



المعهد العالي للقضاء
HIGHER JUDICIAL INSTITUTE

مجلة الدراسات الفقهية والقانونية

مجلة علمية محكمة متخصصة (ربع سنوية)
يصدرها المعهد العالي للقضاء
سلطنة عُمان

فیه هذا العدد:

- الرقابة القضائية على حكم التحكيم التجاري في القانون العماني
الدكتور/ هلال بن محمد بن سليمان العلمي
- قراءة نقدية في قانون تنظيم مزاولة مهنة الطب والمهن الطبية المساعدة العماني
الصادر بالمرسوم السلطاني ٢٠١٩/٧٥ م
الدكتور/ ناصر بن حماد بن هلال العزمي
- البصمة الوراثية وحجبتها في الإثبات الجنائي
الدكتور/ عبد الباسط محمد سيف الحكيمي
- السياسة التشريعية في تعويض الدولة للمجني عليه (دراسة مقارنة)
الدكتورة/ داليا قدرمي أحمد عبدالعزيز
- أحكام تجزئة القسط في عقد التأمين حال انقضاء العقد بالفسخ أو البطلان في
القانون الأردني
الدكتور/ يوسف أحمد محمود نوافله
- الالتزام بإعلام العامل بمخاطر مهنته
محمود محيي الدين صادق بكري



مجلة الدراسات الفقهية والقانونية

مجلة علمية محكمة متخصصة (ربع سنوية)
يصدرها المعهد العالي للقضاء - سلطنة عُمان

المراسلات

ترسل البحوث إلى
رئيس هيئة التحرير
على البريد الإلكتروني للمجلة:
hji.journal@hji.edu.om

العنوان

المعهد العالي للقضاء
ص.ب : 330
الرمز البريدي : 611
نزوى - سلطنة عُمان

أرقام الهواتف

هاتف : 25432601 (00968)
فاكس : 25431127 (00968)

الموقع الإلكتروني للمعهد:

www.hji.edu.om

ISSN

2706-882X

رئيس هيئة التحرير

الدكتور / نيهان بن راشد المعولي
عميد المعهد العالي للقضاء

مدير التحرير

الدكتور / أيمن مصطفى البقلي

هيئة التحرير

الدكتور/ عبدالرحيم بن سيف القصابي
الفاضل / أسعد بن راشد الريامي
الفاضلة / سائلة بنت سليمان الهنائية
الفاضلة / هالة بنت حمود الهشامية

منسق التحرير

الفاضل / يوسف بن خليفة الحراصي

التدقيق اللغوي

الفاضل / منير بن راشد الخاطري
الفاضلة / نورة بنت سالم الخليلية

قواعد النشر في مجلة الدراسات الفقهية والقانونية

أولاً- مواصفات البحوث المقدمة للنشر:

تقبل المجلة نشر البحوث التي تمتاز بالعمق والأصالة، والتي تقدم إسهاماً علمياً في مجال الشريعة أو القانون أو القضاء، سواء المكتوبة باللغة العربية أو الإنجليزية، وفي جميع الأحوال يجب مراعاة ما يأتي:

1. أن يرفق مع البحث ملخصين أحدهما باللغة العربية، والآخر باللغة الإنجليزية، بشرط ألا يزيد كل ملخص عن صفحة واحدة، وأن يُذيل بعدد خمس كلمات مفتاحية.
2. أن تحتوي الصفحة الأولى من البحث على عنوان البحث، واسم الباحث (الباحثين)، وجهة عمل الباحث (الباحثين).
3. ألا يكون البحث المقدم للنشر قد نُشر أو قُدم للنشر في مجلة أخرى أو في مؤتمر علمي أو في أي جهة أخرى، وألا يكون مستلاً من كتاب منشور أو رسالة ماجستير أو دكتوراه، وعلى الباحث أن يقدم إقراراً خطياً بذلك مرفقاً ببحثه مع الطلب الخاص بنشر البحث.
4. أن يتحلى الباحث بالأمانة العلمية أثناء كتابة بحثه، والمجلة غير مسؤولة عن أي مخالفة لأصول الأمانة العلمية في أي بحث منشور بها.
5. أن يلتزم الباحث بالأصول العلمية المتعارف عليها في إعداد البحوث والدراسات العلمية، ومن ذلك التقديم للبحث، وتحديد أهدافه، ومنهجيته، والخطة المتبعة في كتابته، وتنسيق أقسامه، والتوثيق الكامل للمراجع، وإدراج خاتمة تتضمن خلاصة ما توصل إليه الباحث من نتائج، وأهم التوصيات التي انتهى إليها، ويُذيل البحث بقائمة تشمل المصادر والمراجع التي استعان بها الباحث في إعداد البحث مرتبةً أبجدياً.
6. أن يكون البحث مكتوباً بواسطة جهاز الحاسب الآلي بصيغة (Word Document)، وبصيغة (PDF).
7. ألا تقل عدد صفحات البحث عن 20 صفحة من حجم (A4)، ويحد أقصى 50 صفحة.
8. يشترط في البحوث المكتوبة باللغة العربية أن تكون بخط (Simplified Arabic)، بحجم (14) بالنسبة إلى المتن، وبالخط نفسه بحجم (12) بالنسبة إلى الإشارات المرجعية (الهوامش)، أما البحوث المكتوبة باللغة الإنجليزية فيشترط أن تكون بخط Times New Roman)، بحجم (14) بالنسبة إلى المتن، وبالخط نفسه بحجم (12) بالنسبة إلى الإشارات المرجعية (الهوامش).
9. تثبت الإشارات المرجعية (الهوامش) في أسفل كل صفحة، ويتسلسل متصل.
10. لا تقبل البحوث غير المدققة لغوياً سواء المكتوبة باللغة العربية أو الإنجليزية.

ثانياً إجراءات النشر:

1. يتم إرسال البحث على عنوان البريد الإلكتروني الخاص بالمجلة:
hji.journal@hji.edu.om
2. جميع المراسلات الموجهة من الباحث إلى المجلة تكون باسم رئيس التحرير .
3. يرفق الباحث نبذة تعريفية عنه مع الطلب الخاص بنشر البحث.
4. يحيل رئيس التحرير البحوث الواردة للمجلة إلى لجنة النشر العلمي؛ لفحصها والتأكد من عدم تعارضها مع أهداف المجلة، واتخاذ قرار بشأن إحالتها إلى التحكيم من عدمه، فإذا ارتأت اللجنة صلاحية البحث للعرض على المحكمين، عينت محكماً له، يكون من ذوي الاختصاص بموضوع البحث.
5. تعامل البحوث الواردة إلى المجلة مع تقارير المحكمين المتعلقة بها بسرية تامة.
6. يرسل رئيس التحرير إلى الباحث صورة من تقرير المحكم مشفوعة بخطاب إشعار له بإجراء التعديلات المطلوبة على البحث إن وجد، وذلك طبقاً لما ورد في التقرير، على أن يتضمن الإشعار تحديد مدة للباحث لتنفيذ هذه التعديلات لا تتجاوز شهراً من تاريخ استلامه للخطاب.
7. يرسل الباحث إلى رئيس التحرير نسخة من بحثه بعد إجراء التعديلات المطلوبة مشفوعة بتقرير منه، يبين فيه التعديلات التي أجراها على البحث، وذلك خلال المدة المحددة.
8. يحيل رئيس التحرير نسخة البحث بعد التعديلات التي أجراها الباحث إلى لجنة النشر العلمي، مشفوعة بصورة من تقرير الباحث، وصورة من تقرير المحكم؛ للتأكد من إجراء الباحث للتعديلات المطلوبة كاملة، فإذا تيقنت اللجنة من ذلك، أحالت البحث إلى رئيس التحرير تمهيداً للقيام بإجراءات الطباعة والإصدار .
9. يتولى رئيس التحرير إشعار الباحث بقبول البحث أو رفضه، وذلك بناء على قرار لجنة النشر العلمي.
10. إذا قُبل البحث للنشر، يحصل الباحث على شهادة معتمدة من المجلة، تفيد قبول البحث للنشر، ترسل له عبر البريد الإلكتروني.
11. البحث المنشور في المجلة لا يجوز إعادة نشره في أي مجلة أخرى، أو في أي مؤتمر علمي.
12. يُرود الباحث عن طريق البريد الإلكتروني بنسخة إلكترونية من عدد المجلة المنشور فيه بحثه، إضافة إلى مستلة من البحث.
13. إضافة إلى إصدار أعداد المجلة في مطبوعات ورقية، يجوز لهيئة التحرير نشر هذه الأعداد على الموقع الإلكتروني للمعهد عبر شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت).

محتويات العدد

الصفحة	الموضوع
	كلمة العدد
5	الدكتور/ نبهان بن راشد المعولي رئيس هيئة التحرير عميد المعهد العالي للقضاء
	البحوث والدراسات
6	الرقابة القضائية على حكم التحكيم التجاري في القانون العُماني الدكتور/ هلال بن محمد بن سليمان العلوي
62	قراءة نقدية في قانون تنظيم مزاولة مهنة الطب والمهن الطبية المساعدة العُماني الصادر بالمرسوم السلطاني ٢٠١٩/٧٥ م الدكتور/ ناصر بن حماد بن هلال العزري
98	البصمة الوراثية وحجيتها في الإثبات الجنائي الدكتور/ عبد الباسط محمد سيف الحكيمي
170	السياسة التشريعية في تعويض الدولة للمجني عليه (دراسة مقارنة) الدكتورة/ داليا قدرى أحمد عبدالعزيز
228	أحكام تجزئة القسط في عقد التأمين حال انقضاء العقد بالفسخ أو البطلان في القانون الأردني الدكتور/ يوسف أحمد محمود نوافله
266	الالتزام بإعلام العامل بمخاطر مهنته محمود محي الدين صادق بكري

* البحوث المنشورة في المجلة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن آراء هيئة التحرير أو المعهد ولا يجوز إعادة النشر أو الاقتباس إلا بإذن مسبق

كلمة العدد

الحمد لله الذي نزل الفرقان على عبده ليكون للعالمين نذيراً، الذي له ملك السماوات والأرض، وخلق كل شيء فقدره تقديراً، والصلاة والسلام على سيدنا محمد عبده المرسل مبشراً ونذيراً، وداعياً إلى الله بإذنه وسراجاً منيراً...وبعد..

الباحثون والقراء الأعزاء:

تکمن أهمية البحث العلمي في المجال القانوني في قدرته على إيجاد الحلول المناسبة للمشكلات القانونية، وإبداء التوصيات والمقترحات الخاصة بما يلزم من تعديلات تشريعية أو بسن تشريعات جديدة؛ لمواجهة ما يستجد من موضوعات تكون بحاجة إلى تدخل تشريعي.

وتأكيداً منا على أهمية البحث العلمي في المجال القانوني، يواصل المعهد العالي للقضاء إصداراته من مجلة الدراسات الفقهية والقانونية، معلناً عن صدور هذا العدد، الذي يحوي ستة بحوث علمية معقدة، شملت تخصصات قانونية عدة، ومصاغة جميعها باللغة العربية.

وبهذه المناسبة يسرنا أن نتقدم بوافر الشكر والتقدير إلى الأكاديميين والباحثين الأجلاء، الذين أسهموا في إثراء هذا العدد بأبحاثهم القيمة، سائلين المولى عز وجل لهم التوفيق والسداد.

والله الموفق والمُستعان...

