وهو ما أخذ به قانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة 624 . راجع : د/ السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني - مرجع سابق - ج 7 بند 5 ص 20 - هامش رقم : 2 ، د/ محمد لبيب شنب : شرح أحكام عقد المقاوله - مرجع سابق - بند 32 وما بعده ص 52

التكييف القانوني للعلاقة العقدية بين الطبيب والمريض

ثانياً : نقد هذا الرأي :

ورغم تسليم غالبية الفقهاء بذلك، إلا أن البعض منهم يري أن العقد الطبي يتوافر فيها مقومات أو خصائص أخرى، من شأنها أن تنفي عنه وصف المقاولة، نظراً لتعارضها مع أحكامها. ومن أهم هذه الخصائص ما يأتي (88) :

(1) العقد الطبي، يقوم على أساس الثقة التي يشعر بها المريض نحو الطبيب، الذي يلجأ إليه، هذه الثقة التي يُبررها التجاء المريض إلى طبيب معين بقصد العلاج. لذلك، كان العقد الطبي أبرز مثال للعقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي. وعليه، فإذا مات الطبيب، انتهى العقد الطبي. أما موت المقاول، في كثير من عقود المقاولة الأخرى، فإنه لا يُنهي المقاولة (89).

(2) الالتزام الذي يُبرمه الطبيب مع المريض، هو التزام ببذل عناية معينة في العلاج، وليس التزاماً بتحقيق غاية من العلاج، وهي الشفاء. أما المقاول، فيلتزم - في أغلب عقود المقاولة - بتحقيق غاية، لا ببذل عناية، كتنشيد البناء، ووضع التصميم، وعمل المقايسة، أو إصلاح آلة، ونحو ذلك (90).

(3) العقد الطبي غير لازم لا من جهة المريض، ولا من جهة الطبيب (91). فيستطيع كل من طرفيه إنهاءه بإرادته المنفردة، دون أن يلتزم بتعويض الطرف الآخر. أما عقد المقاولة، فهو عقد لازم، لا يستطيع

58 - د/ أكرم أمين الخولي : دروس في قانون العمل - مرجع سابق - بند 88 ص 140 ، د/ محمد السعيد رشدي : عقد العلاج الطبي - مرجع سابق - ص 73 وما بعدها ، بوليل أعراب : الطبيعة القانونية للعقد الطبي - ص 34 .
88 راجع : د/ السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني - مرجع سابق - ج 7 بند 5 ص 18 ، د/ محمد لبيب شنب : شرح أحكام عقد المقاولة - مرجع سابق - بند 31 ص 50 ، د/ خالد حمدي عبد الرحمن : العقد الطبي ومشكلات مشروعية المحل - مرجع سابق - بند 9 ص 20 وما بعدها ، د/ محمد السعيد رشدي : عقد العلاج الطبي - مرجع سابق - ص 68 - 73 ، د/ عبد الرضا محمد هاشم عبد الله : المسؤولية المدنية للأطباء - مرجع سابق - ص 64 ، د/ عبد الرشيد مأمون : عقد العلاج بين النظرية والتطبيق - مرجع سابق - بند 97 ص 113 - 115 ، د/ شمس الدين عفيف : المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة - الناشر : المؤسسة الحديثة للكتاب - بيروت - الطبعة الأولى عام 2004م - ص 90 .

89 راجع : المادة 697 من القانون المدني المصري ، والمادة 921 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي .
90 انظر : د/ عبد الرشيد مأمون : عقد العلاج بين النظرية والتطبيق - مرجع سابق - بند 97 ص 113 - 114 . وتطبيقاً لذلك ، قضت محكمة تمييز دبي بأن : مسئولية الطبيب ، أو الجراح - وعلى ما قرره هذه المحكمة - لا تقوم في الأصل على التزام بتحقيق نتيجة معينة، هي شفاء المريض ، أو نجاح العملية التي يجريها له، وإنما على التزامه ببذل العناية الصادقة في سبيل شفائه، وواجب الطبيب في بذل العناية مناطه ما يقدمه طبيب يقط ، من أوسط زملائه علماً ودارية من الظروف المحيطة به ، أثناء ممارسته لعمله ، مع مراعاة تقاليد المهنة والأصول العملية الثابتة. انظر : حكم محكمة التمييز : الأحكام المدنية - الطعن رقم : 280 - لسنة 2003 قضائية - تاريخ الجلسة 2003/11/30 - مكتب فني 24 - رقم الجزء 1 - ص 1348 .

كما قضت محكمة النقض المصرية بأن : فإذا كان يبين من العقد أن المطعون ضده المقاول ، تعهد بتنفيذ جميع أعمال البناء المتفق عليها ، وتسليم المبنى معداً للسكنى في الموعد المتفق عليه .. هو التزام بتحقيق غاية ، فإنه متى أثبتت الطاعة لإخلاله بهذا الالتزام ، فإنه تكون قد أثبتت الخطأ الذي تتحقق به مسؤوليته ، ولا يجدي في نفي هذا الخطأ ، أن يثبت هو أنه قد بذل ما في وسعه من جهد لتنفيذ التزامه، فلم يستطع ، ما دامت الغاية لم تتحقق . انظر : نقض مدني : الطعن رقم : 215 - لسنة 34 قضائية - تاريخ الجلسة 1967/12/28 - مكتب فني 18 - رقم الجزء 4 - ص 1916 .

التكييف القانوني للعلاقة العقدية بين الطبيب والمريض

أحد من طرفيه التحلل من تنفيذه، وإلا كان مسئولاً عن تعويض الطرف الآخر عن الضرر، الذي سببه له من جراء عدم تنفيذه⁽⁹²⁾.

4) يلتزم الطبيب بأن يُعالج المريض بنفسه، فلا يجوز له أن يعهد بالعلاج إلى طبيب آخر. أما المفاوض، فيستطيع أن ينفذ العمل بواسطة مفاوض من الباطن⁽⁹³⁾.

5) يعتبر عمل المفاوض عملاً تجارياً، يقوم على العامل الاقتصادي والربح والخسارة، كما ينصب على أشياء غير حية. وفي المقابل، يعد عمل الطبيب - بوصفه عملاً إنسانياً - عملاً مدنياً، يخلو من حسابات الربح والخسارة، كما أنه ينصب على جسم إنسان، من أجل تقديم المساعدة الطبية اللازمة له⁽⁹⁴⁾.

91 فالعقد الطبي، يستطيع المريض أن يرجع فيه، ولا يُرغم على أن يبقى تحت علاج طبيب لا يريده، أو أصبح لا يثق فيه. وكذلك، يستطيع الطبيب أن يرجع في العقد، ولا يُمكن إكراهه على المضي في علاج، لم يعد يرغب الاستمرار فيه.

92 راجع : د/ حسن زكي الإبراشي : مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية - مرجع سابق - ص 98، د/ السهوري : الوسيط في شرح القانون المدني - مرجع سابق - ج 7 بند 5 ص 18 - 19.

93 راجع : د/ محمد السعيد رشدي : عقد العلاج الطبي - مرجع سابق - ص 71، د/ سلامة عبد الفتاح حليبه : أحكام عقد العلاج - مرجع سابق - ص 226.

94 راجع : د/ عبد الرشيد مأمون : عقد العلاج بين النظرية والتطبيق - مرجع سابق - بند 89 ص 115، عامر نجيم : العقد الطبي في القانون الجزائري - مرجع سابق - ص 20، د/ عصام خرخاش : أحكام العقد الطبي - مرجع سابق - ص 101.

المطلب الرابع: العقد الطبي عقد إذعان⁽⁹⁵⁾

أولاً : مضمون هذا الرأي :

ذهب جانب من الشراح، إلى تكليف العلاقة التي تربط الطبيب بالمريض بأنها علاقة تعاقدية يحكمها عقد الإذعان. ويستندون في رأيهم هذا إلى حالة انعدام المساواة الطبيعية، وبالتالي انعدام المساواة القانونية في العلاقة بين الطبيب والمريض. فالطبيب، هو الطرف القوي في هذه العلاقة، بمالديه من خبرة فنية وطبية يجعلها المريض، مما يؤدي إلى خضوع المريض - وهو الطرف الضعيف - لسيطرة الطبيب التامة أثناء مراحل علاجه. وبالتالي، عدم مشاركته للطبيب في اتخاذ القرار بشأن تحديد نتيجة الفحص، وتشخيص المرض، وتقرير العلاج المناسب لحالته⁽⁹⁶⁾.

ويري أصحاب هذا الرأي، أن هذه العلاقة بين الطبيب والمريض، تبدو أكثر خضوعاً وانقياداً في حالة التخدير، حيث يفقد المريض وعيه وإرادته، ويترك نفسه بين يدي الطبيب يتصرف فيه كيفما شاء، دون مشاركة من المريض في شيء يمس أصول مهنة الطب، ويصبح الطبيب سيد الموقف لحظة خضوع المريض للتخدير، ويتمتع - في هذا الصدد، على حد قول بعض الشراح - : بنوع من السلطة الأبوية على جسم مريضه⁽⁹⁷⁾.

ثانياً : نقد هذا الرأي :

95 عقد الإذعان ، هو عبارة عن : العقد الذي يُسَلَّم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ، ولا يقبل مناقشة فيها ، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري ، تكون محل احتكار قانوني أو فعلي ، أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنه ، أو في شأنها . أو هو : العقد الذي يُملَى فيه أحد المتعاقدين شروطه على المتعاقد الآخر ، دون مناقشة أو مفاوضة ، وما على المتعاقد الآخر إلا أن يقبل بهذا العقد جملة واحدة ، أو يرفضه كاملاً . فإذا قبله ، قام العقد . وإذا رفضه ، فلا يوجد عقد . راجع : د/ عبد المنعم فرج الصدة : عقد الإذعان - بحث منشور بمجلة الأمن والقانون تصدرها أكاديمية شرطة دبي - السنة الرابعة - العدد الأول يناير 1996م - ص 243 .

96 لذلك ، فمن حق الطبيب أن يفرض العلاج الذي يراه مناسباً لحالة المريض ، ومن حقه أن يُخفي نتيجة التشخيص وعواقب المرض ، وعدم إعلام المريض به ، فشأن الطبيب في قيامه بعمله ، شأن الوصي في علاقته بالقاصر . وبما أن المريض قد وضع ثقته في الطبيب ، فإن للأخير مطلق الحرية في أن يعمل ما يراه مناسباً لعلاج مريضه ، وحماية حياته والعناية بصحته . انظر : د/ أحمد محمود سعد : مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه - مرجع سابق - ص 226 ، د/ عبد الراضي محمد هاشم : المسؤولية المدنية للأطباء - مرجع سابق - ص 71 - 72 ، د/ محمد السعيد رشدي : عقد العلاج الطبي - مرجع سابق - ص 56 - 57 ، د/ أنور يوسف حسين : ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة - الناشر : دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع - المنصورة - مصر - الطبعة الأولى عام 2014م - ص 54 ، محمد أحمد سلامة أبو ذؤيب : النظام القانوني لعقد العلاج الطبي - مرجع سابق - ص 20 .

97 راجع : د/ أحمد محمود سعد : المرجع السابق - ص 226 ، د/ عبد الراضي محمد هاشم : المرجع السابق - ص 72 ، د/ محمد السعيد رشدي : المرجع السابق - ص 57 - 58 ، د/ عصام خرخاش : أحكام العقد الطبي - مرجع سابق - ص 102 .

والحقيقة، أن ما ذهب إليه هذا الرأي في تكييف العلاقة بين الطبيب والمريض على أنها علاقة تعاقدية يحكمها عقد الإذعان، قد جانب الصواب، وبُني على خلط بين عقد الإذعان والعقد الطبي. وبالتالي، فلا يُمكن التسليم به لأكثر من وجه :

الوجه الأول: من حيث الطبيعة العقدية لكل من العقدين:

الإذعان من العقود التي ظهرت في ظل المذهب الفردي، نظراً لاحتكار الموجد القانوني أو الفعلي لسلعة أو مرفق، يعتبر من الضروريات الأولية بالنسبة للمستهلكين، لذلك يصدر الإيجاب في قالب نموذجي، ويغلب أن تكون صيغته مطبوعة، تتضمن - عادة - شروطاً كثيرة في صالح الموجد، ويقتصر القبول على مجرد التسليم بها، دون مناقشتها (98). في حين أن مهنة الطب لا يوجد فيها احتكار فعلي، فطلب الاستشفاء متاح للمريض، فله الحرية في أن يلجأ إلى طبيب يختاره هو، أو أن يلجأ إلى إحدى المؤسسات العلاجية العامة أو الخاصة، مادام قادراً على نفقات العلاج، ولا يُمكن تصور وجود جهة معينة تحتكر العلاج (99).

ومع ذلك، فإننا قد نجد في بعض الحالات، وجود طبيب واحد في منطقة بعيدة أو نائية، يكون مختصاً في علاج نوع معين من الأمراض، أو في إجراء نوع معين من العمليات الجراحية، كعملية زرع الكلى مثلاً، أو قد تُفتح عيادة خاصة تتوفر فيها أجهزة متطورة، وأطباء مختصين، وتنفرد في فحص وعلاج وإجراء عمليات معينة في تخصص معين، كالعيادات المتخصصة في فحص وعلاج العيون بالليزر. ففي مثل هذه الفروض، سيضطر المريض إلى اللجوء والتعاقد مع هذا الطبيب المختص، أو العيادة المختصة دون غيرهم للفحص والعلاج، ولاشك أن الطبيب المنفرد في هذا التخصص، سيكون محتكراً للمهنة احتكاراً فعلياً (100).

وعلى الرغم من تسليمنا بوجود مثل هذه الحالات في بلادنا، وفي واقعنا العملي، إلا أنها تبقى حالات استثنائية نادرة، ولا يُمكن أن نجعلها قاعدة عامة، ونطبقها على عقد العلاج الطبي بشكل عام. فالأصل

98 وهذا ما نصت عليه المادة 100 من القانون المدني المصري بقولها : القبول في عقود الإذعان ، يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجد ، ولا يقبل المناقشة فيها . كما نصت المادة 145 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه : القبول في عقود الإذعان ، يقتصر على مجرد التسليم بشروط متماثلة يضعها الموجد لسانر عملائه ، ولا يقبل مناقشته فيها .

99 راجع : د/ عبد المنعم فرج الصدة : عقد الإذعان - البحث السابق الإشارة إليه - ص 243 ، د/ أحمد محمود سعد : مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه - مرجع سابق - ص 227 ، د/ عبد الراضي محمد هاشم : المسؤولية المدنية للأطباء - مرجع سابق - ص 72 - 73 ، د/ محمد السعيد رشدي : عقد العلاج الطبي - مرجع سابق - ص 59 .

100 انظر : أحمد محمود سعد : المرجع السابق - ص 226 ، د/ غادة فؤاد مجيد المختار : حقوق المريض في عقد العلاج الطبي - مرجع سابق - ص 143 .

التكييف القانوني للعلاقة العقدية بين الطبيب والمريض

في عقد العلاج الطبي، أنه من عقود التراضي، التي تتعقد بتراضي الطرفين، وبالرضا والاختيار الحر لكل من الطبيب والمريض، فكل منهما الحق في اختيار الطرف الآخر بحريته وكامل إرادته. لذا، لا يُمكننا قياس الأصل على الاستثناء. ومن ثم، تعميم الحالات الاستثنائية على عقد العلاج الطبي⁽¹⁰¹⁾. هذا، ونُلَفِّتُ النَّظْرَ، إلى أنه حتى في الحالات التي يخضع فيها المريض للتخدير، فإنه لا يُمكن القول بأن ذلك يُعد عقد إذعان، إذ أن الطبيب مُلْزَمٌ، بما تفرضه عليه أخلاقيات مهنة الطب، وكذا نصوص القانون⁽¹⁰²⁾، بضرورة الحصول على الرضا بكل عمل طبي يُقَدِّمُهُ لمرضاه، من المريض أصالة، أو ممَّنْ يُمَثِّلُهُ في حالة فقدانه وعيه، وسلب إرادته⁽¹⁰³⁾.

101 مع ملاحظة، أن التفرع التخصصي الطبي، نتيجة للتقدم العلمي والتقني الطبي، قد أدى إلى توسع هذه الاستثناءات، بحيث تكاد تُعادل الأصل والقاعدة، وقد تُصبح هي الأصل في المستقبل نتيجة زيادة التخصصات، بل وحتى نشوء فروع طبية أخرى متفرعة عن هذه التخصصات الموجودة أصلاً. راجع: أحمد محمود سعد: المرجع السابق - ص 226 - 227، د/ جلال خضر عبد الله: النظام القانوني للمسؤولية العقدية للطبيب الجراح تجاه المريض - مرجع سابق - ص 34 بالهامش، محمد أحمد سلامة أبو ذؤيب: النظام القانوني لعقد العلاج الطبي - مرجع سابق - ص 21.

102 راجع: المواد 1/5، و8/ج، و 2/16 من المرسوم بقانون اتحادي رقم 4 لسنة 2016 بشأن المسؤولية الطبية. وانظر كذلك: المادة الثالثة من اللائحة التنفيذية لقانون المسؤولية الطبية، الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم 40 لسنة 2019.

103 انظر: د/ زينة غانم العبيدي: إرادة المريض في العقد الطبي - مرجع سابق - ص 63، د/ عصام خرخاش: أحكام العقد الطبي - مرجع سابق - ص 103.

الوجه الثاني : من حيث موضوع العقد لكل من العقدين :

يختلف موضوع عقد الإذعان عن موضوع العقد الطبي، وما ذلك إلا لأن الفرق شاسع بينهما. فموضوع عقد الإذعان، سلع أو مرافق ضرورية من ضروريات الحياة، يحتكرها الموجد لها احتكاراً قانونياً أو فعلياً⁽¹⁰⁴⁾، أو قيام منافسة محدودة ضيقة النطاق بشأنها، مع صدور الإيجاب للناس كافة، وبشروط متماثلة مقررة سلفاً، لا يقبل نقاشاً فيها⁽¹⁰⁵⁾، ولمدة غير محددة⁽¹⁰⁶⁾. أما موضوع العقد الطبي، فهو طلب العلاج، وهو ما لا يُمكن اعتباره سلعة مما يتعامل فيها الناس⁽¹⁰⁷⁾.

104 ومن أمثلة الاحتكار القانوني : مصلحة الغاز والكهرباء والتلفونات ، ومن أمثلة الاحتكار الفعلي : أن يوجد في مدينة مشروع واحد يُمارس نوعاً من الصناعات ، فالعامل الذي يعيش هو وأسرته ، واستقر في هذه المدينة ، ولم يكن فيها إلا هذا المشروع المتعلق بنوع عمله ، فإنه مضطر إلى الاشتغال في هذا المشروع . راجع : د/ لاشين محمد الغياتي : عقد الإذعان في القانون المدني المصري وموقف الشريعة الإسلامية منه - بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا - العدد الأول - عام 1406هـ/1986م - ص 22 - 23 .

105 انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري : ج 2 ص 69 ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : موسوعة القانون المدني المصري نظرية العقد والإرادة المنفردة دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي - الناشر : مطبعة نهضة مصر - الفجالة بالقاهرة - الطبعة الأولى عام 1984م - بند 96 ص 208 ، د/ حسني محمود عبد الدايم : العقود الاحتكارية بين الفقه الإسلامي والقانون المدني دراسة مقارنة - الناشر : دار الفكر الجامعي - الإسكندرية - الطبعة الأولى عام 2007م - ص 41 .

106 وتطبيقاً لذلك ، قضت محكمة النقض المصرية بأنه : من المقرر في قضاء هذه المحكمة ، أن من خصائص عقود الإذعان ، أنها تتعلق بسلع أو مرافق تعتبر من الضرورات بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين ، ويكون فيها احتكار الموجد لهذه السلع و المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً ، أو تكون سيطرته عليها من شأنها أن تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق ، وأن يكون صدور الإيجاب منه إلى الناس كافة ، وبشروط واحدة ، ولمدة غير محددة . والسلع الضرورية ، هي التي لا غنى عنها للناس ، والتي لا تستقيم مصالحهم بدونها ، بحيث يكونون في وضع يضطرونهم إلى التعاقد بشأنها ، ولا يمكنهم رفض الشروط التي يضعها الموجد ، ولو كانت جائرة وشديدة . راجع : نقض مدني مصري : الطعن رقم : 749 - لسنة 46 قضائية - تاريخ الجلسة 1982/1/2 - مكتب فني 33 - رقم الجزء 1 - ص 50 .

وفي حكم لمحكمة تمييز دبي في 27 إبريل سنة 1990 ، جاء ما يأتي : إن عقد الإذعان ، يستلزم التسليم والبروز والإذعان ، من الطرف الضعيف إلى مشيئة الطرف الآخر ، الذي يكون في مركز سيادي يسمح له بأن يُعَلَى شروطه التعسفية . ويتميز عقد الإذعان بثلاث خصائص هي ... ونحن نتوافر هذه الخصائص فالحق ، فإنه ينبغي أن يُقَام الدليل على وجود الشرط التعسفي المجحف ، الذي يجافي روح الحق والعدل . وتقدير ما إذا كان الشرط تعسفاً أم لا مناط بالقضاء ، وإذ يبين من الحكم المطعون فيه ، أن المميز لم يكن في موقف من المميز ضدها ، لا يملك فيه إلا أن يأخذ أو يدع ، لأنه لم يتعاقد على سلعة أو خدمة لا غنى للجمهور عنها ، كما كان بإمكانه أن يتعامل مع أي من المصارف أو المؤسسات المالية الأخرى ، التي تعمل في مجال إصدار بطاقات الائتمان ، بشروط تختلف عن شروط المميز ضدها ، وهو غير ملزم باقتناء بطاقة ائتمان ، إذ هي مجرد وسيلة يستعاض بها عن النقود في سداد قيمة بعض الأغراض والالتزامات الخاصة والمشتريات الشخصية . ولهذا ، فهي ليست خدمة ضرورية بالنسبة للجمهور لا غنى عنها ، بحيث لا تستقيم مصالحهم بدونها ، لما كان ذلك ، فإن النعي على الحكم المطعون فيه بهذا السبب ، يكون على غير أساس . راجع : حكم محكمة تمييز دبي : الأحكام المدنية - الطعن رقم : 247 - لسنة 1990 قضائية - تاريخ الجلسة 1991/4/27 - مكتب فني 2 - رقم الجزء 1 - ص 314 .

107 انظر : د/ عبد الراضي محمد هاشم : المسؤولية المدنية لأطباء - ص 73 ، د/ محمد السعيد رشدي : عقد العلاج الطبي - ص 59 ، محمد أحمد سلامة أبو ذؤيب : النظام القانوني لعقد العلاج الطبي - ص 21 .

الوجه الثالث : من حيث الغاية في كل من العقدين :

إن غاية المتعاقدين في عقد الإذعان، هي الحصول على سلعة أو خدمة معينة. كالسفر بالسكة الحديد، أو البواخر، أو الطائرات، أو الحصول على المياه، أو الكهرباء، أو الغاز، أو التليفون.. الخ⁽¹⁰⁸⁾، بينما غاية المتعاقدين في عقد العلاج الطبي، فهي الحصول على الشفاء⁽¹⁰⁹⁾، أو بعبارة أدق : طلب العلاج الناجع للحالة المرضية، محل التشخيص، والذي قد يعجز عنه الطبيب، رغم اتباعه أصول وقواعد مهنته، وهو ما يعكس التزام الطبيب أنه، في الغالب، التزام ببذل عناية، وليس التزام بتحقيق نتيجة⁽¹¹⁰⁾.

الوجه الرابع : من حيث سلطة القاضي في كل من العقدين :

للقاضي سلطات واسعة تصدد عقد الإذعان، وذلك استثناءً من قاعدة : (العقد شريعة المتعاقدين)⁽¹¹¹⁾. فللقاضي أن يعفي الطرف المذعن مما ورد في عقد الإذعان من شروط تسفية⁽¹¹²⁾، وله كذلك، أن يُفسر ما ورد في العقد من عبارات يكتنفها غموض، لمصلحة الطرف المذعن دائماً أو مديناً، وذلك

108 انظر : د/ رمضان أبو السعود : النظرية العامة للالتزاممصادر الالتزام - الناشر : دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية - مصر - الطبعة الأولى عام 2012م - ص 2 - 83 ، د/ حسني محمود عبد الدائم : العقود الاحتكارية - ص 37 .

109 وقد يقول قائل : إن موضوع عقد الإذعان ، لا يختلف عن موضوع العقد الطبي ، لأن كل منهما يرد على تقديم خدمة . فعقد الإذعان ، يرد على تقديم سلعة أو خدمة ، يحتاج إليها تقريباً كافة الناس في الحياة اليومية ، أما العقد الطبي ، فهو محصور في تقديم الخدمة العلاجية . ولكن يُجاب على ذلك : بشتان الفارق بين موضوع عقد الإذعان ، وبين متطلبات العلاج . فالمعتقد في عقد الإذعان ، دائماً يُريد تحقيق نتيجة ، كما في السفر بالطائرة ، أو نقل البضائع ، أو الغاز ، أو الكهرباء ، بينما في عقد العلاج ، غاية المريض هي الحصول على العلاج الناجع ، الذي يخرج - عادة - من تحت طائلة التزام الطبيب ببذل عناية ، ومراعاة الحذر والحيلة ، طبقاً لأصول فن المهنة . راجع : د/ أحمد محمود سعد : مسئولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه - مرجع سابق - ص 227 .

110 فمن المرضى من لا يستجيب للعلاج ، ومنهم من يستجيب ، ومن المرضى من تكون استجابته للعلاج سريعة ، ومنهم من تكون استجابته للعلاج بطيئة . لهذا ، يُقال : بأن هناك مرضى وليس أمراض . وهذا ، بالتالي ، ما يؤكد أن التزام الطبيب في العقد الطبي ، إنما هو التزام ببذل عناية ، وليس التزاماً بتحقيق نتيجة . راجع : د/ عبد الرضا محمد هاشم : المسؤولية المدنية للأطباء - مرجع سابق - ص 73 ، د/ محمد السعيد رشدي : عقد العلاج الطبي - مرجع سابق - ص 59 ، د/ عصام خرخاش : أحكام العقد الطبي - مرجع سابق - ص 103 .

111 تنص المادة 1/147 من القانون المدني المصري على ما يأتي : العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله ، إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقرها القانون . وتنص المادة 267 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه : إذا كان العقد صحيحاً لازماً ، فلا يجوز لأحد المتعاقدين الرجوع فيه ، ولا تعديله ، ولا فسخه إلا بالتراضي ، أو التقاضي ، أو بمقتضى نص في القانون .

112 وتُعتبر الشروط تسفية ، إذا جاءت متجافية مع ما ينبغي أن يسود التعامل من روح الحق والعدل . ومن ثم ، فإن هذه مسألة واقع ، يتوقف الفصل فيها على ظروف وملابسات النزاع ، وبصفة خاصة ، على طبيعة العقد ، ونوع الخدمة ، أو المنفعة التي يتعلق بها . ومادام الأمر كذلك ، فإن قاضي الموضوع ، هو الذي يملك حق تقدير ما إذا كان الشرط تسفياً ، ولا معقب لمحكمة النقض على تقديره ، مادامت عبارات العقد تحتل المعنى الذي أخذ به . وعليه ، فإذا كشف القاضي شرطاً تسفياً ، فعليه أن يُعَدِّلَ بما يُزيل أثر التعسف ، بل له أن يلغيه ، ويعفي الطرف المذعن منه ، ولم يرسم له المشرع حدوداً في ذلك ، إلا ما تقتضيه العدالة . ولا يجوز للمتعاقد أن ينزع من القاضي سلطته هذه باتفاق خاص على ذلك ، فإن مثل هذا الاتفاق ، إن وقع ، يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام . راجع : د/ عبد الرزاق أحمد السنيهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الأول مصادر الالتزام - الناشر : دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى عام 1964م - بند 118 ص 234 ، د/ محمود جمال الدين ذكي : الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري - الناشر : مطبعة جامعة القاهرة - مصر - الطبعة الأولى عام 1978م - بند 172 ص 313 .

استثناءً من قاعدة أنّ : (الشك يُفسّر لمصلحة المدين) ⁽¹¹³⁾. ولا يجوز للمتعاقدين أن ينزعا من القاضي سلطته هذه باتفاق خاص على ذلك، حيث إن مثل هذا الاتفاق، إن وقع، يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام ⁽¹¹⁴⁾. وهذا ما لا نراه، ولا ينطبق على عقد العلاج الطبي ⁽¹¹⁵⁾.

هذا، ويرى أحد الباحثين، ونحن نشاطره بحق، أن فساد هذا التكييف يكمن في أساسه. فالإذعان ليس عقداً مسمياً بذاته، حتى يجري عليه التكييف، ولكنه صفة تلتحق العقد، الذي يستقل فيه الموجب بوضع شروطه، ولا يكون أمام القابل إلا التسليم بها، متى تعلق محل العقد بسلعة أو خدمة يحتكرها الموجب قانوناً أو فعلاً. ومن ثم، فإن العقد الذي يتم عن طريق الإذعان، قد يكون عقد مسمى، كعقد البيع أو الإيجار، وقد يكون عقداً غير مسمى، كعقد تقديم خدمة الاتصالات وغيره. وبالتالي، فلا يمكن تكييف عقد ما بأنه عقد إذعان، بل وصفه بأنه كذلك بعد تكييفه ⁽¹¹⁶⁾.

خلاصة القول، أن العلاقة بين الطبيب ومريضه، علاقة تعاقدية لا يحكمها عقد الإذعان، وإنما يحكمها العقد الطبي، والذي لا يعتبر من عقود الإذعان.

المطلب الخامس: العقد الطبي عقد غير مسمى

لقد رأينا فيما سبق، أنّ الشراح قد اختلفوا في تكييف العقد الذي يربط الطبيب بالمريض، وأن جميع المحاولات الفقهية التي قدموها في هذا الصدد، لم تقدم لنا التكييف الصحيح للعقد الطبي. ولعل ذلك يرجع إلى أنها كانت تنظر لهذا العقد من زاوية واحدة، دون النظر إليه من زوايا أخرى، مما أدى إلى عدم نجاح هذه المحاولات وتعرضها للنقد، كونها حاولت وضع العقد الطبي في إطار عقود لا تتفق مع الطبيعة القانونية لهذا العقد ⁽¹¹⁷⁾.

113 تنص المادة 151 من القانون المدني المصري ، والمادة 266 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على ما يأتي : 1- يُفسر الشك في مصلحة المدين . 2- ومع ذلك ، لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن .

114 وهذا ما قرره المادتان 149 من القانون المدني المصري ، و 248 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي بقولهما : إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية ، جاز للقاضي أن يُعدل هذه الشروط ، أو أن يعفي الطرف المذعن منها ، وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك .

115 راجع : د/ عبد المنعم فرج الصدة : عقد الإذعان - مرجع سابق - ص 250 ، د/ محمد حسين عبد العال : مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية - الناشر : دار النهضة العربية - القاهرة - مصر - الطبعة الأولى عام 2007م - ص 54 وما بعدها ، د/ عصام خرخاش : أحكام العقد الطبي - مرجع سابق - ص 103 - 104 .

116 انظر : د/ أنور يوسف حسين : ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب - مرجع سابق - ص 55 .

117 انظر : د/ حسن ذكي الإبراشي : مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية - مرجع سابق - ص 998 ، د/ إسماعيل غانم : قانون العمل - الناشر : مكتبة عبد الله وهبة - القاهرة - الطبعة الأولى عام 1962م - ص 116 - هامش رقم : 1 ، د/ أحمد محمود سعد : مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه - مرجع سابق - ص 227 ، د/ عبد الرشيد مأمون : عقد العلاج بين النظرية والتطبيق - مرجع سابق - بند 90 ص 116 ، د/ عبد الراضي محمد هاشم : المسؤولية المدنية للأطباء - مرجع سابق - ص 74 ، د/ محمد صبري

التكليف القانوني للعلاقة العقدية بين الطبيب والمريض

لذلك، فإن هناك اتجاه حديث في الفقه - وهو ما نميل إليه - يرى أنه من الأفضل أن يُعتبر العقد الطبي، عقدًا غير مُسمّى (قائم بذاته)، عقدًا من نوع خاص⁽¹¹⁸⁾، له خصائصه⁽¹¹⁹⁾ وأصوله ومبادئه الذاتية، التي تُهيمن على كافة قواعده، والتي يتم استخلاصها شيئاً فشيئاً عبر الأحكام القضائية، والآراء الفقهية. كما أن التشابه الذي قد يوجد بين هذا العقد وبين بعض العقود المسماة، لا يؤدي إلى أن يفقد العقد الطبي صفته المستقلة⁽¹²⁰⁾.

كذلك، فإن هذا العقد لم يرد ذكره ضمن العقود المسماة. وبالتالي، فهو عقد غير مُسمّى. فضلاً عن أن غالبية الشراح، يؤيدون ذلك التكليف⁽¹²¹⁾، وقد دافع عنه الفقيه: (رئيسه سافاتييه)، بقوله: (وإزاء ما تقدم، ذهب غالبية الفقه والقضاء، إلى أنه إذا لم يتفق المتعاقدان حول طبيعة العقد، فيوصف بأنه عقد قائم بذاته)⁽¹²²⁾.

- السعدي: شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات العقد والإرادة المنفردة - الناشر: دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع - الجزائر - الطبعة الثانية عام 2004م - ج 1 ص 52.
- 118 فالعقد الطبي، عقد من نوع خاص يخول سلطة على جسم الإنسان، لا مثيل لها في القانون، وهذا ما عيّز عنه الفقيه جون سافاتييه، بقوله: إن القانون لا يعرف، خارج إطار قانون الأسرة، عقدًا من شأنه أن يخول سلطة، كذلك التي يخولها عقد الطبيب. انظر: حروزي عز الدين: المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة - مرجع سابق - ص 50، د/ محمد عادل عبد الرحمن: المسؤولية المدنية للأطباء - مرجع سابق - مرجع سابق - ص 54، د/ نبيلة إسماعيل رسلان، وآخرون: دروس في عقد المعاولة - مرجع سابق - بند 17 ص 30 - 31.
- 119 ومن هذه الخصائص، بالإضافة إلى أنه عقد غير مُسمّى ونحو طبيعة خاصة، فهو عقد رضائي، لا يتطلب شكلاً معيناً لإبرامه، وهو عقد معاوضة، وملزم للجانبين، ويقوم على الاعتبار الشخصي، وهو من العقود غير اللازمة لأطرافها، وهو كذلك من العقود المستمرة والممتدة والمتتابعة في الزمن، أي أنه لا ينتج آثاره دفعة واحدة، ولكن بصورة ممتدة ومتتابعة، وهو عقد إنساني، لأن محله جسم الإنسان، المصان بجميع الأديان السماوية والقوانين الوضعية. ومن ثم، يفترض فيه احترام حياة الإنسان وكرامته، بدون تمييز من حيث: الجنس، أو السن، أو العرق، أو اللون، أو الدين، أو الوضع الاجتماعي أو السياسي.. وهو، أخيراً، ينتمي إلى طائفة العقود المدنية.
- 120 انظر: د/ عبد الرشيد مأمون: عقد العلاج بين النظرية والتطبيق - مرجع سابق - بند 90 ص 117، د/ أنور يوسف حسين: ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب - مرجع سابق - ص 55.
- 121 وقد اعتنق هذا التكليف من الفقه العربي، الفقيه الكبير العلامة الدكتور حسن ذكي الإبراهيمي، والدكتور إسماعيل غانم، والدكتور عبد الرشيد مأمون، والدكتور أحمد محمود سعد، والدكتور عبد الراضي محمد هاشم، والأستاذ حروزي عز الدين، ومن الفقه الأجنبي، الفقيه رينيه سافاتييه، والفقيه جون سافاتييه، وهو ما ذهب إليه أيضاً الفقيه: كورنيزويست. راجع: د/ حسن ذكي الإبراهيمي: مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية - مرجع سابق - ص 99، د/ إسماعيل غانم: قانون العمل - مرجع سابق - ص 116، د/ أحمد محمود سعد: مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه - مرجع سابق - ص 227، د/ عبد الرشيد مأمون: عقد العلاج بين النظرية والتطبيق - مرجع سابق - بند 90 ص 117، د/ عبد الراضي محمد هاشم: المسؤولية المدنية للأطباء - مرجع سابق - ص 75، د/ غادة فؤاد مجيد المختار: حقوق المريض في عقد العلاج الطبي - مرجع سابق - ص 158، حروزي عز الدين: المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة - مرجع سابق - ص 50، د/ طلال عجاج: المسؤولية المدنية للطبيب - مرجع سابق - ص 75، د/ زينة غانم العبيدي: إرادة المريض في العقد الطبي - مرجع سابق - ص 85، بوليل أعراب: الطبيعة القانونية للعقد الطبي - مرجع سابق - ص 61، محمد أحمد سلامة أبو ذؤيب: النظام القانوني لعقد العلاج الطبي - مرجع سابق - ص 22، د/ عبد اللطيف الحسيني: المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية - مرجع سابق - ص 101.

وقال الفقيه : (جون سافاتييه) : (إنَّ عقد العلاج عقد غير مُسمَّى، إذ أن العمل المستقل للأشخاص القائمين بممارسة المهن الحرة، يجعلهم غير محكومين بواسطة أي عقد مُسمَّى في القانون، فهم يخضعون فقط للقواعد العامة، التي تحكم الاتفاقات والعادات التي تسير عليها المهن الحرة) (123).

ويقول العالم الكبير الفقيه الأستاذ الدكتور حسن ذكي الإبراشي، في هذا الصدد :

(وإذا استبعدنا هذا التكييف، لم يبق أماناً إلا اعتبار عقد العلاج، عقداً غير مُسمَّى.. والواقع، أن هذا الرأي أحوط. ففضلاً عما بيّنا من أن العقد الطبي لا يجمع العناصر المكونة لأي من العقود التي نصَّ عليها القانون، فإن له مميزاته الخاصة التي تأبى إخضاعه لنظام، لم يُوضع له) (124).

هذا، وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا التكييف ، وأكدت صحته، إذ قررت في حكمها الصادر في 13 يوليو سنة 1937، أن العقد المبرم بين المريض والطبيب، الذي يُقدم له مساعدته وجهوده هو عقد من نوع خاص، لا يُمكن أن يُوصف بأنه عقد استصناع (125).

وهكذا، نخلص مما تقدم، إلى أن العقد الطبي لا يُمكن أن يندرج تحت أي عقد من العقود المسماة المعروفة. ومن ثم نرى، أننا في الآونة الأخيرة، ونظراً لانتشار دور العلاج الخاصة، وتعدد وسائل التقنية الحديثة في العلوم الطبية، وتنوع العلاجات وتباينها، ومع وجود الحاجات الملحة، أصبحنا في مسيس الحاجة إلى تنظيم تشريعي لهذا العقد.

ولذلك، فإننا نهيب بالمشرعين المصري والإماراتي، أن يوليا العقد الطبي أهمية خاصة، تتناسب مع أهميته المعاصرة، بما يؤهله لاستحقاق تسمية قانونية، وأحكام تنظيمية خاصة، تُدخله في زمرة العقود

122 انظر :رينيه سافاتييه : القانون الطبي - ص 213 ، كورنيزويست : مسؤولية الطبيب قبل القانون الفرنسي والاختصاص القضائي - ص 857 ، مشاراً إليه في : د/ عبد الراضي محمد هاشم : المسؤولية المدنية للأطباء - ص 74 .

123 انظر : SAVATIER J LA PROFESSION LIBERALE .. THESE POITIERS, 1940 , P . 211 ET S .

SAVATIER R : COURS DE DROIT CIVIL , N . 851 .

مشار إليه في : د/ عبد الرشيد مأمون : عقد العلاج بين النظرية والتطبيق - مرجع سابق - بند 90 ص 118 . هذا ، ويمكن أن يُجاب على قول الفقيه : جون سافاتييه ، بأن الما قول يخضع لعقد المقاولة المنظم قانوناً بموجب المواد من 872 إلى 896 معاملات مدنية إماراتي ، والمواد من 646 إلى 667 مدني مصري ، رغم أنه يتمتع باستقلالية في أداء عمله صنع شيء ، أو أداء عمل ، ولا تربطه بصاحب العمل علاقة تبعية ، أو يخضع لسلطة إشرافية أو تنظيمية بشأنه .

124 انظر : د/ حسن ذكي الإبراشي : مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية - مرجع سابق - ص 99 .

125 راجع : نقض مدني فرنسي في 13 يولييه سنة 1937 : سيريه 1939 - 1 - 17 - مع تعليق أندريه بريوتون - دالوز 1037 - 571 - مشاراً إليه في : د/ السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني - مرجع سابق - ج7 بند 5 ص 19 - هامش رقم : 2 ، د/ حسن ذكي الإبراشي : مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية - مرجع سابق - ص 99 ، د/ محمد لبيب شنب : شرح أحكام عقد المقاولة - مرجع سابق - بند 31 ص 51 - 52 .

التكييف القانوني للعلاقة العقدية بين الطبيب والمريض

المسماة، وحينئذ سينتهي الخلاف الفقهي الذي استمر طويلاً حول التكييف القانوني لهذا العقد، وتعيين نوعه، ويندرج تحت قائمة العقود المسماة. ولعل في إجماع الفقه والقضاء على وجود هذا العقد، من ناحية، وعلى ظهور فرع جديد من فروع القانون، وهو القانون الطبي، من ناحية أخرى، ما يكون دافعاً للمشرعين إلى تحقيق ما نرجوه ونأمله ونصبو إليه.

المبحث الثالث: مقارنة بين التكييف الشرعي والقانوني لعلاقة الطبيب بالمريض

من خلال ما سبق بيانه، في تكييف العلاقة بين الطبيب والمريض من الناحيتين الشرعية والقانونية، يتبين لنا أن هناك أوجه يتفق فيها شراح القانون الوضعي مع فقهاء الشريعة الإسلامية، وأوجه أخرى يختلفان فيها، وهذا ما نفصله في المطلبين التاليين :

المطلب الأول: أوجه الاتفاق بين التكييف الشرعي والقانوني لعلاقة الطبيب بمريضه

تتمثل أوجه الاتفاق بين الفقهاء الإسلامي والوضعي، في النقاط التالية :

- 1) لم يُكَيَّف الفقهاء العقد الطبي، على وجه الاستقلال. ففي الفقه الإسلامي، ليس العقد الطبي عقداً جديداً على الأصل العام في الإباحة، وإنما هو قياس على عقد من العقود الجائزة⁽¹²⁶⁾، وإن كان الغالب في تكييفهم إياه، أنه عقد إجارة أشخاص. والحال كذلك لدى شراح القانون الوضعي، فقد اختلفوا بشأن التكييف القانوني الواجب إعطاؤه للعقد الطبي، وتشبيهه بمجموعة من العقود المسماة والمعروفة في القانون المدني، ولعل سبب الاختلاف والتنوع في الآراء، يرجع إلى أن كل فريق أخذ عنصراً من عناصر العلاقة، واعتمد عليه في التكييف، وبذلك عزله عن باقي العناصر الأخرى⁽¹²⁷⁾.
- 2) اتجه القانون المدني المصري القديم، إلى اعتبار العقد الطبي عقد إيجار في الأصل، وهي وجهة تلقى مع وجهة نظر الفقه الإسلامي. فقد كان القانون المدني القديم يجمع بين عقد الإيجار، وعقد العمل، وعقد المقاولة تحت اسم : (عقد الإيجار)، ثم يُسمَّى عقد الإيجار ب : (إجارة الأشياء)، وعقد العمل ب : (إجارة الأشخاص)، وعقد المقاولة ب : (إجارة أرباب الصنائع)، ثم فصلت التقنينات الحديثة هذه العقود الثلاثة بعضها عن بعض، وهذا أمر بديهي، فعقد الإيجار يرد على منفعة الشيء، وعقد المقاولة يرد على العمل باعتبار نتيجته، وعقد العمل يرد على العمل في ذاته⁽¹²⁸⁾، ونظمت التشريعات

126 انظر :د/ سلامة عبد الفتاح حليبي : أحكام عقد العلاج - مرجع سابق - ص 193 .

127 انظر : د/ رايس محمد : المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري - مرجع سابق - ص 431 ، د/ عصام خرخاش : أحكام العقد الطبي - مرجع سابق - ص 104 .

128 راجع : د/ السهوري : الوسيط في شرح القانون المدني - مرجع سابق - ج7 بند 1 ص 6 - 7 .

الحديثة هذه العقود بتنظيم خاص مستقل عن الأحكام العامة التي تنظم العقد، وذلك لشيوعها وكثرة تداولها في التعامل بين الناس⁽¹²⁹⁾.

(3) الرأي الراجح لدى شراح القانون، يتفق مع ما عليه الفقه الإسلامي من أن العلاقة بين الطبيب ومريضه، لا يحكمها عقد الوكالة، كما أن الطبيب لا يُعتبر وكيلًا عن المريض، فقد عرض فقهاء الشريعة الإسلامية لأساس ضمان الطبيب وَمَنْ في حكمه، في باب الإجارة، ولم يرد ذلك النوع من الضمان في باب الوكالة في كتب الفقه، وفي هذا دليل على أن العلاقة بين الطبيب ومريضه، لا يحكمها عقد الوكالة.

(4) ذهب جانب من شراح القانون المدني، إلى تكييف العقد الطبي، الذي يُبرم بين الطبيب والمريض، على أنه من قبيل عقود الإذعان، وانتهينا إلى أن العلاقة بين الطبيب والمريض علاقة تعاقدية، لا يحكمها عقد الإذعان، وإنما يحكمها العقد الطبي، والذي لا يُعْتَبَر من عقود الإذعان، وفي هذا يتفق فقه القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي.

(5) ذهب رأي في الفقه الإسلامي، وهو ما انتهينا إلى ترجيحه، إلى تكييف العلاقة بين الطبيب ومريضه بأنها عقد بيع، ويتحقق ذلك بصفة خاصة، عندما يقول الطبيب للمريض : أعالجك، فإن برئت، فلي من الأجر كذا وكذا، وإن لم تبرأ، غرمت لي ثمن الأدوية التي أعالجك بها. هذا التكييف الذي قال به بعض من فقهاء الشريعة الإسلامية، يتفق مع ما قاله شراح القانون المدني، وبعض الأحكام القضائية، بهذا الخصوص⁽¹³⁰⁾.

المطلب الثاني: أوجه الاختلاف بين التكييف الشرعي والقانوني لعلاقة الطبيب بمريضه

لعل أهم أوجه الاختلاف بين التكييفين الشرعي والقانوني لعلاقة الطبيب بمريضه، تتمثل فيما يأتي :

129 انظر : د/ عصام خرياش : أحكام العقد الطبي - مرجع سابق - ص 104 .

130 ذهبت بعض الأحكام القضائية في فرنسا ، والخاصة بعلاقة الطبيب الخاص بعلاج الأسنان ، بينه وبين مريضه ، بأن هذه العلاقة علاقة عقد بيع ، خاصة في حالة التركيبات الصناعية التي يقوم بها الطبيب لصالح المريض ، أو الحشو الذي يُجرى على أسنان المريض ، أو الأجهزة الأخرى التي قد يقوم بتركيبها في فم المريض ، لتغطية نقص في أسنانه ، أو تقويمها ، أو تغطية فراغات بفك المريض . ففي كل ما تقدم ، يُعد الطبيب بائعاً لما يُقدِّمه من : أسنان ، أو أجهزة ، والمريض مشترياً في مقابل ما يدفعه من ثمن لهذه الأجهزة . انظر : د/ محمد عبد الظاهر حسين : المسؤولية المدنية في مجال طب وجراحة الأسنان - الناشر : دار النهضة العربية - القاهرة - مصر - الطبعة الأولى عام 2004م - ص 12 ، د/ محمد حسين منصور : المسؤولية الطبية المدنية لكل من : الأطباء ، الجراحين ، أطباء الأسنان ، الصيادلة ، المستشفيات العامة والخاصة ، الممرضين والمرضات - الناشر : منشأة المعارف بالإسكندرية - مصر - الطبعة : بدون طبعة وبدون سنة نشر - ص 160 .

- 1) الأصل لدى شراح القانون المدني، أن عقد العمل (إجارة الأشخاص)، لا يحكم العلاقة بين الطبيب والمريض، وهذا يُخالف ما عليه الفقه الإسلامي، الذي يعتبر عقد إجارة الأشخاص بنوعيه (الخاص والمشترك)، هو الذي يحكم العلاقة العقدية بين الطبيب ومريضه⁽¹³¹⁾.
 - 2) ذهب الرأي الغالب في الفقه القانوني، إلى القول بتكليف العقد الطبي على أنه عقد مقاوله، أو عقد استصناع، وهذا يُخالف ما عليه الفقه الإسلامي، الذي يعتبر العقد الطبي من قبيل الإجارة المشتركة. وهذا يُخالف أيضاً ما انتهينا إلى ترجيحه، من أن العقد الطبي يُعتبر عقداً غير مُسمّى.
 - 3) استقل شراح القانون وانفردوا، بتكليف العلاقة بين الطبيب ومريضه على أنها عقد مقاوله، أو على أنها عقد وكالة، في حين استقل الفقه الإسلامي، بتكليف العلاقة على أنها من قبيل عقد شركة الأعمال، أو الأبدان، أو الصنائع، أو على أنها عقد جعالة، وإن كان هذا التكليف الأخير، قد يُخالف أساس العقد الطبي، الذي جعل التزام الطبيب فيه التزاماً ببذل العناية، وليس التزاماً بتحقيق نتيجة⁽¹³²⁾.
 - 4) المعاهدة على الشفاء، أجاز فقهاء المالكية، في الأصح لديهم، والشافعية والحنابلة، للمريض أن يتفق مع طبيبه على الالتزام بالبرء والشفاء، كما لو قال المريض للطبيب : إذا عالجتي، فشفاني الله على يدك، كان لك عندي كذا، فإن شُفِيَّ فله حقه، وإلا فلا شيء له. أو أن يقول الطبيب للمريض : أعالجتك، فإن برئت، فلي من الأجر كذا وكذا، وإن لم تبرأ، فلا شيء لي. أو أن يقول شخص لآخر : من ذاؤى لي هذا، حتّى يبرأ من جُرْحِهِ أو مَرَضِهِ أو رَمَدِهِ، فَلَهُ كَذَا.
- هذا الجواز، لم يُقره شراح القانون المدني مطلقاً، وإنما أجازوا ما يُسمّى بالالتزام بضمان السلامة في بعض الأمور، كحالات قيام الطبيب باستعمال الأدوات والأجهزة الطبية، وعمليات الحقن المختلفة، والتحصين (التطعيم)، وأعمال التحاليل، ووصف الأدوية، والتركيبات الصناعية (الأجهزة الطبية البديلة أو المساعدة)، ونقل الدم. والالتزام بضمان السلامة في هذه الحالات، لا يعني الالتزام بالشفاء، وإنما يعني بآلا يُعرض المريض لأي أذى من جراء ما يستعمله من أدوات أو أجهزة، أو ما يُعطيه من أدوية، وبآلا

131 ولعل السبب في هذا الاختلاف ، أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد ربطوا العقد الطبي بالإجارة ، نظراً لاشتراط مدة العلاج . أما شراح القانون المدني ، فقد انتقدوا فكرة المدة ، وساعات العمل ، فكان عقد الإجارة غير صالح لأن يكون عقداً طبياً ، لأن العقد الطبي ليس محدود المدة ، بل حسب العمل المؤدى . راجع : د/ سلامة عبد الفتاح حليبه : أحكام عقد العلاج - مرجع سابق - ص 234 ، د/ عصام خرخاش : أحكام العقد الطبي - مرجع سابق - ص 105 .

132 إلا في بعض الحالات التي يقترب فيها العقد الطبي من عقد المقاوله ، ويلتزم فيها الطبيب بتحقيق نتيجة . انظر : د/ سلامة عبد الفتاح حليبه : المرجع السابق - ص 235 ، د/ عصام خرخاش : المرجع السابق - ص 105 .

ينقل مرضاً آخر نتيجة العدوى من جراء المكان، أو ما ينقله إليه من دم وخلافه⁽¹³³⁾. أما نجاح فاعليتها بتمام الشفاء، فهو من باب بذل العناية، وليس الالتزام بنتيجة. هذا، ويرى جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية، أنَّ المشاركة على الشفاء هذه، وإن كانت سائغة، لكنها تخرج العقد من باب الإجارة، لتدخله في باب الجعالة. وهو مما يدل على سعة أفق الفقه الإسلامي، الذي أجاز ذلك من قرون عدة، بينما الفقه القانوني مازال يأمل، ويحدوه الأمل المنشود، في أن تتسع دائرة الالتزام بنتيجة، خاصة في هذا العصر الذي وصلت فيه التقنيات الطبية، إلى أعلى مستوياتها، مما أدى إلى زيادة استخدام الآلات والأجهزة الحديثة، وما ينطوي عليه ذلك من مخاطر جمة للإنسان، فازدادت فكرة التوسع في المسؤولية عن الأشياء، انطلاقاً من فكرة الحراسة، الأمر الذي جعل القضاء يحاول جاهداً التوسع في تفسير أحكام المسؤولية الطبية، ويلزم الطبيب بضمان سلامة المريض من تلك الأضرار، التي تترتب على استخدام هذه الآلات والأجهزة الحديثة⁽¹³⁴⁾.

133 راجع : د/ محمد حسين منصور : المسؤولية الطبية - مرجع سابق - ص 155 .

134 انظر : د/ محمد حسين منصور : المرجع السابق - ص 155 ، د/ سلامة عبد الفتاح حليبه : أحكام عقد العلاج - مرجع سابق - ص 529 .

خاتمة الدراسة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على المؤيد بالمعجزات الباهرات، وعلى آله وأصحابه البررة الثقات. ويعد.

فقد تناولنا في هذه الدراسة مناقشة الطبيعة القانونية للعقد الطبي دراسة مقارنة ومعقدة بالفقه الإسلامي، ويُمكننا في هذه الخاتمة، أن نرصد أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة :

أولاً النتائج : أمّا النتائج، فهي :

1- أوضحت الدراسة، أنَّ في تدخل القانون في العلاقة بين الطبيب والمريض، خير للطرفين على كل حال، وعن طريقه يتحقق التعاون بين رجال القانون ورجال الطب. فالطبيب، يُقدِّم الوسيلة الفنية، ورجل القانون، يُقدِّم القالب القانوني، الذي يُحقق السعادة الحقيقية للبشرية، حتى لا يكون التقدم العلمي على حساب البشرية. وهكذا، أخذت علاقة الطبيب بمريضه قالبها القانوني السليم، والمتمثل في العقد الطبي⁽¹³⁵⁾.

2- كَيْفَ فقهاء الشريعة الإسلامية العقد الطبي، على أنه عقد إجارة، لمدة معلومة، أو عملٍ معين، وأجر معلوم. ويستحق الطبيب الأجر، أو أجرة المثل، وإن لم يبرأ المريض، لأن الطبيب قد أدى ما عليه. وأجاز فقهاء المالكية، في الأصح لديهم، والشافعية والحنابلة، للمريض أن يتفق مع طبيبه على الالتزام بالبرء والشفاء، بأن يقول له : إذا عالجتي، فشفاني الله على يديك، كان لك عندي كذا، فإن شُفِيَ فله الجعل، وإن لم يبرأ، فلا شيء له، ويكون الدواء من عند الطبيب، ولا يصح هذا إجارة، بل تكون باطلة.

3- لم يُنظم المشرعان المصري والإماراتي العقد الطبي، وتركوا الأمر للقواعد العامة في نظرية العقد، مما ترتب عليه أن تعددت توجهات آراء فقهاء القانون وشراحه، حول تكييفه : فمنهم مَنْ يرى أنه عقد وكالة، ومنهم مَنْ يرى أنه عقد عمل، ومنهم مَنْ يرى أنه عقد مقاوله، وقيل بأنه : عقد إذعان، وقد استقر الأمر على أن العقد الطبي، عقد من نوع خاص، وموضوعه الأساسي مختلف عن العقود الأخرى، وعن القواعد التي تحكم هذه العقود، فالتشابه الذي قد يوجد بين هذا العقد وبين بعض العقود التقليدية، لا يؤدي إلى أن يفقد العقد الطبي صفته المستقلة. وعلى هذا الأساس، فالعقد الطبي عقد غير مُسمَّى. وبهذا القدر، نهيب بالمشرعين المصري والإماراتي، التدخل لتنظيم هذا العقد بقواعد خاصة، تُخرجه من نطاق العقود غير المسماة، ليندرج تحت قائمة العقود المسماة.

135 انظر : د/ محمد السعيد رشدي : عقد العلاج الطبي - مرجع سابق - ص 156 .

التكييف القانوني للعلاقة العقدية بين الطبيب والمريض

4- يمتاز العقد الطبي بمجموعة من الخصائص والسمات، تأبى إخضاعه لأي نوع من العقود الأخرى، فهو بالإضافة إلى أنه عقد غير مُسمّى وذو طبيعة خاصة، فهو عقد رضائي، لا يتطلب شكلاً معيناً لإبرامه، وهو عقد معاوضة، وملزم للجانبين، ويقوم على الاعتبار الشخصي، وهو من العقود غير اللازمة لأطرافها، وهو كذلك من العقود المستمرة والممتدة والمتتابعة في الزمن، أي أنه لا ينتج آثاره دفعة واحدة، ولكن بصورة ممتدة ومتتابعة، وهو عقد إنساني، لأن محله جسم الإنسان، المصان بجميع الأديان السماوية والقوانين الوضعية. ومن ثم، يفترض فيه احترام حياة الإنسان وكرامته، بدون تمييز من حيث : الجنس، أو السن، أو العرق، أو اللون، أو الدين، أو الوضع الاجتماعي أو السياسي.. وهو، أخيراً، ينتمي إلى طائفة العقود المدنية.

ثانياً : التوصيات : وأمّا التوصيات، فهي :

1- نهيب بالمشرعين المصري والإماراتي، أن يوليا العقد الطبي أهمية خاصة، تتناسب مع أهميته المعاصرة، بما يؤهله لاستحقاق تسمية قانونية، وأحكام تنظيمية خاصة، تُدخله في زمرة العقود المسماة، وحينئذ سينتهي الخلاف الفقهي الذي استمر طويلاً حول التكييف القانوني لهذا العقد، وتعيين نوعه، ويندرج تحت قائمة العقود المسماة. ولعل في إجماع الفقه والقضاء على وجود هذا العقد، من ناحية، وعلى ظهور فرع جديد من فروع القانون، وهو القانون الطبي، من ناحية أخرى، ما يكون دافعاً للمشرعين إلى تحقيق ما نرجوه ونأمله ونصبو إليه.

2- نوعية الأطباء والمساعدين الطبيين والمرضى، بضرورة الالتزام بما يترتب على العقد الطبي من أحكام، سواء بالمحاضرات الدورية، أو بالمطويات والمنشورات المعلقة.

هذه هي النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة.. وبهذا نكون قد أنهينا بحثنا هذا بعون الله وقدرته، وفي هذا المقام أسأل الله الكريم أن يحوز قبولاً لدي من يُطالعه، وأن يجعله خالصاً لوجهه الكريم، وأن يُثقل به كفة حسناتي يوم القيامة : [يَوْمَ لَا يَنْفَعُ مَالٌ وَلَا بَنُونَ إِلَّا مَنْ أَتَى اللَّهَ بِقَلْبٍ سَلِيمٍ] (136) .

والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات

136 سورة الشعراء الآيتان رقما : 88 - 89 .

قائمة بأهم المصادر والمراجع

أولاً : كتب الحديث

أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدي السجستاني : سنن أبي داود - المحقق : محمد محيي الدين عبد الحميد - الناشر : المكتبة العصرية - صيدا - بيروت - بدون سنة نشر .

أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي : المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج - الناشر : دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان - الطبعة الثانية عام 1392هـ .

أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر القرطبي : التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد - تحقيق : مصطفى بن أحمد العلوي , ومحمد عبد الكبير البكري - الناشر : وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية - المغرب - الطبعة : بدون .

أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي : فتح الباري شرح صحيح البخاري - رُفِّم كتبه وأبوابه وأحاديثه : محمد فؤاد عبد الباقي - قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه : محب الدين الخطيب - الناشر : دار المعرفة - بيروت - الطبعة الأولى عام 1379هـ .

جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي : نصب الرأية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعي في تخريج الزيلعي - قَدَّمَ لِلْكِتَابِ : محمد يوسف البُنُوري - المحقق : محمد عوامة - الناشر : مؤسسة الريان للطباعة والنشر - بيروت - لبنان - دار القبلة للثقافة - جدة - السعودية - الطبعة الأولى عام 1418هـ/1997م .

محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي : الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري - المحقق : محمد زهير بن ناصر الناصر - الناشر : دار طوق النجاة للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى عام 1422هـ/2002م .

مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري : المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم = صحيح مسلم - المحقق : محمد فؤاد عبد الباقي - الناشر : دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان - بدون سنة نشر .

ثانياً : كتب الفقه

أ) الفقه الحنفي :

- أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيدي : الجوهرة النيرة على مختصر القدوري - الناشر : المطبعة الخيرية بمصر - الطبعة الأولى عام 1322هـ.
- أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بدر الدين العيني : البناء شرح الهداية - الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى عام 1420هـ/2000م.
- أحمد الدردير : الشرح الكبير على مختصر خليل - الناشر : دار الفكر - بيروت - لبنان - الطبعة : بدون طبعة وبدون تاريخ.
- زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري : البحر الرائق شرح كنز الدقائق - الناشر : دار الكتاب الإسلامي - بيروت - لبنان - الطبعة الثانية بدون تاريخ.
- عبد الله بن محمود بن مودود الموصللي البلدحي : الاختيار لتعليل المختار - الناشر : مطبعة الحلبي - القاهرة - مصر - الطبعة : بدون طبعة - تاريخ النشر 1356هـ/1937م.
- عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، المدعو بشيخي زاده ، يُعرفُ بداماد أفندي : مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر - الناشر : دار إحياء التراث العربي - الطبعة : بدون طبعة وبدون تاريخ.
- علي حيدر خواجه أمين أفندي : درر الحكام في شرح مجلة الأحكام - تعريب : فهمي الحسيني - الناشر : دار الجيل للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى عام 1411هـ/1991م.
- علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - الطبعة الثانية عام 1406هـ/1986م.
- محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي : رد المحتار على الدر المختار - الناشر : دار الفكر - بيروت - الطبعة الثانية عام 1412هـ/1992م.
- محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي : المبسوط - الناشر : دار المعرفة - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى عام 1414هـ/1993م.
- محمد بن عبد الواحد السيواسي، المعروف بابن الهمام : فتح القدير - الناشر : دار الفكر - بيروت - الطبعة : بدون طبعة وبدون تاريخ.
- (ب) الفقه المالكي :
- أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي : بلغة السالك لأقرب المسالك، المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير - الناشر : دار المعارف - القاهرة - مصر - الطبعة : بدون طبعة وبدون تاريخ.

- أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي، الشهير بالقرافي : الذخيرة - المحقق : محمد بو خبزة - الناشر : دار الغرب الإسلامي - بيروت - الطبعة الأولى عام 1994م.
- أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد بن علي بن غازي العثماني المكناسي: شفاء الغليل في حل مقفل خليل - دراسة وتحقيق : د/ أحمد بن عبد الكريم نجيب - الناشر : مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث - القاهرة - مصر - الطبعة الأولى عام 1429هـ/2008م.
- أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني المالكي : مواهب الجليل في شرح مختصر خليل - الناشر : دار الفكر - بيروت - الطبعة الثالثة عام 1412هـ/1992م.
- أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر القرطبي : الاستذكار - تحقيق : سالم محمد عطا، ومحمد علي معوض - الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى عام 1421هـ/2000م.
- أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي : البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة - حققه : د/ محمد حجي، وآخرون - الناشر : دار الغرب الإسلامي - بيروت - لبنان - الطبعة الثانية عام 1408هـ/1988م.
- أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي : الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني - الناشر : دار الفكر - بيروت - لبنان - الطبعة : بدون طبعة - عام النشر 1415هـ/1995م.
- عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري : شرح الزرقاني على مختصر خليل، ومعه : الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني - ضبطه وصححه وخرج آياته: عبد السلام محمد أمين - الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى عام 1422هـ/2002م.
- مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي : المدونة برواية سحنون - الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى عام 1415هـ/1994م.
- محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي : حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير - الناشر : دار الفكر - بيروت - الطبعة : بدون طبعة وبدون تاريخ.
- محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي : منح الجليل شرح مختصر خليل - الناشر : دار الفكر - بيروت - الطبعة : بدون طبعة - تاريخ النشر : 1409هـ/1989م.

محمد بن عبد الله الخرخشي المالكي أبو عبد الله : شرح مختصر خليل للخرشي - الناشر : دار الفكر للطباعة - بيروت - لبنان - الطبعة : بدون طبعة وبدون تاريخ.

(ج) الفقه الشافعي :

أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي : المجموع شرح المذهب مع تكملة السبكي والمطيعي - الناشر : دار الفكر - بيروت - الطبعة : بدون، وبدون تاريخ.

- روضة الطالبين وعمدة المفتين - تحقيق : زهير الشاويش - الناشر : المكتب الإسلامي - بيروت - دمشق - عمان - الطبعة الثالثة عام 1412هـ/1991م.

أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان الشافعي : الأم - الناشر : دار المعرفة - بيروت - لبنان - الطبعة الثانية عام 1410هـ/1990م.

أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي : تحفة المحتاج في شرح المنهاج - الناشر : المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد - الطبعة بدون طبعة - عام النشر 1357هـ.

أحمد سلامة القليوبي، وأحمد البرلسي عميرة : حاشيتا قليوبي وعميرة - الناشر : دار الفكر - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى عام 1415هـ/1995م.

زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي : أسنى المطالب في شرح روض الطالب - الناشر : دار الكتاب الإسلامي - بيروت - لبنان - الطبعة : بدون طبعة وبدون تاريخ.

سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهرى، المعروف بالجمل : فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب، المعروف بحاشية الجمل - الناشر : دار الفكر - بيروت - الطبعة : بدون طبعة وبدون تاريخ.

محمد بن أبي العباس بن حمزة الرملي : نهاية المحتاج إلي شرح المنهاج - الناشر : دار الفكر - بيروت - لبنان - الطبعة الأخيرة عام 1404هـ/1984م.

محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج - الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى عام 1415هـ/1994م.

(د) الفقه الحنبلي :

إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق : المبدع في شرح المقنع - الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى عام 1418هـ/1997م.

- أبو الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي : الشرح الكبير على متن المقنع - تحقيق : د/ عبد الله بن عبد المحسن التركي، ود/ عبد الفتاح محمد الحلو - الناشر : هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان - القاهرة - مصر - الطبعة الأولى عام 1415هـ/1995م.
- أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد المقدسي : المغني على مختصر الخرقى - الناشر : مكتبة القاهرة - مصر - الطبعة : بدون طبعة - تاريخ النشر عام 1388هـ/1968م.
- تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني : مجموع الفتاوى - المحقق : عبد الرحمن بن محمد بن قاسم - الناشر : مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف - المدينة النبوية المنورة - المملكة العربية السعودية - الطبعة الأولى عام 1416هـ/1995م.
- عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي : حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع - الناشر : بدون ناشر - الطبعة الأولى عام 1397هـ.
- عبد القادر بن عمر بن أبي تغلب بن سالم التغلبي الشيباني : نيل المآرب بشرح دليل الطالب - المحقق : د/ محمد سليمان عبد الله الأشقر - الناشر : مكتبة الفلاح - الكويت - الطبعة الأولى عام 1403هـ/1983م.
- علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي : الإنصاف في معرفة راجح من الخلاف - الناشر : دار إحياء التراث العربي - الطبعة الثانية بدون تاريخ.
- مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي الرحباني : مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى - الناشر : المكتب الإسلامي - الطبعة الثانية عام 1415هـ/1994م.
- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي : كشف القناع عن متن الإقناع - الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - الطبعة : بدون طبعة وبدون تاريخ نشر.
- (هـ) الفقه الظاهري :
- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري : المحلى بالآثار - الناشر : دار الفكر - بيروت - لبنان - الطبعة : بدون طبعة وبدون تاريخ.
- ثالثاً : كتب القواعد والأصول
- عز الدين بن عبد العزيز بن عبد السلام : القواعد الكبرى، الموسوم بـ : قواعد الأحكام في إصلاح الأنام - تحقيق : د/ نزيه كمال جمال، ود/ عثمان جمعة ضميرية - الناشر : دار القلم - دمشق - سوريا - الطبعة الثانية عام 1428هـ.

رابعاً : القواميس والمعاجم

- أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي : جمهرة اللغة - المحقق : رمزي منير بعلبكي - الناشر : دار العلم للملايين - بيروت - الطبعة الأولى عام 1987م.
- أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين : معجم مقاييس اللغة - المحقق : عبد السلام محمد هارون - الناشر : دار الفكر - بيروت - الطبعة الأولى عام 1399هـ/1979م.
- محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، الزبيدي : تاج العروس من جواهر القاموس - المحقق : مجموعة من المحققين - الناشر : دار الهداية للنشر والتوزيع - القاهرة - مصر - الطبعة : بدون طبعة وبدون تاريخ.
- محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري : لسان العرب - الناشر : دار صادر - بيروت - الطبعة الثالثة عام 1414هـ.
- خامساً : المؤلفات الحديثة في الفقه الإسلامي
- د/ أحمد الشرباصي : المعجم الاقتصادي الإسلامي - الطبعة الأولى عام 1401هـ/1981م - الناشر : دار الجيل للطبع والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان.
- د/ توفيق الواعي، ود/ أحمد أبو الفضل، ود/ أحمد رجائي الجندي : المرشد الإسلامي في الفقه الطبي - الناشر : دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع - المنصورة - القاهرة - الجزء الأول (الجهاز الهضمي) - الطبعة الرابعة عام 1410هـ/1990م.
- الشيخ/ حسنين محمد مخلوف : فتاوى شرعية وبحوث إسلامية - الناشر : دار الكتاب العربي - القاهرة - مصر - الطبعة الأولى عام 1370هـ/1951م.
- د/ رشاد حسن خليل : الشركات في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة - الناشر : دار الرشيد للنشر والتوزيع - دمشق - سورية - الطبعة الثالثة عام 1401هـ/1981م.
- د/ عبد العزيز الخياط : الشركات في الشريعة الإسلامية - الناشر : مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - الطبعة الثانية عام 1403هـ/1983م.
- الشيخ/ علي الخفيف : الشركات في الفقه الإسلامي بحوث مقارنة - الناشر : دار الفكر العربي - القاهرة - مصر - الطبعة : بدون طبعة - تاريخ النشر 1430هـ/2009م.
- د/ قيس بن محمد آل الشيخ مبارك : التداوي والمسئولية الطبية في الشريعة الإسلامية - الناشر : دار الفارابي - دمشق - الطبعة الثالثة عام 1427هـ/2006م.

التكييف القانوني للعلاقة العقدية بين الطبيب والمريض

- د/ قيس بن محمد آل الشيخ مبارك : العقد الطبي أحكام الإذن الطبي - سلسلة دراسات وأبحاث معاصرة - الناشر : دار الإيمان للدراسات والطباعة والنشر - الإمارات العربية المتحدة - سورية - دمشق - الطبعة الثالثة عام 1434هـ/2013م.
- محمد تاويل : الشركات وأحكامها في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة في الشركات الإسلامية - الناشر : دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - الطبعة الأولى عام 1430هـ/2009م.
- الموسوعة الفقهية الكويتية : صادر عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بدولة الكويت - الناشر : دار السلاسل - الكويت - الطبعة الثانية عام 1404هـ/1984م.
- سادساً : المؤلفات القانونية
- د/ إبراهيم أحمد محمد الرواشدة : المسؤولية المدنية لطبيب التخدير دراسة مقارنة - الناشر : دار الكتب القانونية - القاهرة - مصر - الطبعة الأولى عام 2010م.
- د/ أحمد حسن عباس الحياوي : المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري - الناشر : دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - الأردن - الطبعة الأولى عام 2005م.
- د/ أحمد محمود سعد : مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه دراسة تحليلية لاتجاهات الفقه والقضاء المصريين والفرنسيين - الناشر : دار النهضة العربية - القاهرة - مصر - الطبعة الأولى عام 2007م.
- د/ أحمد هندي : الوكالة بالخصوصية - الناشر : دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية - مصر - الطبعة الأولى عام 2006م.
- د/ أسعد عبيد الجميلي : الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية دراسة مقارنة - الناشر : دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - الأردن - الطبعة الأولى عام 2019م.
- د/ إسماعيل غانم : قانون العمل - الناشر : مكتبة عبد الله وهبة - القاهرة - الطبعة الأولى عام 1962م.
- د/ أكثم أمين الخولي : دروس في قانون العمل - الناشر : مطبعة نهضة مصر - القاهرة - مصر - الطبعة الأولى عام 1957م.
- د/ أنور يوسف حسين : ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة - الناشر : دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع - المنصورة - مصر - الطبعة الأولى عام 2014م.

- د/ جابر محجوب علي : دور الإرادة في العمل الطبي دراسة مقارنة - الناشر : مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت - لجنة التأليف والتعريب والنشر - الطبعة الأولى عام 2000م.
- د/ جمال عبد الرحمن محمد علي : عقد التحاليل الطبية دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي : الناشر : مطبعة العدوي - القاهرة - مصر - الطبعة الأولى عام 2007م.
- د/ جلال خضر عبد الله : النظام القانوني للمسؤولية العقدية للطبيب الجراح تجاه المريض - الناشر : دار المعتز للنشر والتوزيع - عمان - الأردن - الطبعة الأولى عام 1438هـ/2017م.
- حروزي عز الدين : المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن دراسة مقارنة - الناشر : دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع - الجزائر - الطبعة الأولى عام 2009م.
- د/ حسني محمود عبد الدايم : العقود الاحتكارية بين الفقه الإسلامي والقانون المدني دراسة مقارنة - الناشر : دار الفكر الجامعي - الإسكندرية - الطبعة الأولى عام 2007م.
- د/ حسني محمود عبد الدايم : شرح قانون المعاملات المدنية الإماراتي العقود المسماة عقد المقاولة دراسة فقهية في ضوء التطور القانوني ومعززة بالتطبيقات القضائية - الناشر : دار النهضة العربية - مصر - دار النهضة العلمية - الإمارات - الطبعة الأولى عام 2020م.
- د/ رايس محمد : المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري (التطور التاريخي لمهنة الطب والمسؤولية المدنية) - الناشر : دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع - الجزائر - الطبعة الأولى عام 2007م.
- د/ رمضان أبو السعود : النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام) - الناشر : دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية - مصر - الطبعة الأولى عام 2012م.
- د/ رمضان أبو السعود : شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة - الناشر : دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - مصر - الطبعة الأولى عام 2015م.
- د/ زينة غانم يونس العبيدي : إرادة المريض في العقد الطبي دراسة مقارنة - الناشر : دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات - المحلة الكبرى - مصر - الطبعة الأولى عام 2011م.
- د/ سلامة عبد الفتاح حليبه : أحكام عقد العلاج بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - الناشر : دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - مصر - الطبعة الأولى عام 2009م.
- د/ السيد محمد السيد عمران : شرح قانون العمل المصري الجديد - الناشر : دار النهضة العربية - القاهرة - مصر - الطبعة الأولى عام 1411هـ/1991م.

- د/ شفيق شحاتة : القانون الروماني- الناشر : دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - مصر - طبعة عام 1954م.
- د/ شمس الدين عفيف : المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة - الناشر : المؤسسة الحديثة للكتاب - بيروت - الطبعة الأولى عام 2004م.
- طلال عجاج : المسؤولية المدنية للطبيب دراسة فقهية قضائية مقارنة - الناشر : المؤسسة الحديثة للكتاب - طرابلس - لبنان - الطبعة الأولى عام 2004م.
- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني (الجزء الأول مصادر الالتزام) - الناشر : دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى عام 1964م.
- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني - المجلد الأول - الجزء السابع - العقود الواردة على العمل (المقولة والوكالة والوديعة والحراسة) - الناشر : دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى عام 1964م.
- د/ عبد الرشيد مأمون : عقد العلاج بين النظرية والتطبيق - الناشر : دار النهضة العربية - القاهرة - مصر - الطبعة الأولى عام 1406هـ/1986م.
- د/ عبد الفتاح عبد الباقي : موسوعة القانون المدني المصري نظرية العقد والإرادة المنفردة دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي - الناشر : مطبعة نهضة مصر - الفجالة بالقاهرة - الطبعة الأولى عام 1984م.
- د/ عبد اللطيف الحسيني : المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية (الطبيب، المهندس المعماري، المقاول، المحامي) - الناشر : الشركة العالمية للكتاب - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى عام 1987م.
- د/ عبد الناصر توفيق العطار : شرح أحكام قانون العمل - الناشر : مؤسسة البستاني للطباعة - القاهرة - مصر - الطبعة الأولى عام 1984م.
- د/ عبد الودود يحيي : شرح قانون العمل - الناشر : دار النهضة العربية - القاهرة - مصر - الطبعة الثالثة عام 1989م.
- د/ عدنان سرحان : أحكام البيع في قانون المعاملات المدنية الإماراتي - الناشر : الأفاق المشرقة ناشرون - المملكة الأردنية الهاشمية - الطبعة الثانية عام 2010م.
- د/ غادة فؤاد مجيد المختار : حقوق المريض في عقد العلاج الطبي في القانون المدني دراسة مقارنة - الناشر : منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى عام 2011م.

د/ محمد حسن قاسم : الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان دراسة في التزام الطبيب بإعلام المريض أو حق المريض في الإعلام - الناشر : دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - مصر - الطبعة الأولى عام 2012م.

د/ محمد حسين عبد العال : مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية - الناشر : دار النهضة العربية - القاهرة - مصر - الطبعة الأولى عام 2007م.

د/ محمد حسين منصور : المسؤولية الطبية (المسؤولية المدنية لكل من : الأطباء، الجراحين، أطباء الأسنان، الصيادلة، المستشفيات العامة والخاصة، الممرضين والممرضات) - الناشر : منشأة المعارف بالإسكندرية - مصر - الطبعة : بدون طبعة وبدون سنة نشر.

د/ محمد السعيد رشدي : عقد العلاج الطبي دراسة تحليلية وتأصيلية لطبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض - الناشر : مكتبة سيد عبد الله وهبة - القاهرة - مصر بدون سن نشر.

د/ محمد صبري السعدي : شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للالتزامات العقد والإرادة المنفردة) - الناشر : دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع - الجزائر - الطبعة الثانية عام 2004م.

د/ محمد عبد الظاهر حسين : المسؤولية المدنية في مجال طب وجراحة الأسنان - الناشر : دار النهضة العربية - القاهرة - مصر - الطبعة الأولى عام 2004م.

د/ محمد علي عثمان الفقي : أحكام عقد البيع - الناشر : الأندلس للنشر والتوزيع بطنطا - مصر - الطبعة الأولى عام 1411هـ/1991م.

د/ محمد علي عرفة : شرح القانون المدني الجديد في التأمين والوكالة والصلح والوديعة والحراسة : الناشر : مطبعة جامعة فؤاد الأول (جامعة القاهرة الآن) - الطبعة الأولى عام 1368هـ/1948م.

د/ محمد كامل مرسي باشا : شرح القانون المدني الجديد العقود المسماة (عقد العمل، وعقد المقاولة، والتزام المرافق العامة متضمناً أحكام قانون العمل رقم 12 لسنة 2003 - تنقيح المستشار/ محمد علي سكيكر، والمستشار/ معتز كامل مرسي- الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية - مصر - الطبعة الأولى عام 2005م.

د/ محمد لبيب شنب : شرح أحكام عقد المقاولة - الناشر : منشأة المعارف - الإسكندرية - مصر - الطبعة الثانية عام 2008م.

د/ محمود جمال الدين ذكي : الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري - الناشر : مطبعة جامعة القاهرة - مصر - الطبعة الأولى عام 1978م.

التكييف القانوني للعلاقة العقدية بين الطبيب والمريض

د/ نبيلة إسماعيل رسلان، د/ إبراهيم عبد العزيز داود، د/ رمزي رشاد الشيخ : دروس في عقد المقاولة - طبعة عام 2009 - 2010م - الناشر : بدون دار نشر.

سابعاً : الرسائل العلمية

أ) رسائل الدكتوراة :

د/ حسن زكي الإبراشي : مسئولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن - رسالة دكتوراة مُقدّمة إلى كلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول - القاهرة - مصر - عام 1951م.

د/ عبد الراضي محمد هاشم عبد الله : المسئولية المدنية للأطباء في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - رسالة دكتوراه مُقدّمة إلى كلية الحقوق - جامعة القاهرة - مصر - عام 1414هـ/1994م.

د/ عصام خرخاش : أحكام العقد الطبي والآثار المترتبة عنه دراسة فقهية قانونية مقارنة - أطروحة مُقدّمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية - كلية العلوم الإسلامية - جامعة الجزائر - 1 - بن يوسف بن خدة - عام 1437-1438هـ/2016-2017م.

د/ محمد حاتم صلاح الدين عامر : المسئولية المدنية عن الأجهزة الطبية دراسة مقارنة في كل من مصر وفرنسا - رسالة دكتوراه مُقدّمة إلى كلية الحقوق - جامعة عين شمس - عام 1416هـ/1996م.

د/ محمد عادل عبد الرحمن : المسئولية المدنية للأطباء - رسالة دكتوراه مُقدّمة إلى كلية الحقوق - جامعة عين شمس - عام 1985م.

ب) رسائل الماجستير :

بوليل أعراب : الطبيعة القانونية للعقد الطبي - مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص : عقود ومسؤولية - مُقدّمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة أكلي محند اولحاج - البويرة - الجزائر - عام 2013م.

زقّان رزقية، وزراري جويده : العقد الطبي - مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية - الجزائر - عام 2013/2014م.

لروى إكرام : إرادة المريض في العقد الطبي في التشريع الجزائري - مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص الأساسي - جامعة العقيد دراية - أدرار - عام 2013/2014م

محمد أحمد سلامة أبو ذويب : النظام القانوني لعقد العلاج الطبي - رسالة ماجستير مُقدّمة إلى كلية القانون - جامعة آل البيت - الأردن - عام 2010/2011م.

ثامناً : الأبحاث والمقالات

السنة السادسة - العدد الحادي عشر - يناير 2020

مجلة العلوم القانونية

د/ تمام اللودعَمي : أعضاء على أجرة الطبيب - بحث منشور بمجلة الشريعة والدراسات الإسلامية بكلية الشريعة - يُصدرها مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت - المجلد 17 - العدد 49 يونية 2002م.
د/ خالد حمدي عبد الرحمن : العقد الطبي ومشكلات مشروعية المحل - بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - مصر - المجلد 12 - العدد 24 عام 2003م.

د/ عبد الله بن إبراهيم موسى : امتناع الطبيب عن العلاج بين الشريعة والقانون - بحث منشور في السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني (قضايا طبية معاصرة) - المملكة العربية السعودية - وزارة التعليم العالي - جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - المجلد الرابع عام 1431هـ.

د/ عبد المنعم فرج الصدة : عقد الإذعان - بحث منشور بمجلة الأمن والقانون تصدرها أكاديمية شرطة دبي - السنة الرابعة - العدد الأول يناير 1996م.

د/ العلي القرني : التأمين الصحي - بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي التابعة لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة - السعودية - الدورة 13 - العدد الثالث عشر - عام 2001م.

المستشار/ محمد بدر المنياوي : التأمين الصحي وتطبيقاته المعاصرة في ضوء الفقه الإسلامي - بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي التابعة لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة - السعودية - الدورة 13 - العدد الثالث عشر - الجزء الثالث - عام 2001م.

د/ محمد جبر الألفي : التأمين الصحي واستخدام البطاقات الصحية - بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة - الدورة الثالثة عشر - والمنعقدة بالكويت في الفترة من 7 إلى 12 شوال 1422هـ/ الموافق 22 إلى 27 سبتمبر عام 2001م - العدد 13.