د. نبهان بن راشد المعولي

رئيس هيئة التحرير

عميد المعهد العالي للقضاء



الرقابة القضائية على حكم التحكيم التجاري في القانون العماني

الدكتور/ هلال بن محمد بن سليمان العلوي*

المخلص:

إذا كانت الرقابة على الحكم القضائي لا تتحقق إلا عن طريق الطعن فيه أمام محكمة أعلى درجة من المحكمة التي أصدرته بقصد التحقق من صحته وضمن فاعلية تنفيذه، فإن الرقابة على حكم التحكيم تهدف إلى الوقوف على صحة كافة الإجراءات التي تتخذ في عملية التحكيم التجاري، بدءاً من اتفاق الأطراف على اللجوء إليه، حتى صدور حكم المحكم وتنفيذه، وتكون للقضاء رقابة على عمل المحكمين قبل الفصل في موضوع النزاع، ورقابة لاحقة على الفصل فيه، وهذه الأخيرة تنقسم إلى رقابة قضائية عن طريق دعوى البطلان على حكم التحكيم، ورقابة عن طريق الأمر بالتنفيذ، وهي ما سيتناولها موضوع هذا البحث، لذلك أعطى المشرع العماني الحق للطرف الذي صدر ضده حكم التحكيم في رفع دعوى ببطلانه، وذلك في حالة ما إذا كان حكم المحكمين معيباً بعبء من العيوب المنصوص عليها في المواد من (٥٤-٥٢) من قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية، كما أن تنفيذ حكم التحكيم يخضع لرقابة القضاء العماني، حيث تناولت المادة (٥٨) من القانون ذاته الحالات التي لا يجوز فيها قبول تنفيذ حكم التحكيم أو الأمر بتنفيذه، ولتغطية موضوع هذا البحث فقد تم تقسيمه إلى ثلاثة مباحث: ماهية حكم التحكيم (مبحث تمهيدي)، الرقابة القضائية على حكم التحكيم من خلال دعوى البطلان (المبحث الأول)، الرقابة القضائية على حكم التحكيم من خلال تنفيذه (المبحث الثاني). كما توصل الباحث إلى عدد من النتائج والتوصيات في خاتمة البحث.

الكلمات المفتاحية: الرقابة القضائية - المحكم - اتفاق التحكيم - حكم التحكيم - دعوى البطلان.

*أستاذ القانون التجاري المساعد - ورئيس قسم القانون بكلية الشرطة - أكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشرطة.



Judicial Oversight over the Commercial Arbitration Award in Omani Law

Dr. Hilal Mohammed Sulaiman AL Alawi *

Abstract:

If the control over the judicial ruling is achieved only by appealing it to a higher court than the court that issued it with the aim of verifying its validity and ensuring the effectiveness of its implementation, then monitoring the arbitration award aims to verify the validity of all measures taken in the commercial arbitration process, starting with The parties agree to resort to it, until the arbitrator's ruling is issued and executed. The judiciary shall have control over the work of the arbitrators prior to the adjudication of the issue of the dispute, and subsequent control over the adjudication of it, and the latter is divided into judicial control through the nullity lawsuit of the arbitration award and control by order of implementation, which will be covered by the subject of this research. Therefore, the Omani legislator gave the right to the party against whom the arbitration award was issued to file a lawsuit for its nullity, in the event that the arbitration award was defective by a defect stipulated in Articles (52-54) of the Arbitration Law in Civil and Commercial Disputes. Arbitration is subject to the oversight of the Omani judiciary, as Article (58) of the same law deals with cases in which it is not permissible to accept the implementation of the arbitration award or the order to implement it. To cover the topic of this research, it has been divided into two sections: The first: What is the arbitration award, and the second: Judicial oversight over the arbitration award. The researcher also reached a number of findings and recommendations at the conclusion of the research.

Keywords: Judicial Oversight – Arbitrator - Arbitration Agreement - Arbitration Award - Nullity Lawsuit.

*Assistant Professor of Commercial Law - Head of the Law Department at the Police College - Sultan Qaboos Academy for Police Sciences.



المقدمة

يعد التحكيم طريقاً استثنائياً لفض المنازعات التجارية، قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية، كما أنه يعد من أهم الضمانات التي يسعى إليها المستثمر؛ لحماية استثماراته، فقد يحجم المستثمر الأجنبي بصفة عامة عن استثمار أمواله في دولة ما يعلم أن اللجوء إلى قضائها الوطني هو الوسيلة الوحيدة لاقتضاء حقوقه في حالة النزاع، ويعود السبب في ذلك إلى عدم إمام المستثمر بالإجراءات الواجبة الاتباع أثناء المثول أمام القضاء، فضلاً عن أن تلك الإجراءات قد يعقوها مبدأ حصانة الدولة أمام المحاكم الوطنية، والتي قد تحول دون قيام الأجهزة القضائية بالتعرض لتصرفات الدولة، كما أن إناطة الاختصاص للقضاء الوطني في الدولة بالفصل في المنازعات التي قد تثور بينها وبين المستثمر إنما يجعل من تلك الدولة خصماً وحكماً في آن واحد^(١).

وقد ازدهرت أهمية التحكيم في ظل العولمة التي تهدف إلى القضاء على العراقيل الإدارية والقانونية التي تفرضها الدول، كما أن سبب تطور التحكيم هو رغبة الأطراف في المعاملات التجارية في التحرر من كافة القيود التي تفرضها القوانين الوطنية، وتقادي البطء في إجراءات المحاكم العادية، فضلاً عن الحرية التي يتمتع بها الأطراف في مجال التحكيم، كاختيار المحكمين، والقانون الذي يطبق على موضوع النزاع، ومكان ولغة التحكيم، والسرية التي يتصف بها الأخير، لذلك أصبح التحكيم الآن الوسيلة المهمة لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية^(٢)، ولئن كان التحكيم في الأصل وليد إرادة الأطراف إلا أن الأحكام التي تصدر عنه شأنها شأن الأحكام القضائية من

(١) الدكتور/ عكاشة عبد العال، الضمانات القانونية لحماية الاستثمارات الأجنبية، مجلة الدراسات القانونية، جامعة بيروت العربية، كلية الحقوق، العام السادس، ٢٠٠١م، ص ١٥٥.

(٢) الدكتورة/ حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ١٩٩٦م، ص ٧.

حيث إنها تحوز حجية الشيء المقضي فيه، وتكون واجبة النفاذ، وتبقى لها هذه الحجية، طالما بقيت قائمة، ولو كانت قابلة للطعن بدعوى بطلان حكم التحكيم.

لذلك حرصت معظم التشريعات القانونية في دول العالم على أن يكون لقضاء الدولة دوره في الرقابة على أحكام التحكيم، وهو ما لا يتعارض مع كون التحكيم عقد يستمد المحكم سلطته منه في أداء الدور المنوط به، حيث يكون المحكم خاضعاً لأحكام القانون المنظم لعملية التحكيم ورقابة القضاء عليه، كما أن أثر إرادة الأطراف ينتهي عند تخويله سلطة الفصل في النزاع الذي ثار بشأن العقد المبرم بينهما ليفسح المجال لإعمال أحكام القانون ورقابة القضاء في كل مراحل التحكيم ابتداءً من تشكيل هيئة التحكيم وانتهاءً إلى صدور حكم التحكيم عنها وتنفيذه.

وتعد الرقابة القضائية على أحكام التحكيم ذات أهمية بالغة في تجسيد دولة القانون، كما أن الطريق الذي يسلكه المتعاقدين في حل نزاعاتهم والمتمثل في التحكيم، وجب أن يخضع للرقابة القضائية التي تمد يد المساعدة لهيئة التحكيم أو أطراف الخصومة التحكيمية من أجل إتمام إجراءات التحكيم وتنفيذ أحكامه، مما يشكل ذلك ضماناً حقيقياً لمصالحهم ومصصلحة الدولة في آن واحد، وتطبيقاً للقانون وخاصة في التحكيم التجاري الدولي.

لذلك نظم المشرع العماني أحكام وقواعد التحكيم في قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٤٧ لسنة ١٩٩٧م، والتي أعطت لأشخاص القانون العام أو القانون الخاص حق اللجوء إلى التحكيم لحل بعض النزاعات التي تكون طرفاً فيها، سواء على الصعيد الوطني أو الدولي، كما أنها فرضت الرقابة القضائية على أحكام التحكيم لضمان تنفيذها وفق الأحكام التي رسمها القانون.

مشكلة البحث:

تتلخص مشكلة البحث حول مظاهر وحدود وآليات رقابة القضاء على حكم التحكيم في القانون العماني، ومدى كفاية وفاعلية الأحكام المتعلقة بهذه الرقابة وانعكاساتها على

استقلالية وفعالية التحكيم كآلية بديلة لتسوية المنازعات في مجال العقود المدنية والتجارية.

أهمية البحث:

يعد موضوع الرقابة القضائية على حكم التحكيم ذا أهمية بالغة على الصعيدين الاجتماعي والاقتصادي، خصوصاً في ظل اتجاه الدول والشركات إلى اختيار التحكيم كوسيلة بديلة عن القضاء لحل المنازعات الناشئة عن معاملاتها التجارية، كما أن دراسة الجوانب المتعلقة بتنفيذ حكم التحكيم تنطوي على أهمية قانونية وعملية تبين موقف القانون والقضاء من الرقابة على أحكام التحكيم ودور القضاء في تنفيذ هذه الأحكام، مما يساعد ذلك على الوقوف على أحكام هذه الرقابة ومدى نجاعتها في التوفيق بين استقلالية التحكيم وتطبيق القانون وبيان الدور الرقابي الذي يقوم به القضاء لتنفيذ أحكام التحكيم في القانون العماني.

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى:

- 1- الوقوف على ماهية حكم التحكيم، وبيان طبيعته القانونية، وأنواعه، والشروط الواجب توفرها فيه.
- 2- تسليط الضوء على أهمية الرقابة القضائية على حكم التحكيم في القانون العماني.
- 3- دراسة النصوص التشريعية التي تحكم مسألة الرقابة القضائية على أحكام المحكمين في قانون التحكيم في المعاملات المدنية والتجارية، وبيان مدى ملائمة تلك النصوص من ناحية المعالجة القانونية ومن ناحية الواقع.
- 4- الوصول إلى النتائج والتوصيات التي قد تسهم في تطوير القواعد القانونية التي تنظم مسألة الرقابة القضائية على حكم التحكيم في القانون العماني، وسد ما قد يعتريها من نقص أو قصور.

فرضيات البحث وتساؤلاته:

يفترض الباحث أن المشرع العماني أولى موضوع الرقابة القضائية على حكم التحكيم أهمية كبيرة، تتجلى في تنظيم أحكامه في قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية، إلا أن موضوع البحث يثير بعض التساؤلات وهي كآلاتي:

- ١- ما مدى استيعاب النصوص القانونية في قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية لتنظيم كافة الجوانب المتعلقة بالرقابة القضائية على أحكام التحكيم؟
- ٢- هل تعد النصوص القانونية الواردة في قانون التحكيم العماني ضمانات كافية لتحقيق الرقابة على أحكام المحكمين؟
- ٣- هل تحقق قواعد الرقابة القضائية على حكم التحكيم في القانون التوازن بين مصلحة أطراف خصومة التحكيم والاستقلالية التي يتمتع بها نظام التحكيم.
- ٤- هل المدد القانونية التي حددها المشرع العماني لقيام المحكمة بالفصل في طلب وقف تنفيذ حكم التحكيم، أو الفصل في دعوى بطلان حكم التحكيم هي مدد زمنية مناسبة؟ أو أنها مدد طويلة لا تتناسب مع السرعة التي يبتغيها الخصوم من لجوئهم إلى التحكيم للفصل في منازعاتهم.

منهج البحث:

اعتمدت الدراسة على المنهج الوصفي الذي يتناسب مع معطيات عناصر البحث، وذلك بالرجوع إلى المؤلفات والدراسات العلمية والرسائل الجامعية والبحوث المنشورة التي تخدم موضوع البحث، كما اعتمد الباحث على المنهج التحليلي وذلك بدراسة وتحليل النصوص القانونية المتعلقة بموضوع البحث لمعرفة مدى فعاليتها وقدرتها على ضمان الرقابة القضائية على أحكام المحكمين.

الدراسات السابقة:

- الدكتور/ كليبي حسان: الرقابة القضائية على حكم التحكيم التجاري الدولي وفق القانون الجزائري، ٢٠١٨م^(٣): تناولت هذه الدراسة التعريف بالتحكيم ونشأته

(٣) الدكتور/ كليبي حسان، الرقابة القضائية على حكم التحكيم التجاري الدولي وفق القانون الجزائري، بحث منشور، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، الجزائر، ٢٠١٨م.