د/ مجدي حسن خليل : مدى فعالية رضاء المريض في العقد الطبي - بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية - كلية الحقوق - جامعة عين شمس - مصر - المجلد 43 - العدد 1 عام 2001م.

د/ مدحت محمد محمود عبد العال : المسؤولية المدنية للطبيب الناشئة عن الخطأ الطبي - بحث مُقدّم إلى المؤتمر العربي الأول للمسؤولية الطبية الذي أقامه معهد التدريب والدراسات القضائية بالتعاون مع أكاديمية شرطة دبي وجمعية الإمارات الطبية - الخميس 9 إبريل 2009م.

د/ لاشين محمد الغياتي : عقد الإذعان في القانون المدني المصري وموقف الشريعة الإسلامية منه - بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا - العدد الأول - عام 1406هـ/1986م.

الحماية الجنائية للمحررات الرسمية
والأختام الحكومية من التقليد أو التزوير - دراسة تحليلية في التشريعين المصري
والإماراتي

د/ عصام الدين عبدالعال السيد
دكتوراه في الحقوق وعلوم الشرطة
محاضر بكلية ومعاهد الشرطة -أكاديمية الشرطة- القاهرة

**Criminal protection for official documents
Government seals are counterfeit or counterfeiting - an
analytical study of Egyptian and Emirati legislation**

Dr. Essam El-Din Abdel-Aal El-Sayed
Doctor of Laws and Police Sciences
Lecturer at the Police College and Institutes - Police Academy
- Cairo

الملخص:

أوضحت الدراسة أن المحررات وما عليها من أختام، سواء أكانت رسمية أم عرفية، تقليدية أم إلكترونية، هي محل الحماية الجنائية؛ لأهميتها القانونية في الإثبات، ومن أجل ذلك أفرد المشرع المصري لحمايتها من جرائم التزوير أو التقليد وبأي وسيلة باباً مستقلاً بقانون العقوبات والمعنون بـ (التزوير) في (22) مادة، من رقم (206 إلى 227) ع، وفي المقابل فقد وردت أحكام التجريم والعقاب في التشريع الإماراتي؛ أيضاً في فصل مستقل بقانون العقوبات بعنوان (التزوير) في (14) مادة من رقم (211 حتى 223) ع، بالإضافة إلى ذلك فقد أفرد المشرع الإماراتي نصاً خاصاً مهماً لحماية المستندات الإلكترونية بكافة أنواعها من جرائم التقليد أو التزوير الإلكتروني، وهو نص المادة السادسة من المرسوم بالقانون الاتحادي رقم (5) لسنة 2012م بشأن "مكافحة جرائم تقنية المعلومات" وتعديلاته؛ وقد أوضحت الدراسة أن خطة المشرع المصري في التجريم والعقاب قد اعتمدت على معيارين، المعيار الأول (نوع المحرر)، والمعيار الثاني (صفة الجاني) عما إذا كان القائم بالتزوير موظفاً عاماً أم من آحاد الناس وفرق بينهما في العقاب، واتفق المشرعان المصري والإماراتي في المعيار الأول، ولكنهما اختلفا في المعيار الثاني، حيث لم يفرق المشرع الإماراتي بين مرتكب جرائم التزوير بين ما إذا كان الجاني موظفاً عاماً أم من آحاد الناس، ويؤكد ذلك ورود نص المادتين (216، 217) ع اتحادي على سبيل العموم، ولم يجعل المشرعان المصري والإماراتي أيضاً التزوير في المحررات جريمة واحدة، وإنما ميزا بين أنواعها، وجعلوا من كل نوع جريمة متميزة، فهم يجعلان من نوع المحرر أساساً لهذا التمييز، وشملت الدراسة توضيح البنيان القانوني (لجنايات) تزوير المحررات الرسمية والأختام الحكومية، ومقارنتها بما ورد في التشريع الفرنسي برؤية تحليلية نقدية.

Abstract:

The study revealed that the official documents with all endorsing seals, whether official or customary, traditional or electronic ones, due to their legal evidencing significance, are under protection by the force of Penal Code. In an endeavor to protect it against forgery or counterfeit crimes, the Egyptian legislator had compiled a separate chapter under the Penal Code, entitled (Forgery) under 22 articles, from 206 to 227 (Penal). On the other hand, the Emirate legislation system had enacted provisions for incrimination and punishment; in a separate chapter under Penal Code entitled (Forgery) in 14 articles, from 211 to 223 (Penal). In addition, the Emirati legislator has dictated a particular stipulation which aims to protect all types of e-documents against forgery or electronic counterfeit crimes; this stipulation is known as Article 6 of the Federal Decree Law No. (5) for 2012 on "Combating Cyber Crimes". The study has also demonstrated that the Egyptian Legislator's plan in incrimination and punishment, reclines on two main pillars and criteria: The First Criterion is (Type of Document), The Second Criterion is (Culprit Identity), whether the forger is a Public Service Official, or just a regular individual, according to which, the Law has set different penalties. The Egyptian and UAE legislators converge at first criterion, yet, they diverge at the second criteria. The Emirati legislator, in forgery crimes, does not discriminate between the different types of perpetrators whether it is a public or a regular individual; This fact was substantiated by the provisions of Articles (216 and 217) of the (Federal Penal Code). Furthermore, neither Egyptian and UAE legislatures do not consider forgery in official documents as a single crime; actually they set several types thereof, and they have discriminated between the types thereof and deemed each single crime as particular by itself. Both Egyptian and UAE legislators deem the type of the document as the ground for such particularity and distinction. The study also sheds light on the legal structure for the (criminality) of forging official documents and seals, and compares the same to what was stated under the French Legislation in an analytical and critical view.

المقدمة:

اهتم المُشرع الجنائي بمجموعة من المصالح يرى أنها جديرة بالحماية، ومن ضمن هذه المصالح المحمية الثقة في المعاملات بين الأفراد واستقرارها بموجب المستندات بكافة أنواعها، وحماية وسائل الإثبات المكتوبة التقليدية أو الإلكترونية من جرائم التقليد (la falsification) أو التزوير (le Faux)، وكذا ضمان التعامل بأوراق ومستندات رسمية بها حجة قانونية على المتعاملين بها، واحترام قيمة الأدلة المكتوبة والشهادات الصادرة من جهات رسمية وحكومية؛ لذلك كان لزاماً على المُشرعين المصري والإماراتي أن يوليا التقليد أو التزوير (التقليدي أو الإلكتروني) في المحررات والأختام بصفة عامة أهمية بالغة؛ لما فيه من خطورة وأضرار من الاعتداء على صحة تلك المحررات الرسمية والعرفية؛ ولما فيه من إخلال بالثقة التي يجب أن تضافى على تلك الأوراق والأدلة؛ ولكي يشعر الأفراد جميعهم بالثقة العامة والأمان في المحررات الرسمية التي تصدرها الدولة؛ لكي يشعروا الأفراد جميعهم بالثقة والأمان في معاملاتهم حتى يستطيعوا إثبات حقوقهم. (1)

والتزوير - في مدلوله العام - هو تغيير الحقيقة (altération de la vérité) بقصد الغش وهو كذب مكتوب، وذلك بإحدى الطرق التي يحددها القانون أيًا كانت وسيلته (تقليدية أم تكنولوجية)، وأيًا كان موضوعه، وهذا التغيير من شأنه إحداث ضرر للغير، ويقترن بنية استعمال المحرر المزور فيما زور من أجله. (2)

وفي هذا المدلول اتساع للعديد من الجرائم، لكن المُشرع المصري خصص هذه الدلالة للحماية في الباب السادس عشر من الكتاب الثاني من قانون العقوبات رقم (58) لسنة 1937م وتعديلاته المعنون بعنوان (الجنايات والجنح المضرة بالمصلحة العمومية) في (22) مادة من المادة (206-225)ع الذي يحمل عنوان (التزوير)، مع الوضع في الاعتبار وجود مادتين مكررتين هما المادتان (206مكرراً، و214مكرراً)ع، ويعني ذلك أن جرائم التزوير في التشريع المصري، ليست جميعها من

¹ د/ هدى حامد قشقوش، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2012م، ص ص200، 201.

² د/ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة السادسة ط6، ط2018م، رقم 315، ص242.

الجنابات، فهناك جرائم تزوير تعتبر بحكم القانون من (الجنابات)، وهناك جرائم تزوير أعتبرها المشرع من (الجنح)، وهي الصور المخففة لجرائم التزوير.⁽³⁾

وفي المقابل في التشريع الإماراتي، اشتملت جرائم تزوير المحررات والأختام الحكومية على جرائم (جنابات) وجرائم من (الجنح) أيضاً، ووردت أحكام التجريم والعقاب في الفصل الخامس المعنون بـ (التزوير) من الباب الأول المعنون بـ (الجرائم الماسة بأمن الدولة ومصالحها)، من الكتاب الثاني لقانون العقوبات الاتحادي رقم (3) لسنة 1987م وتعديلاته وأخرها المرسوم بقانون اتحادي رقم (7) لسنة 2016م، حيث اشتمل الفصل الخامس على فرعين؛ الفرع الأول بعنوان (تزوير وتقليد الأختام والعلامات والطوابع)، في (5) مواد، من المادة (211 - 216)ع، والفرع الثاني ورد بعنوان (تزوير المحررات) في (9) مواد من المادة (216 - 223)ع، وتجدر الإحاطة إلى إضافة مادة أخرى لتلك المواد، وهي المادة (217مكرراً) ع اتحادي المعدلة بموجب المرسوم بقانون رقم (7) لسنة 2016م.⁽⁴⁾

ولخطورة جرائم تزوير أو تقليد المحررات الرسمية التقليدية والإلكترونية واستعمالها على الدولة ومصالحها والأفراد كما سبق وأن أوضحنا، فقد أهتم المشرعان المصري والإماراتي بمواجهتها وأولاهما اهتماماً كبيراً؛ لحمايتها من كافة مظاهر الاعتداء عليها سواء التي تتم داخل البلاد أو خارجها، ومن مظاهر هذا الاهتمام إقرار المشرعان سالف الذكر سريان التجريم والعقاب لجرائم تزوير المحررات والأختام الرسمية التي وقعت كلها أو بعضها داخل الدولة بشروط معينة، ويؤكد ذلك نص المادة (19) ع اتحادي والمادة رقم (2) ع مصري، سواء أكان القائم بالتزوير فاعلاً أصلياً أم شريكاً في الجريمة، وذلك استثناءً من القاعدة العامة الأصلية الخاصة (بإقليمية النص الجنائي) (Le Principe de la territorialité).⁽⁵⁾ يضاف إلى ذلك اختصاص المحكمة الاتحادية العليا دون غيرها، بالفصل في قضايا

³ لمزيد من التفاصيل انظر: المواد من 206-225 ع مصري. ويشار في هذا الصدد - من وجهة نظر الباحث - إلى أن أهم ما يميز المشرع المصري في خطته لمواجهة تلك الجرائم الخطيرة، أنه أضاف بموجب القانون رقم 79 لسنة 1992م بشأن تعديلات بعض مواد قانون العقوبات، عدداً من الفقرات في نصوص المواد من المادة 216 إلى المادة 220ع، منها على سبيل المثال جرائم تزوير تذاكر السفر والمرور، وتزوير الأسماء في المحلات المعدة للإيجار واللوكاندات إذا ارتكبت لغرض إرهابي، فوصف المشرع لها وصف الجنابة، وحدد لها عقوبة الجنابة السجن مدة لا تزيد على خمس سنوات، أما ماعدا ذلك فهي من جرائم الجنح، وفي المقابل، لا يتضمن التشريع الإماراتي إضافة تجريم وتشديد العقاب على تزوير بعض المحررات السابق ذكرها إذا ارتكبت لغرض إرهابي، وبحسب للمشرع المصري ذلك؛ إدراكاً منه لقيام بعض الإرهابيين بانتحال أسماء وهمية في تأجير المحلات المعدة للسكنى خشية ضبطهم. لمزيد من التفاصيل انظر: نصوص المواد السابقة.

⁴ انظر: نصوص المواد من 211-223 ع اتحادي المعدلة بالمرسوم بقانون رقم 7 لسنة 2016م.

⁵ يعني مبدأ إقليمية النص الجنائي: أن حدود تطبيق النص الجنائي تتفق وحدود الإقليم الخاضع لسيادة الدولة، فالنص ينطبق على كل جريمة ترتكب في هذا الإقليم، سواء أكان مرتكبها وطنياً أم أجنبياً، وسواء أكان المجني عليه وطنياً أم أجنبياً، وسواء هدئت مصلحة للدولة صاحبة السيادة على الإقليم أو هدئت مصلحة لدولة أجنبية. لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع. انظر د/ محمود نجيب حسني، شرح قانون

الحماية الجنائية للمحررات الرسمية والأختام الحكومية من التقليد أو التزوير

تزوير أو تقليد المحررات والأختام الرسمية الحكومية الصادرة من سلطة الاتحاد بدولة الإمارات، طبقاً لنص المادة (8/33) من قانون المحكمة رقم 10 لسنة 1973م. حيث إنها من بين الجرائم التي تمس أمن الدولة سواء في الداخل أو الخارج.⁽⁶⁾

وعلاوة على ذلك، فقد تميز التشريع الإماراتي أيضاً في المواجهة الجنائية لجرائم تزوير المستندات الإلكترونية، حيث أفرد المشرع لها نصاً خاصاً محدداً؛ لحماية المستندات الإلكترونية الحكومية وغير الحكومية من جرائم التزوير، المادة (6) من المرسوم بقانون رقم (5) لسنة 2012م بشأن "مكافحة جرائم تقنية المعلومات" الخاصة بأحكام التجريم والعقاب لجريمة (تزوير المستند الإلكتروني).⁽⁷⁾

وينبغي في هذا الصدد عند دراسة جرائم التزوير أو التقليد الإلكتروني في المحررات الرسمية والأختام الحكومية وغيرها، أن يؤخذ في الاعتبار أنه لا يمكن فصلها بالطبع عن القواعد العامة التي وردت في قانون العقوبات الاتحادي التي تضمنت أحكام التجريم والعقاب في جرائم التزوير التقليدية للمحررات الرسمية وغير الرسمية بصفة عامة، حيث لم يحدد قانون العقوبات الاتحادي وسيلة معينة لفعل التزوير أو التقليد وإنما حدد فقط طرق التزوير، وفي هذا الصدد اتجه رأي إلى تعريف التزوير الإلكتروني

العقوبات - القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1982م، رقم 107، ص121، وأيضاً د/محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مطبعة جامعة القاهرة، الطبعة العاشرة، ط1983م، رقم 65، ص123-128، ود/أحمد شوقي عمر أبو خطوة، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2003م، رقم 51، ص84 وما بعدها، ود/مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات - القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2001م، رقم 9، ص71 وما بعدها. ويشار في هذا الصدد إلى أن هذا المبدأ منصوص عليه في قانون العقوبات الفرنسي الحالي في نص المادة 113-7 حيث نصت على أنه: يطبق التشريع الجنائي الفرنسي على كل جنائية، كذلك كل جنحة معاقب عليها بالحبس ارتكبتها فرنسي أو أجنبي خارج إقليم فرنسا، وذلك إذا كان المجني عليه يحمل الجنسية الفرنسية عند وقوع الجريمة. لمزيد من التفصيلات انظر: د/ محمد أبو العلا عقيدة، الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، ط1997م، ص28.

⁶ نصت المادة 8/33 من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم 10 لسنة 1973 م على أنه: تختص المحكمة العليا بالفصل في الأمور الآتية 8....- الجرائم التي لها مساس مباشر بمصالح الاتحاد كالجرائم المتعلقة بأمنه في الداخل والخارج، وجرائم تزوير المحررات أو الأختام الرسمية، لإحدى سلطات الاتحاد وجرائم تزيف العملة، وكذا انظر: الطعن بالتمييز رقم 101 لسنة 2004م جلسة 2004/5/15م، منشور على مدونة أحكام المحكمة الاتحادية العليا على الموقع www.theuaelaw.com « منتدى قانون الإمارات » منتدى أحكام المحاكم، تاريخ زيارة الموقع 2019/9/10م.

⁷ انظر: نص المادة رقم 6 من المرسوم بالقانون الاتحادي رقم 5 لسنة 2012م بشأن: مكافحة جرائم تقنية المعلومات". وينطبق ذلك قضائياً بشأن تزوير إيصال إلكتروني. انظر: ، الطعن رقم 130 لسنة 2015م جزائي، جلسة الثلاثاء 26مايو 2015م طعن منشور، المحكمة الاتحادية العليا على مدونة قانون الإمارات الإلكترونية. تاريخ الزيارة 2019/9/10م.

بأنه: (أي تغيير في الحقيقة في محرر بإحدى الطرق المادية أو المعنوية المنصوص عليها في القانون، ومن شأنه إحداث ضرر بواسطة استخدام الحاسب الآلي).⁽⁸⁾

أما في التشريع الفرنسي فقد تناول المشرع الفرنسي جريمة تزوير المحررات بصفة عامة بنوعيتها الرسمية والرضائية (العرفية) بقانون العقوبات الفرنسي الحالي الذي دخل حيز التنفيذ في مارس عام 1994م في المواد (1- 441 حتى 12-441)، أما جريمة تزوير الأختام فقد وردت في المواد من (1-444 إلى 9-444)، واعتبر المشرع قيام الشخص باصطناع مستند بقصد إفساد حقيقة قائمة على نحو إكساب نفسه أو غيره حقاً أو سلطة أو رخصة أو صفة ويمثل ذلك الركن المادي لجريمة التزوير، وأن المشرع ميز بين المستند الرسمي والعرفي من حيث الثقة التي يتمتع بها المستند الرسمي في عيون الكافة.⁽⁹⁾

وتأسيساً لما تقدم فقد جاء موضوع الدراسة: وسيتناول الباحث- بمشيئة الله تعالى - في هذه الدراسة جنيات التقليد أو التزوير التقليدية أو الإلكترونية في الأختام الحكومية والمحررات الرسمية في التشريعين المصري والإماراتي من خلال شرح البنيان القانوني لتلك الجنيات وعقوباتها، بالإضافة إلى بعض النصوص المقابلة في التشريع الفرنسي، والتعرض لبعض ما ورد في بعض التشريعات العربية الأخرى، والربط بينهما، وذلك برؤية تحليلية نقدية وليس مجرد سرد نصوص التجريم فقط، ومنها على الأقل بعض التشريعات الخليجية الأخرى، والأجنبية (فرنسا) للجرائم موضوع الدراسة، حتى تعم الاستفادة.

مشكلة الدراسة:

في ضوء الدراسة والبحث في هذا الموضوع، إضافة إلى الواقع العملي والقانوني برز عدد من المشكلات تخص هذا المعنى، وتكمن المشكلة الرئيسية في أنه : أثبت الواقع العملي حالياً أن أغلب جرائم تزوير أو تقليد المحررات سواء أكانت رسمية أم عرفية، وأيضاً الأختام الحكومية والطوابع والتمغات تتم بطرق تكنولوجية عن طريق الحاسب الآلي؛ لما تتميز به من سهولة ودقة في مخرجات الحاسب الآلي وهو المحرر المزور أو الختم المقلد، والقليل منها يتم بالطرق التقليدية

⁸ لمزيد من التفصيلات حول التزوير الإلكتروني انظر: نافل عبدالكريم العقلة الفالح، جريمة التزوير الإلكتروني - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسراء الخاصة، الأردن، ط2014م، ص30. منشورة على الموقع الإلكتروني <http://search.mandumah.com/Record/900869>

⁹ Michrle Laure Rassat, Droit pénal spécial, 21 éd, Dalloz ; 2011 , no: 359 - Jean Languier, Droit pénal des affaires, 8' éd. Dalloz, 2001 p. 221 - AndréVitu,, Droit pénal spécial, 19e éd Dalloz, 1995, n' 1222.

الحماية الجنائية للمحررات الرسمية والأختام الحكومية من التقليد أو التزوير

القديمة، وربما لا تكون المواجهة الجنائية من بعض أجهزة مكافحة بنفس التطور والسرعة، وهناك بعض المشكلات الفرعية الأخرى، ومن بين أهمها ما يلي:

- أنه بالرغم من خطورة جرائم تزوير أو تقليد المحررات والأختام على الدولة والأفراد، إلا أنها لم تأخذ نفس حيز الاهتمام على المستوى الدولي شأنها شأن جرائم تزوير أو تقليد أو تزيف العملات مثلاً، ويؤكد ذلك - أو سندنا القانوني في ذلك - عدم وجود اتفاقية دولية أو إقليمية لمكافحة تزوير المحررات الرسمية والأختام الحكومية، على غرار وجود اتفاقية دولية قديمة؛ لمواجهة جرائم تزيف العملة وهي تعرف بـ : (الاتفاقية الدولية لقمع تزيف النقد) الصادرة في 20 أبريل عام 1929م، والتي أصبحت تسمى اتفاقية جنيف الدولية لمكافحة تزيف العملة.

- يضاف إلى ذلك أثبت الواقع العملي أن هناك تطوراً وانتشاراً للمحررات المزورة الرسمية وغيرها، والأختام الحكومية المقلدة إلكترونياً، وخاصة الشهادات الدراسية لبعض الجنسيات الأجنبية الكثيرة الوافدة مثلاً في الإمارات، الأمر الذي يتطلب متابعة وملاحقة جيدة وسريعة من أجهزة مكافحة المحلية في تتبع وضبط رؤوس التشكيلات العصابية المتخصصة في تلك الجرائم الخطيرة بنفس درجة انتشارها.

أهمية الدراسة: ترجع أهمية الدراسة إلى ما يلي:

- خطورة جرائم تزوير أو تقليد المحررات والأختام الرسمية بصفة عامة التقليدية أو الإلكترونية، ليس فقط ما هو معروف على المستوى المحلي من ضعف الثقة العامة فيما تصدره الدولة من وثائق ومحررات والأضرار الملحق بها، بل أيضاً ارتباط تلك الجرائم بجرائم أخرى خطيرة⁽¹⁰⁾، ومنها على سبيل المثال لا الحصر الجرائم الإرهابية عن طريق قيام بعض العناصر الإرهابية من تزوير وثائق السفر وبطاقات الهوية بقصد ارتكاب جرائمهم الإرهابية، وكذا جرائم الرشوة فكثير من الأحيان يقترب

¹⁰ يشار في هذا الصدد إلى أن تعريف "الجريمة الخطيرة" ورد في نص المادة الأولى من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية الصادرة عام 2000م والمعروفة باتفاقية باليرمو، حيث نصت على أنه: يقصد بتعبير "الجريمة الخطيرة" سلوك يمثل جرماً يعاقب عليه بالحرمان التام من الحرية لمدة لا تقل عن أربع سنوات أو بعقوبة أشد، انظر: نص المادة الأولى من اتفاقية باليرمو عام 2000م، ويعني ذلك أن الجريمة التي عقوباتها أقل من أربع سنوات لا يطلق عليها دولياً لفظ الجريمة الخطيرة، فمقياس الخطورة في هذه الاتفاقية هو معيار حسابي فقد اعتمد على فترة العقوبة فقط وليس نوع الجريمة، ومن وجهة نظرنا أن هذا التعريف منقذ؛ فمقياس الخطورة متعدد، منها حجم الأضرار الناتجة عن الفعل الإجرامي مثلاً، وغيرها، وتطبيقاً لذلك فإن هذا التعريف ينطبق على الجرائم موضوع الدراسة، ويؤكد ذلك أن جرائم تزوير المحررات والأختام الحكومية سواء في مصر والإمارات أم الجرائم المرتبطة بها من رشوة، واختلاس وغير ذلك من الجنايات، وعقوباتها مشددة منها السجن المشدد أو السجن كما في مصر، والسجن المؤقت كما في الإمارات. والبعض منها من جرائم الجنيح.

الحماية الجنائية للمحررات الرسمية والأختام الحكومية من التقليد أو التزوير

التزوير بالرشوة من قبل الموظف العام مثلاً، وجرائم العدوان على المال العام بكل صوره، وغيرها، مما يستلزم البحث والدراسة. ويضاف إلى ذلك أن تلك العصابات تتخذ من هذا الأسلوب وسيلة لنشاطهم وتجارتهم غير المشروعة، ففي الغالب الأعم يتم تزوير المحرر الرسمي تزويراً كاملاً بما فيه من أختام حكومية وتوقيعات المسؤولين. فالمحرر هو الوعاء الذي يضم ذلك كله.

- يضاف إلى ذلك وجود العديد من الجنسيات الأجنبية العديدة بدولة الإمارات، بقصد العمل، وتقديمهم العديد من المحررات للدوائر الحكومية بالدولة والتي بالطبع قد يكون من بينها العديد من المحررات الرسمية المزورة أو المقلدة، والتي بالطبع تؤثر على كفاءة العمل من هؤلاء الأشخاص.

أهداف الدراسة: تتمثل أهداف الدراسة فيما يلي:

1 - فهم البنيان القانوني لتلك الجرائم الخطيرة وعقوباتها؛ حتى يمكن حمايتها. ومقارنة التشريعين المصري والإماراتي بعضهما ببعض فيما يتعلق بنوعية المحرر، وطبيعته رسمي أم عرفي، والعقوبة، والأركان القانونية لتلك الجرائم، وكذا في قانون العقوبات الفرنسي الحالي؛ للوصول إلى أفضل حماية جنائية للمحررات الرسمية والأختام الحكومية من التقليد أو التزوير.

2- محاولة توضيح اللبس والغموض من الناحية القانونية بين التقليد أو التزوير في مجال المحررات الرسمية أو العرفية، والأختام، والعلامات الرسمية والعرفية.

تساؤلات الدراسة: وهي كما يلي:

1- ما هي أركان جريمة تزوير أو تقليد جرائم تزوير الأختام الحكومية في التشريعين المصري والإماراتي؟

2- ماذا عن العقوبات الأصلية وغير الأصلية المقررة قانوناً لتلك الجرائم؟

3- ما هو البنيان القانوني لجرائم تزوير المحررات الرسمية؟

4- هل الضرر ركن من أركان جريمة تزوير المحررات الرسمية؟

4 - ما هو الفرق بين التزوير والتقليد في المحررات الرسمية والأختام الحكومية؟

المنهج المستخدم:

لقد استخدم الباحث المنهج التحليلي باعتباره أكثر المناهج مناسبة للبحوث التي تتناول شرح القوانين،

الحماية الجنائية للمحررات الرسمية والأختام الحكومية من التقليد أو التزوير

وكذا منهج المقارنة الرأسية، وعدم الاقتصار على أسلوب سرد المعلومات، إلى جانب طابعها الوصفي الذي يستمد أساساً من النصوص الحالية في القانونين المصري والإماراتي.

خطة الدراسة:

اشتملت الدراسة على مبحثين، وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: الأحكام العامة لجرائم التقليد أو التزوير في الأختام أو العلامات أو التمغيات، والعقوبات المقررة لها.

المطلب الأول: محل الجريمة.

المطلب الثاني: الركن المادي.

المطلب الثالث: الركن المعنوي.

المطلب الرابع: أحكام العقاب.

المبحث الثاني: أركان جرائم تزوير المحررات الرسمية، وعقوباتها.

المطلب الأول: الركن المادي.

المطلب الثاني: الركن المعنوي.

المطلب الثالث: أحكام العقاب.

المبحث الأول: الأحكام العامة لجرائم التقليد أو التزوير في الأختام أو العلامات أو التمغات، والعقوبات المقررة لها.

تمهيد وتقسيم:

تعتبر جنایات تقليد أو تزوير أو استعمال الأختام أو العلامات أو التمغات الرسمية وإدخالها للبلاد، أول الجرائم الواردة في الباب السادس عشر من قانون العقوبات المصري وتعديلاته المعلنون بـ (التزوير). وقد جعل المشرع المصري من هذه الجنایات، مجموعات ثلاثاً بالنص عليها في المادتين (206، 206 مكرراً) ع، فهي تختلف فيما بينها باختلاف صفة الأختام أو العلامات أو التمغات التي تنصب عليها الأفعال الإجرامية. ويشير هذان النصان إلى جنایات ثلاث متميزة فيما بينهما: التقليد أو التزوير، واستعمال الشيء المقلد أو المزور، وإدخال هذا الشيء إلى البلاد. (11)

وفي المقابل في التشريع الإماراتي: فإن المادتين (211، 212) ع اتحادي تقابلان تلك النصوص السابق الإشارة إليها، وقد جعل المشرع الاتحادي من هذه الجرائم ثلاثة مجموعات أيضاً، كما في التشريع المصري، وتختلف العقوبة باختلاف صفة الأختام أيضاً، فالمجموعة الأولى: وردت في الجرائم الواردة في نص المادة (211) ع اتحادي المعدلة بالمرسوم بقانون اتحادي رقم (7) لسنة 2016م، وهي من جرائم (الجنایات)، وتحمي أختام الدولة، أو خاتم أو إمضاء رئيس الدولة، أو أيًا من حكام الإمارات، أو أولياء عهدهم، ونوابهم. والمجموعة الثانية: وتحمي أحد الطوابع البريدية، أو المالية، أو علامات الحكومة، أو دوائرها، أو علامات أحد موظفيها، أو إحدى الجهات الواردة في المادة الخامسة من قانون العقوبات الاتحادي، أما المجموعة الثالثة: فوردت في الجرائم الواردة في نص المادة (212) ع اتحادي، وهي من جرائم (الجنح)، وهي تحمي كافة ما ذكر في المجموعة الأولى إذا كانت لشخصية اعتبارية أخرى غير حكومية، وحدد لها عقوبة الحبس.

ويعني ذلك أن المشرع الاتحادي اعتمد في تقدير مدة العقاب في تلك الجرائم على صفة تلك الأختام، فإذا كانت حكومية فهي من جرائم الجنایات والعقوبة السجن المؤقت مدة لا تقل عن خمس

¹¹ انظر: نص المادتين 206، 206 مكرراً ع مصري. وهناك رأي فقهي مضمونه أن هذه الجرائم من الجرائم المادية، ومن جرائم الخطر، فلا وجود لجريمة ما في تقليد أو تزوير مفضوح لا يخفى على أحد، ومن ثم يلزم دائماً أن يشكل الركن المادي خطر انخداع الرجل العادي وانطلاء الشيء المقلد أو المزور عليه كما لو كان صحيحاً. انظر: د/ رمسيس بهنام، قانون العقوبات - جرائم القسم الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة طبع، رقم 696، ص 769.

الحماية الجنائية للمحررات الرسمية والأختام الحكومية من التقليد أو التزوير

سنوات وذلك في نص المادة (211) ع ، وإذا كانت غير حكومية فهي من جرائم الجنح والعقوبة الحبس كما ورد في نص المادة (212) ع اتحادي).

وطبقاً لما ورد في النصوص السابقة للتشريعين المصري والإماراتي، فإن هذه الجنايات من حيث الأفعال التي تقوم بها، فهي إما أن تكون بـ (التقليد، أو التزوير، أو الاستعمال، أو الإدخال في البلاد)، وسواء أن يرتكب الجاني أحد هذه الأفعال بنفسه أو بواسطة غيره، وتتماثل هذه الجنايات من حيث عناصر القصد الجنائي، فهو قصد خاص يقوم بنية استعمال الشيء المقلد استعمالاً ضاراً. وذلك عدا جناية الاستعمال التي يكفي فيها القصد العام.⁽¹²⁾

ومن وجهة نظر الباحث أن التشريع المصري لم يشترط وسيلة معينة للتزوير أو التقليد لموضوع الجرائم في ، ويعني ذلك أن تلك النصوص تسري على كافة عمليات التقليد أو التزوير التي تتم بالطرق العادية، أو الطرق التكنولوجية المتمثلة مثلاً في تزوير المستند الإلكتروني عن طريق استخدام الماسح الضوئي (إسكنر)، وتحمل تلك الأختام المراد تزويرها على جهاز الحاسب الآلي، وعن طريق استخدام شبكة المعلومات الدولية أيضاً، وغيرها.⁽¹³⁾ أما بالنسبة للتشريع الإماراتي، فقد نص على تجريم وعقاب تزوير أو تقليد المستند الإلكتروني في قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات المادة السادسة.

أما في قانون العقوبات الفرنسي الحالي: فقد وردت أحكام التجريم والعقاب لتزوير الأختام الحكومية في المواد من: (1-444 إلى 9-444) ع فرنسي. ونصت المادة 1-444 المعدلة بالقانون رقم 1544 لسنة 2007م على أن: (تزوير أو تقليد الأختام الخاصة بالدولة أو الدماء الوطنية أو الشعارات أو العلامات الذهبية أو الفضية أو البلاطينية أو النقدية يعاقب بالحبس عشر سنوات والغرامة 150 ألف يورو.⁽¹⁴⁾

¹² د/ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية، مرجع سابق، رقم 288، ص 221.

¹³ لمزيد من التفصيلات حول كيفية التزوير الإلكتروني انظر: باسم حسين الفقيه، التزوير الإلكتروني - سبل المكافحة، مجلة الأمن والحياة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، العدد 311، ربيع الآخر 1439هـ، مايو 2008م، ص 50 وما بعدها

14 Art 444-1 du code pénal "...La contrefaçon ou la falsification soit du sceau de l'Etat, soit des timbres nationaux, soit des poinçons servant à marquer les matières d'or, d'argent ou de platine, ou l'usage de ces sceaux, timbres ou poinçons, contrefaisants ou falsifiés, est punie de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende.

الحماية الجنائية للمحررات الرسمية والأختام الحكومية من التقليد أو التزوير

وتقوم كل جنائية على أركان ثلاثة: موضوع، هو أحد الأشياء التي أشارت إليها تلك النصوص السابقة، وركن مادي قوامه أحد الأفعال التي نص عليها القانون، وركن معنوي يتخذ صورة القصد الجنائي. ونتناول بعد ذلك أحكام العقاب.

وفي ضوء ما سبق نتناول هذا المبحث في أربعة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: محل الجريمة. المطلب الثاني: الركن المادي. المطلب الثالث: الركن المعنوي. المطلب الرابع: أحكام العقاب على جرائم تزوير أو تقليد الأختام الحكومية.

المطلب الأول: محل الجريمة

لكل جريمة موضوع أو محل، وموضع الجرائم محل هذا المبحث نص عليها في المادتين (206، 206 مكرراً) ع مصري، حيث اختصت المادة (206) ع.⁽¹⁵⁾ بأحكام التجريم والعقاب لجرائم التقليد أو التزوير - للأوامر الجمهورية والقرارات الجمهورية وخاتم الدولة وإمضاء رئيس الدولة، وغيره، كما اختصت المادة (206 مكرراً) ع مصري- بأحكام التجريم والعقاب لجرائم التقليد، والعقاب على جرائم تقليد أو تزوير أختام الشركات التي تساهم فيها الدولة بنصيب من مالها، وغيرها من شركات المساهمة الأخرى، وتشير هذه النصوص إلى عدة جنابات متميزة فيما بينها وهي: **التقليد أو التزوير، أو استعمال الشيء المقلد، أو إدخاله إلى البلاد، وترجع علة التجريم في حماية الأختام الحكومية وإمضاء رئيس الدولة.**⁽¹⁶⁾

ويقابل ذلك في التشريع الإماراتي المادتان (211) المعدلة بالمرسوم بقانون رقم (7) لسنة 2016م ، و(212) ع اتحادي، حيث المادة الأولى الخاصة بالأختام الحكومية وإمضاءات رئيس الدولة

¹⁵ نصت المادة 206 ع مصري على أنه: يعاقب بالسجن المشدد أو السجن كل من قلد أو زور شيئاً من الأشياء الآتية بنفسه أو بواسطة غيره، وكذا كل من استعمل هذه الأشياء أو أدخلها في البلاد المصرية مع علمه بتقليدها أو تزويرها. وهذه الأشياء هي: - أمر جمهوري، أو قانون، أو مرسوم، أو قرار صادر من الحكومة. خاتم الدولة أو إمضاء رئيس الجمهورية أو ختمه. - أختام أو تمغات أو علامات إحدى المصالح أو إحدى جهات الحكومة - ختم أو إمضاء أو علامة أحد موظفي الحكومة. أوراق مرتبآت أو بونات أو سراك، أو سندات أخرى صادرة من خزانة الحكومة أو فروعها. - تمغات الذهب أو الفضة. ويشار في هذا الصدد إلى إطلاق المشرع كلمة السجن دون تحديد حدا أقصى، يعني أن العقوبة المقررة هي السجن الذي لا تزيد مدته على خمس عشرة سنة، ولا تقل عن ثلاثة سنوات. انظر: نص المادة 16 ع مصري.

¹⁶ يشار إلى أن المادة 206 مكرراً ع مصري أضيفت بموجب القانون رقم 120 لسنة 1962م بعد أن كانت قد ألغيت بموجب القانون رقم 68 لسنة 1956م. ونصت على أنه: يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنين على الجرائم الواردة في المادة السابقة إذا كان محلها أختاماً أو تمغات أو علامات لإحدى الشركات المساهمة أو إحدى الجمعيات التعاونية أو النقابات المنشأة طبقاً للأوضاع المقررة قانوناً ذات النفع العام. وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على سبع سنين إذا كانت الأختام أو التمغات أو العلامات التي وقعت بشأنها إحدى الجرائم المبينة في الفقرة السابقة خاصة بمؤسسة أو شركة أو جمعية أو منظمة أو منشأة إذا كانت الدولة أو إحدى الهيئات العامة تساهم في مالها بنصيب ما بآية صفة كانت.

الحماية الجنائية للمحررات الرسمية والأختام الحكومية من التقليد أو التزوير

وأولياء العهود ونوابهم، وغيرها المتعلقة بالدولة كما وردت بالنص، والثانية فهي خاصة بأحكام التجريم والعقاب على تقليد أو تزوير الأشياء الخاصة بالشخص الاعتباري غير الحكومي وهي نفس علة التجريم السابق الإشارة إليها. ⁽¹⁷⁾ وفي ضوء ما سبق نتناول هذا المطلب في فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: محل الجريمة طبقاً لنص المادتين (206، 206مكرراً) ع مصري.

الفرع الثاني: محل الجريمة طبقاً لنص المادتين (211، 212) ع اتحادي.

الفرع الأول: محل الجريمة طبقاً لنص المادتين (206، 206مكرراً) ع مصري

حدد المشرع المصري محل الجريمة موضوع الدراسة على سبيل الحصر، وحدد الأشياء التي تصلح موضوعاً لهذه الجنايات طبقاً لما ورد في نصي المادتين سالفتي الذكر. ونوضح ذلك على النحو التالي:

أولاً: - نطاق التجريم طبقاً لنص المادة (206) ع مصري: يتضمن هذا النطاق تجريم التقليد أو التزوير في خمس فئات نبينها فيما يلي:

الفئة الأولى: الأمر الجمهوري أو القانون أو المرسوم أو القرار الصادر من الحكومة: لأهمية تلك المحررات فقد أشار إليها المشرع بتلك الألفاظ السابقة إلى نوع معين من المحررات الرسمية الذي له قدر كبير من الأهمية القانونية والإدارية، والتي تتضمن تعبيراً عن سلطة وإرادة الدولة في شأن تختص به، وتفهم هذه الألفاظ وفق معانيها المستقرة في القانون العام. وقد أراد المشرع بها أن يشير إلى جميع الأعمال الإرادية المهمة للدولة على اختلاف مراتبها وتدرجها، وقد أشار أحد الآراء الفقهية إلى أن تعبير "قرار صادر عن الحكومة" تعبير متسع الدلالة إذ يشمل كل ما يصدر باسم الدولة من تعبير عن إرادتها عن طريق هيئة رسمية أو موظف عام. ⁽¹⁸⁾

الفئة الثانية: خاتم الدولة، أو إمضاء رئيس الجمهورية أو ختمه: لخصوصية وذاتية خاتم الدولة

¹⁷ نصت المادة 211 ع إتحادي المعدلة بالمرسوم بقانون 7 لسنة 2016م على أنه: يعاقب بالسجن المؤقت مدة لا تقل عن خمس سنوات كل من قلد أو زور بنفسه أو بواسطة غيره خاتم الدولة أو إمضاء رئيس الدولة أو أيًا من حكام الإمارات وأولياء عهدهم ونوابهم، أو أحد الأختام أو الطوابع البريدية أو المالية، أو علامات الحكومة ودوائرها أو إدارتها، أو إحدى الجهات التي ورد ذكرها في المادة 5 من هذا القانون، أو خاتم أو إمضاء أو علامات أحد موظفيها أو الدمغات الحكومية للذهب أو الفضة أو غيرها من المعادن الثمينة أو الأحجار الكريمة... إلخ، كما نصت المادة 212 ع إتحادي على أنه: إذا كانت الأختام أو الطوابع البريدية أو المالية أو العلامات التي وقعت في شأنها الجرائم المبينة في المادة السابقة خاصة بشخص اعتباري غير ما ذكر بها كانت العقوبة الحبس.

¹⁸ د/ مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات - القسم الخاص، دار سلامة للنشر، القاهرة، طبعة مزيده، ط 2017م، ص 412.

الحماية الجنائية للمحررات الرسمية والأختام الحكومية من التزوير

(شعار الجمهورية)، وأيضاً إمضاء رئيس الجمهورية أو ختمه، فقد وردت تلك الأشياء على سبيل الحصر؛ لأهميتها في كافة طرق الإثبات، وخاتم الدولة يراد به خاتمها الرئيسي الذي يحمل شعارها، ويعني وضعه على محرر لالتزام الدولة بما تضمنه، وتختتم الدولة على المعاهدات وكافة القرارات أو المراسيم أو القرارات الحكومية، ويستوي في التقليد أو التزوير على آلة الختم ذاتها، أو على أثرها المنطبع (بصمة الختم). وسواء يتعلق الأمر بالخاتم الحالي للدولة أو خاتمها السابق. (19)

الفئة الثالثة: ختم أو إمضاء أو علامة أحد موظفي الحكومة: يراد بتلك الأختام أختام أي جهة حكومية (خاتم وزارة الزراعة - الثقافة، مديرية التعليم في محافظة ما، أو غير ذلك)، وتحوز تلك الأختام قسماً من السلطة العامة، وسواء أكانت جزءاً من الحكومة المركزية أم كانت هيئة لا مركزية. ويراد بالتمغة الطابع الذي تحمله بعض الأوراق الرسمية تأكيداً لصفتها، وضماناً لصدورها عن الدولة، كأوراق العرائض والشهادات العلمية، أما العلامات، فيراد بها رموز تعتبر شعاراً لإحدى المصالح، وتعني في الغالب تصرفها على وجه معين إزاء الشيء الذي وضعت عليه. (20)

الفئة الرابعة: أوراق مرتبات أو بونات أو سراكبي أو سندات أخرى صادرة عن خزانة الدولة: يشير المشرع بذلك إلى نوع معين من المحررات الرسمية على سبيل التحديد السابق ذكره، خاصة بالنواحي المالية وهذه الأنواع من المحررات تتميز بخاصيتين: الأولى: أن لها قيمة مالية، والثانية: أنه يقرر مديونية الخزانة العامة إزاء شخص سواء أكان هذا الشخص معيناً باسمه أم كان حامل السند أيًا كان، ويفترض المشرع أن السند صادر عن الخزانة الوطنية، ومن ثم لا تمتد حماية القانون إلى السندات الصادرة عن خزانة أجنبية. (21)

الفئة الخامسة: تمغات الذهب أو الفضة: التمغة في هذا المدلول هي العلامة التي توضع على أحد هذين المعدنين، سواء أكان في صورة سبيكة أم كان مصنعاً في صورة حلي، أو أدوات مخصصة في الاستعمال.

ثانياً - نطاق التجريم طبقاً لنص المادة (206 مكرراً) ع مصري: إن موضوع الجريمة الواردة في نص

¹⁹ يشار في هذا الصدد إلى أن المرسوم الملكي السعودي رقم م/11 وتاريخ 1435/2/18هـ بشأن "النظام الجزائي لجرائم التزوير"، عرف في المادة الأولى منه الخاتم بأنه: الأداة التي تمهر بها المحررات للتوثيق أو الأثر المنطبع عليها..

²⁰ عرف المرسوم الملكي السعودي رقم م/11 وتاريخ 1435/2/18هـ بشأن "النظام الجزائي لجرائم التزوير" في المادة الأولى منه العلامة بأنها: الإشارة أو الرمز التي تستعملها جهة عامة للدلالة على معنى خاص بها يربط أثرًا نظاميًا، بصرف النظر عن نوعها أو شكلها.

²¹ د/ فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، ط23، عام 2012 م، رقم 268، ص227.

الحماية الجنائية للمحررات الرسمية والأختام الحكومية من التقليد أو التزوير

المادة سالفة الذكر، متشابهة مع بعض ما ورد في نص المادة (206) ع، ومختلفة في البعض الآخر، ويتضح الفرق بينهما في صفة الأختام محل الحماية، فمحل الجريمة في المادة (206 مكرراً) ع، هي أختام أو علامات جهات غير حكومية، أما المادة (206) ع فهي خاصة بتزوير الأختام الحكومية، ويضاف إلى ذلك تم استبعاد من نطاق موضوعها ما عدا ذلك، مما نصت عليه كأوراق المرتبات والبنونات والسركي أو سندات الخزنة التي وردت في النص السابق.

وللباحث عدة ملاحظات على النحو التالي:

فمن ناحية أولى: إن المادة (206) ع مصري، هي أول مادة في التجريم والعقاب في الباب السادس عشر من قانون العقوبات المصري الخاص بالتزوير، والمُشرع جمع في هذه المادة بين عدة جرائم في نص واحد لا يوجد بينهما وحدة في الموضوع، ومنها مثلاً جريمة تقليد أو تزوير بعض المحررات الرسمية (كالأمر الجمهوري والقرار والقوانين وأوراق المرتبات)، وغيرها من الجرائم الأخرى مثل (جرائم التقليد أو التزوير في الأختام أو العلامات الحكومية وموظفي الحكومة)، وأيضاً (جرائم تقليد أو تزوير تمغات الذهب أو الفضة)، وكان الأحرى بالمشروع أن يخصص هذه المادة فقط لجرائم تزوير أو تقليد الأختام والعلامات الحكومية والإمضاءات والتوقيعات لموظفي الدولة وغيرها كما هو الحال في التشريع الإماراتي، وترحيل جريمة تزوير الأوامر الجمهورية والمراسيم والقرارات إلى المادة (211) ع مصري باعتبارها من المحررات الرسمية.

يضاف إلى ذلك إمكانية دراسة حذف عبارة (أوراق المرتبات والبنونات والسركي أو سندات الخزنة)، الواردة في نص المادة (206) ع مصري، فهي من وجهة نظرنا عبارة قديمة، وربما قد لا تناسب معطيات الفترة الحالية في عصر (الشمول المالي، والتحول الرقمي)، الذي تنفذه مصرنا الحبيبة الآن، وحكمة الإجراءات المالية عن طريق أساليب صرف المرتبات عبر طرق تكنولوجية، فالتزوير في تلك المحررات إذا حدث الآن فيكون في الغالب الأعم عن طريق وسائل تكنولوجية أيضاً. أو دراسة إمكانية وضعها في نص المادة (211) ع مصري، فربما كانت حماية المشرع الجنائي لها على سبيل الحصر كانت تناسب مرحلة صدور قانون العقوبات المصري عام 1937م.

ومن ناحية ثانية: أخذ المشرع المصري في تقديره للعقاب في نص المادة (206 مكرراً) ع بمعيار (نوع المحرر)، حيث فرق بين حماية الأختام أو العلامات وشركات المساهمة أو النقابات أو الجمعيات التعاونية، والنقابات التي لا تساهم الدولة فيها بنصيب من المال (الشركات الخاصة)، وبين ذات

الشركات إذا كانت الدولة تساهم في مالها بنصيب ما، حيث قدر في الفئة الأولى عقوبة السجن مدة لا تزيد على خمس سنين، ثم شدد المشرع في الفقرة الثانية من ذات المادة بالعقوبة بالسجن مدة لا تزيد عن سبع سنين للتزوير في أختام الشركات التي تساهم الدولة فيها بنصيب من المال ولم يحدد النص قيمة هذا النصيب فيمكن أن يكون كبيراً أو صغيراً، ويعني ذلك أن المشرع أضفى خصوصية معينة على الدولة ومالها وما تشترك معه من شركات بنصيب من مالها، ويحسب له ذلك. حيث اعتمد المشرع في التجريم والعقاب على صفة تلك الأختام وصفة الشركات التي تحملها. (22)

الفرع الثاني: محل الجريمة طبقاً لنص المادتين (211، 212) ع اتحادي

ورد محل الجريمة في التشريع الإماراتي في نص المادتين سالف الذكر، ويمكن تقسيم نطاق التجريم في المادة (211) ع اتحادي المعدلة بالمرسوم بقانون اتحادي رقم (7) لسنة 2016م الخاصة بالحماية القانونية لكافة ما يتعلق بأختام وعلامات الحكومة ورئيس الدولة وأي من حكام الإمارات، وموظفيها من جرائم التقليد أو التزوير سواء أكان تقليدياً أم إلكترونياً، والحماية تشمل الثقة العامة فيما تصدره الدولة من أختام ومحررات وليست حماية المحرر أو الختم ذاته، أما المادة (212) ع اتحادي، فهي خاصة بحماية الأختام دون الحكومية، وبينت المادة ما يصلح لوقوع جريمة تقليد أو تزوير الأختام والعلامات للمصالح الحكومية كما في التشريع المصري، وذلك في عدة فئات على النحو التالي:

الفئة الأولى: خاتم الدولة أو خاتم أو إمضاء رئيس الدولة، أو أي من حكام الإمارات، وأولياء عهدهم ونوابهم. **الفئة الثانية:** أحد الأختام أو الطوابع البريدية أو المالية أو علامات الحكومة ودوائرها أو إداراتها أو إحدى الجهات التي ورد ذكرها في المادة (5) من هذا القانون. **الفئة الثالثة:** خاتم أو إمضاء أو علامات أحد موظفيها. **الفئة الرابعة:** الدمغات الحكومية للذهب أو الفضة. أو غيرها من المعادن الثمينة أو الأحجار الكريمة. (23)

²² ويؤكد وجهة نظر الباحث الطعن المصري رقم 7704 لسنة 66ق، جلسة 12 أبريل لعام 1998م. طعن منشور على البوابة الإلكترونية لمحكمة النقض المصرية على موقعها الإلكتروني، تاريخ زيارة الموقع 2019/5/2م.

²³ تجدر الإشارة إلى أن القانون المصري رقم 15 لسنة 2002 م المعدل للقانون رقم 68 لسنة 1976م بشأن الرقابة على المعادن الثمينة والأحجار ذات القيمة حيث تضمن أيضاً عقوبات على التزوير في تمغات الذهب أو الفضة، حيث نصت المادة 20 منه على أنه: مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليه في قانون آخر. 1- يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تتجاوز خمسين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أحدث بغرض غير مشروع بالمشغولات بعد دمجها تغييراً يجعلها غير مطابقة للعيار المدموغ، أو تعامل بها مع ثبوت علمه بذلك.... إلخ، ويعني ذلك أن المشرع جعل التزوير في الدمغة جنحة وليست جنابة كما هو وارد في نص المادة 206ع، وبفهم من صريح نص المادة 20 أن المادة الواجبة التطبيق في هذه الحالة هي المادة 206 ع تطبيقاً للفقرة الأولى من النص الذي تضمنه مع عدم الإخلال بعقوبة أشد. حيث وردت عبارة مع عدم الإخلال بعقوبة أشد.. التي يفهم منها أن القانون الواجب التطبيق

ومنعاً للتكرار فقد سبق في البند (أولاً) من الفرع الأول شرح نفس تلك المجموعات الواردة في التشريع المصري، مع اختلاف بسيط في بعض المسميات المرتبطة بالنظام الإداري في دولة الإمارات الشقيقة، وجميع ما ورد يستدل على مفهومها من ألفاظها. ويضاف إلى ذلك أن موضوع الجريمة في التشريع الإماراتي وهو تزوير الأختام والعلامات غير الحكومية في المادة (212) ع اتحادي جاءت مختصرة وعامة دون تفصيل بعبارة (.....خاصة بشخصية اعتبارية....). وأيضاً خروج جريمة تزوير العلامات التجارية من نطاق نص تلك المادة، وسندنا القانوني في ذلك وجود قانون خاص ينظم تلك الجزئية. (24)

ومن وجهة نظر الباحث هناك عدة ملاحظات على النحو التالي:

فمن ناحية أولى: إن نص المادة (211) ع اتحادي المعدلة ورد عاماً، فيستوي من يقوم بهذا الفعل الإجرامي بالتقليد أو التزوير لخاتم الدولة أو إمضاء رئيس الدولة أو حكام الإمارات وكل ما ورد بالنص، (أجنبياً). موظفاً عاماً أم من آحاد الناس من داخل البلاد أم من خارجها ويؤكد ذلك عبارة : (يعاقب بالسجن المؤقت مدة لا تقل عن خمس سنوات كل من قلد أو زور بنفسه أو بواسطة غيره خاتم الدولة أو خاتم أو إمضاء رئيس الدولة.... إلخ) الواردة بالنص. وكان النص قبل تعديله بالمرسوم بقانون (7) لسنة 2016م كانت العقوبة غير محدد لها حداً ادني، ثم جاء المشرع في التعديل الأخير بتحديد حد أدنى وهو السجن مدة لا تقل عن خمس سنوات؛ إدراكاً من المشرع بخطورة تلك الجرائم على أمن الدولة. (25)

في تلك الحالة هو نص المادة 206ع، وليس قانون الرقابة على المعادن الثمينة والأحجار ذات القيمة.. تنفيذاً لنص المادة 20 من قانون الرقابة على المعادن.

²⁴ وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن جرائم التزوير في العلامات التجارية المنصوص عليها في القانون الاتحادي رقم 37 لسنة 1992م بشأن: العلامات التجارية المعدل بالقانون رقم 19 لسنة 2000م والمعدل بالقانون رقم 8 لسنة 2002م والمكون من 50 مادة يخرج عن تطبيق نص المادة 212 ع اتحادي، حيث إنها غير خاصة بتزوير العلامات التجارية، وقد نصت المادة 37 من هذا القانون على أنه: يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تقل عن خمسة آلاف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين: 1- كل من زور علامة تجارية تم تسجيلها طبقاً للقانون أو قلدها، بطريقة تدعو لتضليل الجمهور سواء بالنسبة للسلع أو الخدمات التي تميزها العلامة الأصلية أو تلك التي تماثلها، وكل من استعمل علامة تجارية مزورة أو مقلدة مع علمه بذلك... إلخ، يفهم من صريح هذا النص أن تزوير العلامات التجارية تخرج عن نطاق تطبيق المادتين 212، 211 ع اتحادي، حيث أن نص المادة 37 من قانون العلامات التجارية هو نص خاص بتزوير العلامات التجارية فقط غير العلامات الخاصة بالحكومة الواردة في نص المادة 211 ع اتحادي، وهو الأولي بالتطبيق، وذلك تطبيقاً للقاعدة العامة الخاص بقيد العام. ويتطبيق ذلك قضائياً، وما يؤكد وجهة نظرنا بشأن تزوير العلامات التجارية انظر: المحكمة الاتحادية العليا: الطعن رقم 120 لسنة 2015م جزائي جلسة 26 من مايو 2015م. طعن منشور على موقع مدونة قانون الإمارات، تاريخ زيارة الموقع 2019/5/15م.

²⁵ ويقارن نص المادة 211 ع اتحادي المعدلة بالمرسوم بقانون اتحادي رقم 7 لسنة 2016م ببعض النصوص القانونية المماثلة في بعض دول مجلس التعاون الخليجي، تبين أن هذا النص أكثر ردة على مستوى بعض التشريعات الخليجية، ويقابله على سبيل المثال لا الحصر مثلاً نص المادة الثالثة من المرسوم الملكي السعودي م/11 وتاريخ 1435/2/18هـ الخاص بالنظام الجزائي لجرائم التزوير السعودي، والتي نصت على أنه: من زور خاتم الدولة أو خاتم الملك أو ولي العهد أو رئيس مجلس الوزراء أو أحد نوابه أو خاتم الديوان الملكي أو ديوان ولي العهد

ومن ناحية ثانية: توسع المشرع الاتحادي في نطاق التجريم لتقليد تمغات المعادن غير الذهب والفضة، وهي من المعادن وليست من المحررات أكثر من التشريع المصري الذي اقتصر فيه الحماية على معدني (الذهب والفضة) فقط، أما المشرع الإماراتي فقد شمل حمايته عدة معادن ثمينة خلاف الذهب والفضة، ويؤكد ذلك إضافته عبارة (أي معادن ثمينة أو أحجار كريمة).⁽²⁶⁾، وربما أراد المشرع الاتحادي إضفاء حماية أكثر لتلك الأشياء أيضاً؛ لأهميتها وقيمتها المالية وشيوع تجارة تلك المعادن الثمينة في الإمارات التي تمثل دخلاً كبيراً للدولة، ويؤكد على ذلك النص عليها في المادة (211) ع اتحادي المعدلة، ولم يوضح النص تحديداً ما يعتبر من المعادن الثمينة أو من الأحجار الكريمة، وربما ترك ذلك لتقدير الفقه والقضاء.

ومن ناحية ثالثة: أخذ المشرع الاتحادي أيضاً بمعيار (نوع المحرر) إذ فرق بين ما هو حكومي وغير حكومي، ويؤكد ذلك نص المادة (212) ع اتحادي التي وردت مختصرة جداً وجامعة، وهي خاصة بحماية نفس الأختام والعلامات والطوابع الواردة في المادة (211) ع اتحادي المعدلة ولكن غير الحكومية -من جرائم التقليد أو التزوير-، وعبر عنها المشرع الاتحادي بلفظ قد يبدو شاملاً لكل الشركات غير الحكومية بلفظ (شخص اعتباري)، ووصف الاعتداء علي أختامها أو علاماتها بالجنحة، وقدر لها عقوبة الحبس، على عكس تقليد أو تزوير الأختام الحكومية التي وصفها بالجنابة، وقدر عقوبة تزويرها أو تقليدها بالسجن المؤقت.

يعاقب بالسجن من ثلاث إلى عشر سنوات وغرامة لا تزيد على مليون ريال. أما في التشريع الإماراتي فالعقوبة السجن المؤقت، أما عقوبة الغرامة في النظام الجزائي السعودي فهي عقوبة مغلظة ولا تجد غرامات في التشريع الإماراتي في نص المادة 211 ع ، أما في قانون الجزاء الكويتي رقم 16 لسنة 1960م وتدخلاته فقد نصت المادة 258 على أنه: كل من ارتكب تزويراً يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات وغرامة لا تتجاوز ثلاثة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين، ونصت المادة 2/259 جزاء على أنه: ...وإذا ارتكب التزوير في المحرر الرسمي من الموظف المكلف بإثبات البيانات التي غيرت الحقيقة فيها، كانت العقوبة الحبس مدة لا تتجاوز عشر سنوات... إلخ.²⁶ يشار في هذا الصدد إلى القانون الاتحادي رقم 11 لسنة 2015م الصادر في 2015/11/3م والذي ألغى القانون الاتحادي رقم 9 لسنة 1993م، بشأن " الرقابة على الاتجار في الأحجار ذات القيمة والمعادن الثمينة ودمغها"، والقانون مكون من 31 مادة وورد في المادة الأولى منه تعريف الأحجار ذات القيمة بأنها: الأحجار الكريمة الطبيعية - العضوية - غير العضوية، والأحجار الكريمة الصناعية، والأحجار شبه الكريمة... إلخ، وقد نصت المادة 20 من القانون على أنه: يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين وبالغرامة لا تقل عن 5000.000 خمسمائة ألف درهم، ولا تتجاوز 1000.000 مليون درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين 1- كل من دمغ الأصناف المشغولة بدمغات مزورة. 2- كل من باع أو عرض للبيع أو حاز بقصد البيع الأصناف المشغولة أو تعامل فيها مع علمه بتزوير الدمغة..... إلخ. ويرى تعديل هذه المادة بإضافة عبارة مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد ترد في أي قانون آخر في بداية هذا النص حتى تتمكن المحكمة من تطبيق نص المادة 211 ع اتحادي على جريمة تزوير الدمغات الواردة في هذا النص، ويرى الباحث: أن هذا القانون اعتبر التزوير في دمغات المعادن الثمينة جنحة وعاقب على ذلك الحبس والغرامة المشددة كما أوضحنا، بينما في نص المادة 211 ع اتحادي المعدلة اعتبرت ذلك جنابة، وقدر المشرع العقوبة بالسجن المؤقت وهي عقوبة رادعة.

المطلب الثاني: الركن المادي

الركن المادي⁽²⁷⁾ للجريمة بصفة عامة هو " الواقعة المادية محل التأثيم" أو هو مظهرها الخارجي أو كيانها المادي، أو هو الماديات المحسوسة في العالم الخارجي كما حددها نص التجريم، أو هو السلوك الإجرامي الذي يجعله التشريع سبباً للعقاب عليه، فكل جريمة لابد لها من ماديات تتجسد فيها الإرادة الإجرامية لمرتكبها؛ تطبيقاً للقاعدة القانونية "أنه لا جريمة بغير ركن مادي".⁽²⁸⁾

ويترتب على الركن المادي للجريمة تدخل المشرع بالعقاب؛ نظراً للنتيجة الخطيرة التي تترتب على الجريمة من إخلال بأمن المجتمع، ولأسيما إذا كانت الجريمة من جرائم التزوير أو التقليد في المحررات الرسمية والأختام الحكومية، وإذا تخلف الركن المادي للجريمة فلا يمكن الحديث عن سلوك إجرامي، ومما لاشك فيه أن توافر الركن المادي للجريمة، يجعل إثبات الجريمة أمراً سهلاً وميسوراً.⁽²⁹⁾

وتقوم كل جنائية من هذه الجنائيات بأحد الأفعال الآتية:- **التقليد أو التزوير - أو الاستعمال - أو الإدخال في البلاد**. ولا يشترط أن تكون مجتمعة بل تقوم الجريمة بتوافر أي من الأفعال السابقة. ويفترض الركن المادي لكل جنائية نتيجة، وعلاقة سببية تربط بين النتيجة والفعل. وتتمثل النتيجة في الأثر المترتب على أحد الأفعال السابقة: وجود شيء مقلد أو مزور، أو استعماله بعد ذلك وجعله في حيازة جديدة، أو إدخال تلك الأشياء المقلدة إلى داخل البلاد.⁽³⁰⁾ وفي ضوء ما سبق نتناول هذا المطلب في أربعة فروع على النحو التالي:

الفرع الأول: التقليد أو التزوير في الأختام الحكومية. الفرع الثاني: استعمال المحررات والأختام المزورة أو المقلدة. **الفرع الثالث: إدخال المحررات والأختام المزورة أو المقلدة في البلاد.** **الفرع الرابع: النتيجة الإجرامية.**

الفرع الأول: التقليد أو التزوير في الأختام الحكومية

تعتبر أفعال التقليد أو التزوير المشار إليها الصورة الأولى للسلوك الإجرامي لهذه الجرائم في

27 نصت المادة 31 عقوبات اتحادي على أنه: يتكون الركن المادي للجريمة من نشاط إجرامي بارتكاب فعل أو الامتناع عن فعل متى كان هذا الارتكاب أو الامتناع مجزماً قانوناً.

28 د/ مأمون محمد سلامة، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، ط 2000 م، ص 123، د/ فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات - القسم العام، مطابع السعدني، الإسكندرية، ط 2003 م، ص 281.

29 د/ سامح السيد جاد، شرح قانون العقوبات - القسم العام، النظريات العامة للجريمة والعقوبة والتدبير الاحترازي، د ن، ط 2007/2008 م، ص 202.

30 د/ رمسيس بهنام، قانون العقوبات، جرائم القسم الخاص، مرجع سابق، رقم 694، ص 768، د/ مأمون محمد سلامة، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، مرجع سابق، ص 420.

الحماية الجنائية للمحررات الرسمية والأختام الحكومية من التزوير

التشريع المصري في نص المادة (206) ع مصري، وفي هذا الإطار تعتبر الأختام الحكومية وخاتم شعار الدولة اعتمادًا للمحرر الرسمي الذي تصدره الإدارات الحكومية، وإن تقليد أو تزوير تلك الأختام يضر ضررًا بالغًا بالمستند الحكومي، ويفقد الثقة فيما تصدره الدولة من محررات، سواء أكانت هذه المحررات تقليدية أم إلكترونية، وسواء تم هذا التزوير أو التقليد بأسلوب تقليدي أو إلكتروني، وفي هذا الإطار لم يعرف المشرع المصري التقليد أو التزوير بصفة عامة سواء في المحررات أو الأختام أو العملة، وإنما ترك ذلك لتقدير الفقه والقضاء فالمشرع ليس من وظائفه التعريف.

وهو الأمر ذاته في التشريع الإماراتي حيث نص المادة (211) ع إتحادي المعدلة بالمرسوم بقانون إتحادي رقم (7) لسنة 2016م حيث أن فعلي التقليد أو التزوير للمتهم ذاته أو بوساطة غيره هما أيضًا الصورة الأولى للسلوك الإجرامي للجرائم موضوع الدراسة، ثم بعد ذلك جريمة الاستعمال، والإدخال للأختام الحكومية للدولة المزورة أو المقلدة أو أي شيء مما نص عليه في تلك المادة، يضاف إلى ذلك أن المشرع الاتحادي ميز في العقوبة بين جرائم تقليد أو تزوير أختام الدولة وأختام أي من حكام الإمارات وأولياء العهود ونوابهم أو علامات الحكومة، وبين جرائم تقليد أو تزوير الأختام أو الطوابع الخاصة لشخص اعتباري المادة (212) ع إتحادي إذ في جرائم الفئة الأولى قدر العقوبة (السجن المؤقت مدة لا تقل عن خمس سنوات)، بينما في الفئة الثانية فالعقوبة (الحبس)⁽³¹⁾، وربما يرجع ذلك لخطورة جرائم التقليد أو التزوير للفئة الأولى على الثقة العامة في أختام ومحررات الدولة، ونوضح ذلك على النحو التالي:

أ- **التقليد في اللغة:** معناه المحاكاة ويقع على المحررات والأختام والعملات الورقية والمعدنية، ويعد أكثر الوسائل شيوعًا من الناحية العملية. والتقليد في مدلوله العام: هو صناعة شيء على مثال شيء آخر، أو اصطناع محرر على مثال الأشياء أو المحررات التي يشملها القانون بحمايته، أي إعطاء الشيء أو المحرر شكله المقرر له - قانونًا أو عرفًا - لو كان صحيحًا.

ب : **التزوير في اللغة:** فهو مصدر الفعل (زور)، وزور عليه كذا وكذا: نسب إليه شيئًا كذبًا

31 انظر: نص المادة 211 ع إتحادي المعدلة، ويشار في هذا الصدد بالمقارنة بأحد التشريعات الخليجية، ومنها على سبيل المثال لا الحصر إلى ما ورد في النظام الجزائي السعودي لجرائم التزوير الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/11 وتاريخ 1435/3/18هـ، حيث نصت المادة 4 على أنه: من زور خاتمًا أو علامة منسوبة إلى جهة عامة، أو أحد موظفيها بصفته الوظيفية، أو زور خاتمًا أو علامة لها حجية في المملكة عائدة لأحد أشخاص القانون الدولي العام أو لأحد موظفيه، يعاقب بالسجن من سنة إلى سبع سنين، وبغرامة لا تقل عن سبعمائة ألف ريال.

وزور إمضاءه أو توقيعه: قلَّده. ⁽³²⁾ ، ويعني التزوير فقهاً: إدخال التغيير على الشيء أو المحرر الصحيح أصلاً، سواء تعلق التغيير بالكتابة التي يحملها أو بالرموز والإشارات أو الرسوم أو الشكل العام له؛ ويهدف الجاني بالتزوير إلى جعل الشيء أو المحرر محققاً لمصلحة له ما كان يحققها لو ظل على أصله صحيحاً. ويكفي لقيام الجريمة ارتكاب أحد الفعلين. ⁽³³⁾

وأجمع بعض من الفقه على أن التقليد بصفة عامة يعني صنع محرر، بختم غير صحيح لم يكن له من قبل وجود أصلاً، بطريقة تجعله مشابهاً لمحرر أصلي وختم أصلي، ولا يفرق المشرع المصري وأيضاً الإماراتي بين تقليد استخدمت فيه الأساليب الفنية الحديثة وتقليد بالوسائل التقليدية، مادام من شأنه أن يندفع به الناس. ⁽³⁴⁾

ويري الباحث: أن التقليد في المحررات والأختام أمر متصور وطبيعي، أما التزوير في الأختام المعدنية الحكومية وهو خاتم شعار الدولة مثلاً فهو ربما قد يكون أمراً صعباً، أما التقليد أو الاصطناع له فهو أمر متصور، وسند الباحث في ذلك أن التزوير كما أوضحنا هو تعديل في أصل شيء من الأشياء كان في الأصل صحيحاً، وينطبق بصورة أكثر على المحررات دون الأختام، إذ كيف يمكن تعديل بصمة خاتم الدولة المعدني بتزويره إذ من الممكن في حالة تزويره يمكن إتلافه، لكن يمكن تقليده بسهولة باصطناع بصمة خاتم على شكل الخاتم الأصلي سواء أكان باستعمال (الكاوتش أو الكربون الزفر)، وهي وسائل تقليدية في التقليد، وهذا يسمى تقليداً لا تزويراً، وهذه نقطة مهمة إذ يتم الخلط دائماً بين التقليد والتزوير، ما سبق بيانه يتم بالطرق التقليدية، أما بالطرق التكنولوجية فالتقليد هو الأصل في الأختام الحكومية وغير الحكومية والمحررات، وذلك يتم عن طريق برامج معينة لسحب نسخة أصلية من بصمة الختم أو المحرر عن طريق ماسح ضوئي، وتقليدها باستخدام طابعات ملونة. واستخدامها بعد ذلك للغرض المرجو منه. وهذه الطريقة هي الأكثر انتشاراً. ⁽³⁵⁾

³² المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، دار الجمهورية للصحافة، ج 1، ط 3، ط 1985م، مادة ز.و.ر، ص 421.

³³ د/ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية، مرجع سابق، رقم 289، ص 228.

³⁴ د/ عبد المهيمن بكر، القسم الخاص - قانون العقوبات، الطبعة السابعة، ط 1977م، د ن، رقم 157، ص 427. ، د/ محمود نجيب حسني، الموجز في شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، مرجع سابق، رقم 246، ص 148، د/ رعوف عبيد، جرائم التزوير والطباعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة ط 1978م، ص 10. د/ حامد عبد الحكيم راشد، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، الجزء الأول، ط 2003/2002م، ص 191.

³⁵ وتجدر الإشارة إلى أن الطريقة التكنولوجية لتقليد الأختام بينتها محكمة النقض المصرية في أحد الطعون المقدمة إليها، خاصة بقضية تزوير توكيلات رسمية، ورد بالطعن: ... وأن نتيجة الفحص الفني أثبتت أن طريقة تقليد أختام شعار الجمهورية، والأختام الكودية لمكاتب الشهر العقاري تمت بواسطة طابعة كمبيوترية ملونة تعمل بتقنية نفث الحبر، وتم ذلك بأخذ نماذج من الأختام الخاصة بمكاتب التوثيق بواسطة جهاز الماسح الضوئي إسكندر المرفقة بجهاز الحاسب الآلي، حيث تظهر صورة الأختام على شاشة الجهاز، ثم يتم عمل إطار على الأختام المراد

وتطرح الدراسة التساؤل المهم: هل تقوم جريمة التزوير في المحركات والأختام إذا كان ظاهراً بحيث لا يمكن أن يندفع به الشخص العادي؟

والإجابة عن ذلك: ورد في أحد طعون محكمة النقض المصرية الحديثة، وورد بالطعن : (ومن المقرر أن التزوير في المحركات والتقليد في الأختام إذا كان ظاهراً بحيث لا يمكن أن يندفع به أحد فلا عقاب لانعدام الضرر..... وورد بالطعن أيضاً ... وقد أظهر الفحص الفني أن المحركات المضبوطة مصنوعة على غرار المحركات الصحيحة الصادرة من الجهات الحكومية آنفة البيان، وذيلها بتوقيعات نسبها زوراً إلى المختصين لتلك الجهات، ومهرها ببصمة خاتم مقلد لخاتم شعار الجمهورية، فإن ذلكما يحقق مراد الشارع من بيان مؤدى المحركات المزورة، ويضحي منحى الطاعن في هذا الشأن في غير محله. ولما كان ذلك وكان من المقرر أنه لا يشترط في جريمة التزوير أن تكون صدرت فعلاً من الموظف المختص بتحريرها، بل يكفي لتحقيق الجريمة - وهو السائد في حالة الاصطناع- أن تعطي الورقة المصطنعة شكل الأوراق الرسمية ومظهرها، ولو نسب صدره كذباً إلى موظف عام للإيهام برسميتها، وكفي في هذا المقام أن تحتوي الورقة على ما يفيد تدخل الموظف في تحريرها بما يوهم أنه هو الذي باشر إجراءاته في حدود اختصاصه. وقد تم قبول الطعن شكلاً وفي الموضوع برفضه).⁽³⁶⁾

وتطرح الدراسة التساؤل الآخر: هل يشترط في جريمة تقليد الأختام والعلامات الحكومية أن يقوم المتهم بالتقليد بنفسه؟ **والإجابة عن ذلك:** ورد في أحد طعون محكمة النقض المصرية، حيث ورد بالطعن أنه: (لا يشترط في جريمة التقليد المنصوص عليها في المادة (1/206)ع مصري أن يكون الجاني قد قلد بنفسه علامة من علامات الحكومة، بل يكفي أن يكون التقليد قد تم بواسطة غيره ما دام أنه كان

تقليدها، ثم يتم عمل إطار على الأختام المراد تقليدها، ثم يتم قص هذا الإطار وما به من أختام والاحتفاظ به في ملف مستقل، ثم يتم عقب ذلك الدخول إلى برنامج خاص بمعالجة الصورة والتحكم في درجة اللون ودرجة نقاء الصورة، ثم يتم استخدام تلك الإمكانيات الفنية لتظهر صورة الختم، كما لو كان هذا الختم هو بالفعل خاتم مكتب التوثيق، وعقب ذلك يتم وضع نماذج التوكيلات في طابعة الكمبيوتر، ثم إعطاء أمر طباعة للأختام عقب التحكم في مواصفاتها بالوجه المراد أن تظهر عليها... إلخ لمزيد من التفاصيل انظر: الطعن المصري رقم 13169 لسنة 2019، جلسة 18 مايو 2006م، طعن منشور على البوابة الإلكترونية لمحكمة النقض المصرية على موقعها الإلكتروني، تاريخ زيارة الموقع 2019/5/6. وترجع وقائع هذه القضية إلى اتهام النيابة العامة في الجناية رقم 6038 لسنة 2013م قسم... ضد... بوصفه أنه في غضون عام 2013م 1- وهو ليس من أرباب الوظائف العامة اشترك بطريق الاتفاق والمساعدة مع آخر مجهول في إثبات - تزوير في محركات رسمية خطاب المنسوب إلى وكان ذلك بطريق الاصطناع، فقام المجهول باصطناعها على غرار المحركات الصحيحة الصادرة من الجهات الحكومية، وزيلها بتوقيعات نسبها زوراً من الجهات الحكومية إلى المختصين لتلك الجهات، ومهرها ببصمة خاتم مقلد لخاتم شعار الجمهورية. 2- اشترك وآخر مجهول في تقليد خاتم شعار الجمهورية المنسوب صدرها للجهات المشار إليها سلفاً، ومهر المستندات موضوع الاتهام واستولى على مبلغ مليون وثلاثمائة ألف جنيه من المعني عليه بأن قام ببيع العين وغير المملوكة له للأخر بموجب المحركات المزورة، وحكمت المحكمة بالسجن المشدد لمدة خمس سنوات، وقام بالطعن على هذا الحكم وقبيلت المحكمة الطعن شكلاً وفي الموضوع برفضه. لمزيد من التفاصيل انظر: الطعن المصري رقم 32788 لسنة 85، جلسة 2017/11/25 طعن منشور على الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض، تاريخ زيارة الموقع 2019/5/5م،

مساهمًا معه فيما قارفه، فقد ساوى المشرع بين من قلد بنفسه علامة من علامات الحكومة، وبين من يرتكب ذلك بواسطة غيره، مما يجعل مرتكب التقليد في الحالتين فاعلاً للجريمة، وكان من المقرر أنه لا يلزم أن يتحدث الحكم صراحةً واستقلالاً عن كل ركن من أركان التقليد.⁽³⁷⁾

ويرى الباحث: إن هذا الحكم قد طبق صحيح القانون في التشريع المصري طبقاً لنص المادة (206) ع مصري، والمادة (211) ع اتحادي الذي ورد بهما أن يقوم التزوير سواء بنفس المتهم أو بواسطة غيره.

أما في قانون العقوبات الفرنسي الحالي: فقد نصت المادة 444-1 المعدلة بالقانون رقم 1544 لسنة 2007م على أنه: (تزوير أو تقليد الأختام الخاصة بالدولة أو الدمغات الوطنية أو الشعارات أو العلامات الذهبية أو الفضية أو البلاطينية أو النقدية يعاقب عليها بالحبس لمدة عشر سنوات والغرامة (150,000) يورو.⁽³⁸⁾

كما نصت المادة 444-3 ع فرنسي على أنه: (يعاقب بالحبس خمس سنوات والغرامة 75,000 يورو : 1- تزوير أو تقليد الأختام أو الدمغات أو العلامات التي تخص احد سلطات الدولة الثلاثة. 2- كل من زور أو قلد مستندات تحمل شعار إحدى السفارات أو الإدارات العامة. 3- كل من زور أحد الطابع أو العلامات التي تشهد بدخول الشخص المزور أحد مستشفيات الدول الأجنبية).⁽³⁹⁾ .

الفرع الثاني: استعمال المحررات والأختام المقلدة أو المزورة

يعتبر استعمال المحررات أو الأختام المزورة أو المقلدة مع العلم بأمر تزويرهما، الصورة الثانية من

³⁷ طعن مصري رقم 11843 لسنة 61 ق، جلسة 19 ديسمبر 1993م، مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني، ص1196. وأيضاً الطعن رقم 24120 لسنة 74، جلسة 2012/3/15م، س63، ص286، ق44. طعون منشورة على البوابة الإلكترونية لمحكمة النقض المصرية. تاريخ الزيارة 2019/5/5م.

38 Art 444-1 du code pénal "La contrefaçon ou la falsification soit du sceau de l'Etat, soit des timbres nationaux, soit des poinçons servant à marquer les matières d'or, d'argent ou de platine, ou l'usage de ces sceaux, timbres ou poinçons, contrefaisants ou falsifiés, est punie de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende.

39 Art 444-3 du code pénal "1° Sont punies de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende : La contrefaçon ou la falsification des sceaux, timbres ou marques d'une autorité publique, ou l'usage de ces sceaux, timbres ou marques, contrefaisants ou falsifiés ; 2° La contrefaçon ou la falsification des papiers à en-tête ou imprimés officiels utilisés dans les assemblées instituées par la Constitution, les administrations publiques ou les juridictions, la vente, la distribution ainsi que l'usage de ces papiers ou imprimés ainsi contrefaisants ou falsifiés ; 3° La contrefaçon ou la falsification d'estampilles et de marques attestant l'intervention des services d'inspection ou de surveillance sanitaire de la France ou d'un pays étranger.

صور السلوك الإجرامي للركن المادي في الجرائم موضوع الدراسة، وتعتبر جريمة مستقلة بذاتها بنص المادة (206) ع مصري، والمادة (2/211) ع اتحادي المعدلة، ونوضح ذلك على النحو التالي:

أ - مفهوم الاستعمال بصفة عامة: يقصد به استعمال المحرر المقلد أو المزور، وما عليه من بصمات لأختام مزورة أو مقلدة مع العلم بأمر التزوير، ويعني ذلك التقدم به إلى موظف عام وقبوله لغرض ما، وهو المرحلة اللاحقة لجريمة التقليد أو التزوير إذ بدون الاستعمال لا يتحقق الغرض من التقليد أو التزوير، وعرف الاستعمال أيضاً بأنه: (هو كل نشاط يدفع به الشيء أو المحرر المقلد أو المزور لتحقيق غرض من شأنه أن يحققه).⁽⁴⁰⁾

وصور الاستعمال عديدة إذ تضم جميع الأفعال التي يستخدم بها المحرر في غرض يصلح لتحقيقه، سواء تمثل في جلب منفعة للجاني أو لغيره، أو إلحاق الضرر بشخص طبيعي أو معنوي. فيعد استعمالاً كل من البصم بخاتم مقلد لمصلحة حكومية أو غير حكومية على ورقة يراد نسبة صدورها إليها، أو وضع تمغة الذهب أو الفضة على سبيكة من معدن سواهما، ووضع علامة المحرر الرسمي المزورة على ذبيحة لم تذبح فيه مثلاً، والتقدم بسند مزور على الخزنة لقبض مبلغه أو بيعه أو عرضه للبيع.⁽⁴¹⁾

ب: استعمال الأختام المزورة أو المقلدة في التشريع المصري: وردت جريمة الاستعمال للأختام الحكومية المقلدة أو المزورة مستقلة عن جريمة التزوير أو التقليد ذاتها كما في نص المادة (206) ع، وقدّر المشرع العقوبة لها بالسجن المشدد أو السجن على استعمال الأختام والمحررات الرسمية الحكومية المقلدة أو المزورة، واشترط في العقاب أن يعلم شخص المتهم بتزويرها، أما في نص المادة (206) مكرراً ع الخاصة بنفس جرائم التزوير الواردة في نص المادة السابقة فقد وردت للتجريم والعقاب لشركات المساهمة التي تشترك الدولة معها بنصيب من المال، وغيرها التي لا تشترك فيها الدولة بجزء من المال، ولم يرد بذات المادة شرط العلم بالتزوير من جانب المتهم، والفرق بين تلك المادتين هو التفاوت في العقوبة بينهما، حيث قدر المشرع عقوبة محددة ووضع حداً أقصى للسجن وهي السجن مدة لا تزيد عن خمس سنين، والسجن مدة لا تزيد عن سبع سنين كما ورد بنص المادة (206 مكرراً ع). بينما العقوبة في نص المادة (206) ع هي السجن المشدد أو السجن.

وفي هذا الإطار أرسيت محكمة النقض المصرية مبدأ في ذلك مفاده: (.....وكان من المقرر أنه

⁴⁰ د/ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية، مرجع سابق، رقم 299، ص 229.

⁴¹ د/ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - المرجع سابق، رقم 299، ص 230.

لا تقوم جريمة استعمال الورقة المزورة إلا بثبوت علم من استعمالها بأنها مزورة، ولا يكفي مجرد أنه تمسك بها أمام الجهة التي قدمت لها، مادام لم يثبت أنه هو الذي قام بتزويرها أو شارك في هذا الفعل..... إلخ).⁽⁴²⁾

ج: استعمال الأختام المزورة أو المقلدة في التشريع الإماراتي: نصت المادة (2/211) ع إتحادي المعدلة بالمرسوم بقانون رقم (7) لسنة 2016 م على جريمة استعمال الأختام الحكومية المقلدة، وغيرها مما ورد بالنص وهي الصورة الثانية للسلوك الإجرامي كما في التشريع المصري، يضاف إلى ذلك أن المشرع الإماراتي فرق بين جريمة استعمال الأختام والإمضاءات الواردة على سبيل الحصر الخاصة برئيس الدولة وأولياء العهود وكل ما ورد بالنص، وبين ما عداها من جرائم تزوير الأختام والتوقيعات والعلامات الخاصة الأخرى المتعلقة بالشخصيات الاعتبارية المنصوص عليها في نص المادة (212) ع إتحادي، فالعقوبة في جرائم التزوير أو الاستعمال للفئة الأولى هي السجن المؤقت مدة لا تقل عن خمس سنوات، أما العقاب في جرائم الفئة الثانية فقدر المشرع العقوبة لها بالحبس، وقد اشترط أيضاً للعقاب في الفئتين علم المتهم بأمر التزوير. فربما اعتمد المشرع ذلك في العقاب على معيار درجة الخطورة الناتجة عن التزوير في كل منهما، وحسباً ما فعل.