وصوره وعناصره وأوجه رقابة القضاء على إجراءات التحكيم ومن ضمنها تصديق حكم المحكمين وإجراءات التصديق، كما تناولت كذلك الأحكام الخاصة بطلب إعادة النزاع إلى هيئة التحكيم، وحالات فسخ حكم التحكيم في ظل قانون التحكيم الجزائري، وتختلف هذه الدراسة عن الدراسة الحالية لكونها تتصدى للأحكام المتعلقة بالرقابة القضائية على حكم التحكيم في القانون العماني.

- الدكتور/ أحمد بشير الشرايري: بطلان حكم التحكيم ومدى رقابة محكمة النقض عليه، (٢٠١١م^(٤)): تناولت الدراسة الأحكام المتعلقة بأسباب بطلان حكم التحكيم، ومدى رقابة محكمة النقض على حكم محكمة البطلان، في حين أن هذه الدراسة تسلط الضوء على رقابة القضاء على حكم المحكمين في القانون العماني.

- الدكتور/ مصلح أحمد الطراونة: الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية في القانون الأردني، (٢٠١٠م^(٥)): تناولت الدراسة الأحكام القانونية المتعلقة بحكم التحكيم وبين طبيعته القانونية وشروط صحته وبطلانه، كما تناولت أيضاً طرق الرقابة على حكم التحكيم في القانون الأردني، في حين تمتاز هذه الدراسة بالتركيز على مسألة محددة وهي رقابة القضاء على أحكام المحكمين في قانون التحكيم العماني.

- الدكتورة/ حفيظة السيد الحداد، الرقابة القضائية على أحكام التحكيم بين الازدواجية والوحدة، (٢٠٠٣م^(٦)): تناولت الدراسة ازدواجية الرقابة القضائية على حكم التحكيم والآثار المترتبة عليه، كما تناولت الدراسة أيضاً وحدة الرقابة على حكم التحكيم ومدى صحة تنفيذ أحكام التحكيم التي قضي ببطلانها وفقاً لقانون دولة المقر، وتختلف دراستنا في كونها تبحث في مسألة الرقابة القضائية على أحكام المحكمين وفقاً للقانون العماني.

(٤) الدكتور/ أحمد بشير الشرايري، بطلان حكم التحكيم ومدى رقابة محكمة النقض (التمييز) عليه، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١م.

(٥) الدكتور/ مصلح أحمد الطراونة، الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠١٠م.

(٦) الدكتورة/ حفيظة السيد الحداد، الرقابة القضائية على أحكام التحكيم بين الازدواجية والوحدة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٣م.

- الدكتور/ أحمد السيد صاوي، تنفيذ أحكام المحكمين طبقاً لقانون التحكيم المصري، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، (٢٠٠٠م^(٧)): تناولت الدراسة آلية تنفيذ أحكام المحكمين وفق قانون التحكيم المصري، وسلطة القضاء في الرقابة على تنفيذ أحكام المحكمين. وتختلف هذه الدراسة في كونها تتناول رقابة القضاء على أحكام المحكمين، طبقاً لأحكام قانون التحكيم في منازعات المدنية والتجارية العماني.

- الدكتور/ محمد أحمد سعيد المومني: رقابة القضاء على إجراءات التحكيم، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية، عمان، (٢٠٠٠م^(٨)): تناولت هذه الدراسة التعريف بالتحكيم وأوجه رقابة القضاء على إجراءات التحكيم، كما تناولت أيضاً حالات فسخ حكم التحكيم في ظل قانون التحكيم الأردني القديم، كما تناولت الطبيعة القانونية لنظام التحكيم والآثار الأخرى المترتبة على صدور الحكم. بينما تناولت الدراسة الحالية الأحكام القانونية المتعلقة بالرقابة القضائية على حكم التحكيم وفقاً لأحكام قانون التحكيم العماني.

خطة الدراسة:

سوف نتناول موضوع الرقابة القضائية على حكم التحكيم فقط وهي المرحلة اللاحقة على صدور حكم التحكيم؛ لأن هناك رقابة قضائية سابقة لصدور حكم التحكيم تخرج عن مجال بحثنا، وسوف نقوم في سبيل ذلك بتقسيم البحث على النحو الآتي:

- المقدمة.
- المبحث التمهيدي: ماهية حكم التحكيم.
- المبحث الأول: الرقابة القضائية على حكم التحكيم من خلال دعوى البطلان.
- المبحث الثاني: الرقابة القضائية على حكم التحكيم من خلال تنفيذه.
- الخاتمة: تتضمن النتائج والتوصيات المقترحة.
- قائمة المراجع.

(٧) الدكتور/ أحمد السيد صاوي، تنفيذ أحكام المحكمين طبقاً لقانون التحكيم المصري، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، تحت إشراف مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، القاهرة بتاريخ ٢٨/١/٢٠٠٠م.

(٨) الدكتور/ محمد أحمد سعيد المومني، رقابة القضاء على إجراءات التحكيم، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية، عمان، ٢٠٠٠م.



المبحث التمهيدي مفهوم حكم التحكيم

نتناول هذا المبحث تعريف حكم التحكيم الخاضع للرقابة القضائية، وشروط صحته، وذلك من خلال المطلبين الآتي:

المطلب الأول تعريف حكم التحكيم

يقصد بحكم التحكيم أو قرار التحكيم جميع القرارات الصادرة عن المحكم والتي تفصل بشكل قطعي في المنازعة المعروضة عليه، سواء كانت أحكاماً كلية تفصل في موضوع النزاع ككل، أم أحكاماً جزئية تفصل في شق منها، وسواء تعلقت هذه القرارات بموضوع المنازعة ذاتها، أم بالاختصاص، أم بمسألة تتعلق بالإجراءات أدت بالمحكم إلى الحكم بإنهاء الخصومة^(٩).

لذلك تستطيع هيئة التحكيم إصدار أي قرار يتفق مع حقيقة مطالب الخصوم والأسس العامة للتقاضي كالقرارات الإعدادية المتعلقة بالتحقيق في الخصومة القضائية، ومن أمثلتها قرارات الكشف والخبرة والمعاينة، كما يملك المحكم إصدار القرارات المؤقتة بقصد اتخاذ التدابير الضرورية الواجب اتخاذها قبل الفصل في موضوع النزاع وإصدار الحكم النهائي فيه، مثل قرارات تعيين القيم وتسليمه المال المتنازع عليه للمحافظة عليه

(٩) الدكتور/ عيد محمد القصاص، حكم التحكيم: دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري والمقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ١، ٢٠٠٣م، ص ٧٠. انظر أيضاً: الدكتور/ يعقوب صرخوه، شروط صحة الحكم التحكيمي في التشريع الكويتي مقارنة بما ورد في اتفاقيات التحكيم الصادرة في رحاب الأمم المتحدة، مجلة الحقوق الصادرة عن جامعة الكويت، ص ٢٣. نصت المادة (٢/١) من اتفاقية نيويورك على أنه: (يقصد بأحكام التحكيم ليس فقط الأحكام الصادرة من محكمين معينين للفصل في حالات محددة بل أيضاً الأحكام الصادرة من هيئات تحكيم دائمة يحتكم إليها الأطراف). اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٦ المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، الصادرة عن هيئة الأمم المتحدة في ١٠/٦/١٩٥٨م.

وإدارته عند الاقتضاء، وإلى حين الفصل في الدعوى المعروضة عليه، وغيرها من القرارات غير النهائية، كقرار هيئة التحكيم باختصاصها في نظر الدعوى في حالة الدفع بعدم اختصاصها. كما يمكن لهيئة التحكيم إصدار أحكاماً جزئية تفصل في شق معين من النزاع، ما لم يتفق أطراف النزاع على ضرورة صدور حكم واحد يفصل في جميع المسائل المتنازع عليها، وما لم يكن موضوع النزاع غير قابل للتجزئة^(١٠).

ويتضح مما تقدم أن لهيئة التحكيم أن تصدر بالإضافة إلى الأحكام المنهية للخصومة الأحكام الوقئية والإعدادية والجزئية، وهذا ما نص عليه قانون التحكيم العماني في مواد متفرقة فيه، حيث تنص المادة (٤٢) من قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية على أنه: (يجوز أن تصدر هيئة التحكيم أحكاماً وقتية أو في جزء من الطلبات وذلك قبل إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها). وتنص المادة (١/٢٢) منه على أن: (تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع). كما تنص المادة (٢٤) من القانون نفسه على أنه: (١- يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم، بناء على طلب أحدهما، أن تأمر أيّاً منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع وأن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدبير الذي تأمر به. ٢- إذا تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه، جاز لهيئة التحكيم بناء على طلب الطرف الآخر أن تأذن لهذا الطرف في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه، وذلك دون إخلال بحق هذا الطرف في أن يطلب من رئيس المحكمة التجارية الأمر بالتنفيذ).

(١٠) الدكتورة/ سامية راشد، التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة ومدى خضوعه للقانون المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٦ من ص ١٤٤.

موقف المشرع العماني من تعريف حكم التحكيم:

باستقراء نصوص قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية لم نجد فيه تعريفاً صريحاً لحكم التحكيم الخاضع للرقابة القضائية^(١١)، ولكن المشرع العماني استخدم اصطلاح حكم التحكيم بصورة عامة في نصوص القانون ليشمل حكم التحكيم المنهي للخصومة وغيره من الأحكام التي تملك هيئة التحكيم إصدارها، ولكنه بالمقابل ميز حكم التحكيم المنهي للخصومة وخصه بأحكام قانونية دون الأحكام التي تملك هيئة التحكيم إصدارها.

ومن خلال تتبع هذا النوع الأخير يمكن لنا أن نحدد أوصاف حكم التحكيم الخاضع للرقابة القضائية، حيث تقضي المادة (٤٢) من قانون التحكيم على أنه: (يجوز أن تصدر هيئة التحكيم أحكاماً وقتية أو في جزء من الطلبات وذلك قبل إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها). كما تقضي المادة (١/٤٥) بأنه: (على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان. فإن لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم، وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على ألا تزيد فترة المد على ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك)، كما نجد أيضاً أن المادة (١/٤٨) تقضي بأنه: (تنتهي إجراءات التحكيم بصور الحكم المنهي للخصومة كلها).

وعلى الرغم من الاهتمام الذي توليه النصوص القانونية السابقة بحكم التحكيم المنهي للخصومة، إلا أن ذلك لا يعيننا على الوصول إلى قصد المشرع حول أوصاف حكم التحكيم الخاضع للرقابة القضائية، باستثناء نص المادة (٣/٢٢) من قانون التحكيم التي تنص صراحة على أنه: (تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المشار إليها في الفقرة

(١١) حددت محكمة استئناف القاهرة ما يعتبر حكم تحكيم بالآتي: (حكم التحكيم هو الذي تكتمل فيه العناصر الجوهرية للأحكام بصفة عامة ويتضمن فصلاً في خصومة محددة ويحسم النزاع بشأنها بصفة نهائية وبحوز حجية الأمر المقضي ويكون قابلاً للتنفيذ مباشرة بعد الأمر بتنفيذه). استئناف القاهرة، القضية رقم ٥ لسنة ١٢٠٠ ق. مشار إليه لدى: أحمد بشير الشرايري، مرجع سابق، ص ١٥٦.

الأولى من هذه المادة قبل الفصل في الموضوع، ويجوز لها أن تضمها إلى الموضوع لتفصل فيهما معاً، فإذا قضت برفض الدفع، فلا يجوز التمسك به إلا بطريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وفقاً للمادة (٥٣) من هذا القانون، ويقصد بالدفع المشار إليها في الفقرة الأولى هي الدفع المتعلقة بعدم اختصاص هيئة التحكيم بما في ذلك الدفع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع.