د: استعمال الأختام المزورة أو المقلدة في التشريع الفرنسي: نصت المادة 444-2 من قانون العقوبات الفرنسي الحالي على أن: (استخدام الأختام المزورة التي تخص الدولة، والدمغات الوطنية والعلامات يعاقب مرتكبها بالحبس سبع سنوات، والغرامة مائة ألف يورو).⁽⁴³⁾

وفي هذا الإطار فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 3 مايو 2012م بأن: (استخدام المستند المزور، وتقديمه إلى إحدى الجهات القضائية كدليل إثبات للحق محل الادعاء يمثل الركن المادي للجريمة).⁽⁴⁴⁾ . وفي فرنسا يعتبر التزوير من الأفعال الإرادية.⁽⁴⁵⁾

⁴² الطعن المصري رقم 11624 لسنة 4ق، جلسة 2013/11/20م، والطعن المصري رقم 7955 لسنة 87 جلسة 2018/2/11م.

43 Art 444-2 du code pénal "...L'usage frauduleux du sceau de l'Etat, des timbres nationaux ou des poinçons servant à marquer des matières d'or, d'argent ou de platine est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende.

⁴⁴ Crim, 3 mai 2012, N° de pourvoi: 11-82431

<https://www.legavox.fr/blog/maitre-haddad-sabine/faux-usage-faux-autre-22647.pdf> visité en data 1/5/2019

45 Sabine HADDAD , Faux et usage de faux , publié le 30/01/2017

<https://www.legavox.fr/blog/maitre-haddad-sabine/faux-usage-faux-autre-22647.pdf> visité en data 1/5/2019

ويرى الباحث: إن جريمة استعمال المحرر المزور بالأختام الممهور بها المقلدة هي النتيجة المنطقية للتزوير، فالمحرر زور لاستخدامه في تحقيق منفعة ما أو مصلحة ما، وليس لإلحاق ضرر ما، وقد يتم استعمال المحرر داخل البلاد أو خارجها، وتجدر الإحاطة إلى نقطه مهمة هي أن استعمال المحرر المقلد أو المزور المنسوب صدوره على غير الحقيقة لأي جهة حكومية داخل الدولة، فإنه يعتبر جنابة تزوير في محرر رسمي طبقاً للقواعد العامة في ذلك، أما إذا ما تم استعماله خارج البلاد فإنه في هذه الحالة يعتبر محرراً أجنبياً (عرفياً) في الدولة التي شرع في استعماله فيها، وهذه النقطة فيها خلاف فقهي كبير - في تقدير - مدى نطاق الحماية الجنائية للمحررات الأجنبية. وسوف يتعرض لها الباحث في المبحث الثاني - إن شاء الله -

الفرع الثالث: إدخال المحررات والأختام المزورة أو المقلدة في البلاد

تعتبر جريمة إدخال المحررات والأختام المزورة أو المقلدة في البلاد مثل المحررات الرسمية، والأختام، والتمغات، والطوابع، وغيرها مما ورد بالنص إلى داخل البلاد - الصورة الأخيرة - للسلوك الإجرامي للجرائم موضوع الدراسة، كما وردت في نص المادة (206) ع مصري، والمادة (2/211) ع اتحادي المعدلة واشترط المشرع العلم بأمر التقليد أو التزوير، وهي جريمة مستقلة سواء في مصر أو الإمارات، عن فعل التقليد أو التزوير للمحرر أو الخاتم، وعقوبتها هي ذات عقوبة التقليد للمحررات أو الأختام الواردة في تلك النصوص، وهي في بعض الأحيان النتيجة المنطقية لتلك الأفعال الإجرامية السابق الإشارة إليها وتروجيها داخل الدولة للراغبين في الحصول عليها ممن تحول بينهم وبين استخراجها موانع قانونية، ويعني ذلك أن عمليات التزوير أو التقليد يتم في دولة ما والإدخال يتم لدولة أخرى، فهي جرائم لاحقة لجريمة أصلية وهي جريمة التقليد أو التزوير.

ويعني الإدخال في البلاد: جعل الشيء المقلد أو المزور يجتاز الحدود السياسية لإقليم الدولة، وبأية وسيلة من وسائل النقل هذا فيما يتعلق بالمحررات والأختام التقليدية، وقد اقتصر المشرعان المصري والإماراتي على تجريم الإدخال للمحررات المقلدة أو المزورة أو الأختام المزورة أو المقلدة في البلاد، ولم يجزما الإخراج منها. فالإخراج من دولة هو ربما يكون بقصد الإدخال في دولة أخرى. ويرى مدارسة تجريم فعل الإخراج للشيء المزور أو المقلد أيضاً من خارج البلاد بشرط العلم بأمر التزوير، وعلى العكس من ذلك فقد جرم المشرعان المصري والإماراتي إدخال أو إخراج العملة من وإلى البلاد في

جرائم تزيف العملة كما في نص المادة (203) ع مصري والمادة (205) ع اتحادي.⁽⁴⁶⁾

وتجدر الإحاطة في المحاكمات الجنائية في جرائم الأختام المقلدة بصفة عامة، يجب على محكمة الموضوع الاطلاع بنفسها على المحرر المزور وهو إجراء جوهري من إجراءات المحاكمة الجنائية، ويؤكد ذلك ما ورد في أحد الطعون المقدمة لمحكمة النقض بأبوظبي، والتي جاء فيها: (لما كان من المقرر أن مسألة إطلاع محكمة الموضوع على المحرر المزور مسألة جوهريّة تتعلق بإجراءات المحاكمة، لما كان ذلك البين من محاضر الجلسات لمحكمة الاستئناف، أنها خلت مما يفيد إطلاعها على المحررين الرسميين المدعى بتزويرهما محل الاتهام عند نظر الدعوى أمامها، إذ أن هذا الإجراء من الإجراءات الجوهريّة للمحاكمة في جرائم التزوير، وواجب على المحكمة أن تمحص الدليل الأساسي للدعوى على اعتبار أن تلك الورقة هي الدليل الذي يحمل شواهد التزوير، ومن ثم يجب عرضها على بساط البحث والمناقشة بالجلسة في حضور المتهم ليبيدي رأيه فيها....الأمر الذي لم تقطن له محكمة الاستئناف، مما يعيب حكمه ويوجب نقضه دون حاجة لبحث أوجه الطعن الأخرى).⁽⁴⁷⁾

الفرع الرابع: النتيجة الإجرامية

النتيجة الإجرامية هي الأثر الذي يترتب على السلوك الإجرامي، وهي العدوان الذي ينال المصلحة أو الحق الذي يقرر له القانون حماية جنائية، وتتمثل النتيجة الإجرامية في تلك الجنايات في الآثار المترتبة على أحد الأفعال السابقة: فهي وجود شيء مقلد أو مزور، أو صيرورته بعد استعماله في حيازة جديدة، أو صيرورته داخل البلاد.⁽⁴⁸⁾

المطلب الثالث: الركن المعنوي لجنايات التقليد أو التزوير أو الاستعمال أو الإدخال للأختام في البلاد

الركن المعنوي بصفة عامة ضروري لقيام الجريمة قانوناً، حيث يضم العناصر النفسية لها، ويعني ذلك أن الجريمة ليست كياناً مادياً خالصاً قوامه الفعل وأثاره فقط، ولكنها كذلك كيان نفسي، ومن ثم استقر في القانون الجنائي الحديث عن ذلك المبدأ الذي يقضى بأن ماديّات الجريمة لا تنشئ مسؤولية ولا

⁴⁶ ولكن إذا أعقب إخراج الشيء أو المحرر من مصر إدخاله ثانية فيها خضع فعل الإدخال للتجريم. انظر: أستاذنا الدكتور/ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص لأحدث التعديلات التشريعية، مرجع سابق، هامش رقم 4، ص229. ود/ مأمون محمد سلامة، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، مرجع سابق، ص418.

⁴⁷ لمزيد من التفاصيل انظر: محكمة النقض بأبوظبي: الطعن 114 لسنة 2016م جلسة 2017/11/10م جزائي س11، ق.أ. حكم منشور على مدونة قانون الإمارات على موقعها الإلكتروني، تاريخ زيارة الموقع 2019/7/5م.

⁴⁸ د/ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية، مرجع سابق، رقم 297، ص227 وما بعدها.

تستوجب عقاباً، ما لم تتوافر إلى جانبها العناصر النفسية التي يتطلبها كيان الجريمة.⁽⁴⁹⁾ ويمثل الركن المعنوي الأصول النفسية لماديات الجريمة، والسيطرة النفسية عليها: ذلك أن هذه الماديات لا تعني المشرع إلا إذا صدرت عن إنسان يسأل عنها، ويتحمل العقاب المقرر لها، فاشتراط صدورهما عن إنسان.⁽⁵⁰⁾

وفي هذا الإطار لم يضع التشريع المصري تعريفاً للركن المعنوي للجريمة بصفة عامة، إلا أن تعريفه مستقى من تعريفات الكثير من الجرائم والنصوص التي تتعلق بانعدام المسؤولية الجنائية، وعلى سبيل المثال المادتان (61، 62) من قانون العقوبات المصري ... إلخ. وبالرغم من ذلك فقد حرص المشرع المصري في نص المادة (25) من قانون العقوبات، على صوريته الركن المعنوي بقوله: (لا يسأل شخص عن جريمة إلا إذا ارتكبها عمداً أو خطأً).⁽⁵¹⁾ ولا يختلف الأمر في الجرائم موضوع الدراسة عن القاعدة العامة في الركن المعنوي للجرائم بصفة عامة.

وفي المقابل فإن المشرع الإماراتي قد عرف الركن المعنوي في المادة (38) عقوبات اتحادي بأنه: (يتكون الركن المعنوي للجريمة من العمد أو الخطأ، ويتوفر العمد باتجاه إرادة الجاني إلى ارتكاب فعل أو الامتناع عن فعل متى كان هذا الارتكاب أو الامتناع مجرماً قانوناً؛ وذلك بقصد إحداث نتيجة مباشرة أو أي نتيجة أخرى مجرمة قانوناً يكون قد توقعها..... إلخ). ويبرز هذا التعريف العنصر الأساسي في القصد، وهو إرادة النتيجة دون أن يغفل ما للعلم من أهمية في تكوينه، فالإرادة تتجه إلى ارتكاب الجريمة مع العلم بجميع عناصرها القانونية من علم وإرادة.⁽⁵²⁾ ويتخذ الركن المعنوي لهذه الجنايات صورة القصد. ولكن يثور سؤال عن نوع القصد المطلوب فيها: أيكفي القصد العام، أم يتعين أن يتوافر القصد الخاص؟ وفي ضوء ما سبق نتناول هذا المطلب في فرعين على النحو التالي: الفرع الأول: صور القصد الجنائي. الفرع الثاني: إثبات القصد الجنائي.

الفرع الأول: صور القصد الجنائي

لا يكفي لقيام الجرائم موضوع الدراسة قانوناً، كما سبق وأن أوضحنا، أن يتوافر فقط ركنها المادي

49 د/ محمود نجيب حسني، "النظرية العامة للقصد الجنائي - دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجريمة العمدية"، دار النهضة العربية، القاهرة، ط. الثالثة لعام 1988م، رقم 1، ص 1.

50 د/ سامح السيد جاد، شرح قانون العقوبات - القسم العام، مرجع سابق، ص 342.

51 د/ عبد الأحد جمال الدين، وجميل عبد الباقي الصغير، "المبادئ الرئيسية في القانون الجنائي - القسم العام"، دار النهضة العربية، ط 1999م، ص 234.

52 د/ أحمد عوض بلال، مبادئ قانون العقوبات المصري - القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 2009م، ص 328 وما بعدها.

من أفعال التقليد أو التزوير أو الاستعمال أو الإدخال في البلاد، ولا أن يتوافر موضوع للجريمة وهو أن ينصب هذا العمل على محرر رسمي أو عرفي أو خاتم حكومي فقط، بل يشترط لقيام الجريمة ضرورة توافر ركنها المعنوي المتمثل في (القصد الجنائي)، ونوضح ذلك باختصار بالقدر الذي يتناسب مع موضوع الدراسة، ولا يخوض الباحث في الخلاف الفقهي والنظريات الفقهية في هذا المجال، حيث إنها ليست موضوع الدراسة. ويشور التساؤل: ما هي صورة القصد المطلوبة لقيام هذه الجرائم موضوع الدراسة؟ هل القصد العام أو القصد الخاص؟ والإجابة عن ذلك في الرأي الفقهي ومضمونه: (يبدو أنه ليس من الصحيح إعطاء إجابة واحدة عن هذا التساؤل، ذلك أن هذه الجنايات متنوعة وتختلف من حيث مادياتها اختلافاً كبيراً).⁽⁵³⁾ ونبين ذلك باختصار على النحو التالي:

1- القصد العام: هو القصد العادي ويتعين توافره في كافة الجرائم العمدية، ويكتفي القانون به في أغلب الجرائم، وفيه لا يعلق القانون قيام الجريمة على أن يكون ارتكابها لباعث خاص؛ ولذلك سمي قصداً عاماً، ويقوم القصد العام كما هو معروف على عنصرين، هما العلم والإرادة، ويتمثل العنصر الأول في علم الجاني بجميع عناصر الركن المادي للجريمة من سلوك ونتيجة، وهذا يسمى في الفقه **بنظرية العلم**، أما العنصر الثاني فهو الإرادة ويعني أن يتجسد في اتجاه إرادة الجاني إلى ارتكاب الجريمة، وهو ما يسمى في الفقه **بنظرية الإرادة**، ولن يخوض الباحث في هذا الخلاف الفقهي حيث إنه ليس مجال الدراسة أيضاً، وتم الإشارة إليهما للتوضيح فقط، وبناء على ذلك يمكن تعريف القصد الجنائي العام بأنه: اتجاه إرادة الجاني إلى ارتكاب الجريمة مع علمه بكافة العناصر القانونية المكونة لها، بغض النظر عن الغاية التي يبغى الجاني تحقيقها، ويتحقق القصد العام لكل جريمة على حدة، وذلك وفق العناصر الداخلة في تكوينها كواقعة مادية، وهو ركن ضروري في جميع الجرائم العمدية، وهو ما عبر عنه بأنه الرابطة النفسية بين الواقعة ومرتكبها. وعرف القصد الجنائي أيضاً بأنه: هو الشكل العادي للإرادة المؤثمة قانوناً.⁽⁵⁴⁾

2- القصد الخاص: فهو معنى أكثر تخصصاً من القصد العام، فبالإضافة إلى الإرادة والعلم قد يشترط القانون في بعض الجرائم عنصراً إضافياً في القصد الجنائي، وهو اتجاه نية الجاني نحو تحقيق غاية محددة، أو أن يتوافر لدى الجاني باعث معين استثناء من الأصل العام، وهو عدم الاعتداد بالغاية

53 د/ محمود نجيب حسني، الموجز في شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، مرجع سابق، رقم 268، ص162.

54 د/ أحمد شوقي عمر أبو خطوة، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ط3، 2003م، ص316. ، د/ مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات - القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط3، ط2001م ص325.

الحماية الجنائية للمحررات الرسمية والأختام الحكومية من التقليد أو التزوير

أو بالباعث في تكوين عناصر الركن المعنوي للجريمة، ولتحديد طبيعة القصد يُرجع إلى عبارة النص وطبيعة الجريمة. (55)

وبتطبيق ذلك على الجرائم موضوع الدراسة: فيتعين أن يعلم المقلد أو المزور بماهية فعله وأن من شأنه التقليد أو التزوير، وأن يعلم بماهية الموضوع الذي ينصب عليه فعله، وأن تتجه إرادته إلى ذلك الفعل وآثاره. وبهذا العلم والإرادة يقوم القصد العام. ولكنه غير كاف في جنيات التقليد أو التزوير والإدخال في البلاد للمحررات أو الأختام المقلدة، إذ يتعين أن تتوافر لدى المتهم "نية استعمال الشيء أو المحرر المقلد أو المزور فيما زوره من أجله"، ونصف محكمة النقض المصرية هذا الاستعمال الذي تتصرف إليه النية بأنه: "استعمال ضار بمصلحة الحكومة والأفراد". (56)، أما جناية استعمال الأشياء أو المحررات المقلدة أو المزورة، فيكفي القصد العام لتوافر أركانها: فيكفي أن يكون المتهم عالماً وقت إتيانه فعله بتقليد هذه الأشياء أو المحررات أو تزويرها، وأن تتجه إرادته إلى ارتكاب هذا الفعل. ويكفي لتوافر هذا القصد وقت الاستعمال، فلا يشترط توافره وقت اكتساب الحياة. (57)

الفرع الثاني: إثبات القصد الجنائي

يتوافر القصد الجنائي في اللحظة التي يحقق فيها الجاني السلوك الإجرامي، ولا يشترط أن يستمر القصد الجنائي طوال الفترة التي تستغرقها السببية في إحداث النتيجة. فالنتيجة تعتبر إرادية في اللحظة التي يحقق فيه الجاني السبب الذي من شأنه أن يؤدي إلى النتيجة، ومعنى ذلك أن القصد الجنائي يتوافر حتى ولو كانت النتيجة قد تحققت في لحظة كان فيها معدوم الأهلية، فالعبرة هي بتوافر القصد الجنائي

55 د/ يسر أنور علي، شرح قانون العقوبات - النظريات العامة، د.ن، ط1992م، ص331. د/ مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات - القسم العام، مرجع سابق، ص337، د/ محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات - القسم العام، مطبعة جامعة القاهرة، ط10، عام1983م، ص440.

56 الطعن المصري رقم 22869 لسنة 76ق، جلسة 10 من يونيو 2007م، وورد بالطعن أنه: وكان القصد الجنائي في جريمة التزوير إنما يتحقق بتعمد تغيير الحقيقة في محرر يتمتع بقوة الإثبات، بطريقة من الطرق التي حددها القانون، تغييراً من شأنه أن يسبب ضرراً من انتواء استعماله في الغرض الذي زور من أجله، وكان من المقرر أيضاً أن جناية تقليد أو علامة لإحدى المصالح أو لإحدى جهات الحكومة المنصوص عليها في المادة 206 ع، يتحقق متى كان التقليد من شأنه خداع الجمهور في المعاملات، وكانت الوقائع التي أثبتها الحكم في مدوناته وما أورده تليلاً عليها لا يتضمن ولا يكفي لتوافر القصد الجنائي في جريمة التزوير - كما هو معرف في القانون - كما خلا الحكم من بيان ثبوت جريمة تقليد الأختام والأدلة التي استقى منها، ولم يف ببحث أرجه التشابه بين الأختام الصحيحة والمقلدة، كما لم يتحدث إطلاقاً عن علم الطاعن الثاني بأن الإيصالات المضبوطة بحوزته متحصلة من جناية تزوير - حيث أن ضبط الإيصالات بحوزته - لا يعتبر حتماً على وجه اللزوم علمه بذلك، ولذا فإن الحكم يكون معيباً للقصور بما يوجب نقضه. لمزيد من التفصيلات انظر: الطعن السابق، طعن منشور على البوابة الإلكترونية لمحكمة النقض المصرية، تاريخ زيارة الموقع 2019/5/8م.

57 نقض مصري 6 أبريل سنة 1959م مجموعة أحكام محكمة النقض س10، رقم 98، ص446.

بعنصره في لحظة تمام الفعل التنفيذي مهما طالبت عملية التسبب في إحداث النتيجة. (58)

وفي هذا الإطار ورد في أحد الطعون المقدمة لمحكمة النقض المصرية أنه: (... ومن المقرر أن القصد الجنائي في جريمة التزوير يتحقق طالما تعمد الجاني تغيير الحقيقة في المحرر، مع انتواء استعماله في الغرض الذي من أجله غيرت الحقيقة، وأنه لا يلزم أن يتحدث حكم المحكمة صراحة واستقلالاً عن توافر هذا الركن طالما قد أورد من الوقائع ما يشهد بقيامه). (59)

وفي ذلك قضت المحكمة الاتحادية العليا أيضاً في أحد الطعون بقولها: (... كما أنه من المقرر عدم القضاء بالإدانة في جرائم التزوير لمجرد توافر المصلحة من التزوير، وإن مجرد تمسك المتهم بالمحرر المزور كونه صاحب مصلحة في تزويره لا يكفي للتدليل على ارتكابه التزوير، ومن ثم يكون الحكم شابه القصور في التسبب والإخلال بحق الدفاع بما يوجب نقضه). (60)

المطلب الثالث: أحكام العقاب في جنايات التقليد أو التزوير أو الاستعمال أو الإدخال

حدد المشرع المصري عقوبة كل جنائية من هذه الجنايات (السجن المشدد أو السجن) المادة (206) ع مصري، وهذه الجرائم خاصة بالأوامر الجمهورية وأختام الدولة، ثم أعقب ذلك تخفيف العقاب في نص المادة (206 مكرر) ع مصري إذا كان محل جرائم التزوير أو التقليد أختام أو علامات حكومية لإحدى الشركات المساهمة حيث قرر المشرع عقوبة (السجن مدة لا تزيد على خمس سنين). ، ثم شدد المشرع في الفقرة الثانية من ذات المادة بالعقوبة بالسجن مدة لا تزيد عن سبع سنين للتزوير في أختام الشركات التي تساهم الدولة فيها بنصيب من المال، ويضاف إلى هذه العقوبة مصادرة الأشياء أو المحررات المقلدة أو المزورة وجوبا، باعتبار أن حيازتها في ذاتها جريمة (المادة 30 ع مصري).

أما في التشريع الإماراتي فقد قرر المشرع عقوبة السجن المؤقت مدة لا تقل عن خمس سنين على جرائم التزوير أو التقليد لأختام الدولة في نص المادة (211) ع اتحادي المعدلة بالمرسوم بقانون (7) لسنة 2016م ، ثم حدد المشرع عقوبة (الحبس) إذا كانت الأختام أو الطوابع وكل ما ورد في المادة خاصة بشخص معنوي.

⁵⁸ د/ مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات - القسم العام، مرجع سابق، ص325.

⁵⁹ الطعن المصري رقم 18363 لسنة 83 ق جلسة 2014/6/12م، س65. طعن منشور على البوابة الإلكترونية لمحكمة النقض المصرية، تاريخ الزيارة 2019/5/7م.

⁶⁰ لمزيد من التفصيلات انظر: المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم 132 لسنة 27 ق جلسة 19 من ربيع الأول 1427هـ، الموافق 2006/4/17م. حكم منشور على مدونة المحاكم الاتحادية العليا على بوابتها الإلكترونية، تاريخ الزيارة 2019/7/7م.

وفي ضوء ما سبق سوف نتناول هذا المطلب في ثلاثة فروع على النحو التالي: الفرع الأول: العقوبات الأصلية لجرائم تزوير أو تقليد الأختام والعلامات. الفرع الثاني: العقوبات الفرعية لجرائم التزوير أو التقليد للأختام والعلامات. الفرع الثالث: العذر المعفي.

الفرع الأول: العقوبات الأصلية لجرائم تزوير أو تقليد الأختام والعلامات

في التشريع المصري: نصت المادة (206) ع مصري على عقوبة جريمة تزوير أمر جمهوري أو ختم الدولة أو رئيس الجمهورية أو ختم مصلحة عامة أو موظف عمومي أو سندات الخزانة أو تمغات الذهب أو الفضة وكل ما ورد في النص على أنه: (يعاقب بالسجن المشدد أو السجن كل من قلد أو زور شيئاً من الأشياء الآتية سواء بنفسه أو بواسطة غيره كل من استعمل... إلخ).⁽⁶¹⁾

ونصت المادة (206 مكرراً) على أنه: (يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنين على الجرائم الواردة في المادة السابقة إذا كان محلها أختاماً أو تمغات أو علامات لإحدى الشركات المساهمة أو إحدى الجمعيات التعاونية أو النقابات أو إحدى المؤسسات أو الجمعيات المعتمدة قانوناً ذات نفع عام. وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على سبع سنين إذا كانت الختام أو التمغات أو العلامات التي وقعت بشأنها إحدى الجرائم المبينة في الفقرة السابقة خاصة بمؤسسة أو شركة أو جمعية أو منظمة أو منشأة إذا كانت الدولة أو إحدى الهيئات العامة تساهم في مالها بنصيب ما بأية صفة كانت

وفي المقابل في التشريع الإماراتي فقد حدد المشرع الإماراتي حداً أدنى لمقدار العقوبة في حالة التزوير أو التقليد إذا كانت خاصة بالدولة وهي السجن المؤقت مدة لا تقل عن خمس سنين ويحسب له ذلك كما هو وارد في نص المادة (211) ع اتحادي المعدلة بالمرسوم بقانون (7) لسنة 2016 م ، ثم خفف المشرع بعد ذلك العقوبة إلى (الحبس) إذا كانت الأختام أو الطوابع وكل ما ورد في المادة الخاصة بالشخص المعنوي).

ومن وجهة نظر الباحث: أن المشرع المصري فرق في العقوبة طبقاً للخطورة الإجرامية الناتجة عن التزوير في صفة تلك الأختام كما هو وارد بالنصوص السابقة. وحدد عقوبتي السجن المشدد أو السجن، ولم يحدد حداً أدنى لهما، ويعني ذلك أنه ترك التقدير للمحكمة طبقاً للقواعد العامة في قانون العقوبات، أما في التشريع الإماراتي فقد حدد المشرع حداً أدنى لعقوبة السجن المؤقت وهي مدة لا تقل عن السجن خمس سنوات.

⁶¹ انظر نص: المادتين 211، 213 ع مصري.

الفرع الثاني: العقوبات الفرعية

العقوبات الفرعية كما أطلق عليها (العقوبات السالبة للحقوق)⁽⁶²⁾ نوعين، عقوبات تبعية وعقوبات تكميلية، والعقوبات التبعية: هي التي تلحق بعقوبة أصلية بقوة القانون، دون الحاجة إلى أن ينص عليها القاضي صراحة عليها في الحكم. ومن قبيل العقوبة التبعية على سبيل المثال لا الحصر عقوبة الحرمان من الحقوق والمزايا المنصوص عليها في المادة (25) ع مصري، والتي تترب كأثر مباشر وتبعية للحكم الصادر بالإدانة لأية عقوبة جنائية، أما العقوبات التكميلية: هي التي تتبع عقوبة أصلية مع وجوب النص عليها صراحة في الحكم. وتنقسم العقوبة التكميلية إلى وجوبية حين يتعين على القاضي أن ينطق بها صراحة في حكمه المتضمن للعقوبة الأصلية وإلا كان حكمه محلاً للطعن، ومثال ذلك عقوبة العزل من الوظيفة (المادة 27) ع مصري، والمصادرة (المادة 30) ع مصري وهذه العقوبة عقوبة تكميلية بالرغم من أنها من بين العقوبات التي حصرها المشرع في (المادة 24)، وجوازية حين يتوقف النطق بها على تقدير القاضي فله الخيار بين النطق بها والنص على ذلك في حكمه، وبين إعفاء المتهم منها فله الخيار بين النطق بها والنص على ذلك في حكمه، وبين إعفاء المتهم منها والاكتفاء بالعقوبة الأصلية ومثال ذلك عقوبة الوضع تحت مراقبة الشرطة المنصوص عليها في المواد (330، 336، 355، 367) ع مصري.⁽⁶³⁾

وتنفيذاً لذلك فقد عدد المشرع المصري في المادة (24) ع مصري العقوبات التبعية ولم يتحدث صراحة على العقوبات التكميلية وهي بحكم تلك المادة هي: أ- الحرمان من الحقوق والمزايا المنصوص عليها في المادة (25) منه فهذه العقوبة هي العقوبة الوحيدة التي في كل الأحوال بين العقوبات التي حصرتها المادة (24) ع تتبع كل حكم بالسجن المؤبد أو المشدد أو السجن. ب- العزل من الوظائف العامة. ج- مراقبة البوليس. ج- المصادرة. ويرى أستاذنا الدكتور/ مأمون سلامة أن العقوبات التبعية التي تحدث عنها المشرع في المادة (24) ع مصري لا تشمل جميع العقوبات التبعية. فهناك عقوبات تبعية وتكميلية وردت بصدد بعض الجرائم الخاصة أو وردت بقوانين خاصة.⁽⁶⁴⁾

ويرى الباحث: أن تلك العقوبات تنطبق على الجرائم موضوع الدراسة ويؤكد ذلك نصوص مواد

⁶² د/ محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، رقم 436، ص 622.

⁶³ د/ أحمد شوقي عمر أبو خطوة، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، مرجع سابق، رقم 438، ص 639.

⁶⁴ انظر: نص المادة 213 ع مصري.

قانون العقوبات أرقام (من المادة (26) حتى المادة (30) ع مصري.⁽⁶⁵⁾

وفي المقابل حصر المشرع الإماراتي العقوبة التبعية في المواد من (73 حتى المادة (79) ع اتحادي، وعدد المشرع العقوبات التبعية في المادة (73) المعدلة بالمرسوم بقانون (17) لسنة 2016م العقوبات التبعية بأنها: (الحرمان من بعض الحقوق والمزايا... إلخ)، واختصت المادة (79) عقوبة مراقبة الشرطة وحددت قواعدها العامة بأن لا تزيد مدة المراقبة عن خمس سنوات، أما العقوبات التكميلية فورد في المواد (80 حتى 83) ع اتحادي واختصت المادة (82) المعدلة بالمرسوم بقانون (7) لسنة 2016م بالمصادرة.

الفرع الثالث: العذر المعفي

نص المشرع المصري على عذر معفي من العقاب في تلك الجنايات السابقة في المادة (210) ع مصري والتي قررت على أنه: (الأشخاص المرتكبون جنايات التزوير المذكورة بالمواد السابقة يعفون من العقوبة إذا أخبروا الحكومة بهذه الجنايات قبل تمامها وقبل الشروع في البحث عنهم وعرفوا بفاعليها الآخرين، أو سهلوا القبض عليهم ولو بعد الشروع في البحث المذكور)، والمستفاد من هذا النص تبين أن نطاق هذا العذر مقتصر فقط على مرتكبي الجنايات التي ورد النص عليها في المواد السابقة على المادة (210) ع مصري، ولا يصدق ذلك إلا على المادتين (206، 206مكرراً)، ويعني ذلك أن مرتكبي الجناح المنصوص عليها في المواد (207) ع مصري وما بعدها لا يستفيدون من هذا العذر. ويتطلب هذا العذر (تسهيل القبض على سائر الجناة) ويعني ذلك أنه لا يكفي أن يكشف المتهم عن أسمائهم، وإنما يتعين أن يتضمن إخباره بمعلومات تفصيلية تتيح لجهات الضبط أن تتذرع بالوسائل التي تسهل القبض على سائر الجناة⁽⁶⁶⁾

وفي المقابل في التشريع الإماراتي لم يستدل الباحث على نص قانوني في باب التزوير يفيد الإعفاء من العقاب من عقوبة التزوير موضوع الدراسة، كما هو وارد في التشريع المصري، بالرغم من المشرع الإماراتي قد نص على الإعفاء من العقاب في جرائم تزوير أو تقليد العملات كما هو في نص المادة (210) ع اتحادي. وربما أرجع ذلك لتطبيق القواعد العامة في قانون العقوبات الاتحادي.

⁶⁵ انظر: نصوص المواد من 26 حتى 30 ع مصري.

⁶⁶ د/ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية، مرجع سابق، رقم 303، ص 231.

المبحث الثاني: أركان جرائم تزوير المحركات الرسمية، وعقوباتها

تمهيد وتقسيم:

وردت أحكام التجريم والعقاب في جرائم تزوير المحركات في التشريع المصري في المواد الآتية: (211، 212، 213) ع مصري. ⁽⁶⁷⁾ يضاف إلى ذلك نص المادة (214) ع الخاصة بجريمة استعمال تلك المحركات، والتي لن يتعرض لها الباحث، حيث إنها جريمة خاصة بذاتها ولا حقة على جرائم التقليد ولها نفس العقوبة، وباستقراء هذه النصوص تبين أن المشرع المصري لم يُعَن بتعريف للتزوير، ولا ببيان لأركانه العامة، ولا تعريف للمحرر بصفة عامة والمحرر الرسمي بصفة خاصة في تلك المواد أو غيرها، ولم يجعل المشرع أيضًا من التزوير في المحركات جريمة واحدة، وإنما تعددت جرائمه وتفاوتت عقوباتها ما بين (الجنایات والجَنح)، وشملت تلك النصوص كافة أنواع التزوير المادي والمعنوي. وتكمن العلة من التجريم هو حماية المحركات التي تصدرها الدولة.

وقد انتهج المشرع المصري معيارين في ذلك (معيار مزدوج)، أقام عليهما التمييز بين جرائم التزوير التقليدية وعقوباتها، أما المعيار الأول فهو: (نوع المحرر) الذي يوضح مقدار الثقة التي يريد المشرع كفالتها لنوع معين من المحركات، والمعيار الثاني: (صفة الجاني) الذي بدأ المشرع بها النص في المادة (211) ع مصري بقوله: (...كل صاحب وظيفة عمومية..). يبين مقدار مسؤوليته عن صيانة الثقة في المحرر الذي غيرت فيه الحقيقة. ⁽⁶⁸⁾

وتتطلب هذه الجريمة في التشريع المصري فضلاً عن صفة الرسمية في المحرر - شرطاً مفترضاً آخر في الجريمة، هو أن يكون الجاني موظفاً عامًا. كما تقتضي عنصرًا إضافيًا في الركن المادي للجريمة، وهو أن يقع التزوير في أثناء تأدية الوظيفة. وأثير الجدل حول إشكالية تتعلق بالضرر، وما إذا كان يعتبر شرطاً للركن المادي المتمثل في تغيير الحقيقة أم إنه يمثل ركنًا مستقلًا عن الركنين المادي

⁶⁷ نصت المادة 211 ع مصري على أنه: كل صاحب وظيفة عمومية ارتكب في أثناء تأدية وظيفته تزويرًا في أحكام صادرة أو تقارير أو محاضر أو وثائق أو سجلات أو دفاتر أو غيرها، من السندات والأوراق الأميرية سواء كان ذلك بوضع إمضاءات أو أختام مزورة أو بتغيير المحركات أو الأختام أو إمضاءات أو بزيادة كلمات أو بوضع أسماء أو صور أشخاص لآخرين مزورة يعاقب بالسجن المشدد أو السجن. ونصت المادة 212 ع مصري على أنه: كل شخص ليس من أرباب الوظائف العمومية ارتكب تزويرًا مما هو مبين في المادة السابقة يعاقب بالسجن المشدد أو بالسجن مدة أكثرها عشر سنين، كما نصت المادة 213 ع مصري على أنه: يعاقب أيضًا بالسجن المشدد أو بالسجن كل موظف في مصلحة عمومية أو محكمة غير - بقصد- التزوير موضوع السندات أو أحوالها في حال تحريرها المختص بوظيفته سواء كان ذلك بتغيير إقرار ذوي الشأن الذي كان الغرض من تلك السندات إدراجها بها أو بجعله واقعة مزورة في صورة واقعة صحيحة مع علمه بتزويرها، أو بجعله واقعة غير معترف بها في صورة واقعة معترف بها.

⁶⁸ د/ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، وفقا لأحدث التعديلات التشريعية، مرجع سابق، رقم 317، ص 243.

والمعنوي، وهناك ما اعتبر الضرر ركناً في جرائم التزوير ومنهم من اعتبر أن الضرر ليس ركناً بينما يدخل ضمن عناصر الركن المادي.⁽⁶⁹⁾

أما في التشريع الإماراتي: فتعتبر المادة (216) ع إتحادي المعدلة بالمرسوم بقانون رقم (7) لسنة 2016م مادة شاملة⁽⁷⁰⁾، حيث عرف المشرع التزوير فيها، واهتم بها اهتماماً كبيراً، حيث حدد فيها طرق التزوير على سبيل الحصر، وأورد في هذا النص طريقتي (التقليد أو الاصطناع) وحسناً ما فعل، ويضاف إلى ذلك أنها المادة الأولى في الفرع الثاني من قانون العقوبات الاتحادي الخاص (بتزوير المحررات، وطرق التزوير) الواردة على سبيل الحصر، ويضاف إلى ذلك نص المادة (217) ع إتحادي الخاصة بأحكام العقوبة. أما في تزوير المستندات الإلكترونية فوردت أحكامه في نص المادة السادسة من المرسوم بقانون إتحادي لمكافحة جرائم تقنية المعلومات.⁽⁷¹⁾ والتزوير - شأنه شأن كافة الجرائم - فيجب أن تتوافر له الركن المادي، والركن المعنوي.

وفي ضوء ما سبق نتناول هذا المبحث في ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: الركن المادي في جرائم تزوير أو تقليد المحررات. **المطلب الثاني:** الركن المعنوي في جرائم تزوير أو تقليد المحررات. **المطلب الثالث:** أحكام العقاب في جرائم تزوير أو تقليد المحررات.

المطلب الأول: الركن المادي في جرائم تزوير أو تقليد المحررات

يتكون الركن المادي عموماً في جرائم التزوير في المحررات بصفة عامة سواء أكانت تقليدية أو إلكترونية، من ثلاثة عناصر: السلوك، والنتيجة، وبينهما رابطة سببية، والركن المادي في جريمة تزوير المحررات في التشريعين المصري والإماراتي، يقتضي تغيير الحقيقة في محرر بإحدى الطرق التي نص عليها القانون على سبيل الحصر تغييراً من شأنه إحداث ضرر، ومقترن بنية استعمال المحرر المزور فيما أعد له).⁽⁷²⁾ وكما سبق وأن أوضحنا لم يعرف المشرع المصري التزوير بصفة عامة، وفي المقابل

⁶⁹ د/ هدى حامد قشقوش، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، مرجع سابق، ص 202 وما بعدها.

70 نصت المادة 216 ع إتحادي المعدلة بالمرسوم بقانون إتحادي 7 لسنة 2016م على أنه: تزوير المحرر هو تغيير الحقيقة بإحدى الطرق المبينة فيما بعد تغييراً من شأنه إحداث ضرر وبنية استعماله كمحرر صحيح. ... إلخ، ويشار إلى إن التعديل في نص هذه المادة اشتمل إضافة كلمتين في الطريقة الأولى للتزوير وهي كلمتي أو عليه. كما نصت المادة 217 ع إتحادي على أنه: يعاقب على التزوير في محرر رسمي بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات، ويعاقب على التزوير في محرر غير رسمي بالسجن، وذلك كله ما لم ينص عليه غيره.

71 نصت المادة 6 من المرسوم بقانون إتحادي رقم 5 لسنة 2012م بشأن "مكافحة جرائم تقنية المعلومات على أنه: يعاقب بالسجن المؤقت والغرامة التي لا تقل مائة ألف درهم ولا تجاوز سبعمائة وخمسين ألف درهم كل من زور مستنداً إلكترونياً من مستندات الحكومة الإلكترونية أو المحلية أو الهيئات أو المؤسسات العامة أو الاتحادية أو المحلية... إلخ.

⁷² د/ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية، مرجع سابق، رقم 315، ص 242.

الحماية الجنائية للمحررات الرسمية والأختام الحكومية من التقليد أو التزوير

عرف المشرع الإماراتي التزوير في المحررات في المادة (216) ع اتحادي بأنه: (تغيير الحقيقة فيه بإحدى الطرق المبينة فيما بعد تغييرًا من شأنه إحداث ضرر وبنية استعماله كمحرر صحيح، ويعد من طرق التزوير....إلخ).

ولكي يكون التعريف السابق جامعًا يجب أن يتضمن العناصر التي يجب أن يشملها الشيء المعروف، فيجب أن يتضمن عناصر التزوير وهي: 1- أن يكون محله محررًا مكتوبًا. 2- أن يتم تغيير الحقيقة. 3- أن يكون الغرض منه الغش في المعاملات. 4- إحداث ضرر.؛ لذا كان لزامًا على المشرعين المصري والإماراتي أن يوليا التزوير في المحررات أهمية بالغة؛ لما فيه من اعتداء على صحة المحررات والمستندات والأوراق الرسمية والعرفية التقليدية أو الإلكترونية، ولما فيه من إخلال بالثقة التي يجب أن تضفي على تلك الأوراق والأدلة، ولكي يشعر الأفراد جميعهم بالثقة والأمان في المعاملات ويستطيعوا إثبات حقوقهم. وفي ضوء ما سبق نتناول هذا المطلب في أربعة فروع على النحو التالي: الفرع الأول: محل جريمة التزوير أو التقليد (المحرر). الفرع الثاني: تغيير الحقيقة. الفرع الثالث: طرق التزوير. الفرع الرابع: الضرر.

الفرع الأول: محل جريمة التزوير أو التقليد (المحرر)

إن جوهر وموضوع الجرائم موضوع الدراسة، هو المحرر (LE document) ذاته، فهو موطن الحماية التي يقرها القانون بالعقاب على جرائم التزوير، وما عليه من توقعيات أو أختام، سواء أكان محررًا تقليديًا أم إلكترونيًا، وسواء أكان محررًا رسميًا أم عرفيًا، وسواء تم التزوير أو التقليد أو الاصطناع عليه بالطرق التقليدية أم بالوسائل التكنولوجية الحديثة التي نص عليها القانون على سبيل الحصر، وسواء تمت عمليات التزوير كلها أو بعضها داخل الدولة أو خارجها، وبالرغم من ذلك لم يعرف المشرع المصري المحرر. ومن المتفق عليه أن شرط البدء في جريمة التزوير، أن يكون تغيير الحقيقة حاصلًا في "المحرر" الذي فيه ينصب فعل تغيير الحقيقة التي يرمي القانون إلى حماية الثقة العامة فيها، وهذه المصلحة هي في جريمة التزوير الثقة العامة في صحة المظهر القانوني للمحررات التي يشملها القانون بحمايته.⁽⁷³⁾

وفي هذا الإطار لا بد إذن لكي يتحقق الركن المادي لجريمة التزوير أن يكون تغيير الحقيقة

⁷³ د/ محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات - القسم الخاص، دار الجامعة الجديدة، مرجع سابق، رقم 98، ص 261. وفي نفس المعنى انظر: على رمضان المخزوم، تزوير المحررات في نظام العقوبات، مجلة جامعة الزيتونة، تونس، ط 2013م، ص 93 وما بعدها. على الموقع <http://search.mandumah.com/Record/83909> تاريخ زيارة الموقع 2019/5/8م.

حاصلاً في محرر مكتوب سواء أكان محرراً تقليدياً أم إلكترونياً، وهو أمر يستفاد من نص المواد (211) ع مصري وما بعدها، والمادة (216) ع إتحادي المعدلة بالمرسوم بقانون رقم (7) لسنة 2016م، وما بعدها، وهذه المواد تشير إلى حصول التزوير في السندات والأوراق والمحركات. فإذا انتفى المحرر بمفهومه العام بالطبع انتفى التزوير تبعاً⁽⁷⁴⁾، وعلى هذا الأساس فلا تقوم جريمة التزوير إذا كان تغيير بالحقيقة قد تم بقول أو فعل، وبغير كتابة، وإن جاز أن تقوم به جريمة النصب أو الشهادة الزور أو الغش في المعاملات إن توافرت أركانها، فالمحرر يشترط فيه أن تكون له صفة المستند. ⁽⁷⁵⁾ ونباتول هذا الفرع على النحو التالي:

أولاً: تعريف المحرر: لم يعرف المشرع المصري في قانون العقوبات المحرر كما سبق وأن أوضحنا، ولم يُعَنْ بتعريفه، وفي المقابل عرف المشرع الاتحادي (المحرر الرسمي) (un document délivré par une administration publique) في نص المادة (218) ع اتحادي بأنه: (هو الذي يختص موظف عام بمقتضى وظيفته بتحريره أو بالتدخل في تحريره على أية صورة أو إعطائه الصفة الرسمية. أما ما عدا ذلك من المحركات فهو محرر غير رسمي).، وهناك من التشريعات الخليجية من عرف المحرر. ⁽⁷⁶⁾

أما تعريف المحرر بمفهومه العام في الفقه، فهناك عدة تعريفات فقهية جميعها تحمل مضموناً واحداً، منه على سبيل المثال لا الحصر، **المحرر هو:** "مسطور يحتوى على علامات ورموز تتضمن معنى مترابطاً من الأفكار والمعاني الصادرة عن شخص معين. والمحرر هو كل مخطوط مكتوب أيّاً كانت اللغة التي كتب بها، وسواء تضمن جزء منه مطبوعاً والجزء الآخر مكتوباً، ويستوي أن يكون

⁷⁴ ويشار في هذا الصدد إلى أن التشريع الإماراتي على عكس ذلك فقد أدرج المشرع جريمة تقليد أو تزوير اللوحات المعدنية لوحات المرور أو العلامات الأخرى التي تصدر عن الإدارات الحكومية كجريمة تزوير في الفصل الخامس عقوبات اتحادي المعنون بـ التزوير، ويرى الباحث أن اللوحات المعدنية بالطبع ليست محرراً ورقياً، ويؤكد ذلك ما نص عليه في المادة 214 ع اتحادي والمعدلة بموجب القانون رقم 43 لسنة 2005م، حيث نصت على أنه: يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة التي لا تتجاوز خمسة آلاف درهم كل من قلد أو زور اللوحات المعدنية أو العلامات الأخرى التي تصدر عن الإدارات الحكومية تنفيذاً للقوانين أو اللوائح أو الأنظمة... إلخ. وربما أراد المشرع الاتحادي إضفاء الحماية لتلك اللوحات المعدنية الحكومية بصورة أكثر ردة أوردتها في فصل التزوير، ويشار إلى أن هذه الجريمة في التشريع المصري جريمة معاقب عليها في قانون المرور المصري. وليست مدرجة في قانون العقوبات تحت باب التزوير.

⁷⁵ د/ رمسيس بهنام، قانون العقوبات - القسم الخاص، مرجع سابق، رقم 328، ص 438 وما بعدها. ود/ مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات - القسم الخاص، دار سرور للنشر، القاهرة، طبعة مزيعة، ط 2017م، ص 340.

⁷⁶ ويشار في هذا الصدد إلى بعض التشريعات الخليجية، فقد تبين قيام المشرع السعودي بتعريف المحرر في المرسوم الملكي م/ 11 وتاريخ 1435/2/18 هـ الخاص بالنظام الجزائي لجرائم التزوير السعودي، حيث نصت المادة الأولى منه بأعلى أنه: كل مسطور يتضمن حروفاً أو علامات ينتقل بقراءتها الفكر إلى معنى معين يصرف النظر عن الوعاء الذي كتبت أو حفظت فيه بما في ذلك وسائل تقنية المعلومات.

المحرر قد تم تدوينه يدوياً أو طبع رسمياً، وسواء صدر عن شخص عادي أو موظف عام، وأياً كان الغرض الذي حرر من أجله فقد يكون المحرر قد تم تدوينه لإثبات حق، أو هو في صورة عقد، أو خطاب، أو عريضة⁽⁷⁷⁾.

وقد اختار الباحث هذا التعريف الذي تضمن أن المحرر هو: "مجموعة من العلامات والرموز تعبر اصطلاحاً عن مجموعة مترابطة من الأفكار والمعاني الصادرة عن شخص، أو أشخاص معينين بلغة يفهمها الناس. فجوهر المحرر أنه وسيلة تعبير عن فكرة، وله - بناء على ذلك - دور اجتماعي، باعتباره أداة للتفاهم وتبادل الأفكار، وللمحرر دور قانوني هام بالنظر إلى صلته الوثيقة بالمعاملات القانونية. وقيمة المحرر ليست في مادته وما تحتويه من رموز، فهذه الرموز مجردة من القيمة الذاتية، وإنما تكمن قيمته فيما تعبر عنه رموزه، وفيما لهذا التعبير من دلالة اجتماعية"⁽⁷⁸⁾. وعرفت محكمة النقض المصرية المحرر بأنه: (مجموعة من الكلمات التي لها معنى والتي ينسب صدورها إلى شخص معين (طبيعي - معنوي) من شأنها أن ترتب مركزاً أو أثراً قانونية ومن خصائص هذه المحررات قابليتها للقراءة)⁽⁷⁹⁾.

ثانياً: تعريف المستند الإلكتروني (Le document électronique): إن أول ما أثير من موضوع المستندات المعالجة إلكترونياً كان في نطاق القانون الفرنسي القديم رقم (19) لسنة 1988م، والمتعلق بجرائم المعلوماتية، حين تحدث عن تزوير المستندات المعالجة إلكترونياً في نص المادة (5/462) بقوله: "أي شخص قام بتزوير مستندات معالجة إلكترونياً أيّاً كان شكلها بما يؤدي إلى حدوث ضرر للغير يعاقب بالسجن مدة تتراوح بين سنة وخمس سنوات والغرامة التي تتراوح بين 30 ألف فرنك إلى 3000 ثلاثة آلاف فرنك والمستند المعالج إلكترونياً: هو مستند تم خضوعه لمعالجة إلكترونية للبيانات، أي تم صياغته في صورة إحدى لغات الحاسب الإلكتروني، ثم وقع عليه التزوير فيما بعد وهو

⁷⁷ د/ هدى حامد قشقوش، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، مرجع سابق، ص 209 وما بعدها.

⁷⁸ د/ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية، مرجع سابق، رقم 356، ص 279. ، لمزيد من التفاصيل حول تعريف المحرر انظر: د/ محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات - القسم الخاص، رقم 99، ص 262، ود/ مسيس بهنام، قانون العقوبات - جرائم القسم الخاص، مرجع سابق، رقم 329، ص 438. ويُنَّ سيادته في التعريف أنه لا يعد محرراً عداد النور، أو المياه، أو علامة، أو قطعة نقود معدنية؛ لأن هذه ليست عبارات خطية ولا عبرة بوسيلة التدوين فقد تكون كتابة بخط اليد، وقد تكون بالآلة الكاتبة أو الحاسب الآلي، ولا عبرة بنوع المادة المدونة عليها العبارات، فقد تكون ورقاً، أو قماشاً، أو خشباً أو حجراً، كما لا يلزم التعبير بلغة معينة، فقد تكون بلغة وطنية أو أجنبية أو باصطلاحات، أو إشارات متواضع على معناها، فالمهم أن يكون التعبيرات المدونة في المحرر هي دائماً محل التزوير.

⁷⁹ الطعن المصري رقم 39505 لسنة 77ق، جلسة 15 من مارس 2016م طعن منشور على البوابة الإلكترونية لمحكمة النقض المصرية، تاريخ الزيارة 2019/5/8م.

الحماية الجنائية للمحررات الرسمية والأختام الحكومية من التزوير

داخل ذاكرة الحاسب، وبالتالي لا بد أن يتبع إجراءات معينة من خلال الحاسب لإجراء التزوير في المستند الإلكتروني.⁽⁸⁰⁾

وفي هذا الإطار أعيد صياغة القانون الفرنسي رقم (19) لسنة 1988م الملغي والمتعلق بجرائم المعلوماتية، وتم تعديله بالقانون رقم 912 لسنة 2015م، وادمج في قانون العقوبات تحت نص المادة (323) ع فرنسي، وجرم القانون الجديد محو أو تعديل البيانات في المادة (1-323) ع فرنسي⁽⁸¹⁾ حيث نصت على أنه: (يعاقب على الولوج أو البقاء بطريقة احتيالية في كل أو جزء من نظام معالجة البيانات الآلية، بالسجن لمدة سنتين وغرامة قدرها ستون ألف يورو. عندما ينتج عن ذلك حذف أو تعديل البيانات الواردة في النظام، أو تغيير طريقة عمل هذا النظام، وتكون العقوبة هي السجن لمدة ثلاث سنوات وغرامة قدرها مائة ألف يورو. عندما تُرتكب الجرائم المنصوص عليها في الفقرتين الأوليين ضد نظام المعالجة الآلية للبيانات الشخصية التي تنفذها الدولة، تزداد العقوبة إلى السجن لمدة خمس سنوات وغرامة قدرها مائة وخمسون ألف يورو). وفي مصر وردت الحماية القانونية للمحررات الإلكترونية في نص المادتين (16، 17) من قانون التوقيع الإلكتروني رقم (15) لسنة 2004م.⁽⁸²⁾

أما في التشريع الإماراتي: فقد أقر المشرع الإماراتي صراحة، بوقوع جريمة التزوير على المستند الإلكتروني وحدد لها عقوبة جنائية رادعة، حيث نص على أن: (يعاقب بالسجن المؤقت والغرامة التي لا تقل عن مائة وخمسون ألف درهم، ولا تجاوز سبعمائة وخمسون ألف درهم... إلخ).⁽⁸³⁾ إدراكاً منه بخطورة جرائم التزوير على المستندات الإلكترونية حالياً؛ ولمواكبة التطور الحاصل في تلك المستندات وخاصة الحكومية منها، وقد عرف المشرع الإماراتي في المادة الأولى من قانون مكافحة جرائم تقنية

⁸⁰ د/ هدى حامد قشقوش، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، مرجع سابق، ص213 وما بعدها. ومقدم/ إسلام إبراهيم الحسن، المواجهة الأمنية لجرائم تزوير المحررات الإلكترونية، كلية الدراسات العليا، أكاديمية الشرطة، القاهرة، مايو 2018م، ص30.

⁸¹ Art 323-1 du code pénal Modifié par LOI n°2015-912 du 24 juillet 2015 - art. 4 Le fait d'accéder ou de se maintenir, frauduleusement, dans tout ou partie d'un système de traitement automatisé de données est puni de deux ans d'emprisonnement et de 60 000 €.....etc

⁸² لمزيد من التفاصيل حول المحررات القانونية في القانون المصري انظر: د/ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات - القسم الخاص، مرجع سابق، ص919 وما بعدها وانظر: نص المادتين 17، 16 من قانون التوقيع الإلكتروني المصري.

⁸³ نصت المادة 6 من المرسوم الاتحادي بقانون رقم 5 لسنة 2012م على أنه: يعاقب بالسجن المؤقت والغرامة التي لا تقل عن مائة وخمسين ألف درهم، ولا تجاوز سبعمائة وخمسين ألف درهم، كل من زور مستنداً إلكترونياً من مستندات الحكومة الاتحادية أو المحلية أو الهيئات أو المؤسسات العامة الاتحادية أو المحلية. وتكون العقوبة الحبس والغرامة التي لا تقل عن مائة ألف درهم ولا تجاوز ثلاثمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا وقع التزوير في مستندات جهة غير تلك المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة. ويعاقب بذات العقوبة المقررة لجريمة التزوير، بحسب الأحوال من استعمل المستند الإلكتروني المزور مع علمه بتزويره.

المعلومات المشار إليه المستند الإلكتروني بأنه: (سجل أو بيان معلوماتي يتم إنشاؤه وتخزينه أو استخراجها أو نسخه أو إرساله أو إبلاغه أو استلامه بوسيلة إلكترونية على وسيط).⁽⁸⁴⁾ وفي هذا الإطار أورد المشرع في النص سالف الذكر لفظ التزوير مطلقاً، فقد قيد المحرر بأن يكون مستنداً إلكترونياً حكومياً، وهذا ما ورد في أحد طعون المحكمة الاتحادية العليا.⁽⁸⁵⁾

وتطرح الدراسة التساؤل المهم: ماذا عن بطاقات الائتمان الممغنطة الصادرة من البنوك الوطنية المملوكة للدولة هل يعتبر التزوير أو التقليد فيها تزويراً في محرر؟ وهل هذا المحرر رسمي أم عرفي في التشريع الإماراتي؟. والإجابة عن ذلك ورد في نص المادة (13) من المرسوم بالقانون الاتحادي رقم (5) لسنة 2012م بشأن "مكافحة جرائم تقنية المعلومات" على أنه: (يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تقل عن خمسمائة ألف درهم ولا تتجاوز مليوني درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من زور، أو قلد أو، نسخ بطاقة ائتمانية أو بطاقة مدينة، أو بأي وسيلة أخرى من وسائل الدفع الإلكتروني، وذلك باستخدام إحدى وسائل تقنية المعلومات أو برنامج معلوماتي.... إلخ).⁽⁸⁶⁾

ومن وجهة نظر الباحث: يفهم من صريح النص سالف الذكر، أن التزوير في بطاقات الائتمان الممغنطة في التشريع الإماراتي يعتبر تزويراً في محرراً عرفياً إلكترونياً، ويؤكد ذلك أنه قدر لها عقوبة الحبس والغرامة، وفي المقابل فقد اعتبرت محكمة النقض المصرية في أحد الطعون الحديثة والمهمة لها أن التزوير في بطاقات الائتمان يعتبر تزويراً في محرراً رسمياً، وليس عرفياً، ووصفت الجريمة بالجنائية وقدرت لها عقوبة الجنائية.⁽⁸⁷⁾

⁸⁴ انظر: نص المادة الأولى من المرسوم الاتحادي بقانون رقم 5 لسنة 2012م بشأن "مكافحة جرائم تقنية المعلومات".

⁸⁵ لمزيد من التفاصيل في هذا الموضوع انظر: المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم 314 لسنة 2014م، جلسة الثلاثاء 2014/10/21م، والتي أوضحت... معيار جريمة التزوير الإلكتروني، هو المستند الإلكتروني ذاته وليس وسيلة التزوير، أو وسيلة إصدار المحرر، ومن ثم يجب أن يتأكد القاضي من وجود المستند واكتسابه صفة الإلكتروني؛ لتحديد طبيعة المستند محل التزوير، فإذا انتفت صفة الإلكتروني عنه فلا تقوم هذه الجريمة حتى لو تم تزويره بطريقة إلكترونية، وهنا تطبق عليه نصوص التزوير في المحررات التقليدية طالما توافرت إحدى حالات التزوير المنصوص عليه.

⁸⁶ انظر: نص المادة 13 من المرسوم بقانون إتحادي رقم 5 لسنة 2012م بشأن "مكافحة جرائم تقنية المعلومات".

⁸⁷ وورد بالطعن أنه: ..لما كان ذلك وكان المحرر في جريمة التزوير، يعرف بأنه مجموعة من الكلمات لها معنى، والتي ينسب صدورها إلى شخص معين طبيعي أو معنوي من شأنه أن يرتب مركزاً أو أثراً قانونية، ومن خصائص هذا المحرر قابليته للقراءة، ولا يقدح في انطباق هذا التعريف وتلك الخصائص على بطاقات الائتمان الممغنطة، أنها لا تشمل إلا على بيان الاسم وبيان الجهة المصدرة للبطاقة وبيان التوقيع، ذلك أن بيان الاسم والتوقيع يفيد صدور هذه البطاقة من جهة معينة لصالح شخص معين، وأن هذا المحرر بوصفه بطاقة للتعامل مع البنك مباشرة أو من خلال شخص معين، ولا يغير من توافر صفة المحرر في بطاقات الائتمان أيضاً قابلية تلك البطاقات للقراءة بحسبان أن البيانات المكتوبة على الشريط المغنط والمتعلق بحساب العميل من ناحية ورقمه من ناحية أخرى، والتي تشكل جزءاً لا يتجزأ من البطاقة بوصفها محرراً، لا يمكن قراءتها بالعين المجردة، ولكن لا يحول دون قراءتها بواسطة أجهزة الكمبيوتر الخاصة بالبنك، فليس في القانون ما يستوجب أن

ثالثاً: عناصر المحرر:

أ- **صفة ومصدر المحرر:** إن صفة ومصدر المحرر من عناصر المحرر، فجوهر فكرة المحرر أنه يتضمن تعبيراً متكاملًا عن مجموعة من المعاني والأفكار المترابطة فيما بينهما عن طريق الكتابة، إذ بهذا الشرط يمكن أن يكون له صدى على المعاملات القانونية والعلاقات الاجتماعية، فيجب أن تتوفر في المحرر صفة المستند، ويعني ذلك أنه ليس كل محرر بهذا المعنى يصلح محلاً لجريمة التزوير؛ ولكي يعتبر المحرر مستندًا سواء أكان تقليدياً أم إلكترونيًا لا بد فيه من توافر الشروط الآتية: أ- أن يكون معروفًا له مصدر ولو في الظاهر صفة (الشكل). ب- وأن يتضمن سردًا لواقعة أو تعبيرًا عن إرادة (المضمون). ج- وأن تكون له حجية أي صلاحية للتمسك به في مواجهة الغير (الحجية).⁽⁸⁸⁾

ب- **مضمون المحرر:** ويقصد بذلك أن يتضمن المحرر الذي يصلح سردًا لواقعة أو تعبيرًا عن إرادة أو رغبة أو يتضمن - بعبارة أخرى- تعبيرًا متكاملًا عن مجموعة من المعاني والأفكار المترابطة فيما بينها. وتفرعًا على ذلك تنتقي صفة المحرر في كل مكتوب لا يحتوي على هذا المضمون، فالمكتوب الذي لا يتضمن سوى اسم شخص معين وعنوانه مثلاً أو توقيعه مجرداً أو تحت عبارات أو علامات لا تحمل معنى مترابطاً لا يصلح أن يكون محلاً لجريمة تزوير، وينتقي التزوير كذلك مثلاً في حالة الفنان الذي يرسم لوحة معينة ويوقع عليها باسم فنان آخر مشهور عنه؛ لأن هذه اللوحة خالية من المضمون الذي يجعلها محرراً في مجال التزوير، وإن جاز أن تقوم بها جريمة الغش التجاري.⁽⁸⁹⁾

وتطرح الدراسة التساؤل المهم: هل يقع التزوير على فعل ينصب تغيير الحقيقة فيه على أمر يتصل بالمحرر دون أن يعد من كتابته، كوضع الصورة الشخصية محل صورة أخرى لرخصة قيادة أخرى مثلاً أو رخصة حمل السلاح وغيرها؟ **والإجابة عن ذلك:** طبقاً للتشريع المصري، يفرق في هذه الحالة بين ما قبل عام 1984م وبعده، فقبل أن يتدخل المشرع المصري عام 1984م باستبدال نص المادة (211) ع بنصها الحالي الذي أقر صراحة بأن وضع أسماء أو صور أشخاص آخرين مزورة جنائية

تكون بيانات المحرر مقروءة بالعين المجردة، وقد فسر المشرع الفرنسي شكا كان ينتابه في ما يسمى بالمحرر الإلكتروني، وذلك عندما عدل المادة 441-1 ع فرنس الحالي؛ حتى تضمن الإشارة إلى المحررات التي تتكون من بيانات إلكترونية، وتأسيساً على ما تقدم فإن البطاقات المغنطة يسري عليها وصف المحرر في مفهوم جريمة التزوير، باعتبارها ورقة من أوراق البنوك التي تصدرها شركات المساهمة طبقاً لنص المادة 206 مكرراً ع.... إلخ. نقض مصري رقم 39505 لسنة 77 ق جلسة 15 من مارس 2016، طعن منشور على البوابة الإلكترونية لمحكمة النقض المصرية، تاريخ زيارة الموقع 2019/5/18 م.

⁸⁸ د/ رمسيس بهنام، قانون العقوبات - القسم الخاص، مرجع سابق، رقم 329، ص 439 وما بعدها.

⁸⁹ د/ محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات - القسم الخاص، دار الجامعة الجديدة، مرجع سابق، رقم 99، ص 266 وما بعدها.

تزوير، حيث كان الوضع قبل هذا النص لا يعتبر تزويرًا، ويؤكد ذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية في حكم قديم لها عام 1934م بأنه: (إذا وضع شخص صورته الشمسية على رخصة رسمية ليست له محل صورة صاحب الرخصة الحقيقي عوضًا عن هذا الأخير، لا يكون جريمة تزوير).⁽⁹⁰⁾

فهذا الفعل - وإن كان يترتب عليه تغيير ضمني في معنى الرخصة - إلا أنه تغيير غير مباشر لم يقع على نفس المسطور، ولم يحصل بإحدى الطرق المبينة في القانون للتزوير المادي، إذ إن المتهم لم يمس كتابة الرخصة - ولم يدخل عليها أي تغيير مادي، فهو إذن تغيير من نوع خاص بعيد عما رسمه القانون المصري في باب التزوير؛ ولذلك لا يمكن اعتباره تزويرًا جنائيًا؛ لعدم جواز التوسع في تأويل أحكام قانون العقوبات.. ولا يصح أن يقاس التغيير الذي يحصل في علامة واردة في المحرر أو في رقم أو ترقيم فيه. إذ العلامات والترقيم ليست إلا أجزاء من المحرر، فالتغيير فيها هو في ذات المحرر، أما الصورة فلا يمكن اعتبارها جزءًا من المحرر؛ لأنها ليست من الكتابة المعروفة، ولا يمكن إدخالها تحت نصوص التزوير، وهو الأمر الذي دعا المشرع المصري إلى التدخل في فبراير عام لسنة 1984م لجعل بصريح النص - المادة (211) ع - من وضع صور أشخاص آخرين مزورة، طريقًا من طرق التزوير على أساس أن نزع الصورة واستبدالها بأخرى يغير في الفكرة المترابطة التي يعبر عنها المحرر.⁽⁹¹⁾

أما في التشريع الإماراتي: فالأمر مختلف، حيث حدد المشرع الإماراتي بأن إدخال تغيير على المحرر بحذف أو إضافة أو تغيير الصور يعد ذلك طريقًا من طرق التزوير المنصوص عليه صراحة بنص المادة (1/216) ع اتحادي. ويعتبر جنائية تزوير ويعاقب فاعله بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات.

رابعًا: حجية المحرر: هناك رأي فقهي يتضمن أنه ليس كل محرر مكتوب معروف مصدره على النحو السابق بيانه، صالِحًا لأن يكون محلاً لجريمة تزوير، بل يجب كي يعد تغيير الحقيقة فيه تزويرًا أو

⁹⁰ نقض 15 يناير 1934م مجموعة أحكام النقض، ج3، رقم 187 ص256. حيث ورد فيه أن: حكم بأن وضع صورة على رخصة رسمية محل صورة صاحبها الحقيقي واستخدام الرخصة عوضًا عن هذا الأخير لا يكون جريمة تزوير. ويشار في هذا الصدد إلى الرأي المهم لأستاذنا الدكتور/ رمسيس بهنام، الذي انتقد المادة 211 ع مصري المستبدلة بالقانون رقم 9 لسنة 1984م، والخاصة بجريمة وضع صورة شخص على محرر آخر يعد صورة من صور التزوير المادي كما ورد في نص تلك المادة ورأى سيادته الأصح إفراد نص خاص يقضي بان انتحال شخصية الغير في بطاقة بتغيير الصورة الملتصقة على البطاقة ونسبة البطاقة إلى غير صاحبها الأصلي يعاقب بعقوبة التزوير وإن لم يكن تزويرًا، وسنده في ذلك إلى الحكم القديم سالف الذكر. انظر: د/ رمسيس بهنام، قانون العقوبات - جرائم القسم الخاص، مرجع سابق، هامش رقم1، ص439.

⁹¹ د/ محمد زكي أبوعامر، قانون العقوبات - القسم الخاص، دار الجامعة الجديدة، مرجع سابق، رقم 99، ص267 وما بعدها.

تقليدًا، أن يكون كذلك صالحًا للاحتجاج به في مواجهة الغير، وحجية المحرر معناها قابليته لإقناع الرجل العادي بين الناس، أي صلاحيته للتمسك به في مواجهة الغير، وليس المراد بحجية المحرر أن تكون له صلاحية للتمسك به فنحن بصدد محرر مزور مفروض فيه بداءة أن صلاحيته للتمسك به مؤقتة مقصورة على الوقت الذي يمضي إلى حين اكتشاف تزويره، وإنما المراد بداهة بحجية المحرر في هذا السبيل، إن تكون له في إقناع الشخص العادي وفي الانطلاء على عقيدة الغير صلاحية مبدئية أو وقتية لا نهائية أو قطعية، فحيث لا تكون للمحرر حجية بهذا المعنى أي حيث لا يصلح ولو مبدئيًا للتمسك به على الشخص العادي، فإن تغيير الحقيقة فيه لا يعد تزويرًا معاقبًا عليه.⁽⁹²⁾ **ويتفق الباحث:** مع هذا الرأي؛ لأنه يتناسب مع قيمة المحرر القانونية في مواجهة الغير وكدليل إثبات.

خامسًا: أنواع المحررات: تنقسم المحررات إلى محررات رسمية وأخرى عرفية، وتتعدد المحررات الرسمية وإن كان المشرع المصري لم يعددها حصرًا بل ذكر منها بعض الأمثلة في نص المادة (211) ع مثل الأحكام، التقارير، المحاضر، الوثائق، السجلات، الدفاتر، وغيرها، ولم ينص قانون العقوبات المصري أيضًا على تعريفها بل ترك المهمة - كالمعتاد - للفقهاء والقضاء، وهناك رأي فقهي مفاده أن الفقه مجمع على تقسيم المحررات الرسمية إلى أربعة وهي: 1- **محررات سياسية:** التي تصدر من السلطات الدستورية مثل الاتفاقات والمراسم والمعاهدات الدولية مثلاً. 2- **محررات إدارية:** وهي الأوراق الرسمية التي تصدر من جهات الإدارة المختلفة كشهادة الميلاد، وشهادة الوفاة، وغيرها. 3- **محررات مدنية:** وهي التي تثبت حقوقًا وواجبات على ذوي الشأن وتبين اتفاقاتهم في مجالات عدة كعقد الزواج وإشهارات الطلاق مثلاً، وغيرها. 4- **محررات قضائية:** تصدر من السلطات القضائية بالدولية كمحاضر التحقيق والجلسات، وعرائض دعاوي.⁽⁹³⁾

وإن كان المشرع المدني المصري قد **عرف المحرر الرسمي** في المادة (20) من قانون الإثبات بأنه: (المحررات التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه ذوي الشأن، وذلك طبقًا للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه). وباختصار المحرر الرسمي: هو المحرر الصادر عن موظف عام مختص، فالمحرر يكتسب صفته هذه من أن محرره هو موظف عام مختص بتحريره، وهذا ما يكسبه صفة الرسمية).⁽⁹⁴⁾ **أما المحررات العرفية (un document)**

⁹² د/ رمسيس بنهام، قانون العقوبات - القسم الخاص، مرجع سابق، رقم 330، ص 441 وما بعدها.

⁹³ د/ هدى حامد قشقوش، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص 245.

⁹⁴ د/ مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات - القسم الخاص، طبعة مزيدة، مرجع سابق، ص 439.

(privé) : فمن الأهمية بمكان تعريف المحرر العرفي، والتفرقة بينه وبين المحرر الرسمي باختصار، وكما هو واضح من نص المادة (215) ع مصري فإن المحرر العرفي هو المحرر الصادر من آحاد الناس، ويمكن تعريفه سلبياً بمقارنته بالمحرر الرسمي بأنه: (سائر المحررات التي لا تعتبر رسمية سواء أنها لم تصدر عن موظف عام، أم أن الموظف الذي أصدره أو نُسبَ إليه صدره ليس مختصاً بتحريره، ما لم يكن عدم اختصاص الموظف بتحريره، مما يفوت على الشخص العادي ملاحظته.⁽⁹⁵⁾

أما في التشريع الإماراتي: فقد نصت المادة (218) ع اتحادي صراحة على تعريف المحرر الرسمي بأنه: (هو الذي يختص موظف عام بمقتضى وظيفته بتحريره أو بالتدخل في تحريره على أية صورة أو إعطائه الصفة الرسمية). وبذلك يكون المشرع الاتحادي قد وضع قاعدة عامة في هذا الشأن على نحو ما جاء بالنص، أما المحرر العرفي فبالطبع سلبياً هو عكس ما جاء بتعريف المحرر الرسمي.

سادساً: المحررات الرسمية الأجنبية: ثار الخلاف حول حكم المحررات الأجنبية، التي صبغت عليها الصبغة الرسمية وفقاً للقانون الأجنبي، كشهادات الميلاد الأجنبية، والشهادات الدراسية الصادرة من المعاهد الحكومية، وجوازات السفر الأجنبية، فهل تعتبر محررات رسمية أو لا؟. وقد ذهب الفقه والقضاء في فرنسا إلى أعطائها حكم المحررات الرسمية، وحرص قانون العقوبات السويسري على أن ينص في المادة (255) ع على سريان أحكام مواد التزوير من المادة (251 إلى 254) ع على المحررات الأجنبية، وذهب الفقه السويسري إلى أنه وفقاً لهذا القانون يجب الرجوع إلى قانون الدولة الأجنبية لمعرفة ما يعد محرراً رسمياً، على أن يرجع القاضي عن الفصل في توافر أركان جريمة التزوير في هذا المحرر إلى قانون العقوبات الوطني لا القانون الأجنبي.⁽⁹⁶⁾

وفي مصر، فقد اختلف الرأي في تحديد طبيعة المحررات الرسمية الأجنبية، فهناك رأي فقهي يتضمن بأنها تأخذ حكم المحررات الرسمية الوطنية، مادامت هذه الأوراق معترفاً لها بالصفة الرسمية في

⁹⁵ نقض مصري 9 يناير سنة 2012م، الطعن رقم 11066 لسنة 79 ق، طعن منشور على البوابة الإلكترونية لمحكمة النقض المصرية، تاريخ الزيارة 2019/5/8م. ونقض أبوظبي، الطعن رقم 596 لسنة 2017م، س11، ق. أ، جلسة 2017/8/23م. طعن منشور على مدونة قانون الإمارات ص684.

⁹⁶ د/ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات - القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2016م، رقم 666، ص906. وفي نفس المعنى حول المحررات الرسمية الأجنبية. انظر: على محمد قاسم الطلي، جريمة التزوير في المحررات الرسمية في القانون اليمني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عدن، ط2006م، ص21. على الموقع الإلكتروني <http://search.mandumah.com/Record/900869>، وأيضاً: د/ عادل علي المانع، طبيعة المحررات الرسمية الأجنبية، تعليق على حكم محكمة التمييز الدائرة الجزائية، في الطعن رقم 512 لسنة 2008م، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، المجلد 40، العدد الثالث، ط2016م.

ببلادها. (97) وهناك رأي فقهي آخر بأن المحررات الرسمية لا تدخل في حكم المحررات الرسمية. (98)

وهناك رأياً فقهيًا آخر يرى أنه متى منح القانون المصري بعض المحررات حجية تعادل ما للمحررات الرسمية الوطنية، فإنه يدرأ بالمشرع أن يعطي حكمها فيما يتعلق بالعقاب على تزويرها، وآية ذلك أن المصلحة المعتدى عليها هي الثقة العامة التي تتدرج بقدر ما يتمتع به المحرر من صفة رسمية أو عرفية، فإذا كان القانون قد منح بعض المحررات الأجنبية ثقة تعادل ما تتمتع به المحررات الرسمية، كان لا مناص من الاعتراف بأنها تأخذ حكمها في جريمة التزوير، ويرجع في تقدير هذه الثقة إلى مدى ما تتمتع به هذه المحررات الأجنبية - وفقًا للقانون المصري- من حجية تعادل ما للمحررات الرسمية الوطنية، ومثال ذلك الشهادات الجامعية الأجنبية التي قررت الدولة معادلتها بالشهادات التي تمنحها الجامعات المصرية. (99)

ويتفق الباحث مع غالبية الفقه الجنائي المصري، (100) ومحكمة النقض المصرية (101) من أن تلك المحررات الرسمية الأجنبية لا تحظى بنفس الحماية الجنائية التي تحظى بها المحررات الرسمية الوطنية، وأن تغيير الحقيقة فيها يعد تزويرًا في محرر عرفي؛ وذلك لأن المشرع المصري لم ينص على ذلك، ولو كان يريد مساواتها في الحماية والحجية بتلك المحررات الرسمية الوطنية لنص على ذلك ولكنه لم يفعل، ولذلك نعتقد أن المشرع المصري قد خرج عن هذا المأزق، بالنص على ضرورة حصول الدارس مثلاً الحاصل على إحدى الشهادات العلمية الأجنبية، من ضرورة اعتمادها من وزارة التعليم العالي، تلك الشهادة هي التي تعتبر محرراً رسمياً يخضع للحماية، وأما إذا ما تبين أن الشهادة الدراسية مزورة، فإن الوصف القانوني للجريمة هو الحصول على شهادة معادلة رسمية (محرر رسمي) بموجب محررات أجنبية مزورة. ومن وجهة نظر الباحث أن ما سبق ذكره ينطبق على التشريع الإماراتي.

الفرع الثاني: تغيير الحقيقة في المحررات

ورد تغيير الحقيقة في المحررات بصفة عامة في التشريعين المصري والاتحادي في نص المادة

97 د/ السعيد مصطفى السعيد، جرائم التزوير في القانون المصري، مرجع سابق، ص176.

98 د/ محمود محمود مصطفى شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، مرجع سابق، رقم 86، ص119.

99 د/ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات - القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2016م، رقم 666، ص908.

100 د/ هدى حامد قشقوش، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، مرجع سابق، ص246، د/ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية، مرجع سابق، رقم 393، ص321.

101 نقض مصري 1931/4/5م، مجموعة القواعد القانونية 2-232-284. حكم مشار إليه في مرجع الأستاذة الدكتورة/ هدى حامد قشقوش، المرجع السابق، ص246. حيث أصدرت محكمة النقض حكماً يقرر أن التزوير في المحررات الرسمية الأجنبية تزويراً في محررات عرفية.

(211) ع مصري، والمادة (216) ع إتحادي المعدلة بالمرسوم بقانون رقم (7) لسنة 2016م، أما تزوير المستند الإلكتروني فقد ورد في نص المادة (6) من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي، وتغيير الحقيقة هو أحد عناصر التزوير المهمة بل جوهره على الإطلاق، وتغيير الحقيقة تعني إبدالها بما يغيرها وهو الفعل الإجرامي الذي يقوم به التزوير أو التقليد في المحررات بالطرق المنصوص عليها قانوناً في التشريعين المصري والإماراتي؛ لأنه لا جريمة بغير نشاط إجرامي، ومن ثم فإن انتفى تغيير الحقيقة انتفى التزوير⁽¹⁰²⁾، إذ لا قيام لجريمة بغير فعل إجرامي. ⁽¹⁰³⁾

وفي التشريع الفرنسي: فقد نصت المادة 441-4 من قانون العقوبات الفرنسي الحالي على أن: (التزوير الذي يقع على أحد المحررات العامة أو الرسمية أو في السجلات الصادرة عن السلطات العامة، يعاقب بالحبس عشر سنوات والغرامة 150000 يورو، ويعاقب على استخدام المحرر الوارد في الفقرة السابقة بذات العقوبة. وتغلظ العقوبة إلى السجن خمسة عشر عاماً والغرامة 225000 يورو إذا كان التزوير أو الاستخدام تم من قبل شخص يتمتع بصفة عامة أو مكلف بمهمة إدارة مرفق عام). ⁽¹⁰⁴⁾

أما في المادة 441-1 ع فرنسي المعدلة بموجب المرسوم بقانون 916 لسنة 2000م عرفت التزوير بأنه: (يعتبر تزويراً كل تغيير غير مشروع للحقيقة على نحو يسبب ضرر عن طريق استخدام إحدى الوسائل أيًا كانت طبيعتها. على محرر مكتوب أو أي دعاية لها قيمة قانونية بغاية الحصول على دليل لحق أو لواقعة ذات أثر قانوني. ويعاقب على التزوير في المحرر المزور بالحبس ثلاث سنوات والغرامة 45000 يورو). ⁽¹⁰⁵⁾ .

¹⁰² د/ هدى حامد قشقوش، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، مرجع سابق، ص246 وما بعدها، د/ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية، مرجع سابق، رقم 393، ص321.

¹⁰³ وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية إذا انتفى الإسناد الكاذب في المحرر لم يصح القول بوقوع التزوير، وإذا كان المحرر عرفياً وكان مضمونه مطابقاً لإرادة من نسب إليه معبراً عن مشيئته انتفى التزوير بأركانه ومنها ركن الضرر، ولو كان هو لم يوقع على المحرر ما دام التوقيع حاصل في حدود التعبير عن إرادته، سواء أكان هذا التعبير ظاهراً جلياً أو مضمراً مفترضاً تدل عليه شواهد الحال نقض مصري 20 أكتوبر 1969م س20، رقم 323، ص1233.

104 Art 441-4 du code pénal "Le faux commis dans une écriture publique ou authentique ou dans un enregistrement ordonné par l'autorité publique est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende.L'usage du faux mentionné à l'alinéa qui précède est puni des mêmes peines.Les peines sont portées à quinze ansetc

¹⁰⁵ Art 441-1 du code pénal Modifié par Ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000 - art. 3 V JORF 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002 " Constitue un faux toute altération frauduleuse de la vérité, de nature à causer un préjudice et accomplie par quelque moyen que ce soit, dans un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée qui a pour objet ou qui peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit

وأيضًا نصت المادة 441-2 من قانون العقوبات الفرنسي الحالي على أن: (التزوير على أحد المحررات الصادرة من الدولة أو إحدى إدارتها بغاية إثبات حق أو هوية أو صفة أو منح ترخيص، يعاقب فاعلها بالحبس خمس سنوات والغرامة 75000 يورو، ويعاقب بذات العقوبة كل من استخدم تلك المحررات. وتغلظ العقوبة إلى الحبس سبع سنوات والغرامة 100000 يورو إذا تم التزوير أو استخدم المحرر الرسمي : 1- من شخص يتمتع بصفة عامة أو موكل إليه مهمة إدارة مرفق عام. 2- إذا تم هذا التزوير بشكل معتاد. 3- إذا كان التزوير بهدف التسهيل لارتكاب جناية أو إلصاق تلك الجناية لغير فاعلها. (106)

كما نصت المادة 441-5 ع فرنسي الحالي على أنه: (يعاقب كل من قدم إلى غيره بشكل مخالف للقانون مستند صادر عن إحدى الهيئات العامة بهدف إثبات حق أو هوية أو صفة أو يمنح ترخيصًا بالحبس خمس سنوات والغرامة 75000 يورو. وتغلظ العقوبة إلى الحبس سبع سنوات والغرامة 100000 يورو إذا وقعت الجريمة من الفئات التالية: 1- من شخص يتمتع بصفة عامة أو موكل إليه مهمة إدارة مرفق عام. 2- إذا تم هذا التزوير بشكل معتاد. 3- إذا كان التزوير بهدف التسهيل لارتكاب جناية أو إلصاق تلك الجناية لغير فاعلها. (107).

وفي هذا الإطار لا يعتبر تغييرًا للحقيقة، أي إضافة لمضمون المحرر، أو حذف منه طالما ظلت الحقيقة المنبعثة منه بنفس حالتها قبل الإضافة أو الحذف، وعلى هذا الأساس لا تغيير للحقيقة عند إضافة الرقم الألفي والمئوي لتاريخ السند إذا كان السند قد دون بدونهما ولا عند إضافة لفظ (فقط) أو (لا غير)، ونفس الأمر عند حذف عبارة مكررة في السند أو إضافة عبارة تزيد المعنى المقصود وضوحًا؛ لأن الحقيقة المدونة في السند لا تزال بحالتها، ويمكن القول في هذا الشأن أن للمستند بيانات جوهرية وبيانات

ou d'un fait ayant des conséquences juridiques. Le faux et l'usage de faux sont punis de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

106 Art 441-2 du code pénal ".Le faux commis dans un document délivré par une administration publique aux fins de constater un droit, une identité ou une qualité ou d'accorder une autorisation est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. L'usage du faux mentionné à l'alinéa précédent est puni des mêmes peines. Les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 euros d'amende lorsque le faux ou l'usage de faux est commis ..etc

107 Art 441-5 du code pénal ".Le fait de procurer frauduleusement à autrui un document délivré par une administration publique aux fins de constater un droit, une identité ou une qualité ou d'accorder une autorisation est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 euros d'amende lorsque l'infraction est commise ...etc

غير جوهريّة، وعلى أساسها يمكن تغيير الحقيقة. (108) وتطبيقاً لذلك، فإنه إذا أثبت شخص في محرر بيانات تطابق الحقيقة فلا يقوم بذلك تزوير، ولو كان سيء النية يعتقد أن ما يثبتته مخالف للحقيقة، وترتب على ذلك ضرر، وأيضاً فلا يسأل عن تزوير من يمسك بيد مريض فيحركها ويعينه على إثبات بيانات تعبر عن إرادته كإنشاء وصية أو الرجوع عن وصية سابقة، إذ البيانات التي ساعد على إثباتها في المحرر تطابق الحقيقة تماماً. (109) ونوضح ذلك على النحو التالي:

أولاً: أنواع تغيير الحقيقة ودلالاتها القانونية:

لتغيير الحقيقة دلالة قانونية لا تتفق مع دلالاته اللغوية، والدلالة القانونية لتغيير الحقيقة مستمدة من علة التجريم ذاتها، ووفقاً لهذه الدلالة، فمن ناحية أولى: فإنه يكفي أن يكون تغيير الحقيقة جزئياً أو نسبياً. ولكن من ناحية ثانية: أن يمس تغيير الحقيقة المركز القانوني للغير دون رضائه. فالقاعدة الأولى توسع من دلالة تغيير الحقيقة، والقاعدة الثانية تضيق من الدلالة، فتغيير الحقيقة لما سبق ذكره ليس مطلقاً بل هناك تغيير للحقيقة جزئي وتغيير نسبي. (110)

أ- تغيير الحقيقة الجزئي للمحرر: لا يشترط أن يكون التزوير بتغيير الحقيقة في المحرر بكل بياناته، بل إن القانون يكتفي بأقل نصيب من تغيير الحقيقة في المحرر بأي تغيير جزئي في بياناته الجوهرية لكي يقوم التزوير، فإذا لم يكن في المحرر غير بيان واحد مخالف للحقيقة مثلاً، وكانت سائر بياناته صحيحة عد ذلك كافياً لقيام التزوير، ومن باب أولى يتوافر التزوير أيضاً إذا كانت بعض البيانات مغايرة للحقيقة والبعض الآخر مطابقاً لها. وعلة ذلك أن أقل قدر من تغيير الحقيقة في المحرر يكفي لإهدار كل الثقة والحماية القانونية التي يمثلها، إذ هو على الأقل يؤثر الشك حول صدق البيانات الصحيحة. وتطبيقاً لذلك فإنه إذا عهد شخص آخر بأن يدون محرر أملاء عليه، فأثبت جميع بياناته على الوجه الذي أملي عليه، عدا تاريخ، المحرر وهو بيان رئيسي الذي، غيره؛ كي يجعله خاضعاً لقانون

¹⁰⁸ د/ محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات - القسم الخاص، دار الجامعة الجديدة، مرجع سابق، رقم 100، ص 269 وما بعدها. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية في أحد طعونها أنه: لما كان من المقرر أنه لا يكفي للعقاب على التزوير أن يكون الشخص قد قرر غير الحقيقة في المحرر، بل يجب أن يكون الكذب وقع في جزء من أجزاء المحرر الجوهرية التي من أجلها اعد المحرر لإثباته، وأنه ليس كل تغيير في المحرر يعتبر تزويراً... إلخ لمزيد من التفصيلات انظر: الطعن رقم 1234 لسنة 82ق، جلسة 2014/12/16م. طعن منشور على البوابة الإلكترونية لمحكمة النقض المصرية، تاريخ زيارة الموقع 2019/5/8م.