ويفهم من هذا النص أن المشرع لو كان يقصد أن يكون أي حكم تحكيم يقبل رفع دعوى بطلان بشأنه، سواء كان حكماً منهيّاً للخصومة أم غير ذلك، لما أعوزه النص على ذلك، وكان من باب أولى أن يجعل حكم هيئة التحكيم باختصاصها، وهو ما يسمى باختصاص الاختصاص (Competence - Comperance) قابلاً لرفع دعوى بطلان عليه قبل الحكم المنهي للخصومة كلها، ذلك أن السماح لأي من طرفي التحكيم بطلب بطلان مثل هذا الحكم قبل الفصل في الموضوع سوف يترتب عليه تحقيق مصالحهما معاً، إذا ما هي الفائدة التي قد تعود عليهما، إذا ما قررت هيئة التحكيم اختصاصها، أي رفضت الدفع بعدم الاختصاص، وأصدرت حكماً منهيّاً للخصومة قد يكون مصيره البطلان؟ هذا من جهة، ومن جهة أخرى نجد أن صياغة نص المادة (٣/٢٢) قد ربطت دعوى البطلان بالحكم المنهي للخصومة كلها بصراحة النص^(١٢).

وبهذا النص وضع المشرع العماني حداً للسلطة الرقابية التي يمارسها القضاء العماني على جميع أحكام المحكمين السابقة لحكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وأياً كان نوعها، لذلك لا يمكننا تفسير اصطلاح "حكم التحكيم" المنصوص عليه في المواد (٥٢ - ٥٤) من قانون التحكيم في المعاملات المدنية والتجارية بأنه يشمل جميع القرارات التي تصدرها هيئة التحكيم وتفصل بشكل قطعي، على نحو كلي أو جزئي،

(١٢) الدكتور/ حفيدة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص ٥١.

النزاع المعروضة عليها، سواء تعلق هذا القرار بموضوع المنازعة ذاتها أم بالاختصاص أم بمسألة تتصل بالإجراءات، وإنما المقصود بحكم التحكيم الذي تقبل دعوى البطلان بشأنه في القانون العماني هو الحكم المنهي للخصومة كلها^(١٣).

وبذلك يمكن تعريف حكم التحكيم المنهي للخصومة بأنه: الحكم الذي يترتب عليه انقضاء خصومة التحكيم بأكملها، وإنهاء إجراءاتها أمام هيئة التحكيم، سواء كان هذا الحكم فاصلاً في الموضوع بإجابة طلبات المدعي أم رفضها، أم كان حكماً إجرائياً ينهي الخصومة دون الفصل في موضوعها كالحكم بعد الاختصاص، ومن ثم فإنه يجب حتى يكون الحكم منهيّاً للخصومة أن يكون من شأنه إنهاء الخصومة الأصلية كلها، أما الحكم الذي يصدر في شق من الخصومة أو في مسألة عارضة عنها أو فرعية متعلقة بالإثبات فيها فلا يعتد به في هذا الشأن^(١٤).

عليه فإن اصطلاح الحكم المنهي للخصومة والذي يقبل دعوى البطلان هو كل حكم تنتهي به إجراءات التحكيم، ويشمل الآتي:

١- الحكم الذي يفصل في النزاع كله أو في شق منه بشكل قطعي، وملزم وتنتهي به خصومة التحكيم: ويشمل كل حكم يصدر عن هيئة التحكيم بما تملكه من سلطة قضائية لحسم موضوع النزاع التحكيمي بين الخصوم على نحو تستنفذ به ولايتها، وتضع بواسطته حداً للخصومة بين أطراف النزاع، سواء كان حكماً ملزماً أم مقررأ أم منشأاً.

٢- حكم التحكيم الاتفاقي: يتضمن هذا الحكم الاتفاق الودي الذي انتهى إليه أطراف التحكيم لتسوية النزاع القائم بينهم، ويطلبون من هيئة التحكيم إثباته في شكل حكم تحكيمي، وقد أجاز المشرع العماني لهيئة التحكيم أن تصدر هذا النوع من الأحكام، حيث نصت المادة (٤١) من قانون التحكيم على أنه: (إذا اتفق الطرفان خلال إجراءات التحكيم على تسوية تنتهي النزاع كان لهما أن يطلبوا إثبات شروط

^(١٣) انظر خلاف هذا الرأي الدكتورة/ حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص ١٩.

^(١٤) يتفق مع هذا الرأي الدكتور/ فتحي والي في مؤلفه: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط١، ٢٠٠٧م، ص ٥٤٥ وما بعدها.

التسوية أمام هيئة التحكيم، التي يجب عليها في هذه الحالة أن تصدر قراراً يتضمن شروط التسوية وينهي الإجراءات، ويكون لهذا القرار ما لأحكام المحكمين من قوة بالنسبة إلى التنفيذ).

لذلك فإن الحكم الذي يصدر بموجب المادة (٤١) لا يكون قابلاً للنعي عليه بالبطلان؛ لأنه لا يعدو أن يكون مجرد إثبات لشروط لتسوية التي اتفق عليها أطراف النزاع، ولم تستخدم به هيئة التحكيم سلطتها القضائية، كما أن المشرع أعطى لهذا الحكم ما لأحكام المحكمين من قوة بالنسبة إلى التنفيذ، ولم ينص على إخضاعه لجميع الأحكام المتعلقة بأحكام التحكيم، بما فيها خضوعه لأحكام البطلان المنصوص عليها في المواد (٥٢ - ٥٤) من قانون التحكيم. ومن ثم فإن هذا الحكم لا يكون قابلاً إلا للرقابة القضائية عليه أثناء مرحلة طلب تنفيذ الحكم^(١٥).

٣- حكم هيئة التحكيم بعدم اختصاصها: لأنه ينهي الخصومة كلها، وهذا ما يستفاد من مفهوم المخالفة لنص المادة (٣/٢٢) من قانون التحكيم.

٤- حكم هيئة التحكيم بإنهاء إجراءات التحكيم لعدم تقديم المدعي بياناً مكتوباً بدعواه: حيث أجازت المادة (١/٣٤) لهيئة التحكيم إنهاء إجراءات التحكيم، إذا لم يقدم المدعي دون عذر مقبول بياناً مكتوباً بدعواه خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم.

٥- حكم هيئة التحكيم بإنهاء إجراءات التحكيم لعدم وجود جدوى استمرار إجراءات التحكيم أو استحالتة، والذي تملك الهيئة إصداره، وفقاً للمادة (٨/٤٨ ج) من قانون التحكيم.

٦- حكم التحكيم الذي تصدره هيئة التحكيم لتصحيح ما يقع في حكمها الأصلي من أخطاء مادية بحتة، كتابية أو حسابية، إذا تجاوزت سلطتها في التصحيح وفق المادة (٢/٥٠) من قانون التحكيم.

٧- حكم التحكيم الإضافي الذي تصدره هيئة التحكيم بطلب من أحد طرفي التحكيم بشأن طلبات قدمت خلال الإجراءات وأغفلها حكم التحكيم الأصلي، وذلك وفق المادة (٥١) من قانون التحكيم.

(١٥) الدكتور/ مصلح أحمد الطراونة، مرجع سابق، ص ٤٠.



المطلب الثاني

شروط صحة حكم التحكيم

يعد حكم التحكيم ذروة كل إجراءات التحكيم، والغاية الأساسية التي يسعى أطراف النزاع إلى تحقيقها من خلال لجوئهم إلى نظام التحكيم، وبإصدار هذا الحكم يتم الفصل في موضوع النزاع فصلاً قطعياً نهائياً، وذلك خلال الميعاد المقرر قانوناً أو اتفاقاً بين أطراف النزاع، وبإصدار هذا الحكم تكون هيئة التحكيم قد استنفدت ولايتها، ويتمتع حكمها بحجية الأمر المقضي به، ويكون قابلاً للتنفيذ بالطرق المقررة قانوناً.

ويجب أن تتوفر لحكم التحكيم عدد من الشروط الموضوعية والشكلية التي يجب على هيئة التحكيم مراعاتها حتى ينتج الحكم آثاره القانونية، وللوقوف على هذه الشروط سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: الشروط الموضوعية لحكم التحكيم.

الفرع الثاني: الشروط الشكلية لحكم التحكيم.

الفرع الأول

الشروط الموضوعية لحكم التحكيم

يقصد بالشروط الموضوعية لحكم التحكيم هي تلك الشروط الواجب توفرها في الحكم والتي تتعلق بموضوع الحكم، والمتمثل بحسم النزاع بين أطراف الخصومة التحكيمية، بصورة ينتهي معها هذا النزاع، وترتفع يد هيئة التحكيم عن النظر فيه، وتنقضي معه إجراءات التحكيم.

وقد اشترط المشرع العماني في قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية جملة من الشروط الموضوعية ينبغي توفرها في حكم التحكيم وهي كالآتي:

١- أن يصدر الحكم في الموعد المحدد اتفاقاً أو قانوناً:

أجاز المشرع العماني لطرفي النزاع الاتفاق على تحديد المدة التي تنتهي فيها مهمة التحكيم، بما في ذلك إصدار حكم هيئة التحكيم في النزاع المعروض عليها^(١٦)، وذلك لأنهما الأقدر على معرفة ظروف وملابسات النزاع والوقت اللازم للفصل فيه، فهما يحددان بداية ميعاد التحكيم ونهايته، وقد يتم تحديد هذا الميعاد في الشرط التحكيمي أو في مشاركة التحكيم، وقد يتفق الطرفان فيما بعد على تحديد المدة التي يصدر خلالها الحكم، كما أنهما يملكان تمديد هذه المدة صراحة أو ضمناً^(١٧).

وقد أوجب المشرع على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان، أما في حالة عدم وجود هذا الاتفاق، فإنه يجب إصدار الحكم خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم، وقد أجاز المشرع قيام هيئة التحكيم بإصدار قرار يتضمن مد هذه الميعاد بشرط ألا يزيد على ستة أشهر، ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك^(١٨).

وفي حالة صدور حكم التحكيم خلال هذا الميعاد، فإنه يجب على هيئة التحكيم تسليم صورة منه إلى كل من طرفي النزاع، على أن تكون موقعة من المحكمين الذين وافقوا عليه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره. وقد حظر القانون نشر حكم التحكيم أو أجزاء منه إلا بموافقة طرفي التحكيم^(١٩).

أما في حالة عدم صدور حكم التحكيم خلال الميعاد المشار إليه، جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة التجارية أن يصدر أمراً بتحديد ميعاد

(١٦) المادة (١/٤٥) من قانون التحكيم العماني.

(١٧) حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط١، ٢٠١٠م، ص٤١٤.

(١٨) المادة (١/٤٥) من قانون التحكيم العماني.

(١٩) المادة (٤٤) من قانون التحكيم العماني.

إضافي، أو بإنهاء إجراءات التحكيم، ويكون لأي من الطرفين عندئذ رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظرها^(٢٠).

٢- أن يصدر الحكم بعد المداولة:

نصت المادة (٤٠) من قانون التحكيم على ما يأتي: (يصدر حكم هيئة التحكيم المشكلة من أكثر من محكم واحد بأغلبية الآراء بعد مداولة تتم على الوجه الذي تحدده هيئة التحكيم، ما لم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك). نجد من خلال هذا النص أن المشرع العماني اشترط صراحة على هيئة التحكيم إجراء المداولة السابقة بين أعضائها، على الوجه الذي تحدده، كشرط لصحة حكم التحكيم؛ لأنه لا بد من إجراء المداولة بينهم قبل إصدار الحكم، ويقصد بالمداولة هو تبادل الرأي بين أعضاء هيئة التحكيم في اجتماع سري للوصول إلى منطوق الحكم في القضية التي يتداولون فيها^(٢١).

وقد يتعذر في بعض الأحيان إجراء المداولة بين جميع المحكمين مجتمعين؛ نظراً لصعوبة ذلك في مجال التحكيم الدولي، لذلك فقد يعد رئيس هيئة التحكيم مشروعاً لقرار التحكيم، ويتم إرسال نسخة منه إلى كل محكم في البلد الذي يوجد فيه، ثم يقوم كل منهم بإبداء رأيه بالمراسلة إلى أن يصل الأمر إلى الاتفاق على صيغة القرار من قبل أغلبية المحكمين أو بالإجماع^(٢٢).

ويلاحظ الباحث أن المشرع العماني لم ينص على طريقة معينة لإجراء المداولة، ولكنه ترك لهيئة التحكيم تحديد الكيفية التي تتم فيها المداولة، لذلك فإنه من الممكن أن تتم المداولة بين أعضاء هيئة التحكيم باجتماع شفوي يحضره جميع أعضائها، أو عن طريق تبادل الخطابات، أو بأي وسيلة أخرى من وسائل الاتصالات المكتوبة كالفاكس أو البريد الإلكتروني، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، كما أنه من الممكن أن تتم

(٢٠) المادة (٢/٤٥) من قانون التحكيم.

(٢١) الدكتور/ أحمد بشير الشرايري، مرجع سابق، ص ١٥٨.

(٢٢) الدكتورة/ حفيفة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط ١، ٢٠٠٨م، ص ١٧٨.

المداولة في أي مكان أو زمان قد يتفق عليه المحكمون، ولو في العطل الرسمية؛ وذلك لأن المداولة غير مقيدة بمكان معين، أو زمان محدد. ومن ثم تعد المداولة أمراً ضرورياً يجب القيام به في حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم، فإذا صدر حكم التحكيم بدون إجرائها بين المحكمين تعرض حكم المحكم للبطلان^(٢٣).

ويلاحظ أن إثبات المداولة أمراً صعباً، نظراً لقاعدة سرية المداولة، لذلك يجب أن يذكر المحكمون في صدر حكمهم عبارة "بعد المداولة" فإن فعلوا ذلك فلا يمكن لأحد إثبات عكس ما جاء بالحكم الذي يتمتع بقوة إثبات إلا بالطعن بالتزوير.

كما يجب أن تكون المداولة بين المحكمين سرية، فلا يجوز إشراك غيرهم فيها كالخبراء أو المستشارين، وإلا ترتب على ذلك جواز الطعن في قرار التحكيم، وباستقراء نصوص قانون التحكيم العماني، يلاحظ الباحث أن نصوص القانون خلت من نص يلزم بسرية المداولة بالرغم من أهميتها^(٢٤).

لذلك يوصي الباحث بضرورة تدخل المشرع العماني بتعديل نص المادة (٤٠)، وذلك بتقرير وجوب سرية المداولة؛ نظراً لما للمداولة من أهمية كبيرة تتمثل في ضمان حرية المحكمين في إبداء آرائهم والتشاور فيما بينهم، ورفع الحرج عنهم في حال حضور

(٢٣) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف القاهرة بتاريخ ٢٠٠٨/٥/٦م ببطلان حكم التحكيم لثبوت صدوره من دون إتمام المداولة القانونية بين أعضاء هيئة التحكيم الذي أصدرته، إذ كانت هيئة التحكيم قد قررت مد أجل التحكيم، وأبلغ هذا القرار للشركة المدعية، ومن ثم قامت هيئة التحكيم وبفس اليوم بإصدار حكم التحكيم، ولم يثبت للمحكمة من ملف التحكيم المطعون ببطلان الحكم الصادر فيه، أن إجراء المداولة المقررة قانوناً قد تم بين أعضاء هيئة التحكيم قبل إصدار حكم التحكيم حكم محكمة استئناف القاهرة، الدائرة السابعة الاقتصادية، الدعوى رقم ١٠٤٠/١٢٤، منشور بمجلة التحكيم، العدد الأول، يناير ٢٠٠٩م، ص ٥٥٣.

(٢٤) تنص بعض التشريعات صراحة على سرية المداولة في حالة تعدد المحكمين، أسوة بما هو متبع بالنسبة لقضاء الدولة، ومن بين هذه التشريعات قانون المرافعات الفرنسي والذي تنص المادة (١٤٦٩) منه على أن: "تكون المداولة بين المحكمين سرية". وقانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الذي تنص المادة (١/٧٨٨) منه على أنه: "في حال تعدد المحكمين تجري المداولة بينهم سراً". مشار إليه لدى: الدكتور/ أحمد بشير الشرايري، مرجع سابق، ص ١٦٠.

المداولة غيرهم كأطراف النزاع أو ممثليهم أو الخبراء أو المستشارين، كما أن ذلك يحقق استقلال المحكم وحيدته، وعدم تأثره بآراء من قاموا باختياره

٣- أن يصدر الحكم بأغلبية آراء المحكمين:

اشترط المشرع العماني لصدور حكم التحكيم صحيحاً أن يصدر بأغلبية الآراء، وهو الموقف نفسه الذي اتخذته المشرع المصري^(٢٥)، والحصول على أغلبية الآراء أمر من السهل تحقيقه في ضوء القوانين التي توجب أن يكون عدد المحكمين وتراً، كما هو الحال في القانون العماني والذي تنص المادة (٢/١٥) منه على أنه: (إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وتراً وإلا كان التحكيم باطلاً).

فإذا كان عدد المحكمين على سبيل المثال ثلاثة محكمين، فإن هيئة التحكيم تصدر حكمها بأغلبية اثنين من ثلاثة، هذا ما لم يتفق طرفا النزاع على خلاف ذلك، فإذا لم تتمكن هيئة التحكيم من الوصول إلى قرار يحظى بموافقة الأغلبية، فإنه يجوز لها الرجوع إلى طرفي النزاع، وعرض الأمر عليهم، والحصول على موافقتهم بأن يصدر الحكم وفقاً للرأي الذي يرضه رئيس هيئة التحكيم، استناداً إلى نص المادة (٤٠) من قانون التحكيم العماني التي أجازت لطرفي النزاع الاتفاق على خلاف ما جاء به النص^(٢٦)، ومن ثم فإنه لا يوجد ما يمنع اتفاقهم على عدم استلزام الأغلبية لصدور حكم التحكيم، أما في حالة عدم اتفاق طرفي النزاع على ذلك، ففي هذه الحالة يجب على هيئة التحكيم إصدار قرار بإنهاء إجراءات التحكيم لعدم جدوى الاستمرار^(٢٧).

وجدير بالذكر أن البطلان الذي يصيب الحكم بسبب عدم صدوره بأغلبية آراء هيئة التحكيم هو بطلان غير متعلق بالنظام العام، ذلك أن المشرع أجاز في المادة (٤٠)

(٢٥) المادة (٤٠) من قانون التحكيم المصري.

(٢٦) الأغلبية المطلوبة هي الأغلبية البسيطة للآراء، ولكن يمكن للأطراف أن يتفقوا على أن يصدر الحكم بالإجماع أو بالأغلبية الموصوفة، أو أن يستقل رئيس هيئة التحكيم بإصدار الحكم كما لو كان محكماً وحيداً إذا تشنت الآراء، وهذا الحل الأخير هو ما تنص عليه المادة (٢/٢٥) من نظام التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية سنة ١٩٩٨م.

(٢٧) المادة (١/٤٨) من قانون التحكيم العماني.

للأطراف الاتفاق على خلاف ما جاء به النص، كأن يتفقوا مثلاً على تفويض رئيس هيئة التحكيم منفرداً بإصدار الحكم، إذا لم تتوفر الأغلبية.

٤- أن يفصل الحكم في جميع جوانب النزاع المتفق بشأنه على التحكيم:

يقتضي هذا الشرط أن تلتزم هيئة التحكيم بإصدار حكم يفصل في جميع المسائل المتعلقة بموضوع النزاع المعروض عليها، بحيث يكون شاملاً لجميع جزئيات النزاع، وعلى نحو يتم به حسم جميع المنازعات التي أثارها الخصوم في حدود سلطتها.

لذلك لا يجوز لهيئة التحكيم تجاوز حدود هذه السلطة أو حدود مهمتها أو التصدي لما لم يتفق الأطراف على عرضه على التحكيم، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (١/٥٣ و) من قانون التحكيم العماني، والتي حددت من بين حالات البطلان حالة: "إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق".

٥- أن يكون موضوع النزاع الذي صدر فيه الحكم من المسائل التي يجوز

التحكيم فيها:

يقتضي هذا الشرط أن يكون موضوع النزاع المتفق بشأنه على التحكيم من النزاعات التي يجيز القانون التحكيم فيها، لذلك وضع المشرع العماني بعض القيود على إرادة الأفراد في اللجوء إلى التحكيم، وجعل لقضاء الدولة وحده في بعض المسائل اختصاصاً آمراً مانعاً كمنازعات الأحوال الشخصية، ومسائل الجنسية، والمسائل الجنائية، وقد نصت المادة (١١) من قانون التحكيم العماني على مثل هذه القيود بقولها: (لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح).

٦- أن يصدر حكم التحكيم وفقاً لقواعد القانون الذي اختارته أطراف النزاع:

ألزم المشرع العماني هيئة التحكيم بالنزول عند إرادة أطراف التحكيم وإعمال القواعد التي ارتضوا التحكيم بمقتضاها، سواء فيما يخص القواعد المنظمة لإجراءات التحكيم، أم تلك التي يرتضوها لحكم موضوع النزاع، حيث نصت المادة (١/٦) من قانون التحكيم على أنه: (لطرفي التحكيم حرية تحديد القانون الذي يجب على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع).

وتنص المادة (٢٥) من القانون على أنه: (لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في سلطنة عمان أو خارجها، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم، مع مراعاة أحكام هذا القانون، أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة)، أما المادة (١/٣٩) فتتص على أنه: (تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك).

فإذا ما تجاهلت هيئة التحكيم إرادة الأطراف وقامت باختيار إجراءات التحكيم أو فصلت في النزاع وفقاً لقانون آخر غير القانون الذي قام الأطراف باختياره، فإن ذلك يعد سبباً لبطلان الحكم، حتى ولو كان هذا القانون هو القانون الذي كان القاضي المختص أصلاً بنظر النزاع سيطبقه لو عرض النزاع عليه، وقد نصت المادة (١/٥٣ د) من قانون التحكيم على ذلك بالقول: (١- لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية: د- إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع).

٧- أن يتضمن الحكم منطوقه:

يعد منطوق الحكم هو الجزء الأخير من الحكم، وهو الذي يفصل في المسائل المتنازع عليها بين طرفي الخصومة، كما أنه يمثل الرأي النهائي لهيئة التحكيم، وتؤكد به الحقوق^(٢٨).

لذلك أكد المشرع في المادة (٣/٤٣) على ضرورة ذكر منطوق الحكم ضمن بيانات الحكم الأساسية، وذلك حتى يمكن الأمر بتنفيذه، كما أن إغفال ذكره في الحكم يترتب

^(٢٨) الدكتور/ عيد محمد القصاص، حكم التحكيم، دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري والمقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠٠٧م، ص ١٢٣.

عليه بطلان حكم التحكيم، كما يجب أن يكون منطوق الحكم واضحاً، لا لبس فيه ولا غموض، وألا تتناقض أجزائه بحيث لا تستقيم معاً^(٢٩).

ويجوز لتفادي الحكم ببطلان حكم التحكيم، الرجوع إلى المحكمين في حالة وقوع غموض في منطوق الحكم، وذلك بطلب تفسير ما وقع فيه من غموض، وقد نصت المادة (٤٩) من قانون التحكيم العماني على ذلك بالقول: (يجوز لكل من طرفي التحكيم أن يطلب من هيئة التحكيم خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه حكم التحكيم تفسير ما وقع في منطوقه من غموض ويجب على طالب التفسير إعلان الطرف الآخر بهذا الطلب قبل تقديمه لهيئة التحكيم).