¹⁰⁹ أستاذنا الدكتور/ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية، مرجع سابق، رقم 321، ص 246.

¹¹⁰ د/ حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في قانون العقوبات الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 2015م، ص 132.

آخر غير القانون الساري وقت تحريره فالتزوير محقق في هذه الحالة. (111)

ب- تغيير الحقيقة النسبي في المحرر: يكتفي القانون بتغيير الحقيقة النسبي الذي تتغير به حقيقة المركز القانوني لغير محدثه، ويقود ذلك إلى البحث في المدلول القانوني للحقيقة: ليس المراد بالحقيقة المطابقة الكاملة للواقع، أي الحقيقة الواقعية المطلقة، ولكن المراد بها المطابقة لما كان يتعين إثباته في المحرر وفقاً للقانون أي الحقيقة القانونية النسبية وما يتعين إثباته وفقاً للقانون بندرج فيه أمران: ما يتعين إثباته وفقاً لإرادة صاحب الشأن، فهو الذي يعبر المحرر عن إرادته فيتعين إثباته وفقاً لقرينة بقررها القانون، فإذا أثبت في المحرر ما يخالف إرادة صاحب الشأن، ومثال ذلك من يحرر شهادة ميلاد تحمل بيانات حقيقية وينسبها زوراً للموظف المختص، في هذه الحالة البيانات حقيقة ولكن توقيع وإمضاء الموظف صحيحاً هنا وقعت جريمة التزوير، أو ما يخالف القرينة التي قررها القانون تحقق التزوير بذلك، ولو كان ما أثبت فيه مطابقاً للواقع. (112)

ثانياً: تغيير الحقيقة في الإقرارات الفردية: الإقرارات الفردية: هي المحررات التي يقر بها الأفراد بأنفسهم عن أشياء خاصة بهم وتكون متعلقة بمراكزهم القانونية وحدهم، ولا تتعلق بحقوق الغير، مثل الإقرارات الضريبية أو إقرارات التجار عما لديهم من بضائع لصدورها من طرف واحد، والتغيير في الحقيقة بهذا النوع من الإقرارات لا يعتبر تزويراً؛ فإنها تتعلق بالمركز القانوني للمقرين وحدهم، ومن ثم فإن هذه المحررات لا تعد حجة على غير محررها، هذا فيما يتعلق بالإقرارات الخاصة، أما الإقرارات الأخرى الرسمية المنسوبة للجهات الحكومية فهناك استثناء مما ذكر، مثلاً كإقرارات الأفراد المقدمة لمصلحة الضرائب أو الواردة من الجمارك، أو قسائم الزواج أو الطلاق، كأن يقر الشخص بأن طفلاً ولد له من امرأة معينة في حين أنها ليست أمه في دفتر المواليد، فإن الكذب فيه يعد تزويراً. (113)

ثالثاً: تغيير الحقيقة بمعرفة الموظف العام: عالج موضوع تزوير المحررات الرسمية عن طريق موظف عام في التشريع المصري في المادتين (211) ع، (213) ع مصري حيث بدأ المشرع النص في المادة (211) ع مصري بعبارة: (كل صاحب وظيفة عمومية ارتكب في أثناء تأديته وظيفته تزويراً في

¹¹¹ د/ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية، مرجع سابق، رقم 323، ص 247.
¹¹² د/ محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، مرجع سابق، رقم 115، ص 137. وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية في أحد الطعون بقولها: إن مجرد تغيير الحقيقة بطريق الغش بالوسائل التي يقرها القانون في الأوراق الرسمية يتحقق به جريمة التزوير وبصرف النظر عن الباعث في ارتكابها متى كان المقصود به تغيير مضمون المحرر بحيث يخالف حقيقته النسبية الطعن رقم 18637 لسنة 84 ق، جلسة 2015/4/14م. طعن منشور على البوابة الإلكترونية لمحكمة النقض المصرية، تاريخ الزيارة 2019/7/5م.
¹¹³ د/ محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات - القسم الخاص، دار الجامعة الجديدة، مرجع سابق، رقم 103، ص 275 وما بعدها.

الحماية الجنائية للمحررات الرسمية والأختام الحكومية من التقليد أو التزوير

أحكام صادرة.... إلخ) ووصفت هذه الجريمة بأنها من الجرائم الأساسية في التزوير المادي الذي يرتكبه الموظف العام، بينما نصت المادة (213) ع مصري على أنه: (يعاقب أيضاً بالسجن المشدد أو بالسجن كل موظف في مصلحة عمومية أو محكمة غير مختص بقصد التزوير موضوع السندات أو أحوالها في حال تحريرها المختص بوظيفته إلخ).⁽¹¹⁴⁾

أما المادة (212) ع مصري الخاصة بمن يقوم بالتزوير من **آحاد الناس**، وبذلك تطلب النص في جريمة التزوير في النص الأول في المادة (211) ع مصري عدة شروط، أن يكون المتهم موظفاً عاماً وهو الشخص الذي يعين بصفة مستقرة غير عارضة للمساهمة في عمل دائم في خدمة مرفق عام، كما تقتضي أن يتم التزوير في محرر رسمي، يضاف إلى ذلك أن يقع التزوير في أثناء تأدية الوظيفة، أما ما جاء في نص المادة (212) ع فهو خاص بالتزوير الذي يقوم به آحاد الناس، والفارق بين النصين فيما سبق عرضه، وأيضاً في العقوبة، فالعقوبة في نص المادتين (211، 213) ع الخاصة بتزوير الموظف العام في محرر رسمي هي السجن المشدد أو السجن، أما العقوبة في نص المادة (212) ع فقدر المشرع العقوبة السجن مدة أكثرها عشر سنين.⁽¹¹⁵⁾

أما في التشريع الإماراتي: فالأمر ليس على هذا النحو السابق، فالمُشرع الاتحادي لم يذكر صراحة لفظ **(الموظف العام)** في فعل التزوير أو التقليد في نص المادة (216) ع اتحادي الخاصة بتزوير المحررات، وربما أشار إليه في نص المادة (218) ع عند تعريفه فقط للمحرر الرسمي، ولم يربط العقاب في المحرر الرسمي بطبيعة من قام بالتزوير، وفي هذا الإطار تعتبر المادة (216) ع اتحادي هي المادة الرئيسية في جريمة التزوير في التشريع الإماراتي فهي خاصة بتعريف التزوير وتحديد طرقه على سبيل الحصر، أما المادة (217) ع فهي خاصة بالعقوبة على التزوير في محرر رسمي فقدر المشرع لها، **السجن مدة لا تزيد على عشر سنوات**، ويفهم من ذلك أن المشرع الاتحادي ساوى في صفة الجاني بين ما إذا كان موظفاً عاماً أو غير ذلك، في جرائم التزوير في المحررات الرسمية والأختام الحكومية والعقوبة واحدة.

وتطرح الدراسة التساؤل المهم: ماذا عن تغيير الحقيقة في الصورة الضوئية للمحرر الرسمي؟

والإجابة عن ذلك من وجهة نظر الباحث : لم يتعرض المشرع المصري لتك الجزئية في باب

¹¹⁴ انظر نص المادتين: 213، 211 ع مصري.

¹¹⁵ د/ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات - القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2016م ، رقم 666، ص908.

التزوير في قانون العقوبات المصري، وربما ترك المشرع ذلك لاجتهادات الفقه والقضاء، بينما في القضاء المصري فقد حكمت محكمة النقض المصرية في طعن لها مفاده أن: (...المحررات الرسمية لا يمكن الطعن عليها إلا بالتزوير، وتكون حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها إذا وقعت من ذوي الشأن في حضوره، وإذا كان أصل تلك المحررات غير موجود فتظل لصورتها الرسمية حجية سواء أكانت تنفيذية أم غير تنفيذية، أخذت فور تحرير الأصل بمعرفة محرره، أو أخذت بعد ذلك بمعرفة أحد الموظفين غير محرر الأصل وذلك كله متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل - أما إذا كان المظهر الخارجي يبعث على الشك في أن تكون قد عبث بها إذا وجد بها كشط أو محو أو تحشير فإن الصورة تسقط حجيتها في هذه الحالة).⁽¹¹⁶⁾

وفي طعن آخر قضت محكمة النقض المصرية أيضاً بأن: (...صورة المحرر الرسمي التي لم تصدر عن الموظف المختص بإعطائها، الذي يشهد بتوقيعه عليها بأنها مطابقة للأصل المحفوظ لديه، لا تعتبر صورة رسمية، وإنما مجرد ورقة عرفية لا قيمة لها في الإثبات ما لم يقبلها خصم من تمسك بها.... إلخ)⁽¹¹⁷⁾

أما في التشريع الإماراتي: فقد أفرد المشرع نصاً فريداً ومهماً على مستوى التشريعات الخليجية في هذا الأمر في نص (المادة 217 مكرراً) ع اتحادي المعدلة⁽¹¹⁸⁾، حيث جرم المشرع التزوير في صورة المحرر الرسمي أو استعمال صورة محرر رسمي، وقدر لها عقوبة السجن مدة لا تزيد على خمس سنوات.⁽¹¹⁹⁾

ومن وجهة نظر الباحث هناك عدة ملاحظات من بينها ما يلي:

فمن ناحية أولى: إن المادة (217 مكرراً) ع اتحادي المعدلة، خاصة بأحكام التجريم والعقاب في جريمة تزوير صورة أصل المحرر الرسمي وتم استعماله، أو استعمال صورة المحرر الرسمي، ولم

¹¹⁶ الطعن المصري رقم 203 لسنة 44 ق، جلسة 1979/2/24م، طعن منشور على الموقع: 18/06/2014/أحكام-نقض-في-حجية-الأوراق-الرسمية/ <https://egylawsite.wordpress.com> تاريخ الزيارة 2019/5/3م.

¹¹⁷ الطعن المصري رقم 308 لسنة 51 ق، جلسة 1985/12/5م، طعن منشور على الموقع: 18/06/2014/أحكام-نقض-في-حجية-الأوراق-الرسمية/ <https://egylawsite.wordpress.com> تاريخ الزيارة 2019/5/3م.

¹¹⁸ نصت المادة 217 مكرراً ع اتحادي المعدلة بالمرسوم بقانون رقم 7 لسنة 2016 م على أنه: يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات كل من زور صورة محرر رسمي وتم استعمال تلك الصورة أو استعمال صورة محرر رسمي مع علمه بتزويرها، ويعاقب بالحبس إذا كانت الصورة لمحرر غير رسمي .

¹¹⁹ لمزيد من التفاصيل في هذا الموضوع انظر: د/ إمام حسنين عطا الله، جرائم تقنية المعلومات في التشريعات والصكوك العربية، دار جامعة نايف للنشر، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، ط 2017م، ص 199 وما بعدها

يتضمن هذا النص تجريم التقليد في صورة المحرر الرسمي وهو الأكثر شيوعاً، بل جرم (التزوير) فقط، حيث هناك فارق -كما هو معروف- بين التزوير والتقليد في المحررات. يضاف إلى ذلك أن هذه المادة أثارت بعضاً من الخلاف في التطبيق العملي قبل تعديلها، ومناطق الخلاف، مضمونه: هل تجريم التزوير في صورة محرر رسمي مشروط باستعماله كما ورد في نص الفقرة الأولى من تلك المادة؟، وبمعنى آخر: هل مجرد التزوير في صورة أصل محرر رسمي فقط مجرم ومعاقب عليه، وشرط العقاب هو أن يتم استعمال صورة هذا المحرر بجانب تزويره؟ وهذا ما ورد بالنص قبل التعديل.

ويختلف الباحث مع أحد الآراء.⁽¹²⁰⁾ في هذا الشأن الذي يتضمن أن مجرد التزوير في صورة المحرر الرسمي جريمة في نص المادة (217 مكرراً) ع اتحادي قبل تعديلها ومعاقب عليه ولا يشترط اقترانه بالاستعمال.

وسند الباحث في ذلك: إن الجزء الأخير من الفقرة الأولى من النص سالف الذكر قبل التعديل كان قد ورد بعبارة (...وتم استعمال تلك الصورة) فقط، وربما يعني ذلك أن الاستعمال مرتبط بما هو قبله وهو تزوير صورة المحرر الرسمي، وتعني عبارة (وتم استعماله) قانوناً هو التقدم بالصورة الرسمية المزورة لموظف عام وقبولها أو اعتمادها، ويتضمن هذا النص التأكيد على الاستعمال بلفظ (وتم)، وربما يفهم أيضاً من النص أنه لا تجريم حتى مجرد الشروع في هذه الحالة، فتجريم التزوير في صورة المحرر الرسمي مرتبط باستعماله، ولغوياً فإن عبارة (وتم استعمال الصورة) هي (معطوفة على جملة: زور صورة محرر رسمي)، فيكون التزوير والاستعمال معا سبباً في العقوبة بالسجن، وبمعنى ذلك أن الدلالة اللغوية للنص مرتبطة بالدلالة القانونية. أما في التعديل فأضاف المشرع للنص الأصلي عبارة (...أو استعمال صورة محرر رسمي) ويحسب للمشرع تعديل هذا النص بالمرسوم بقانون (7) لسنة 2016م، بإضافة لفظ (أو).

يضاف إلى ذلك أيضاً أن قانوني العقوبات الإماراتي والمصري لم يوجد فيهما بباب التزوير نصاً قانوني يجرم حيازة المحرر المزور فقط صراحة، ومن باب أولى فإن حيازة صورة هذا المحرر غير معاقب عليه، على عكس المشرع الفرنسي الذي أورد نصاً خاصاً بتجريم وعقاب حيازة المحرر المزور في نص المادة 441-3 ع فرنسي الحالي، حيث نصت على أن: (حيازة المحررات المزورة الواردة في

¹²⁰ يوسف أمين آل علي، مقال بعنوان تزوير صورة المحرر، مجلة دبي القانونية، العدد 26، أبريل 2017م، ص 33.

الحماية الجنائية للمحررات الرسمية والأختام الحكومية من التقليد أو التزوير

المادة 441-2 بشكل تدليسي، يعاقب بالحبس عامين وبالغرامة 30000 يورو، وتغلظ العقوبة إلى الحبس خمس سنوات والغرامة 75000 يورو إذا كانت الحيازة لأكثر من مستند مزوراً. (121)

ومن ناحية ثانية: ربما يعتقد أن قصد المشرع في تجريمه صورة أصل المحرر الرسمي أن تكون هذه الصورة الضوئية الرسمية للمحرر الرسمي المزورة هي المعتمدة من الموظف العام بالتأشير عليها مثلاً (صورة طبق الأصل) الذي تم اعتمادها بالتوقيع عليها، وليس أي صورة ضوئية فالصورة الضوئية غير المعتمدة (كصورة طبق الأصل) هي محرر عرقي مادام أنه لم يعتمد أو يؤشر عليها من الموظف محرره على الصورة الضوئية، ويؤكد وجهة نظرنا تعريف المشرع الاتحادي للمحرر الرسمي بأنه هو الذي يختص موظف عام بمقتضى وظيفته بتحريره، أو بالتدخل بتحريره على أية صورة، أو إعطائه الصورة الرسمية. حيث نصت المادة (218) ع اتحادي الخاصة بتعريف المحرر الرسمي، على أنه: (...أو إعطائه الصفة الرسمية..)، ويعني ذلك أنه يلزم عند تفسير نص المادة (217 مكرراً) ع اتحادي يجب تفسيرها بالارتباط بما ورد في ضوء نص المادة (218) ع اتحادي.

الفرع الثالث: طرق التزوير في المحررات (التزوير المادي والمعنوي)

أولاً: مفهوم طرق التزوير:

طريقة التزوير المادي التقليدي أو الإلكتروني في المحررات أو التزوير المعنوي، وتتمثل في طرق التزوير المادي المنصوص عليها قانوناً، وطرق التزوير هي الأساس في تغيير الحقيقة في المحرر، ولا يتحقق الركن المادي لجرائم التزوير من مجرد تغيير الحقيقة بأية طريقة من الطرق، وإنما يلزم أن يكون هذا التغيير قد حدث بإحدى الطرق التي حددها القانون على سبيل الحصر في التشريعين المصري والإماراتي. (122)

ويعني ذلك أن جريمة التزوير ليست من بين الجرائم ذات الوسيلة الحرة أو غير المقيدة، بل أنها على العكس من بين الجرائم المقيدة أو المحددة الوسيلة. وعلى هذا الأساس لا يتم التزوير إلا إذا تغيرت

121 Art 441-3 du code pénal "La détention frauduleuse de l'un des faux documents définis à l'article 441-2 est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. La peine est portée à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende en cas de détention frauduleuse de plusieurs faux documents.

122 وعلة هذا الحصر هي الحرص على أن توضع للتزوير الحدود المعقولة التي تقتضيها المصلحة الاجتماعية، وأوضح المشرع المصري طرق التزوير في المحررات الرسمية في نص المادتين 211، 213 ع مصري، وطرق التزوير في المحررات العرفية المادة 215 ع مصري أما في التشريع الإماراتي فقد وردت طرق التزوير المادي والمعنوي في مادة واحدة المادة 216 ع اتحادي.

الحماية الجنائية للمحررات الرسمية والأختام الحكومية من التزوير

الحقيقة بإحدى الطرق التي نص عليها القانون على سبيل الحصر، فإذا تغيرت الحقيقة في المحرر بطريقة أخرى فلا تزوير على إجماع الفقه والقضاء، وبسبب ذلك يلتزم القاضي في حكمه بالإدانة أن يبين الطريقة التي استعان بها الجاني لتغيير الحقيقة حتى يتاح لمحكمة النقض أداء وظيفتها في مراقبة صحة تطبيق القانون، وإلا كان الحكم قاصراً قصوراً يستوجب نقضه. (123)

وتطبيقاً لذلك فقد نص قانون العقوبات المصري تحديداً على طرق التزوير، وقد جاء بها على سبيل الحصر في المادتين رقمي (213، 211) ع وهما متعلقتان بتغيير الحقيقة في المحررات الرسمية، ثم بعد ذلك جاء نص المادة (215) المتعلقة بالتزوير في المحررات العرفية فأحالتها في شأن طرق التزوير على المادتين السابقتين، فطرق التزوير في المحررات الرسمية والعرفية سواء، وقد أكملت الحديث عن طرق التزوير المختلفة المادتان (206، و 208) ع مصري، والمادتان (217، 221) ع واللذان نصتا على التقليد (La falsification)، أو الاصطناع ((faire un document)) على أساس أن نصوص التزوير تعتبر في قانون العقوبات كلاً يكمل بعضه بعضاً، ومنها مجتمعة تتحدد طرق التزوير في المحررات على سبيل الحصر، وهو ما يجمع عليه بعض الفقه والقضاء في مصر. (124)

أما في التشريع الإماراتي: فالأمر ذاته، فقد نص قانون العقوبات الاتحادي على طرق التزوير على سبيل الحصر في نص المادة (216) ع اتحادي المعدلة بالمرسوم بقانون اتحادي رقم (7) لسنة 2016م ويضاف إلى ذلك هناك نص فريد في التشريع الإماراتي وهو نص المادة (217 مكرراً) ع المعدلة الخاص بتجريم وعقاب التزوير في صورة المحرر الرسمي واستعماله، وسأوى بينهما في وصف التجريم بـ (الجنائية) بين هذه الجريمة وجريمة تزوير أصل المحرر الرسمي ذاته، واختلف في مقدار العقوبة بينهما، حيث حدد العقوبة في تزوير أصل المحرر الرسمي بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات، أما التزوير في صورة المحرر الرسمي السجن مدة لا تزيد عن خمس سنوات، كما اختلفت عقوبة التزوير في صورة المحرر غير الرسمي بالعقوبة الحبس.

ثانياً: طرق التزوير في التشريعين المصري والإماراتي:

قسم المشرعان المصري والإماراتي طرق التزوير إلى نوعين **تزوير مادي** و**تزوير معنوي**، وكما

¹²³ نقض مصري 14 أكتوبر سنة 1964م، مجموعة القواعد القانونية، ج7، ق203، ص177.

¹²⁴ د/ محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات - القسم الخاص، مرجع سابق، رقم 105، ص279 وما بعدها، ود/ هدى حامد قشقوش، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، مرجع سابق، ص ص 216، 217.

هو واضح من التسمية يمكن تعريف التزوير المادي بأنه: (كل تغيير في الحقيقة يقع بطريقة ظاهرية ويترك أثراً ملموساً ندركه أحياناً بحواسنا أي بالنظر إليه، وأحياناً لا يتبين إلا بالاستعانة بالخبرة وهذه المظاهر هي من قبيل الكشط أو المحو أو الطمس أو تقليد خط الغير أو إمضاء غير صاحبه، أما التزوير المعنوي فهو التغيير في الحقيقة الذي يقع في مضمون المحرر، أي الذي يتحقق بتشويه المعاني التي يجب أن يعبر عنها المحرر وفقاً لإرادة من يدس إليه بعض بياناته دون أن يترك أثراً ملموساً تدركه الحواس، بل يعتمد على الفهم ومن هنا يصعب إثباته، ومثال ذلك أن يطلب شخص من آخر تدوين محرر بيانات معينة فيدونه مشتملاً على بيانات مختلفة)، ويجتمع الاثنان في كونهما يشملان على تغيير الحقيقة. (125)

أ- التزوير المادي: نص المشرع المصري على طرق خمسة للتزوير المادي وردت في المواد (206، 211، 217) ع مصري على سبيل الحصر وهي: 1- وضع إمضاءات أو أختام أو بصمات مزورة. 2- تغيير المحررات أو الأختام أو الإمضاءات أو زيادة الكلمات. 3- وضع أسماء أو صور أشخاص آخرين مزورين. 4- التقليد. 5- الاصطناع. ويضاف إلى ذلك ما نص عليه في المادة (225) ع مصري حيث نصت على اعتبار بصمة الأصبع كالإمضاء في تطبيق أحكام التزوير.

أما في التشريع الإماراتي فقد وردت تلك الطرق تحديداً مع اختلاف بسيط في بعض الألفاظ في نص المادة (216) ع اتحادي المعدلة بالمرسوم بقانون رقم (7) لسنة 2016م. والذي أورد طرق التزوير إجمالاً في عدد (7) طرق شاملة التزوير وقد سبقت الإشارة إليها في مقدمة هذا المبحث، ولم يفرق المشرع الإماراتي في العقاب بين التزوير المادي والمعنوي في النصوص القانونية كما في التشريع المصري.

ب- التزوير المعنوي: حدد المشرع المصري طرق التزوير المعنوي ضمناً في نص المادة (213) ع مصري في قولها (يعاقب أيضاً بالسجن المشدد أو بالسجن كل موظف في مصلحة عمومية أو محكمة غير بقصد التزوير موضوع السندات أو أحوالها في حال تحريرها المختص بوظيفته سواء أكان ذلك بتغيير إقرار أولي الشأن الذي كان الغرض من تحرير تلك السندات إدراجه بها أو بجعله واقعة مزورة في صورة واقعة صحيحة مع علمه بتزويرها أو بجعله واقعة غير معترف بها في صورة واقعة

¹²⁵ د/ هدى حامد قشقوش، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، مرجع سابق، ص216 وما بعدها. وأيضاً د/ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، مرجع سابق، رقم 330، ص258، ود/ رمسيس بهنام، قانون العقوبات - القسم الخاص، رقم 331، ص452.

الحماية الجنائية للمحررات الرسمية والأختام الحكومية من التقليد أو التزوير

معترف بها)، والتزوير المعنوي في محرر رسمي في هذا النص لا يتصور إلا من موظف عام مختص بتدوين المحرر، إذ أنه يفترض إثبات كاتب المحرر بيانات تختلف عن تلك التي يتعين عليه إثباتها، فلا يتصور أن يسأل شخص غير الموظف المختص بتدوين المحرر باعتباره فاعلاً لهذا التزوير. (١٢٦)

ويتطلب المشرع في هذه الجريمة توافر الأركان العامة للتزوير، ووقوعه عن طريق إحدى وسائل التزوير المعنوي، ويفترض المشرع بالإضافة إلى ذلك أن المحرر الذي غيرت فيه الحقيقة محرر رسمي. (١٢٧)

وفي المقابل في التشريع الإماراتي: ربما لم ينص المشرع الإماراتي على ما هو معروف بالتزوير المعنوي صراحة وأغلب الظن لم يهتم به كاهتمامه بالتزوير المادي، ويؤكد ذلك مثلاً نص المادة (٢٢١) ع اتحادي المعدلة بالمرسوم بقانون رقم (٧) لسنة ٢٠١٦ م بقولها: (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين أو بالغرامة التي لا تتجاوز خمسين ألف درهم من أعطى بيانات شخصية غير صحيحة في تحقيق قضائي أو إداري). وبذلك يكون المشرع في هذا التعديل قد غلظ عقوبة الغرامة وجعلها عقوبة محددة وهي خمسين ألف درهم، واستبدل في النص القديم البيانات الكاذبة بعبارة (.. من أعطى بيانات شخصية غير صحيحة..). (١٢٨)

الفرع الرابع: الضرر

الضرر (Le préjudice) عنصر جوهري من عناصر جريمة التزوير في التشريع المصري والإماراتي، بالرغم من أنه لم ينص على ذلك صراحة في نصوص مواد التزوير في التشريع المصري، حيث لا يقوم التزوير أو التقليد بدون ضرر مفترض بصفة عامة، فإذا تخلف الضرر انتفى التزوير حتماً، ولو توافرت سائر أركانه؛ ذلك لأن التزوير في القانون لا عقاب عليه إلا إذا كان ضاراً، بحيث لا يكفي لقيام الركن المادي لهذه الجريمة أن يقع تغيير للحقيقة في محرر بإحدى الطرق التي بينها القانون، وإنما يلزم فوق ذلك أن يكون من شأن هذا التغيير أن يسبب ضرراً. ولا يشترط في التزوير في ورقة

^{١٢٦} ويشار في هذا الصدد أنه من المستقر عليه فقهاً أنه لا يتصور أن يقع التزوير من غير الموظف العام إلا بإحدى طرق التزوير المادي. بخلاف التزوير المعنوي، فإنه لا يتصور وقوعه إلا من موظف عام مختص، وقد يكون الموظف العام حسن النية حين يدلي إليه الشخص ببيانات مزورة لإثباتها في محرر رسمي يختص بتحريره، وفي هذه الحالة يكون غير الموظف العام شريكاً في جريمة التزوير التي ارتكبتها الموظف العام حسن النية. لمزيد من التفصيلات انظر: د/ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات - القسم الخاص، مرجع سابق، رقم ٦٧٢، ص ٩١٣.

^{١٢٧} أستاذنا الدكتور/ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية، مرجع سابق، رقم ٤٠٢، ص ٣٢٩.

^{١٢٨} انظر: نص المادتين ٢٢٠، ٢٢١ ع اتحادي.

الحماية الجنائية للمحررات الرسمية والأختام الحكومية من التقليد أو التزوير

عرفية أيضًا وقوع الضرر بالفعل بل يكفي احتمال وقوعه (١٢٩)

ولن يخوض الباحث بالتعمق في موضوع الضرر، حيث أنه ليس موضوع البحث، ويضاف إلى ذلك هناك العديد من الآراء الفقهية المختلفة في مدى اعتباره ركنًا منفصلاً عن أركان التزوير، أم ضمن ركنه المادي، والبحث في وقوع الضرر واحتماله إنما يرجع فيه إلى الوقت الذي وقع فيه تغيير الحقيقة بغير الالتفات إلى ما يطرأ عليه فيما بعد. (١٣٠)

أما في التشريع الإماراتي، فقد نصت المادة (٢١٦) ع اتحادي المعدلة بالمرسوم بقانون رقم (٧) لسنة ٢٠١٦م على الضرر في تعريفه للتزوير صراحة بقوله: (تزوير المحرر هو تغيير الحقيقة فيه بإحدى الطرق المبينة فيما بعد تغييرًا من شأنه إحداث ضرر، وبنية استعماله كمحرر صحيح.... إلخ). (١٣١) وفي هذا الإطار بصفة عامة أثير الجدل الفقهي حول إشكالية الضرر، وما إذا كان يعتبر شرطًا للركن المادي المتمثل في تغيير الحقيقة أم أنه يمثل ركنًا مستقلًا عن الركنين المادي والمعنوي، ولن يتعرض الباحث لهذه الجزئية، حيث أنها ليست موضوع البحث، ويتفق الباحث مع الرأي الذي يرى أن التزوير شأنه شأن بقية الجرائم الأخرى لا يقتضي توافر ركن مستقل للضرر، بل يكفي تحقق الركن المادي بما فيه الضرر. (١٣٢)

وفي فرنسا قضت محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها الصادرة في ١٢ نوفمبر ١٩٩٨م إلى أن اعتبار الضرر المتولد عن جريمة تزوير المحررات الرسمية، هو ضرر قابل للدعاء به في الدعوى المدنية الملحق بالدعوى العمومية بالتعويض. (١٣٣)

^{١٢٩} د/ محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات - القسم الخاص، مرجع سابق، رقم ١١٩، ص ٢٦٩ وما بعدها، ود/ هدى حامد قشقوش، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، مرجع سابق، ص ٢٢٩، ود/ رمسيس بهنام، قانون العقوبات - جرائم القسم الخاص، مرجع سابق، رقم ٣٤٠، ص ٤٥٩.

^{١٣٠} الطعن المصري رقم ٢٣٢ لسنة ٢٠١٢ ق جلسة ١٢/٦/١٩٧٧م.

^{١٣١} انظر: نص المادة ٢١٦ ع اتحادي.

^{١٣٢} لمزيد من التفاصيل حول موضوع الضرر انظر: د/ أحمد شوقي الشلقاني، الضرر في تزوير المحررات، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ط ١٩٨٠م، ص ١٢٢ وما بعدها. ، نوال حمري، الضرر في جريمة تزوير المحررات، مجلة القانون والمجتمع، جامعة إدرا، الجزائر، ط ٢٠١٣م، ص ١٠١ وما بعدها. على الموقع. منشور على موقع دار المنظومة الإلكترونية. تاريخ زيارة الموقع ٢٠١٩/٥/١١م. وأيضًا: محمد إسماعيل إبراهيم، التكليف القانوني للضرر في جريمة تزوير المحررات، مجلة جامعة بابل للعلوم الإدارية والقانونية، المجلد ١٠، العدد ٦، ط ٢٠٠٥م، ص ١٢٠٥ وما بعدها.

^{١٣٣} Cass. crim., ١٢ novembre ١٩٩٨ " Le faux commis dans un document administratif peut également porter préjudice aux particuliers

http://zarawah.free.fr/doc20/opj/OPJ_٥%B٥%٠١D_DROIT_PENAL_SPECIAL/documents/٤٦٥٠٣.pdf

المطلب الثاني: الركن المعنوي

جرائم التزوير في المحررات جرائم عمدية يتعين لقيامها توافر ركنها المعنوي المتمثل في توافر صورة القصد الجنائي في حق المزور أو المقلد، وهذا القصد خاص، ويفترض أولاً: توافر القصد العام بعنصره العلم والإرادة، الذي يقوم بعلم المتهم بأركان جريمته، واتجاه إرادته إلى الفعل المكون لها ونتيجته، ويفترض ثانياً "نية" يقوم بها القصد الخاص في التزوير⁽¹³⁴⁾ ويشار في هذا الصدد إلى أن القصد الجنائي في جريمة تقليد الأختام الحكومية السابق تناولها في المبحث الأول لا يختلف عنه في تزوير المحررات، ونوضح ذلك باختصار لسابقة الإشارة إلى ذلك في المبحث السابق. وفي ضوء ما سبق نتناول هذا المطلب باختصار في فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: القصد الجنائي العام في جرائم تزوير المحررات. الفرع الثاني: القصد الجنائي الخاص في جرائم تزوير المحررات.

الفرع الأول: القصد الجنائي العام في جرائم تزوير المحررات

القصد الجنائي في التزوير هو "تعمد تغيير الحقيقة تغييراً من شأنه أن يسبب ضرراً، وبنية استعمال المحرر فيما غيرت من أجله الحقيقة" وقد رجح هذا التعريف في الفقه والقضاء، وقد عرف الفقيه الفرنسي (جارسون) القصد الجنائي في التزوير بقوله: (إنه تعمد تغيير الحقيقة في محرر تغييراً من شأنه أن يسبب ضرراً للغير وبنية استعمال المحرر فيما غيرت من أجله الحقيقة).⁽¹³⁵⁾

ويتطلب القصد العام في المقام الأول علماً محيطاً بتوافر فيه جميع أركان التزوير، فيجب أن يعلم المتهم أنه يغير الحقيقة، وأن فعله ينصب على محرر، وأنه يرتكب عن طريق إحدى الطرق التي حددها القانون، وأنه يترتب عليه ضرر حال أو احتمال، فيجب أن يعلم المتهم أنه يغير الحقيقة بفعله، ويقتضي ذلك أن يعلم بالحقيقة وأن يدرك أن فعله ينتج أثراً مناقضاً لها، ويعني ذلك أن مجرد جهل المتهم بالحقيقة غير كاف لاعتبار القصد متوافراً لديه، فالموظف العام الذي يثبت في محرر ما يمليه عليه ذو الشأن، وهو جاهل ما تتضمنه أقوالهم من مخالفة الحقيقة لا يعد القصد متوافراً لديه. ويمثل القصد الجنائي في التزوير في التشريع الفرنسي نية التزوير من خلال استخدام أدوات الجريمة بقصد إحداث أثرها، وقد لا

134 نقض مصري رقم 22869 لسنة 76 ق جلسة 10 من يونيه 2007م، طعن منشور على البوابة الإلكترونية لمحكمة النقض المصرية وورد بالطنين:.... أن القصد الجنائي في جريمة التزوير إنما يتحقق بتغيير الحقيقة من محرر يتمتع بقوة الإثبات بطريقة من الطرق التي حددها القانون، تغييراً من شأنه حدوث ضرر مع انتواء استعماله في الغرض الذي زور من أجله... إلخ.

¹³⁵ د/ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية، مرجع سابق، رقم 330، ص 258.

الحماية الجنائية للمحررات الرسمية والأختام الحكومية من التقليد أو التزوير

يتوافر هذا القصد الجنائي لدى مستخدم المحرر المزور حال جهله بتزوير المستند أو عدم علمه بتزويره.
(136)

الفرع الثاني: القصد الجنائي الخاص في جرائم تزوير المحررات

لا يكفي لقيام جريمة التزوير في المحررات في التشريعين المصري والإماراتي أن يتوافر لدى الفاعل القصد العام وحده، بمعنى إرادة تغيير الحقيقة مع العلم بكافة عناصر الركن المادي؛ إنما يلزم فوق هذا القصد أن يتوافر لدى الفاعل القصد الخاص؛ أي تتجه إرادة المزور إلى تحقيق غاية معينة من ارتكاب الركن المادي وهو قصد تغيير الحقيقة؛ ولذلك يطلق على جريمة التزوير جريمة ذات القصد الخاص، ويرى بعض من الفقه المصري أن هذا القصد مستفاد من نص المادة (213) ع مصري "بقصد التزوير"، وكما ورد في مقدمة نص المادة (216) ع اتحادي عبارة (...وبنية استعماله كمحرر صحيح) " ولم يتناول هذا النص نية التزوير من جانب المتهم كما في التشريع المصري، وقد ثار الخلاف في الفقه المصري حول تحديد ماهية هذا القصد فقيل أنه: "نية الإضرار بالغير"، وقيل أنه "نية الإضرار بثروة الغير وكرامته واعتباره"، وقيل "أنها نية الاحتجاج بالمحرر كدليل"، وقيل أخيراً: "العلم بأن المحرر المزور سيستعمل ضد من زور عليه". (137)

ومع ذلك فقد استقر الفقه والقضاء المصري، على أن القصد الخاص المتطلب لقيام الركن المعنوي للتزوير هو "اتجاه نية المزور - لحظة ارتكاب فعل تغيير الحقيقة - إلى استعمال المحرر المزور فيما زور من أجله، وتعلل هذه النية بأن التزوير في ذاته ليس إلا عملاً تحضيرياً لجريمة الاستعمال التي هي موجودة أصلاً من جانب المزور، ولكن المشرع لم يعلق العقاب على فعل الاستعمال، بل جعله جريمة مستقلة بذاتها، ويعني ذلك أن تتوافر لدى الجاني نية استعمال المحرر المزور فيما غيرت من أجله الحقيقة فيه، وهو أمر يتنوع بتنوع أهداف المزورين من تزويرهم على نحو غير قابل للحصر، ويختلف من حالة إلى أخرى وإن أمكن رد تلك الأهداف جميعاً إلى فكرة تحقيق مصلحة للجاني أو لغيره أو دفع مضرة عنه أو غيره. (138)

136 Bernard Bouloc , Procédure pénal , 21e éd , Dallow , 2012 , P 241

137 د/ محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات - القسم الخاص، مرجع سابق، رقم 130، ص 318 وما بعدها. د /عوض محمد عوض، القصد الجنائي في تزوير المحررات، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، ط1970م، ص489.

138 نقض مصري 1998/7/20م - الطعن رقم 14606 لسنة 66ق، مجموعة أحكام النقض لعام 1988م. ولمزيد من التفصيلات في هذا الشأن انظر: د/ حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص 157 وما بعدها. ود/ هدى حامد قشقوش، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، مرجع سابق، ص 241.

الحماية الجنائية للمحررات الرسمية والأختام الحكومية من التقليد أو التزوير

المطلب الثالث: أحكام العقاب في جرائم تزوير أو تقليد المحررات

نصت المادة (211) ع مصري على عقوبة السجن المشدد أو السجن للتزوير المادي، ونصت المادة (213) ع على ذات العقوبة للتزوير المعنوي، واشترطت المادتان لتوقيع العقوبة أن يقع التزوير في الحالتين من موظف عام. وفي هذا الإطار لم يضع قانون العقوبات المصري عقوبة واحدة لجرائم تزوير المحررات، وإنما فرق في العقاب بين التزوير أو التقليد في المحررات الرسمية والتزوير أو التقليد أو التزوير في المحررات العرفية، فجعل في الأول (جناية)، والثاني (جنحة) على أساس أن الضرر الذي ينجم عن تزوير المحررات الرسمية يكون أبلغ من الضرر المترتب على المحررات العرفية؛ بسبب تفاوت الثقة التي يضعها الناس في هذه المحررات (139)

أما في التشريع الإماراتي فقد وردت عقوبة جرائم التزوير المادي الأساسية في المادتين (217)، و(217مكرراً) ع اتحادي حيث عاقبت المادة الأولى على التزوير في محرر رسمي بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات وذلك كله ما لم ينص عليه غير ذلك، وعاقبت على التزوير في محرر غير رسمي بالحبس، أما في نص المادة (1/217 مكرراً) ع اتحادي المعدلة بالمرسوم بقانون رقم (7) لسنة 2016م فقد عاقبت على التزوير في صورة محرر رسمي وتم استعماله تلك الصورة بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات.، وقدر المشرع العقوبة بالحبس إذا كان التزوير في صورة محرر غير رسمي، بعد أن كانت نفس عقوبة صورة المحرر الرسمي قبل تعديلها، ويحسب للمشرع هذا التعديل فقد ميز المشرع بين التزوير في صورة محرر رسمي، وصورة محرر غير رسمي، وربما يرجع ذلك لعدم مساواة الضرر في هاذين المحررين بعد تزويرهما أو تقليدهما. (140)

وفي ضوء ما سبق سوف نتناول هذا المطلب في فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: العقوبات الأصلية. الفرع الثاني: العقوبات الفرعية.

الفرع الأول: العقوبات الأصلية

نصت على الجرائم الأساسية في التزوير المادي المواد من (211، 215) ع مصري، وتقررت عقوبة أصلية على التزوير الواقع من الموظف المختص سواء كان تقليدياً أو إلكترونياً بمقتضى المادتين (211، 213) ع اتحادي، وهي عقوبة السجن المشدد أو السجن في حديهما العاديين وشرط انطباق هذه

¹³⁹ انظر نص: المادتين 211، 213 ع مصري.

¹⁴⁰ انظر نص: المادتين 217، 217 مكرراً ع اتحادي المعدلة بالمرسوم بقانون رقم 7 لسنة 2016م.

الحماية الجنائية للمحررات الرسمية والأختام الحكومية من التقليد أو التزوير

العقوبة هو أن يقع التزوير من موظف عام في محرر رسمي، وأن يقع هذا التزوير من الموظف المختص أثناء تأدية وظيفته، فأما عن اشتراط وقوع التزوير في محرر رسمي من موظف عام فهو اشتراط مقرر بمقتضى النصوص والتي قررت (...أن كل صاحب وظيفة عمومية... وكل موظف في مصلحة عمومية أو محكمة....) (المادتان 211، 213) ع مصري. ونتناول ذلك على النحو الآتي:

أ- عقوبة التزوير الواقع من الموظف العام المختص في التشريع المصري:

تقررت عقوبة جريمة تزوير المحررات الرسمية من جانب موظف عام مختص بمقتضى المادتين (211، 213) ع مصري وهي السجن المشدد أو السجن في حديهما العاديين، والتزوير من الموظف أثناء تأدية وظيفته هو الذي يرتكبه الموظف العام في محرر رسمي لا يخرج عن إحدى صورتين، إما أن يكون تزويراً مادياً في محرر رسمي، فالمقصود باشتراط وقوع التزوير منه أثناء تأدية الوظيفة لا انطباق العقوبة على فعله، حصول التزوير أثناء أداء عمل الوظيفة وفي أحد البيانات التي يختص الموظف بتحريرها أو اعتمادها أو مراجعتها، وهو ما يحدث في الغالب من الموظف بعد الفراغ من كتابة المحرر بالمحو أو الإضافة أو بطريق الاصطناع، ويلزم حتماً لانطباق تلك العقوبة أن يقع التزوير أثناء تأدية وظيفته، فإذا ارتكب موظف عام تزويراً في محرر رسمي ليس منه اختصاصه تحريره أو غير الحقيقة في بيان غير مختص هو بإدراجه في المحرر فلا تنطبق تلك العقوبة، وإنما تطبق عليه العقوبة المقررة بالمادة (212) ع مصري والخاصة بمن يرتكب من آحاد الناس تزويراً في محرر رسمي.⁽¹⁴¹⁾

أما الصورة الثانية فهي التزوير المعنوي، وهو ما يفترض وقوعه من موظف عام مختص بتحرير المحرر فيثبت فيه حال تحريره بيانات مغايرة للحقيقة، وهو ما لا يحدث إلا إذا كان الموظف مختصاً بتحرير المحرر الأمر الذي الذي يتحقق معه حتماً اشتراط وقوع التزوير من الموظف أثناء تأدية وظيفته؛ لأن الفاعل الأصلي في التزوير المعنوي لا يكون الموظف المختص.⁽¹⁴²⁾

ب- عقوبة التزوير في محرر رسمي من آحاد الناس أو من غير الموظف العام: نصت على عقوبة هذه الجريمة المادة (212) ع مصري بقولها: (كل شخص ليس من أرباب الوظائف لعمومية

¹⁴¹ ويرى الأستاذ الدكتور/ السعيد مصطفى السعيد أن التزوير يكون واقعاً من الموظف أثناء تأدية وظيفته كلما كان وجود المحرر بين يديه من مقتضيات وظيفته سواء بعد ذلك أكان مختصاً بتحريره أم لا، كالمحضر الذي يتسلم صورة تنفيذية لحكم فيدخل عليها تغييراً مادياً لصالح المحكوم عليه، وكاتب الجلسة الذي يزور المستندات الرسمية المحفوظة بملف القضية. لمزيد من التفصيلات انظر: د/ محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات - القسم الخاص، مرجع سابق، رقم 135، ص 329 وما بعدها. هامش 1.

¹⁴² د/ رمسيس بهنام، قانون العقوبات - جرائم القسم الخاص، مرجع سابق، رقم 344، ص 474.

ارتكب تزويرًا مما هو مبين في المادة السابقة يعاقب بالسجن المشدد أو بالسجن مدة أكثرها عشر سنين). والمعنى الظاهر لهذه المادة ربما يوحي بعدم انطباق العقوبة الواردة بها على الموظفين العموميين إطلاقًا واقتصارها على التزوير الواقع من آحاد الناس غير الموظفين، لكن الواقع أن المشرع يقصد بتقريره تلك العقوبة انطباقها على الحالات التي يقع فيها التزوير من غير الموظف المختص، سواء وقع من جانب فرد عادي لا يشغل وظيفة عامة أو من موظف غير مختص بتحرير المحرر أو اعتماده أو مراجعته وعلى هذا إجماع الفقه. ويتطلب المشرع في هذه الجريمة توافر الأركان العامة للتزوير في المحررات، ويفترض بالإضافة إلى ذلك أن المحرر الذي غيرت فيه الحقيقة محرر رسمي، وأن الجاني شخص غير الموظف المختص بإثبات البيانات التي غيرت فيها الحقيقة، ويعني ذلك أنه قد لا تكون له صفة الموظف العام على الإطلاق، أو يكون موظفًا عامًا ولكنه غير مختص، وأبرز الأمثلة على ذلك هي حالات اصطناع الأفراد للمحررات الرسمية، أو إدخالهم التشويه عليها إذا كانت في الأصل صحيحة. (143)

ج- عقوبة التزوير في المحرر العرفي: نصت على عقوبة هذه الجريمة المادة (215) ع مصري بقولها: (كل شخص ارتكب تزويرًا في محررات أحد الناس بواسطة إحدى الطرق السابق بيانها... يعاقب بالحبس مع الشغل). (144)

د- عقوبة التزوير في المحررات الصادرة عن الشركات المساهمة أو إحدى الجمعيات التعاونية أو النقابات أو المؤسسات أو الجمعيات المعتمدة قانونًا ذات نفع عام: قررت المادة (214 مكرراً) ع مصري أن كل تزوير... يقع في محرر لإحدى الشركات المساهمة أو إحدى الجمعيات أو النقابات المنشأة طبقاً للأوضاع المقررة قانوناً أو إحدى المؤسسات أو الجمعيات المعتمدة قانوناً ذات نفع عام تكون عقوبته السجن مدة لا تزيد على خمس سنين، وبلا حظ أن المحررات المنصوص عليها في تلك المادة هي محررات عرفية لأن العاملين فيها - في الجهات المشار إليها بالمادة سالفة الذكر لا يدخلون - في عرف القانون الإداري وأحكام التزوير في عداد الموظفين العموميين، ومع ذلك فقد شدد المشرع العقوبة المقررة للتزوير الواقع في محررات تلك الجهات إلى السجن الذي لا يجاوز خمس سنين تقديراً لدورها المهم في تنمية الاقتصاد القومي بالدولة. (145)

¹⁴³ د/ محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات - القسم الخاص، مرجع سابق، رقم 136، ص 331.

¹⁴⁴ انظر: نص المادة 215 ع مصري.

¹⁴⁵ د/ محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات - القسم الخاص، مرجع سابق، رقم 138، ص 332.

هـ - عقوبة التزوير في محرر لأحدى الشركات أو الجمعيات المنصوص في الفقرة السابقة وكان الدولة نصيب في مالها بأية صفة كانت: قررت المادة (214 مكرر 2) ع مصري على عقوبة هذه الجريمة وهي السجن مدة لا تزيد على عشر سنين، وترجع العلة من وراء تشديد العقوبة للتزوير الواقع في تلك المحررات إلى خطورته على المصلحة الخاصة بالدولة.⁽¹⁴⁶⁾

وفي المقابل في التشريع الإماراتي فقد وردت العقوبة الأصلية لجرائم تزوير المحررات الرسمية في نص المادة (217) ع اتحادي بقولها: (يعاقب على التزوير في محرر رسمي بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات، ويعاقب على التزوير في محرر غير رسمي بالحبس، وذلك كله ما لم ينص عليه غيره). ويتطلب المشرع في هذه الجريمة أن يقع التزوير على محرر رسمي، وأن يقع من موظف عام مختص بتحريره بمقتضى وظيفته، أو بالتدخل في تحريره بأي صورة، ويؤكد ذلك ما نصت عليه المادة (218) ع اتحادي.⁽¹⁴⁷⁾ المحرر الرسمي بقولها المحرر الرسمي: (هو الذي يختص موظف عام بمقتضى وظيفته بتحريره أو بالتدخل في تحريره على أية صورة أو أعطائه الصفة غير الرسمية، أما ما عدا ذلك من المحررات فهو محرر غير رسمي)، ويعني ذلك أن المشرع الاتحادي فرق بين نوع المحرر في العقاب، وصفة القائم بالتزوير أو التقليد، ولكن لم ينص صراحة على التزوير من آحاد الناس كما في التشريع المصري.

أما التزوير في صورة المحرر الرسمي وتم استعمال أو استعمال صورة المحرر الرسمي، فقد قرر المشرع في المادة (217 مكرراً) ع بعد تعديلها بالمرسوم بقانون (7) لسنة 2016م العقوبة بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات، وحدد عقوبة الحبس إذا كانت صورة المحرر غير رسمي كما أوضحنا سابقاً. أما عقوبة التزوير المعنوي فنصت عليه المادة (221) ع اتحادي المعدلة بالمرسوم بقانون (7) لسنة 2016م، حيث اعتبرت إعطاء بيانات شخصية غير صحيحة في تحقيق قضائي أو إداري جريمة، واعتبرتها (جنحة) وحددت فيها العقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنتين.

الفرع الثاني: العقوبات الفرعية

عدد المشرع المصري في المادة (24) ع مصري كما سبق وأن أوضحنا العقوبات التبعية، ولم يتحدث صراحة على العقوبات التكميلية، وهي بحكم تلك المادة هي: أ - الحرمان من الحقوق والمزايا

¹⁴⁶ انظر: نص المادة 214 مكرر 2 ع مصري.

¹⁴⁷ انظر: نص المادتين 217، 218 ع اتحادي.

الحماية الجنائية للمحررات الرسمية والأختام الحكومية من التقليد أو التزوير

المنصوص عليها في المادة (25) منه. ب- العزل من الوظائف العامة. ج- مراقبة البوليس. ج- المصادرة. واتجه رأي فقهي إلى أن العقوبات التبعية التي تحدث عنها المشرع في المادة (24) ع مصري لا تشمل جميع العقوبات التبعية. فهناك عقوبات تبعية وتكميلية وردت بصدد بعض الجرائم الخاصة أو وردت بقوانين خاصة. (148)

ويرى الباحث أن تلك العقوبات تنطبق على الجرائم موضوع الدراسة ويؤكد ذلك نصوص مواد قانون العقوبات أرقام (من المادة (26) حتى المادة (30) ع مصري. (149) وفي المقابل حصر المشرع الإماراتي العقوبة التبعية في المواد من (73) حتى المادة (79) ع اتحادي، وعدد المشرع العقوبات التبعية في المادة (73) المعدلة بالمرسوم بقانون (17) لسنة 2016م العقوبات التبعية بأنها: (الحرمان من بعض الحقوق والمزايا... إلخ)، واختصت المادة (79) عقوبة مراقبة الشرطة وحددت قواعدها العامة بأن لا تزيد مدة المراقبة عن خمس سنوات، أما العقوبات التكميلية فورد في المواد (80 حتى 83) ع اتحادي واختصت المادة (82) المعدلة بالمرسوم بقانون (7) لسنة 2016م بالمصادرة.

¹⁴⁸ د/ مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص312.

¹⁴⁹ انظر: نصوص المواد من 26 حتى 30 ع مصري.

الخاتمة

بعد الانتهاء بتوفيق من الله - سبحانه وتعالى - من إعداد هذه الدراسة، نود أن نشير إلى أننا لن نقوم بتلخيص لما سبق عرضه، ذلك أن مثل هذا الجهد لا يعدو أن يكون تكراراً لما سبق؛ حيث إنه من المعروف علمياً أن خاتمة البحث ليست تلخيصاً لما ورد فيه، فهذا مبين بين دفتيه، ولكنها إبراز لأهم النتائج التي اجتهد الباحث في التوصل إليها، وبيان لأهم المقترحات التي يرنو إليها موضوع الدراسة التي قد يُتفق مع الباحث في بعض ما توصلت إليه الدراسة أو ربما يختلف معه، وحسبي فقط أن تتحقق الفائدة المرجوة منه، وكذا تقديم رؤية تحليلية نقدية لموضوع الدراسة (الحماية الجنائية للمحررات الرسمية والأختام الحكومية من التزوير أو التقليد - دراسة تحليلية في التشريعين المصري والإماراتي).

وخلصت الدراسة إلى أن التزوير أو التقليد بصفة عامة سواء أكان (تقليدياً أو إلكترونياً) من الجرائم التي تمس أكثر من مصلحة قانونية، وأول مصلحة يمس بها التزوير هو الثقة العامة فيما تصدره الدولة من محررات رسمية، أو أي محررات فرعية أخرى، أما المصلحة الأخرى فهي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالمرحور الذي وقع عليه التزوير سواء أكان رسمياً أم عرفياً، وكذا الخاتم الممهور بهما وتركزت الدراسة على شرح البيان القانوني لجرائم الجنايات الأساسية فقط، وهي جنايات تقليد أو تزوير المحررات الرسمية والأختام الحكومية؛ لخطورتها على الثقة العامة التي تصدرها الدول من محررات. وقد توصلت الدراسة إلى عدد من النتائج والتوصيات الآتية:

النتائج

لقد اجتهد الباحث في عرضه لبحثه، وتوصلت الدراسة إلى بعض النتائج، نذكر منها ما يلي:

1- إن المشرعين المصري والاتحادي اهتموا بالحماية الجنائية للمحررات الرسمية والأختام الحكومية التي يتم تزويرها كلها أو بعض منها خارج البلاد، بحيث يجعل المتهم فاعلاً أصلياً أو شريكاً في نص المادة (206) ع مصري، والمادتين رقمي (20، 19) ع اتحادي؛ إدراكاً منهما لخطورة تلك الجرائم على الثقة العامة فيما تصدره الدولتان من محررات وأختام على المستوى الوطني والإقليمي والدولي. ولم تقتصر الحماية فقط على المحررات الرسمية فقط بل شملت أيضاً المحررات غير الرسمية وميزا بينهما في العقوبة

2- إن التزوير أو التقليد الإلكتروني في المحررات الرسمية أو الأختام بصفة عامة ربما يكون أسرع في

الانتشار من طرق التقليد أو التزوير التقليدية، حيث أن التزوير في المستندات الإلكترونية الذي يتم بطرق تكنولوجية، وتقنية الحاسب الآلي، الذي اكتسبت أهمية جديدة وشكلاً جديداً، بل تسمية جديدة تشير إلى المعلوماتية لارتباطها بتكنولوجيا المعلومات. ربما قد يصعب تتبعها وضبط القائمين عليها، حيث من الممكن أن يتم التقليد أو التزوير في الخارج ويتم التداول لها داخل البلاد، وقد يصعب أحياناً الحصول على الدليل الرقمي لإثبات الواقعة.

3- اهتمام المشرع المصري في مواجهة جرائم تزوير المحررات والأختام والعلامات لشركات المساهمة التي تساهم الدولة معها بجزء من مالها، وغيرها الخاصة التي لم تشارك الدولة بأي نصيب من مالها، حيث تدرج في العقوبات لمخالفة أحكام نص المادة (206 مكرراً) ع مصري بصورة ربما تكون أشد من المشرع الاتحادي، حيث جعل المشرع المصري من وصف تلك الجريمة بالجنائية، والتدرج في العقوبة من السجن لمدة لا تزيد عن خمس سنين، والمدة الأخرى الأشد السجن مدة لا تزيد عن سبع سنين في محررات الشركات التي تساهم فيها الدولة بنصيب من مالها، أما المشرع الاتحادي فقد وصف التزوير في محررات وأختام الشخصيات الاعتبارية بالجنحة، وقدر لها الحبس كما هو واضح في نص المادة (212) ع إتحادي.

4- عدم وجود نص خاص لمكافحة التزوير الإلكتروني في القانون المصري رقم (175) لسنة 2018م بشأن "مكافحة جرائم تقنية المعلومات"، سوى وجود نص المادة (27) من القانون سالف الذكر، وهو نص عام لأي جريمة ترتكب بواسطة تقنية المعلومات.

5- اهتمام المشرع المصري بجرائم تزوير الموظف العام للمحرر الرسمي بصورة اكبر من الجرائم التي يقوم بها غير الموظف العام، ويؤكد على ذلك النص صراحة في نص المادتين (211، 213) ع، حيث شدد المشرع على عقوبة جرائم التزوير للموظف العام، عنه من آحاد الناس الذي يقوم بالتزوير. على عكس المشرع الاتحادي الذي لم يفرق بينهما، ويؤكد ذلك ما ورد مثلاً في نص المادتين رقم (211، 216) ع اتحادي.

6- إن المشرع الاتحادي قام بتحديد طرق التزوير التقليدية في المحررات بصفة عامة على سبيل الحصر في نص المادة (216) ع اتحادي المعدلة بالمرسوم بقانون (7) لسنة 2016م، إلا أنه لم يحدد طرق التزوير في المستندات الحكومية وغير الحكومية الإلكترونية في نص المادة السادسة من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي، وربما أراد المشرع عدم حصر نفسه في طرق معينة

بذاتها؛ لمواكبة كافة مظاهر التقدم التكنولوجي في تزوير المستندات الإلكترونية، وبحسب له ذلك.

التوصيات

في ضوء نتائج الدراسة المشار إليها، فقد توصل الباحث إلى عدد من التوصيات، التي قد يُنْفَق معه في بعض ما توصلت إليه الدراسة، أو ربما يختلف معه، وهذه التوصيات هي ثمار البحث والدراسة النقدية والتحليل المنطقي، وجميعها توصيات منطقية قابلة للتطبيق، وحسبي فقط أن تتحقق الفائدة المرجوة منها، وكذا تقديم رؤية علمية تحليلية لموضوع حماية المحررات والأختام والتوقيعات، والعلامات وغيرها من جرائم التقليد أو التزوير بصفة عامة، وذلك على النحو التالي:

1- ملاءمة النظر نحو إضافة مادة مستقلة بالقانون المصري رقم (175) لسنة 2018م بشأن "مكافحة جرائم تقنية المعلومات" تكون خاصة بتجريم تزوير وترويج المحررات الرسمية والأختام الحكومية التقليدية أو الإلكترونية المزورة المسمى بـ (التزوير أو التقليد الإلكتروني)، أسوة بما هو وارد التشريع الإماراتي المادة السادسة من (المرسوم الاتحادي رقم (5) لسنة 2012م المعدل بالمرسوم بقانون رقم (2) لسنة 2018م بشأن "مكافحة جرائم تقنية المعلومات".

2- مناشدة المشرع المصري بتعديل نص المادة (206) ع بحذف عبارة (أوراق مرتبات أو بونات سراكي، أو سندات أخرى صادرة من خزانة الحكومة أو فروعها). لعدم الحاجة إليها في الوقت الحالي في ظل التطور الحاصل في نظام الشمول المالي، والتحول الرقمي.

3- مناشدة المشرعين المصري والإماراتي على تشديد العقوبة في حالة ضبط أكثر من مستند مزور مع الشخص، ويعني بذلك التغليظ في عقوبة الاتجار في المحررات الرسمية المزورة أو المقلدة الكثيرة والأختام الحكومية المتعددة، وبيعها بمقابل مادي أسوة بما ورد في قانون العقوبات الفرنسي الذي خصص مادة مستقلة بذلك (المادة 441-3). بشأن التجريم والعقاب في جريمة حيازة المحررات الرسمية المقلدة أو المزورة.

4- ملاءمة النظر نحو إضافة مادة خاصة في التشريعين المصري والإماراتي في باب (التزوير) بقانوني العقوبات، بتجريم الشروع في ارتكاب الجرائم موضوع الدراسة على أن يكون العقاب في أحوال الشروع في تلك الجرائم كعقوبة الجريمة التامة كما ورد في التشريع الفرنسي في المادتين رقمي (441-9، و 444-6) من قانون العقوبات الفرنسي الحالي. الذي حددت عقوبة الشريك بنفس عقوبة

الفاعل الأصلي في جرائم تزوير المحررات الرسمية والأختام الحكومية.

5- ملاءمة دراسة مقترح إضافة نص قانوني في قانون العقوبات المصري والإماراتي خاص بتغليظ العقوبة على حيازة أكثر من مستند بقصد الاتجار في المحررات المزورة بصفة عامة والأختام الحكومية المقلدة كما هو موجود في قانون العقوبات الفرنسي الحالي في المادة (3-441) ع فرنسي.

7- دراسة اقتراح تعديل المادة (217) ع اتحادي بالإضافة لعبارة (.. إذا ارتكبت لغرض إرهابي...)؛ لتغليظ عقوبة التزوير في المحررات الرسمية والأختام الحكومية المقلدة المستخدمة في الأعمال الإرهابية، على أن يصبح النص كالآتي: (يعاقب على التزوير في محرر رسمي بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات، ويعاقب بالسجن المشدد إذا ارتكب التزوير لغرض إرهابي....الخ).حيث النص بوضعه الحالي لا يشير إلى هذا الغرض الإرهابي.

8- دراسة ملاءمة إفراد المشرع الإماراتي مادة خاصة بالتزوير واستعمال المستندات الإلكترونية غير الحكومية بالإضافة إلى المادة السادسة من المرسوم بقانون اتحادي الخاص بمكافحة جرائم تقنية المعلومات رقم (5) لسنة 2012م وتعديلاته، أسوة بموقفه في قانون العقوبات الاتحادي، فلا يجوز الجمع بين الجنايات والجنح في مادة واحدة؛ وذلك من أجل حسن الصياغة التشريعية وتحقيق الاتساق التشريعي.

وقبل ختام هذه الدراسة، أود أن أتوجه بالحمد والشكر لله الذي تمت بعونه هذه الدراسة التي يطيب لي أن أختتمها بقوله تعالى:

﴿لَا يَكْلَفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إَصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ وَاعْفُ عَنَّا وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلَانَا فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ﴾

سورة البقرة : الآية ﴿٢٨٦﴾

الباحث

قائمة المراجع

أولاً: الكتب باللغة العربية

أ- المعاجم.

- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، دار الجمهورية للصحافة، ج1، ط3، ط 1985م.

ب- المؤلفات العامة:

- أحمد شوقي عمر أبو خطوة، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2003م.

- أحمد عوض بلال، مبادئ قانون العقوبات المصري - القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2009م.

- أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات - القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2016م.

- حامد عبد الحكيم راشد، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، الجزء الأول، ط2003/2002م.

- حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في قانون العقوبات الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط2015م.

- رمسيس بهنام، قانون العقوبات - جرائم القسم الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، (بدون سنة طبع).

- سامح السيد جاد، شرح قانون العقوبات - القسم العام، (د ن)، ط2008م.

- عبد الأحد جمال الدين، وجميل عبد الباقي الصغير، "المبادئ الرئيسية في القانون الجنائي - القسم العام"، دار النهضة العربية، ط 1999م.

- عبد المهيم بكر، القسم الخاص - قانون العقوبات، الطبعة السابعة، ط1977م، (د ن).

- فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات - القسم العام، مطابع السعدني، الإسكندرية، ط2003م.

- فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، ط23 ن ط2012 م.

- مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات - القسم الخاص، دار سرور للنشر، القاهرة، طبعة مزيدة، ط 2017م.

-، قانون العقوبات - القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط3، ط2001م.

الحماية الجنائية للمحررات الرسمية والأختام الحكومية من التزوير

- محمد زكي أبوعمار، قانون العقوبات - القسم الخاص، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط2015م.
- محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات - القسم العام، مطبعة جامعة القاهرة، ط10، عام1983م
- محمود نجيب حسنى، "النظرية العامة للقصد الجنائي - دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجريمة العمدية"، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة لعام1988م.
-، الموجز في شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1993م.
-، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط6، ط2018م.
-، شرح قانون العقوبات - القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1982م.
- هدى حامد قشقوش، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2012م.
- يسر أنور علي، شرح قانون العقوبات - النظريات العامة، (د.ن)، ط1992م.

ج - المؤلفات المتخصصة:

- إمام حسنين عطا الله، جرائم تقنية المعلومات في التشريعات والصكوك العربية، دار جامعة نايف للنشر، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، ط2017م.
- رعوف عبيد، جرائم التزيف والتزوير، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1978م.

د- رسائل الدكتوراه :

- أحمد شوقي الشلقاني، الضرر في تزوير المحررات، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ط1980م.

هـ- رسائل الماجستير :

- على محمد قاسم الطلي، جريمة التزوير في المحررات الرسمية في القانون اليمني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عدن، ط2006م.
- نافل عبدالكريم العقلة الفالح، جريمة التزوير الإلكتروني - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسراء الخاصة، الأردن، ط2014م.

و - الأبحاث العلمية:

- مقدم/ إسلام إبراهيم الحسن، المواجهة الأمنية لجرائم تزوير المحررات الإلكترونية، كلية الدراسات العليا، أكاديمية الشرطة، القاهرة، مايو 2018م، ص30.

ز - المجلات العلمية:

- باسم حسين الفقير، التزوير الإلكتروني - سبل المكافحة، مجلة الأمن والحياة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، العدد (311)، ربيع الآخر 1439هـ، مايو 2008م.
- عادل على المانع، طبعة المحررات الرسمية الأجنبية، تعليق على حكم محكمة التمييز (الدائرة الجزائية)، في الطعن رقم 512 لسنة 2008م، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، المجلد 40، العدد الثالث، ط2016م.
- على رمضان المخزوم، تزوير المحررات في نظام العقوبات، مجلة جامعة الزيتونة، تونس، ط2013م.
- عوض محمد عوض، القصد الجنائي في تزوير المحررات مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، ط1970م.
- محمد أبو العلا عقيدة، الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ط1997م.
- محمد إسماعيل إبراهيم، التكييف القانوني للضرر في جريمة تزوير المحررات، مجلة جامعة بابل للعلوم الإدارية والقانونية، المجلد 10، العدد6، ط2005م.
- نوال حمري، الضرر في جريمة تزوير المحررات، مجلة القانون والمجتمع، جامعة إدرا، الجزائر، ط2013م.
- يوسف أمين آل علي، مقال بعنوان (تزوير صورة المحرر)، مجلة دبي القانونية، العدد (26)، أبريل 2017م.

ثانياً - المراجع باللغات الأجنبية:

- المراجع باللغة الفرنسية:

- 1- AnréVitu, Droit pénal spécial, Dalloz, 1995
- 20 Bernard Bouloc , Procédure pénal , 21e éd , Dalloz , 2012
- 3- Michrle Laure Rassat, Droit pénal spécial, 21 éd , Dalloz , 2011
- 4- Jean Larguier, Droit pénal des affaires, 8' éd. Dalloz , 2001

ثالثًا: المواقع الإلكترونية.

- <http://search.mandumah.com/Record900869>
- <https://www.legavox.fr/blog/maitre-haddad-sabine/faux-usage-faux-autre-22647.pdf> visité en data
- <https://www.legavox.fr/blog/maitre-haddad-sabine/faux-usage-faux-autre-22647.pdf> visité en data 1/5/2019
- [https://egylawsite.wordpress.com /](https://egylawsite.wordpress.com/)
- [https://egylawsite.wordpress.com /](https://egylawsite.wordpress.com/)

الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التدليلية
في القانون الإماراتي والمقارن

د. عبد العزيز الحسن
أستاذ القانون الجنائي المشارك
كلية القانون – جامعة عجمان

**Criminal recognition and the court's authority to estimate its
demonstration value
In UAE and comparative law**

**Dr. Abdulaziz Al-Hassan
Associate Professor of Criminal Law
College of Law - Ajman University**

ملخص البحث

الاعتراف نوع من الشهادة، لأن المتهم يقر بأنه ارتكب جريمة منسوبة إليه، أي يشهد على نفسه. ويترك أمر تقدير الاعتراف للقاضي الجنائي، بشرط أن يكون المعترف مدركاً نتائج اعترافه، وأن يدلي به بصورة حرة. ولكن غالبية مرتكبي الجرائم ينكرون ما عزي إليهم، فكان لا بد من اللجوء إلى بعض الأساليب للحصول على الاعتراف.

وقد أوجد العلم المعاصر وسائل جديدة من شأنها أن تساعد المحققين كثيراً على الحصول على اعتراف المتهم، دون حاجة إلى اللجوء إلى الأساليب العنيفة التي يجرمها القانون، كالتعذيب، والذي يرتب بطلان الاعتراف. ولكن هذه الوسائل أثارت حولها جدلاً كبيراً، ولا يزال موقف الفقه والقضاء متبايناً حولها.

وللإعتراف القضائي، مبدئياً، قوة إثباتية كاملة، لأن الفاعل حين يشهد على نفسه، وهو مدرك خطورة قوله، يكون قد فصل في مسألة الجريمة بصورة يقينية. غير أن كثيراً من الاعترافات تكون كاذبة ولا تعبر عن الحقيقة، يدلي بها بعض المتهمين حباً بالشهرة، أو بسبب مرض نفسي، أو رغبة في إنقاذ غيرهم، لذلك يجب ألا يكون للاعتراف في المسائل الجنائية ما له من قيمة مطلقة في القضايا المدنية. والاعتراف في القضايا الجزائية مسألة موضوعية كغيره من الأدلة الأخرى خاضعة لتقدير القاضي وحده، فله أن يأخذ به، وله أن يهمله، فلم يعد الاعتراف في وقتنا الحالي سيد الأدلة. ويستوي أن يصدر هذا الاعتراف في مرحلة جمع الاستدلالات أو التحقيق الابتدائي أو النهائي، ولا تجادل محكمة الموضوع في اطمئنائها.

وللمعترف أن يرجع عن اعترافه، ولكن القاضي يقدر قيمة هذا العدول. كما أن اعتراف متهم على آخر ليس بالدليل القاطع، وإنما هو مجرد قول يعود تقديره للمحكمة. وعلى عكس الإقرار المدني، فإن للمحكمة أن تجزئ الاعتراف الجنائي وتأخذ منه ما تظمن إلى صدقه، ولا تجادل محكمة الموضوع أمام محكمة النقض في اطمئنائها.

**Criminal recognition and the authority of the court to assess its demonstration value In
UAE and Comparative Law**

A confession is a kind of testimony, because the defendant confesses that he has committed a crime attributed to him, that is, testifies to himself. The order of recognition of the confession is left to the criminal judge, provided that the confessor is aware of the results of his confession and to make it freely. However, the majority of the perpetrators denied what was attributed to them, and some methods had to be used to obtain recognition. Contemporary science has created new means that will greatly help investigators obtain the defendant's confession, without the need to resort to violent methods criminalized by law, such as torture, which make the confession invalid. But these methods have aroused great controversy, and the position of jurisprudence and the judiciary is still different. Judicial recognition, in principle, has full evidentiary power, because when the actor testifies to himself, aware of the seriousness of his saying, he has decided on the question of crime with certainty. However, many confessions are false and do not reflect the truth, made by some defendants for fame, psychological illness, or a desire to save others, so confession in criminal matters must not have absolute value in civil cases. Recognition in criminal cases is as objective as any other evidence at the sole discretion of the judge. He may take it, and he can neglect it. Such recognition shall be granted at the stage of gathering evidence before or before the preliminary investigation, and the court of first instance shall not dispute its reassurance. The confessor may revoke his confession, but the judge appreciates the value of this change. The confession of one accused to another is not conclusive, but merely a tribute to the court. Contrary to civil acknowledgment, the court may divide the criminal confession and take what it reassures about its sincerity.

المقدمة:

يعد الاعتراف⁽¹⁾ من الأدلة القولية في الإثبات الجنائي، وهو نوع من الشهادة، لأن المتهم يقر بأنه ارتكب جريمة، أي يشهد على نفسه، بأن ما تدعيه سلطات التحقيق أو المدعي الشخصي هو صحيح. والاعتراف كدليل إثبات يزخر بتاريخ حافل بالتطورات والتقلبات إلى أن استقر في صورته الراهنة. كما أنه وسم بالكثير من التشنجات و المآسي... وعليه فمن العبث الاعتقاد أن الصراع الحقوقي الذي اشتدت معالمه في الآونة الأخيرة، في سبيل الحد من إطلاقية القيمة الإثباتية للاعتراف، كقيمة ثبوتية، هو جديد في شكله أو في أسلوبه، بل إن ذات الصراع يستمد جذوره التأصيلية من التراث الحقوقي للإنسانية نفسها.

والاعتراف في المنظومة القانونية والقضائية في دول عالمنا المعاصر، وبغض النظر عن تباين نظمها أو توجهاتها الإيديولوجية، عرف محطات تسلسلية، تخللتها مراحل متباينة من المد والجزر، قبل أن تستقر في ظل وضعها الحقوقي الحالي. وهي مراحل كتبت في أحيان كثيرة بمداد من التراجيديا القاسية والمأساة الدامية. وفي الموروث القضائي كان يطلق على الاعتراف "سيد الأدلة" نظراً لأهميته الكبرى في التحقيقات وتحديد المسؤولية الجزائية، وهذه السيادة التي تبوأها الاعتراف بلغت أوجها في عهد الأسلوب التفتيشي⁽²⁾. وكثيراً ما كان عجز هذا الأسلوب عن تقديم عناصر القناعة للقاضي، مدعاة لحمله للجوء إلى الاستجواب من خلال التعذيب⁽³⁾، حتى يظفر باعتراف المتهم، لإراحة وجدانه، وتوزيع كل ما جمعه من أدلة إدانة المتهم أثناء تحقيقه، من أجل تبديد الشبهات والشكوك في نفسه⁽⁴⁾.

¹ نلاحظ في القوانين وفي الفقه أن الاعتراف هو لفظ خاص بالحقوق الجزائية، في حين الإقرار هو لفظ مستعمل في الحقوق المدنية. وهكذا، فالإقرار هو دليل الإثبات في الدعوى المدنية، أما الاعتراف فهو دليل الإثبات في الدعوى الجزائية. ولا يترتب على الاختلاف في تسمية هذا الدليل أي آثار. "إن تسمية الحكم الإقرار اعترافاً لا يعيبه"، نقض مصري، طعن رقم 176 لسنة 47 ق. جلسة 1977/6/13، مج الأحكام، س 28، ص 759. ولكننا سنمضي بتبني مصطلح الاعتراف ما دامت الدراسة تتمحور حول مفهوم ودور هذا الدليل في الإثبات الجزائي.

² Yan THOMAS, « Confessus pro judicato. L'aveu civil et pénal à Rome », L'aveu. Antiquité et Moyen Âge, Collection de l'Ecole française de Rome, 1986.

³ لقد كان التعذيب يحتل مكان الصدارة للحصول على الاعتراف، ومن أشهر ما قيل في التعذيب كلمة للمفكر الفرنسي La Bruyere الذي وصفه: "بأنه بدعة ممتازة وأكيدة لإضاعة البريء ضعيف الجسم، وإنقاذ المجرم القوي البنية". Mellor: La torture, Paris, 1946.

⁴ لقد قال الرئيس السوفييتي خروتشوف في عام 1956، في خطاب ألقاه عن جرائم العهد الستاليني: كيف كان المتهم يدلي باعترافات عن جرائم لم يرتكبها؟ كانت السبيل إلى ذلك التعذيب والضغط وإرغام المتهم على أن يفقد حواسه وصوابه حتى يصبح في حالة لا يعي فيها ولا يملك السيطرة على عقله، وبعد أن يصبح مجرداً من كل كرامة إنسانية". وقبل ذلك، ينسب إلى لينين قوله في تأييد التعذيب: "إن الذي يهمنا هو نجاح الدعوى". أنظر: د. عبد الوهاب حومد: أصول المحاكمات الجزائية، ط4، المطبعة الجديدة - دمشق، 1987، ص 552.

الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التدلالية

أما في ظل الأسلوب الاتهامي، كان للاعتراف قوة قانونية، ولكن أمر تقديره، كان متروكاً للقاضي. ولكن حين اتخذ النظام الاتهامي شكله الصحيح، بما أدخل عليه من إصلاح، أصبح للاعتراف مكانة مرموقة بين الأدلة الجنائية، إذ ارتقى أمره في الاجتهاد فأصبح في مستوى الشهادة نفسها. غير أنه بقي بينة غير كافية، فلا يجوز اعتماده سبباً للحكم، إذا لم تسانده بيانات أخرى⁽⁵⁾.

وهكذا في التشريعات المعاصرة، لم يعد ينظر إلى الاعتراف على أنه دليل قاطع ودافع في الدعوى الجزائية، كما كان الحال في الماضي، حيث كان ينظر إليه على أنه سيد الأدلة ونبراس الحقيقة والدليل الأمثل، بل أضحى من القواعد المستقرة الآن أن الاعتراف لا يعدو أن يكون مجرد دليل من أدلة الدعوى، يخضع لكامل تقدير محكمة الموضوع فيما يتعلق بالأخذ به أو طرحه جانباً⁽⁶⁾.

ولعل مرد ذلك قيام المظنة والاحتمال بأن الاعتراف قد لا يمثل الحقيقة تبعاً لمجريات معينة، الأمر الذي نرى معه ضرورة قيام المحقق باستجواب المتهم تفصيلاً في وقائع الدعوى وظروفها، وذلك لاستيضاح مدى الترابط بين عناصرها، حتى يتبين له ما إذا كان هذا الاعتراف مجرداً من الدليل أو مؤيداً له. وهو بهذا الأسلوب يستطيع أن يصل إلى الأدلة المادية التي قد يرشد إليها المتهم في اعترافه، كأن يعطي إرشادات عن المسروقات أو السلاح المستخدم في الجريمة موضوع التهمة⁽⁷⁾.

أهمية الموضوع: نظراً لخطورة الاعتراف كدليل إثبات جنائي، ولصلته بحرية الفرد، حيث أن المتهم المقر يسقط عن نفسه قرينة البراءة، فقد اخترناه موضوعاً لبحثنا. والأصل في الاعتراف أن يكون صحيحاً وصادقاً، كأن يرتكب شخص شريف جريمة في ساعة جنونية، ولكن حين يثوب إليه رشده يعضه الندم بنابه على ما ارتكب، فلا يجد خيراً من الإقضاء إلى العدالة بكل ما حدث، تسكيناً لوخر ضميره، وطلباً لراحة نفسه. ولكن غالبية مرتكبي الجرائم ينكرون ما عزي إليهم⁽⁸⁾، فكان لا بد من اللجوء إلى بعض الأساليب لانتزاع الاعتراف،

⁵ Robert BADINTER: Une autre justice. 1789- 1799. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française, Paris, Fayard, 1989, p. 15 et s.

⁶ تنص المادة 217 من تعليمات النيابة العامة في جمهورية مصر العربية على أنه: "إذا اعترف المتهم في التحقيق بالتهمة المسندة إليه فلا يكتفى بهذا الاعتراف، بل يجب على المحقق أن يبحث عن الأدلة التي تعززه لأن الاعتراف ليس إلا دليلاً يحتمل المناقشة كغيره من أدلة الإثبات".

⁷ د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي: الحدث الإجرامي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 167 وما يليها.

⁸ وذلك بعد النصيحة التي أطلقها مجرم خطير يدعى Avinain وهو على المقصلة، يتجرع وزر جريمة اعترف بارتكابها: "إياكم والاعتراف". مشار إليه في كتاب د. عبد الوهاب حومد: أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، هامش 8، ص 552.

الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التدليلية

وكثير من الأشخاص يعترفون في أيامنا هذه بجرائم لم يرتكبوها، وذلك لأسباب شتى. وهذه الاعتبارات هي التي أهابت بالفقهاء القدماء والمعاصرين النظر إلى الاعتراف كأنة "بداية البينة"، ويجب أن يستجمع عدة شروط، ليكون تاماً، وعلى المحكمة أن تتحقق منها قبل الحكم.

إشكالية البحث: تتمثل إشكالية البحث بمحاولة الإجابة على التساؤلات الآتية: ما هي مكانة الاعتراف كدليل قولي في الإثبات الجنائي المعاصر؟ وما مدى حجيتة في تكوين قناعة القاضي الجزائي؟ ويتفرع عن هذه الإشكالية عدة تساؤلات فرعية من بينها: ما هي حجية الاعتراف المنتزع تحت التعذيب المادي أو المعنوي؟ وما مدى فعالية الوسائل العلمية المستحدثة للحصول على الاعتراف؟ وما مدى حجيتة؟ وما هو موقف القضاء المقارن من الاعتراف في حالة العدول عنه؟ وهل تختلف القيمة التدليلية للاعتراف باختلاف المرحلة التي صدر فيها في المسار الجزائي؟ وهل يمكن تجزئته؟ وهل يبطل الاعتراف إذا كان ثمرة إجراءات باطلة؟ وما هي الآثار الإجرائية للاعتراف في حال توافرت شروطه؟

المنهج المتبع: سنعتمد في دراستنا على المنهج الوصفي الذي يقوم على تشخيص الواقع ودراسة الأسباب واقتراح الحلول المناسبة. وحتى تكتمل الصورة سوف نتبنى -إلى جانب المنهج الوصفي- المنهج المقارن على صعيد الفقه والقانون والقضاء في كل من دولة الإمارات العربية المتحدة ومصر وسورية وفرنسا، والذي سيقودنا إلى بيان أوجه الاختلاف والالتقاء وأسباب ذلك.

خطة البحث: تقوم خطة الدراسة على ثلاثة مباحث: الأول: سيخصص للتعرف على ماهية الاعتراف، والثاني سنتناول فيه شروط صحة الاعتراف. أما المبحث الثالث، فسيعنى بحجية الاعتراف وآثاره. ومن ثم ننتهي إلى خاتمة تتضمن جملة من النتائج والتوصيات.

المبحث الأول: ماهية الاعتراف:

يعتبر الاعتراف من أهم أدلة الإثبات الجنائي، فقد كان سيد الأدلة في الماضي، ويمني المحقق والقاضي نفسه في الحصول عليه باعتباره يسهل الإجراءات ويختصر الوقت، ويدخل الطمأنينة إلى نفس المحقق، كونه يصدر عن المتهم نفسه، بحسبان أنه من غير المعقول أن يعترف الشخص على نفسه إلا إذا كان واعياً لما يقوله، وهذا من شأنه إبعاد الشبهات عن الآخرين. لكن بالمقابل، قد يعترف المتهم بالواقعة المسندة إليه كذباً، وذلك لتفادي تعرضه لوطأة الإكراه المادي والمعنوي الذي سيلحق أو لحق به، وقد يعترف بجريمة لم يرتكبها في مقابل نيل مكافأة أو الحصول على فائدة تعود عليه، أو على أهله، أو إطاعة أوامر سيده الذي قد يدفعه إلى ذلك إنقاذاً لسمعته، ولا سيما إذا كان ذو مكانة اجتماعية، أو في محاولة منه لافتداء شخص. وهذا سيقودنا إلى التطرق لمفهوم الاعتراف، وأنواعه، وتمييزه عما يشابهه.