٨- أن يكون الحكم مسبباً:

يعد تسبیب حكم التحكيم من المسائل الضرورية التي يبني عليها الحكم، كما أنه إحدى الضمانات التي كفلها القانون للخصوم ضد سلطة المحكم المطلقة، ويقصد بأسباب التحكيمي ضرورة قيام هيئة التحكيم ببيان الأسباب الواقعية والقانونية التي ركنت إليها فيما أصدرته من حكم وكونت منها عقيدتها فيما انتهت إليه^(٣٠)، لذلك أوجب المشرع العماني أن يكون حكم التحكيم مسبباً، وإلا وقع باطلاً، حيث نصت المادة (٢/٤٣) من قانون التحكيم على أنه: (يجب أن يكون حكم التحكيم مسبباً إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم).

ويفهم من هذا النص أنه يجوز أن يصدر حكم التحكيم وفقاً للقانون العماني خالياً من التسبیب في حالتين هما:

(٢٩) بينت محكمة النقض المصرية ماهية التناقض الذي يعيب الحكم، إذ قضت بأن: (المقرر في قضاء هذه المحكمة أن التناقض الذي يعيب الحكم ويفسده هو الذي تتماهى به الأسباب بحيث لا تبقى بعدها ما يمكن حمل الحكم عليه أو ما يكون واقعاً في أسبابه بحيث لا يمكن معه أن يفهم على أي أساس قضي بما قضي به في منطوقه). الطعن رقم ١٠٣٥٠ لسنة ٦٥ ق، جلسة ١/٣/١٩٩٩م، مجموعة أحكام محكمة النقض، السنة الخمسون، الجزء الأول، يناير - مايو ١٩٩٩م، ص ٣٣١.

(٣٠) الدكتور/ مصلح أحمد الطراونة، مرجع سابق، ص ٩٧.

الحالة الأولى: إذا اتفق طرفا التحكيم على إعفاء المحكم من تسبیب الحكم.
الحالة الثانية: إذا كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط تسبیب الحكم.

ويقترح الباحث أن يتدخل المشرع العماني في تعديل نص المادة (٢/٤٣) بشأن تسبیب حكم التحكيم، وأن ينص على وجوب تسبیب جميع الأحكام الصادرة عن هيئة التحكيم، أسوة بأحكام القضاء، دون ورود استثناءات في النص تقضي بعكس ذلك، وأن يرتب على صدور أي حكم من هذه الهيئة من غير تسبیب بطلان ذلك الحكم، والهدف من ذلك هو أن تسبیب حكم التحكيم سوف ينأى بالمحكم عن شبهة التعسف في استخدام سلطته، ويرفع عنه الشك والريبة والشبهات، مما يجعل حكمه بعيداً عن التحيز لأحد الخصوم، مما يضيفي الاطمئنان إلى نفوس جميع المتخاصمين^(٣١).

الفرع الثاني

الشروط الشكلية لحكم التحكيم

يعد حكم التحكيم من أشكال العمل القضائي، الذي يعمل على حسم الخصومة بين المتنازعين، لذلك كان من الضروري أن يتوفر في هذا الحكم الشروط الشكلية اللازمة لصحته، لذلك أوجب المشرع العماني، أسوة بغيره من قوانين التحكيم العربية والأجنبية، أن يصدر حكم مستوفياً للشروط الشكلية الآتية:

١ - الكتابة:

نصت المادة (١/٤٣) من قانون التحكيم على ما يلي: (يصدر حكم التحكيم كتابة ويوقعه المحكمون، وفي حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم واحد يكتفى بتوقيعات أغلبية المحكمين بشرط أن تثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية).

^(٣١) الدكتور/ أحمد أبو الوفا، تسبیب الأحكام، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الاسكندرية، السنة السابعة، ١٩٥٦م - ١٩٥٧م، العددان الأول والثاني، ١٩٥٨م، ص ٤.

أوجب المشرع العماني في النص السابق أن يكون حكم التحكيم مكتوباً، وتعد كتابة الحكم ركن جوهرى لوجوده، وهو ركن شكلي، فصدور الحكم شفاهة لا يتحقق به وصفه بأنه حكم تحكيم مع ما يتضمنه من آثار قانونية، كما لا يكتسب الحكم الشفهي حجية الأمر المقضي به، ولا يمكن تنفيذه، حيث أن كافة قوانين التحكيم الوطنية والدولية تشترط تقديم صورة أصلية من الحكم مع طلب التنفيذ^(٣٢).

لذلك تعد كتابة الحكم التحكيمي شرطاً أساسياً وجوهرياً في حكم التحكيم، شأنه في ذلك شأن الأحكام الصادرة عن قضاء الدولة، وذلك حتى يتمكن أطراف النزاع من الاطلاع عليه، وتمكين القاضي الوطني من التأكد صحته قبل أن يصدر أمراً بتنفيذه، ولا يشترط القانون طريقة معينة للكتابة، حيث يمكن أن تتم كتابة الحكم بخط اليد أو بطريقة مطبوعة، ويكون حكم التحكيم مكتوباً بصرف النظر عن اللغة التي يصدر فيها، وتكون غالباً اللغة التي تمت فيها الإجراءات التحكيمية، فإذا جرى التحكيم في سلطنة عمان فإن لغة الحكم يجب أن تكون اللغة العربية، إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على أن تكون لغة التحكيم هي غير اللغة العربية، أو إذا قررت هيئة التحكيم ذلك^(٣٣).

فإذا صدر الحكم بغير اللغة العربية، سواء كان صادراً في سلطنة عمان أم في خارجها، ورفعت أمام المحكمة المختصة دعوى لإبطاله، إن كان صادراً في سلطنة عمان، أو لتنفيذه سواء أكان صادراً في السلطنة أم في خارجها، فإنه ينبغي على مدعي البطلان أو طالب التنفيذ أن يقدم ترجمة معتمدة للحكم باللغة العربية.

٢- توقيع المحكمين على حكم التحكيم:

لا يكفي أن يكون حكم التحكيم مكتوباً حتى يستوفي مقتضياته الشكلية، بل ينبغي أن يكون موقِعاً من هيئة التحكيم التي أصدرته، لذلك اشترط المشرع ضرورة توقيع المحكمين على حكم التحكيم، فإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد، فإن الحكم لا يصدر إلا بعد التوقيع عليه، أما إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من أكثر من

(٣٢) الدكتور/ مختار بريوي، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢، ١٩٩٩م،

ص ١٥٣.

(٣٣) المادة (١/٢٩) من قانون التحكيم العماني.

محكم، فإنه يشترط توقيع أغلبية المحكمين بشرط أن يثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية عليه^(٣٤).

والعلة من ذكر أسباب عدم توقيع الأقلية التي إذا خلى حكم التحكيم من بيانها كان باطلاً، أنه إذا لم تذكر هذه الأسباب فقد يستشف من ذلك أن هذه الأقلية لم تشترك في إجراءات التحكيم، أو أن الحكم قد صدر دون أن يكون محلاً للمداولة، وقد سبق أن ذكرنا أن حكم التحكيم يجب أن يصدر بعد مداولة، وتختلف هذه المداولة يؤدي إلى بطلان الحكم التحكيمي لتعلقه بحقوق الدفاع وهو من النظام العام.

٣- بيانات حكم التحكيم:

حدد المشرع العماني البيانات التي يجب أن يتضمنها الشكل المكتوب للحكم، وهذا ما يؤكد الطبيعة القضائية لحكم التحكيم، حيث نصت المادة (٣/٤٣) من قانون التحكيم على أنه: (يجب أن يشتمل حكم التحكيم على أسماء الخصوم وعناوينهم وأسماء المحكمين وعناوينهم وجنسياتهم وصفاتهم ونص اتفاق التحكيم وملخص لطلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم ومنطوق الحكم وتاريخ ومكان إصداره وأسبابه إذا كان ذكرها واجباً).

عليه فإن حكم التحكيم الصادر وفق القانون العماني يجب أن يشتمل على البيانات الآتية:

أ- أسماء الخصوم والمحكمين وعناوينهم وجنسياتهم وصفاتهم:

أوجب المشرع أن يشتمل حكم التحكيم على أسماء الخصوم وعناوينهم وجنسياتهم وكذلك أسماء المحكمين وعناوينهم وجنسياتهم وصفاتهم، فإذا أغفل الحكم هذه البيانات تعرض للبطلان^(٣٥).

^(٣٤) المادة (١/٤٣) من قانون التحكيم العماني.

^(٣٥) قضت محكمة استئناف القاهرة في حكمها الصادر بتاريخ ٢٠٠٥/٦/٧م بالآتي: (وحيث إن حكم التحكيم المطعون عليه قد خلا من بيان جنسية المحكم، وكذلك من صورة اتفاق التحكيم اكتفاء بالإشارة إليه في الحكم، ومن ثم يتعين القضاء ببطلان حكم التحكيم دون حاجة لبحث أسباب =

ب- صورة من اتفاق التحكيم:

يجب أن يحتوي حكم التحكيم على صورة من اتفاق التحكيم، وذلك من أجل التحقق من أن حكم هيئة التحكيم قد صدر في حدود سلطاتها المستمدة من اتفاق التحكيم، ضماناً لمصلحة الخصوم، ومن ثم في إغفاله يترتب عليه بطلان حكم التحكيم^(٣٦).

ج- ملخص طلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم:

يقصد بهذا الملخص عرض موجز لوقائع النزاع وجوهر طلبات ودفع الخصوم، وما قدموه من بيانات شفوية وخطية، لذلك أوجب المشرع العماني بأن يشتمل حكم التحكيم على هذا الملخص لمعرفة نطاق سلطة المحكمين، أما بيان ملخص أقوال الخصوم ومستنداتهم فهو من أجل توفير الرقابة القضائية على عمل المحكمين، والتأكد من حسن استيعابهم لوقائع النزاع، ودفاع طرفيه، والوقوف على أسباب الحكم الصادر فيه، وذلك تحقيقاً لمصلحة الخصوم^(٣٧).

= البطلان التي اثارها المدعون). حكم محكمة استئناف القاهرة، الدائرة ٧ تجاري، الدعوى رقم ١١٠ لسنة ١٢١ ق تحكيم تجاري، تاريخ الجلسة ٦/٧/٢٠٠٥م. مشار إليه لدى: الشرايري، مرجع سابق، ص ١٦٨.

^(٣٦) وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: (مؤدى نص الفقرة الثالثة من المادة ٤٣ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية يدل على أن المشرع قد هدف من وجود إثبات هذا البيان - صورة اتفاق التحكيم في الحكم - هو التحقق من صدور حكم المحكمين في حدود سلطاتهم المستمدة من اتفاق التحكيم، رعاية لمصالح الخصوم، فهو بيان جوهرى لازم لصحة الحكم، يترتب على تخلفه عدم تحقق الغاية التي من أجلها أوجب المشرع إثباته بالحكم بما يؤدي إلى البطلان ولا يغير من ذلك أن يكون اتفاق التحكيم مرفقاً بأوراق الدعوى التحكيمية ذلك بأنه يلزم أن يكون الحكم ذاته دالاً على شروط صحته ووفقاً لمبدأ الكفاية الذاتية للأحكام، بحيث لا يقبل تكملة ما نقص منها من البيانات الجوهرية بأي طريق آخر). الطعن رقم ١٠٦٣٥ لسنة ٧٦ ق، جلسة ٢٧/٢/٢٠٠٧م. انظر أيضاً في هذا المعنى: حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ١٠٩٥ لسنة ٥٣ قضائية، جلسة ٣/٢/١٩٨٧م، مجلة القضاء المصرية، العدد الأول، السنة ٢١ق، يناير - يونيو ١٩٨٨م، ص ٢٧٩.

^(٣٧) المادة (٣/٤٣) من قانون التحكيم العماني. حول هذا الموضوع انظر: الدكتور/ عيد محمد القصاص، مرجع سابق، ص ١٣٣.

ويترتب على إغفال ذكر ملخص لطلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم في حكم التحكيم تعرض هذا الحكم للبطلان، إلا أن القانون لم يشترط ذكر كافة الطلبات والأقوال تفصيلاً، وإنما يكفي أن يتم تلخيص طلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم، دون إغفال أي منها؛ وذلك لأنها تعد من البيانات الجوهرية اللازمة لإصدار حكم التحكيم، ومن ثم فإنه يجب ذكرها في صلب الحكم، وعدم الاكتفاء بأن يحيل الحكم إلى الأقوال والطلبات التي ذكرها الخصوم في اتفاق التحكيم^(٣٨).

د- تاريخ ومكان إصدار الحكم:

يشترط القانون لصحة حكم التحكيم أن يشتمل على تاريخ ومكان إصدار حكم التحكيم^(٣٩)، ويفيد بيان تاريخ صدور الحكم في التأكد من صدوره ضمن المدة المحددة لذلك، سواء أكانت هذه المدة محددة وفق اتفاق طرفي النزاع أم بنص القانون، إذ أن هيئة التحكيم تفقد سلطتها في الفصل في النزاع بعد انتهاء هذه المدة، كما يفيد بيان تاريخ صدور حكم التحكيم في تحديد الوقت الذي تسري فيه آثار الحكم وأهمها حجية الأمر المقضي^(٤٠).

ويترتب على إغفال بيان تاريخ إصدار الحكم وفق أحكام قانون التحكيم العماني بطلان حكم التحكيم، إلا أنه من الممكن تقاضي هذا البطلان وعدم الحكم به في حالة

(٣٨) انتهت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها إلى أن بيان ملخص طلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم من البيانات الجوهرية واللازمة والتي (يترتب على إغفالها عدم تحقق الغاية التي من أجلها أوجب المشرع إثباتها في الحكم بما يؤدي إلى البطلان، ولا ينال من ذلك أن أوراق القضية قد أودعت مع الحكم بقلم كتاب المحكمة لأن الحكم يجب أن يكون دالاً بذاته على استكمال شروط صحته ولا يقبل تكملة ما نقص فيه من البيانات الجوهرية بأي طريق آخر). الطعن رقم ٩٠ لسنة ٥٨ ق، جلسة ٢٤ مارس ١٩٩١م، مجموعة أحكام النقض، السنة ٤٢، الجزء الأول، يونيو - ديسمبر ١٩٩١م، ص ٧٩٤.

(٣٩) المادة (٣/٤٣) من قانون التحكيم العماني.

(٤٠) الدكتور/ محمد نور شحاتة، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكّمين، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ١٩٩٣م، ص ١١٥.

وجود تاريخ ثابت يستدل منه على تاريخ صدور حكم التحكيم، كأن يستدل على هذا التاريخ من محضر الجلسة التي صدر فيها الحكم، أو من تاريخ يستدل منه على أن هيئة التحكيم قد أصدرت حكمهم خلال مدة التحكيم، ومثال ذلك، إذا أودع الحكم قلم كتاب المحكمة قبل انقضاء مدة التحكيم^(٤١).

أما فيما يتعلق ببيان مكان التحكيم في الحكم، فإنه يفيد في معرفة مدى التزام هيئة التحكيم باتفاق أطراف الخصومة، في حال أنهم اتفقوا على تحديد مكان معين لصدور حكم التحكيم، كما يفيد كذلك في تحديد جنسية المحكم عما إذا كان وطنياً أو أجنبياً، إذ يعد حكم التحكيم صادراً في مكان صدوره^(٤٢).

كما يترتب على تحديد مكان صدور حكم التحكيم تحديد المحكمة المختصة في نظر الطعن في حكم التحكيم، وكذلك تحديد المعاملة التي سيتلقاها حكم التحكيم بعد صدوره بالنسبة إلى تنفيذه، حيث يختلف أسلوب التنفيذ وإجراءاته تبعاً لمكان صدور الحكم، وطبقاً لما إذا كان يراد تنفيذه في الدولة التي صدر فيها، أو غيرها، أو كان تحكيمياً دولياً خاضعاً لاتفاقية دولية معينة^(٤٣).

(٤١) وهذا ما قضت به محكمة التمييز الأردنية بالقول بأن: (خلو قرار التحكيم من تاريخ صدوره لا يبطله ولا يمنع من تصديقه ما دام قد أبرز لمحكمة الاستئناف قبل انقضاء مدة التحكيم مما يفيد بأنه قد صدر خلال مدة التحكيم). قرار رقم ٩٢/٢٤٥، حقوق، مجلة نقابة المحامين، العدد العاشر، ١٩٩٤م، ص ٢٢٩.

(٤٢) أكتّم أمين الخولي، اتفاق التحكيم والبيانات الجوهرية، مجلة التحكيم العربي، مجلة متخصصة تصدرها الأمانة العامة للاتحاد العربي للتحكيم الدولي، العدد الثالث، أكتوبر، ٢٠٠٠م، ص ٩.

(٤٣) الدكتور/ علي بركات، الطعن في أحكام التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ١، ١٩٩٣م، ص ٨٨.



المبحث الأول

الرقابة القضائية على حكم التحكيم

من خلال دعوى البطلان

تعد دعوى البطلان في القانون العماني هي الوسيلة الوحيدة للطعن بحكم التحكيم، والتي يمكن من خلالها إبطال حكم التحكيم وفي حالات محددة على سبيل الحصر ورد تعدادها في المادة (٥٣) من قانون التحكيم العماني، حيث أغلق المشرع كل طرق الطعن، سواء العادية أم غير العادية أمام مراجعة حكم التحكيم، على اعتبار أن اتفاق التحكيم عدالة خاصة لا يتواءم مع طرق الطعن التي ترمي إلى إعادة نظر النزاع وإحلال قرار القاضي محل قرار المحكم^(٤٤).

وللوقوف على هذا النوع من الرقابة القضائية سوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، المطلب الأول: مفهوم دعوى بطلان حكم التحكيم، والمطلب الثاني: أسباب الطعن بالبطلان في حكم التحكيم، والمطلب الثالث: إجراءات رفع دعوى بطلان حكم التحكيم.

المطلب الأول

مفهوم دعوى بطلان حكم التحكيم

يقصد بالبطلان بصفة عامة جزاء يرتبه المشرع أو تقضي به المحكمة، إذا افتقد العمل القانوني أحد الشروط الشكلية أو الموضوعية التي يتطلبها القانون لصحته، ويؤدي هذا الجزاء إلى عدم فعالية العمل القانوني، ويكون الحكم باطلاً إما لعيب لحق بإجراءاته التي سبقت صدوره، أو لعيب في ذاته، ذلك أن الإبطال هو وصف يلحق التصرف القانوني المعيب الذي ينعقد مخالفاً لقاعدة قانونية أو اتفاقية، والتي تهدف إلى

(٤٤) الدكتور/ أحمد بشير الشرايري، مرجع سابق، ص ٢١٧.

تحقيق مصلحة عامة أو خاصة، مما يؤدي إلى توقيع جزاء يتمثل في شل فعالية التصرف وإعدام أثره القانوني^(٤٥).

وتهدف دعوى بطلان حكم التحكيم إلى تحقيق الرقابة القضائية على صحة حكم التحكيم من حيث اتفاق التحكيم وإجراءاته وتطبيق القانون على النزاع تطبيقاً صحيحاً، ومع ذلك فإن هذه الدعوى ليست طريقة من طرق الطعن المقررة للطعن في الأحكام القضائية^(٤٦)، كما أنها لا تشكل جزءاً من هيكل خصومة التحكيم أو مرحلة من مراحلها، لذلك صرح المشرع العماني بهذا المعنى في الفقرة الأولى من المادة (٥٢) من قانون التحكيم بالقول: (لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المقررة قانوناً).

كما تتميز دعوى بطلان حكم التحكيم بأنه لا يوجد طريق طعن ضد أحكام القضاء يمكن رد هذه الدعوى إليه بشكل مطلق، وذلك نظراً للطبيعة المختلطة لهذا الطعن، فهو يتمتع ببعض خصائص طرق الطعن العادية، مثال ذلك أنها تنظر من قبل محكمة الاستئناف، كما يتمتع ببعض خصائص طرق الطعن غير العادية، ذلك أن أسبابها قد حددت على سبيل الحصر، فإذا تم الطعن لسبب غير منصوص عليه في القانون، فإنه يكون غير مقبول، لذلك تعد دعوى البطلان وسيلة مختلفة عن طرق الطعن الأخرى

(٤٥) الدكتور/ أشرف محمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية وآثارها القانونية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ط١، ٢٠١٠م، ص٢٢٧.

(٤٦) قضت محكمة التمييز الأردنية بالطبيعة الخاصة لدعوى البطلان حيث قررت الآتي: (جرى الإجماع في الاجتهاد والفقهاء على أن دعوى بطلان حكم التحكيم ليست طعناً بالاستئناف، فلا تتسع لإعادة النظر في موضوع النزاع وتعيب قضاء الحكم فيه كما أنه ليس لقاضي دعوى البطلان مراجعة حكم التحكيم لتقدير ملائمته أو مراقبة حسن تقدير المحكمين وصواب أو خطأ اجتهادهم في فهم الواقع وتكييفه أو تفسير القانون وتطبيقه ذلك أن الرقابة المنصوص عليها في المادة ٤٩ من قانون التحكيم الأردني لها صيغة شكلية بحيث لا تنفذ إلى أصل النزاع ولا تسلط المحكمة رقابة على كيفية تأويل هيئة التحكيم للقانون وكيفية تطبيقه إلا أن ذلك مشروط بأن لا يكون هناك خرق لقواعد النظام العام). قرار محكمة التمييز الأردنية رقم ٢٠١ لسنة ٢٠٠٦م (هيئة خماسية)، الصادر بتاريخ ٢٠٠٦/٨/٢١م.

التي توجه إلى أحكام القضاء، كما أن لها طبيعة خاصة تختلف عن دعاوى بطلان التصرفات القانونية، وتختلف أيضاً عن طرق الطعن العادية وغير العادية في الحكم القضائي^(٤٧).

عليه فإن الطبيعة الخاصة في دعوى بطلان حكم التحكيم والتي تحول دون اندماجها في نطاق طرق الطعن في الأحكام القضائية، عادية كانت أم غير عادية، تجعلها طريقاً خاصاً للمساس بأحكام المحكمين بما يتسق والنشأة الاتفاقية للتحكيم، للتحقق من صحة حكم التحكيم أو بطلانه ولأسباب حددها القانون حصراً، قبل أن يدخل هذا الحكم حيز التنفيذ باعتباره أحد السندات التنفيذية التي أقرها المشرع^(٤٨).

وقد أعطت التشريعات الحديثة الحق للخصوم الطعن في أحكام التحكيم عن طريق دعوى البطلان التي تحقق رقابة قضاء الدولة على الحكم لما قد يشوبه من أخطاء، ويعد التشريع العماني من بين هذه التشريعات حيث أجاز المشرع رفع دعوى لطلب بطلان حكم التحكيم، وفقاً لضوابط معينة، باعتبارها الطريقة الوحيدة لمهاجمة هذا الحكم بعد صدوره من هيئة التحكيم أما قضاء الدولة، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة (٥٢) من قانون التحكيم على أنه: (يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقاً للأحكام المبينة في المادتين الآتيتين). وهما المادتين (٥٣) و (٥٤) من القانون ذاته.

المطلب الثاني

أسباب الطعن بالبطلان في حكم التحكيم

تناولت الفقرة الأولى من المادة (٥٣) من قانون التحكيم العماني أسباب قبول دعوى بطلان حكم التحكيم، باعتبارها وسيلة الرقابة القضائية المباشرة الوحيدة على أحكام التحكيم، وقد وردت هذه الأسباب على سبيل الحصر، لذلك فإن سلطة المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان تقتصر على فحص توفر أحد أسباب البطلان الواردة

^(٤٧) الدكتور / فتحي والي، مرجع سابق، ص ٦٦٤.

^(٤٨) الدكتورة/ حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص ٩١.

في المادة (٥٣) من قانون التحكيم، ولا يمكن لها أن تقبل دعوى البطلان بناءً على أي سبب آخر لم يرد ذكره بالنص، وهذا ما عبرت عنه المادة (١/٥٣) بالقول: (لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية..).