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للاعتراف:

للتعرف على الإطار المفاهيمي للاعتراف سننتقل إلى تعريفه، ومن خلال هذا التعريف نستنتج أركانه.

الفرع الأول: تعريف الاعتراف:

معظم قوانين الإجراءات الجزائية، بما فيها قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي والمصري والسوري والفرنسي، أتت على ذكر الاعتراف، لكنها لم تتطرق إلى تعريفه، فمثلاً نصت المادة 165 من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي على أن القاضي: "يبدأ التحقيق في الجلسة بالمناداة على الخصوم والشهود، ويسأل المتهم عن اسمه ولقبه ومهنته وجنسيته ومحل إقامته ومولدله، وتتلى التهمة الموجهة إليه، ثم تقدم النيابة العامة والمدعي بالحقوق المدنية - إن وجد - طلباتهما، ثم يسأل عما إذا كان معترفاً بارتكاب الواقعة المسندة إليه، فإذا اعترف يجوز للمحكمة الاكتفاء باعترافه والحكم عليه بغير سماع الشهود⁽⁹⁾..."⁽¹⁰⁾. ويذكر الفقيه الفرنسي غارو أن سبب

⁹ ويرد على هذا المبدأ استثناء يقضي بعدم حواز الحكم بدون سماع الشهود في حالة الاعتراف بارتكاب جريمة معاقب عليها بالإعدام.

¹⁰ في ذات السياق، انظر المادة 2/271 من قانون الإجراءات الجزائية المصري. غير أنه لا يوجد في القانون الفرنسي ما يقابل المادة 165 إجراءات جزائية اتحادية.

الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التدللية

عدم تعريف المشرع للاعتراف وتنظيمه هو نوع من الحياء التشريعي، لأن الاعتراف كان، على مر العصور، مقترناً بالتعذيب⁽¹¹⁾.

وفي غياب تعريف قانوني للاعتراف، أخذ الفقه على عاتقه أمر تعريفه، فبعضهم يعرفه على أنه: "إقرار المتهم على نفسه، في مجلس القضاء، إقراراً صادراً عن إرادة حرة بصحة التهمة المسندة إليه"⁽¹²⁾. كما يمكن تعريفه على أنه عمل إرادي يصدر عن المتهم بمحض إرادته الحرة، يسند بموجبه إلى نفسه ارتكاب عناصر جريمة معينة، كلها أو بعضها، مؤثم ومعاقب عليها قانوناً. أو هو قول صادر عن المتهم أمام القضاء يقر فيه على نفسه، وبإرادة حرة واعية، بارتكابه الجريمة المسندة إليه، كلها أو بعضها، بصفته فاعلاً أو شريكاً⁽¹³⁾. ولذلك إذا كان الاعتراف بهذا المعنى، ومتى اطمأنت المحكمة إلى مصداقيته، فهو من غير جدال سيد الأدلة في التطبيق القضائي.

الفرع الثاني: أركان الاعتراف:

من خلال التعاريف السابقة للاعتراف نستنتج أنه يركز على رافعتين أساسيتين هما: أن يصدر الاعتراف من المتهم نفسه، وأن يقر المتهم بالوقائع المكونة لأركان الجريمة، كلها أو بعضها.

أولاً: أن يصدر الاعتراف من المتهم نفسه: ذكرنا قبلاً، أن الاعتراف هو دليل قولي يصدر من المتهم نفسه بصحة ما نسب إليه من ارتكابه لجريمة، كلها أو بعضها، لأن الاعتراف حق شخصي، وبالتالي فإن اعتراف المتهم على قضايا صدرت عن الغير، فيكون المعترف في هذه الحالة في موقف الشهادة على الغير. واعتراف الوكيل عن موكله لا يعد أيضاً اعترافاً، كما أن اعتراف الولي لا يعد اعترافاً للحدث ولا يؤخذ بإقراره.

وهكذا فقد ينصب اعتراف المتهم عند استجوابه إلى ذكر أمور صدرت عن متهم آخر، كما لو ذكر أن هذا الأخير قد اشترك معه في ارتكاب الجريمة، فإن مثل هذا القول لا يعتبر اعترافاً، لأن الاعتراف هو إقرار الشخص بواقعة ينسبها إلى نفسه، وتكون قاصرة عليه، بمعنى آخر، الاعتراف الجنائي عمل شخصي بحت لا يقبل الإنابة. ولا يجوز أيضاً اعتبار تسليم محامي المتهم بالتهمة المنسوبة إلى موكله اعترافاً، حتى ولو لم

¹¹ Garraud: Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale, T. II, P.207.

¹² د. محمد زكي أبو عامر: الإثبات في المواد الجنائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 199.

¹³ المستشار عدلي خليل: اعتراف المتهم فقهاً وقضاً، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص 772.

الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التدليلية

يعترض الأخير، ومرد ذلك أن الاعتراف مسألة شخصية تتعلق بشخص المتهم دون سواه⁽¹⁴⁾. فجميع هذه الأقوال لا ترقى لمرتبة الاعتراف، وللمحكمة السلطة الكاملة في تقديرها من حيث قوتها التدليلية على النحو الذي سنراه في إطار المبحث الثالث.

ولكن يعد اعترافاً صادراً بالمعنى القانوني، إقرار المتهم بصحة ما نسب إليه عن طريق الدائرة التلفزيونية المغلقة، أو عن طريق الإنابة القضائية، والذي يصعب مثوله أمام المحكمة، كأن يكون المتهم في المؤسسة العقابية، ويشكل إحضاره إلى جلسات المحاكمة خطراً على الأمن العام مثلاً، أو كأن يكون خارج الدولة موقوفاً بتهمة أخرى، أو كان مريضاً⁽¹⁵⁾.

ثانياً: الاعتراف بالوقائع المكونة للجريمة كلها أو بعضها: من أجل أن نكون أمام اعتراف يصلح لأن يكون رافعة للحكم بالإدانة، يجب أن يكون منصّباً على الوقائع المكونة للجريمة وعناصرها المادية والمعنوية، فإذا كان إقرار المتهم يتعلق فقط بملابسات الجريمة فإن ذلك لا يعد اعترافاً، ولا يجوز للمحكمة أن تعتد به لوحده للحكم بالإدانة. ولا يكفي أن يعترف المتهم بصحة التهمة المنسوبة إليه، بل يجب أن يقر المتهم صراحة بارتكابه الأفعال المكونة للجريمة. أي يتعين أن تكون الأفعال التي أقر المتهم بارتكابها هي أساس المسؤولية الجزائية، أما التصريح بسقوط الدعوى، أو بواقعة يترتب عنها قيام سبب إباحة لمصلحته، أو مانع عقاب، أو سبب تخفيف، فهو دفع وليس اعترافاً بارتكاب الجريمة.

كما لا يعد التسليم بصحة التكييف القانوني للجريمة اعترافاً من المتهم، وإنما هو رأي في الدعوى، ذلك أن إضفاء الوصف القانوني للواقعة الإجرامية يرجع للمحكمة وليس لغيرها. وعلى العكس من ذلك، يكفي لتوافر الاعتراف أن يقر المتهم بارتكابه الجريمة أو المشاركة فيها، ولو اعترض على الوصف القانوني لها.

وبالمقابل، يشترط في الاعتراف أن ينصب على الوقائع التي ارتكبها المتهم فعلاً، فلا يعتبر اعترافاً ما يصدر عن المتهم بشأن ما يعترف ارتكابه من أفعال في المستقبل، حتى ولو وقعت هذه الأفعال بعد ذلك، ففي

¹⁴ د. قنري عبد الفتاح الشهاوي: الحدث الإجرامي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 130 وما يليها.

¹⁵ وهذا الأمر أصبح منظماً وجائزاً من خلال القانون الاتحادي رقم 5 لسنة 2017 في شأن تطبيق تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية، والقانون الاتحادي رقم 39 لسنة 2006 في شأن التعاون القضائي الدولي في المسائل الجنائية.

الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التدليلية

هذه الحالة، يلزم للقول بحصول الاعتراف أن يقر المتهم أن تلك الوقائع قد ارتكبت من قبله بالفعل، وهذا الإقرار الأخير هو الذي يعد اعترافاً.

المطلب الثاني: أنواع الاعتراف وتمييزه عما يشابهه:

للاعتراف أنواع مستمدة من الزاوية التي ننظر منها إليه، كما أنه قد يتقاطع في نقاط معينة مع أدلة إثبات أخرى سواء كانت جزائية أو مدنية.

الفرع الأول: أنواع الاعتراف:

للاعتراف عدة أنواع والتي يمكن التعرض لها وفق الآتي:

أولاً: الاعتراف من حيث الجهة التي يصدر أمامها: ينقسم الاعتراف إزاء السلطة التي يتم أمامها إلى اعتراف قضائي وغير قضائي.

1- الاعتراف القضائي: هو أن يقر المتهم بما نسب إليه أمام مجلس القضاء الذي ينظر في الدعوى الجزائية، ويعتبر من أقوى الأدلة تأثيراً في وجدان القاضي، وأدعاها إلى توجهه نحو الإدانة، ويجيز هذا الاعتراف للمحكمة الاكتفاء به، والحكم على المتهم بغير سماع الشهود، استناداً لأحكام المادة 165 إجراءات جزائية اتحادي، والمادة 271 إجراءات جنائية مصري. فهذا الاعتراف يكفي ولو كان هو الدليل الوحيد في الدعوى لتسبيب حكم الإدانة، طالما توافرت شروط صحته.

2- الاعتراف غير القضائي: وهو الاعتراف الذي يصدر عن المتهم خارج المحكمة التي تنظر في الدعوى الجزائية¹⁶، فاعتراف المتهم في محضر جمع الاستدلالات، أو أمام هيئات التحكيم، أو في إحدى المجالس الخاصة، أو في محضر تحقيق إداري، يعد اعترافاً غير قضائي. كما يعد كذلك إذا صدر الاعتراف أمام محكمة مدنية بصدد دعوى مدنية منظورة أمامها. ويعد أيضاً اعترافاً غير قضائي الاعتراف الذي يرد ذكره في

¹⁶ من المستغرب أن محكمة النقض المصرية قررت بأن اعتراف المتهم أمام النيابة العامة هو اعتراف غير قضائي، إذا قالت بأن: "إقرار المتهم في تحقيق النيابة هو إقرار غير قضائي، وللمحكمة اعتباره دليلاً مكتوباً أو مبدأ ثبوت بالكتابة أو مجرد قرينة طالما كان سائغاً وله سند في أوراق الدعوى". نقض مصري، تاريخ 1968/11/16، مج أحكام النقض، س 19، رقم 19، ص 467. ونرى بأن هكذا اعتراف لا يمكن أن يكون إلا قضائياً، كونه صادراً أمام النيابة العامة التي تنسم إجراءاتها بالطابع القضائي، حتى ولو تم استيعاده من قبل القاضي في مرحلة المحاكمة لعدم الاطمئنان إليه.

الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التدليلية

تحقيق نقلاً عن أقوال منسوبة إلى المتهم خارج مجلس القضاء، كأن يعترف المتهم أمام أحد الأشخاص بارتكاب الجريمة، ويشهد ذلك الشخص أمام جهة التحقيق بالاعتراف الذي سمعه.

وطبقاً لمبدأ حرية القاضي في تكوين قناعته، فإن القاضي الجزائي يتمتع بسلطة تقديرية لقيمة الاعتراف، سواء أكان قضائياً أو غير قضائي، وبالتالي ليس هناك ما يمنع من أن يكون الاعتراف غير القضائي سبباً في الإدانة، لأنه لا يخرج عن كونه دليلاً في الدعوى المنظورة الذي يخضع لتقدير القاضي كباقي الأدلة. ولكن قيمة الاعتراف غير القضائي متوقفة على ما للمحرر الذي تضمنه، أو على ما لشهادة الشاهد الذي نقله من قيمة. فكل ما في الأمر أن الاعتراف غير القضائي لا يصلح لوحده لأن يكون سبباً في اكتفاء المحكمة به والحكم على المتهم بغير سماع الشهود طبقاً للمادة 165 من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي.

ثانياً: الاعتراف من حيث الحجية التي يتمتع بها: يقسم الاعتراف وفقاً لهذا المعيار إلى نوعين:

1- الاعتراف كدليل إثبات في المسائل الجنائية: الاعتراف كدليل إثبات جنائي يمكن أن يكون قضائياً أو غير قضائي، ويمكن أن يتمثل بإحدى صورتين: الصورة الأولى: **الاعتراف كدليل إقناع شخصي:** وهو الذي لا يستلزمه القانون كدليل إثبات، بل يستوي مع غيره من الأدلة الجنائية الأخرى، كأن يعترف المتهم بارتكابه جريمة قتل، مع عدم توافر أدلة أخرى تدينه. وهذا الاعتراف يخضع لمبدأ القناعة الوجدانية للقاضي، فله إن اطمأن أن يأخذ به أو يطرحه، لأن القانون لم يحدد طرق معينة لإثبات هذه الجريمة. وعلى العكس من ذلك إذا كان الاعتراف قانونياً. الصورة الثانية: **الاعتراف كدليل قانوني:** وهو الاعتراف الذي يحتمه القانون كدليل للإدانة، مع بعض الأدلة الأخرى، كما هو الحال في جريمة الزنا، إذ نص القانون على أن هذه الجريمة لا يتم إثباتها إلا بطرق محددة، من بينها أن يقر شريك الزوجة بارتكابه فعل الزنا.

2- الاعتراف كسبب من أسباب الإغفاء من العقاب: إن السياسة العقابية قد تفرض أحياناً على المشرع - انطلاقاً من تشجيع الجناة على كشف الجريمة ولا سيما تلك التي ترتكب في الظلام أو يصعب إثباتها، بالنظر إلى ما يحيط بها من دقة تنفيذ، وإرشاد الجناة إلى بقية المساهمين فيها- في أن ينص على إغفاء الجناة من العقاب إذا اعترفوا للسلطات العامة ضمن شروط معينة. ومثال ذلك ما نص عليه المشرع في جريمة خطف الأشخاص على إغفاء الجاني من عقوبة جريمة الخطف إذا تقدم إلى السلطات القضائية أو الإدارية قبل

اكتشافها مكان وجود المخطوف وأرشد عن هذا المكان، وعرف بالجناة الآخرين وترتب على ذلك إنقاذ المخطوف (م 345 عقوبات اتحادي).

ثالثاً: الاعتراف من حيث نطاقه: الاعتراف الكامل والاعتراف الجزئي: يمكن أن يكون الاعتراف بسيطاً أو كاملاً، كما يمكن أن يكون موصوفاً أو جزئياً. أما الاعتراف الكامل فيقصد به إقرار المتهم بما نسب إليه جملة وتقصيلاً، أي أن ينصب اعتراف المتهم على العناصر المادية والمعنوية للجريمة المسندة إليه، كما وصفتها سلطة التحقيق أمام المحكمة. أما بالنسبة للاعتراف الجزئي، فيقصد به أن يقر المتهم بظروف أو وقائع إذا صحت فإنها تبيح الفعل أو تمنع المسؤولية عنه أو تمنع العقاب أو تخففه، كأن يقر المتهم بارتكابه الفعل المجرم في شقه المادي فقط، دون المعنوي، ومثال ذلك أن يعترف المتهم بأنه هو من ارتكب جريمة القتل، ولكنه ينفي ارتكابها بطريقة عمدية أو عن سبق الإصرار أو التردد. أو أن يعترف المتهم بأنه على علاقة غير مشروعة بالمجنبي عليها من دون أن يعترف بقتلها، ثم تستخلص المحكمة من أدلة أخرى أن هذا المتهم هو من ارتكب جريمة القتل. ففي هذه الحالة، للمحكمة أن تستند إلى إقراره بأنه على علاقة غير مشروعة بالمجنبي عليها كباعث على قتلها. أو أن يقر المتهم بمشاركته في ارتكاب الجريمة مع نفيه ارتكاب السلوك المجرم المنسوب إليه، كأن يعترف بالتحريض أو المساعدة على ارتكاب الجريمة، دون ارتكاب الجريمة ذاتها. وعلى ذلك، فالاعتراف الموصوف يطرح مسألة التجزئة، لأنه يشتمل في الوقت عينه على اعتراف المتهم بواقعة أو بفعل من جهة، وعلى استبعاد واقعة أو فعل من جهة أخرى، في الجريمة عينها.

رابعاً: الاعتراف من حيث الشكل: الاعتراف المكتوب والاعتراف الشفوي: يمكن أن يكون اعتراف المتهم مكتوباً أو شفهيّاً. والاعتراف المكتوب لا يستلزم أن يكون له شكل معين، فقد يكون مكتوباً بخط اليد أو على الآلة الكاتبة أو بواسطة الكمبيوتر، أو في صورة حديث مسترسل، أو في شكل أسئلة أو أجوبة، وفي هذه الحالة يشترط توقيعه من محرره حتى يكون حجة عليه⁽¹⁷⁾. وهذا الاعتراف كاف في الإثبات، ويمكن أن يتم تثبيته بواسطة المحقق أو كاتب محضر التحقيق أو الجلسة. أما الاعتراف الشفهي، فلا يلزم التوقيع عليه من طرف المقر به، بل يكفي إثباته بمعرفة المحقق أو كاتب الجلسة في محضر موقع عليه منهما، وذلك حسب الجهة

¹⁷ المستشار عدلي خليل: اعتراف المتهم فقهاً وقضاً، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص 21.

الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التدللية

التي تم أمامها. وفي كلا الشككين للاعتراف يجب توقيعه من قبل القاضي أو وكيل النيابة العامة حتى يكون الاعتراف موثقاً، وبالتالي يمكن الاستناد إليه كدليل في الدعوى.

وبشكل عام، يعتبر الاعتراف الشفهي أقل قيمة من الاعتراف المكتوب من حيث ترتيب الآثار القانونية، لأن الكثير من المتهمين ينكرون اعترافاتهم الشفهية لاحقاً، ويدعون بأنها انتزعت منهم تحت تأثير الإكراه المادي أو المعنوي... ولكن في جميع الأحوال، سواء أكان الاعتراف مكتوباً أو شفهياً، فأمره متروك لتقدير قاضي الموضوع واقتناعه، كما سنرى لاحقاً.

الفرع الثاني: تمييز الاعتراف عما يشابهه من أقوال:

قد يحدث أحياناً بعض الخلط بين الاعتراف والأدلة القولية الأخرى، سواء أكانت مدنية أم جزائية، وحتى نتجنب هذا الخلط، لا بد من تمييزه عما يشابهه، وعلى وجه الخصوص، الإقرار المدني، والشهادة، والإبلاغ والإخبار. أولاً: الاعتراف الجنائي والإقرار المدني: الاعتراف الجنائي هو عمل قانوني تتدخل فيه إرادة المقر، فيما أن يعترف أو لا يعترف. لذلك هو مجرد دليل إثبات يخضع في تقدير قيمته لسلطة محكمة الموضوع، تطبيقاً لمبدأ الاقتناع الذاتي للقاضي الجزائي، ومن ثم فهو غير مفروض عليها، فلها أن تأخذ به أو ترفضه، كلياً أو جزئياً. بينما الإقرار المدني، يعد سيد الأدلة في المواد المدنية، فهو دليل ذو طبيعة موضوعية، وينطوي على تصرف قانوني، يتنازل بمقتضاه المقر عن حقه في مطالبة خصمه بإثبات الحق الذي يدعيه، ويكون هذا الإقرار حجة قاطعة على المقر، فلا يستطيع العدول عنه، ألا لخطأ في الوقائع وعليه أن يثبت هذا الخطأ⁽¹⁸⁾. كما لا يملك القاضي رفض الحكم لمن صدر لمصلحته هذا الإقرار، إذ يعتبر دليلاً قانونياً يتوجب على القاضي الأخذ به وعدم طرحه جانباً، ولا يجوز له تجزئته إلا إذا انصب على وقائع متعددة، وكان وجود واقعة منها لا يتطلب حتماً وجود الوقائع الأخرى⁽¹⁹⁾. أما الاعتراف الجنائي فهو ليس حجة في ذاته، وإنما هو خاضع دائماً لتقدير المحكمة، ولا يعفي جهة التحقيق والحكم من البحث عن باقي الأدلة، وللمتهم أن يعدل عنه في أي مرحلة من مراحل الدعوى، من دون أن يكون ملزماً بأن يثبت عدم صحة الاعتراف الذي عدل عنه، بل إن القاضي قد يأخذ

¹⁸ تنص المادة 53 من قانون الإثبات الإماراتي على أن: "الإقرار حجة على المقر ولا يقبل منه الرجوع فيه".

¹⁹ Cass.civ., 31 mai 1932 : DH 1932, p. 378. – Cass. 1re civ., 5 mars 1956 : Bull. civ. I, n° 110.

الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التدليلية

به ويحكم على أساسه رغم العدول عنه. ويستطيع القاضي الجزائي بناءً على السلطة الممنوحة له تجزئة الاعتراف، وله أن يأخذ بما يطمئن إليه وجدانه⁽²⁰⁾.

في الإقرار المدني يعتبر إقرار المحامي عن موكله الصادر أثناء المحاكمة إقراراً قضائياً. في حين إن اعتراف المحامي عن موكله لا يعتبر اعترافاً جنائياً، ولا يعتد به، وغير ملزم لموكله، لأن الاعتراف يجب أن يصدر عن المتهم شخصياً. كما أن الإقرار المدني قد يكون صريحاً أو ضمنياً، أما الاعتراف الجنائي فيشترط فيه أن يكون صريحاً وواضحاً لا لبس فيه ولا غموض، متضمناً كامل وقائع الفعل المنسوب له أو جزء منها.

في الإقرار المدني تتجه نية المقر إلى تحمل الالتزام وترتيب آثاره القانونية، بينما في الاعتراف الجنائي لا دخل لهذه النية ولا أهمية لها، لأن القانون وحده هو الذي يربط الآثار القانونية على هذا الاعتراف، ولو لم تتجه نية المعترف إلى حصولها، كأن يعترف المتهم بالتهمة المنسوبة إليه اعتقاداً منه أن هذا الاعتراف سوف يجنبه المساءلة، فإن ذلك لا يحول دون ترتيب آثاره القانونية.

وأخيراً، لا يعتد بالإقرار المدني إلا إذا صدر ممن اكتملت أهليته المدنية، فلا يقبل الإقرار إلا ممن له أهلية التصرف فيما أقر به، وإقرار القاصر غير مقبول ولا يمكن الاحتجاج به قبل المقر⁽²¹⁾. أما الاعتراف الجنائي، فلا يشترط للأخذ به أن يكون سن المعترف إحدى وعشرون عاماً، إذ يجوز الاعتداد به ولو صدر ممن يزيد عمره على سبع سنوات، فقد يتبين للقاضي، رغم أن الصغير مسؤول مسؤولية جزائية ناقصة وغير كامل الأهلية، أن اعترافه صحيح ويأخذ به.

ثانياً: الاعتراف والشهادة: الشهادة تقرير حقيقة أمر توصل الشاهد إلى معرفته بعينه أو بأذنه، أو بإحدى حواسه الأخرى عن الجريمة أو فاعلها، من أمور تمس غيره⁽²²⁾. بينما الاعتراف، كما ذكرنا قبلاً، هو إقرار المتهم على نفسه بارتكاب الوقائع المكونة للجريمة بشقيها المادي والمعنوي أو أحدهما دون الآخر.

وبناءً عليه، فإن الشهادة وإن كانت تتفق مع الاعتراف في أن كلاهما يعتبر دليلاً قولياً من أدلة الإثبات الجنائي، ويساعد في كشف الحقيقة، وكلاهما يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، وله سلطة الأخذ بمضمونهما

²⁰ Cass. crim., 20 mars 1974 : JCP G 1974, IV, p. 168. – 10 mai 1988 : JCP G 1988, IV, p. 248.

²¹ د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج2، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 485.

²² د. عبد الوهاب حومد: مرجع سابق، ص 575.

الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التدلالية

كلية أو تجزئتهما، كما أن له سلطة إطراحهما إذا ما شابهما عيوب، أو إن أحدهما أو كلاهما لم يصلا إلى مرتبة قناعة القاضي⁽²³⁾. إلا أن هناك فوارق بينهما تتمثل في أن الاعتراف الجنائي يعتبر إقراراً على النفس، وهو بنفس الوقت وسيلة للإثبات والدفاع في الدعوى الجزائية، أما الشهادة فهي وسيلة لإثبات فقط، وهي إدلاء بمعلومات عن الغير، فالشاهد شخص غريب عن الاتهام، أو هو شخص محايد وليس خصماً في الدعوى الجزائية.

في الاعتراف، باعتباره عملاً قانونياً يخضع لإرادة المتهم ومشيئته، فله أن يعترف أو لا يعترف، وإذا رأى أن الصمت أفضل وسيلة للدفاع بها عن نفسه ضد الاتهام الموجه إليه، فله الحق المطلق في عدم الإجابة على الأسئلة التي توجه إليه، ولا يجوز أن يؤخذ عليه هذا الصمت، ولا يعد قرينة على ارتكابه الجريمة. ولا يجوز تحليف المتهم اليمين قبل الإدلاء بأقواله، وإلا كان الاعتراف باطلاً، وإذا حلف من تلقاء نفسه، فإن ذلك لا يغير من طبيعة الاعتراف، إذ قد يكون الغرض من قيام المتهم بذلك هو بث الثقة لدى من يعترف أمامه بصدق اعترافه.

أما الشهادة فهي واجب على الشاهد، وإذا امتنع عنها في غير الأحوال التي يجيزها له القانون، فإنه يلاحق جزائياً بجريمة الامتناع عن الشهادة. واليمين بالنسبة للشاهد، هي شرط جوهري وأساسي لصحة شهادته، وإلا اعتبرت شهادته باطلة، كون اليمين يشكل ضماناً من الضمانات التي شرعت لمصلحة المتهم في أن يقول الحقيقة ولا شيء سوى الحقيقة⁽²⁴⁾. وإذا تضمن الاعتراف أقوالاً غير صحيحة فلا يعد ذلك تزويراً يعاقب عليه القانون، بينما الشهادة إذا تضمنت أقوالاً غير صحيحة عوقب الشاهد بعقوبة جريمة شهادة الزور، إلا أنه لا يجوز تحريك الدعوى الجزائية ضده إلا بعد إقفال باب المرافعة، ودون أن يعدل الشاهد الزور عن شهادته.

وفي بعض الأحيان، يتم استدعاء أحد الأشخاص للإدلاء بشهادته في واقعة ما، ويتم تحليفه اليمين، ثم يتضح أثناء سير التحقيقات وجود دلائل تدين الشاهد وتدخله دائرة الاتهام، فلا غبار على شهادته التي أدلى

²³ نقض مصري تاريخ 1970/4/6، مج أحكام النقض، س21، رقم 128، ص 532.

²⁴ والبطان هنا هو بطلان نسبي يسقط الدفع به في الجنايات والجنح إذا كان للمتهم محام ولم يعترض على سماع الشاهد بدون حلف يمين. أنظر: نقض مصري، تاريخ 1957/4/1، مج أحكام النقض س8، رقم 86، ص 323.

الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التدللية

بها بعد حلف اليمين، طالما تمت قبل دخوله دائرة الاتهام، مع جواز استمرار استجوابه بعد ذلك كمتهم، بدون حلف يمين، ولا يقبل الاستمرار في سماعه كشاهد أدى اليمين بعد ذلك، وإلا بطلت شهادته.

وأخيراً، إذا تناول المتهم في اعترافه إسناد فعل إلى متهم آخر أو شخص آخر، فإن ذلك لا يعد اعترافاً، وإنما يرقى لمستوى الشهادة التي يؤخذ بها في هذه الحالة على سبيل الاستدلال، بحسبان أنها تمت بدون يمين، والأخذ بها أو طرحها، أو تجزئتها يخضع لكامل السلطة التقديرية للقاضي. وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض السورية إن: "أقوال بعض المتهمين بحق الآخرين ليست إلا من قبيل العطف الجرمي الذي لا يصلح وحده سنداً للإتهام"⁽²⁵⁾.

ثالثاً: الاعتراف والإبلاغ والإخبار: يلتقي الاعتراف والإخبار والإبلاغ في أنها تمثل إخطاراً للسلطات المختصة بمعلومات معينة. والإبلاغ يقصد به إخطار السلطة المختصة بوقوع جريمة، وربما يكون المبلغ أحد المساهمين بارتكابها. ولا يحق للمبلغ بعد قيامه بالإبلاغ العدول أو التنازل عنه، لأنه ليس حقاً خاصاً له، كما أن القانون يعاقب من لم يبلغ عن وقوع جريمة. وقد يعتري حق الإبلاغ بعض القصور من جانب المبلغ، كما لو اتصف البلاغ بالكاذب أو المتسرع، والكذب في البلاغ قد يكون متعمداً وقد يكون عن حسن نية. بينما الإخبار فهو إسناد واقعة معينة لنفسه أو لغيره، وقد يتضمن اعترافاً بالواقعة إلا أنه لا يعد اعترافاً بالمعنى القانوني كونه يصدر عن شخص غير متهم. أما الاعتراف فلا يعتد به بهذه الصفة ما لم يصدر عن متهم بنفسه. وبناءً على ذلك، إذا اعترف المشتبه فيه بالواقعة فهذا يعد إخباراً، أما إذا حوَصر بالأدلة واعترف، فهذا يعد اعترافاً⁽²⁶⁾.

ويرى بعض الفقهاء أن الإخبار عن الجريمة إنما يكون في مرحلة جمع الاستدلالات، بينما الاعتراف فلا يكون إلا أمام جهة قضائية، سواء أكانت سلطة تحقيق أو محاكمة. ويذهب رأي آخر إلى أن الإخبار عن الجريمة إنما يكون قبل اكتشافها، بينما الاعتراف يكون بعد اكتشافها، والقبض على المتهمين والبدء في التحقيق معهم. لكن القضاء المصري لم يفرق بين الإخبار والاعتراف، إذ اعتبرت محكمة النقض المصرية الإخبار بمثابة اعتراف معف من العقاب في جميع الجرائم المنصوص فيها على الإعفاء من العقوبة⁽²⁷⁾. لذلك نعتقد

²⁵ نقض سوري، قرار رقم 2005/426 - أساس 250 - قاعدة 299، المحامون، إصدار 5 و 6.

²⁶ د. قدري عبد الفتاح الشهاوي: حجية الاعتراف كدليل إدانة في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 197.

²⁷ نقض مصري، تاريخ 1938/1/3، مج القواعد القانونية، ج4، رقم 142، ص 138.

الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التدلالية

أن هذا الجدل اللفظي في الأوساط الفقهية بين الاعتراف والإخبار والإبلاغ والإخطار لا أهمية له من الناحية العملية، فقد ساوى القانون فيما بينها من حيث الإعفاء من العقوبة في جرائم معينة⁽²⁸⁾.

المبحث الثاني: شروط صحة الاعتراف:

يعتبر الاعتراف دليل إثبات، وحتى يكون كذلك، لا بد من توافر شروط تتحقق به صحته، وبالتالي اطمئنان المحكمة له، والاستناد عليه في حكمها، ومعظم هذه الشروط تبلورت من تنظير الفقه ومن اجتهادات القضاة. ويمكن تقسيم شروط صحة الاعتراف إلى شروط عائدة إلى المتهم المعترف، وشروط أخرى راجعة إلى الاعتراف ذاته.

المطلب الأول: الشروط المتعلقة بالمتهم المعترف:

تتمثل الشروط المتعلقة بالمقر في أن يصدر الاعتراف من منتهى يتمتع بالأهلية الإجرائية، وأن يصدر الاعتراف عن إرادة حرة.

الفرع الأول: أن يكون المعترف متمتعاً بالأهلية الإجرائية:

لصحة الاعتراف يجب أن يكون المتهم مميزاً ومدركاً أثناء الإدلاء بالاعتراف، أي يمتلك القدرة على التمييز والإدراك لاكتمال أهلية الإجرائية، فمن لا يمتلك القدرة على فهم ماهية الأفعال أو الأقوال والآثار الناجمة عنها، هو شخص منعدم الأهلية، مثل الصغير غير المميز أو المجنون أو السكران أو المخدر. كما يمكن أن تكون ناقصة، فيلزم اتخاذ بعض الإجراءات من قبل المحكمة لرفع العوار أو أوجه النقص عنها، كما في حالة اعتراف الأخرس.

- **اعتراف الصغير:** إذا كان الصغير لم يتم السابعة من عمره، فلا يعتد باعترافه إطلاقاً، لأنه عديم الأهلية، ولهذا السبب تمتع مسؤوليته الجزائية. أما إذا كان عمره يتراوح بين السابعة والخامسة عشرة سنة، فهذا الصغير يعد ناقص التمييز، ويخضع اعترافه إلى تقدير القاضي، فيما أن يأخذ به أو يطرحه جانباً⁽²⁹⁾.

²⁸ محمود عبد العزيز محمد: الاعتراف - الدليل والتدليل - فقهاً وقضاً، دار الكتب القانونية، 2009، ص 257.

²⁹ محمود عبد العزيز محمد: الاعتراف - الدليل والتدليل - فقهاً وقضاً، مرجع سابق، ص 39.

الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التدليلية

- اعتراف المجنون والمصاب بعاهة عقلية: بما أن المجنون ومن في حكمه يستفيد من امتناع مسؤوليته الجزائية بسبب إصابته بعاهة عقلية أو جنون، فلا يعقل أن يقبل منه اعترافه بارتكابه الواقعة الجرمية، بسبب عدم توافر ملكة الإدراك والتمييز، وبالتالي يبطل الحكم إذا عول على مثل هذا الاعتراف في إدانة المتهم.

- اعتراف السكران أو المخدر: إن الاعتراف الصادر عن السكران أو المخدر لا يعتد به، سواء كان ذلك باختياره أو رغماً عنه، وعلة ذلك أنه يكون فاقداً لوعيه وإدراكه بما حوله من محسوسات وتصرفات، وبالتالي لا يصح الاعتماد عليه كدليل إثبات. ويجب على المحكمة استبعاده كونه لا يعد دليل إدانة بمفرده. ولكن هذا لا يمنع من أن يستدل به إذا ما أيدته أدلة أخرى. فكل حكم يبنى على هكذا اعتراف يعتبر باطل بطلاناً مطلقاً⁽³⁰⁾، متعلقاً بالنظام العام، ويجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض⁽³¹⁾.

الفرع الثاني- أن يكون الاعتراف صادراً عن إرادة حرة:

إن الاعتراف الصادر عن إرادة حرة هو الذي يستحق الثقة ويتمتع بالمصادقية، إذ يفترض فيه صدوره عن شعور قوي وملح بالإدانة، ولذلك يكون له أهميته في الإثبات، فتقريب المتهم في مكنون سره والإفضاء بذات نفسه لا يعتبر وجهاً للطعن في الدليل المستمد من إقراره طواعية واختياراً⁽³²⁾. وعلى النقيض من ذلك، فالاعتراف الذي يتم انتزاعه من المتهم، أو الذي يصدر عنه أماً في منفعة، أو خوفاً من ضرر، ينطوي على الشك، يجب عدم الثقة به، وبالتالي عدم قبوله كحجة في الإثبات وفي الجملة جحده⁽³³⁾. واستبعاد الاعتراف

³⁰ وبالمقابل، نعتقد أن هناك من الوسائل العلمية للحصول على الاعتراف ما لا يعتبر افتتاتاً على كرامة الإنسان، ومن هذه الوسائل أخذ قطرات من الدم لمعرفة نسبة الكحول فيه، بغية معرفة ما إذا كان المتهم سكراناً أم لا، عند ارتكابه الجريمة، وخاصة في حوادث المرور. ومثل ذلك طريقة الزفير في الكأس، لمعرفة وجود الكحول من عدمه. فهذه الطرق باتت أمراً شائعاً يجيزه القانون بل ويوجب العمل فيه، ولا غبار عليها.

³¹ محمود عبد العزيز محمد: مرجع سابق، ص 44.

³² نقض مصري تاريخ 1971/6/20، مج أحكام النقض، س 22، رقم 119، ص 478.

³³ حكم القضاء الصيني، مؤخراً، بتعويض قدره 1.3 مليون دولار لأربعة متهمين أدبوا، عام 2003، بناءً على (اعترافهم بارتكاب جرمي قتل واغتصاب، وحكم عليهم بالإعدام، غير أن الحكم جرى تخفيفه إلى السجن المؤبد. وقضى الأربعة أكثر من 14 عاماً خلف القضبان، حتى اعترف شخص آخر بارتكاب الجريمة. وقد ظلوا طوال تلك السنوات، يشكون «لطوب» الأرض، من دون أن يعيرهم أحد أنناً صاغية، بأن اعترافهم انتزع منهم تحت التعذيب. حالة هؤلاء ليست الوحيدة في الصين؛ فخلال الأعوام الخمسة الماضية أسقطت المحاكم 30 حكماً ثبتت خطؤها، ما جعل القضاء يطالب الاتهام بأدلة أكثر من الاعترافات. وللأسف ما زال هذا الأسلوب يمارس، للأسف، في كثير من دول العالم، رغم حزمة الصكوك الدولية التي تحظر هذه الممارسة، ابتداءً من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948، مروراً بالعهد الدولي لحقوق الإنسان والمدنية والسياسية 1966، وليس انتهاءً بالاتفاقية الدولية لمناهضة التعذيب، التي دخلت حيز التنفيذ في 26 يونيو/حزيران 1987، وهو التاريخ الذي اعتمدته الجمعية العامة، في ديسمبر/كانون الأول 1997، يوماً عالمياً لمناهضة التعذيب.

<http://www.alkhaleej.ae/studiesandopinions/page/692d3132-0589-4329-962e-9b310d61cc09>

الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التدليلية

غير الإرادي مرده الرغبة في منع رجال الشرطة والمحققين من التماهي في إساءة استعمال السلطة. فعندما يتضح لهم أن جهودهم التي بذلت للتأثير على المتهم قد ذهبت سدى جراء عدم قبول المحكمة لهذا الاعتراف، فإن ذلك يدفعهم إلى عدم تكرار مثل هكذا تصرفات، والسعي نحو اتخاذ الإجراءات القانونية السليمة والإقدام دائماً على مباشرتها⁽³⁴⁾.

وهكذا فإن الاعتراف الذي يمكن التعويل عليه والأخذ به في الإثبات يلزم في شأنه أن يكون صادراً عن إرادة حرة، ومن ثم يجب استبعاد وسائل التأثير المختلفة لحمل المتهم على الاعتراف⁽³⁵⁾. ولذلك يلزم أن يكون المتهم في مأمن من الخضوع لأي تأثير يخالج نفسه، فمن السهل إرغام شخص على الكلام، ولكن من الصعب إجباره على قول الحقيقة، وبالتالي فإن أي تأثير قد يتعرض له المتهم، سواء كان عنفاً أو تهديداً، أو وعداً، أو وعيداً، يعيب إرادته، مما يفسد اعترافه⁽³⁶⁾.

لقد كان الاستجواب في القديم نوعاً من المهارة، يستخدم فيه القاضي دهاءه وتجربته، فيأتي المتهم تارة بصورة مستقيمة، وأخرى بصورة ملتوية، وحيناً غاضباً وآخر باشاً، إلا أن الأمر قد تغير اليوم، وأصبح من واجب المحقق أو القاضي أن يقوم باستجوابه بأمانة وعفة وتجرد، لأن غاية المشرع الوصول إلى الحقيقة، لا إيقاع الناس في الشباك المنصوبة، لذلك وجب أن يكون الاستجواب فرصة قانونية، يبذل فيها المتهم التهم المنسوبة إليه بلعل معقولة، بعيداً عن كل أساليب الإكراه المادي أو المعنوي، تحت طائلة العقوبات المنصوص عنها في قانون العقوبات. وفي دراستنا لصور الإكراه للحصول على الاعتراف سوف نراعي التفرقة بين الإكراه التقليدي والحديث.

³⁴ Vo vin: L'aveu dans la procédure pénale, Rapport présenté aux Journées de droit Franco-latino-américaines de Toulouse, 10 octobre 1995, p. 35.

³⁵ نقض مصري تاريخ 1972/12/25، مج أحكام النقض، س 23، ق 230، ص 1472.

³⁶ نقض مصري تاريخ 1972/6/4، مج أحكام النقض، س 23، رقم 194، ص 861.

الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التدلالية

أولاً: صور الإكراه التقليدي: الإكراه بصفة عامة هو ضغط مادي أو معنوي، يمارسه المكره على المكره، لسلب إرادته أو التأثير فيها ليتصرف المكره وفقاً لما يريده القائم بالإكراه⁽³⁷⁾. والإكراه الذي يؤثر على الاعتراف يقسم إلى نوعين: إكراه مادي وإكراه معنوي.

1) الإكراه المادي: هو قوة مادية تمارس على الفاعل مباشرة، فتشل إرادته، وتفقد حريته اختياره، فلا يستطيع مقاومتها، وبالتالي يستحيل إسناد الفعل أو القول المكره عليه إلى الفاعل. ويتمثل في اللجوء للعنف المادي، أو إرهاب المتهم أثناء الاستجواب المطول، أو استخدام الكلاب البوليسية.

- **العنف الجسدي:** وهو كل قوة مادية خارجة عن المتهم وتؤثر بشكل مباشر على جسمه، كضربه، أو وضعه في غرفة باردة دونما غطاء، أو حبسه وحرمانه من التواصل بأسرته، أو نزع أظافره، أو ركله بالأقدام، أو إطفاء السجائر بجسد المتهم ونزع أظافره... وكل اعتراف يترتب على صورة من صور العنف يعتبر باطلاً، حتى ولو كان صادقاً، لأن إرادة المتهم في هذه الحالة تكون مشلولة تماماً. وفي رأي محكمة النقض السورية أنه: "إذا ثبت أن الاعتراف كان نتيجة للضرب والشدة والتعذيب، فإنه يصبح مشبوهاً، ولا يجوز الأخذ به"⁽³⁸⁾، لأنه في هذه الحالة يكون صاحبه معيب الإرادة⁽³⁹⁾.

وبطلان الاعتراف نتيجة انتزاعه بالتعذيب المادي يعد بطلاً مطلقاً⁽⁴⁰⁾، مما يترتب على ذلك عدم جواز التنازل عن التمسك بالبطلان، ومن واجب محكمة الموضوع أن تقضي به من تلقاء نفسها وبغير طلب، ويجوز إثارته في أية حالة كانت عليها الدعوى، وأخيراً، يجوز لكل ذي صفة أن يتمسك بهذا البطلان، وهذه الصفة ليس معناها المصلحة المباشرة، بل يجوز التمسك بالبطلان والدفع به، ولو لم يستند ذلك إلى مصلحة مباشرة⁽⁴¹⁾.

³⁷ د. عبد العزيز الحسن: الوجيز في شرح أحكام قانون العقوبات الاتحادي وفقاً لآخر التعديلات، القسم الأول-الكتاب الأول، النظرية العامة للجريمة، دار النهضة العربية (مصر)، دار النهضة العلمية (الإمارات)، 2019، ص 362.

³⁸ نقض سوري، قرار رقم 956 تاريخ 1982/11/14، المجموعة الجزائية، القاعدة رقم 3822.

³⁹ نقض مصري تاريخ 1972/10/15 مج أحكام النقض، س 23، ق 234، ص 1094.

⁴⁰ د. عبد القادر محمد القيسي: تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف بين الجريمة والمسؤولية، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2016، ص 335 وما يليها.

⁴¹ نقض مصري، تاريخ 1953/10/20، مج القواعد في خمسة وعشرين عاماً، ج1، رقم 282، ص 528.

الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التبادلية

- إرهاق المتهم بالاستجواب المطول: إن استجواب المتهم مصان بجملة من الضمانات، كحقه في الاستعانة بمحام، وحقه في الاطلاع على أوراق الدعوى، ولكن عندما يكون الاستجواب مطولاً، فإن ذلك يرهق المتهم ويستنفد قواه ويؤثر في إرادته وقدرته على الاختيار، بسبب استنفاد قواه العقلية والجسدية⁽⁴²⁾، ولذلك يبطل الاعتراف الصادر منه أثناء أو عقب هكذا استجواب. لذلك أوصت اللجنة الدولية للمسائل الجنائية بتجريم إخضاع المتهم لاستجواب مطول، من دون السماح له بالراحة والتغذية الطبيعية والنوم لأوقات مناسبة⁽⁴³⁾. فيجب على المحقق وفي أثناء استجواب المتهم- إذا ما لاحظ علامات الإرهاق بادية على المتهم، أو إذا ما صرح هذا الأخير أنه مرهق، أن يعلق استجوابه، وأن يمنح المتهم فسحة من الوقت ينال خلالها قسطاً من الراحة⁽⁴⁴⁾، وإلا كانت الأقوال التي أدلى بها باطلة.

- استعراض الكلاب البوليسية: أصبح استخدام الكلاب البوليسية في كشف ملابسات ارتكاب الجريمة أمراً شائعاً، استناداً إلى أن الجاني قد يترك أثراً له في مسرح الجريمة يحمل رائحته، على اعتبار أن لكل شخص رائحته التي تميزه عن الآخرين⁽⁴⁵⁾، أو يلامس شيئاً في عين المكان يمكن الاستفادة منه في اقتفاء أثر صاحبه. وتعد هذه الوسيلة من الوسائل المشروعة في الكشف عن المجرمين، وإذا صدر الاعتراف عن المتهم بعد استعراض الكلب عليه طوعية منه، فإن اعترافه يكون صحيحاً، بحسبان أن استخدام هذه الوسيلة ليس له من تأثير على إرادته⁽⁴⁶⁾.

⁴² د. د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط2، دار النهضة العربية، ص 69.

⁴³ وترجمة لهذه التوصية فقد حرص القانون الفنلندي على تحديد الفترة التي يمكن استجواب المتهم خلالها، فنص على أن يكون الاستجواب ما بين الساعة السادسة صباحاً والساعة التاسعة مساءً، وأنه لا يجوز استجواب المتهم مدة تزيد على اثنتي عشر ساعة مرة واحدة. انظر: د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، 1985، ص 386.

⁴⁴ للمحقق أن يقدر ما إذا كان من الضروري استجواب المدعى عليه مرة واحدة أو عدة مرات، ولكن لا بد من استجوابه مرة على الأقل. وتعدد جلسات الاستجواب مفيد، لأن ذلك يساعد على إيجاد اتصال مثمر بين المحقق والمتهم. ويجري عادة التعامل على أن المحقق يستجوب المتهم في القضايا الهامة ثلاث مرات: الأولى: استجواب يتعلق بالشكل، وهو خاص بسؤال المتهم عن اسمه ولقبه ومهنته وموطنه، وإعلامه بالتهمة المسمدة إليه، وسؤاله عن توكيل محامي. والثانية: استجواب يتعلق بالموضوع، والغاية منه تنوير المحقق عن التهم التي تكون قد توضححت في ذهنه نوعاً ما، وإطلاعه على وسائل دفاع المتهم. والأخيرة الاستجواب الختامي، ويجري قبل أن يعمد المحقق إلى اتخاذ قراره النهائي. انظر: د. عبد الوهاب حومد: مرجع سابق، ص 556.

⁴⁵ تركي محمد موالى: الضبطية العدلية في إجراءات الاستقصاء والتحقيق، منشورات دار علاء الدين، دمشق، 1997، ص 97 وما يليها.

⁴⁶ إبراهيم سليمان القطاونة: مدى حجية استعراض الكلب البوليسي في الإثبات الجنائي، دراسات: علوم الشريعة والقانون، الأردن، المجلد 41، العدد 1، 2014، ص 96 وما يليها.

ولكن إذا كان صدور الاعتراف عن المتهم نتيجة خوف من الكلب، لوثوبه عليه، أو تمزيقه لملابسه وعقره، فإن هذه الوسيلة ما هي إلا صورة من صور الإكراه، سواء أكان مادياً أو معنوياً، التي تؤثر في نفسية المتهم وتجعل إرادته غير حرة، مما يرتب بطلان الاعتراف⁽⁴⁷⁾. وفي هذا السياق قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "الاعتراف المشوب بالإكراه لا يصح التعويل عليه كدليل إثبات في الدعوى فإذا كان المتهم قد تمسك أمام المحكمة بأن العبارات التي فاء بها أثناء تعرف الكلب البوليسي عليه إنما صدرت منه وهو مكره لوثوب الكلب عليه دفعاً لما خشيته من أذاه ومع ذلك فإن المحكمة قد عدتها إقراراً منه بارتكاب الجريمة وعولت عليها في إدانته دون أن ترد على ما دفع به وتفقده فإن حكمها يكون مشوباً بالقصور"⁽⁴⁸⁾.

ونعتقد بأن اللجوء لاستخدام الكلاب البوليسية في القضايا الجنائية أصبح أمراً شائعاً وغير مستنكر، بشرط أن تكون هذه الكلاب مدربة بشكل جيد، وأن يكون القائم على استعمالها متمرساً بها، وألا تكون النتائج التي يتوصل إليها، معتبرة أدلة بذاتها، بل يجب أن ينظر إليها بحذر ليس كأدلة وإنما مجرد أمارات أو استدلالات تحتاج إلى تدقيق، ودعم من أدلة أخرى، بحسبان أن الكلاب البوليسية ما هي في نهاية المطاف إلا حيوانات تعمل بغريزتها⁽⁴⁹⁾. يضاف إلى ذلك، قد يقوم المدرب بتدريب الكلب بالوثوب على شخص معين في الطابور إذا ما صدر عنه حركة أو لفظ معين عند مروره بجوار هذا الشخص، ولذلك يجب توخي الدقة والحذر والتحصيص قبل اتخاذ كقرينة يعتد بها.

(2) الإكراه المعنوي: الإكراه المعنوي هو ضغط شخص على إرادة آخر لحمله على الاعتراف، ويتمثل هذا الضغط بعدة صور منها: التهديد أو الوعد والوعيد، أو تحليف المتهم اليمين، أو خداعه.

- **التهديد:** هو عبارة عن ضغط نفسي يمارس على المتهم لحمله على الاعتراف، ويمكن أن يكون بصورة تهديد بانزال أذى جسدي أو معنوي، أو إيذاء شخص عزيز لديه، مثل زوجته أو ابنه، ويمكن أن يكون بصورة حرمان المتهم من الطعام والشراب، أو يتوعدده بالحبس الاحتياطي، أو بتطبيق الظروف المشددة للجريمة عليه، أو تهديده بفضح أسرارته، والضغط على أخلاقياته، ومعاملته معاملة مهينة، كأن يتم تعرية ابنته في حضوره،

⁴⁷ نقض مصري تاريخ 1971/12/26، مج أحكام النقض، س 22، ق 193، ص 805.

⁴⁸ نقض مصري، تاريخ 1949/12/26، مج أحكام النقض، س 19، رقم 1284.

⁴⁹ كلاب الشرطة التي تستخدم لهذا الغرض هي كلاب من نوع خاص تتمتع بحاسة شم قوية، فمنها ما يدرب على شم الأثر، وأخرى على شم المخدرات، وثالثة على شم المفرقات، وغير ذلك من الأنواع.

الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التدليلية

ليدلي باعترافاته. ويعتبر الاعتراف الناجم عن هذا التهديد باطلاً، ولا يصح التعويل عليه، حتى وإن كان المتهم قد ارتكب الجريمة فعلاً⁽⁵⁰⁾، ما لم تسانده أدلة ثبوت أخرى في الدعوى⁽⁵¹⁾. بمعنى آخر حتى يكون التهديد مبطلاً للاعتراف لا بد من توافر شرطين: صدور التهديد بناءً على سبب غير مشروع، وأن يؤدي التهديد الصادر إلى اعتراف المتهم⁽⁵²⁾. وهذه الطريقة تخضع لأحكام القانون الجزائي، التي تساوي بين التعذيب البدني والتعذيب المعنوي، وتعاقب من يمارسها على المتهمين أو الشهود.

– **الوعد أو الإغراء:** هو تعمد بعث الأمل للمتهم في شيء يتحسن به مركزه إذا اعترف، كأن يتم وعده بالبراءة أو بتخفيف العقوبة، أو بالعفو عنه، أو اعتباره شاهداً في الدعوى، أو التفاوضي عن محاكمته عن بعض التهم إذا اعترف ببعضها الآخر. وهذا النوع من الاعتراف يعتبر باطلاً إذا كان من الصعب على الشخص العادي مقاومة هذه الإغراءات التي من شأنها حمله على الاعتراف، ففي هذه الحالة يعتبر الوعد قرين الإكراه والتهديد، كونه يؤدي إلى حمل المتهم إلى الاعتقاد بأنه سيجني من وراء الاعتراف فائدة ما أو يتجنب ضرراً⁽⁵³⁾. أما إذا كانت الفائدة التي سيجنيها من وراء اعترافه لا تتناسب مع الضرر الذي سيصيبه من الاعتراف بالجريمة، ولا يكون من شأنه أن يحمل الشخص العادي إلى اعتراف غير حقيقي، فإن من شأن هذا الوعد لا يبطل الاعتراف.

– **خداع المتهم:** هي الأفعال الخارجية التي يمكن أن يقوم بها مأمور الضبط القضائي أو المحقق مقترنة بمظاهر من شأنها أن توقع المتهم تحت تأثير الغش والتدليس بهدف انتزاع اعتراف منه بصدد الجريمة المراد إسنادها إليه. ولا يجيز القانون استعمال وسائل الحيلة والخداع للحصول على اعتراف المتهم، حتى ولو كان الوصول إلى الحقيقة متعزراً بدون استعمالها، لأن هكذا وسائل تنطوي على نوع من التدليس الذي يوقع المتهم في الغلط فيعيب إرادته، وبما أن إرادته كانت معيبة وقت الإدلاء بالاعتراف، فإنه لا يكون صحيحاً، وبالتالي

⁵⁰ نقض مصري، تاريخ 1975/7/22، مج أحكام النقض، رقم 805، س 45.

⁵¹ في قرار لمحكمة النقض السورية قضى بأن: "مجرد حضور ضابط المخابرات التحقيق لا يعيب إجراءاته إذ إن سلطان الوظيفة في ذاته بما يسبغه على صاحبه من اختصاصات وإمكانات لا يعد إكراهاً ما دام هذا السلطان لم يستغل على المتهم بالأذى مادياً أو معنوياً كما أن مجرد الخشية لا يعد قرين

الإكراه المبطل للاعتراف لا معنى ولا حكماً". طعن رقم 45 لسنة 60 ق، جلسة 1991/1/15.

⁵² د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي: حجية الاعتراف كدليل إدانة في التشريع المصري والمقارن، مرجع سابق، ص 216 وما يليها.

⁵³ نقض مصري تاريخ 1972/12/25، مج أحكام النقض، س 23، ق 230، ص 1472.

الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التبادلية

يجب استبعاده من مجال الإثبات، حتى ولو كان صادقاً⁽⁵⁴⁾. ومن أمثلة ذلك، أن يتم إيهام المتهم بوجود أدلة ثبوت معينة ضده، وأن هناك شهود قد أدلوا بشهادتهم ضده، فمثل هذه الوسائل التي تحمل معنى الخديعة والتدليس تعيب الإرادة وتعدم اختياره، ومن ثم فأى اعتراف يصدر عن المتهم يجب إهداره وعدم التعويل عليه، شريطة أن تتوافر العلاقة السببية بين ما اتخذ من وسائل وبين ما صدر عن المتهم من اعترافات⁽⁵⁵⁾.

ومن هذه الوسائل الشائعة التي تنصت خلسة على المحادثات الهاتفية، فقد يلجأ المحقق أو مأمور الضبط القضائي إلى حيلة التنصت على المحادثات الهاتفية خلسة، والتي يجريها المتهمين سواء فيما بينهم أو أحدهم مع الغير ممن يأتمنهم على أسراره، فإن ذلك يبطل أية اعترافات تتضمنها تلك التسجيلات، وتهدر ولا يعول عليها، كونها مستمدة من إجراء غير مشروع، مخالف للدستور والقانون والأخلاق، وبإلحاق جزائياً من ارتكبتها. ويضاف إلى هذه الوسيلة وسيلة أخرى قد يلجأ إليها المحقق من أجل انتزاع اعتراف من المتهم وهي تصويره خلسة في مكان خاص، أياً كانت طبيعة هذه الصور أو أطرافها. كأن يتم تصوير المتهم مع خليلته، أو مع أشخاص لهم علاقة بالجريمة، أو لا علاقة لهم بها، ولكنهم يحتفظون في ظهورهم معه، ويقوم المحقق بعرض هذه الصور على المتهم ويهدده بنشرها، بهدف انتزاع اعتراف منه بصدد الجريمة موضوع التحقيق، ففي مثل هذه الحالة، فإن اعترافه باطل كونه نتاج إجراء غير مشروع، علاوة على ما يمثل ذلك من إكراه وتأثير أدبي على المتهم من شأنه أن يعدم إرادته⁽⁵⁶⁾.

ولكن بالنسبة للتنصت على المكالمات الهاتفية، بناءً على أمر صريح من الجهة القضائية المختصة، أمر أقره القانون⁽⁵⁷⁾، ولم يعد ينظر إليه على أنه غير أخلاقي. ولكن ذلك يجب أن يتم ضمن ضوابط محددة،

⁵⁴ اتحادية عليا، طعن رقم 46 لسنة 32 القضائية، أمن دولة، جلسة تاريخ 29 مارس 2004، مج الأحكام، السنة 26، ط1، 2006، ص 179.

⁵⁵ ينص الدستور الإماراتي في المادة 28 على أن: "إيذاء المتهم جسمانياً أو معنوياً محظور".

⁵⁶ CEDH 31 mai 2005, VETTER c/ France, (req. n° 59842/00, R.P.D.P. 2006, p. 133, obs. Coralie AMBROISE-CASTEROT, Patricia HENNION-JACQUET: L'encadrement relatif de la liberté de la preuve par la Convention européenne des droits de l'homme, D. 2005, p. 2575.

⁵⁷ أنظر مثلاً المادة 96 من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري التي تنص على أنه: "للقاضي التحقيق أن يضبط لدى مكاتب البريد كافة الخطابات والرسائل والجرائد والمطبوعات والطرود، ولدى مكاتب البرق كافة الرسائل البرقية، كما يجوز له مراقبة المحادثات الهاتفية متى كان لذلك فائدة في ظهور الحقيقة".

الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التدللية

تتمثل بصور أمر صحيح من الجهة المختصة، وأن لا يتجاوز التدبير القدر الضروري من الحاجة إليه⁽⁵⁸⁾. فإذا تم التنصت بدون هذا الأمر، فإنه باطل، ويجب معاقبة من قام به، وخاصة تسجيل الأقوال في جلسة خاصة، أو محادثة عرضية. ولا يعد تسجيل المكالمات الهاتفية اعترافاً من المتهم، ولو تم بأمر القاضي، فلا بد من عرضه على المناقشة في الجلسة، كأى دليل من الأدلة الجنائية⁽⁵⁹⁾. وتتجه غالبية التشريعات إلى عدم جواز تسجيل أقوال المتهمين في الأماكن الخاصة⁽⁶⁰⁾، لأن في ذلك خرق للحقوق والحريات الشخصية، باستثناء الحالات التي ينص عليها القانون⁽⁶¹⁾. لكن إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون يعتبر التسجيل بالصوت والصورة أو أحدهما صحيحاً ومنتجاً لآثاره، وبالتالي يعتد بما يكشف عنه من اعترافات، وإذا لم تتم مراعاة الإجراءات المنصوص عنها في القانون، أو تم تجاوزها، أضحت تلك التسجيلات باطلة، ولا يعول على ما تكشف من اعترافات، إذ إن تسجيل أقوال المتهم يعد من وسائل الإكراه التي تبطل الاعتراف. ولكن تسجيل إقرارات المتهمين بعلمهم أثناء التحقيق بواسطة آلة تسجيل، يعتبر إجراءً قانونياً صحيحاً طالما روعيت الضمانات كافة.

- **تحليف المتهم اليمين:** لا يوجد قانون معاصر يوجب أو يجيز تحليف المتهم اليمين، كما كان يحدث في القرون الوسطى⁽⁶²⁾، وذلك حتى تكون لديه الحرية الكاملة في الدفاع عن نفسه، وحتى لا يحلف كذباً، فيخالف دينه وضميره، وبالتالي فإن اعترافه يكون باطلاً في هذه الحالة⁽⁶³⁾. فمن المستقر قضاءً أن كذب المتهم في أقواله واعترافاته إنما هو من قبيل الدفاع عن نفسه، ولا يؤاخذ عن هذا الكذب. فليس من المعقول أن يتم تحليف المتهم اليمين على قول الحقيقة، حتى يصبح في حالة صراع نفسي بين أن يقول الحقيقة ويزج نفسه في غياهب

⁵⁸ Avant la loi du 10 juillet 1991, les écoutes téléphoniques n'étaient soumises à aucun régime légal. La Cour de Strasbourg avait fort logiquement sanctionné la France pour violation de l'article 8 de la Convention (CEDH, 24 avril 1990, HUVIG et KRUSLIN c/ France (req. n° 18005/91).

⁵⁹ د. عبد الوهاب حومد: مرجع سابق، ص 567.

⁶⁰ أما إذا جرت هذه التسجيلات في أماكن عامة فإن تعتبر صحيحة ويعتد بها، إذ يفترض رضا من تم التسجيل لهم بإجراء هذه التسجيلات، وعلة ذلك ترجع إلى أنهم سمحوا لأنفسهم بالبوح بمكنون أسرارهم أمام العامة دون ساتر أو حجاب.

⁶¹ أنظر مثلاً المواد 95 و 206 من قانون الإجراءات الجنائية المصري، والمادة 75 من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي.

⁶² تحليف المتهم اليمين كان مكرساً في القانون الفرنسي لسنة 1670، ولكن سرعان ما صدر قانون في عام 1789 ألغى بموجبه تحليف اليمين، لأنها زيادة في تعذيب رجل مفروض فيه أنه سينكر ولو أقسم.

⁶³ تنص الفقرة أ من المادة 126 من قانون الإجراءات الجزائية العراقي على أنه: "لا يحلف المتهم اليمين إلا إذا كان في مقام الشهادة على غيره من المتهمين". كما تنص الفقرة من المادة 67 من النظام الأساسي لمحكمة الجنايات الدولية لسنة 1998 على أن من حقوق المتهم: "أن يذلي ببيان شفوي أو مكتوب، دون أن يحلف اليمين، دفاعاً عن نفسه".

السجون، إرضاءً لخالفه وضميره، كونه حلف اليمين، وبين أن يكذب ناكراً ما هو منسوب إليه هروباً من فرض العقوبة عليه. لذلك فقد استقر الفقه والقضاء على أن الاعتراف الصادر من المتهم، إذا ما حلف اليمين، يعتبر باطلاً وهذا البطلان متعلق بالنظام العام⁽⁶⁴⁾. ولكن إذا حلف المتهم اليمين من تلقاء نفسه بقول الحقيقة ومن دون أن يطلب منه ذلك، فإن اعترافه صحيحاً، ولا يجوز لمحاميه أن يدفع بأن هذا الاعتراف الصادر عن موكله كان على أثر تحليف المتهم اليمين.

ثانياً: صور الإكراه الحديثة: هناك طائفة من الأساليب الحديثة المكرهة في استجواب المتهم لانتزاع اعتراف منه، التي وإن كانت تتطوي على مساس بسلامة الجسد أمراً وارداً، إلا أن مساسها بسلامة النفس وحرية الإرادة أمر مؤكد، وذلك حينما يجري الاستجواب تحت تأثيرها، ومنها: جهاز كشف الكذب، واستخدام التنويم المغناطيسي، والحق بمواد مخدرة، واللجوء للجراحة الطبية. ولقد ثار جدل كبير، ولا يزال موقف الفقهاء متبايناً حولها، وبالنظر لأهميتها، من الناحيتين العلمية والعملية، نرى أن نعرض لها بشيء من التبسيط لتكون آفاقها المرتقبة، في نطاق الرؤية الحالية.

(1) استخدام جهاز كشف الكذب: تتمثل هذه الطريقة باستعمال جهاز خاص، حين استجواب المتهم، ليكشف مدى صدقه من كذبه، ويدعى هذا الجهاز كاشف الكذب، وقد أخذ طريقه إلى بعض المحاكم الأمريكية، وهو يعطي نتائج مرضية⁽⁶⁵⁾. وقد أكدت التجربة بأنه إذا استعمل هذا الجهاز رجل متمرس في أموره، فإن نسبة الخطأ تكون ضئيلة. ويؤكد الفنيون المختصون أن 95% من النتائج يحققها المختص باستعمال الجهاز بمهارته، و 5% من النتائج تكتشفها الآلة. ويقولون أن هامش الخطأ يتراوح بين 5% و 30% من مجموع العمليات، حسب كفاءة الموظف الفني⁽⁶⁶⁾. ولكن الفقهاء الفرنسيين لا يزالون يعترضون عليه كونه يحتاج لاستخدامه إلى خبير حاذق على درجة عالية من الكفاءة والتدريب، يضاف إلى ذلك أنه جهاز قاصر، بمعنى لا يصلح لفحص الأشخاص المشتبه فيهم من جميع الفئات، وفي جميع الأحوال. كما أن الجهاز غير معتد به، بمعنى أن المحاكم لا تلتزم بالنتائج التي تتمخض عنها اختبارات الكذب.

⁶⁴ محمود عبد العزيز محمد: الاعتراف، الدليل والتدليل - فقهاً وقضاً، مرجع سابق، ص 96.

⁶⁵ د. حسنين المحمدي بواوي: الوسائل العلمية في الإثبات الجنائي، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2008، ص 161.

⁶⁶ د. عبد الوهاب حومد: مرجع سابق، ص 558.

لا جدال في مشروعية استخدام جهاز كشف الكذب في الإثبات الجنائي، لا سيما وأن تعرض المتهم لاختبار الجهاز يعتمد على مطلق حريته وموافقته، من دون أن يجبر من جانب أجهزة البحث الجنائي، التي لها أن تستخلص، في حالة عدم موافقة المتهم على الخضوع لتجارب هذا الجهاز، ما تشاء من القرائن لأنها في جميع الأحوال تصبح مجرد قرائن بسيطة لا ترقى إلى درجة الدليل.

وهكذا، فإن العدالة تتطلب من القاضي أن يعتبر هذه الاعترافات قرائن عادية، لأن الشخص المستجوب، قد يضطرب، وقد يحتاج بدافع الخوف. لذلك يجب أن تكون هذه النتائج منطلقاً للتحقيق، بغية حسن توجيهه، باعتبارها لمحة من شعاع ينير الطريق أمام المحقق والقاضي، لا أن تعتبر نهاية له. وباعتبارها قرائن بسيطة، فلا يجوز أن يبنى عليها وحدها أي حكم قضائي، فهي مجرد عنصر من عناصر الإثبات الجنائي، أي لا ترقى لمرتبة الأدلة الإثباتية القاطعة، وهذا الرأي استقرت عليه المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية⁽⁶⁷⁾.

وعلى الرغم من أن المشرع المصري والسوري والإماراتي لم يتطرق بصورة مباشرة لجهاز فحص الكذب، إلا أنه نص على تحريم اللجوء إلى وسائل التعذيب والإكراه سواء كانت تقليدية أو حديثة للحصول على الاعتراف، إلا أننا نرى بإمكانية استعماله في القضايا الجنائية، بشرط أن يكون القائم على استعماله متمرساً به، وألا تكون النتائج التي يتوصل إليها، معتبرة أدلة بذاتها، بل يجب أن ينظر إليها كأمارات تحتاج إلى تمحيص، ودعم من أدلة أخرى⁽⁶⁸⁾. بمعنى آخر، ليس هناك ما يمنع من استخدام هذا الجهاز في مرحلة جمع الاستدلالات، للاسترشاد بها للوصول إلى الحقيقة، وليس لاعتباره دليلاً من أدلة الإثبات.

(2) استخدام التنويم المغناطيسي: هو علم يقوم على استخدام مجموعة من الظواهر، لإحداث نعاس غير حقيقي لدى الخاضع له. وتتم هذه الطريقة باستجواب المتهم، وهو في حالة غياب روحي، أو هو نوع من النوم لبعض ملكات العقل الظاهر الذي يمكن إحداثه صناعياً عن طريق الإيحاء بفكرة النوم. ومن يخضع للتنويم المغناطيسي لا يستطيع التحكم بمشاعره، فتطفو حالات اللاشعور، دون صعوبة، ويأخذ بالرد على كل سؤال يطرح عليه، وبذلك يفرغ خفايا نفسه، دون تحفظ. ومرد ذلك يعود إلى انعدام إرادة المنوم مغناطيسياً، بحيث

⁶⁷ د. حسنين المحمدي بوادي: مرجع سابق، ص 171.

⁶⁸ ونرى منطقياً أن يستعمل الرادار من أجل أن يكشف سرعة السيارات، وأخذ صور فوتوغرافية للسانقين المسرعين، لإثبات هوياتهم.

الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التدليلية

يخضع للمنوم لتصبح منطقة اللاشعور عنده تحت سيطرة المنوم، فيصبح عقل المتهم تحت سيطرة أجنبية، وتتدخل وظيفته القائمة على حرية الاختيار⁽⁶⁹⁾.

ويرى الفقهاء أنه لا يجوز اللجوء لهذه الوسيلة في المجال الجنائي، سواء وافق المتهم أم لم يوافق، لأن من شأنها تعطيل إرادة الشخص، وتدخله في حالة نوم غير طبيعية، التي من شأنها حجب الذات الشعورية للمنوم، بينما تبقى الذات اللاشعورية تحت سيطرة القائم بالتنويم⁽⁷⁰⁾، مما يزيد من قدرة الشخص على الإيحاء، وبالتالي فإن ذلك يؤدي إلى ترديد المتهم لأقوال أو قصص بعيدة عن الواقع، حيث يخلط بين الحقيقة والخيال. لذلك فإن استجواب المتهم تحت تأثير التنويم المغناطيسي فيه قهراً لإرادة المتهم، وسلباً لحقه في الدفاع عن نفسه. ولذلك هناك عدة قوانين نصت صراحة على حظر استخدام هذه الطريقة عند استجواب المتهم، بسبب خضوعه لإكراه معنوي، كالمادة 213 من قانون العقوبات الإيطالي، والمادة 136 من قانون الإجراءات الجزائية الألماني، سواء أكان ذلك بموافقة المتهم أو عدم موافقته.

وبخصوص الاعترافات الصادرة تحت تأثير التنويم المغناطيسي، فإنها، من وجهة نظرنا، موضع شك كبير، كون الذي يدلي بها، يغط في حالة غيبوبة، لا مكان للوعي فيها. ولذلك، لا يمكن القول بأنها اعترافات سليمة، كونها صادرة عن غياب تام لوعي وإدراك المقر، وبالتالي فهي غير مقبولة، وقد رفض هذا الأسلوب من قبل القضاء في فرنسا وسويسرا، لأنها لا تتفق مع روح القانون، كما أن النتائج التي تحققها لا يطمأن إليها⁽⁷¹⁾. ونعتقد أن الفقهاء المؤيدين لاستخدام هذه الوسيلة والذين نادوا بوجوب تلافي عيوب هذه الأجهزة المستخدمة⁽⁷²⁾، قد فاتهم أن مجرد استخدامها يعتبر وسيلة لقهر الإرادة أو تعطيلها، وتعدياً على الحريات، وبالتالي فإن هذه الأجهزة لا تحتاج إلى تلافي عيوبها، بل تحتاج إلى إلغائها واستبعادها من نطاق القضايا الجنائية.

⁶⁹ د. مصطفى غالب: التنويم المغناطيسي، مكتبة الهلالي، بيروت، 1978، ص 41.

⁷⁰ محمود عبد العزيز محمد: الاعتراف، الدليل والتدليل - فقهاً وقضاً، مرجع سابق، ص 87.

⁷¹ د. حسين محمد علي: الجريمة والبحث العلمي، القاهرة، 1966، ص 264.

⁷² د. محمد حسن جمعة: الأساليب العلمية الحديثة في مكافحة الجريمة، مجلة الفكر الشرطي، شرطة الشارقة، المجلد الأول، العدد الأول، 1992، ص 200.

(3) الاستجابات تحت تأثير التخدير: وتتم هذه الطريقة من خلال حقن المتهم بمادة مخدرة من شأنها التأثير على مراكز معينة في المخ والمتعلقة بالاسترجاع، وتؤدي إلى الاسترخاء الشديد، ويجعله في مرحلة وسطى ما بين النوم واليقظة، قادراً على سماع ما يوجه إليه من أسئلة، وقادراً على الرد، مع انعدام كامل للإرادة والاختيار⁽⁷³⁾. ولثبوت الإكراه المادي والمعنوي الذي يتعرض له المتهم عند استجوابه باستخدام ما يسمى "مصل الحقيقة"، فلا يجب التعويل على أي إقرار يصدر عن المتهم الخاضع لهذه الطريقة. فالاعتراف الصادر بتأثير المخدر، لا يمكن أن يكون إقراراً عن الحقيقة، لأنه انبعث من اللاشعور، وإن كل اعتراف، لا يصدر بصورة حرة واعية، ليست له قيمة قانونية. فلا يعقل أن يكون الإنسان حقل تجارب، كما أن الاستجابات بهذه الطريقة يفقد معناه كإجراء من إجراءات الدفاع، بل يصبح إجراءً لإثبات التهمة وأداة من أدوات الاتهام.

(4) استخدام الطريقة الجراحية: وتتمثل بإجراء عملية جراحية بسيطة في دماغ الشخص، تحفظ له ذاكرته سليمة، وإدراكه كاملاً، ولكنها تضعف إرادته كثيراً، ومن ثم يعترف بكل خفايا نفسه. ولهذه الطريقة خصوم كثير، إذ يرون بأن التحكم في سلوك الفرد أمر غير مشروع، ويذهبون إلى أن انتشار هذه الجراحة، سيكون على حساب الكرامة الإنسانية، وأشبه ما تكون بكسر الأبواب للدخول إلى البيوت، وإنها اغتصاب لضمير البشر، لذلك فإنها غير أخلاقية، ولا تختلف عن التعذيب في شيء⁽⁷⁴⁾.

إن الاعترافات الصادرة كنتيجة للجراحة الطبية، نعتقد أنها تختلف من حيث الأسلوب القانوني عن الطرق النفسية، بحسبان أن المتهم يدلي باعترافاته، في أعقاب العملية الجراحية، أي في وقت يكون فيه متمتعاً بوعيه، والتي يعتقد أنها تخلصه من بؤرة الشر، وهي في ذلك على خلاف الاعترافات التي يدلي بها المخدر، وهو في حالة غيبوبة. وما نحسب أن فيها ما يجرح أو يكسر ضمير المتهم، بل على العكس من ذلك فإنها جراحة طبية، هدفها الأول شفاء المريض من مرضه، وإذا تماثل للشفاء واعترف بجريمة سابقة ارتكبتها، وهو

⁷³ د. عبد الوهاب حومد: مرجع سابق، ص 561.

⁷⁴ كتب الفقيه Jean Rolin معلقاً على الطرق المذكورة أعلاه: "بأن العدالة ليست طريقة علمية، ولكنها مباراة وجدان ... وإن للعدالة البشرية حدوداً، إن تخطتها نفذت إلى الضمائر، وهذا حق يختص به الله وحده، ولا يجوز لبشر أن يسيطر على بشر". مشار إليه في كتاب الدكتور عبد الوهاب حومد، مرجع سابق، ص 565.

الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التدليلية

بكامل وعيه، فإنه اعترافه يكون مقبولاً. غير أن اللجوء لمثل هذه العمليات يجب أن يكون بقرار معلل من المحكمة، أو بناء على رضا المتهم أو ولي أمره، شأنها في ذلك شأن أية عملية جراحية⁽⁷⁵⁾.

المطلب الثاني: الشروط المتعلقة بالاعتراف ذاته:

وتتمثل هذه الشروط في أن يقع الاعتراف أمام مجلس القضاء، وأن يكون واضحاً وصريحاً، وأن يكون مطابقاً للحقيقة والواقع، وأن يكون وليد إجراءات صحيحة.

الفرع الأول: أن يقع الاعتراف أمام مجلس القضاء:

يجب أن يكون إقرار المتهم على نفسه صادراً في مجلس القضاء، أي أمام قضاء الحكم، وهذا الاعتراف هو وحده الذي يمنح المحكمة الرخصة في الاكتفاء باعتراف المتهم، والحكم عليه بغير سماع الشهود، تطبيقاً للمبادئ العامة في التحقيق النهائي التي تنص على أنه لا يجوز للقاضي أن يبني حكمه على أي دليل لم يطرح أمامه في الجلسة، وهو المعنى الذي يسلم به الفقه في تحديد الاعتراف الذي يرتب الإعفاء من العقوبة في الجرائم التي يقرر القانون إعفاء المتهم من عقوبتها إذا اعترف بها، كاعتراف الراشي في جريمة الرشوة.

ولذلك لا يعد اعترافاً إقرار المتهم على نفسه بارتكاب الجريمة أمام غير قضاء الحكم، سواء أمام شاهد، أو في محضر شرطة، أو أمام جهة إدارية، أو أمام سلطات التحقيق. غير أنه يمكن اعتباره اعترافاً إذا أصر عليه المتهم أمام قضاء الحكم، أما إذا أنكره فلا يجوز عده اعترافاً، ولا يجوز الاكتفاء به لبناء الحكم عليه إلا بصفته مضموناً لشهادة، أو لمحضر تحقيق، وبشرط أن يكون الدليل بهذا المعنى قد طرح أمام القاضي في الجلسة، ودارت بشأنه المناقشة، ولا يكون الحكم في هذه الحالة مبنياً على الاعتراف.

⁷⁵ وفي نفس السياق نجد تقرير لجنة حقوق الإنسان بالأمم المتحدة، يؤكد ضمن مبادئه بشكل غير مباشر على حق المتهم في الامتناع عن التصريح وذلك وفقاً لنصه على أنه: "لا يجوز أن يخضع أي شخص مقبوض عليه، أو محبوس لإكراه مادي، أو معنوي، أو لغش، أو حيل خداعية، أو لإجاء أو استجواب مطول، أو لتتويم مغناطيسي، كما لا يجوز أن يعطى محاليل مخدرة، أو أيا من المواد الأخرى التي من طبيعتها أن تشل أو تخل بحريته في التصرف أو تؤثر في ذاكرته أو تميزه". الإعلان الذي صدر عن لجنة حقوق الإنسان بالأمم المتحدة في 1962-01-05 م [/ar/un.org/resolutions/64/gy](http://ar.un.org/resolutions/64/gy)

الفرع الثاني: أن يكون الاعتراف واضحاً وصريحاً:

يجب أن يكون إقرار المتهم على نفسه واضحاً وصريحاً، لا لبس فيه ولا غموض، ولا يحتمل التأويل في ارتكابه للجريمة المنسوبة إليه، وبالتالي لا يجوز استنتاج الاعتراف ولو من مقدمات تنتج في العقل والمنطق، كهروب المتهم بعد الواقعة، أو تغيبه عن الحضور، أو إقراره بأنه تواصل مع المجني عليه وتصاله معه على مبلغ مادي معين، أو إقرار المتهم أنه تشاجر مع المجني عليه وهدده بالقتل قبل وقوع الجريمة، أو تسليمه بأنه كان ساعة الحادثة في عين المكان، أو أن بينه وبين المجني عليه ضغينة لا تزول. وذلك لأن الاعتراف المعتبر في المسائل الجنائية، والذي يؤخذ به المتهم، يجب أن يكون نصاً في ارتكاب الجريمة⁽⁷⁶⁾، وأن يكون من الصراحة والوضوح بحيث لا يحتمل أي تأويل، أما سوق الأدلة على نفق متفرقة من أقوال للمتهم قيلت في عدة مناسبات ولعل مختلفة، وجمعها على أنها اعتراف بالتهمة، فلا يعد اعترافاً، إذا كانت حقيقته تحميلاً لألفاظ المتهم بما لا يقصده منها⁽⁷⁷⁾. أما الاعتراف الضمني فلا يعد اعترافاً بالمعنى القانوني، وإنما ينظر إليه على أنه مجرد قرينة من القرائن⁽⁷⁸⁾.

والسؤال الذي يطرح نفسه يتمثل في معرفة فيما إذا كان صمت المتهم يعتبر اعترافاً أم لا؟ للإجابة على ذلك، لا من التمييز بين نوعين من الصمت: الصمت الطبيعي والصمت المتعمد.

1) الصمت الطبيعي: ويتجسد ذلك في حالة كون المتهم أصماً أو أكمماً، فإذا كان ملماً بالقراءة والكتابة، يجوز كتابة السؤال له وأن يجيب عليه كتابة أيضاً، أما إذا كان أمياً، فلا بد من الاستعانة بمترجم متخصص بمعرفة لغة الصم والبكم⁽⁷⁹⁾. وإذا كانت كتابة أو إشارة الأصم أو الأكمم، في هذه الحالة، واضحة الدلالة على ارتكاب الجريمة، فيعد ذلك اعترافاً بالمعنى القانوني، ويصبح بالتالي دليل من أدلة الإثبات.

⁷⁶ نقض مصري تاريخ 1963/3/18، مج أحكام النقض، س 19، ق 61، ص 231.

⁷⁷ لقد قضت محكمة النقض السورية بأن الاعتراف المعتبر في المواد الجنائية والذي يؤخذ به المتهم يجب أن يكون نصاً في اقتراح الجريمة وأن يكون من الصراحة والوضوح بحيث لا يحتمل تأويل. فإن رضاء المطعون ضدها في اقتراح الجريمة بتفتيش منزل الزوجية وقلوبها أنها مسؤولة عن نتيجة التحليل ومستعدة للتنازل عن المضبوطات لا يتحقق به معنى الاعتراف ما دامت لم تقر على نفسها بصور الواقعة الإجرامية عنها". نقض سوري، طعن رقم 5196 لسنة 57 ق، جلسة تاريخ 1988/2/10.

⁷⁸ د. عبد الوهاب حومد: مرجع سابق، ص 569.

⁷⁹ د. قدري عبد الفتاح الشهاوي: حجية الاعتراف كدليل إدانة في التشريع المصري والمقارن، مرجع سابق، ص 58.

الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التدلالية

(2) **الصمت المتعمد:** قد يعتمد أحياناً المتهم الصمت، وذلك لأسباب عديدة، كأن يريد من وراء صمته حماية قريب أو شخص عزيز عليه، وهو مرتكب الجريمة، أو يلتزم سياسة الصمت لعدم وجود محام له، أو يفسر ذلك على أنه نوع من الاحتجاج الصامت بأنه بريء، أي أنه لا يطالب بإثبات براءته، وعلى ممثل النيابة العامة الذي يريد أن يثبت خلاف ذلك، أن يقدم الدليل على ذلك. إن معظم قوانين الإجراءات الجزائية المقارنة تؤكد على حق المتهم في الصمت⁽⁸⁰⁾، لأنها تعتبر هذا الصمت مظهراً من مظاهر الحرية في الدفاع عن النفس، وبالتالي لا يعد ذلك اعترافاً بالمعنى القانوني. فللمتهم الحق في الصمت⁽⁸¹⁾، ولا تستطيع سلطات التحقيق أو المحكمة أن ترغمه على الكلام، فله أن يصمت⁽⁸²⁾، وله أن يجيب على بعض الأسئلة دون بعضها الآخر، وله أن يؤجل كلامه إلى وقت آخر⁽⁸³⁾. ولا يصح أن يتخذ من امتناع المتهم عن الإجابة قرينة على ثبوت التهمة⁽⁸⁴⁾.

الفرع الثالث: أن يكون الاعتراف مطابقاً للحقيقة والواقع:

حتى يؤخذ بالاعتراف كعمل إجرائي ويعول عليه في إدانة المتهم يجب أن يكون أيضاً مطابقاً للواقع والحقيقة، تؤيده الشواهد والوقائع والملابسات، وليس كاذباً⁽⁸⁵⁾. وذلك حتى يتمكن القاضي من الوصول إلى الاقتناع الكامل، بأن المعترف مذنب.

⁸⁰ تنص الفقرة (ز) من النظام الأساسي لمحكمة الجنايات الدولية على أن من حقوق المتهم: "ألا يجبر على الشهادة ضد نفسه أو على الاعتراف بالذنب وأن يلزم الصمت، دون أن يدخل هذا الصمت في الاعتبار لدى تقرير الذنب أو البراءة". كما تنص الفقرة ب من المادة 126 من قانون الإجراءات الجزائية العراقي على أنه: "لا يجبر المتهم على الأسئلة التي توجه إليه".

⁸¹ د. حسام الدين محمد أحمد: حق المتهم في الصمت، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2006، ص 46 وما يليها.

⁸² وقد أقر المؤتمر الدولي السادس لقانون العقوبات الذي عقد في روما عام 1953 على أنه: "لا يجبر المتهم على الإجابة، وهو من باب أولى لا يكره عليها، فهو حر في اختيار الطريق الذي يسلكه و يراه محققاً لمصلحته".

⁸³ Charlotte GIRARD, Culpabilité et silence en droit comparé, Première partie chapitre I intitulé "La tradition inquisitoire contre le droit au silence", Coll. "Logiques juridiques", Paris, L'Harmattan, 1997, p. 27.

⁸⁴ نقض مصري، تاريخ 1960/6/17، مج أحكام النقض، س 11، ق 90، ص 467.

⁸⁵ من المؤكد أن أسوأ الاعترافات هي اعترافات ضعاف العقول، لأنها كثيراً ما ضللت العدالة، لذلك يجب توخي الحذر حيالها، بل إن أسوأ الاعترافات، هي التي يدلي بها لمحقق ضعيف الثقافة القانونية أو غير مؤمن بكرامة الإنسان، أو لمحقق خاضع لوطأة الرأي العام، الذي يلح في كشف الحقيقة، أو لمحقق مرهق من كثرة العمل، لأن في هذه الأحوال، يحاول أن يصل إلى شيء بكل الوسائل المشروعة وغير المشروعة. أنظر: د. عبد الوهاب حومد: مرجع سابق، ص 570.

الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التدليلية

وعادة، لا يكون الاعتراف مطابقاً للحقيقة والواقع ما لم يكن مفصلاً، فإذا لم يكن كذلك فلا يعد اعترافاً، أي دليلاً من أدلة الإثبات الجنائي، بل قرينة يحتاج إلى أدلة أخرى تعززه في الدعوى، حتى يمكن إدانة المتهم، وإذا لم يكن هناك من أدلة أخرى، فعلى المحكمة أن تقضي بالبراءة، لأن الاعتراف في هذه الحالة لا يرقى لمستوى دليل يستند إليه فقط في الإدانة⁽⁸⁶⁾. ولا يعد أيضاً الاعتراف مطابقاً للحقيقة إذا كان الاعتراف كاذباً، بسبب تعرض المتهم لشكل من أشكال الإكراه مثلاً، ويريد التخلص من ذلك، أو يريد المتهم من وراء اعترافه الكاذب حماية شخص عزيز لديه، كأن يعترف الابن كذباً لحماية أبيه من تهمة إحرار المخدرات. وقد يكون مرد الاعتراف الكاذب من باب التباهي والفخر. ويكون الاعتراف أيضاً غير مطابق للحقيقة ولو اعتقد المتهم بصحته، ويحدث ذلك، عندما يكون الاعتراف وهمياً، أو مرضياً⁽⁸⁷⁾. ويصدر عادة الاعتراف الوهمي على أثر صدمة عصبية تصيب الشخص نتيجة رعب شديد تدفعه إلى الإقرار على نفسه بشكل مغاير تماماً للحقيقة⁽⁸⁸⁾. لذلك يتوجب على المحكمة أن تكون محتاطة تماماً لهذا النوع من الاعتراف، وأن تكون على قدر كبير من الحذر، وأن تقوم بتمحيص الاعتراف على ضوء البواعث التي كانت خلف صدوره. وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "لا يصح تأنيب إنسان ولو بناءً على اعترافه بلسانه أو بكتابته متى كان ذلك مخالفاً للحقيقة والواقع"⁽⁸⁹⁾.

الفرع الرابع: أن يكون الاعتراف وليد إجراءات صحيحة:

من المستقر فقهاً وقضاً أن للقاضي الجزائي أن يكون عقيدته من أي عنصر من عناصر الدعوى، إلا إذا كان هذا العنصر مستمداً من إجراء باطل قانوناً. وتلك قاعدة أساسية من قواعد المحاكمات الجزائية، فمشروعية الدليل ضمانه للحريات العامة، ولا يقبل الاحتجاج بدليل غير مشروع حتى وإن كان يتفق مع الحقيقة، إذ ليس

⁸⁶ د. عوض محمد عوض: المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 692.

⁸⁷ د. عبد الحميد الشواربي: البطان الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2010، ص 257.

⁸⁸ يصدر الاعتراف المرضي عادة من شخص مصاب بمرض عقلي أو نفسي من شأنه أن يؤثر على وعيه وإدراكه، وبالتالي على مقدرة في استيعاب الوقائع التي تحصل في العالم الخارجي وتفسيرها بشكل لا ينسجم مع الواقع. فالمصاب بالذهان أو بالاكئاب يمر عادة بنوبات من الاتهام الذاتي فيعتبر نفسه مسؤولاً عن وفاة أبيه أو أخته أو غيرهما. ومنهم من يظن أنه ارتكب تزويراً لمجرد سقوط نقطة من الحبر على ورقة من الأوراق، وقد تعتقد الزوجة المريضة بأنها ارتكبت خيانة زوجية، لا لشيء سوى لأنها شعرت بالإعجاب برجل ما صادفته في حياتها عرضاً. إن مثل هؤلاء المرضى قد يعترفوا بارتكابهم مثل هذه الجرائم مطالبين أن يوقع عليهم العقاب، ولكن لا يعتد عادة بمثل هذه الاعترافات المرضية.

⁸⁹ نقض مصري، تاريخ 1988/7/24، مج أحكام محكمة النقض، س 19، ق 152، ص 758.

الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التدلالية

الهدف من المحاكمة الجزائية الوصول إلى الحقيقة بأية وسيلة، وإنما بالوسائل المشروعة بما أحاطها به المشرع من ضمانات مقصود بها في المقام الأول الحفاظ على الحريات الفردية من جهة، ونزاهة الدليل من جهة أخرى. وعلى هذا الأساس، لكي يتمتع بمصادقية وحجية في الإثبات الجنائي، من الضروري أن يستند الاعتراف في صدره لإجراءات مشروعة، ذلك أن الاعتراف الذي يتم الحصول عليه من خلال إجراءات باطلة يكون باطلاً، لا بل تستتبع بطلان جميع الإجراءات المترتبة عليه، تطبيقاً لقاعدة ما بني على باطل فهو باطل. فإذا تقرر مثلاً بطلان القبض أو التفتيش أو أي إجراء آخر، فإن البطلان ينصرف إلى جميع النتائج التي تترتب عليه مباشرة، بما فيها الاعتراف، ولكن يشترط لبطلان الاعتراف في هذه الأحوال توافر رابطة سببية بين الإجراء الباطل والاعتراف، ويستوي أن يكون الإجراء الباطل سابقاً أو معاصراً للاعتراف، أما إذا كان لاحقاً ومستقلاً، فإن الاعتراف يعد صحيحاً. ويستند هذا الموقف إلى المادة 336 من قانون الإجراءات الجنائية المصري التي تنص على أنه: "إذا تقرر بطلان أي إجراء فإنه يتناول جميع الآثار التي تترتب عليه مباشرة، ولزوم إعادته متى أمكن ذلك". وكذلك ما نصت عليه المادة 221 من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي التي تقضي بأن: "يكون الإجراء باطلاً إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء".

وللمتهم أن يدفع بأن الاعتراف المنسوب إليه باطلاً، لكونه وليد إكراه مثلاً، فيجب على محكمة الموضوع مناقشة هذا الدفع والرد عليه، قبولاً أو رفضاً، بأسباب سائغة، إذا ما عولت عليه في حكمها بالإدانة، وإذا لم تفعل كان حكمها قاصراً عن البيان متعيناً نقضه، لأن ذلك من الدفوع الجوهرية⁽⁹⁰⁾، لإخلاله بحق الدفاع⁽⁹¹⁾. وليكون الدفع كذلك، يجب أن يصر عليه المتهم أو المدافع عنه، وأن يكون جدياً ومؤثراً في الدعوى، وأن يشهد له الواقع ويسانده⁽⁹²⁾. ولا بد من الإشارة إلى أنه لا يجوز الدفع ببطلان الاعتراف لأول مرة أمام المحكمة

⁹⁰ نقض أبو ظبي، جلسة 2017/4/30 (جزائي، طعن رقم 290 لسنة 2017، س 11 ق.أ، مجموعة الأحكام، ج 1، ص 448، رقم 116.

⁹¹ نقض أبوظبي، جلسة 2017/5/1، (جزائي، طعن رقم 263، لسنة 2017، س 11 ق.أ، مجموعة الأحكام، ج 1، ص 459، رقم 119. تمييز دبي، 1998/12/19، الطعون ذوات الأرقام 112 و 113 و 116، لسنة 1998، مجموعة الأحكام، العدد 9، (2000)، ص 1186، رقم 36.

⁹² "وقوع عبء إثبات الدفع بصور الاعتراف تحت تأثير الإكراه على من يدعيه لوروده على خلاف الأصل إذ أن الأصل في الإجراء الصحة". اتحادية عليا، طعن رقم 338 لسنة 2016، تاريخ 2016/12/27، ف 2، ص 341.

الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التدللية

الاتحادية العليا (أو محكمة النقض)، لأن الدفع ببطلانه من الدفوع الموضوعية المختلطة بالواقع والقانون، والتي تقتضي تحقيقاً تتولاه محكمة الموضوع، وتتحرر عنه وظيفة المحكمة العليا⁽⁹³⁾.

ولكن لا يترتب البطلان على الإجراءات السابقة أو اللاحقة لهذا الإجراء الباطل، طالما لم تترتب عليه ولو اتصلت به اتصالاً مباشراً أو غير مرتبطة به. وذلك تطبيقاً لما نصت عليه المادة 228 من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي: "لا يترتب على بطلان الإجراء بطلان الإجراءات السابقة عليه والإجراءات اللاحقة إذا لم تكن مبنية عليه". وهكذا، إذا بطلت تلك الإجراءات بطل بالتبعية الاعتراف الذي يسفر عنها ويهدر ولا يعول عليه. أما إذا كان الاعتراف مستقلاً عن الإجراء الباطل، فإنه يصح للمحكمة التعويل عليه في الحكم الصادر بالإدانة، على الرغم من بطلان إجراءات الحصول عليه⁽⁹⁴⁾. وهذا ما سنراه في إطار المبحث التالي.

ولضمان سلامة الاعتراف تنص التشريعات الجزائية على بعض الضمانات، وإن كانت هذه الضمانات ليست مقررّة للاعتراف وحده، وإنما تشمل جميع الأدلة الجنائية الأخرى، ومنها حق المتهم في الاطلاع على أوراق الدعوى، وحقه في الاستعانة بمحام⁽⁹⁵⁾. ولو أن هذا الحق الأخير لا يمكن تفعيله إلا في مرحلتي التحقيق الابتدائي والنهائي، ولا يشمل مرحلة جمع الاستدلالات.

المبحث الثالث: وزن الاعتراف وأثره في الإثبات الجنائي:

ذكرنا قبلاً، أنه كان ينظر إلى الاعتراف في ظل نظام الأدلة القانونية على أنه سيد الأدلة، يتمتع بحجية مطلقة من شأنها تقييد القاضي، أما في ظل نظام الاقتناع الشخصي، واستناداً لمبدأ حرية القاضي الجزائي في تكوين عقيدته، فقد أصبح للقاضي هامشاً كبيراً من الحرية في تقدير حجية الاعتراف⁽⁹⁶⁾.

⁹³ نقض مصري، تاريخ 1955/10/20، قرار رقم 1555، مجموعة أحكام النقض، س 14، ص 550.

⁹⁴ Jean PRADEL: Procédure pénale, 15ème éd., Cujas, 2010, n° 415 et s., p. 371 et s.

⁹⁵ د. أحمد فتحي سرور: القانون الجنائي الدستوري، ط2، دار الشروق، القاهرة، 2004، ص 496.

⁹⁶ د. سعيد عبد اللطيف حسين: الحكم الجنائي الصادر بالإدانة، دار النهضة العربية، 1989، ص 567.

الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التدليلية

المطلب الأول: سلطة المحكمة في تقدير الاعتراف ومدى حجيتة في الإثبات

سننتظر بداية إلى التعرف على مدى سلطة المحكمة في وزن الاعتراف، ومن ثم نتعرف على مدى حجية الاعتراف في الإثبات الجنائي.

الفرع الأول: سلطة المحكمة في تقدير الاعتراف:

إن حرية القاضي الجزائي في وزن الاعتراف يقوم على مبدأ الاقتناع الذاتي، كمبدأ بعيد عن هيمنة القانون وأية سلطة خارجية، ولا يمكن توكنه بناءً على أسباب قانونية، بل هو موكول إلى ضمير القاضي ووجدانه، لكن ضمن ضوابط معينة. وهذه السلطة التقديرية تتجسد من خلال من عدة مظاهر.

أولاً: السلطة التقديرية للمحكمة (مبدأ الاقتناع الذاتي): إذا اعترف المتهم وأقر على نفسه بارتكاب الجريمة المنسوبة إليه، فهل يجب أن تنتهي المحاكمة، ويقال أن قناعة المحكمة قد تكونت؟

في ظل نظام الإثبات القانوني أو المقيد كان الاعتراف يتموضع على رأس أدلة الإثبات، وكان يعتبر سيدها، مما يترتب على ذلك أن القاضي يحكم بإدانة المقر، ولو تبين له أن الإقرار الصادر أمامه غير صادق وغير مطابق للحقيقة والواقع، ذلك أن هذا النظام لا يسمح للقاضي باختيار الدليل الذي يراه صالحاً للوصول إلى الحقيقة، ولا بتحكيم قناعته الشخصية، بحيث إذا توافرت شروط صحة الدليل الذي حدده المشرع، يصبح لزاماً على القاضي الحكم بالإدانة، ولو لم يقتنع به⁽⁹⁷⁾.

أما في ظل نظام الإثبات الحر، ترك هذا النظام للقاضي الجزائي، كمبدأ عام، حرية تقدير الأدلة المقدمة في الدعوى دون أن يقيد بأدلة معينة، كما ترك له حرية ترجيح دليل على آخر، بمعنى آخر، إن عملية الإثبات أصبحت خاضعة لقناعة القاضي، من أجل الوصول إلى الحقيقة، على ضوء ما يمليه عليه ضميره، وما يتفق مع العقل والمنطق القانوني السليم. والاعتراف في المسائل الجنائية مسألة موضوعية كغيره من أدلة

⁹⁷ Garraud: Traité théorique et pratique d'instruction., op. cit, p.213.

الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التدللية

الإثبات، خاضعة لتقدير القاضي الموضوع وحده، فله أن يأخذ به، وله أن يستبعد⁽⁹⁸⁾، ولا تجادل محكمة الموضوع في اطمئنانها⁽⁹⁹⁾.

وهذا النظام هو المتبنى في القوانين الجزائية المعاصرة، إذ اعتبرت الاعتراف بينة كغيره من البينات، متروك أمر تقديره للقاضي الجزائي، بشرط أن يكون المقر مدركاً بنتائج اعترافه، وأن يدلي به بصورة حرة، مستوفياً كافة شروطه الأخرى⁽¹⁰⁰⁾. وفي هذا السياق قضت المحكمة الاتحادية على أن: "سلطة محكمة الموضوع تامة في تقدير أدلة الإتهام في الدعوى ومنها الاعتراف... في الجرائم التعزيرية ولا رقيب عليها في ذلك طالما لم تعتمد على واقعة بلا سند وحسبها أن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمل قضائها"⁽¹⁰¹⁾.

ولهذا وجب ألا يكون للاعتراف في المسائل الجنائية، ما له من قيمة مطلقة في القضايا المدنية، فالإقرار المدني يلزم المقر، ولكن لا يلزمه بأكثر من المال، في حين أن الاعتراف الجنائي يعرض حياة المقر وحريته إلى خطر جسيم. ثم إن مصلحة المجتمع ليست في مساءلة أي كان، وإنما هي في إمطة اللثام عن الحقيقة والوصول إلى الفاعل الحقيقي. وهذا الاتجاه قد أقره المشرع الإماراتي (م 165) والمشرع المصري (م 2/271)، الذي يفيد بسؤال المتهم عما إذا كان معترفاً بارتكاب الفعل المسند إليه، فإن اعترف جاز للمحكمة الاكتفاء باعترافه والحكم عليه بغير سماع الشهود وإلا فتسمع شهادة الشهود⁽¹⁰²⁾. ومقتضى ذلك أن القاضي، إذا ما اطمأن إلى الاعتراف بالصورة المشار إليها، أن يكفي به في إدانة المتهم، دون الالتفات إلى باقي الأدلة الأخرى في الدعوى⁽¹⁰³⁾، وفي هذه الحالة يعد سيد الأدلة. والإجازة القانونية هنا تحمل معنى التقرير للمحكمة أن تقدر وفقاً لما تراه وتعتقه من باقي عناصر الدعوى مدى صدق الاعتراف ومطابقته للحقيقة والواقع، فإذا ما كان لها ذلك، تستطيع أن تأخذ به وحده، كدليل إثبات في إدانة المتهم، وإذا كان العكس تلتفت عنه وتسمع

⁹⁸ نقض سوري، قرار رقم 1032، تاريخ 1982/11/9، المجموعة الجزائية، ق 3827.

⁹⁹ نقض سوري، قرار رقم 1131، تاريخ 1982/11/27، المجموعة الجزائية، ق 3827.

¹⁰⁰ اتحادية عليا، طعن رقم 67 و 492 لسنة 2014 تاريخ 2016/1/11، مج الأحكام، ف2، ص 34.

¹⁰¹ اتحادية عليا، طعن رقم 443 لسنة 2016، تاريخ 2016/11/28، ف 1، ص 304.

¹⁰² غير أنه إذا كانت الجريمة معاقباً بالإعدام، فإن المادة 165 من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي تنص على وجوب استكمال التحقيق على الرغم من اعتراف المتهم، وبالتالي على المحكمة أن تسمع الشهود. أنظر: اتحادية عليا، طعن رقم 570 لسنة 2016، تاريخ 2016/12/19، مج الأحكام

2016، ف5، ص 331. تمييز دبي تاريخ 1999/2/7، رقم 98 و 101 لسنة 1998، مج أحكام المحكمة، س 10، 2000، ص 1149، رقم 6.

¹⁰³ نقض مصري، تاريخ 1979/12/30، طعن رقم 1283، س 49 ق، 630.

الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التدليلية

شهادة الشهود. وإذا أدانت المحكمة المتهم مستندة إلى أدلة إثبات أخرى، كشهادة الشهود، فلا يجدي النعي على حكمها بالقصور، طالما لم تعتمد الاعتراف وحده في القضاء بالإدانة. وليس في القانون ما يحول بينها وبين الأخذ بما أدلى به المتهم أثناء التحقيق الأولي أو الابتدائي أو النهائي، دون التي أدلى بها أمامها⁽¹⁰⁴⁾. ولكي تأخذ المحكمة باعتراف المتهم وتستند عليه كدليل إدانة، يجب عليها طرحه على بساط البحث والنقاش، والتأكد من مدى صحته ومطابقته للحقيقة والواقع.

وعلى غرار ذلك نجد أن القانون الفرنسي لم يقرر أية حجية خاصة للاعتراف، فقد نصت المادة 428 إجراءات جنائية فرنسي على أن الاعتراف، مثله مثل بقية عناصر الإثبات الأخرى، يترك أمر تقديره للقاضي. ولكن الاعتراف لوحده غير كاف للاقتناع بالإدانة في فرنسا، وإنما يجب تأييده بأدلة أخرى، إذ ينظر إليه على أنه مجرد دليل قولي غير محسوس، ومن ثم لا يقطع بذاته بتوافر الإدانة، وقد يدعو مثل هذا الاعتراف حال صدوره للوهلة الأولى إلى التشكك في مدى صحته، وفي غالب الأحيان يلزم أن يتوافر دليل آخر، لكي يطمئن القاضي لصحة الاعتراف، أي أن يدعم هذا الاعتراف بدليل آخر يسانده، بحسبان أن الاعتراف غير المدعم بأدلة أخرى يكون تأثيره على المحكمة أقل من الاعتراف الذي تم تمحيصه، ودعم بأدلة أخرى تسانده وتؤيده، وهذا ما جرى عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية⁽¹⁰⁵⁾.

ثانياً: مظاهر السلطة التقديرية للمحكمة: تتجسد مظاهر السلطة التقديرية للمحكمة في وزن القوة التدليلية للاعتراف في عدة مسائل، ويمكن إجمالها وفق الآتي:

1) سلطة المحكمة في تجزئة الاعتراف: إن المبدأ المكرس في القضاء الجزائي هو مبدأ جواز تجزئة الاعتراف، إلا أن هذا المبدأ لا يخلو من استثناءات.

- مبدأ جواز تجزئة الاعتراف: تحدثنا قبلاً، أن الإقرار المدني لا يجوز تجزئته، وعلى القاضي المدني أن يلتزم بما أقر به المعترف، لأنه حجة عليه، ودليل قانوني لا يملك القاضي مناقشته أو تجزئته، ويصدر حكمه بمقتضاه، بينما تجزئة الاعتراف في القضايا الجزائية يعد مظهراً من مظاهر السلطة التقديرية للقاضي.

¹⁰⁴ نقض سوري، تاريخ 1976/1/23، قرار رقم 907، مج القواعد القانونية، رقم 12، ص 120.

¹⁰⁵ Cass. crim., 28 octobre 1981, Bull. crim. 1981, n° 224. – Cass. crim., 4 janvier 1985, Bull. crim. 1985, n° 11.

الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التدليلية

إن مبدأ عدم تجزئة الاعتراف لا يطبق في القضايا الجزائية، فللقاضي أن يأخذ من اعتراف المتهم ما يعتقد أنه صحيح، ويترك ما يشك في صحته، ويثبت التحقيق كذبه⁽¹⁰⁶⁾. وليس للمتهم أن يحتج على ذلك بأن اعترافه وحدة متماسكة. وهذا ما قرره، مثلاً، محكمة النقض السورية بقولها أن: "للمحكمة أن تأخذ من اعتراف المتهمين على أنفسهم ما تراه متفقاً مع قناعاتها التي تستخلصها من مجمل التحقيق، ولها أن تطرح من تلك الإفادات ما لا يتفق مع تلك القناعة، ولا يكون الطعن وارداً من أجل ذلك"⁽¹⁰⁷⁾، لأن إفادة المتهم، سواء أدلى به في مرحلة جمع الاستدلالات أو التحقيق الابتدائي أو النهائي، إنما تعتبر من الأدلة التي يجوز للمحكمة مناقشتها أو الأخذ بها أو طرحها⁽¹⁰⁸⁾، ولكن لا يجوز أن يفسر الاعتراف إلا بالمقدار المفهوم منه، وللمحكمة أن تجزئ الاعتراف وتأخذ منه ما تطمئن إلى صدقه⁽¹⁰⁹⁾. ولا تجادل محكمة الموضوع أمام المحكمة العليا في اطمئنانها⁽¹¹⁰⁾.

وفي مصر استقر الفقه والقضاء على أن للمحكمة الصلاحية الكاملة في تجزئة الاعتراف، ذلك أن محكمة الموضوع غير ملزمة، كقاعدة عامة، بأدلة معينة، فلها أن تعتمد في قضائها على ما تشاء وتستبعد ما لا تطمئن إلى صدقه. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن عدم تجزئة الاعتراف لا محل له في المواد الجنائية ومرد ذلك إلى اقتناع القاضي، فهو ملزم فقط بالأخذ بما تطمئن إليه نفسه وأن يعرض لما يراه مغايراً للحقيقة⁽¹¹¹⁾. ويجمع الفقه المصري على أنه وإن كان لمحكمة الموضوع أن تجزئ الاعتراف، فإن عليها في المقابل تحليل موقفها القاضي بالأخذ بجزء من الاعتراف دون الباقي⁽¹¹²⁾.

وفي ذات السياق، فإن القضاء الإماراتي درج على أن المحكمة ليست ملزمة في أخذها بإقرار المتهم وأن تلتزم نصه وظاهره، بل لها أن تجزئه وتأخذ منه ما تطمئن إليه، وتطرح مما لا تثق به، كما لو أخذت المحكمة باعتراف الزوج باعتدائه على زوجته، محدثاً بها إصابات موصوفة في التقرير الطبي، وتهمل قوله

¹⁰⁶ تمييز دبي، طعن رقم 54 لسنة 2006 جزء، جلسة 2006/3/21، مج الأحكام، العدد 17، ص 73.

¹⁰⁷ نقض سوري، تاريخ 1951/4/30، قرار رقم 237، مج القواعد القانونية، رقم 17.

¹⁰⁸ د. حسن صادق المرصفاوي: المرصفاوي في قانون الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص 1077.

¹⁰⁹ محكمة تمييز دبي - جلسة تاريخ 2003/6/21، مج الأحكام، جزء، ع (14) - س 2003، ق 41، ص 195.

¹¹⁰ نقض سوري، تاريخ 1982/11/27، قرار رقم 1131، المجموعة الجزائية، ق 3822.

¹¹¹ نقض مصري، تاريخ 5 أبريل 1979 مجموعة أحكام محكمة النقض، س 30، رقم 94، ص 443. نقض مصري، تاريخ 1975/5/8، رقم 155،

س 48، مج القواعد القانونية، س 29، ص 492.

¹¹² مأمون محمد سلامة، قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 416.

الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التدللية

بأنه قد مارس حقه الشرعي في تأديب زوجته ضمن الضوابط الشرعية، لكون ما وقع منه خارجاً عن حدود حقه المقرر بمقتضى الشريعة الإسلامية ومستوجباً العقاب⁽¹¹³⁾. وقد كان القضاء الفرنسي متجهاً في بداية الأمر نحو تبني قاعدة عدم إمكانية تجزئة الاعتراف، فقد كان لزاماً على القاضي الجنائي إما الأخذ به كما صدر، وإما استبعاده كلية، وسنده في ذلك قاعدة عدم جواز تجزئة الإقرار في القضايا المدنية، فكان الأولى الأخذ بها في المسائل الجزائية⁽¹¹⁴⁾. ولكن سرعان ما عدل القضاء الفرنسي عن هذا الاتجاه، وذهب نحو جواز تجزئة الاعتراف الجنائي تفهماً منه بأن مبدأ عدم تجزئة الاعتراف المطبق في المواد المدنية لا يؤخذ به في المواد الجنائية⁽¹¹⁵⁾. وهكذا سمحت محكمة النقض لقضاة الموضوع بتجزئة الاعتراف الجنائي، وتأكيداً لذلك أيدت حكماً لمحكمة الموضوع التي جزأت فيه أقوال متهم بجريمة إخفاء الجناة في منزله، وعدم التبليغ عنهم، والذي اعترف بالفعل المسند إليه، إلا أنه أضاف بأن عدم التبليغ عنهم يرجع إلى تهديد الجناة له بالقتل إذا أخبر الشرطة، فأخذت محكمة الموضوع باعترافه بجريمة إيواء الجناة، واستبعدت الجزء المتعلق بوقوع الإكراه عليه. والهدف من هذه النقلة النوعية في موقف القضاء الفرنسي هو توسيع حرية القاضي في تكوين قناعته، وألا تبقى سلطته محصورة في الأخذ بالاعتراف كله أو استبعاده بالمرة، وإنما أصبح بإمكانه أن يستمد الحقيقة من بعض أجزائه، فيأخذ بالجزء المطابق للحقيقة، ويرفض الجزء الذي لم يقتنع به⁽¹¹⁶⁾.

أما في القضاء الأنجلوساكسوني، فالقاعدة لديه هي عدم تجزئة الاعتراف سواء في المسائل المدنية أو الجنائية، لكونه حجة على المقر، إذ يجب الأخذ به كلية أو إطراره جانباً بأكمله، حتى ولو تضمن على بعض الوقائع للمتهم مصلحة فيها⁽¹¹⁷⁾.

¹¹³ تمييز دبي، طعن رقم 54 لسنة 2006، جلسة تاريخ 2006/3/21، مج الأحكام، العدد 17، 2006، ص 72.

¹¹⁴ Jean Larguier: Procédure pénale. La divisibilité de l'aveu, une différence avec le droit civil ou l'aveu est indivisible comme il est en droit pénal. 19^e édition, P. 263.

¹¹⁵ نقض فرنسي، 1897/5/15 مج الجنائية 1897 رقم 167، ص 262، نقض فرنسي 1930/4/10، مج الجنائية 1930 رقم 114 س 231 - راجع فستان هيلي ح 4 بند 1938 ص 591.

¹¹⁶ Cass. crim., 27 avril 1968, Bull. crim. 1968, n° 127. Cass. crim., 10 mai 1988, Bull. crim. 1988, n° 204.

¹¹⁷ د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي: حجية الاعتراف كدليل إدانة في التشريع المصري والمقارن، مرجع سابق، ص 109.

الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التدليلية

- الاستثناء: عدم جواز تجزئة الاعتراف: يرى الفقه والقضاء أن سلطة القاضي في تجزئة الاعتراف ليست مطلقة، وذلك إذا كان هذا الاعتراف ينفي بكليته المسؤولية الجزائية عن الماعترف، كمن يقر بارتكاب جريمة قتل وهو في حالة الدفاع عن النفس، فإن ذلك لا يعد أصلاً اعترافاً، ولا تجوز فيه التجزئة، وللمحكمة تقدير هذه الأقوال، والأخذ بالجزء الذي تطمئن إليه، دون أن تعتبره اعترافاً، بحسبان أن إرادة الماعترف لم تنصرف الى التسليم بارتكاب الجريمة. وبالتالي يجب ان تأخذ أقوال المتهم في هذا الصدد على أنها كل لا يقبل التجزئة⁽¹¹⁸⁾). ويكون أيضاً الاعتراف غير قابل للتجزئة إذا انصب على مسائل لا تثبت إلا بالطرق المقررة في المسائل المدنية، فيتعين، في هذه الحالة، الأخذ بقاعدة عدم التجزئة، إذ يكون الإقرار هو الدليل الوحيد في الدعوى، مثال ذلك اثبات عقد الأمانة فيما يتعلق بدعوى خيانة الأمانة، فإذا اعترف المتهم بوجود العقد وبأنه رد المال محل العقد الى مالكه، فانه لا يجوز تجزئة هذا الاعتراف، كأن تأخذ المحكمة باعتراف المتهم على وجود العقد، وطرح اعترافه برد المال محل العقد، وإنما يجب الأخذ به كله أو طرحه كله. فما دام أن قاعدة جواز تجزئة الاعتراف تنحصر حيث يتوقف الفصل في الدعوى الجزائية على الفصل في مسألة مدنية، إذ يجب أن تطبق قواعد الاثبات المدنية، ومنها قاعدة عدم جواز تجزئة الاقرار⁽¹¹⁹⁾.

كما لا يجوز للمحكمة تجزئة الاعتراف في حال اكتفت به وحكمت في الدعوى من دون إجراء تحقيقات أخرى، طالما قدرت أنها لا تحتاج إلى دليل آخر لإدانة المتهم وأن الاعتراف صحيح. أما إذا كان الاعتراف ناقصاً، أي واردة على بعض وقائع الجريمة دون الأخرى، فلا يجوز للمحكمة أن تقوم بتجزئته في هذه الحالة، ونكتفي ببعض أقوال المتهم دون بعضها الآخر، من دون إجراء التحقيقات اللازمة. وهذه الحالة المتعلقة بعدم جواز تجزئة الاعتراف ما هي إلا إعمال لأثره الإجرائي⁽¹²⁰⁾.

لكن لا بد لنا من التمييز بين الاعتراف الجنائي البسيط أو التام والاعتراف الجنائي الموصوف بشأن تطبيق مبدأ تجزئة الاعتراف. في حالة الاعتراف التام، أي الذي ينصب على الإقرار بالتهمة بدون قيد أو تحفظ. فإما أن يكون مطابقاً للحقيقة والواقع، وإما أن يكون مخالفاً لها، ففي هذه الحالة يجب على المحكمة أن

¹¹⁸ د. زكي ابو عامر: الإجراءات الجزائية، دار الكتاب الحديث، 1994، مصر، ص 112.

¹¹⁹ نقض مصري، تاريخ 1977/11/07، مج أحكام محكمة النقض، س 30، رقم 168، ص 792.

¹²⁰ د. فتية قوراري، غنام غنام: المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، الآفاق المشرقة ناشرون، 2011، ص 419. وعلى سبيل المثال، هذا الأثر الإجرائي منصوص عليه في المادة 165 إجراءات جزائية اتحادي.

الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التدليلية

تأخذ بالاعتراف كله أو تطرحه كله، فلا يجوز تجزئته. وقد يكون الاعتراف موصوفاً أو معدلاً، كأن يعترف الشخص بجريمة القتل، إلا أنه يتدّرع بأنه كان في حالة دفاع شرعي أو أنه كان في حالة سكر غير اختياري، أو أن هناك ضرورة ألجأته لارتكابها، أو غير ذلك من ملاسبات وظروف. في هذه الحالة يجوز للمحكمة تجزئة هذا الاعتراف، وأن تأخذ منه ما يكون عقيدتها، وأن تطرح ما عداه، مستهدية بمدى اقتناعها وصدق ما يطرح عليها من أدلة في الدعوى، كأن تأخذ بإقراره بارتكابه فعل القتل دون زيادة أو نقصان، فسيدان المتهم بجريمة القتل العمد، أما إذا أخذت بإقراره مقروناً بأسباب الإباحة أو بموانع المسؤولية الجزائية، بحسب تصريح المعترف، فستتم تبرئته أو إعفاؤه من العقاب.

وإذا ما عمد القاضي إلى تجزئة الاعتراف فيجب عليه أن يقيم التجزئة على أساس يتوافق مع العقل والمنطق، وإلا قامت التجزئة على غير أساس يجيزها.

وهكذا نستطيع القول بأن المحكمة ليست ملزمة في أخذها باعتراف المتهم أن تلتزم نصه وظاهره، بل لها أن تجزئ هذا الاعتراف وتأخذ منه ما تطمئن إلى صدقه وتطرح ما سواه، مما لا تثق به لكي تستنبط منه الحقيقة كما كشفت عنها، دون أن تكون ملزمة ببيان علة ذلك⁽¹²¹⁾.

2) سلطة المحكمة في تقدير أقوال متهم على متهم آخر (العطف الجرمي): إن الأقوال الصادرة من متهم على متهم آخر، ما هي إلا عنصر من عناصر الاستدلال، تملك المحكمة سلطة تقديره⁽¹²²⁾. وفي هذا السياق قضت محكمة النقض المصرية بأن: "وصف أقوال المتهم في الدعوى على آخر بأنها (اعتراف متهم على متهم آخر) تعبير خاطئ ولا تعتبر في نظر القانون اعترافاً، وإنما تعد من قبيل الاستدلالات التي يجوز أن تعزز بها ما لديها من أدلة"⁽¹²³⁾. ولكن ليس في القانون ما يمنع المحكمة من أن تأخذ في حق متهم بأقوال متهم آخر متى اطمأنت إليها، ولو لم يكن في الدعوى دليل إثبات غيرها، والقول بغير ذلك يشكل افتئاتاً على سلطة القاضي في تقدير الدليل وحرية في تكوين عقيدته من أي دليل يطرح أمامه⁽¹²⁴⁾. وفي قرار آخر لمحكمة النقض المصرية قضت فيه: "بأن حجية اعتراف متهم على آخر مسألة تقديرية بحثة متروكة لرأي قاضي

¹²¹ تمييز دبي، طعن رقم 54 لسنة 2006، جزء، جلسة 21 مارس 2006، مج الأحكام، المبادئ القانونية الصادرة في المواد الجزائية، العدد 17، المكتب الفني، 2006، ص 73.

¹²² تمييز دبي، جلسة 2003/10/18، مجموعة الأحكام، جزء، ع 14، س 3003، ق 54، ص 240.

¹²³ نقض مصري تاريخ 1967/6/26، مج أحكام النقض س8، رقم 176، ص 875.

¹²⁴ نقض مصري تاريخ 1954/3/11، مج أحكام النقض س5، رقم 224، ص 611.

الموضوع وحده، فله أن يأخذ متهماً باعتراف متهم آخر عليه متى اعتقد بصحة هذا الاعتراف واطمأن إليه⁽¹²⁵⁾.

وقد ذهب محكمة النقض السورية، في هذا الصدد، مذهبين متناقضين: فقد ذهب في المذهب الأول، إلى: "إن اعتراف المدعى عليه وعلى شريك آخر معه بالفعل، لا يعد من قبيل عطف الجرم، إنما هو من قبيل شهادة ظنين على آخر، تستطيع المحكمة بحسب قناعتها أن تستند إليها أو ترفضها"⁽¹²⁶⁾. أما المذهب الثاني، فقد تمثل في قرار لها بقضي بأن: "عطف جرم من متهم على آخر ليس بالدليل القاطع ولا بالبينة المثبتة للواقعة وإنما مجرد قول يحتاج إلى دليل على حجيته..."⁽¹²⁷⁾. وبقيت محكمة النقض تسيير على هذا الرأي في موضوع عطف الجرم من متهم على آخر.

وفي جميع الأحوال، يمكن اعتبار أقوال متهم على آخر مجرد قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، بحسبان أن الكثير من الأشخاص قد يكونون عرضة لاعتراقات تهدف إلى الانتقام أو التشهير بهم، ولهذا السبب يجب أن يكون لكل متهم محام خاص به، وذلك لتفادي تعارض مصلحة كل متهم مع متهم آخر، وإلا يكون هناك إخلال بحق الدفاع⁽¹²⁸⁾. ولكن يجوز للمحكمة أن تستند في إدانة متهم إلى أقوال متهم آخر بما لها من كامل الحرية في تكوين عقيدتها من كافة العناصر المطروحة أمامها مادام قد اطمأن وجدانها إلى هذه الأقوال⁽¹²⁹⁾. أما في الولايات المتحدة الأمريكية، فإن القضاء فيها قضى بأن اعتراف متهم على نفسه، وعلى آخر يعد دليلاً ضد المعترف وليس ضد المتهم الآخر، لأن القول بغير ذلك يهدر الحقوق الدستورية له⁽¹³⁰⁾.

¹²⁵ نقض مصري، الطعن رقم 1297 لسنة 20 ق، جلسة تاريخ 1951/1/29.

¹²⁶ نقض سوري، قرار رقم 2619، تاريخ 1966/10/10، مجموعة القواعد رقم 22.

¹²⁷ نقض سوري، قرار رقم 509 تاريخ 1967/6/4، مجموعة القواعد رقم 34.

¹²⁸ لقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "ما كان يبين من محاضر جلسات المحاكمة أن محامياً واحداً تولى الدفاع عن الطاعنين الثلاثة، كما يتضح من الحكم المطعون فيه أنه اعتمد في قضائه بإدانتهم على اعتراف الطاعن الثالث بارتكابه الحادث مع الطاعنين الأول والثاني اللذين التزما جانب الإنكار، مما مؤداه أن الحكم اعتبر الطاعن الثالث شاهد إثبات ضد الطاعنين الآخرين وهو ما يتحقق به التعارض بين مصالحهم ويستلزم فصل دفاع الطاعن الثالث عن الطاعنين الأول والثاني. لما كان كذلك، وكانت المحكمة قد سمحت لمحام واحد بالمرافعة عنهم جميعاً على الرغم من قيام هذا التعارض فإنها بذلك تكون قد أخلت بحق الدفاع، مما يعيب إجراءات المحاكمة ويوجب نقض الحكم المطعون فيه". نقض مصري، الطعن رقم 780 لسنة 46 ق، جلسة تاريخ 1929/2/14.

¹²⁹ تمييز دبي، جلسة 1994/1/29، مج الأحكام، جزء، ع 5، س 1994، ق 4، ص 1012، نقض مصري تاريخ 1964/1/27، رقم 1064، س 15.

¹³⁰ د. رمزي رياض رمزي: سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2004، ص 142.

الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التدللية

وبطبيعة الحال، إذا أقر المتهم الآخر بصحة الاعتراف الصادر ضده من المتهم الأول، يعد اعترافاً جديداً صادراً عن المتهم الآخر شخصياً.

وكما ذكرنا قبلاً، لا يجوز أيضاً اعتبار تسليم محامي المتهم بالتهمة المنسوبة إلى موكله اعترافاً، حتى ولو لم يعترض الأخير. وبالتالي، إذا أراد المتهم أن يلجأ إلى الإنكار كوسيلة من وسائل الدفاع عن نفسه، على الرغم من تسليم محاميه بالتهمة المنسوبة له، فيجوز له ذلك. كما له إن أراد الكذب على المحكمة، أو أن يذكر أمامها وقائع غير صحيحة فله ذلك. وإذا تبين للمحكمة كذب المتهم، فليس لها ملاحقته بجريمة قول الزور، لأن كذبه في هذه الحالة هو وسيلة من وسائل الدفاع عن النفس، ومن ثم فإن اعتراف المحامي على المتهم - وإن كان نوع من الاستراتيجية التي يلجأ إليها الدفاع بهدف تخفيف آثار التهمة عن موكله أو كسب تعاطف المحكمة - لا يعتبر اعترافاً¹³¹. ولا يعتبر أيضاً اعترافاً من المتهم بالواقعة الإجرامية صمته إزاء تسليم المحامي بالتهمة المسندة لموكله، على النحو الذي سنراه لاحقاً. أما إذا صرح المحامي بصحة مانسب إلى موكله، وسلم المتهم هو الآخر صراحة بتصريحات مدافعه، فإننا نكون أمام اعتراف جنائي.

ولا يجوز للمحكمة أن تستند إلى أقوال المحامي لإدانة المتهم، لأنها أقوال صدرت في معرض دفاعه عن المتهم، وبالتالي لا تعتبر دليلاً من الأدلة المعروضة في الدعوى، ولا ترقى إلى مرتبة الاعتراف كدليل إثبات، حتى وإن أخذت بهذه الأقوال ضمناً في تكوين قناعتها في إدانة المتهم. وبالبناء على ذلك، لا يجوز للمحكمة أن تسبب حكمها بناءً على إنكار المتهم واعتراف المحامي مكانه، انطلاقاً من أن الأصل في الاعتراف، أي إقرار الشخص على نفسه، لا يجوز أن يمتد إلى غيره¹³².

(3) سلطة المحكمة في الأخذ بالاعتراف المستمد من إجراء باطل: البطلان هو جزاء إجرائي يترتب كأثر لعدم توافر شروط صحة الاعتراف، وهذه الشروط تعتبر متساوية في أهميتها، فمخالفة أي منها بدون استثناء، من شأنه أن يربط البطلان، ومتى لحق البطلان الاعتراف زالت عنه قيمته القانونية، كدليل في الدعوى الجزائية.

¹³¹ لقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "إذا كانت محكمة الموضوع حين أدانت المتهم في جريمة تزوير ورقة- قد استندت فيما استندت إليه في الإقتناع بثبوت التهمة قبل المتهم، إلى اعتراف محاميه في دفاعه عنه بأن الصورة المصقفة ببتكرة تحقيق إثبات الشخصية المزورة هي للمتهم، وهو الأمر الذي ظل المتهم منكراً له أثناء التحقيق والمحاكمة فإن هذا الحكم يكون مشوباً بفساد الاستدلال مما يعيبه ويستوجب نقضه. إذ الأدلة في المواد الجنائية متماسكة بحيث إذا سقط أحدها انهار باقيها بسقوطها". نقض مصري، تاريخ 1951/2/13، مج أحكام النقض س2، رقم 241، ص 630.

¹³² د. علي محمود علي حمودة: النظرية العامة في تسبب الحكم الجنائي في مراحله المختلفة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1994، ص 478 وما يليها.

الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التدليلية

وهذا يتفق مع تعريف جمهور الفقهاء باعتبار كل ما ليس بصحيح فهو باطل، فالبطلان جزء يتعلق بالإجراءات فيجعلها باطلة، وقد تقرره المحكمة من تلقاء نفسها، وقد تقرره بناءً على تمسك صاحب المصلحة فيه⁽¹³³⁾. وبذلك يعتبر الاعتراف باطلاً إذا كانت الإجراءات السابقة عليه باطلة. وقد يرتب القانون بالإضافة إلى البطلان، جزاءات أخرى كالجزاء التأديبي والتعويض المدني، وقد يرتب أيضاً جزاءً جنائياً كما في حالة تعذيب المتهم لانتزاع اعترافه⁽¹³⁴⁾.

والمبدأ المكرس في القضاء الجنائي المقارن هو أن الاعتراف الباطل يجب استبعاده من نطاق اقتناع المحكمة بإدانة المتهم⁽¹³⁵⁾، فلا يجوز لها أن تسوقه ضمن الأدلة التي استندت إليها في حكمها⁽¹³⁶⁾. ولا يمكن القول بأن الحكم صحيح في هذه الحالة كونه اعتمد على أدلة أخرى تسنده، استناداً لمبدأ تعاضد الأدلة. والحقيقة أن مبدأ تساند أو تعاضد الأدلة الذي تتكون منه عقيدة المحكمة لا يحسن قرارها إذا كان من بينها اعتراف باطل، لأنه إذا استبعد أحد هذه الأدلة الباطلة يتعذر علينا الوقوف على مدى الأثر الذي كان لهذا الدليل الباطل في القرار الذي انتهت إليه المحكمة⁽¹³⁷⁾.

غير إن هذا المبدأ لا يطبق على إطلاقه، فهناك حالات تستطيع بموجبها المحكمة الأخذ بالاعتراف إذا كان مستقلاً عن الإجراء الباطل، ولم يكن مترتباً عليه، أو مرتبطاً به ارتباطاً مباشراً، أو كان لاحقاً عليه وغير متأثر به⁽¹³⁸⁾. بمعنى آخر، إذا لم يتم إثبات توافر علاقة السببية بين الإجراء الباطل والاعتراف بحيث يكون هذا الأخير ناشئاً عن الإجراء أو بسببه، فإن ذلك لا يفسد الاعتراف⁽¹³⁹⁾. فالقول، كقاعدة عامة، ببطلان اعتراف المتهم أمام سلطة التحقيق بذريعة بطلان القبض والتفتيش السابقين قول غير دقيق، ومرد ذلك أن

¹³³ د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص 505.

¹³⁴ د. عبد القادر محمد القيسي: تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف بين الجريمة والمسؤولية، مرجع سابق، ص 325 وما يليها. تنص المادة 242 من قانون العقوبات الاتحادي على عقوبة السجن المؤقت لكل موظف عام استعمل التعذيب أو القوة أو التهديد بنفسه أو بواسطة غيره مع متهم أو شاهد أو خبير لحمله على الاعتراف بجريمة أو على الإدلاء بأقوال أو معلومات في شأنها أو لكتمان أمر من الأمور.

¹³⁵ أما إذا كان الحكم بالبراءة فلا يشترط أن يكون مستنداً إلى دليل مشروع، وذلك لأن الأصل في الإنسان هو البراءة، إذ يكفي في هذا الصدد أن يتشكك القاضي في الدليل أو في صحة إسناد التهمة للمتهم لكي يقضي بالبراءة. أنظر: د. عبد القادر محمد القيسي: المرجع السابق، ص 315.

¹³⁶ Pierre BOUZAT: La loyauté dans la recherche des preuves, in Mélanges Huguene, Paris, Sirey, 1964, p. 155.

¹³⁷ تمييز دبي، 1998/12/19، طعن رقم 103 لسنة 1998 جزء، مج الأحكام، العدد 9 (2000)، س 1182، رقم 35، ص 1201.

¹³⁸ تمييز دبي، طعن رقم 54 لسنة 2006، جزء، جلسة 21 مارس 2006، مج الأحكام، المبادئ القانونية الصادرة في المواد الجزائية، العدد 17، المكتب الفني، 2006، ص 72.

¹³⁹ وتقرير توافر علاقة السببية من عدمه هو مسألة موضوعية تستقل محكمة الموضوع بتقديرها.

الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التدليلية

الاعتراف بصفة عامة يخضع لتقدير محكمة الموضوع، شأنه في ذلك شأن أدلة الإثبات الأخرى التي تطرح أمامها. فللمحكمة كامل السلطة في تقدير القيمة التدليلية للاعتراف الصادر عن المتهم على أثر تفتيش باطل، وتحديد مدى صلته بواقعة التفتيش، وما نتج عنها ومبلغ تأثيره بها، في حدود ما ينكشف لها من ظروف الدعوى وملابساتها، وأن تأخذ به في إدانة المتهم طالما تأكدت من الوقائع والأدلة المطروحة عليها أنه صدر مستقلاً عن التفتيش، واعتبرته دليلاً قائماً بذاته لا شأن له بالإجراءات الباطلة التي اتخذت في حقه من القبض عليه وتفتيشه⁽¹⁴⁰⁾. وفي هذا الخصوص، قضت المحكمة الاتحادية العليا أن: "بطلان القبض والتفتيش لا يحول دون أخذ القاضي بعناصر الإثبات الأخرى المستقلة عنه والمؤدية إلى النتيجة التي أسفر عنها التفتيش، ومنها الاعتراف اللاحق للمتهم بحيازته لذات المخدر الذي كشف عن وجوده لديه"⁽¹⁴¹⁾. يستنتج من ذلك أن اطلاق القول بعدم الاعتماد بالاعتراف إذا جاء لاحقاً لتفتيش باطل، وأنه لا يتمتع بقوة تدليلية إلا إذا كان لاحقاً لتفتيش صحيح، إنما يتضمن تقريراً خاطئاً لا يتفق وأحكام القانون⁽¹⁴²⁾. وعلى ذلك، إن بطلان التفتيش لا يحول دون أخذ المحكمة باعتراف المتهم اللاحق، على أساس أنه مستقل عن الإجراء الباطل. كما يجوز الاعتماد بالاعتراف وحده كدليل، ولو مع بطلان القبض والتفتيش⁽¹⁴³⁾. وهذا يؤكد نسبية البطلان⁽¹⁴⁴⁾.

ولم يكن موقف القضاء الفرنسي ببعيد عن موقف القضاء العربي، فهو الآخر أكد على أنه إذا ثبت للقاضي أن المتهم قد أدلى باعترافه بحرية تامة، غير متأثر بالإجراء الباطل، فيؤخذ به على الرغم من كون القبض والتفتيش باطلين، وذلك لأن هذا الاعتراف إنما هو دليل مستقل عن الإجراء الباطل⁽¹⁴⁵⁾. في حين أن القضاء الإنكلوساكسوني استقر على قبول الأدلة بما فيها الاعتراف وإن تم الحصول عليها بطريقة غير

¹⁴⁰ تمييز دبي، الطعن رقم 54 و 60 لسنة 2000 جزاء، مج الأحكام العدد 11 (2001)، ص 1257، رقم 25.

¹⁴¹ اتحادية عليا، 2001/9/8، شرعي جزائي، طعان رقم 197 و 222 لسنة 22 ق شرعي، مج الأحكام من الدائرة الشرعية الجزائية، لسنة 23 (2001)، العدد 2، ص 540، رقم 87. وفي ذات السياق قضت محكمة النقض المصرية: "أن بطلان التفتيش الذي أسفر عن وجود مخدر مع المتهم أو في منزله ليس من شأنه في ذاته أن يبطل حتماً الاعتراف الصادر منه ولا هو من مقتضاه ألا تأخذ المحكمة في إدانة المتهم بعناصر الإثبات الأخرى المستقلة عن التفتيش والتي ليس لها معه اتصال مباشر والتي تؤدي في الوقت نفسه إلى النتيجة التي أسفر عنها وهو ما لا يصح معه القول بكفاءة عامة ببطلان اعتراف المتهم أمام النيابة العامة استناداً إلى مجرد القول ببطلان القبض أو التفتيش السابقين عليه". نقض مصري، تاريخ 17 يناير 1966، مج أحكام النقض، س 17، ق 9، ص 5.

¹⁴² نقض مصري، تاريخ 1966/1/17، طعن رقم 1770، س 35، مج أحكام النقض، س 17، ص 50.

¹⁴³ نقض مصري، تاريخ 1973/12/16، طعن رقم 1016، س 43، مج أحكام النقض، س 24، ص 1233.

¹⁴⁴ د. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 540. أنظر المادة 228 إجراءات جزائية إماراتي، والمادة 336 إجراءات جنائية مصري.

¹⁴⁵ Crim. 22 Janvier 1953, JCP. 1953, 7456, comm. Brushu.

الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التدليلية

مشروعة. وفي الولايات المتحدة الأمريكية أكدت المحكمة العليا أن المقياس الوحيد لقبول الاعتراف يتمثل في وجوب كونه إرادياً، ولا يهم بعد ذلك البحث في كيفية الحصول عليه. فلا يمنع من قبول الاعتراف المستمد من إجراء غير صحيح طالما كانت هذه الاعترافات إرادية، أما إذا كانت غير إرادية فيجب استبعادها. وتتفرد المحكمة بتقدير الدليل الذي تقدمه سلطة الاتهام للثبوت من أن الاعتراف قد صدر عن إرادة حرة، ولا تتعرض المحكمة لقيمة الاعتراف كدليل في الدعوى، وإنما ينصرف بحثها في كون الاعتراف كان إرادياً فيتم قبوله، وإن كان غير ذلك فيستبعد⁽¹⁴⁶⁾. ولا بد أخيراً من التنويه بأن عبء إثبات الدفع بصور الاعتراف بناءً على إجراء باطل على من يدعيه لوروده على خلاف الأصل، إذ أن الأصل في الإجراء الصحة⁽¹⁴⁷⁾.

4) سلطة المحكمة في حال العدول عن الاعتراف: إن القاعدة القانونية المقررة في قانون الإثبات في المواد المدنية هي أن الإقرار حجة قاطعة على المقر، فإذا صدر منه تعلق به حق لغيره، وليس له بعدوله أن يسقط حق غيره، إلا إن هذه القاعدة لا تنطبق على قواعد الإثبات الجزائية، لأن الاعتراف فيها يجوز الرجوع عنه في أية مرحلة، بدءاً من مرحلة جمع الاستدلالات وحتى قفل باب المرافعة، وهذه القاعدة تخضع لمبدأ حرية القاضي الجزائي في الاقتناع، فله أن يقدر هذا الاعتراف والعدول عنه، فإما أن يأخذ به رغم العدول عنه، أو بطرحه، وفي الحالتين يصدر حكمه وفقاً لمطلق قناعته. وهكذا، فإن للمعترف أن يرجع عن الاعتراف، ولكن القاضي الجزائي يقدر قيمة هذا العدول، فإن تبين له أنه رجوع محق، أسقط الاعتراف، وإلا فإنه لا يعتد بالعدول، ويحكم بحسب الاعتراف⁽¹⁴⁸⁾. والرجوع عن الاعتراف لا يحتاج إلى إثبات عدم صحته من قبل من رجع عنه، وإنما يتعين على النيابة العامة أن تثبت صحة الاعتراف⁽¹⁴⁹⁾.

وعلى ذلك، فللمحكمة أن تأخذ باعتراف المتهم في أي دور من أدوار التحقيق، حتى ولو عدل عنه أمام المحكمة، فتقدير قيمة الاعتراف كدليل إثبات في الدعوى الجزائية من شأن محكمة الموضوع⁽¹⁵⁰⁾، ولا

¹⁴⁶ Wick: Developments in The Law concerning Confession, L.R.P., 1952, p. 507.

¹⁴⁷ اتحادية عليا، طعن رقم 338 لسنة 2016 تاريخ 2016/12/27، مج الأحكام لسنة 2016، ف 2، ص 341.

¹⁴⁸ نقض سوري، قرار رقم 956، تاريخ 1982/10/23، المجموعة الجزائية، القاعدة 3825.

¹⁴⁹ نقض سوري، قرار مخاصمة رقم 25/أساس 142 لعام 1999، مج أحكام النقض في قانون أصول المحاكمات الجزائية من عام 1988 - 2001، قاعدة 416، ص 609.

¹⁵⁰ اتحادية عليا، طعن رقم 526 لسنة 2016، تاريخ 2016/12/5، مج الأحكام لسنة 2016، ف 4، ص 319.

الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التدليلية

وعدول المتهم عن اعترافه يمكن أن يكون تاماً⁽¹⁵⁵⁾، ويمكن أن يكون جزئياً⁽¹⁵⁶⁾، وسواء كان تاماً أو جزئياً، فإن العدول يخضع لكامل تقدير قاضي الموضوع، ووزن هذا العدول وتحقيقه وطرحه على بساط البحث مستعيناً بكافة طرق التحقيق وصولاً لوجه الحق فيه.

وكما أن الاعتراف القضائي هو المرجح الأخذ به، فيجب حتى يعتد بالعدول عنه أن يكون قضائياً أيضاً. أي أن يقر به المتهم أمام قاضي الموضوع الذي له كامل الحرية في تقديره ووزنه وتحقيقه⁽¹⁵⁷⁾. وفي حالة التفات المحكمة عن اعتراف المتهم، فعليها أن توضح في حكمها بأسباب سائغة سبب التفاتها عن هذا الاعتراف⁽¹⁵⁸⁾.

ومن الجدير ذكره أن أخذ المحكمة بالاعتراف رغم عدول المتهم عنه، لا يعني أننا أمام اعتراف بالمعنى المقصود في المادة 165 إجراءات جزائية إماراتي والمادة 271 إجراءات جزائية مصري، أي أن المحكمة لا تستطيع في هذه الحالة أن تقضي بإدانة المتهم بدون سماع الشهود، وإنما يتوجب عليها أن تسير في نظر الدعوى وسماع شهود الإثبات، استناداً لما ورد في المواد آتفة الذكر.

الفرع الثاني: مدى حجية الاعتراف في الإثبات الجنائي:

قد يصدر الاعتراف عن المتهم في مرحلة جمع الاستدلالات، وقد يصدر عنه في مرحلة التحقيق الابتدائي، وقد يصدر عنه في مرحلة التحقيق النهائي، الأمر الذي يقودنا إلى التساؤل فيما إذا كان الاعتراف في جميع هذه المراحل يتمتع بذات الحجية في الإثبات؟

أولاً: الاعتراف في مرحلة الاستدلالات: يعد هذا الاعتراف من أضعف أنواع الاعتراف، كونه لا يتم أمام جهة قضائية بل أمام مأموري الضبط القضائي، سواء أكانوا من داخل هيئة الشرطة أو من خارجها ممن أسبغ عليهم

¹⁵⁵ كان يعدل المتهم عن اعترافه بارتكاب جريمة قتل بواسطة سلاح ناري وذلك لاستحالة قدرته على استخدام السلاح الناري لإصابته بشلل تام في كلتا يديه.

¹⁵⁶ كمن يعترف بقتل المجني عليه في مناسبة فرح بإطلاق عيار ناري إلا أنه يعدل عن توافر نية القتل لديه مقررأ بأن إصابة المجني عليه بالعيار الناري كان عن طريق الخطأ.

¹⁵⁷ محمود عبد العزيز محمد: مرجع سابق، ص 186.

¹⁵⁸ قد قضت محكمة النقض السورية في أكثر من قرار لها بأنه: "لا يجوز التجريم بجناية اعتماداً على التحقيقات الأولية لدى الأمن إذا تراجع المتهم عن أقواله وكان لا يوجد في الملف ما يؤيد ارتكابه ارتكابه لذلك الجرم. قرار هيئة عامة رقم 18/أساس 595، تاريخ 2004/1/26، مج القواعد القانونية من عام 2001-2004، الجزء الرابع، قاعدة رقم 21.

الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التدليلية

القانون هذه الصفة، مما يجعله محاطاً بالشكوك وخاصة إذا عدل المتهم عنه، وذلك لوجود مظنة انتزاعه بالإكراه. والاعتراف الصادر من المتهم أمام هؤلاء هو من قبيل الاعتراف غير القضائي، وما يميزه بأنه يكاد يكون خال من جميع الضمانات لأن من يباشره لا يمارس سلطة الحكم، ولا يحصل هذا الاعتراف في ضوء أوضاع أو إجراءات رسمت له بالقانون، وذلك سعياً لتحقيق التوازن بين حقوق الدفاع وما يلزم لإظهار الحقيقة من وسائل البحث والتحقيق. ومثل هذه الاعترافات لا تلزم قاضي الموضوع، ولكنها دليلاً من أدلة الدعوى، فهي تخضع لتقدير القاضي، وإذا ما اطمأن إلى صدقها ومطابقتها للواقع، واتساقها مع باقي الأدلة في الدعوى، جاز له اعتمادها كدليل إثبات. وفي هذا السياق قضت محكمة النقض المصرية بأن: "لمحكمة أن تأخذ باعتراف المتهم ولو كان وارداً بمحضر الشرطة متى ما اطمأنت إلى صدقه ومطابقتها للواقع"⁽¹⁵⁹⁾. ولذلك يعتبر بعض الفقهاء هذا الشكل من الاعتراف "أقرب إلى الشهادة منه إلى الاعتراف في هذه الحالة، ذلك أن مأمور الضبط يشهد بأن المتهم اعترف له بأنه ارتكب الجريمة"⁽¹⁶⁰⁾.

لكن هذا لا يحول دون أن تطمئن المحكمة لهذا الاعتراف في مرحلة جمع الاستدلالات، سواء حرر به محضر أو اقتصر على الاعتراف الشفوي أمام المأمور، وهذا ما أكدت عليه المحكمة الاتحادية العليا في العديد من أحكامها، إذ ورد في أحد قراراتها بأن لمحكمة الموضوع أن تستند إلى اعتراف المتهم في مرحلة الاستدلالات ولو عدل عنه بعد ذلك⁽¹⁶¹⁾.

وكمبدأ عام، إن اعتراف المتهم في محاضر رسمية، كمحاضر جمع الاستدلالات، لا يحوز حجية أمام قاضي الموضوع، ما لم يرد في القانون نص يقر تلك الحجية، ومن ثم فالقاضي غير مقيد بما يرد في تلك المحاضر إلا في ما يلزمه المشرع، ففي هذه الحالة، تكون الاعترافات الواردة فيها تتمتع بحجية خاصة، ما لم يثبت تزويرها⁽¹⁶²⁾.

¹⁵⁹ نقض مصري، تاريخ 8 يناير 1978، مج أحكام النقض، س 25، رقم 7، ص 44.

¹⁶⁰ د. فتحة قوراي، غنام غنام: المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، الأفاق المشرقة ناشرون، 2011، ص 406.

¹⁶¹ اتحادية عليا 1997/11/29، طعن رقم 223 لسنة 18 ق شرعي، مجموعة أحكام المحكمة س 19 طبعة 2000، ص 416، رقم 70.

¹⁶² نقض مصري، تاريخ 1943/12/20، مج القواعد القانونية، ج 6، رقم 70، ص 95.

الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التدليلية

وأخيراً، لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالإدانة على اعترافات تمت أمام الأمن ما لم تقتزن بأدلة أخرى⁽¹⁶³⁾. وضبوط الشرطة والأمن الجنائي في القضايا الجزائية ليست أدلة قاطعة، وليس لها قوة ثبوتية إلا كمعلومات عادية⁽¹⁶⁴⁾.

ثانياً: حجية الاعتراف في مرحلة التحقيق الابتدائي: الاعتراف في هذه المرحلة يمكن أن يصدر من المتهم بشكل تلقائي أو من خلال استجوابه. الاستجواب الأهم هو استجواب النيابة العامة أو قاضي التحقيق (حسب نظام كل دولة)، لأن المتهم يأتي إليها، في حالة خوف وتوتر من الدعوى الموجهة إليه، ومن جهله للتهمة، ومن هيبة عضو النيابة العامة حين يخلو إليه. لذلك أحاطه المشرع بسلسلة من الضمانات لكيلا يؤخذ على حين غرة. وهكذا نص قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي على أن واجب عضو النيابة عندما يأتيه المتهم لأول مرة أن يثبت من هويته ويطلع على التهمة المنسوبة إليه، ويطلب جوابه عنها (م 99 جزائية إماراتي). ويجب أيضاً على المحقق أن ينبه المتهم إلى أنه حر في الإجابة فوراً، أو في الانتظار حتى يختار له محامياً عنه، يجيب في حضوره (م 69 أصول جزائية سوري). ويجب على المحقق أن يدون هذا التنبيه في محضر التحقيق. وهذه ضمانات ضد المباغطة.

والاعتراف الذي يتم أمام النيابة العامة أو قاضي التحقيق يخضع لتقدير محكمة الموضوع كما تخضع باقي الأدلة، وللمحكمة أن تأخذ به أو تطرحه جانباً، وإذا أنكره المتهم توجب على المحكمة أن تتحقق منه، حيث تأخذ به إذا تبين صدقه وتطرحه إذا لم تطمئن إليه⁽¹⁶⁵⁾. وفي هذا السياق قضت محكمة تمييز دبي على أنه: "للمحكمة أن تأخذ باعتراف المتهم في أي دور من أدوار التحقيق إذ لها أن تأخذ بالأقوال التي يدلي بها أمام النيابة العامة وإن عدل عنها بعد ذلك متى اطمأنت إلى صدقها ومطابقتها الواقع..."⁽¹⁶⁶⁾.

ومن مزايا الاعتراف أمام سلطات التحقيق الابتدائي أنه يختصر إجراءات التحقيق ويسهلها، مما يجعل هذه السلطات أن تحد من سماع الشهود أو إصدار أوامر الحبس الاحتياطي.

¹⁶³ نقض سوري، القضية /1911/أساس 2009، قرار 1645، ق 186، مجلة المحامون، عدد 5 و6، لعام 2011، ص 710.

¹⁶⁴ نقض سوري، القضية /2522/أساس 2009، قرار 2335، ق 188، مجلة المحامون، عدد 5 و6، لعام 2011، ص 713.

¹⁶⁵ اتحادية عليا، طعن رقم 338 لسنة 2016، تاريخ 2016/12/27، مج الأحكام لسنة 2016، ف1، ص 341. تمييز دبي، جلسة 1996/7/7، مجموعة الأحكام، جزء، ع 7، س 1996، ق 14، ص 759.

¹⁶⁶ تمييز دبي، 1999/11/20، طعن رقم 120 لسنة 1999، مج الأحكام، العدد 10 (2000)، ص 1364، رقم 41.

الفرع الثالث: حجية الاعتراف في مرحلة المحاكمة:

يخضع الاعتراف في تقدير قيمته التدليلية لسلطة المحكمة مثله مثل بقية الأدلة. والاعتراف الصحيح الذي تأخذ به المحكمة، والذي تستند إليه في إصدار حكمها هو ما توافرت فيه شروطه التي تحدثنا عنها قبلاً، وكان هناك اتساق بينه وبين بقية الأدلة في الدعوى. ويعد هذا النوع من الاعتراف من الأدلة القوية في إدانة المتهم، كونه يتم أمام محكمة الحكم، بعيداً عن أية مظنة من الإكراه. بمعنى آخر، وقوع الاعتراف أمام محكمة الحكم المختصة هو اعتراف قضائي، ينأى عن أي عيب من عيوب الإكراه مادياً أو معنوياً، وأياً كان قدره. وقد نصت المادة 165 من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي على أن التحقيق النهائي يبدأ بالمناداة على الخصوم والشهود، و"يسأل المتهم عما إذا كان معترفاً بارتكاب الواقعة المسندة إليه، فإذا اعترف يجوز للمحكمة الاكتفاء باعترافه والحكم عليه بغير سماع الشهود...". وفي هذا الصدد قضت المحكمة الاتحادية العليا بـ "عدم إلزام المحكمة بطلب سماع شهود الإثبات مع اعتراف المتهم ما لم تكن الجريمة معاقباً عليها بالإعدام"⁽¹⁶⁷⁾.

إلا أن القضاء الفرنسي لم يقبل بأن يبنى الحكم على مجرد اعتراف المتهم وحده في الإدانة، ويرجع ذلك إلى أن الاعتراف يحاط بالشكوك أثناء صدوره من المتهم، فكيف للشخص أن يبادر ويتطوع لإدانة نفسه، لذلك يستلزم القضاء الفرنسي توافر أدلة أخرى تسانده حتى تدين المحكمة المتهم. وفي الدول الأنكلوساكسونية، فإن اعتراف المتهم أمام المحكمة يستتبع اختصار إجراءات المحاكمة، فبمجرد إقرار المتهم بأنه مذنب، فإن المحكمة تنظر في القضية بدون حضور المحكمين، وتبدأ النظر في إصدار الحكم⁽¹⁶⁸⁾.

المطلب الثاني: الآثار الإجرائية للاعتراف في الإثبات الجنائي:

بعد أن انتهينا من وزن الاعتراف ومدى حجيته، لا بد من التعرض لآثاره الإجرائي في الإثبات، إذ أن أثره يختلف من مرحلة إلى أخرى حسب التوقيت الذي يصدر فيه وذلك أثناء مسار الإجراءات الجزائية⁽¹⁶⁹⁾.

¹⁶⁷ اتحادية عليا، طعن رقم 443 لسنة 2016، تاريخ 2016/11/28، مج الأحكام لسنة 2016، ف7، ص 304.

¹⁶⁸ د. قدري عبد الفتاح الشهاوي: مرجع سابق، ص 188.

¹⁶⁹ هناك آثار أخرى يمكن تسميتها بالآثار الموضوعية للاعتراف والتي تتعلق بالإعفاء الوجوبي أو الجوازي من العقوبة، لقد أفرز الواقع العملي عن وجود بعض الجرائم التي يصعب اكتشافها أو إثباتها بالنظر إلى ما يحيطها من دقة في تنفيذها، ولذلك انبرى المشرع في محاولة منه إلى تشجيع بعض الجناة إلى كشف الجريمة وإرشاد السلطات إلى المساهمين فيها. فنص على إعفاء المتهم من العقوبة طالما أخبر أو أبلغ أو اعترف ضمن ضوابط

الفرع الأول: الاعتراف السابق على المحاكمة:

إن الاعتراف السابق على المحاكمة سيقودنا إلى التعرف على أثره في المراحل الآتية:

أولاً: أثر الاعتراف في مرحلتي جمع الاستدلالات والتحقيق الابتدائي: كما ذكرنا سابقاً، إذا صدر الاعتراف مستوفياً لجميع شروطه، فإنه يلعب دوراً في الإثبات وفقاً للمرحلة التي تم فيها، والجهة التي صدر أمامها، إلا أنه لا يجوز أن تراهن المحكمة على القيمة التبادلية لهذا الاعتراف، فعليها أن تتحقق من صدق وصحة هذا الاعتراف، وإن كان مطابقاً للحقيقة والواقع، كما أن عليها أن تسعى إلى جمع الأدلة المادية والقانونية الأخرى، والتي من شأنها تعزيز هذا الاعتراف، وذلك تحسباً من عدول المتهم عن اعترافه في المراحل اللاحقة لصدوره⁽¹⁷⁰⁾.

ومن الجدير ذكره، أنه إذا صدر اعتراف المتهم في مرحلة جمع الاستدلالات، فلا يجوز لمأمور الضبط القضائي أن يستجوبه، أو أن يواجهه بغيره من الشهود، للتحقق من صحة اعترافه، ففي هذه الحالة على سلطة الاستدلال أن تقوم بإحالة أوراقه إلى سلطات التحقيق الابتدائي، باعتبارها المخولة قانوناً بالتحقيق.

وفي حال صدور الاعتراف من المتهم أمام السلطة القائمة بالتحقيق الابتدائي، فعليها أن تقوم باستجواب المتهم للتأكد من صدق اعترافه، ومناقشته فيه، ويحق لها أن تواجهه بغيره من المتهمين والشهود. وفي حالة صدور اعتراف مما يعد مانعاً للعقاب، كما هو الحال في جريمة الرشوة مثلاً، فيجوز لسلطة التحقيق أن تأمر

معينة، وفي جرائم معينة، وهو ما يعرف في القانون بحالات الإعفاء من العقاب أو موانع العقاب، ولعل الحكمة من مثل هذا الإعفاء إنما هو في مقابل الخدمة التي يقدمها الجاني للهيئة الاجتماعية لتسهيل الكشف عن هذه الجرائم الخطيرة التي تمس أمن المجتمع. ومن هذه الجرائم تلك الماسة بأمن الدولة الداخلي أو الخارجي، وجرائم الرشوة، وجرائم المسكوكات المقلدة أو المزيفة أو المزورة، وجرائم التزوير، وبعض جرائم المخدرات، واختلاس المال العام... لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو معرفة فيما إذا كان من صلاحيات النيابة العامة الفصل في توافر شروط الإعفاء من العقوبة؟ هناك رأي فقهي يرى أنه لا يجوز لسلطة التحقيق الفصل في موانع العقاب بل يتعين عليها إحالة المتهم إلى المحكمة، لأن من مهام سلطة التحقيق البحث عن وجود أدلة كافية على توافر وقيام المسؤولية فقط، وهي تكون قد تجاوزت سلطتها إذا أمرت بألا وجه لإقامة الدعوى. بينما يذهب رأي آخر إلى القول: أنه إذا كان الإعفاء من العقوبة أمراً وجوبياً، واستوتقت سلطة التحقيق من توافره، فلها بمقتضى ذلك أن تأمر بألا وجه لإقامة الدعوى لامتناع العقاب، إذ لا معنى لرفع الدعوى على متهم ستحكم عليه المحكمة بالإعفاء من العقاب رغم ثبوت مسؤوليته، يصبح الأمر عكس ذلك إذا نص القانون على وجوب أو إجازة الحكم بتدبير وقائي، فغندت يجب رفع الدعوى على المتهم. أنظر د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي: مرجع سابق، ص 200.

¹⁷⁰ اتحادية عليا، طعن رقم 573 لسنة 2016، تاريخ 2016/12/26، ف4، ص 336.

الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التدلالية

بالإفراج المؤقت عن المتهم المعترف، وذلك إلى حين إحالته للمحكمة المختصة للثبوت نهائياً من صحة الاعتراف⁽¹⁷¹⁾.

ثانياً: أثر الاعتراف بعد صدور قرار بالألا وجه لإقامة الدعوى الجزائية: هناك سؤال يطرح نفسه ويتمثل في حالة صدور الاعتراف من المتهم، ولكن بعد صدور أمر بالألا وجه لإقامة الدعوى من النيابة العامة، فهل يعتد بهذا الاعتراف أم لا؟ من المعلوم أن صدور الأمر بالألا وجه لإقامة الدعوى فإن التحقيق ينتهي بالإفراج عن المتهم، ولكن إذا ما ظهرت أدلة جديدة في القضية يجوز إعادة التحقيق، وهذه الأدلة قد تكون شهادة شهود أو وثائق رسمية لم تعرض على المحقق سابقاً أو اعتراف المتهم. تنص المادة 118 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه: "النيابة العامة بعد التحقيق الذي أجرته أن تصدر أمراً بأن لا وجه لإقامة الدعوى وتأمر بالإفراج عن المتهم ما لم يكن محبوساً لسبب آخر". وما يميز الأمر بالألا وجه لإقامة الدعوى أنه يتمتع بحجية مؤقتة، وبالتالي يجوز للنيابة العامة العودة للتحقيق مرة ثانية، وذلك في حالة ظهور أدلة جديدة. وإذا لم تظهر أدلة جديدة تبقى لهذا الأمر حجبه حتى ولو بني على خطأ في تطبيق القانون أو تأويله. وفي حالة العودة للتحقيق مرة أخرى، على فرض ظهور أدلة جديدة، يشترط بأن تكون الدعوى الجزائية لا تزال قائمة، فإذا سقطت بالنقادم فإنه لا يجوز العودة إلى التحقيق حتى ولو ظهرت أدلة جديدة، وذلك استناداً لقاعدة الساقط لا يعود.

ويكون الدليل جديداً إذا لم يكن تحت بصر المحقق وتقديره عندما أمر بالألا وجه⁽¹⁷²⁾، من ذلك تقدم شهود جدد للإدلاء بالشهادة، أو وجود تقرير لخبير لم يكن قد عرض على المحقق، أو أن المتهم اعترف بعد أن كان ينكر الجريمة، كما يمكن أن يكون الدليل جديداً حتى ولو سبق وجوده على صدور الأمر بالألا وجه، ولكنه لم يعرض على المحقق، كأن يختفي تقرير الخبرة ولم يطلع عليه المحقق إلا بعد صدور الأمر بالألا وجه⁽¹⁷³⁾. كما يجب أن يكون الدليل الجديد مؤثراً ويدعو المحقق إلى فتح التحقيق مرة أخرى، وهذا الأمر يستقل المحقق بتقديره⁽¹⁷⁴⁾.

¹⁷¹ د. صادق الملا: المرجع السابق، ص 314.

¹⁷² نقض مصري، 10 مايو 1960، مج أحكام النقض، س 11، رقم 84، ص 424.

¹⁷³ أما إذا كان قد عرض على المحقق وأهمل تحقيقه فلا يمكن اعتباره دليلاً جديداً، ولا يجوز له بعد ذلك العودة إلى التحقيق، كما لا يعد دليلاً جديداً تقرير الخبرة الموجود بملف الدعوى وأهمل المحقق قراءته أو أنه لم يفتن إلى معناه إلا بعد صدور الأمر بالألا وجه. انظر: تمييز دبي 2000/6/17، طعن رقم 92 لسنة 2000، مج الأحكام، س 11، ص 1300، رقم 35.

¹⁷⁴ د. فنيحة محمد قوراري و د. غنام محمد غنام: مرجع سابق، ص 250.

وهكذا إذا اعترف المتهم بعد صدور الأمر بالأمر بآلا وجه، وتوافرت فيه شروط الدليل الجديد، ففي هذه الحالة يتوجب على النيابة العامة أن تعيد فتح التحقيق في الدعوى من جديد. ولكن إذا سبق لهذا الاعتراف بأن عرض على المحقق وأهمل تحقيقه، فلا يعد دليلاً جديداً. وإذا صدر الاعتراف بعد سقوط الدعوى بمضي المدة فلا يكون له أي أثر.

ثالثاً: أثر الاعتراف بعد إحالة الدعوى للمحكمة المختصة: بمجرد إصدار قرار الاتهام وإحالة الدعوى للمحكمة المختصة تزول ولاية سلطات التحقيق في هذه الدعوى، وتتدخل في حيازة المحكمة. ولكن قد يحدث أحياناً أن يعترف متهم آخر بارتكابه الجريمة موضوع الدعوى التي سبق وأن أحيلت للمحكمة. في هذه الحالة يتوجب على سلطات التحقيق فتح التحقيق من جديد مع هذا المتهم أثناء نظر المحكمة في الدعوى، للتأكد من صحته، وبالتالي يحال هذا المتهم بدعوى جديدة إلى المحكمة، ولو كان منشأها الدعوى المنظورة⁽¹⁷⁵⁾. أما إذا جاء الاعتراف من المتهم الذي تمت إحالته إلى قضاء الحكم، فلا تملك سلطات التحقيق فتح تحقيق معه بهذا الخصوص كون ولايتها على الدعوى قد زالت تماماً.

¹⁷⁵ نقض مصري، 26 مارس 1963، مج أحكام النقض، س 14، رقم 48، ص 235.

الفرع الثاني: أثر الاعتراف أمام قضاء الحكم:

إذا سلم المتهم بارتكابه الجريمة أمام محكمة الحكم جاز لهذه الأخيرة أن تكتفي بهذا الاعتراف لإدانته بدون سماع الشهود⁽¹⁷⁶⁾. ولكن يشترط في ذلك أن يكون الاعتراف كاملاً غير مقيد بتحفظ أو باعتراض محاميه على صحة اعتراف موكله. أما إذا كان الاعتراف مقيداً بتحفظ المتهم أو كان جزئياً، كأن يتنزع بالدفاع الشرعي، أو كان عرضة لاستفزاز خطير غير محق، توجب على المحكمة المضي في التحقيق وسماع الشهود. وإذا كان قد أسند إلى المتهم عدة تهم، واعترف عن إحداها، فلا يجوز للمحكمة أن تدنيه في التهم الأخرى من دون سماع الشهود⁽¹⁷⁷⁾.

وإذا تنازل المتهم عن شهادة شهود الإثبات، وسلم في الجلسة بجميع الوقائع التي توصل إليها التحقيق، تكون المحكمة في حل من سماع شهادة الشهود، ولها بالتالي أن تقضي بإدانته بناءً على ذلك، وفي هذه الحالة لا تكون المحكمة قد خالفت أحكام القانون. ولكن إذا طلب محامي المتهم سماع أقول الشهود سواء أكانوا شهود إثبات أو نفي، فلا تستطيع المحكمة رفض طلب المحامي، تأسيساً على أن المتهم قد اعترف، ومرد ذلك، أن سماع الشهود من قبل المحكمة قد يؤثر في عقيدة المحكمة، سواء على صعيد توصيف التهمة أو على صعيد تقدير العقوبة. ولذلك، يعد رفضها طلب سماع الشهود بمثابة إخلال بحق المتهم في الدفاع عن نفسه، ويصبح حكمها عرضة للنقض. ولكن إذا طلب محامي المتهم سماع شهادة أحد الشهود، ولم تستطع النيابة العامة الاهتداء إليه، فتعذر بذلك سماع شهادته، فللمحكمة في هذه الحالة أن تكتفي فقط باعتراف المتهم، وتبني عليه حكمها في الإدانة، فإذا كان المتهم قد اعترف في جلسة المحاكمة بارتكابه الجريمة المنسوبة إليه، فإن ما يثيره الطاعن بهذا الشأن لا يكون سديداً⁽¹⁷⁸⁾.

ولكن هذا الموقف ليس بمنأى عن النقد، إذ يقول البعض، وهم على صواب، كيف يكون موقف المحكمة لو اكتفت باعتراف المتهم واستغنت عن سماع الشهود، وعندما اختلت في غرفة المداولة، ظهر لها بعض العناصر التي من شأنها إدخال الشك في صحة الاعتراف، مما يتطلب منها سماع شهادة الشهود،

¹⁷⁶ ما لم تكن الجريمة المنسوبة للمتهم معاقباً عليها بالإعدام فيتوجب في هذه الحالة على المحكمة استكمال التحقيق والاستماع لشهادة الشهود(165) جزائية اتحادي.

¹⁷⁷ نقض مصري، 26 فبراير 1957، مج أحكام النقض، س 7، رقم 76، س 180.

¹⁷⁸ نقض مصري، تاريخ 1960/5/24، مج أحكام النقض، س 16، رقم 102، ص 205.

الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التدليلية

لاستجلاء مسألة لم يتطرق إليها الاعتراف، في هذه الحالة، ألا يحق لنا أن نتساءل، أليس أقرب للسداد أن تستمع المحكمة لشهادة الشهود في جميع الأحوال، حتى إذا ما خلت في غرفة المذاكرة تكون جميع عناصر الدعوى متكاملة وموجودة بين يديها. كما أن في إعراض المحكمة في سماع شهادة الشهود يعد بمثابة حكم مسبق بأنها غير مجدية وغير مؤثرة على الاعتراف، والمبدأ أن المحكمة لا تملك الحكم على الدليل قبل فحصه؟⁽¹⁷⁹⁾.

الفرع الثالث: أثر الاعتراف الصادر بعد الحكم غير البات:

الحكم غير البات هو ذلك الحكم الذي يقبل الطعن بجميع طرق الطعن، مثل الحكم الصادر عن محكمة أول درجة الذي يقبل الطعن بالاستئناف ثم الطعن بالنقض، كما أنه يقبل الطعن بطريق آخر استثنائي وهو التماس إعادة النظر. والاعتراف الصادر بعد الحكم غير البات يمكن أن يصدر من أحد المتهمين المرفوعة قبلهم الدعوى الجزائية، وإما أن يصدر عن شخص آخر لم تشمله الدعوى التي صدر بصدها الحكم غير البات⁽¹⁸⁰⁾.

أولاً: الاعتراف الصادر من أحد المتهمين المرفوعة قبلهم الدعوى الجزائية: في هذه الحالة، يجب أن نميز بين فرضين: **الفرض الأول:** أن يصدر الاعتراف من المتهم بعد صدور محكمة أول درجة بإدانته، فهنا لا يكون لاعترافه أي أثر على الحكم، لأن إدانته قد تمت. إلا أن هذا الاعتراف يلعب دوراً على صعيد تقوية أدلة الإثبات ضد المتهم، فيما لو تم استئناف الحكم، سواء من قبله، أو من قبل النيابة العامة.

الفرض الثاني: هو أن يعترف المتهم بعد صدور حكم محكمة الدرجة الأولى ببراءته، ثم قامت النيابة العامة باستئناف الحكم، ففي هذه الحالة، يؤخذ على المتهم باعترافه أمام محكمة الاستئناف، باعتبارها محكمة موضوع، ويعتبر هذا الاعتراف بمثابة دليل إثبات في الدعوى، يمكن لمحكمة الاستئناف التعويل عليه بمفرده، في حكمها بالإدانة. وإذا لم تقم النيابة باستئناف الحكم لسبب ما، أو الطعن فيه بالنقض، فإن الحكم يصبح باتاً، على الرغم من اعتراف المتهم بارتكابه الجريمة المسندة إليه.

وأحياناً قد يصدر اعتراف المتهم أمام النيابة العامة في قضية أخرى غير تلك المنظورة أمام المحكمة، والتي بصدها صدر الاعتراف مستوفياً شروطه، فإذا كانت تلك القضية ما زالت منظورة أمام محكمة أول

¹⁷⁹ د. سامي صادق الملا: اعتراف المتهم، مكتبة طريق العلم، ط2، 1975، ص 321.

¹⁸⁰ محمود عبد العزيز محمد: مرجع سابق، ص 250 وما يليها.

الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التدلالية

درجة، ولم يصدر بشأنها حكم، فلها أن تعول عليه، وتبني عليه حكمها. ونفس الحكم ينطبق فيما إذا كانت القضية منظورة من قبل محكمة الاستئناف، باعتبارها محكمة موضوع، حيث تنقل إليها الدعوى برمتها، وعندئذ يمكن أن يكون اعتراف المتهم حجة عليه أمامها.

أما إذا صدر الاعتراف والدعوى منظورة أمام محكمة النقض، فالتعويل على الاعتراف من عدمه يعتمد على سبب الطعن، فإذا كان السبب الخطأ في الإسناد أو فساد في الاستدلال، ففي هذه الحالة يعتبر هذا الاعتراف دليلاً جديداً من أدلة الإثبات. إلا أن هذا الاعتراف لا يؤخذ به أمام محكمة النقض، لأنه يحتاج إلى تحقيق مما لا يدخل في اختصاصها، باعتبارها محكمة قانون. ولكن إذا نظرت هذه المحكمة الدعوى بسبب الطعن فيها للمرة الثانية، فتعتبر في هذه الحالة محكمة موضوع، مما يجوز لها الأخذ باعتراف المتهم والتعويل عليه، باعتباره دليلاً جديداً من أدلة الإثبات.

ثانياً: الاعتراف الصادر من غير المتهمين المرفوعة قبلهم الدعوى الجزائية: قد يعترف شخص بارتكاب جريمة، سواء كفاعل أو كشريك فيها، في قضية مرفوعة بصدها دعوى جزائية على متهمين آخرين. وقد يكون صدور هذا الاعتراف قد تم أمام النيابة العامة وهي بصدد تحقيق واقعة غير الواقعة المرفوعة بشأنها الدعوى الجزائية، أو أمام مأموري الضبط القضائي، أو أمام أحد الأشخاص فيقوم بالإبلاغ عنه. في مثل هذه الحالة، يمكن تحريك الدعوى الجزائية في مواجهته، سواء أمام محكمة أول درجة أو ثاني درجة، إذا كانت الدعوى الجزائية الأصلية المرفوعة على غيره من المتهمين، ما زالت منظورة، مع ضم الدعويين معاً.

فإذا اطمأنت المحكمة لاعتراف المتهم وأدانتته بناءً على ذلك، فإن ذلك سيؤدي إلى إعلان براءة بقية المتهمين في الدعوى الأصلية إذا كان اعترافه منصباً على أنه الفاعل الأصلي للجريمة دون شركاء له، وتفرض بحقه عقوبة الفاعل الأصلي المقررة قانوناً. أما إذا كان اعترافه منصباً على أنه شريك معهم في ارتكاب الجريمة، فيؤخذ بعقوبة الشريك المقررة قانوناً⁽¹⁸¹⁾.

الفرع الرابع: أثر الاعتراف اللاحق على صيرورة الحكم باتاً:

¹⁸¹ محمود عبد العزيز محمد: مرجع سابق، ص 252.

الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التدللية

الحكم البات هو الحكم الذي لا يجوز الطعن فيه بأية طريقة من طرق الطعن، إلا بطريقة الطعن بإعادة النظر. فإذا صدر الاعتراف بعد صيرورة الحكم باتاً، سواء بالإدانة أو بالبراءة، فلا أثر لهذا الاعتراف على الحكم، وبذلك يكتسب الحكم حجية الشيء المقضي به، لأنه أصبح في مأمن من النقض، وبالتالي عنواناً للحقيقة القضائية، وهذا ما تقتضيه أصول إجراء المحاكمات.

وقد يكون الحكم البات قد قضى بالبراءة، فلا أثر للاعتراف اللاحق عليه، ولا يجوز حتى اتباع إعادة النظر، كطريق استثنائي، لأن اللجوء لهذا الطريق لا يجوز قانوناً إلا في الحكم البات القاضي بالإدانة، وفي الحالات التي نص عليها المشرع على سبيل الحصر⁽¹⁸²⁾، وفي قضايا الجنايات والجنح والمخالفات⁽¹⁸³⁾. وإذا صدر الاعتراف بعد الحكم البات القاضي بالإدانة، فإنه يمكن إعادة النظر في الحكم استناداً لحالة من الحالات الثانية⁽¹⁸⁴⁾، والثالثة⁽¹⁸⁵⁾، والخامسة⁽¹⁸⁶⁾ من المادة 257 من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي، لأنه في هذا الموقف يجب أن تتغلب العدالة الحقيقية على العدالة الشكلية، ويفتح باب الإلتماس بإعادة النظر لإنصاف العدالة الحقيقية⁽¹⁸⁷⁾.

والسؤال الذي يطرح نفسه ما العمل إذا كان هناك ثمة اعتراف من شخص آخر غير المحكوم عليه، سواء أكان من المتهمين معه في نفس الدعوى أو من الغير؟ فهنا يجب أن نسلط الطريق الاستثنائي لالتماس إعادة النظر، استجابة لدواعي العدالة⁽¹⁸⁸⁾.

¹⁸² أنظر مثلاً المادة 257 إجراءات جزائية اتحادية والمادة 441 إجراءات جنائية مصري، اللتان حددتا حالات طلب إعادة النظر وحصرها في خمس فقط، بينما المادة 367 من قانون أصول المحاكمات الجزائية السورية حددت حالات طلب إعادة المحاكمة بأربع فقط.

¹⁸³ وهذا موقف المشرع الإماراتي، بينما المشرع السوري والمصري نصا على جواز إعادة النظر في قضايا الجنايات والجنح فقط، واستبعدا بذلك قضايا المخالفات ليساطنتها على أساس أنه لا يجوز أن ترقى إلى إهدار قوة الحكم البات، كما أنها لا تمس بشكل جدي باعتبار المحكوم عليه، ولا تدرج في صحيفة السوابق.

¹⁸⁴ إذا صدر حكم على شخص من أجل واقعة ثم صدر حكم على شخص آخر من أجل الواقعة عينها وكان بين الحكمين تناقض بحيث يستنتج منه براءة أحد المحكوم عليهما.

¹⁸⁵ إذا حكم على الشهود أو الخبراء بالعقوبة لشهادة الزور، أو إذا حكم بتزوير ورقة قدمت أثناء نظر الدعوى وكان للشهادة أو تقرير الخبراء أو الورقة تأثير في الحكم.

¹⁸⁶ إذا حدثت أو ظهرت بعد الحكم وقائع أو إذا قدمت أوراق لم تكن معلومة للمحكمة وقت المحاكمة، وكان من شأن هذه الوقائع أو الأوراق ثبوت براءة المحكوم عليه.

¹⁸⁷ محمود عبد العزيز محمد: مرجع سابق، ص 254.

¹⁸⁸ د. صادق الملا: المرجع السابق، ص 328-329.

الاعتراف الجنائي وسلطة المحكمة في تقدير قيمته التدليلية

ويشترط لإعادة النظر أن يكون الاعتراف الصادر من الغير، غير معلوم للمحكمة أو المحكوم عليه وقت صدور الحكم بالإدانة، كما يشترط أن يكون هذا الاعتراف تاماً وقاطعاً بذاته في ثبوت براءة المحكوم عليه⁽¹⁸⁹⁾.

الخاتمة:

من خلال استعراض مفهوم الاعتراف وتمييزه عن الأدلة القولية الأخرى، ولشروط صحته، وكذلك سلطة المحكمة في وزن قوته التدليلية في الإثبات الجنائي، فإننا نخلص لأهم النتائج والتوصيات.

النتائج:

- 1- لم يعد الاعتراف سيد الأدلة، وإنما دليل إثبات مثله مثل بقية الأدلة الجنائية.
- 2- لا يستطيع القاضي في حال صدور الاعتراف أن يحكم على المتهم بناءً عليه من دون التحقق من صدقه ومن مدى مطابقته للحقيقة والواقع وتوافر الشروط الأخرى.
- 3- الاعتراف الحاصل كنتيجة لممارسة أعمال التعذيب المادي أو المعنوي تجعله باطل حتى ولو كان صحيحاً لأنه يشكل إخلالاً بحق المتهم في الدفاع عن نفسه.
- 4- إن بعض الوسائل العلمية المستحدثة في الاستجواب كاستعراف الكلب البوليسي، واستعمال العقاقير المخدرة، والتنويم المغناطيسي، والتدخل الجراحي، وجهاز كشف الكذب، وإن كانت تمثل تطوراً جديداً في أسلوب الاستجواب، إلا أنها تشكل اعتداءً صارخاً على حرية المتهم الشخصية، وهو ما يجعلنا نميل إلى القول ببطلان الاعتراف الناجم عنها، وذلك في غياب ضوابط قانونية مناسبة.
- 5- للقاضي الجزائي مطلق الحرية في تقدير الاعتراف وتحديد قيمته الثبوتية وفقاً لمبدأ الاقتناع الشخصي.
- 6- لمحكمة الموضوع الحق في الأخذ بالاعتراف في أي دور من أدوار التحقيق وإن تم العدول عنه بعد ذلك، متى ما اطمأنت إلى صحته ومطابقته للحقيقة والواقع، لكن عليها أن تبين سبب عدم الاعتداد بعدوله.

¹⁸⁹ نقض مصري، تاريخ 1967/1/31، مج أحكام النقض، س 18، رقم 27، ص 142.

- 7- للمحكمة سلطة تقديرية في اعتبار الاعتراف دليلاً مستقلاً قائماً بذاته أو كان لاحقاً لإجراء باطل.
- 8- لم يتعرض القانون الجزائي بنصوص صريحة لتنظيم الاعتراف -كما هو الحال في القانون المدني- إلا أن الاعتراف القضائي وغير القضائي لا يخرج عن كونه مجرد دليل لأن موضوعه ينصب دائماً على مسألة لا يملك المقر التصرف فيها وهو على هذا الاعتبار متروك تقديره دائماً لمحكمة الموضوع.
- 9- المحكمة ليست ملزمة في أخذها باعتراف المتهم أن تلتزم نصه وظاهره بل لها أن تجزئه وأن تستنبط منه الحقيقة كما كشف عنها وذلك على عكس الإقرار المدني.
- 10- الدفع ببطلان الاعتراف لصدوره تحت تأثير الإكراه هو دفع جوهري وعلى المحكمة مناقشته والرد عليه طالما عولت عليه في قضائها بالإدانة.
- 11- الاعتراف حجة قاصرة على المتهم ولا تنصرف إلى غيره، ولكن ليس في القانون ما يمنع المحكمة من الأخذ بأقوال متهم على آخر متى اطمأنت إليها ولو لم يكن عليه من دليل إثبات غيرها.

التوصيات:

- 1- حبذا لو أن المشرع الجزائي كرس قواعد قانونية تعكس موقفه من اللجوء إلى الوسائل العلمية الحديثة للحصول على الاعتراف، وإمكانية جعلها الملاذ الأخير لمعرفة الحقيقة.
- 2- إن النصوص القانونية في التشريعات المقارنة المتعلقة بالاعتراف القضائي والتي تعطي القاضي الجزائي الحق في الحكم على المتهم بغير سماع الشهود هي محل نظر واستغراب، بحسبان أنه لا يوجد ما يمنع القاضي من سماع الشهود على الرغم من توافر الاعتراف، وذلك يريح ضميره ويعزز قناعته، تحسباً من أن يكون هذا الاعتراف غير صادق، أو أن شهادة الشهود قد تأتي بما ينفيه. كما أنه ليس من السداد ألا تستمع المحكمة لشهادة الشهود في جميع الأحوال، إذ أن في إعراضها عن ذلك يعد بمثابة حكم مسبق بأنها غير مجدية وغير مؤثرة على الاعتراف، والمبدأ أن المحكمة لا تملك الحكم على الدليل قبل فحصه. لذلك نوصي بضرورة تعديل هذه النصوص.

3- على الرغم من أن خطأ الحكم في سرد بواعث الاعتراف لا أثر له فيما انتهى إليه من سلامة الاعتراف ذاته، نوصي القضاء الجزائي بالبحث في ما وراء الاعتراف للتعرف على بواعثه وملابساته حتى يتمكن من معرفة صدقيته وبالتالي تكوين قناعته وتعزيزها.

4- بما أن غالبية الاعترافات التي تصدر من المتهمين تكون في مرحلة جمع الاستدلالات نوصي بضرورة النص على حق المتهم بالاستعانة بمحام خلال هذه المرحلة وذلك ضماناً لعدم استخدام وسائل التعذيب أو الإكراه بجميع صوره.

5- نوصي بتعديل أحكام المادة 100 من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي، وكذلك نظيراتها في القوانين المقارنة، بحيث تنص على وجوب تمكين المحامي من حضور التحقيق الابتدائي، بحيث يتم حذف "ما لم ير عضو النيابة العامة غير ذلك لمصلحة التحقيق"، وذلك ضماناً لسلامة الاعتراف الصادر من المتهم.

6- نوصي بضرورة أن تكون الأسئلة الموجهة من المحقق للمتهم، عند استجوابه، مباشرة وواضحة لا تحتمل أي تأويل، وأن يبتعد عن عبارات شائعة كقوله: "الأفضل أن تعترف أو أن نقول الحقيقة، أو أن الكذب لن يفيدك في شيء، أو نحن نعرف كل شيء فقل ما عندك..."

المراجع

أولاً: مراجع باللغة العربية:

1- مراجع عامة:

- 1- د. أحمد فتحي سرور: - الوسيط في قانون الإجراءات الجزائية، دار النهضة العربية، 1985.
- القانون الجنائي الدستوري، ط2، دار الشروق، القاهرة، 2004.
- 2- د. حسن صادق المرصفاوي: المرصفاوي في قانون الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996.
- 3- د. حسين محمد علي: الجريمة والبحث العلمي، القاهرة، 1966.
- 4- د. زكي ابو عامر: الإجراءات الجزائية، دار الكتاب الحديث، مصر، 1994.
- 5- د. سعيد عبد اللطيف حسين: الحكم الجنائي الصادر بالإدانة، دار النهضة العربية، 1989.
- 6- د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج2، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
- 7- د. عبد العزيز الحسن: الوجيز في شرح أحكام قانون العقوبات الاتحادي وفقاً لآخر التعديلات، القسم الأول-الكتاب الأول، النظرية العامة للجريمة، دار النهضة العربية (مصر)، دار النهضة العلمية (الإمارات)، 2019.
- 8- د. عبد الوهاب حومد: أصول المحاكمات الجزائية، ط4، المطبعة الجديدة، دمشق، 1987.
- 9- د. عبد الحميد الشواربي: البطلان الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2010.
- 10- د. عوض محمد عوض: المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
- 11- د. فتيحة قوراري، غنام غنام: المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، الآفاق المشرقة ناشرون، 2011.
- 12- مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية، دار غريب للطباعة، القاهرة، د.ت.
- 13- د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط2، دار النهضة العربية، 1982.

2- مراجع متخصصة:

- 1- تركي محمد موالى: الضبطية العدلية في إجراءات الاستقصاء والتحقيق، منشورات دار علاء الدين، دمشق، 1997.
- 2- د. حسام الدين محمد أحمد: حق المتهم في الصمت، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2006.
- 3- د. حسنين المحمدي بوادي: الوسائل العلمية في الإثبات الجنائي، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2008.
- 4- د. سامي صادق الملا: اعتراف المتهم، مكتبة طريق العلم، ط2، 1975.
- 5- د. رمزي رياض رمزي: سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2004.
- 6- د. عبد القادر محمد القيسي: تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف بين الجريمة والمسؤولية، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2016.
- 7- المستشار عدلي خليل: اعتراف المتهم فقهاً وقضاً، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.
- 8- د. علي محمود علي حمودة: النظرية العامة في تسبب الحكم الجنائي في مراحل المختلفة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1994.
- 9- د. قدري عبد الفتاح الشهاوي: حجية الاعتراف كدليل إدانة في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
- 10- د. قدري عبد الفتاح الشهاوي: الحدث الإجرامي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
- 11- محمود عبد العزيز محمد: الاعتراف - الدليل والتدليل - فقهاً وقضاً، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.
- 12- د. مصطفى غالب: التتويم المغناطيسي، مكتبة الهلالي، بيروت، 1978.

3- الدوريات

- 1- إبراهيم سليمان القطاونة: مدى حجية استعراق الكلب البوليسي في الإثبات الجزائي، دراسات: علوم الشريعة والقانون، الأردن، المجلد 41، العدد 1، 2014.

2-د. محمد حسن جمعة: الأساليب العلمية الحديثة في مكافحة الجريمة، مجلة الفكر الشرطي، شرطة الشارقة، المجلد الأول، العدد الأول، 1992.

ثانياً: مراجع باللغة الفرنسية

- 1-BOUZAT (P.): La loyauté dans la recherche des preuves, in Mélanges Hugueney, Paris, Sirey, 1964.
- 2-BADINTER (R.): Une autre justice. 1789- 1799. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française, Paris, Fayard, 1989.
- 3-CASTEROT; Patricia HENNION-JACQUET : « L'encadrement relatif de la liberté de la preuve par la Convention européenne des droits de l'homme », D. 2005.
- 4-GIRARD (Ch.): Culpabilité et silence en droit comparé, Première partie chapitre I intitulé "La tradition inquisitoire contre le droit au silence", Coll. "Logiques juridiques", Paris, L'Harmattan, 1997.
- 5-Garraud: Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale, T. II.
- 6-Mellor: La torture, Paris, 1946.
- 7-Larguier (L.): Procédure pénale. La divisibilité de l'aveu, une différence avec le droit civil ou l'aveu est indivisible comme il est en droit pénal. 19édition,
- 8-PRADEL (P): Procédure pénale, 15ème éd., Cujas, 2010.
- 9-Wick: Developments in The Law concerning Confession, L.R.P., 1952.

- 10- THOMAS(Y.): « Confessus pro judicato. L'aveu civil et pénal à Rome », L'aveu. Antiquité et Moyen Âge, Collection de l'Ecole française de Rome, 1986.
- 11- Vo vin: L'aveu dans la procédure pénale, Rapport présenté aux Journées de droit Franco-latino-américaines de Toulouse, 10 octobre 1950.

الإطار القانوني لاستخدام التقنيات الطبية المساعدة على عمليات التلقيح الاصطناعي
وفقاً للتشريع البحريني رقم 26 لسنة 2017 - دراسة تحليلية

الدكتور أحمد رشاد الهواري
أستاذ القانون المدني المشارك بكلية الحقوق
جامعة المملكة - البحرين

**The legal framework for the use of medical technologies that
assist in IVF operations in accordance with Bahraini
legislation No. 26 of 2017
" An analytical study**

**Dr. Ahmed Rashad Al-Hawari, Associate Professor of Civil
Law, Faculty of Law, Kingdom University - Bahrain**

ملخص

لا ريب أن غريزة التناسل متأصلة لدى الجنس البشري، وحب الانجاب، والسعي إليه، جبلت عليه النفس البشرية، ولا جرم أن العقم -الحرمان من الانجاب - يعتبر من أخطر المشاكل الاجتماعية والصحية التي يحاول البشر، فرادى وجماعات التغلب عليها، فهو يؤدي إلى حدوث الاضطراب النفسي والروحي لدى المحروم منه، حيث يثير قلق وخوف الزوجين وأهلها، مما يشعرهما بالضعف والإحباط، فتتبدد آمالهما، وينعكس أثر ذلك على حياتهما الزوجية، مهدداً استقرارها واستمرارها، ويتحول تأخر الإنجاب إلى هاجس يؤرقهما، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن العقم له مردوده الاقتصادي، وبصفة خاصة في المجتمعات التي تعاني نقصاً في عدد السكان، ومن ثم قلة الأيدي العاملة فيها.

وقد حاول الأطباء منذ القدم إيجاد حل لمعالجة العقم، واختراع وسائل تساعد على الإنجاب، فاهتدوا إلى وسائل تساعد على إجراء التخصيب بغير الطريق الطبيعي، وهو ما يطلق عليه "التلقيح الاصطناعي" وهذه الوسائل كان ولا بد من إيجاد إطار قانوني منظم لها، وهو ما حرص عليه المشرع البحريني، حيث وضع قانوناً لتنظيم استخدام التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي والإخصاب، وذلك عام 2017.

ونظراً لأهمية هذا الموضوع وكونه ماساً بفتنة لا يستهان بها، حيث يثير موضوع التلقيح الاصطناعي والإخصاب العديد من الإشكاليات، حول مدى جواز استخدام التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح والإخصاب، وهل يجوز العدول عن استخدام هذه التقنيات بعد الموافقة عليها، وما هي التزامات المؤسسة الطبية المرخص لها استخدام هذه التقنيات؟ وهل هناك تقنيات مساعدة على التلقيح الاصطناعي والإخصاب محظور عليها استخدامها؟ هذه الإشكاليات وغيرها تتجاهل التشريعات وضع حل حاسم لها، لأنها تتعلق بأمور حساسة للغاية ذات تداعيات اجتماعية وأخلاقية لا يمكن حلها بسهولة، ويختلف حكمها من تشريع لآخر بحسب الخلفية الدينية والموروثات الثقافية.

لذا فقد حاولت من خلال هذه الدراسة الإجابة على هذه التساؤلات من خلال تحليل القواعد المنظمة لاستخدام التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي في التشريع البحريني رقم 26 لسنة 2017، الأمر الذي يعني أننا سنتبع في هذه الدراسة المنهج التحليلي لنصوص القانون البحريني.

Abstract:

There is no doubt that the instinct of reproduction is inherent in the human race and the love and procreation of procreation. The human psyche has been raised. There is no doubt, also, that infertility – deprivation of reproduction – is one of the most serious social and health problems that individuals and societies try ever to overcome.

The infertility of procreation leads to psychological and spiritual disturbance among those deprived of it, which raises the concern and fear of the spouses and their families, which makes them feel weak and frustrated, their hopes are dissipated, and the impact on their marital life is affected, threatening their stability and persistence. On the other hand, infertility has an economic backlash, especially in societies with a shortage of population and hence a lack of labor.

Historically, phwsicians have tried to find a solution to treat infertility and invent methods to help reproduction. They have invented many different ways to help non–natural fertilization, called artificial insemination. This means that a legal framework should be created for this purpose. This is what the Bahraini legislator has taken care of. He issued a law to regulate the use of medical techniques for artificial insemination and fertilization in 2017.

The issue of artificial insemination and fertilization raises many problems about the extent to which medical techniques can be used to assist in fertilization. Is it permissible to refuse to use these techniques after official approval? What are the obligations of the licensed medical institutions Using these techniques? Are there any artificial insemination and fertilization techniques prohibited? These and other problems which legislation ignore and avoid to put an exclusive solution to it, because it concerns very sensitive issues with social and ethical implications that cannot be easily solved. Its ruling differs from one legislation to another depending on religious background and cultural heritage.

Therefore, through this study, I tried to answer these questions by analyzing the rules governing the use of IVF techniques in Bahraini Legislation No. 26 of 2017, which means that the study, meanly, follows the analytical approach to the provisions of Bahraini law.

المقدمة

لا ريب أن غريزة التناسل متأصلة لدى الجنس البشري، وحب الانجاب⁽¹⁾، والسعي إليه، جبلت عليه النفس البشرية⁽²⁾ وليس أدل على ذلك ما يحكيه رب العزة في قرآنه العظيم، على لسان نبيه إبراهيم الكريم، لما تأخر في الإنجاب، حيث دعا ربه أن يرزقه ابناً صالحاً، إذ يقولُ [رَبِّ هَبْ لِي مِنَ الصَّالِحِينَ] ⁽³⁾ وهي أيضاً دعوة زكريا عليه السلام، وفي ذلك يقولُ الحقُ تبارك وتعالى على لسان زكريا [وَزَكَرِيَّا إِذْ نَادَى رَبَّهُ رَبِّ لَا تَذَرْنِي فَرْدًا وَأَنْتَ خَيْرُ الْوَارِثِينَ] ⁽⁴⁾.

أهمية الموضوع:

لا جرم أن العقم⁽⁵⁾ -الحرمان من الانجاب - يعتبر من أخطر المشاكل الاجتماعية والصحية التي يحاول البشر - فرادى وجماعات - التغلب عليها، فهو يؤدي إلى حدوث الاضطراب النفسي والروحي لدى المحروم منه، حيث يثير قلق وخوف الزوجين وأهلهم، مما يشعرهما بالضعف والإحباط، فتتبدد آمالهما، وينعكس أثر ذلك على حياتهما الزوجية، مهددا استقرارها واستمرارها، ويتحول تأخر الإنجاب إلى هاجس يؤرقهما⁽⁶⁾، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن العقم له مردوده الاقتصادي، وبصفة خاصة في المجتمعات التي تعاني نقصا في عدد السكان، ومن ثم قلة الأيدي العاملة فيها⁽⁷⁾.

¹ فعملية الإنجاب والولادة هي عملية مهمة جدا وضرورية لإستمرار الحياة البشرية، لذا نجد الشريعة الإسلامية قد جعلت حفظ النسل من الضرورات الخمسة الجديرة بالحماية. انظر، ميس شريف مصاروة - تأجير الأرحام في مرآة الدين الإسلامي، الطبعة الأولى 2008م، بدون دار نشر، ص 6.
² د. خالد جمال - النظام القانوني للتلقيح الصناعي خارج الرحم-بحث غير منشور - ص 2. ومن المسلم به إن الإسلام لم يكبت الرغبة في الإنجاب التي فطر الله الناس عليها، وبثها غريزة فيهم بل حث عليه وجعل الولد زينة الحياة الدنيا، فرغب في الزواج وجعله ميثاقا غليظا، وظم الرهبانية، ولم يكن الغرض من ذلك إشباع الغريزة الجنسية وفقط، بل لهدف أسمى، وهو إنجاب الأبناء، وتكوين الأسرة المبنية على أساس المودة والرحمة والتعاون، حتى يقوم المجتمع على قواعد سليمة، وحبب الزواج من الودود الولود، وجعل المعاشرة المشروعة الطريق الطبيعي للتناسل بين الزوجين. بغدالي الجبالي - الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير - سنة 2014 - ص 1.

³ الآية 100 من سورة الصافات.

⁴ الآية رقم 89 من سورة الأنبياء.

⁵ وقد عرف المشرع البحريني العقم في المادة الأولى من القانون رقم 26 لسنة 2017 بشأن استخدام التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي والإخصاب بأنه "هو عدم حدوث الحمل وبالتالي عدم قدرة الزوجين على الإنجاب بعد مرور اثني عشر شهرا من الحياة الزوجية المستمرة في بيت الزوجية وبدون استعمال موانع للحمل أو عند التشخيص المسبق بوجود العقم أو صعوبة الحمل". وهناك من عرفه بأنه "هو عدم القدرة على الإنجاب بعد سنتين من الحياة الجنسية الطبيعية دون استعمال أي موانع للحمل لكلا الزوجين". عقم/ <https://ar.wikipedia.org/wiki/عقم>. د. أحمد محمد لطفي "التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء" - الطبعة الثانية-دار الفكر الجامعي - الإسكندرية - سنة 2011 - ص 29.

⁶ بغدالي الجبالي - مرجع سابق - ص 1.

⁷ د. شوقي الصالحي - التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية - دار النهضة العربية - طبعة 2001 - ص ج.

وقد حاول الأطباء منذ القدم إيجاد حل لمعالجة العقم، واختراع وسائل تساعد على الإنجاب، فاهتدوا إلى وسائل تساعد على إجراء التخصيب بغير الطريق الطبيعي، وهو ما يطلق عليه "التلقيح الاصطناعي" (8). وهذه الوسائل كان ولا بد من إيجاد إطار قانوني منظم لها (9)، وهو ما حرص عليه المشرع البحريني، حيث وضع قانوناً لتنظيم استخدام التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي والإخصاب، وذلك عام 2017.

مشكلة الدراسة:

نظراً لأهمية هذا الموضوع وكونه ماساً بفئة لا يستهان بها، حيث يؤثر موضوع التلقيح الاصطناعي والإخصاب العديد من الإشكاليات، حول مدى جواز استخدام التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح والإخصاب، وهل يجوز العدول عن استخدام هذه التقنيات بعد الموافقة عليها، وما هي التزامات المؤسسة الطبية المرخص لها استخدام هذه التقنيات؟ وهل هناك تقنيات مساعدة على التلقيح الاصطناعي والإخصاب محظور عليها استخدامها؟ هذه الإشكاليات وغيرها تتجاهل التشريعات وضع حل حاسم لها (10)، لأنها تتعلق بأمور حساسة

⁸ بغدالي الجبالي - مرجع سابق - ص 1. ويرى البعض أن العرب القدامى قد عرفوا التلقيح الاصطناعي في القرن الرابع عشر ومن ذلك أنه يروى أن شيخين من العرب كانا مهتمين بتربية الخيول العربية وسعى الاثنان إلى اقتناء الأصلية منها غير أن أحدهما كانت خيله تفوز في كل مسابقة فاعتاد منافسه فأوعز إلى بعض أصحابه أن يلقحوا أفراس خصمه بمنى حصان من صغاليك الخيل في جنح الليل. تفصيلاً، د/ أحمد محمد لطفي - مرجع سابق - ص 60، ص 61. غير أن التلقيح الصناعي الذي وقع على الإنسان لم يتوصل له العلماء إلا مؤخراً، نتيجة النجاح والتطور المتسارع الذي عرفته العلوم الإحيائية وعلوم الهندسة الوراثية، ومن ذلك نجاح العلماء في الحصول على أنواع حسنة من الحيوانات المهجنة وعلى محاصيل زراعية جيدة، مما أدى بهم إلى استخلاص فكرة إمكانية إجراء عمليات التلقيح على بني البشر. تفصيلاً، النحوي سليمان - التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشرعية الإسلامية والقانون المقارن - رسالة دكتوراه سنة 2011 - ص 10. ويتم اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي عند وجود مشاكل طبية تعوق عملية التلقيح الطبيعي بين الرجل والمرأة بسبب يرجع إليهما معا أو يرجع إلى أحدهما كما لو كان الزوج غنياً مثلاً مما يعوق وصول حيوانه المنوي داخل الرحم، أو كان ثمة ضعف في حيواناته المنوية رغم وصولها داخل الرحم، مما يحتاج معه إلى تدخل طبي لتنشيط هذه الحيوانات، أو كان بالمرأة انسداد في قناة فالوب التي تمثل موقع النقاء الحيوان المنوي الذكرى بالبويضة الأنثوية. د. خالد جمال - مرجع سابق - ص 7. ويعتبر التلقيح الصناعي الحل الطبي لأحد مشاكل العقم، حيث تؤكد الإحصاءات أن 15% من الأميركيين في سن الإنجاب يعانون من مشكلة العقم. وخلافاً للاعتقاد السائد بأن العقم هو مشكلة نسائية في المقام الأول، نجد أن 35% من حالات العقم يعاني منها الذكور. و 35% منها تتعلق بالإناث. النسبة المتبقية 30% مزيج للزوجين معاً. وقد ينجم العقم عن تشوه خلقي في الأعضاء التناسلية والحوادث والأمراض ونقص الكثافة أو حركية الحيوانات المنوية لدى الزوج فضلاً عن الأسباب النفسية التي تؤدي إلى العجز الجنسي أو القذف المبكر أو فشل القذف على الرغم من العلاقات الطبيعية.

LARRY R THORNTON-A Biblical View of Artificial Insemination - Calvary Baptist Theological Journal - Spring 1986 -p.56.

⁹ يسعى القانون دائماً لوضع حلول للمشاكل التي يحثها التقدم العلمي، وبصفة خاصة ما يرتبط منها بالتكاثر والوجود الإنساني. David R. Wellens - Human Artificial Insemination: An Analysis and Proposal for Florida - University of Miami Law School Institutional Repository - 5-1-1968-p.952.

¹⁰ وقد انفرد التشريع الليبي الصادر بالقانون رقم 75 لعام 1975م بتجريم التلقيح الصناعي فنصت المادة 403 مكرر فقرة أ على أنه " كل من لقع امرأة تلقياً صناعياً بالقوة أو التهديد أو الخداع يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات ، وتكون العقوبة السجن لمدة لا تزيد على خمس سنوات إذا كان التلقيح برضاها ، وتزداد العقوبة بمقدار النصف إذا وقعت الجريمة من طبيب أو صيدلي أو قابلة أو أحد معاونيه "، كما نصت المادة 403 مكرر فقرة ب على أنه " تعاقب المرأة التي تقبل تلقياً صناعياً بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات ويعاقب الزوج بذات العقوبة

الإطار القانوني لاستخدام التقنيات الطبية المساعدة على عمليات التلقيح الاصطناعي

للاغاية ذات تداعيات اجتماعية وأخلاقية لا يمكن حلها بسهولة⁽¹¹⁾. ويختلف حكمها من تشريع لآخر بحسب الخلفية الدينية والموروثات الثقافية⁽¹²⁾.

منهج الدراسة:

حاولت من خلال هذه الدراسة الإجابة على التساؤلات السابقة من خلال تحليل القواعد المنظمة لاستخدام التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي في التشريع البحريني رقم 26 لسنة 2017، الأمر الذي يعني أننا سنتبع في هذه الدراسة المنهج التحليلي لنصوص القانون البحريني.

خطة البحث: ارتأيت دراسة هذا الموضوع من خلال تخصيص المباحث الآتية:

المبحث الأول: ماهية التلقيح الاصطناعي وأنواعه.

المبحث الثاني: شروط استخدام التلقيح الاصطناعي.

المبحث الثالث: الطبيعة القانونية للتصرف المنشئ للالتزام باستخدام الوسائل المساعدة في عمليات

التلقيح الاصطناعي وآثاره.

الخاتمة: وتشمل النتائج والتوصيات.

المنصوص عليها في الفقرة السابقة إذا كان التلقيح يعلمه ورضاه ، وسواء وقع التلقيح من الزوجة أو من الغير " . د. خالد جمال - مرجع سابق - مشار إليه هامش ص18.

¹¹ وفي ذلك تقول المحكمة الأوروبية أن " علاج التلقيح الصناعي "يثير قضايا أخلاقية وأخلاقية حساسة على خلفية التطورات السريعة في المجال الطبي والعلمي، وأنه لا يوجد اتفاق دولي بشأن كيفية تنظيم الموافقة على هذا العلاج. وحتى بين الدول الأعضاء في مجلس أوروبا، لوحظ وجود اختلاف كبير بين النهج " . April - Rosy Thornton- European Court of Human Rights- Consent to IVF treatment- 2008 Vol. 6: 317-p.321.

¹² J. Brotherton -Artificial Insemination with Fresh Donor Semen, Archives of Andrology,1990- 25:2, 173-179, DOI: 10.3109/01485019008987608. Published online: 09 Jul 2009.

المبحث الأول: ماهية التلقيح الاصطناعي وأنواعه

بادئ ذي بدء يجدر الإشارة إلى أن التلقيح الاصطناعي لا يلجأ إليه عادة إلا في حالة وجود عجز على الإنجاب، أيا كان سبب هذا العجز، وهو قد يتم داخل الرحم، وقد يتم خارجه، ولكل نوع منهما صور متعددة، وعلى هدى ذلك، سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: مفهوم التلقيح الاصطناعي.

المطلب الثاني: التلقيح الاصطناعي داخل الرحم.

المطلب الثالث: التلقيح الاصطناعي خارج الرحم.

المطلب الأول: مفهوم التلقيح الاصطناعي

سنتناول فيما يلي التعريف القانوني والفقهى للتلقيح الاصطناعي، من خلال البنود التالية:

البند الأول: التعريف القانوني للتلقيح الاصطناعي:

حدد المشرع البحريني بمقتضى نصوص القانون رقم 26 لسنة 2017 المقصود بالتقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي والإخصاب⁽¹³⁾ في المادة الأولى منه بأنها " الوسائل الطبية التي تساعد على الحمل بدون اتصال طبيعي" ثم تلا ذلك بيان أهم طرق التلقيح الاصطناعي والإخصاب، وذلك بقوله⁽¹⁴⁾ " تُستخدَم التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي والإخصاب بإحدى الطرق التالية، وبما لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية:

(أ) التلقيح الاصطناعي.

(ب) الحَقْن المجهري.

(ج) طفل الأنبوب.

(د) أية تقنية أخرى معتمدة عالمياً تحدّد من قِبَل الهيئة بناءً على الدراسات المتخصصة ورأي الاستشاريين في هذا المجال، وبعد موافقة المجلس الأعلى للشئون الإسلامية".

ولم يكتف المشرع البحريني بتحديد طرق التلقيح الاصطناعي والإخصاب على النحو السالف ذكره وإنما

بيّن أيضاً مفهوم كل منها، وذلك على النحو التالي: -

¹³ يقصد بالإخصاب: العملية التي يتم فيها اتحاد الخلايا الجنسية الأنثوية والذكرية لتنتج كائناً جديداً. الموسوعة العربية العالمية - مؤسسة أعمال الموسوعة للنشر والتوزيع - الطبعة الثانية - 1999 - ج 1 - ص 345.

¹⁴ المادة 5 من القانون رقم 26 لسنة 2017 بشأن استخدام التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي والإخصاب.

التلقيح الاصطناعي: هو حقن عينة من الحيوانات المنوية المستخلصة من مئى الزوج في رحم الزوجة أثناء عملية التبويض الطبيعي أو الاصطناعي.

الحقن المجهرى: هو حقن حيوان منوي واحد داخل البويضة بواسطة إبرة خاصة وبمساعدة جهاز خاص بمجهر عاكس.

طفل الأنبوب: هو تلقيح بويضة الزوجة بالحيوانات المنوية للزوج في المزرعة.

كذلك أدرج المشرع البحريني ضمن التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي والإخصاب، التدخل لتحديد نوع الجنين "انتقاء نوع الجنين"، فضلاً عن انتقاء النسل، وقصد به "تحديد الصفات الوراثية للجنين بواسطة التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي والإخصاب، الخاصة بالفحص الجيني للأجنة؛ لاختيارها قبل زراعتها في التجويف الرحمي"⁽¹⁵⁾.

البند الثاني: التعريف الفقهي للتلقيح الاصطناعي:

على جانب آخر، تناول الفقهاء تعريف التلقيح الاصطناعي في مؤلفاتهم⁽¹⁶⁾، وتعددت هذه التعريفات، وهي وإن اختلفت في العرض فقد اتفقت في المعنى، ومن أهم التعريفات التي تبناها الفقه في هذا الصدد أنه: عملية غير طبيعية قوامها تلقيح بويضة المرأة بالسائل المنوي للرجل داخلياً عن طريق الحقن أو خارجياً عن

¹⁵ المادة رقم 1 من القانون رقم 26 لسنة 2017.

¹⁶ ومن هذه التعريفات تعريف التلقيح الاصطناعي بأنه "ترسب السائل المنوي في المهبل أو القناة العنقية أو الرحم بواسطة أدوات، مثلما يتم بين البشر"، ويمكن التفريق هنا بحسب مصدر السائل المنوي المستخدم. فإذا تم توفيره من قبل زوج المرأة التي تم تلقيحها، يتم تعيين الإجراء AIH التلقيح الاصطناعي، الزوج أما إذا تم استخدام نطفة متبرع طرف ثالث، يستخدم اصطلاح AID التلقيح الاصطناعي، المانحة. في حين إذا كان مصدر السائل المنوي مختلف، يطلق عليه اسم CAI التلقيح الاصطناعي المشترك. تفصيلاً، David R. Wellens- Previous reference- p.952,p.953

وهناك من عرف التلقيح الاصطناعي بأنه إخصاب بويضة الأنثى عن طريق وسائل أخرى غير الجماع. ويرى صاحب هذا التعريف أن هناك نوعان من التلقيح الصناعي: التلقيح الاصطناعي بواسطة الزوج AIH والذي يطلق عليه أحياناً التلقيح المتلي والتلقيح الاصطناعي من قبل المانح AID والذي يشار إليه باسم "شبه التلقيح" أو التلقيح العلاجي أو التلقيح غير المتجانس. تفصيلاً LARRY R THORNTON- Previous reference-p.56

ويطلق على التلقيح الاصطناعي أحياناً اسم "التلقيح البديل" أو "التلقيح بالتبرع"، ويعني إجراء يتم بواسطته حقن السائل المنوي في الرحم لأغراض الإنجاب. Vern L. Bullough-Artificial Insemination-2004- <http://www.glbtc.com>

كما يعرف التلقيح الصناعي بأنه التنسيب اليدوي للسائل المنوي في الجهاز التناسلي للأنثى بطريقة أخرى غير التزاوج الطبيعي. وهي واحدة من مجموعة من التقنيات المعروفة باسم تقنيات التكاثر بمساعدة ART، حيث يتم الإنجاب عن طريق تسهيل اجتماع الأمشاج الحيوانات المنوية والبويضات.

Jane M. Morrell 2011. Artificial Insemination: Current and Future Trends, Artificial Insemination in Farm Animals, Dr. Milad Manafi Ed., ISBN: 978-953-307-312-5, InTech, Available from: <http://www.intechopen.com/books/artificial-insemination-in-farm-animals/artificial-insemination-current-andfuture-trends-p.1>

طريق أنبوب ، بحيث لا يتم الإخصاب عن طريق الاتصال الجنسي المباشر بين الرجل والمرأة باعتباره الطريق الطبيعي للإنجاب" (17)، أو هو ذلك التلقيح الذي يتم من خلال سحب بويضة أو أكثر من رحم المرأة عن طريق عملية جراحية تسمى بعد استئثارها عن طريق هرمونات منشطة ، ثم يجري وضع هذه البويضة أو تلك البويضات في وسط أو محيط مناسب ومغذي، والذي يطلق عليه الأطباء اسم الأنبوب، وبعدها تتم عملية تلقيح البويضة الأنثوية بالنطفة الذكرية ، ثم بعد مرور فترة زمنية تكفي لانقسام البويضة وتكاثرها تقدر بصورة تقريبية بيومين ونصف، تتم عملية زرع البويضة الملقحة لتتابع نموها وتطورها الجنيني داخل الرحم" (18).

وهناك من عرّفه بأنه: نقل الحيوانات المنوية للرجل ووضعها في الجهاز التناسلي للمرأة أو الحصول على الحيوان المنوي للرجل وبويضة المرأة وتلقيحهما خارج الرحم في أنبوب ثم إعادة زرعهما بطريقة طبية معينة في رحم المرأة (19) أو هو: الجمع بين خلية جنسية مذكرة وخلية جنسية أنثوية بغير الطريق الطبيعي، وبرعاية طبيب مختص قصد الإنجاب (20).

من التعريفات السابقة يمكن القول إن لفظ التلقيح الاصطناعي يطلق على عدة عمليات مختلفة يتم بموجبها تلقيح البويضة بحيوان منوي وذلك بغير طريق الاتصال الطبيعي الجنسي (21) ومن ثم يُعد من قبيل التلقيح الاصطناعي كافة الوسائل الطبية التي تساعد على الحمل بدون اتصال طبيعي بين الزوجين، كالحقن المجهرى، وطفل الأنبوب وأي تقنية أخرى معتمدة عالمياً تحدد من قبل الهيئة بناءً على الدراسات المتخصصة ورأي الاستشاريين في هذا المجال، وبعد موافقة المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية.

ويجدر الإشارة إلى أن المشرع البحريني في المادة رقم (5) من القانون رقم 26 لسنة 2017. قد قيد التقنيات الطبية التي يجوز اللجوء إليها للمساعدة على الإخصاب والتلقيح الاصطناعي بعدم تعارض تلك التقنيات

¹⁷ مشار إليه د. خالد جمال - مرجع سابق - ص 6، ص 7. قريب من ذلك، شادية الحسن - حكم الإسلام في التلقيح الاصطناعي - مجلة العلوم والبحوث الإسلامية - العدد الثاني - فبراير 2011 - ص 3. تعريفات أخرى تتفق مع المعنى السابق، وهي تعريف التلقيح الصناعي بأنه "عملية تجري لعلاج حالات العقم عند المرأة، ويتحقق بإدخال مني زوجها، أو شخص أجنبي في عضواها التناسلي بغير اتصال جنسي"، وتعرفه أيضاً بأنه عبارة عن نقل الحيوانات المنوية للرجل ووضعها في الجهاز التناسلي للمرأة، أو الحصول على الحيوان المنوي للرجل وبويضة المرأة وتلقيحها خارج الرحم في أنبوب، ثم إعادة زرعها بطريقة طبية معينة في رحم المرأة". سيف إبراهيم المصاروة - التكييف الجرمي للتلقيح الصناعي دون رضا أحد الزوجين "دراسة مقارنة" - مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية - المجلد 42، العدد 2، سنة 2015 - ص 504.

¹⁸ انظر تفصيلاً هذه التعريفات: د. محمد المرسي زهرة - الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية - دراسة مقارنة - الكويت 1993 - ص 75.

¹⁹ د. شوقي زكريا الصالحى - التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية بالقاهرة - طبعة عام 1422هـ - 2001م - ص 13.

²⁰ بغدالي الجيلالي - مرجع سابق - ص 6.

²¹ كما يقول البعض "استئصال المنى لرحم المرأة بدون جماع". وهبه الزحيلي - موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة - دار الفكر - دمشق - 2010 - ج 3 - ص 552.

الإطار القانوني لاستخدام التقنيات الطبية المساعدة على عمليات التلقيح الاصطناعي

مع أحكام الشريعة الإسلامية، كما استلزم عند استخدام أي تقنيات حديثة بخلاف التلقيح الاصطناعي، والحقن المجهري وطفل الأنبوب، أن تكون هذه التقنيات معتمدة عالمياً، وبعد أخذ رأي الاستشاريين في هذا المجال، وبعد الحصول على موافقة المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية.

المطلب الثاني: التلقيح الاصطناعي داخل الرحم

الإخصابُ عن طريق التلقيح الاصطناعي الداخلي يتم عن طريق التدخل الطبي بوصفه عاملاً مساعداً في تحقيق عملية الإخصاب حيث يتم حقن السائل المنوي للرجل برحم المرأة مباشرة⁽²²⁾، ويتم ذلك بأحد أسلوبين: الأول: يتم بحقن عينة من الحيوانات المنوية المستخلصة من مني الزوج في رحم الزوجة أثناء عملية التبويض الطبيعي أو الاصطناعي، أما الثاني: فيُعرف بالحقن المجري، ويقصد به حقن حيوان منوي واحد داخل البويضة بواسطة إبرة خاصة وبمساعدة جهاز خاص بمجهر عاكس.

ويعني ذلك: أن في هذا النوع من التلقيح الاصطناعي يؤخذ فقط عينة من الحيوانات المنوية المستخلصة من مني الزوج أو حيوان منوي واحد، ويتم وضعه في إناء نظيف معقم وغير مبلل بالماء، حيث يسحب بمحقن خاص ثم يتم إدخاله في فوهة عنق الرحم، بعد التأكد من اليوم المناسب للتبويض، ويستطيع الطبيب أن يحدد هذا اليوم بمراقبة حرارة المرأة طيلة الشهر ومراقبة دورتها الطمثية لثلاثة أشهر سابقة للعملية، أو بوضع أوراق ملونة على عنق الرحم والتأكد من حدوث التبويض⁽²³⁾.

وقد يتم هذا التلقيح أثناء قيام العلاقة الزوجية، كما أنه قد يتم بعد انتهائها، كتلقيح بويضة المرأة بمنوي زوجها المتوفى⁽²⁴⁾ وسنتعرض لهذين الفرضين فيما يلي بإيجاز من خلال البندين التاليين:

البند الأول: التلقيح الاصطناعي أثناء قيام العلاقة الزوجية (حال حياة الزوج):

يتم اللجوء لوسيلة التلقيح الاصطناعي أو الحقن المجري عندما يكون الزوجان يمارسان علاقتهما الزوجية بشكل طبيعي، دون أن تحمل الزوجة، وذلك نتيجة فشل الزوج في إيصال حيوانه المنوي -أيًا كان السبب⁽²⁵⁾ - خلال المواقعة إلى الموضع المناسب لحدوث الحمل، حيث يقوم الطبيب باستخلاص الحيوانات المنوية من الزوج

²² ففي هذه العملية تؤخذ نطفة الرجل وتزرع في مهبل الزوجة، وهو ما يحدث في المباشرة الطبيعية بين الزوجين، لا فرق سوى الإستعاضة عن عضو الذكور بمزقة تزرع بها نطفة الزوج في المكان المناسب من مهبل الزوجة. مشار إليه د. شوقي الصالحي - مرجع سابق - ص 11. وهناك من عرف التلقيح الاصطناعي الداخلي بأنه "عملية طبية تتمثل في إخصاب المرأة عن طريق حقن السائل المنوي للزوج أو لأحد الأعيان في المكان المناسب من الجهاز التناسلي للزوجة، يستوي بعد ذلك أن تكون النطفة المذكورة المستخدمة في عملية التلقيح طازجة أم مجمدة. د. ياسر عبد الله وخليل إبراهيم- الموقف القانوني من عملية التلقيح الصناعي وتأجير الأرحام - مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية - ص 307.

²³ بغدالي الجبالي - مرجع سابق - ص 20.

²⁴ د. شوقي الصالحي - المرجع السابق - ص 19. انظر تفصيلاً، صور التلقيح الاصطناعي الداخلي، د. أحمد لطفي - مرجع سابق - ص 73، ص 74.

²⁵ تعدد أسباب فشل الزوج في إيصال مائه إلى الزوجة، والجامع بينها أن يكون الزوج ليس به مني أو كان به مني ولكنه غير صالح للإنجاب كما في حالة تلوث السائل المنوي للزوج، وقلة عدد حيواناته المنوية أو التنافر المناعي بين مني الزوج وإفرازات المهبل أو عنق الرحم عند زوجته، الأمر الذي يحول دون وصول الحيوانات المنوية إلى البويضة فتهلك أو حالة كون الزوج عقيمًا أو مجنونًا أو في حالة زيادة لزوجة الحيوانات المنوية عند الرجل، أو الضعف الجنسي، أو القذف المبكر. بغدالي الجبالي - مرجع سابق - ص 20.

واختيار الصالح منها للإخصاب⁽²⁶⁾، ثم حقن هذا المنى رأساً داخل رحم زوجته⁽²⁷⁾، وهذا النوع من التلقيح يشبه التلقيح الناتج عن الجماع الطبيعي بين الزوجين، لذا فإنه لا يثير أي إشكالات شرعية⁽²⁸⁾ أو قانونية⁽²⁹⁾، إلا

²⁶ النحوي سليمان- مرجع سابق - ص 69.

²⁷ بذهالي الجبالي- مرجع سابق - ص 21.

²⁸ لقد عرف الفقهاء المسلمون هذا النوع من التلقيح الاصطناعي تحت مسمى "الاستدخال" أي إدخال المرأة مني زوجها داخل فرجها نذكر من ذلك: - المذهب الحنفي: جاء في أقوال فقهاء المذهب الحنفي أنه "عن أبي حنيفة: إذا عالج الرجل جاريته فيما دون الفرج، فأنزل فأخذت الجارية ماءه في شيء واستدخلته فرجها في حرمان ذلك، فعلقته الجارية وولدت ولداً، فإن الولد ولد الرجل، وتصير الجارية أم ولد له". تفصيلاً، زين الدين ابن نجيم الحنفي - البحر الرائق شرح كنز الدقائق - دار المعرفة - بيروت - ج 4 - ص 292، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكلبولي المدعو بشيخي زاده - مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر - تحقيق خليل عمران المنصور - دار الكتب العلمية - بيروت - 1419 هـ - 1998 م - ج 2 - ص 252، محمود بن أحمد بن الصدر الشهيد النجاري برهان الدين مازة - المحيط البرهاني - دار إحياء التراث العربي - ج 10 - ص 629، ابن عابدين - حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة - دار الفكر للطباعة والنشر - بيروت - 1421 هـ - 2000 م - ج 3 - ص 528.

- المذهب الشافعي: جاء في أقوال فقهاء المذهب الشافعي أنه "... وما لو استدخلت مني سيدها المحترم بعد موته فإنه لا تصير أم ولد لانتفاء ملكه لها حال علوقها وإن ثبت نسب الولد منه وورث لكون المنى محترماً". الشيخ سليمان الجمل - حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري - دار الفكر - بيروت - بدون سنة طبع - ج 11 - ص 242، عبد الحميد المكي الشرواني وأحمد بن قاسم العبادي - حواشي الشرواني والعبادي - الكتاب حاشية على تحفة المحتاج بشرح المنهاج لابن حجر الهيتمي - ج 10 - ص 423، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج - دار الفكر للطباعة - بيروت - سنة النشر 1404 هـ - 1984 م - ج 8 - ص 430.

- المذهب المالكي: جاء في أقوال فقهاء المذهب المالكي أنه "... أن المجبوب والخصي إن لم ينزلا فلا لعان لعدم لحوق الولد بهما وإن أنزلا لا عنا" شمس الدين محمد عرفة الدسوقي - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - دار الفكر للطباعة، بيروت / بدون تاريخ طبع - ج 2 - ص 460. ويعني ذلك أن المجبوب والخصي إذا تأتى منهما الإنزال لحق الولد بهما وثبت نسبه.

- المذهب الحنبلي: جاء في أقوال فقهاء المذهب الحنبلي أنه "... ولو استدخلت مني زوج أو أجنبي بشهوة ثبت النسب والعدة والمصاهرة ولا تثبت رجعة ولا مهر المثل ولا يقرر المسمى". علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي دمشقي الصالحي - الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل - دار إحياء التراث العربي بيروت - لبنان - الطبعة الأولى 1419 هـ - ج 8 - ص 213، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الراميني - كتاب الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرادوي - المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي - مؤسسة الرسالة - الطبعة الأولى 1424 هـ - 2003 م - ج 8 - ص 331، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي - شاف القناع عن متن الإقناع - تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال - الناشر دار الفكر - بيروت - سنة 1402 - ج 5 - ص 73.

على الجانب الآخر يرى بعض الفقهاء، عدم إباحة هذه الصورة من صور التلقيح، واحتجوا في هذا القول بأن أي لقاء يكون من شأنه إيجاد ذرية بغير الطريق الطبيعي المعروف، أي بغير الاتصال الجنسي المباشر بين الزوجين يُعدّ - من وجهة نظرهم - محرماً، وذلك عملاً بقول الله تعالى "نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم". الآية رقم 223 من سورة البقرة. تفصيلاً هذه الآراء. د. خالد جمال - مرجع سابق - ص 22، وما بعدها. د. شوقي زكريا الصالحي - مرجع سابق - ص 85. وفي ذلك يقول ابن قدامة المقدسي في المغني " لا يمكن لفقد المنى من المسلول وتعذر إيصال المنى إلى قرار الرحم من المجبوب ولا معنى لقول من قال: يجوز أن تستدخل المرأة مني الرجل فتحمل لأن الولد مخلوق من مني الرجل والمرأة جميعاً ولذلك يأخذ الشبه منهما وإذا استدخلت المنى بغير جماع لم تحدث لها لذة تمنى بها فلا يختلط منهما، ولو صح ذلك لكان الأجنيان الرجل والمرأة إذا تصادقا أنها استدخلت منه وإن الولد من ذلك المنى يلحقه نسبه وما قال ذلك أحد". عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد - المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني - دار الفكر - بيروت - الطبعة الأولى، 1405 - ج 9 - ص 52. تفصيلاً حكم التلقيح الداخلي في الفقه الإسلامي، د. أحمد لطفي - مرجع سابق - ص 83 وما بعدها.

²⁹ وقد أقر المشرع البحريني هذه الحالة، ونص عليه صراحة في القانون رقم 26 لسنة 2017، كما حدد شروطها.

أنه مشروط بضرورة أن تكون هناك مصلحة علاجية معتبرة للزوجين معاً؛ وأن يتوفر رضا الزوج والزوجة (طرفي العلاقة) على إجراء عملية التلقيح الاصطناعي.

البند الثاني: التلقيح الاصطناعي بعد انتهاء العلاقة الزوجية (حال وفاة الزوج أو الطلاق):

لا ريب أن التلقيح الاصطناعي الداخلي الذي يتم بعد الوفاة⁽³⁰⁾ أو الطلاق يعد تلقيحاً بعد انتهاء العلاقة الزوجية، وقد انقسم الرأي بشأن هذه الحالة، وهو ما سنتناوله فيما يلي بإيجاز:

تعرض الفقه لهذه المسألة، ويمكن تلخيص الآراء التي قيلت في هذا الخصوص من خلال التفرقة بين صورتين، الأولى: الإخصاب بمني الزوج في فترة العدة، أما الثانية، فتتمثل في الإخصاب بعد انتهاء فترة العدة. ففيما يتعلق بالصورة الأولى، نجد أن في المسألة رأيين:

الرأي الأول: ذهب إلى حظر إجراء عملية التلقيح الاصطناعي الداخلي بالحيوانات المنوية للزوج أثناء العدة، مستندين في ذلك إلى الحجج الآتية⁽³¹⁾:

1 - إن العلاقة الزوجية تنتهي بوفاة أحد الزوجين، فتصبح الزوجة أجنبية عن زوجها المتوفى، ومن ثم لا يجوز لها تلقيح نفسها بمائه بعد وفاته مهما كانت الأسباب، إلا أن هذا الدليل مردود بأن العلاقة الزوجية، وإن انتهت بالوفاة إلا أن آثارها تظل باقية حكماً إلى حين انتهاء العدة الشرعية.

2 - القياس على التلقيح الطبيعي، فلإن كان التلقيح الطبيعي لا يجوز ولا يعتد به إلا إذا تم في إطار العلاقة الزوجية، فيكون التلقيح الصناعي من باب أولى.

ويرد عليه بأن التلقيح الطبيعي يكون غير ممكن في حالة وفاة الزوج، بعكس التلقيح الصناعي فيمكن إجراؤه بالرغم من وفاة الزوج، فالمسألة تتعلق بمدى إمكان تحققه وليس بما إذا كان يعتد به أم لا.

3 - إنه لا توجد ضرورة علاجية تبرر التدخل الطبي بإجراء عملية التلقيح الاصطناعي، وذلك لوفاة الزوج الذي كان يأمل في الحصول على الولد، لمواجهة مشكلة العقم.

ويرد عليه كذلك، بأن العلة من التدخل الطبي هنا لا تقتصر فقط على وجود ضرورة علاجية (علاج العقم)؛ وإنما تتمثل أيضاً في حق كلا الزوجين في الإنجاب، وحق الزوج في ترك ذرية من صلبه، وكذلك حق للزوجة في الإبقاء على ذكرى زوجها، وتنفيذ وصيته، وذلك في حالة وفاته وهو قابل لإجراء هذه العملية.

³⁰ ظهرت مشكلة تلقيح المرأة اصطناعياً بمني زوجها بعد وفاته في فرنسا عام 1984، والسبب في ظهورها انتشار بنوك حفظ المني والبويضات البشرية. د. شوقي الصالحي - مرجع سابق - ص 45.

³¹ انظر تفصيلاً هذه الآراء، بغدالي الجبالي - مرجع سابق - ص 31.

وقد أخذ بهذا الرأي المشرع البحريني، حيث قرر في الفقرة (أ) من المادة (6) من القانون رقم 26 لسنة 2017 أنه "وفي حالة تحقق العلم بوفاة أحد الزوجين أو انتهاء العلاقة الزوجية لأي سبب يجب الامتناع عن إجراء عملية التلقيح أو الإخصاب أو الحفن المجهري وكل برامج التجميد الخاصة بأجنتهما وإتلافها بالطريقة المتعارف عليها علمياً".

الرأي الثاني: جواز إجراء عملية التلقيح الاصطناعي الداخلي بالحيوانات المنوية للزوج أثناء عدة الوفاة دون الطلاق. لأن العلاقة الزوجية وإن انتهت بالوفاة إلا أن آثارها تظل باقية إلى حين انتهاء العدة الشرعية، وحجته في ذلك: أنه قد يلجأ الرجل إلى حفظ منيه في مصرف منوي لحسابه الخاص ثم يتوفى، وتأتي زوجته بعد الوفاة فتلقح داخلياً بنطفة منه فتحمل، والحكم في هذا الفرض أن الولد ولده، وإن العملية وإن كانت غير مستحسنة فهي جائزة شرعاً، ويستهدي في ذلك بما قدره الفقهاء من أن المرأة إذا حملت بعد وفاة زوجها وكانت معتدة أو جاءت به لأقل من ستة أشهر أو شهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان فإن الولد يثبت نسبه لأن الفراش قائم بقيام العدة، ولأن النسب ثابت قبل الولادة، وثابت أن النطفة منه، وإنما من غير المستحسن في هذه الحالة أن تلجأ المرأة إلى الإنجاب بهذه الطريقة⁽³²⁾.

ومن ناحية أخرى فإن العلة من إجازة التلقيح الاصطناعي الداخلي حال حياة الزوج متحققة في حالة قيام الزوج قبل الوفاة بحفظ منيه في المصرف المنوي مع قبوله المسبق لإجراء عملية التلقيح الصناعي، وسعيه إلى إجرائها، حيث إن العلة من إجازة مثل هذا التلقيح تتمثل في علاج العقم، والحق في الإنجاب، وترك ذرية من صلبه⁽³³⁾، وهو حق للزوجة في الإبقاء على ذكرى زوجها، وتنفيذ وصيته، ومن ثم فإن من حق الزوجة إجراء عملية التلقيح على الرغم من وفاة الزوج وذلك إذا كانت في فترة عدتها⁽³⁴⁾، وكانت هناك موافقة مسبقة من الزوج أما في غير تلك الحالة، فلا يجوز للزوجة المتوفى عنها زوجها أو المطلقة سواء في فترة عدتها أو بعد انتهائها إجراء عملية التلقيح الاصطناعي.

أما في الصورة الثانية، وهي حالة انتهاء العدة، فلا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، لأن علاقة الزوجية انتهت إلى الأبد، والمرأة أصبحت أجنبية عن الزوج المتوفى، أو الذي قام بتطليقها، والقيام بوضع

³² د. شوقي الصالحي - مرجع سابق - ص 51.

³³ فقد حث الرسول صلى الله عليه وسلم على طلب الولد، فعن محمد بن هارون بن محمد بن بكار ثنا العباس بن الوليد الخلال ثنا مروان بن محمد ثنا ابن لهيعة عن عقيل عن ابن شهاب عن سالم عن ابن عمر قال أخبرني حفصة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: لا يدع أحدكم طلب الولد فإن الرجل إذا مات وليس له ولد انقطع اسمه. سليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم الطبراني - المعجم الكبير - تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي - مكتبة العلوم والحكم - الموصل - الطبعة الثانية، 1404 - 1983 - ج 23 - ص 210.

³⁴ ذات الرأي د. شوقي الصالحي - مرجع سابق - ص 49.

الإطار القانوني لاستخدام التقنيات الطبية المساعدة على عمليات التلقيح الاصطناعي

الحيوان المنوي في رحم المرأة بعد انتهاء عدتها سيؤدي إلى امتداد فترة العدة، الأمر الذي نرى فيه مخالفته لأحكام القانون ومبادئ الشريعة الإسلامية.

المطلب الثالث: التلقيح الاصطناعي خارج الرحم (طفل الأنابيب)

عُرِفَت عملية التلقيح خارج الجسم باسم طفل الأنبوب أو الأنابيب⁽³⁵⁾، وهي تسمية غير دقيقة علمياً، لأنها توحي بأن الطفل يبقى مدة الحمل بأكملها داخل أنبوب الاختبار، بينما في الواقع لا يبقى إلا أياماً معدودات داخل الأنبوب. وهي المدة الكافية طبياً لإجراء عملية التلقيح⁽³⁶⁾.

ويحدث التلقيح وفقاً لهذه الطريقة بأحد الأمور التالية: أخذ مني الزوج وبويضة زوجته وتلقيحهما في المزرعة، ثم إعادة اللقحة إلى رحم الزوجة، والتلقيح بواسطة متبرع لأحد الزوجين أو لكليهما، فضلاً عن أخذ مني الزوج وبويضة زوجته وتلقيحها في المزرعة، وبعد نمو اللقحة توضع في رحم امرأة أخرى تسمى متبرعة (إيجار الأرحام)، وسنتناول فيما يلي هذه الصور بإيجاز من خلال البنود التالية:

البند الأول (الصورة الأولى):

أخذ مني الزوج وبويضة زوجته وتلقيحهما في المزرعة (وهو ما يطلق عليه طفل الأنبوب) ثم تعاد اللقحة إلى رحم الأم فتتمو فيها نمواً طبيعياً وتولد الطفلة ولادة عادية أو قيصرية. ويطلق على البويضة المخصبة أو النطفة الملقحة الأمشاج⁽³⁷⁾ (أي الخليط من النطفة الذكرية والبويضة الأنثوية)، وهذه الصورة تشبه التلقيح الناتج عن الجماع الطبيعي بين الزوج وزوجته، حيث تربطهما علاقة زواج شرعي، وهذه الحالة يذهب أغلب فقهاء المسلمين المحدثين إلى جوازها إذا تمت للضرورة وهي علاج عقم بانسداد الأنابيب ولم يعد هناك علاج ينفذ غير هذه الطريقة مع أخذ الاحتياطات اللازمة لعدم اختلاط النطف كما قد يحدث في المختبرات⁽³⁸⁾.

³⁵ وقد بدأت بشائر عملية التلقيح الاصطناعي خارج الجسم في أواخر القرن العشرين، وذلك على إثر نجاح ولادة أول طفلة من أطفال الأنابيب في عام 1978م عندما نجحت عملية الإخصاب خارج الجسم "IVF" لسيدة بريطانية تدعى "ليدي براون" وزوجها السيد "جلبيرت جون براون" كانت نتيجتها ميلاد الطفلة "لويز براون" في 24 يوليو في مدينة أولدهام "Oldham" الإنجليزية بعملية قيصرية. ثم جاءت بعدها أول عملية تلقيح صناعي خارجي في أمريكا عام 1981م، ثم توالى بعدها عمليات التلقيح الصناعي في العالم، وكانت أول عملية تلقيح اصطناعي في العالم العربي في السعودية تحديداً في عام 1985م. د. خالد جمال - مرجع سابق - ص9، ص10.

³⁶ د. محمد المرسي زهرة - مرجع سابق - ص 74 هامش 1.

³⁷ المادة الأولى من القانون رقم 26 لسنة 2017، وهي ذات التسمية التي سميت بها في القرآن الكريم، إذ يقول الحق تبارك وتعالى "إِذَا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَبْتَلِيهِ فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا". الآية 2 سورة الإنسان.

³⁸ د. محمد علي البار - طفل الأنبوب والتلقيح الصناعي - مجلة مجمع الفقه الإسلامي - العدد الثاني - ص181. د. شوقي الصالحي - مرجع سابق - ص74، وص 75. "وقد صدرت عن دار الإفتاء المصرية فتوى تعرضت فيها لمدى مشروعية التلقيح الصناعي الخارجي جنين الأنابيب وذلك بتاريخ 23 مارس عام 1980م الفتوى 63 من نفس العام أعلنت فيه عن جواز قيام الأطباء بإجراء هذه الوسيلة من وسائل الإنجاب الصناعي، شريطة أن يتم ذلك التلقيح الصناعي بلاقح الزوجين وبموافقتهما، ولا يتم نقل البويضة الملقحة إلى غير رحم صاحبة هذه البويضة، وأن يتم ذلك خلال قيام رابطة الزوجية بين الزوجين وفي حياة الزوج وليس بعد وفاته. كما جاء عن مجلس المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي عام 1985م ما مؤداه أن الأسلوب الذي تؤخذ فيه النطفة الذكرية والأنثوية من رجل وامرأة زوجين أحدهما للآخر ويتم تلقيحها خارجياً في أنبوب اختبار معد لذلك الغرض ثم يتم زرع اللقحة بعد ذلك في رحم المرأة صاحبة البويضة هو أسلوب مقبول مبدئياً في ذاته، لكنه غير سليم تماماً من موجبات الشك فيما يستلزم له وما يحيط به من ملاحظات حيث يخشى من عدم أمانة الطبيب في التعامل مع النطف الموجودة في معامل للعديد من مرضاه، أو عدم اتخاذ جانب الحيطة والحذر عند نقل البويضات الملقحة إلى أرحام صحيباتهن، ولذا ينبغي ألا يلجأ إليه إلا في حالة

وقد اعترف المشرع البحريني بهذا النوع من التلقيح واعتبره مشروعاً، وهو ما يفهم من عبارة النص، حيث نجده وقد حذر على المؤسسة الصحية أو الطبيب الاستشاري أو الاختصاصي أو الفني المتخصص في علم الأجنة القيام بالتلقيح بنطف غير الزوج أو تخصيب بويضة من غير الزوجة، كما حذر عليهم القيام باستئجار الرّحم لزراعة الاجنة الناتجة عن تلقيح خارجي بين نطف الزوج وبويضة الزوجة ثم زرعها في رحم امرأة أخرى، وإن كانت هذه المرأة زوجة ثانية له⁽³⁹⁾. الأمر الذي يعني بمفهوم المخالفة، أنه يجوز اللجوء إلى هذه الوسيلة (التلقيح خارج الرحم) في الإخصاب، مادام كان الحيوان المنوي من الزوج، والبويضة من زوجته، والحاضنة هي ذات الزوجة، وليس امرأة أخرى حتى ولو كانت هذه الأخيرة هي زوجة ثانية للزوج صاحب المنى. كل ما هنالك أنه يلزم قبل إجراء عملية التلقيح، سواء كان التلقيح داخل الجسم أو خارجه، عدد من الضوابط سنتناولها تفصيلاً في المبحث الثاني من هذه الدراسة.

الضرورة القصوى". د. خالد جمال - مرجع سابق - ص24، ص25. د. شوقي الصالحي - مرجع سابق - ص85، ص86. ويرى بعض الفقهاء عدم إباحة هذه الصورة من صور التلقيح، وحثته في ذلك أن أي لقاء يكون من شأنه إيجاد ذرية بغير الطريق الطبيعي المعروف، أي بغير الاتصال الجنسي المباشر بين الزوجين يُعد - من وجهة نظرهم - محرماً، وذلك عملاً بقول الله تعالى "نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم"، واستندا أنصار هذا الرأي على قاعدة سد الذرائع، أي على أساس أن هذه القاعدة، تحظر على المسلم شيئاً من الحلال الصريح مخافة الوقوع في الحرام الصريح، وطفل الأنابيب يُطلبُ بسبيل غير مشروع، حيث يُكتشف فيه عن عورة المرأة، فضلاً عن ملامستها وتصويب النظر إلى مواطن الفتنة فيها، فينكسر ذلك تماماً على هذه العملية فتكون أولى بالتحريم مما حرم من الحلال لسد الذرائع. د. شوقي الصالحي - مرجع سابق - ص84، ص85.

على الخلاف من ذلك نجد موقف رجال الدين المسيحي واليهودي، حيث أعلن البابا بيوس الثاني عشر موقف الكنيسة الكاثوليكية الرومانية للعالم في القرن التاسع عشر. فلم يعترف إلا بالإنتاج الطبيعي، واستبعد كل من وسائل منع الحمل والتلقيح الاصطناعي، ومن باب أولى، الإخصاب في المختبر ونقل الأجنة. على الجانب الآخر سمح اللاهوتيون الأخلاقيون الرومان الكاثوليكون بالتلقيح الاصطناعي الداخلي، وهو استخدام حقنة لإدخال السائل المنوي إلى أقصى حد ممكن في قناة الرحم من قبل الزوجين أنفسهم. مع إدانة جميع أشكال التلقيح الاصطناعي AID و AIH بسبب الاستمناء وغيرها من الأسباب. ومع ذلك، يعلن الأب فرانسيس Filas - F، SJ، رئيس قسم اللاهوت في جامعة Loyola، أن السلطات الكاثوليكية ترى أن تحفيز الزوج لتوفير السائل المنوي لزوجته قد لا يكون خاطئاً لأنه لغرض يستحق. أما رجال الدين اليهودي فقد اختلفوا حول التلقيح خارج الجسم. فالحاخام دافيد غراويرت، مدير المحكمة الكنسية لبيت دين اليهود المحافظين في الغرب الأوسط، يبدى اهتماماً بالتزام الزوج والزوجة تجاه بعضهما بعضاً والطفل أكثر من اهتمامه بالتلقيح الاصطناعي AID. - Previous reference - LARRY R THORNTON، وانظر p. 174، و J. Brotherton - Previous reference - p. 58. د. محمد زهره - مرجع سابق - ص29 وما بعدها. د. أحمد لطفي - مرجع سابق - ص79 وما بعدها. وقد اتسم القضاء الفرنسي في بادئ الأمر بطابع الرفض والاستهجان الشديد لعملية التلقيح خارج الجسم، بل واتجاهه إلى مواخذه أي من الزوجين أو كليهما عند اللجوء إليها، وقد تجلى ذلك واضحاً فيما أصدرته محكمة استئناف ليون عام 1956م من حكم قضت فيه بمواخذه الزوجة التي رضيت بالخضوع لعملية التلقيح الصناعي رغم حصوله بنطفة زوجها، نظراً للجوئها من وجهة نظر المحكمة إلى وسيلة علاجية مهينة وغير شرعية. وقد استقر الرأي حالياً فقهاً وقضاء على جواز اللجوء إلى عمليات التلقيح الصناعي بنوعيه أي سواء كان داخلياً أم خارجياً إعانة للزوجين على التخلص من مشاكل العقم التي تواجهها أو تواجه أحدهما، متى تمت بمبنى الزوجين أثناء حياتهما. د. خالد جمال - مرجع سابق - ص20.

³⁹ الفقرة ب و من المادة 7 من القانون رقم 26 لسنة 2017.

البند الثاني (الصورة الثانية):

وتتدرج ضمن هذه الصورة الحالات التي يكون فيها التلقيح بواسطة متبرع لأحد الزوجين أو لكليهما، وذلك وفقاً لفروض ثلاثة:

الفرض الأول: يفترض فيه أن يتم التلقيح الاصطناعي عن طريق أخذ بويضة من امرأة وتخصيبها بحيوان منوي لمتبرع غير زوجها، يستوي أن يكون هذا المتبرع معلوماً وقد يكون مجهولاً، ثم تزرع البويضة المخصبة في رحم هذه المرأة لتعلق في جدار رحمها وتتابع مراحل نموها⁽⁴⁰⁾. أما الثاني: فالفرض فيه أن تكون الزوجة غير قادرة على إفرار بويضات لوجود خلل في مبيضها فتتقدم لها متبرعة أجنبية عن زوجها (أي ليس زوجة أخرى) لتتبرع لها ببويضتها، ثم يجري تلقيحها بمني الزوج. في حين **الفرض الثالث** يكون فيه الزوجان غير قادرين على إفرار النطف الصالحة للإنجاب، فيتقدم لهما متبرعان بحيوان منوي وبويضة، وبعد تلقيحهما تجري عملية زرع البويضة الملقحة في رحم الزوجة لتتابع نموها على إثر علوقها بجدار الرحم.

ولا شك في حرمة هذا النوع من التلقيح شرعاً وقانوناً، فهو محرم شرعاً لما فيه من تعدٍ سافرٍ على بويضة لا تحل لصاحب الحيوان المنوي الذكري، كما أن من شأنه اختلاط الأنساب، حيث ينسب الولد بعد ذلك إلى زوج المرأة صاحبة البويضة⁽⁴¹⁾، وهو محرم قانوناً استناداً لنص الفقرة (ب) من المادة (7) من القانون البحريني رقم 26 لسنة 2017 والتي جاء فيها أنه "يُحظر على المؤسسة الصحية أو الطبيب الاستشاري أو الاختصاصي أو الفني المتخصص في علم الأجنة القيام بالأعمال الآتية: - ب - التلقيح بتطيف غير الزوج أو تخصيب بويضة من غير الزوجة".

⁴⁰ ويتم اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي في هذا الفرض في حالة عقم الزوج بسبب عدم وجود مني عنده أو ضعفه ضعفاً شديداً رغم وجوده.
⁴¹ وفي ذلك يقول فضيلة الشيخ محمود شلتوت "إن التلقيح بماء أجنبي في نظر الشريعة جريمة منكراً وإثم عظيم يلتقي مع الزنا في إطار واحد، جوهرهما واحد ونتيجتهما واحدة، وهي وضع ماء أجنبي قصداً في حرث ليس بينه وبين ذلك الرجل عقد ارتباط بزوجة شرعية، ولولا قصور في الجريمة لكان حكم التلقيح في تلك الحالة هو حكم الزنا الذي حددته الشرائع الإلهية وحرمتها". مشار إليه، د. خالد جمال - مرجع سابق - ص 29. وقد جاء في فتاوى الأزهر أن تلقيح الزوجة بمني رجل آخر غير زوجها سواء لأن الزوج ليس به مني أو كان به ولكنه غير صالح محرم شرعاً، لما يترتب عليه من الاختلاط في الأنساب، بل ونسبه ولد إلى أب لم يخلق من مائه، وفوق هذا ففي هذه الطريقة من التلقيح إذا حدث بها الحمل معنى الزنا ونتائجه، والزنا محرم قطعاً بنصوص القرآن والسنة". انظر كتاب فتاوى الأزهر - موقع وزارة الأوقاف المصرية - ج 2 - ص 236. ويقول علي بن نايف الشحود "أن التلقيح الصناعي له صور عدة منها ما هو مشروع ومنها ما هو محرم قطعاً ومنها ما هو متردد بين الحل والحرمة. فأما المشروع فهو أن يؤخذ مني الزوج وتلقح به نطفة المرأة في رحم المرأة من غير اتصال جسدي، وكذلك أن يؤخذ مني الزوج ونطفة المرأة فيلقحها خارج الرحم ثم يعاد ذلك إلى رحم المرأة فلا حرج في الصورتين المذكورتين. إذا دعت الضرورة لذلك. وأما أخذ المنى من رجل غير زوج المرأة أو نطفة المرأة من غير زوجة الرجل أو أخذ مني الزوج ونطفة الزوجة ووضعهما في رحم امرأة أخرى غير زوجته فلا شك في حرمة ذلك لأنه يقضي إلى اختلاط الأنساب وهو في معنى الزنا، وذلك لانتقاء الحرث في الصور السابقة قال تعالى: نساؤكم حرث لكم [البقرة: 223]. فإذا حدث حمل بإحدى الطرق المذكورة سلفاً فإن الولد لا يعد ابناً شرعياً ولا يجوز تبنيه". تفصيلاً، علي بن نايف الشحود - الفتاوى المعاصرة في الحياة الزوجية - "المفتي: مركز الفتوى بإشراف د. عبد الله الفقيه - تاريخ الفتوى: 16 رجب 1422" - ج 1 - ص 304.

البند الثالث: (الصورة الثالثة):

وفي هذه الصورة يؤخذ منى الزوج وبويضة زوجته ويتم تلقيحها في المزرعة، ولكن بعد أن تنمو اللقiche لا تعاد إلى الأم بل إلى امرأة أخرى تسمى متبرعة⁽⁴²⁾، وذلك وفقاً لفروض ثلاثة:

الأول: وفيه تؤخذ بويضة من الزوجة وتلقح بماء زوجها، ثم تعاد اللقiche إلى رحم امرأة تستأجر لذلك لأي سبب من الأسباب كأن يكون هناك آفة في رحم الزوجة، أو أن يكون قد تم استئصال الرحم بعملية جراحية، أو ترفضها من المرأة ورغبة منها في البعد عن المشقة الناتجة من الحمل والولادة.

أما الفرض الثاني: فيفترض فيه أن يتم تلقيح خارجي بين نطفة رجل وبويضة امرأة ليست زوجته، ثم تزرع اللقiche في رحم امرأة متبرعة، وعند ولادة الطفل تسلمه للزوجين العقيمين.

الفرض الثالث: في حالة التلقيح الخارجي بين بذرتي زوجين، ثم تعاد اللقiche في رحم امرأة أخرى هي الزوجة الثانية للرجل صاحب المنى، ففي هذا الفرض تكون إحدى الزوجتين متبرعة للأخرى، فإما أن تتبرع الأولى بالبويضة، أو تتبرع الثانية برحمها للحمل.

ويمكن القول: إن الرأي الغالب في الفقه الإسلامي المعاصر يرى حرمة كافة صور تأجير الأرحام، لما تحدثه من اضطراب وفوضى في الأنساب والشك فيمن تكون أمه، صاحبه البويضة أم التي حملته وولده⁽⁴³⁾، على الجانب الآخر هناك من يرى جواز هذه العملية إذا كانت المرأة صاحبة المتبرعة هي الزوجة الثانية لصاحب المنى، فيكون المنى لزوجها والبويضة للزوجة الأخرى، وذلك ما دام قد اتفق ثلاثتهم عليه، ورضوا جميعهم على

⁴² وهو ما يطلق عليه تأجير الأرحام أو الرحم الظنر أو مؤجرة البطن أو الأم المستعارة، ويراد به أن يتفق الزوجان مع امرأة أخرى على غرس البويضة الملحقة من المرأة الأولى بماء زوجها في رحم الثاني بأجر متفق عليه. يحيى بن عبد الرحمن الخطيب - أحكام المرأة الحامل - ج 1 - ص 23.

⁴³ د. محمد علي البار - المرجع السابق - ص 182. حيث يرى الرأي الغالب، والذي تبناه مجلس الفقه الإسلامي، أن الإسلام لا يقبل طريقاً للتنازل سوى طريق الزواج، ومن ثم فإن أي وسيلة للتنازل يستخدم فيها طرف ثالث، وسيلة لاغية وباطلة ومحرم شرعاً وموجبة للتعزير لكل من يشترك فيها. والمقصود باستخدام طرف ثالث، استخدام منى رجل آخر أو بويضة امرأة أخرى، أو أن تحمل اللقiche امرأة أخرى رحم مستأجر، وقد كان مجلس الفقه الإسلامي يقصر التحريم على النوعين الأوليين، أما الشكل الثالث من أشكال تأجير الرحم، وهي وضع اللقiche في رحم الزوجة الثانية، فقد حرّمها مجلس الفقه الإسلامي، وألحقها بالأشكال الأخرى لتأجير الرحم، بعد أن كان قد أجازها المجمع الفقهي في دورته السابعة المنعقدة في مكة المكرمة في الفترة من 11 إلى 16 ربيع الآخر سنة 1404هـ، ثم توقف بعد ذلك عن الحكم عليها للأسباب التالية: "إن الزوجة الأخرى التي زرعت فيها لقiche بويضة الزوجة الأولى، قد تحمل ثانية قبل انسداد رحمها على حمل اللقiche من معاشرته الزوج لها في فترة مقاربة مع زرع اللقiche، ثم تلد توأمين، ولا يعلم ولد اللقiche من ولد معاشرته الزوج، كما لا تعلم أم ولد اللقiche التي أخذت منها البويضة من أم ولد معاشرته الزوج. كما قد تموت علقه أو مضغة أحد الحملين، ولا تسقط إلا مع ولادة الحمل الآخر الذي لا يعلم أيضاً أهو ولد اللقiche أم حمل معاشرته ولد الزوج، ويوجب ذلك اختلاط الأنساب لجهة الأم الحقيقية لكل من الحملين، والتباس ما يترتب على ذلك من أحكام، وإن ذلك كله يوجب توقف المجمع عن الحكم في الحالة المذكورة". تفصيلاً، يحيى بن عبد الرحمن الخطيب - المرجع السابق - ج 1 - ص 24 وما بعدها.

أن يكون الولد للأنثى ولزوجته صاحبة البويضة الملقحة (أي الأم البيولوجية)، وليس للزوجة صاحبة الرحم، وبناء عليه تعد صاحبة الرحم بمثابة الأم من الرضاع بالنسبة لهذا الولد⁽⁴⁴⁾.

ويستند أنصار هذا الرأي إلى حجة أخرى، هي: أن المرأتين زوجتان لصاحب الحيوان المنوي الذكري الملقح للبويضة، الأمر الذي يحول دون الوقوع في أية محاذير شرعية، كسقي الرجل ماءه لولد غيره، والذي نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحديث الذي رواه رُوَيْفِعُ بْنُ ثَابِتٍ الْأَنْصَارِيُّ، أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «لَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَوْ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَلَا يَسْقِي مَاءَهُ وَلَدَ غَيْرِهِ»⁽⁴⁵⁾ أو وضع الرجل ماءه في رحم لا يحل له، والذي لا يخلو من شبهة الحرام، على أن يُراعى عدم معاشرته الزوج لزوجته صاحبة الرحم لفترة معينة من الزمن بعد زراعة البويضة الملقحة وعلوقها بجدار رحمها نُقْدُرُ بحوالي شهرين (ثمانية أسابيع تقريباً)، وهي المدة اللازمة لتكوين المشيمة التي تفرز هرمونات تُوقِفُ عملية التبويض، وذلك تقادياً لاحتمالات إنجاب هذه المرأة صاحبة الرحم على إثر معاشرته الزوج لها فور زراعة البويضة الملقحة برحمها، مما يؤدي إلى اختلاط الأنساب، ومثل هذا القيد يُساعدُ على تفادي المخاطر التي دعت المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة إلى العدول عن فتواه التي كانت تُجيزُ هذه الفرضية من فرضيات التلقيح الصناعي⁽⁴⁶⁾.

هذا فضلاً عن أن فكرة اختلاط الأنساب التي تم التذرع بها يمكن حلها في حالة معاشرته الزوج لزوجته صاحبة الرحم، وسقوط البويضة المخصبة وحمل هذه الزوجة، وذلك عن طريق فحص الـ (DNA)، حيث يمكن من خلال هذا الفحص تحديد أب المولود وأمه.

هذا ولقد حظر القانوني البحريني كافة صور تأجير الأرحام، بما فيها حالة التلقيح الخارجي بين بذرتي زوجين، ثم تعاد اللقيحة في رحم امرأة أخرى هي الزوجة الثانية للرجل صاحب المنى، وهو ما يظهر جلياً من صياغة نص الفقرة (و) من المادة (7) من القانون البحريني رقم 26 لسنة 2017 والتي جاء فيها أنه "يُحْظَرُ على المؤسسة الصحية أو الطبيب الاستشاري أو الاختصاصي أو الفني المتخصص في علم الأجنة القيام بالأعمال الآتية: - و - استعارة أو استئجار الرِّجْمَ لزراعة الاجنّة الناتجة عن تلقيح خارجي بين نُطْفِ الزوج وبويضة الزوجة ثم زرعها في رحم امرأة أخرى، وإن كانت هذه المرأة زوجة ثانية له".

⁴⁴ د. خالد جمال - مرجع سابق - ص31.

⁴⁵ الحديث رواه الطبراني في المعجم الكبير، برقم 4489.

⁴⁶ راجع تفصيل هذا الرأي، د. خالد جمال - مرجع سابق - ص32.

المبحث الثاني: شروط التلقيح الاصطناعي

لقد حرص المشرع البحريني عند إباحته لاستخدام الوسائل المساعدة على التلقيح الاصطناعي على وضع مجموعة من الضوابط والشروط التي يلزم توافرها لاستخدام هذه الوسائل، منها ما يتعلق بالجهة أو الأشخاص المنوط بهم إجراء عملية التلقيح الاصطناعي، ومنها ما يتعلق بالمستفيدين من إجراء هذه العملية (الزوجين)، ومنها ما يتعلق بحفظ البويضات أو الأجنة أو الحيوانات المنوية أو الأنسجة لغرض التخصيب المستقبلي، ويسبق هذه الشروط كلها شرط عام وضعه المشرع البحريني، وهذا الشرط يتمثل في عدم مخالفة التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي والإخصاب، وكذلك عدم مخالفة طرق التلقيح المستخدمة للشريعة الإسلامية⁽⁴⁷⁾.

هذا وسنتعرض لهذه الشروط من خلال تخصيص المطلبين التاليين: -

المطلب الأول: الشروط الواجب توافرها في طالبي التلقيح الاصطناعي.

المطلب الثاني: الشروط الواجب توافرها في المؤسسة الطبية.

⁴⁷ حيث نصت المادة 5 من القانون رقم 26 لسنة 2017 على أنه " تُستخدم التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي والإخصاب بإحدى الطرق التالية، وبما لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية ...".

المطلب الأول: الشروط الواجب توافرها في طالبي التلقيح الاصطناعي

لقد اشترط المشرع البحريني لاجراء عملية التلقيح الاصطناعي عدة شروط بالنسبة لطالبي إجراء هذه العملية، وهو ما نستعرضه فيما يلي بإيجاز من خلال البنود التالية.

البند الأول: قيام العلاقة الزوجية:

لقد حرص المشرع البحريني على اشتراط قيام العلاقة الزوجية للترخيص بإجراء عمليات التلقيح الاصطناعي، ويعني ذلك أن عملية التلقيح لا تجوز إلا بين رجل وامرأة تربطهما رابطة زوجية مشروعة⁽⁴⁸⁾، لذا نجده قد ألزم المؤسسة الصحية المنوط بها استخدام التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي والإخصاب بالتَّئِبَّت من وجود عقد زواج موثَّق لدى الجهات المختصة قبل البدء في العلاج، وهذه الالتزام لا يقتصر على مرحلة بداية العلاج، وإنما يظل قائماً في حق المؤسسة الصحية إلى حين زرع الأجنة، فإذا انقضت العلاقة الزوجية لأي سبب - سواء لوفاة أحد الزوجين أو للطلاق - قبل زرع الأجنة، وتحقق للمؤسسة العلم بذلك وجب عليها الامتناع عن إجراء عملية التلقيح أو الإخصاب أو الحُقن المجهرية، كما وجب عليها إيقاف كل برامج التجميد الخاصة بأجنتهما وإتلافها بالطريقة المتعارف عليها علمياً⁽⁴⁹⁾.

وإن كنا نفضل تعديل هذا الحكم على اعتبار أن علاقة الزوجية لا تنقضي بمجرد وفاة الزوج، فتظل قائمة حتى انتهاء فترة العدة، بحيث يجوز للزوجة استكمال إجراءات عملية التلقيح الاصطناعي في حالة وفاة الزوج، مادامت كانت في فترة عدتها، وكان الزوج قد وافق على إجراء العملية قبل الوفاة، ولم يثبت عدوله عن تلك الموافقة.

⁴⁸ وفي ذلك يقول الدكتور محمد زهره "... أن اشتراط وجود علاقة زوجية بين كل من الرجل والمرأة تبرره، بالإضافة إلى كون الزواج هو أساس التوالد والتكاثر، مصلحة الطفل نفسه، ففي حالة وجود علاقة زوجية بين الرجل الأب والمرأة الأم، فإن الطفل سيد، عند ولادته، أبوين يستقبلانه لتربيته، وتوجيهه، ورعايته في الحياة. فالزواج يمثل ضماناً قوياً للطفل حيث يتوافر - عادة - الاستقرار والاستمرار". د. محمد زهره - مرجع سابق - ص 37، وهذه الشرط بديهي، لكون البحرين بلد إسلامي لا تعترف بأي علاقات جنسية خارج إطار العلاقة الزوجية، على خلاف ذلك فإن كثير من دول العالم، وبصفة خاصة في أوروبا وأمريكا يعترفون بنوع من العلاقات خارج إطار الزواج، وهو ما يسمى بالعلاقات الحرة، بالإضافة إلى أن هناك بعض التشريعات تمكن حتى النساء غير المتزوجات من الإنجاب وكذا النساء الأرامل. ففي فرنسا مثلاً وبالرغم من رفض الفقه الفرنسي إضفاء المشروعية على العلاقات الحرة، ومساواتها بالزواج كعلاقة مشروعة نظراً لكون هذه العلاقة يعومها التنظيم، ولا توفر أية حماية لا للزوج ولا للزوجة، ولا للطفل بعد ولادته، فإن القانون الفرنسي قد نص في الفقرة 2 من المادة 152 من قانون الصحة العامة على حق طرفي هذه العلاقة في اللجوء لعمليات التلقيح إذا اثبتا قيام الحياة المشتركة بينهما لمدة سنتين قبل اللجوء لعملية التلقيح الاصطناعي. النحوي سليمان - مرجع سابق - ص 89.

⁴⁹ نص الفقرة أ من المادة 6 من القانون رقم 26 لسنة 2017.

البند الثاني: رضا طرفي العلاقة:

لقد اشترط المشرع البحريني كذلك رضا طرفي العلاقة، أي الزوجين، على إجراء عملية التلقيح، وهو بلا شك شرط بديهي، وذلك لأن الأبوة والأمومة مسألة اختيارية وليس إجبارية، لذا لزم موافقتهما معاً على عملية التلقيح⁽⁵⁰⁾، ويلزم في هذا الرضا أن يكون مكتوباً، فلا يكفي الموافقة الشفهية على إجراء إحدى التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي والإخصاب، ومن ثم فإن العقد الطبي المبرم بين الزوجين والمؤسسة الطبية والمتضمن إجراء إحدى التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح لا يكفي لصحته توافر الأركان العامة للعقد، وهي الرضا والمحل والسبب، وإنما يلزم أيضاً توافر الشكل الذي استلزمه المشرع⁽⁵¹⁾، وهو أن تكون الموافقة من الزوجين على إجراء العملية خطية⁽⁵²⁾ ووفقاً للنموذج المعد لذلك من قِبل الهيئة الوطنية لتنظيم المهن والخدمات الصحية، ونرى أن المشرع البحريني كان موفقاً في اشتراط الموافقة الخطية حتى لا يكون هذا الإجراء مدعاة للتنازع مستقبلاً بين الزوجين والمؤسسة الطبية، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، لمنع المؤسسة الطبية من استغلال هذه التقنيات في إجراء تخصيب أو تخليق أجنة خارج إطار القانون.

والأصل أن يكون الرضا خالياً من عيوب الإرادة (أي خالياً من الإكراه والتدليس والغلط والاستغلال) طبقاً للقواعد العامة، إلا أن ذلك لا أثر له على نسب الطفل لأبويه، ما دام كان المني للزوج والبويضة لزوجته⁽⁵³⁾، فالقول بقبالية العقد للإبطال هنا لن يكون مجدياً، وبصفة خاصة إذا تكون الجنين فعلاً، أو حدثت الولادة.

⁵⁰ كما أن مصلحة الولد تقتضي توافر هذا الرضا، فالقول بغير ذلك سيؤدي إل وجود طفل غير مرغوب فيه، الأمر الذي قد يكون من شأنه، قيام الزوج بإنكار نسبه، ولا يخفى الآثار السلبية لعملية إنكار النسب على الطفل، هذا من ناحية ومن ناحية ثانية فإن التلقيح الاصطناعي عمل طبي بالنسبة للزوجة، والعمل الطبي يقتضي بوجه عام قبل إجرائه موافقة المريض. د. محمد زهره - مرجع سابق - ص 40. ذات المعنى، سيف المصاروة - مرجع سابق - ص 506.

⁵¹ يقصد بالعقد الشكلي ما لا يتم بمجرد تراضي الطرفين، بل يجب لتمامه فوق ذلك اتباع شكل مخصوص يعينه القانون. د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - الجزء الأول - المجلد الأول - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - 1998 - ص 127.

⁵² والموافقة الخطية لازمة سواء على إجراء إحدى التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي والإخصاب أو على زرع الأجنة الناجمة عن تلقيح الأمشاج وهو ما يظهر جلياً من نص الفقرة ج، د من المادة 6 من القانون رقم 26 لسنة 2017، والتي نصت على أنه "تلتزم المؤسسة الصحية في استخدام التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي والإخصاب بالواجبات الآتية : ج الموافقة الخطية من الزوجين على إجراء إحدى التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي والإخصاب وفقاً للنموذج المعد لذلك من قِبل الهيئة. د الموافقة الخطية من الزوجين على زرع الأجنة الناجمة عن تلقيح الأمشاج وفقاً للنموذج المعد لذلك من قِبل الهيئة. وكذلك لازمة فيما يتعلق بحفظ الأجنة، كما يلزم الموافقة الخطية من الزوج على حفظ حيواناته المنوية، ومن الزوجة حفظ البويضات والأنسجة الخاصة بها. كما يلزم موافقتهما على إتلاف الأجنة الفقرة أ، ب، ج، هـ من المادة 8 من القانون رقم 26 لسنة 2017، والتي جاء فيها أنه " يُشترط لحفظ البويضات أو الأجنة أو الحيوانات المنوية أو الأنسجة لغرض التلقيح الاصطناعي والإخصاب أو الزراعة في المستقبل تحقق الشروط الآتية: أ موافقة الزوجين كتابةً على حفظ الأجنة، وتوثق في حالة انتهاء العلاقة الزوجية. ب موافقة الزوج كتابةً على حفظ حيواناته المنوية. ج موافقة الزوجة كتابةً على حفظ البويضات والأنسجة الخاصة بها. وتُحفظ الموافقة الكتابية المذكورة في البنود أ، ب، ج في الملف الطبي للزوج أو الزوجة، حسب الأحوال. هـ ولا يجوز إتلاف الأجنة إلا بعد موافقة الزوجين".

⁵³ د. محمد زهره - مرجع سابق - ص 41.

وفي جميع الأحوال يلزم أن يكون الرضا مبنياً على تبصر بكل مقتضيات العملية⁽⁵⁴⁾، لذا ألزم المشرع البحريني المؤسسة الصحية - قبل إجراء عملية التلقيح - بإعلام الزوجين بنسب النجاح المتوقعة، ومدى احتمالية اللجوء إلى عدة محاولات، والآثار والمخاطر على صحة الأم والجنين⁽⁵⁵⁾، فإذا كان الرضا بهذا الشكل فإن نتائجه تكون ملزمة للطرفين فلا يدعي أحدهما فيما بعد إنكار أبوة الطفل.

البند الثالث: أن يكون كلا الزوجين على قيد الحياة:

وقت إجراء عملية التلقيح الاصطناعي، فلا يكفي وجود علاقة زوجية تربط بين الراغبين في إجراء عملية التلقيح الاصطناعي، وإنما يلزم كذلك أن يكونا على قيد الحياة، وهذا الشرط استلزمه المشرع البحريني، حيث قرر صراحة في الفقرة (أ) من المادة (6) أنه "..... وفي حالة تحقق العلم بوفاة أحد الزوجين أو انتهاء العلاقة الزوجية لأي سبب يجب الامتناع عن إجراء عملية التلقيح أو الإخصاب أو الحُقن المجهرية وكل برامج التجميد الخاصة بأبنتهما وإتلافها بالطريقة المتعارف عليها علمياً".

إلا أننا نرى ضرورة تعديل هذا الحكم بحيث يسمح للزوجة إجراء عملية التلقيح على الرغم من وفاة الزوج، وذلك إذا كانت في فترة عدتها، وكانت هناك موافقة مسبقة من الزوج، أو على الأقل يمكن الأخذ بالتفرقة، التي نادى بها البعض، بين عملية التلقيح ذاتها وعملية زرع البويضة الملقحة في رحم الزوجة، فإذا كانت عملية التلقيح قد تمت، واختلط ماء الرجل ببويضة المرأة ثم توفى الزوج كان من حق الزوجة زرع البويضة الملقحة في الرحم، أما إذا لم يتم مزج المني بالبويضة فلا يجوز ذلك⁽⁵⁶⁾.

البند الرابع: أن يكون الغرض من استخدام التقنيات المساعدة على التلقيح الاصطناعي هو العلاج:

ومقتضى هذا الشرط أن يكون الهدف الأساسي من استخدام تلك التقنيات هو تسهيل عملية الإنجاب وذلك لعدم تحققه بالطرق الطبيعية رغم استخدام العلاج التقليدي، وعليه فلا يجوز اللجوء للتلقيح الصناعي أو التقنيات الطبية الأخرى لتحقيق أي غرض غير المساعدة على الإنجاب، كالدراسات والبحوث العلمية، أو تطوير صفات الجنس البشري أو الاتجار أو تحديد الجنس⁽⁵⁷⁾. ويستفاد هذا الشرط من نص الفقرات (ج، د، هـ) من المادة (7) من القانون رقم 26 لسنة 2017، والتي نصت على أنه "يحظر على المؤسسة الصحية أو الطبيب الاستشاري

⁵⁴ لا شك أن رضا المريض يستلزم لصحته أن يكون حراً وأن يكون عن تبصر، فعلى الطبيب تنبيه المريض مسبقاً وإطلاعه على المخاطر والنتائج المحتملة للعمل الطبي. وهو ما أكدت عليه التشريعات الأوروبية ومنها التشريع الفرنسي، د. ياسر محمد عبد الله وخليل إبراهيم - مرجع سابق - ص 321.

⁵⁵ الفقرة ب من المادة 6 من القانون رقم 26 لسنة 2017.

⁵⁶ د. محمد زهره - مرجع سابق - ص 207.

⁵⁷ سيف المصاروة - مرجع سابق - ص 506.

الإطار القانوني لاستخدام التقنيات الطبية المساعدة على عمليات التلقيح الاصطناعي

أو الاختصاصي أو الفني المتخصص في علم الأجنة القيام بالأعمال الآتية: ج) الاستنساخ لأي سبب كان. د) انتقاء النوع أو النسل إلا إذا كان لأسباب تتعلق بالأمراض الوراثية المرتبطة بنوع الجنين. هـ) الحصول على الأجنة بهدف إجراء الدراسات والبحوث".

المطلب الثاني: الشروط الواجب توافرها في المؤسسة الطبية

حرص المشرع البحريني على تضمين القانون رقم 26 لسنة 2017 الشروط الواجب توافرها في الأشخاص المنوط بهم إجراء عملية التلقيح الاصطناعي، وهو ما يستفاد من نص المادة (4) من هذا القانون، والتي جاء فيها أنه "تلتزم الجهة المنوط بها إجراء عملية التلقيح الاصطناعي بالحصول على ترخيص بذلك، مع مراعاة سريان كافة أحكام المرسوم بقانون رقم (21) لسنة 2015 بشأن المؤسسات الصحية الخاصة بشأن إجراءات وشروط التراخيص والالتزامات والواجبات والرقابة والإشراف والتحقيق والمساءلة على المؤسسات الصحية والمراكز الخاصة الخاضعة لأحكام هذا القانون:

1- لا يجوز لأي شخص طبيعى أو اعتباري أن ينشئ أو يُشغّل أو يدير مؤسسة صحية إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك يصدر من الهيئة وفقاً للشروط والضوابط الواردة بهذا القانون وبالقوانين ذات الصلة، واللائحة التنفيذية لهذا القانون.

2- يُحظر ممارسة النشاط إلا بعد توفير الكادر الإداري، والكادر الطبي المتخصص بحسب الاشتراطات الصادرة عن الهيئة".

وبعني ذلك أنه يشترط في المؤسسة الصحية المنوط بها إجراء عمليات التلقيح الصناعي شرطان، نتناولهما في البندين التاليين: -

البند الأول: الحصول على ترخيص⁽⁵⁸⁾

بذلك من الهيئة الوطنية لتنظيم المهن والخدمات الصحية، والأمر لا يخرج عن أحد فرضين، الأول منهما، أن تكون المؤسسة الخاصة عاملة في استخدام التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي والإخصاب وذلك قبل إصدار القانون رقم 26 لسنة 2017، أن يتقدم أصحاب المؤسسة بطلبات لتوفيق أوضاع مؤسساتهم وترخيصها وفقاً لأحكام ذلك القانون خلال مدة لا تتجاوز ستة أشهر من تاريخ العمل بأحكامه⁽⁵⁹⁾، أما الثاني، فيتمثل في المؤسسات الجديدة، التي يتم إنشائها بعد إصدار القانون، فيحظر عليها مباشرة هذه العمليات قبل الحصول على ترخيص بذلك، وفي الحالتين، تقوم المؤسسة الصحية بتقديم طلب توفيق الأوضاع أو الترخيص

⁵⁸ تشترط الكثير من التشريعات في الجهات المنوط بها إجراء عمليات التلقيح الصناعي أن تحصل على الترخيص الإداري المسبق وذلك للتأكد من توافر الشروط المطلوبة فيها قبل إجراء مثل هذه العمليات، حتى أن هناك من التشريعات ما يقصر إجراء عمليات التلقيح الاصطناعي على المؤسسات الصحية العامة دون الخاصة، ولا غرابة في تطلب الترخيص نظراً لما تتطلبه هذه العمليات من إمكانيات كبيرة جداً و وسائل علمية متطورة يصعب وجودها في المؤسسات الصحية الخاصة، فضلاً عن تخوف التشريعات من خروج هذه العمليات عن أطرها المشروعة إذا قامت بها المؤسسات الطبية الخاصة. النحوي سليمان - مرجع سابق - ص 98.

⁵⁹ المادة 2 من القانون رقم 26 لسنة 2017.

– حسب الأحوال – إلى اللجنة الاستشارية الفنية المشكلة وفقاً للمادة (3) من ذات القانون⁽⁶⁰⁾، حيث تقوم اللجنة بإصدار توصيتها بقبول أو رفض طلب الترخيص، وفي حالة الرُّفض يتعيَّن أن يكون القرار مُسبباً.

البند الثاني: أن يكون لدى المؤسسة الصحية الكوادر اللازمة لمباشرة عمليات التلقيح الصناعي، سواء الكوادر الإدارية أو الكوادر الطبية المتخصصة، فمن الضروري توافر فريق طبي بيولوجي متخصص وذو كفاءة عالية، كما يلزم توافر الوسائل المادية والعلمية اللازمة لاجراء مثل هذه العمليات، وذلك بحسب الاشتراطات الصادرة عن الهيئة الوطنية لتنظيم المهن والخدمات الصحية.

⁶⁰ حيث نصت المادة 3 من القانون رقم 26 لسنة 2017 على أنه تشكّل لجنة استشارية فنية من المختصين، يصدر بها قرار من رئيس المجلس، بعد موافقة المجلس، وتختص بالنظر فيما يُحوّل إليها من الرئيس التنفيذي من طلبات التراخيص المحالة إليها أو تجديدها وفقاً للأحكام والإجراءات المنصوص عليها بالقانون، أو كافة المسائل المتعلقة بأحكام هذا القانون. وتجتمع اللجنة بدعوة من الرئيس التنفيذي أو رئيسها أو نائبه عند غيابه كلما اقتضت الحاجة لذلك، ويكون اجتماعها صحيحاً بحضور أغلبية أعضائها، على أن يكون الرئيس أو نائبه من بينهم، وتصدر توصياتها بأغلبية أعضائها الحاضرين، ويُرجّح الجانب الذي منه الرئيس عند تساوي الأصوات. وللجنة دعوة من تراه مناسباً من ذوي الخبرة والاختصاص لحضور اجتماعاتها للاستئناس برأيه في الأمور المعروضة عليها دون أن يكون له حق الاشتراك في التصويت.

المبحث الثالث: الطبيعة القانونية للتصرف المنشئ للالتزام باستخدام الوسائل المساعدة في عمليات التلقيح الاصطناعي وآثاره

إن التصرف القانوني المنشئ للالتزام باستخدام الوسائل المساعدة في التلقيح والإخصاب يؤدي إلى وجود أكثر من علاقة قانونية، حيث تنشأ علاقة بين الزوج والزوجة، وأخرى بين الزوجين والطبيب المعالج (المؤسسة الطبية)، وقد تتواجد علاقة ثالثة، في حالة إبرام أحد الزوجين أو كلاهما لعقد مع المؤسسة الطبية موضوعه حفظ البويضات أو الأجنة أو الحيوانات المنوية أو الأنسجة لغرض التخصيب المستقبلي، الأمر الذي يستلزم منا قبل تحديد التزامات أطراف العلاقة، التعرف على الطبيعة القانونية لكل علاقة من العلاقات السابقة، وعلى هدى ذلك، نرى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين كالآتي:

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للتصرف المنشئ للالتزام باستخدام الوسائل المساعدة في عمليات التلقيح الاصطناعي.

المطلب الثاني: آثار التصرف المنشئ للالتزام باستخدام الوسائل المساعدة في عمليات التلقيح الاصطناعي.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للتصرف المنشئ للالتزام باستخدام الوسائل المساعدة في عمليات التلقيح الاصطناعي

تختلف الطبيعة القانونية للتصرف المنشئ للالتزام باستخدام الوسائل المساعدة في عمليات التلقيح الاصطناعي باختلاف العلاقة القانونية المراد تحديد طبيعتها، فالطبيعة القانونية لعقد التلقيح الاصطناعي بين الزوجين، تختلف عن الطبيعة القانونية للعقد الطبي المبرم بين الزوجين والطبيب المعالج، وتختلف كذلك عن الطبيعة القانونية للعقد المبرم بين الزوجين والمؤسسة الصحية بشأن حفظ البويضات أو الأجنة أو الحيوانات المنوية أو الأنسجة لغرض التخصيب المستقبلي، وذلك من خلال البنود الثلاث الآتية: -

البند الأول: في العلاقة بين الزوجين (ضرورة وجود عقد للتلقيح الاصطناعي):

العلاقة التي تربط الزوجين فيما يتعلق بإجراء عملية التلقيح الاصطناعي لا يحكمها عقد الزواج، لأن الإيجاب الاصطناعي ليس من مقتضيات وأثار عقد الزواج، وعلى ذلك فإن موافقة الزوجين على إجراء عملية التلقيح الصناعي يعتبر بمثابة عقد جديد منفصل، ومستقل، عن عقد الزواج، على الرغم من أن الأخير يعتبر شرطاً من شروطه⁽⁶¹⁾، حيث يرتب عقد الزواج الصحيح مجموعة من الآثار، بعضها مشترك بين الزوجين كحل المعاشرة والاستمتاع وثبوت النسب والتوارث، ولا يعد الإيجاب أثر من أثار عقد الزواج، فالإيجاب أمر اختياري للزوجين، فليس لأحدهما أن يجبر الآخر على ذلك، وإنما يلزم موافقتهما معاً⁽⁶²⁾.

إلا أن عقد إجراء عملية التلقيح من العقود غير المسماة، ذات الطبيعة الخاصة، فهو يقوم على الاعتبار الشخصي⁽⁶³⁾، حيث تكون شخصية الزوج والزوجة - في عقد التلقيح المشروع⁽⁶⁴⁾ - محل اعتبار في العقد، لذا فإنه يترتب على ذلك أمرين:

⁶¹ وذلك في الدول التي لا تجيز عملية التلقيح الاصطناعي إلا بين الزوجين، كالبحرين مثلاً، حيث أن التشريع البحرين يحظر وجود طرف ثالث في عملية التلقيح، كمتبرع، سواء المتبرع بالبويضة أو بالمني أو بالرحم.

⁶² ذات المعنى، د. محمد زهره - مرجع سابق - ص 196.

⁶³ وتعد فكرة الاعتبار الشخصي من الأفكار الأساسية في مجال إبرام العقود، فهناك عقود تكون فيها شخصية أحد المتعاقدين أو صفة من صفاته، عنصراً جوهرياً في التعاقد، أي أنها تكون محل اعتبار من جانب المتعاقد الآخر عند إبرام العقد، والاعتبار الشخصي يرتبط بالباعث الدافع إلى التعاقد، فإذا كانت شخصية المتعاقد هي الباعث الدافع إلى التعاقد، فإن العقد يتسم بالاعتبار الشخصي، مثال على ذلك في عقد المعاولة تكون شخصية الماؤول محل اعتبار لدى صاحب العمل، فصاحب العمل لم يرض بإبرام العقد إلا بعد أن أدخل في اعتباره شخص الماؤول، ويترتب على ذلك أنه إذا وقع غلط في شخص الماؤول، كأن اعتقد شخص أنه يتعاقد مع شخص معين، فإذا به يتعاقد مع شخص آخر غير الشخص الذي قصده، فإن عقد المعاولة يكون قابلاً للإبطال للغلط، وكذلك في عقد الوديعة، تكون شخصية المودع لديه محل اعتبار، وفي عقد الهبة، والوكالة. تفصيلاً، شاكركباشي - فكرة الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية - مجلة العلوم القانونية - بغداد - العدد 14 - ص 279، ص 280.

⁶⁴ التلقيح المشروع هو ذلك التلقيح الذي يعترف به المشرع البحريني - محل الدراسة - والمشرع البحريني وفقاً لأحكام القانون رقم 26 لسنة 2017 لا يعترف إلا بالتلقيح الداخلي في حال حياة الزوج، والتلقيح الخارجي في صورة تلقيح مني الزوج ببويضة الزوجة، أما غير ذلك من صور التلقيح

الأول: أن وفاة أحد الزوجين يؤدي إلى انقضاء هذا العقد، إلا أن عقد التلقيح وإن كان عقداً مستقلاً بذاته، إلا أنه يرتبط بعقد الزواج، لاسيما وأنه قد تم وضع كل بنوده والاتفاق عليه أثناء قيام انعقاد عقد الزواج حقيقة، ولما كان عقد الزواج يبقى آثاره بعد الوفاة أو الطلاق ما دامت العدة لم تنتهي، وبالتالي تظل المرأة زوجة حكماً، بدليل ثبوت حق الرجعة والميراث، نرى بقاء عقد التلقيح حكماً، والقول بغير ذلك سيكون من شأنه تحقيق نتائج غير منطقية وغير مقبولة، ومن ذلك: انقضاء هذا العقد بالرغم من تمام عملية التلقيح واقترب عملية الولادة وقت وفاة الزوج، ومن ثم ضرورة إجهاض الزوجة، وهو ما لا يمكن القول به.

أما الأمر الثاني فيتمثل في خضوع هذا العقد للأحكام العامة للعقود فيما يتعلق بوجود عيب من عيوب الإرادة، فإذا شاب العقد إحداها كان العقد قابلاً للإبطال لمصلحة من توافر العيب في حقه، إلا أن ذلك يثير التساؤل بشأن تحديد الوقت الذي يمكن خلاله المطالبة بالإبطال، بمعنى آخر، هل يخضع البطلان هنا للقواعد العامة في البطلان النسبي من حيث تقادم الحق في المطالبة به وما يترتب على الحكم به؟

فمن المعلوم أن دعوى المطالبة بالإبطال لوجود عيب من عيوب الإرادة تسقط بمضي ثلاث سنوات تحسب من تاريخ اكتشاف الغلط أو التدليس أو من تاريخ زوال الإكراه، أو بمضي خمس عشرة سنة من تاريخ إبرام العقد، فتسقط الدعوى بأي الأجلين أقرب⁽⁶⁵⁾، كما أن دعوى المطالبة بالإبطال في حالة الاستغلال تسقط بمضي سنة من تاريخ إبرام العقد⁽⁶⁶⁾، ومن المعلوم أيضاً أنه إذا حكم القاضي ببطلان العقد أياً كان نوع البطلان زال كل أثر للعقد بين طرفيه منذ ميلاده فيصير مثل العدم سواء بسواء، فإذا كان العقد لم ينفذ قبل هذا الحكم فلا مجال لتنفيذه مطلقاً، أما إذا كان العاقدان قد نفذاه كلياً أو جزئياً وجب إعادة العاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فيرد كل واحد منهما إلى الآخر حقه الذي أخذه بموجب هذا العقد الباطل المعدوم⁽⁶⁷⁾. فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل.

إن القول بوجود عيب من عيوب الإرادة لا يؤثر في نسب الطفل لأبويه، فالطفل ابن لهما شرعاً وقانوناً، فإذا كانت العلاقة الجنسية الطبيعية التي تتم تحت تأثير الغلط أو الإكراه أو التدليس أو الاستغلال لا تمنع من نسب الولد لأبويه، إذا حدث الحمل نتيجة لهذه العلاقة، لأن الولد لا ذنب له فيما حدث⁽⁶⁸⁾، كذلك الأمر بالنسبة

الاصطناعي فهو غير معترف به، نظراً لدخول طرف ثالث في العلاقة الغير كمترع، يستوي أن يكون التبرع بالمني أم بالبويضة أم بتأجير الرحم. وحكم العقود التي ترد على هذه الصور أنها باطلة بطلاناً مطلقاً لمخالفتها نصوص القانون.

⁶⁵ المادة 116 من القانون المدني البحريني.

⁶⁶ الفقرة أ من المادة 97 من القانون المدني البحريني.

⁶⁷ د. خالد جمال - مصادر الالتزام دراسة تحليلية في ظلال القانون المدني المصري - طبعة عام 1436هـ - 2014م - ص 150.

⁶⁸ د. محمد زهره - مرجع سابق - ص 41.

للتلقيح الاصطناعي إذا حدث الحمل نتيجة له، فالقول بالبطلان النسبي لتحقيق سبب من أسبابه (وهو أمر متصور حدوثه)⁽⁶⁹⁾ - حتى ولو طبقنا القواعد العامة - لن يكون له أثر على نسب هذا الطفل، كما أنه لن يترتب على الحكم به إعادة الحال إلى ما كان عليه، طالما حدث الحمل فعلاً، وطالما كان الحيوان المنوي للزوج والبيوضة لزوجته، لذا فإننا نرى عدم جواز المطالبة بالبطلان النسبي - وإن لم يسقط الحق في المطالبة به - إذا تم التخصيب فعلياً.

البند الثاني: في العلاقة بين الزوجين والطبيب المعالج (عقد العلاج الطبي):

إن العلاقة التي تربط بين الزوجين والطبيب المعالج، يحكمها العقد الطبي، وهو ذلك العقد الذي يربط بين الطبيب والمريض أو من ينوب عنه، ومحلّه جسم الإنسان، ويلتزم بمقتضاه الطبيب بفحص المريض أو تشخيص علته أو علاجه وفقاً للأصول العلمية والمهنية، وذلك بعد الحصول على موافقته بمقابل أو دون مقابل⁽⁷⁰⁾، وهذه العلاقة توجب طبيعتها التزام الطبيب ببذل عناية في علاج المريض، بعد الحصول على إذنه وموافقته مع أدائه العمل بحسن نية، وهي توجب على المريض - في المقابل - أن يلتزم بقبول عمل الطبيب وعلاجه ودفع أجره.

والعقد الطبي من العقود الرضائية التي تقوم على الاعتبار الشخصي، فالمريض يختار الطبيب بالنظر إلى كفاءته العلمية التي يعتقد توافرها فيه، وثقته في شخصه، وبالمقابل يتمتع الطبيب بدوره بقدر من الحرية في التعاقد عند ممارسة نشاطه المهني، وهو بحسب الأصل يجوز له رفض التعاقد مع مريض معين، وذلك وفقاً لمبدأ حرية القبول، فلا يكره الطبيب على قبول التعامل مع أي مريض.

كما أنه عقد من العقود غير المسماة⁽⁷¹⁾، ومن ثم يخضع للأحكام العامة في نظرية العقد، وهو عقد غير لازم لا من جهة المريض ولا من جهة الطبيب، فيستطع المريض أن يرجع فيه ولا يرغب على أن يبقى تحت

⁶⁹ كان يعتقد الزوج أن موافقته لم تكن على التخصيب وإنما على إجراء التحاليل فقط، أو أن تكون الزوجة تعرضت للإكراه من زوجها أو من أحد أقربائه كأنه مثلاً وكان الزوج يعلم أو من السهل عليه أن يعلم، أو يكون أحدهما قد دلس على الآخر لإجراء العملية، أو استغل أحدهما الحب الشديد الذي يكنه الآخر له وطالبه بإجراء العملية.

⁷⁰ قريب من ذلك، زينة غانم يونس العبيدي - إرادة المريض في العقد الطبي - المرجع الإلكتروني للمعلومات - <http://almerja.com/reading.php?idm=49836>، وهناك من عرف العقد الطبي بأنه "اتفاق بين الطبيب وزبونه يلتزم بموجبه الأول بأن يقدم للثاني خدماته الفنية مقابل أجره يدفعها هذا الأخير وتمثل الخدمات الفنية التي يلتزم الطبيب بتقديمها للزبون في الإعتناء بصحته من خلال الوقاية من الأمراض أو تشخيصها أو علاجها أو القيام بغيرها من الأعمال الطبية المشروعة وذلك وفق الضوابط المستقر عليها في علم الطب والقانون أيضاً". زقان رزقية وزراري جويده - العمل الطبي - رسالة ما جستير كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية ميرة بجاية - 2013-2014 - ص7.

⁷¹ يرى البعض أنه عقد مقاوله حيث يرى الفقيه السنهوري أن العقد مع الطبيب هو عقد مقاوله غالباً، إذ هو اتفاق بين الطبيب والمريض على أن يقوم الأول بعلاج الثاني في مقابل أجر معلوم، والعلاج عمل مادي ولا ينفي ماديته أن يكون عملاً عقلياً، فهو إذن ليس بتصرف قانوني. ومن ثم

علاج طبيب لا يريده أو أصبح لا يثق فيه، وكذلك يستطيع الطبيب أن يرجع في العقد ولا يمكن إكراهه على المضي في علاج لم يعد يرضى الاستمرار فيه⁽⁷²⁾.

البند الثالث: في العلاقة بين الزوجين والمؤسسة الصحية (العقد المبرم بين الزوجين والمؤسسة الصحية):

إذا قام الزوج بتسليم نطفته إلى المؤسسة الصحية أو قامت الزوجة بتسليم بويضتها إلى تلك المؤسسة، أو قرر الزوجين الاحتفاظ بالأجنة، وحفظها لغرض التخصيب المستقبلي، فما هي طبيعة العلاقة القانونية التي تربط أحد الزوجين أو كلاهما مع المؤسسة الصحية؟

لا ريب أن العقد الذي يربط الزوجين بالمؤسسة الطبية في الفروض السابقة ما هو إلا عقد وديعة⁽⁷³⁾، فالزوج لم يقدم نطفته تبرعا، وكذلك الزوجة لم تقدم بويضتها تبرعا، كما أنهما لم يقدمتا جنينهما تبرعا، وإنما تم

تتوافر مقومات عقد المعاولة في هذا الاتفاق. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - الجزء الأول - المجلد الأول - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - 1998 - ص 18.

⁷² على الرغم من أن السنهوري يرى أن العقد الطبي عقد من عقود المعاولات إلا أنه يرى أن هذا العقد يمتاز عن عقود المعاولة الأخرى بأن الالتزام الذي يعقده الطبيب هو التزام يبذل عناية لا التزام بتحقيق غاية، لأنه إنما يتعهد ببذل العناية الواجبة في علاج المريض ولا يتعهد بتحقيق الغاية من العلاج وهو شفاء المريض. وأغلب عقود المعاولة يلتزم فيها المقاول بتحقيق غاية لا يبذل عناية، كتشديد البناء ووضع التصميم وعمل المقايسة ونحو ذلك. كما أن التعاقد مع الطبيب يقوم على الاعتبار الشخصي، ومن ثم إذا مات انتهى العقد، بخلاف موت المقاول في كثير من عقود المعاولة الأخرى فإنه لا ينهي المعاولة. والعقد مع الطبيب غير لازم لا من جهة المريض ولا من جهة الطبيب، فيستطيع المريض أن يرجع فيه ولا يرغم على أن يبقى تحت علاج طبيب لا يريده أو أصبح لا يثق فيه، وكذلك يستطيع الطبيب أن يرجع في العقد ولا يمكن إكراهه على المضي في علاج لم يعد يرضى الاستمرار فيه. عبد الرزاق السنهوري - مرجع سابق - ص 18.

⁷³ وهو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في العديد من أحكامها، ومن ذلك الحكم الصادر في 1984/8/1، "حيث نتلخص وقائع القضية في أن السيد "أ" تزوج من السيدة "ك" وكان مصابا بمرض سرطان الخصية، فأخبره الطبيب بأن العلاج يتضمن خطر إصابته بالعقم و استحالة الإنجاب مستقبلا، ناصحا إياه باستخلاص منيه، وحفظه في مركز دراسة وحفظ السائل المنوي، فقام المريض بالتوجه للمركز، وتم استخلاص السائل المنوي منه، وحفظه كوديعة لدى المركز بموجب اتفاق مكتوب، غير أنه توفي في 1983/12/25. فقدمت أرملة والداه طلبا للحصول على منيه لحيته من زوجته، فقوبل هذا الطلب بالرفض من طرف المركز، مما دفعهما لرفع دعوة قضائية، كان محور الخلاف بينهما في تفسير إرادة الوفاة المتوفى، فكانت وجهة نظر والدا المتوفى أن ابنهما أراد حال حياته أن يحافظ على فرصة الإنجاب مستقبلا وأن هذه النية مؤكدة قبل وفاته حينما أقدم على الزواج مدنيا ودينيا، وأن هذا التسلسل في الأحداث يقدم قرينة قوية على رغبة الزوج في إنجاب زوجته لطفل منه في حال وفاته، ويستوي عنده أن يأتي الطفل أثناء حياته أو بعد مماته. وأن المركز لم يقدم دليلا، بل لم يدع أصلا أن له اعتراضا على استخدام ماء الزوج بعد وفاته، مما يعني أن المركز قد قبل هذا الاحتمال ولو بطريقة ضمنية، ومن جهة أخرى فقد أثبتت في المناقشة مسألة طبيعة العقد المبرم بين مورث المدعين وبين المركز، هل ينطبق على هذا الاتفاق وصف عقد الوديعة كما تصورها القانون الفرنسي في المادة 1918 وما بعدها؟ وهل يلتزم المركز برد ما أودع لديه وفقا لعقد الوديعة أم أن الأمر له وصف وتكييف آخر؟ وتمسك دفاع المدعين بأن العقد المبرم في هذا الشأن هو عقد وديعة وأنه وفقا للمادة 1932 من القانون المدني الفرنسي يلتزم المودع لديه بأن يرد إلى المودع أو ورثته الشيء المودع، وأنه وفقا لنص الفقرة 03 من المادة 1139 من نفس القانون فإنه: "إذا كان الشيء المودع غير قابل للتجزئة فإن على الورثة أن يتفقوا فيما بينهم على من يتسلمه". أما المركز فقد رفض إضفاء الشرعية على العقد المذكور، وأنه وفقا لنص المادة 1918 من نفس القانون فإن عقد الوديعة لا يكون إلا بالنسبة للأشياء المنقولة. أما التكييف الذي تمسك به المركز فهو أن العقد أقرب إلى العقد الطبي، وهذه الغاية محصورة في الواقع الموضوعي المعروف وملابساته في احتياط الزوج واحتمال إصابته بالعقم نتيجة لمعالجته بأدوية السرطان، ومن هنا فإن وفاته تؤدي لاقتضاء التزامات المركز وتسليم المادة المحفوظة لأي شخص آخر. ومن ناحية أخرى فقد دفع المركز بأن المتوفى لم يعبر عن إرادته خلال سنتين سابقتين لوفاته على أن تجرى عملية التلقيح الاصطناعي للسيدة "ك" التي كانت حتى وقت قريب على وفاته مجرد صديقه وليست زوجته. ومن خلال الدفوع المقدمة من الطرفين، وضعت القضية أمام المحكمة التي وجدت نفسها مجبرة على الإجابة على سؤالين، الأول ما مدى

الإطار القانوني لاستخدام التقنيات الطبية المساعدة على عمليات التلقيح الاصطناعي

سبق وقد انتهينا إلى أن الأبوة والأمومة مسألة اختيارية وليس إجبارية، فهي رخصة وحرية لهم وليس حق، لذا لزم موافقتهم معاً على عملية التلقيح، وهذه الموافقة يجوز العدول عنها طالما أن ذلك قد تم قبل حدوث الإخصاب (الحمل)، فإذا تكون الحمل كان العدول عن الموافقة مستحيلاً، لأنه سيؤدي إلى إجهاض الجنين، وهو أمر غير جائز شرعاً ولا قانوناً إلا لعذر مقبول⁽⁷⁵⁾، وكذلك الأمر إذا تم العدول بعد عملية التلقيح ذاتها سواء كان قبل عملية زرع الجنين في الرحم أو بعدها - في التلقيح الاصطناعي خارج الرحم - لأن الجنين في هذه المرحلة قد أصبح روحاً بشرية، والعدول سيترتب عليه إعدامها، وهو أمر غير مقبول أيضاً.

وإذا تم العدول قبل حدوث الحمل وإن كان جائزاً إلا أن هذا العدول يُعد إخلالاً بالتزام عقدي في مواجهة الأطراف الأخرى، سواء كان العدول من الزوج أو الزوجة في مواجهة الطبيب المعالج أو العدول من الطبيب المعالج في مواجهة الزوجين، فمثلاً إذا تم العدول من الزوج كان مسئولاً في مواجهة الطبيب المعالج، ولكنه غير مسئول في مواجهة الزوج الآخر، نظراً لحساسية العلاقة بين الزوجين، وإن كان ذلك لا يمنع وفقاً للقواعد العامة من الاعتراف له بالحق في إقامة دعوى المسؤولية قبل الزوج الذي عدل عن موافقته.

⁷⁵ كالخوف على حياة الأم إن بقي الجنين في رحمها. د. محمد زهره - مرجع سابق - ص212. التحوي سليمان - مرجع سابق - ص26.

المطلب الثاني: آثار التصرف المنشئ للالتزام باستخدام الوسائل المساعدة في عمليات التلقيح الاصطناعي
لم يُفصل المشرع البحريني في آثار التصرف المنشئ للالتزام باستخدام الوسائل المساعدة في عمليات التلقيح الاصطناعي فيما يتعلق بالالتزامات الزوجين في القانون رقم 26 لسنة 2017، على الجانب الآخر، حرص المشرع البحريني على بيان الالتزامات التي تقع على المؤسسة الطبية، فضلاً عن قيامه بحظر استخدام هذه المؤسسات لبعض التقنيات المساعدة، ونستعرض فيما يلي التزامات المؤسسة الطبية ويتبع ذلك التعرف على التقنيات التي حظرها المشرع البحريني. وذلك من خلال البندين التاليين:

البند الأول: التزامات الزوجين:

إلا أنه يمكن القول إن أهم الالتزامات التي تقع على الزوجين تتمثل في دفع أجر المتعاقد الآخر (المؤسسة الطبية)، واستلام المولود والاعتراف بنسبه، ففما يتعلق بالأجر الذي يلتزم به الزوجين باعتباره الالتزام الرئيسي الذي يقع على عاتقهما، فيتم تحديده وفقاً لما ورد الاتفاق عليه في العقد الطبي.

أما بالنسبة للاعتراف بنسب المولود وتسلمه، فهو أمر طبيعي، فلا يجوز للزوج أن يرفض الاعتراف بنسب الطفل لديه، طالما كان ثمرة لتلقيح حيوانه المنوي ببويضة زوجته، سواء كان التلقيح قد تم في الرحم مباشرة أو كان خارج الرحم، ثم زرع داخله، فالعبرة بتوافر شروط النسب، وهي وجود أمر من ثلاثة، عقد زواج صحيح أو دخول في عقد فاسد، وهو ما يطلق عليه الولد للفرش، أو بإقرار أبيه بنسبه إليه أو بالبينة - أي شهادة الشهود على نسب الأبين لأبيه - بغض النظر بعد ذلك عن وسيلة التلقيح، فيستوي أن يكون التلقيح طبيعياً أو اصطناعياً، ويستوي أن تكون عملية زرع الجنين قد تمت أثناء الحياة الزوجية أو بعد انقضائها لوفاة الزوج أو الطلاق، وفي هذا الفرض الأخير يلزم أن تأتي به الزوجة خلال سنة من انتهاء علاقة الزوجية⁽⁷⁶⁾.

⁷⁶ د. شوقي الصالحي - مرجع سابق - ص 305، ص 306. وفي ذلك قضت محكمة الإماراتية أنه "لما كان الثابت من رسالة مدير عيادة التلقيح الاصطناعي بالمستشفى الذي تمت فيه عملية التلقيح المؤرخة في 2010/8/29، أن الطاعن حضر إلى المستشفى من أجل أخذ حيواناته المنوية للقيام بعملية التخصيب وزرعها في رحم المطعون ضدها وتم إيداع هذه الحيوانات المنوية في المستشفى، كما تم حقنها بعد الإجراءات اللازمة طبياً في رحم المطعون ضدها مما نتج عنه حملها الذي ينفي الطاعن نسبه إليه. وموافقة الطاعن على أخذ حيواناته المنوية لزرعها في رحم المطعون ضدها كاف لقبوله عملية تلقيح المطعون ضدها بحيواناته المنوية. يضاف إلى ذلك أن كونه أي الطاعن طلق المطعون ضدها بتاريخ 2010/3/1 وأنجبت جنينها الذي ينفي نسبه إليه بتاريخ 2010/10/15 كاف شرعاً وقانوناً لصحة نسبة هذا الجنين إليه أي الطاعن حتى ولو لم تتم عملية التلقيح أصلاً فقد نصت الفقرة الأولى من المادة 90 من قانون الأحوال الشخصية على أن "الولد للفرش إذا مضى على عقد الزواج الصحيح أقل مدة الحمل" وتنص المادة 91 من نفس القانون على أن "أقل مدة الحمل مائة وثمانون يوماً، وأكثره ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً". ومن ثم تكون المطعون ضدها ولدت جنينها الذي يطعن الطاعن في نسبه إليه خلال المدة القانونية. مما يستلزم صحة انتسابه أي الجنين إليه أي الطاعن وعدم الالتفات إلى إنكاره نسبه إليه. وعليه يكون هذا النعي الوارد في هذين السببين غير سديد، يتعين رفضه". الطعن رقم 300 لسنة 2011 قضائية بتاريخ 2011-05-18 مكتب فني 5 رقم الجزء 4 رقم الصفحة 203.

البند الثاني: التزامات المؤسسة الطبية:

تلتزم المؤسسة الطبية بعدة التزامات بعضها تدرج ضمن الالتزام بالقيام بعمل (التزامات إيجابية)، فلتلتزم بإنشاء ملف لكل حالة مرضية، والتثبت من وجود عقد زواج ورضا الزوجين وخلوهما من الأمراض المعدية، كما تلتزم بحفظ البويضات أو الأجنة أو الحيوانات المنوية أو الأنسجة لغرض التخصيب المستقبلي، فضلاً عن الالتزام بتكاليف نقل الأجنة والحيوانات المنوية والبويضات المجمدة وتخزينها في حالة إغلاقها أو إلغاء ترخيصها. والبعض الآخر يندرج من الالتزام بالامتناع عن عمل (التزامات سلبية)، فهي تلتزم بالامتناع عن استخدام تقنيات معينة حددها المشرع في القانون رقم 26 لسنة 2017، ونستعرض فيما يلي هذه الالتزامات بشئ من التفصيل.

أولاً: التزام المؤسسة الطبية بالقيام بعمل (الالتزامات الإيجابية): تتنوع هذه الالتزامات، وذلك على النحو التالي: -

أ - التزامات المؤسسة الطبية بإنشاء سجل وملف لكل حالة مرضية:

لا جرم أن التزام المؤسسة الطبية بإنشاء سجل وملف لكل حالة⁽⁷⁷⁾ أمر في غاية الأهمية، فهو يساعد مفتشي الهيئة الوطنية لتنظيم المهن والخدمات الصحية⁽⁷⁸⁾ على التأكد من التزام المؤسسة الطبية بقواعد القانون رقم 26 لسنة 2017، وذلك في كافة الأمور المتعلقة باستخدام التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي والإخصاب، لذا نجد المشرع البحريني وقد ألزام المؤسسة الطبية بأمرين: الأول منهما يتمثل في فتح سجلات خاصة، على أن يصدق على هذه السجلات من الهيئة الوطنية لتنظيم المهن والخدمات الصحية قبل أن يتم التدوين فيها، ويلي ذلك عملية التدوين، حيث تلتزم المؤسسة بتدوين كافة البيانات المتعلقة بالحالات التي استخدم معها التقنيات الطبية، والإجراءات التي اتبعت، وسبب كل إجراء، والنتائج التي ترتبت عليه، ولم يكتفِ المشرع بذلك، وإنما حظر إتلاف هذه السجلات لأي سبب من الأسباب.

⁷⁷ نص المشرع البحريني على هذا الحكم في الفقرة هـ وو من المادة 6 من القانون المشار إليه " تلتزم المؤسسة الصحية في استخدام التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي والإخصاب بالواجبات الآتية: هـ فتح سجلات خاصة يتم التصديق عليها من قبل الهيئة أولاً ومن ثم تدون فيها جميع البيانات والإجراءات التي اتخذت وأسبابها ونتائجها، ولا يجوز إتلاف هذه السجلات لأي سبب. و فتح ملف لكل حالة تدون فيه نتائج الفحوصات والتحليلات والإجراءات الطبية، والوصفات الطبية، وكل ما يتعلق بتشخيص الحالة، ويتم الاحتفاظ به لمدة خمس عشرة سنة من تاريخ آخر إجراء طبي".

⁷⁸ وقد منح المشرع البحريني بمقتضى نص المادة 11 من القانون رقم 26 لسنة 2017 للمفتشين الضبطية القضائية، وذلك بقوله " يكون للموظفين الذين يخولهم الوزير المعني بشؤون العنل بالاتفاق مع رئيس المجلس صفة مأموري الضبط القضائي، وذلك بالنسبة للجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، والتي تقع في دوائر اختصاصهم، وتكون متعلقة بأعمال وظيفتهم، وتحال المحاضر المحررة بالنسبة لهذه الجرائم إلى النيابة العامة بقرار من الرئيس التنفيذي للهيئة".

أما الأمر الثاني فيتمثل في إلزام المؤسسة الطبية بفتح ملف لكل حالة مرضية، على أن يدون في هذا الملف ما يخص كل حالة، أي نتائج الفحوصات والتحليل والإجراءات الطبية التي أتخذت بشأنها، والوصفات الطبية التي قدمت لها، وكل ما يتعلق بتشخيص الحالة، ويرفق في الملف الطبي نسخة مطابقة للأصل من عقد الزواج الموثق، وموافقات الزوجين على إجراء إحدى التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي والإخصاب، وعلى زرع الأجنة الناجمة عن تلقيح الأمشاج، وحفظها، وكذلك موافقاتهم على حفظ الحيوانات المنوية للزوج وبويضات الزوجة، ولم يكنف المشرع بذلك وإنما ألزم المؤسسة الطبية بالاحتفاظ بهذا الملف لمدة خمس عشرة سنة من تاريخ آخر إجراء طبي تم اتخاذه.

ب - التزامات المؤسسة الطبية قبل استخدام التقنيات المساعدة على التلقيح والإخصاب:

لقد ألزم المشرع البحريني بمقتضى نص الفقرات أ، ب، ج، د من المادة السادسة من القانون رقم 26 لسنة 2017 المؤسسة الطبية بعدة التزامات قبل المستفيدين من التقنيات المساعدة، وفحوى هذه الالتزامات يتلخص في التأكد من توافر شروط استخدام هذه التقنيات في حق راغبي التلقيح الاصطناعي، وموافقاتهم على استخدامها عن تبصر وعلم بآثارها ومخاطرها، وخلوهم من الأمراض التي من الممكن أن تنتقل إلى الجنين في حالة استخدام هذه التقنيات. حيث قرر المشرع البحريني التزام المؤسسة الصحية قبل استخدام التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي والإخصاب بعدة واجبات، وذلك على النحو التالي:

1 - التثبت من وجود عقد زواج موثق لدى الجهات المختصة، وعلاقة زوجية قائمة لم تنتضي بوفاء أحدهما أو بالطلاق، قبل البدء بالعلاج وأثناءه، وحتى زرع الأجنة، والهدف من ذلك التأكد من شرعية إجراء هذه العمليات، وأن الحالة المعروضة من الحالات التي تتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية، فإذا تحقق لديهم العلم بما يخالف ذلك، كوفاة أحد الزوجين أو انتهاء العلاقة الزوجية لأي سبب، وجب على المؤسسة الطبية الامتناع عن إجراء عملية التلقيح أو الإخصاب أو الحثن المجهرى وكل برامج التجميد الخاصة بأجنتهما وإتلافها بالطريقة المتعارف عليها علمياً.

2 - التأكد من رضى الزوجين عن تبصر ووعي بمخاطر استخدام هذه التقنيات في التلقيح الاصطناعي والإخصاب، فأوجب على المؤسسة الطبية الحصول على موافقة الزوجين الخطيئة على إجراء إحدى التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي والإخصاب، وموافقتهم الخطيئة على زرع الأجنة الناجمة عن تلقيح الأمشاج، وذلك كله وفقاً للنموذج المعد لهذا الغرض من قبل الهيئة الوطنية لتنظيم المهن والخدمات الصحية، وأن يكون رضى الزوجين بعد إعلامهما من قبل المؤسسة الطبية بنسب النجاح المتوقعة ومدى احتمالية اللجوء إلى عدة محاولات، والآثار والمخاطر التي من الممكن وقوعها بالنسبة لصحة الأم والجنين.

3 - التأكيد من خلو الوالدين من الأمراض المعدية التي يمكن أن تنتقل إلى الجنين، والهدف من ذلك حماية الجنين، وضمان سلامته، وللتأكد من ذلك أوجب المشرع على المؤسسة الطبية إجراء فحص الكبد الوبائي ونقص المناعة المكتسبة للزوجين قبل مباشرة العلاج، أو أية فحوصات مستجدة تطلبها الهيئة الوطنية لتنظيم المهن والخدمات الصحية.

ج - التزام المؤسسة الطبية بحفظ البويضات أو الأجنة أو الحيوانات المنوية أو الأنسجة لغرض التخصيب المستقبلي⁽⁷⁹⁾:

حيث الزم المشرع البحريني المؤسسة الطبية في حالة حصولها على ترخيص بحفظ البويضات أو الأجنة أو الحيوانات المنوية أو الأنسجة لغرض التلقيح الاصطناعي والإخصاب أو الزراعة في المستقبل بالحصول على موافقة الزوجين على حفظ الأجنة، وموافقة الزوج على حفظ حيواناته المنوية، والزوجة على حفظ البويضات والأنسجة الخاصة بها. على أن تكون هذه الموافقات مكتوبة، ويتم حفظها في الملف الطبي للزوج أو الزوجة، حسب الأحوال.

فإذا تم الحصول على الموافقات المشار إليها، تقوم المؤسسة الطبية بإجراء التخزين وفقاً للمعايير الصادرة عن الهيئة الوطنية لتنظيم المهن والخدمات الصحية، على أن يكون تخزين الحيوانات المنوية والبويضات والأنسجة لمدة لا تزيد على عشر سنوات، وأن يكون تخزين الأجنة لمدة لا تزيد على خمس سنوات، مع الأخذ في الاعتبار أنه في حالة انقضاء العلاقة الزوجية يتم إتلاف الأجنة، فإذا لم تكن عملية التلقيح قد تمت بعد، وتوفت الزوجة وجب على المؤسسة الطبية إتلاف بويضاتها.

وعلى الرغم من أن المشرع البحريني أعطى الحق للمؤسسة الطبية المرخص لها بذلك في القيام بحفظ الأجنة أو الحيوانات المنوية والبويضات إلا أنه حظر عليها إنشاء بنوك للأجنة أو الحيوانات المنوية داخل مملكة البحرين، كما حظر عليها إخراج أية أجنة أو حيوانات منوية أو بويضات من مملكة البحرين أو جلبها إلى المملكة⁽⁸⁰⁾.

د - التزام المؤسسة الطبية بتكاليف نقل الأجنة والحيوانات المنوية والبويضات المجمدة وتخزينها في حالة إغلاقها أو إلغاء ترخيصها:

كما حرص المشرع البحريني على حماية الأجنة والحيوانات المنوية والبويضات المجمدة لدى المؤسسة الطبية وذلك في حالة صدور قرار بعلق المؤسسة الصحية أو إلغاء ترخيصها، فأوجب عليها أن تقوم، وبموافقة

⁷⁹ المادة 8 من القانون رقم 26 لسنة 2017.

⁸⁰ المادة 9 من القانون رقم 26 لسنة 2017.

الأطراف ذات العلاقة، بنقل الأجنة والحيوانات المنوية والبويضات المجمدة إلى مؤسسة صحية أخرى مرخص لها بمزاولة النشاط داخل البحرين، وذلك تحت إشراف اللجنة والتنسيق معها، ليس ذلك فحسب، بل ألزم المؤسسة الصحية التي أُغلقت أو أُلغيت ترخيصها بتحمل تكاليف النقل والتخزين، وإلزامها بإخطار الهيئة لنُدب أحد مفتشيها للحضور أثناء إتمام إجراءات النقل⁽⁸¹⁾.

ثانياً: التزام المؤسسة الطبية بالامتناع عن عمل (الالتزامات السلبية): -

على الجانب الآخر حظر المشرع البحريني على المؤسسة الطبية، التي يتم الترخيص لها باستخدام التقنيات المساعدة على التلقيح الاصطناعي والإخصاب، عدة أمور مستهدفاً من ذلك حماية قيم المجتمع وأسسه، وكبح جماح المؤسسات الطبية، بحيث لا يترك لها العنان على نحو يؤدي إلى خروجها على النظام العام والأداب في المجتمع، ومخالفة أحكام الشريعة الإسلامية، مثل حظر الاستنساخ، وإجراء الدراسات والبحوث على الأجنة، أو استخدام التقنيات الطبية لغرض التبرع أو بيع الأمشاج أو الأجنة أو إجراء التلقيح بـنطف غير الزوج أو تخصيب بويضة من غير الزوجة أو انتقاء النوع أو النسل إلا إذا كان لأسباب تتعلق بالأمراض الوراثية المرتبطة بنوع الجنين أو استئجار الأرحام.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن بعض التقنيات المحظورة تمثل خطوره بالغة على أحد الزوجين أو كلاهما، مثل زرع أكثر من جنينين في رحم الزوجة تحت سن خمس وثلاثين سنة أو أكثر من ثلاثة أجنة للزوجة فوق سن خمس وثلاثين سنة أو إجراء عمليات لاخترال عدد الأجنة داخل الرحم إلا في حالة الضرورة للحفاظ على حياة الأم أو استعمال الخلايا الجذعية أو استخدام التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي والإخصاب إذا كانت تشكل خطراً أو ضرراً بليغاً على حياة الزوجة أو على صحتها.

ووفقاً لنص المادة (7) من القانون رقم 26 لسنة 2017، يمكن إجمال التقنيات المحظورة فيما يلي:

1 - إجراء الاستمناء الاصطناعي الداخلي للرحم بالحيوانات المنوية (التلقيح الاصطناعي) إلا في المؤسسات الصحية المرخصة باستخدام التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي والإخصاب، وأن يكون الطبيب المعالج يملك الترخيص للقيام بذلك.

2 - إجراء التلقيح بـنطف غير الزوج أو تخصيب بويضة من غير الزوجة أو انتقاء النوع أو النسل إلا إذا كان لأسباب تتعلق بالأمراض الوراثية المرتبطة بنوع الجنين.

3 - الحصول على الأجنة بهدف إجراء الدراسات والبحوث والاستنساخ لأي سبب كان.

⁸¹ المادة 10 من القانون رقم 26 لسنة 2017.

- 4 - استعارة أو استئجار الرّجَم لزراعة الأجنة الناتجة عن تلقيح خارجي بين نطفِ الزوج وبويضة الزوجة ثم زرعها في رحم امرأة أخرى، وإن كانت هذه المرأة زوجة ثانية له.
 - 5 - زرع أكثر من جنينين في رحم الزوجة تحت سن خمس وثلاثين سنة، ويجوز زرع ثلاثة أجنة كحدّ أقصى للزوجة فوق سن خمس وثلاثين سنة، وذلك اعتباراً من يوم الزرع للمحاولة الواحدة.
 - 6 - إجراء عمليات لاختزال عدد الأجنة داخل الرّجَم إلا في حالة الضرورة للحفاظ على حياة الأم وبناءً على تقرير يشترك في إعدادة ثلاثة من الأطباء الاستشاريين المختصين، يكون أحدهم من مستشفى حكومي، وبعد أخذ موافقة الأم كتابية، فإنّ تعذّر ذلك تؤخذ موافقة من يقوم مقامها قانوناً، وبخلاف ذلك تُعتبر عملية الاختزال إجهاضاً.
 - 7 - استخدام التقنيات الطبية لغرض التبرع أو بيع الأمشاج أو الأجنة.
 - 8 - قيام الطبيب باستحثاث الإباضة إذا كان لا يمتلك القدرة على التعامل مع المضاعفات المترتبة على هذه الوسيلة.
 - 9 - إجراء التجارب السريرية إلا في الإطار القانوني المقرّر لذلك ووفقاً للضوابط والقواعد المعمول بها في الهيئة.
 - 10 - استعمال الخلايا الجذعية المستخلصة من شخصٍ ما لعلاج العُقم الموجود عند شخص آخر.
 - 11 - استخدام التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي والإخصاب إذا كانت تشكّل خطراً أو ضرراً بليغاً على حياة الزوجة أو على صحتها طبقاً للمعارف عليه طبيًا.
- ولا ريب أن مخالفة المؤسسة الطبية لهذا الحظر أو إخلالها بالالتزامات المشار إليها، والتي نص عليها القانون، يؤدي إلى قيام المسؤولية المدنية في حقها⁽⁸²⁾، وذلك إذا ترتب على هذا الإخلال ضرراً للغير، وفي جميع الأحوال تعاقب المؤسسة الطبية التي تخل بهذا الالتزامات بمجموعة جزاءات نصت عليها المواد من 12 إلى 18 من القانون رقم 26 لسنة 2017⁽⁸³⁾.

⁸² وتكون مسؤولية الشخص الاعتباري شخصية، وذلك عندما تصدر الأعمال من ممثل أو عضو الشخص الاعتباري أي من الهيئة نفسها، وتكون مسؤوليته باعتباره متبوعاً، وذلك عندما تصدر الأعمال من تابعيه من عماله وموظفيه الذين يكلفهم العضو نفسه بالقيام بعمل لحساب الشخص الاعتباري. غليم فريدة - رسالة ماجستير بعنوان "المسؤولية المدنية للشخص الاعتباري" - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة البويرة - الجزائر - 2013 - ص7.

⁸³ حيث نصت هذه المواد على الآتي: المادة 12: "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على ثلاث سنوات وبالغرامة التي لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تزيد على عشرة آلاف دينار كل من خالف حكم المادة 4 من هذا القانون". المادة 13: "يعاقب بالغرامة التي لا تقل عن خمسمائة دينار ولا تجاوز ثلاثة آلاف دينار كل من خالف حكم المادة 6 من هذا القانون". المادة 14: "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على عشر سنوات وبالغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف دينار ولا تزيد على عشرين ألف دينار كل من خالف حكم الفقرات أ، ب، ج، و، ح، ل، م من المادة 7 من هذا القانون". المادة 15: "يعاقب بالغرامة التي لا تقل عن ألف دينار ولا تزيد على خمسة آلاف دينار كل من خالف أحكام

الخاتمة

على هدي ما تقدم، وبعد أن حاولنا بيان الإطار القانوني لاستخدام التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي والإخصاب، نود أن نلقي الضوء على أبرز النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها، والتي تبدو أكثر دلالة من غيرها.

أولاً: النتائج:

1 - إن المشرع البحريني قد قيد التقنيات الطبية التي يجوز اللجوء إليها للمساعدة على الإخصاب والتلقيح الاصطناعي بعدم تعارض تلك التقنيات مع أحكام الشريعة الإسلامية، كما استلزم عند استخدام أي تقنيات حديثة بخلاف التلقيح الاصطناعي، والحقن المجهرى وطفل الأنبوب، أن تكون هذه التقنيات معتمدة عالمياً، وأن يؤخذ رأي الاستشاريين في هذا المجال، وموافقة المجلس الأعلى للشئون الإسلامية.

2 - إن تقنية التلقيح الاصطناعي أو الحقن المجهرى التي تتم أثناء قيام العلاقة الزوجية والتي تتم باستخدام مني الزوج وبويضة الزوجة، وتوضع البويضة الملقحة في رحم الزوجة لا يختلف عن التلقيح الناتج عن الجماع الطبيعي بين الزوجين، لذا فإنه لا يثير أي إشكالات شرعية أو قانونية، إلا أنه مشروط بضرورة أن تكون هناك مصلحة علاجية معتبرة للزوجين معاً؛ وأن يتوفر رضا الزوج والزوجة (طرفي العلاقة) على إجراء عملية التلقيح الاصطناعي.

3 - إن التلقيح الاصطناعي الخارجي بواسطة متبرع لأحد الزوجين أو لكليهما، محرم شرعاً وقانوناً، فهو محرم شرعاً لما فيه من تعدٍ سافرٍ على بويضة لا تحل لصاحب الحيوان المنوي الذكري، كما أن من شأنه اختلاط الأنساب، حيث ينسب الولد بعد ذلك إلى زوج المرأة صاحبة البويضة، وهو محرم قانوناً حيث حظر المشرع البحريني على المؤسسة الصحية أو الطبيب الاستشاري.. التلقيح بطفٍ غير الزوج أو تخصيب بويضة من غير الزوجة.

الفقرات د، هـ، ز، ط، ي، ك من المادة 7 من هذا القانون". المادة 16 "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر والغرامة التي لا تقل عن ثلاثة آلاف دينار ولا تزيد على عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من خالف أحكام المادتين 8، 10 من هذا القانون". المادة 17 "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة وبالغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف دينار ولا تزيد على عشرين ألف دينار كل من خالف أحكام المادة 9 من هذا القانون". المادة 18 "مع عدم الإخلال بمسؤولية الشخص الطبيعي يُسأل الشخص الاعتباري جنائياً إذا ارتكبت أية جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون باسمه أو لحسابه، وبواسطة أحد أجهزته أو ممثليه أو أحد العاملين لديه، ويُحكم عليه بغرامة تعادل الغرامة المقررة للجريمة التي وقعت. وللمحكمة في حالة الإدانة أن تقضي بوقف نشاط المنشأة الصحية المتعلقة بالجريمة لمدة لا تزيد على سنة، وفي حالة العود للمحكمة الحكم بوقف النشاط لمدة لا تتجاوز خمس سنوات أو بإلغاء الترخيص الصادر بمزاولة النشاط نهائياً. ويجوز نشر ملخص الحكم في جريدتين يوميتين على نفقة المحكوم عليه".

4 - إن التلقيح الاصطناعي عن طريق تأجير الأرحام - حيث يؤخذ منى الزوج وبويضة زوجته ويتم تلقيحها في المزرعة، ولكن بعد أن تنمو اللقحة لا تعاد إلى الأم بل إلى امرأة أخرى تسمى متبرعة - بكافة صورته محرم وفقاً للرأي الغالب في الفقه الإسلامي المعاصر لما قد يحدثه من اضطراب وفوضى في الأنساب والشك فيمن تكون أمه صاحبه البيضة أم التي حملته وولدتها، وهو ذات موقف المشرع البحريني.

5 - إن المشرع البحريني قد اشترط لأجراء عملية التلقيح الاصطناعي عدة شروط بالنسبة لطالبي إجراء هذه العملية، هي: قيام العلاقة الزوجية، ورضا طرفي العلاقة، وأن يكون كلا الزوجين على قيد الحياة، وأن يكون الغرض من استخدام التقنيات المساعدة على التلقيح الاصطناعي العلاج.

كما اشترط في المؤسسة الصحية المنوط بها إجراء عمليات التلقيح الصناعي شرطان، الحصول على ترخيص من الجهات المختصة، وأن يكون لدى المؤسسة الصحية الكوادر اللازمة لمباشرة عمليات التلقيح الصناعي، سواء الكوادر الإدارية أو الكوادر الطبية المتخصصة.

6 - إن العلاقة التي تربط الزوجين فيما يتعلق بإجراء عملية التلقيح الاصطناعي لا يحكمها عقد الزواج، لأن الإنجاب الاصطناعي ليس من مقتضيات وأثار عقد الزواج، وعلى ذلك فإن موافقة الزوجين على إجراء عملية التلقيح الصناعي يعتبر بمثابة عقد جديد منفصل، ومستقل، عن عقد الزواج، على الرغم من أن الأخير يعتبر شرطاً من شروطه، إلا أن عقد إجراء عملية التلقيح من العقود غير المسماة، ذات الطبيعة الخاصة، فهو يقوم على الاعتبار الشخصي، حيث تكون شخصية الزوج والزوجة - في عقد التلقيح المشروع - محل اعتبار في العقد، لذا فإن وفاة أحدهما تؤدي إلى إنقضاء العقد، وكذلك إذا شاب العقد أي عيب من عيوب الإرادة، كان العقد قابلاً للإبطال.

7 - إن العلاقة التي تربط بين الزوجين والطبيب المعالج، يحكمها العقد الطبي، والعقد الطبي من العقود الرضائية التي تقوم على الاعتبار الشخصي، فالمريض يختار الطبيب بالنظر إلى كفاءته العلمية التي يعتقد توافرها فيه، وثقته في شخصه، وبالمقابل يتمتع الطبيب بدوره بقدر من الحرية في التعاقد عند ممارسة نشاطه المهني، كما أنه عقد من العقود غير المسماة، حيث يخضع لأحكام خاصة تختلف عن كافة الأحكام التي تخضع لها العقود المسماة، ومن ذلك أنه عقد غير لازم لا من جهة المريض ولا من جهة الطبيب، فيستطع المريض أن يرجع فيه ولا يرغم على أن يبقى تحت علاج طبيب لا يريده أو أصبح لا يثق فيه، وكذلك يستطيع الطبيب أن يرجع في العقد ولا يمكن إكراهه على المضى في علاج لم يعد يرضى الاستمرار فيه.

8 - إن العلاقة التي تربط بين الزوجين والمؤسسة الصحية بشأن حفظ البويضات أو الأجنة أو الحيوانات المنوية أو الأنسجة لغرض التخصيب المستقبلي، يحكمها عقد وديعة، فالزوج لم يقدم نطفته تبرعاً، وكذلك الزوجة

الإطار القانوني لاستخدام التقنيات الطبية المساعدة على عمليات التلقيح الاصطناعي

لم تقدم بويضتها تبرعاً، كما أنهما لم يقدم جنينهما تبرعاً، وإنما تم إيداع النطفة أو البويضة أو الجنين - بحسب الأحوال - في المؤسسة الصحية بهدف استخدامهم مستقبلاً في إتمام عملية التخصيب.

9 - إنه يجوز العدول عن إجراء التقنية المساعدة على التلقيح طالما أن ذلك قد تم قبل حدوث الإخصاب (الحمل)، فإذا تكون الحمل كان العدول عن الموافقة مستحيلاً، لأنه سيؤدي إلى إجهاض الجنين وهو أمر غير جائز شرعاً ولا قانوناً إلا لعذر مقبول، وإذا تم العدول قبل حدوث الحمل وإن كان جائزاً إلا أن هذا العدول يُعد إخلالاً بالتزام عقدي في مواجهة الأطراف الأخرى.

ثانياً: التوصيات:

نوصي المشرع البحريني بالآتي: -

1 - تعديل الفقرة (أ) من المادة 6 من القانون رقم 26 لسنة 2017، والخاصة بوجوب الامتناع عن إجراء عملية التلقيح أو الإخصاب أو الحُقن المجهرية، وكل برامج التجميد الخاصة بأجنتهما، وإتلافها بالطريقة المتعارف عليها علمياً في حالة تحقق العلم ب وفاة أحد الزوجين أو انتهاء العلاقة الزوجية لأي سبب، حيث أننا نرى أن إجراء عملية التلقيح الاصطناعي الداخلي بالحيوانات المنوية للزوج أثناء عدة الوفاة دون الطلاق وإن كان غير مستحسن فهو جائز شرعاً، وبصفة خاصة، في حالة قيام الزوج قبل الوفاة بحفظ منيه في المصرف المنوي مع قبوله المسبق لإجراء عملية التلقيح الصناعي، وسعيه إلى إجرائها، حيث أن العلة من إجازة مثل هذا التلقيح تتمثل في علاج العقم، والحق في الإنجاب، وترك ذرية من صلبه، وهو حق للزوجة في الإبقاء على ذكرى زوجها، وتنفيذ وصيته، ومن ثم فإن من حق الزوجة إجراء عملية التلقيح على الرغم من وفاة الزوج، وذلك إذا كانت في فترة عدتها، وكانت هناك موافقة مسبقة من الزوج، أو على الأقل يمكن الأخذ بالترقية، التي نادى بها البعض، بين عملية التلقيح ذاتها وعملية زرع البويضة الملقحة في رحم الزوجة، فإذا كانت عملية التلقيح قد تمت، واختلط ماء الرجل ببويضة المرأة ثم توفي الزوج كان من حق الزوجة زرع البويضة الملقحة في الرحم، أما إذا لم يتم مزج المنى بالبويضة فلا يجوز ذلك، أما في غير تلك الحالة، فلا يجوز للزوجة المتوفى زوجها أو المطلقة سواء في فترة عدتها أو بعد انتهائها إجراء عملية التلقيح الاصطناعي.

2 - تعديل الفقرة (و) من المادة (7) من القانون رقم 26 لسنة 2017، والخاصة بتأجير الرحم حيث أننا نرى - مع بعض الفقه - جواز ذلك إذا كانت المرأة صاحبة الرحم المستأجر هي الزوجة الثانية لصاحب المنى، فيكون المنى لزوجها والبويضة للزوجة الأخرى، وذلك ما دام قد اتفق ثلاثتهم عليه، ورضوا جميعهم على أن يكون الولد للآب ولزوجته صاحبة البويضة الملقحة (أي الأم البيولوجية)، وليس للزوجة صاحبة الرحم، وبناء عليه تعد صاحبة الرحم بمثابة الأم من الرضاع بالنسبة لهذا الولد.

المراجع

أولاً: القرآن الكريم:

ثالثاً: كتب الحديث وعلومه:

- 1- سليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم الطبراني - المعجم الكبير - تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي - مكتبة العلوم والحكم - الموصل - الطبعة الثانية، 1404 - 1983.

رابعاً: كتب الفقه:

(أ) الفقه الحنفي:

- 1- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لابن نجيم الحنفي، دار المعرفة - بيروت.
- 2- حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، لمحمد أمين، الشهير بابن عابدين، دار الفكر للطباعة والنشر - بيروت - 1421هـ - 2000م.
- 3- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، لعبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليوبلي المدعو بشيخي زاده تحقيق خليل عمران المنصور - دار الكتب العلمية - بيروت - 1419هـ - 1998م.

4- الفقه المالكي:

- 1- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لمحمد بن عرفة الدسوقي، دار الفكر للطباعة، بيروت.
- 2- الفقه الشافعي:
- 1- حاشية الجمل على المنهج، لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري - دار الفكر - بيروت - بدون سنة طبع - ج11.
- 2- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لشهاب الدين الرملي، دار الفكر للطباعة - بيروت - سنة النشر 1404هـ - 1984م.
- 3- حواشي الشرواني والعبادي، لعبد الحميد المكي الشرواني وأحمد بن قاسم العبادي، طبعة دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة الأولى 1357هـ - 1983م.

4- الفقه الحنبلي:

- 1- الإتحاف في معرفة الرائج من الخلاف، لعلاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالح، طبعة دار إحياء التراث العربي بيروت - لبنان - الطبعة الأولى 1419هـ.
- 2- الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوي، لابن مفلح، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي - مؤسسة الرسالة - الطبعة الأولى 1424هـ - 2003م.

- 3- المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، لابن قدامة المقدسي، طبعة دار الفكر - بيروت - الطبعة الأولى، 1405.

المراجع القانونية:

1. د. أحمد محمد لطفي "التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء" - الطبعة الثانية-دار الفكر الجامعي - الإسكندرية - سنة 2011.
2. النحوي سليمان - التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشرعية الإسلامية والقانون المقارن - رسالة دكتوراه سنة 2011.
3. بغدالي الجبالي - الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير - سنة 2014
4. د. خالد جمال - النظام القانوني للتلقيح الصناعي خارج الرحم-بحث غير منشور.
5. د. خالد جمال - مصادر الالتزام (دراسة تحليلية في ظلال القانون المدني المصري) - طبعة عام 1436هـ - 2014م
6. زقان رزقية وزراري جويده - العمل الطبي - رسالة ماجستير كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية ميرة بجاية - 2013-2014.
7. سيف إبراهيم المصاروة - التكيف الجرمي للتلقيح الصناعي دون رضا أحد الزوجين "دراسة مقارنة" - مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية - المجلد 42، العدد 2، سنة 2015.
8. د. شوقي زكريا الصالحي - التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية بالقاهرة - طبعة عام 1422هـ - 2001م
9. شادية الحسن - حكم الإسلام في التلقيح الاصطناعي - مجلة العلوم والبحوث الإسلامية - العدد الثاني - فبراير 2011.
10. د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - الجزء الأول - المجلد الأول - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - 1998.
11. غليم فريدة - رسالة ماجستير بعنوان "المسؤولية المدنية للشخص الاعتباري" - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة البويرة - الجزائر - 2013.
12. د. محمد المرسي زهرة - الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية -دراسة مقارنة - الكويت 1993.

13. د. محمد علي البار - طفل الأنبوب والتلقيح الصناعي - مجلة مجمع الفقه الإسلامي - العدد

الثاني

14. ميس شريف مصاروة - تأجير الأرحام في مرآة الدين الإسلامي - سنة 2008.

15. وهبه الزحيلي - موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة - دار الفكر - دمشق - 2010.

16. د. ياسر عبد الله و خليل إبراهيم - الموقف القانوني من عملية التلقيح الصناعي وتأجير الأرحام

- مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية.

مراجع الفقه الإسلامي المعاصر:

1. علي بن نايف الشحود - الفتاوى المعاصرة في الحياة الزوجية - "المفتي: مركز الفتوى بإشراف د. عبد

الله الفقيه - تاريخ الفتوى: 16 رجب 1422".

2. محمود بن أحمد بن الصدر الشهيد النجاري برهان الدين مازة - المحيط البرهاني - دار إحياء التراث

العربي.

3. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي - شاف القناع عن متن الإقناع - تحقيق هلال مصيلحي مصطفى

هلال - الناشر دار الفكر - بيروت - سنة 1402.

4. كتاب فتاوي الأزهر - موقع وزارة الأوقاف المصرية.

5. الجريدة الرسمية: العدد رقم 3325 المؤرخ 2017/8/3، بشأن القانون رقم 26 لسنة 2017.

الموسوعات ومواقع الانترنت:

1. الموسوعة العربية العالمية - مؤسسة أعمال الموسوعة للنشر والتوزيع - الطبعة الثانية - 1999.

2. <https://ar.wikipedia.org/wiki/عقم>

3. زينة غانم يونس العبيدي - ارادة المريض في العقد الطبي - المرجع الالكتروني للمعلومات -

<http://almerja.com/reading.php?idm=49836>

المراجع الأجنبية:

1. David R. Wellens - Human Artificial Insemination: An Analysis and Proposal

for Florida - University of Miami Law School Institutional Repository - 5-1-1968

2. Jane M. Morrell (2011). Artificial Insemination: Current and Future Trends,

Artificial Insemination in Farm Animals, Dr. Milad Manafi (Ed.), ISBN: 978-

953-307-312-5, InTech, Available from:

<http://www.intechopen.com/books/artificial-insemination-in-farm-animals/artificial-insemination-current-andfuture-trends-p.1>

3. J. Brotherton -Artificial Insemination with Fresh Donor Semen, Archives of Andrology,1990- 25:2, 173-179, DOI: 10.3109/01485019008987608. Published online: 09 Jul 2009.
4. LARRY R THORNTON-A Biblical View of Artificial Insemination - Calvary Baptist Theological Journal - Spring 1986
5. Rosy Thornton- European Court of Human Rights- Consent to IVF treatment- April 2008 Vol. 6: 317
6. Vern L. Bullough-Artificial Insemination-2004- <http://www.glbtc.com>



جامعة عجمان
AJMAN UNIVERSITY

Journal of Legal Sciences

Sixth Year - Eleventh Issue - January 2020

Email: lawmagazine@ajman.ac.ae

A scientific journal that deals with sharia, legal and economic studies

ISSN: 2707 - 1073
E - ISSN: 2707 - 1081

- ▶ Total quality management in judicial institutions
- ▶ The air carrier's commitment to special care for people with special needs: comparative study
- ▶ Legal adaptation of the contractual relationship between the doctor and the patient - Analytical study compared to Islamic jurisprudence
- ▶ Criminal protection for official documents Government seals are counterfeit or counterfeiting - an analytical study of Egyptian and Emirati legislation
- ▶ Criminal recognition and the court's authority to estimate its demonstration value In UAE and comparative law
- ▶ The legal framework for the use of medical technologies that assist in IVF operations in accordance with Bahraini legislation No. 26 of 2017 " An analytical study

Issued by the College of Law - Ajman University - the United Arab Emirates
P.O Box: 346 Ajman, United Arab Emirates, Tel: 0097167056131 or 0037167056325. Fax 0097167056270