لذلك فإن حالات بطلان حكم التحكيم المنصوص عليها في المادة (٥٣) من قانون التحكيم العماني والتي تسوغ رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وقبولها هي كالآتي:

١ - عدم وجود اتفاق تحكيم أو بطلانه أو سقوطه بانتهاء مدته:

يعد قانون التحكيم العماني انعدام اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه بانتهاء مدته السبب الأول من أسباب بطلان حكم التحكيم، حيث يعد اتفاق التحكيم خاضعاً للقواعد العامة في القانون المدني، والتي تستلزم توفر التراضي الصحيح الذي ينبئ عن إيجاب وقبول الالتجاء الاختياري للتحكيم من أجل فض نزاع ثار فعلاً أو يحتمل أن يثور بمناسبة إبرام عقد أصلي يربط بين الطرفين.

لذلك اشترط المشرع العماني ضرورة تحقق هذا الاتفاق كتابة، حيث نصت المادة (١٢) من قانون التحكيم على أنه: (يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو بريقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة)، لذلك فإنه لا يكفي مجرد تطابق الإيجاب مع القبول أو تطابقهما بصورة غير مكتوبة للقول بوجود الاتفاق، وصحة الحكم الصادر بموجبه.

ويجب أن يكون اتفاق التحكيم صحيحاً، أي يجب أن تتوفر له الشروط الموضوعية والشكلية اللازمة لصحته، وتتمثل هذه الشروط في ضرورة توفر الرضا الصحيح، وأن ينصب هذا الاتفاق، سواء كان شرطاً أم مشاركة، على موضوع قابل للتسوية بواسطة التحكيم، وإلا كان الاتفاق باطلاً، وهو ما أكد عليه المشرع في المادة (١١) بالقول: (ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح)، كما يلزم في اتفاق التحكيم كذلك أن يكون موضوع النزاع محددًا، إذا تعلق الأمر بمشارطة التحكيم، وإلا عدت باطلة، كما يجب أن تتوفر في اتفاق التحكيم أهلية التصرف في الحق المتنازع عليه.

ويعد صدور الحكم بعد انقضاء الأجل أو الميعاد الذي حدده اتفاق التحكيم أو القانون لإصداره سبباً لبطلان هذا الحكم، ومن تطبيقات هذه الحالة أن يكون اتفاق التحكيم قد نص على أن تبدأ إجراءات التحكيم خلال مدة معينة من واقعة معينة أو من قيام المنازعة أو من الاتفاق بغض النظر عن نشوء النزاع، بحيث إذا لم تبدأ قبل انقضائها سقط اتفاق التحكيم واسترد كل طرف حقه في اللجوء إلى القضاء للمطالبة بكافة حقوقه.

وقد نظم المشرع العماني هذه المسألة من خلال نص المادة (٤٥) من قانون التحكيم، حيث أوجب على هيئة التحكيم أن تصدر الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان، فإن لم يوجد اتفاق وجب عليها أن يصدر الحكم خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم، كما يجوز لهيئة التحكيم أن تقرر تمديد هذه المدة على ألا تزيد على ستة أشهر، ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك. كما أجاز المشرع لأي من طرفي التحكيم في حالة لم يصدر حكم التحكيم خلال المدة المشار إليها أن يطلب من رئيس محكمة الاستئناف المختصة أن يصدر أمراً بتحديد ميعاد إضافي أو بإنهاء إجراءات التحكيم، ويكون لأي من الطرفين عندئذ رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظرها.

٢- فقدان أو نقص أهلية أحد طرفي التحكيم:

يشترط لصحة الاتفاق على التحكيم بالإضافة إلى رضا الطرفين أن تتوفر لهما أهلية الاتفاق على التحكيم، بمعنى أن يكون لهما أهلية التصرف، وهذا ما نصت عليه المادة (١١) من قانون التحكيم العماني بالقول: (لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح).

والأهلية الواجب توفرها لإبرام اتفاق التحكيم هي أهلية التصرف، باعتبار أن التحكيم يترتب عليه التزامات وحقوق وواجبات، فلا يجوز للقاصر إبرام اتفاق التحكيم، إلا عن طريق الوصي وبإذن صريح من المحكمة المختصة؛ نظراً لما قد يترتب على اتفاق

التحكيم من مخاطر^(٤٩)، ويتم تحديد مدى توفر شرط أهلية أطراف التحكيم بالرجوع إلى قانونهم الشخصي، وبذلك فإن الشخص الذي يتمتع بالأهلية القانونية في دولته التي يحدد قانونها السن القانوني ب (١٨) عاماً يستطيع أن يبرم اتفاق تحكيم في بلد لا يعترف بالسن القانوني إلا ببلوغ (٢١) عاماً^(٥٠)، كما يقتصر التمسك بالبطلان لنقص الأهلية على صاحب المصلحة فيه، دون غيره من أطراف الخصومة^(٥١).

٣- إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم إبداء دفاعه:

يعد المشرع العماني الإخلال بمبدأ المواجهة أو بحق الدفاع من أسباب بطلان حكم التحكيم، وقد عبر المشرع عن هذا السبب في نص المادة (٥٣/ج) بقوله: (إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته)، ويفترض في المحكم باعتباره يؤدي وظيفة قضائية، أن يراعي مبادئ التقاضي الأساسية، وهي مبدأ المواجهة، والمساواة بين الخصوم، واحترام حقوق الدفاع، وهذا الأخير قد يتحقق إذا لم يتم تبليغ مدعي البطلان تبليغاً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم، حتى يتمكن

(٤٩) تحكيم رقم ١٣ لسنة ٢٠٠١م، غرفة تجارة وصناعة دبي، مركز التوفيق والتحكيم التجاري، مجلة التحكيم العربي، العدد السابع، يوليو ٢٠٠٤م، ص ١٧٨.

(٥٠) الدكتورة/ سميرة مصطفى القليوبي، اتفاق التحكيم، بحث مقدم إلى ندوة التحكيم في عقود الأشغال والمقاولات، الشارقة، دولة الامارات العربية المتحدة، الفترة من ٤ - ٧ ديسمبر ٢٠٠٥م، برعاية جامعة الدول العربية "المنظمة العربية للتنمية الإدارية" والجمعية العربية للقانون والتحكيم "غرفة التحكيم العربية"، ص ٦٣.

(٥١) قضت محكمة النقض المصرية بأنه: (وإذ كان الأمر في الدعوى الماثلة أن مشاركة التحكيم أيرمت بين الطاعن والمطعون عليها عن نفسها ونيابة عن أولادها القصر بعد أن رفضت محكمة الأحوال الشخصية الإنذ لها بذلك، كما رفضت التصديق على حكم التحكيم عقب صدوره، فإنه لا يكون للطاعن الحق في التمسك ببطلان حكم المحكمين، ويكون ذلك الحق مقصوراً على المحكمين من ناقصي الأهلية الذين صدر حكم المحكمين حال قصرهم وذلك بعد بلوغهم سن الرشد). الطعن رقم ٢٧٥ لسنة ٣٦ق، جلسة ١٦/٢/١٩٧١م (مجموعة أحكام محكمة النقض، السنة الثانية والعشرون، العدد الأول، يناير. مارس ١٩٧١م، مطبعة دار القضاء العالي، ١٩٧٢م)، ص ١٨١.

من الدفاع عن حقه، كما قد يتحقق إذا تم تبليغه تبليغاً صحيحاً، ولكنه لم يتمكن من ممارسة حق الدفاع عن قضيته بسبب خارج عن إرادته.

كما أكد المشرع العماني على مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيقات حق الدفاع، ويقصد به حق كل طرف من أطراف الخصومة التحكيمية في أن يعلم أو أن يمكن من العلم بما لدى الطرف الآخر من وسائل دفاع وحجج، وأن يكون هذا العلم أو إمكانية العلم في وقت كاف يمكنه من الرد على ما قدمه خصمه، ويثبت هذا الحق للطرفين بالتبادل ولا يقتصر على أحدهما، ومن ذلك ما نصت عليه المادة (٣٣/أ) من قانون التحكيم على أنه: (تعقد هيئة التحكيم جلسات مرافعة لتمكين كل من الطرفين من شرح موضوع الدعوى وعرض حججه وأدلته، ولها الاكتفاء بتقديم المذكرات والوثائق المكتوبة ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك)، وكذلك ما نصت عليه المادة (٣٦/٣) بالقول: (ترسل هيئة التحكيم صورة من تقرير الخبير بمجرد إيداعه إلى كل من الطرفين مع إتاحة الفرصة له لإبداء رأيه فيه، ولكل من الطرفين الحق في الاطلاع على الوثائق التي استند إليها الخبير في تقريره وفحصها).

٤ - استبعاد تطبيق قانون الإرادة عن موضوع النزاع:

واكب المشرع العماني الاتجاهات الحديثة بشأن إعلاء مبدأ سلطان الإرادة، فحول أطراف الخصومة التحكيمية الحق في الاتفاق على اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، أو القواعد التي يرونها الأنسب لهم، والتي يرون فيها تحقيقاً لمصالحهم لتحكم موضوع النزاع، لذلك فإنه في حال اختيار أطراف النزاع تطبيق قانون دولة معينة، فإنه يجب على هيئة التحكيم أن تطبق القواعد الموضوعية في هذا القانون دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، فإذا ما خالفت هذا الأمر كان حكمها عرضة للطعن فيه بالبطلان^(٥٢).

^(٥٢) نصت المادة (٣٩) من قانون التحكيم العماني على أنه: (تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك).

٥- تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين:

يعد تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين بالمخالفة للقانون أو لاتفاق أطراف الخصومة التحكيمية سبباً من أسباب بطلان حكم التحكيم، ومخالفة تشكيل هيئة التحكيم لأحكام القانون تتمثل في عدم احترام الشروط القانونية الواجب توفرها في تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين أعضاء هيئة التحكيم، والقواعد التي تحكم عددهم وآليات تعيينهم. وتطبيقاً لذلك، تقبل دعوى بطلان التحكيم في حالة صدور حكم التحكيم من هيئة مشكلة من عدد زوجي وذلك بالمخالفة لقاعدة وترية عدد أعضاء هيئة التحكيم التي يشترط فيها المشرع العماني أن يكون العدد وترًا، أو إذا لم يتوفر في المحكم الشروط القانونية اللازمة لتولي مهمته، كأن يكون المحكم أو أحد المحكمين قاصراً أو محجوراً عليه، أو محروماً من حقوقه المدنية، أو سبق شهر إفلاسه، أو كان المحكم غير محايد أو غير مستقل، أو إذا اتفق الأطراف على وسيلة معينة لاختيار المحكمين، ولم تتبع هذه الوسيلة، أو اتفقوا على شروط معينة في المحكم كشرط الجنسية مثلاً، ولكن لم يتم التقيد بهذا الشرط، لذلك أفرد المشرع لها نصوصاً قانونية خاصة ضمن قانون التحكيم تمنح الحرية لأطراف النزاع في اختيار أعضاء هيئة التحكيم^(٥٣)، باعتبار أن هذه الحرية هي إحدى المزايا التي يتمتع بها نظام التحكيم.

^(٥٣) نصت المادة (١٥) من قانون التحكيم العماني على أنه: (١- تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة. ٢- إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وتراً وإلا كان التحكيم باطلاً). كما أوردت المادة (١٦) من قانون التحكيم العماني الشروط التي تطلب القانون توافرها لتعيين المحكمين، حيث نصت هذه المادة على أنه: "١- لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة أو بسبب شهر إفلاسه ما لم يرد إليه اعتباره. ٢- لا يشترط أن يكون المحكم من جنس أو جنسية معينة إلا إذا اتفق طرفا التحكيم أو نص القانون على غير ذلك. ٣- يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابة ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حيده وعلى المحكم إذا استجدت مثل هذه الظروف بعد تعيينه أو خلال إجراءات التحكيم المبادرة إلى التصريح بها لطرفي التحكيم والمحكمين الآخرين".

لذلك يجب أن يتم تشكيل هيئة التحكيم موافق لما تم الاتفاق عليه بين أطراف اتفاق التحكيم، بشرط ألا يكون في هذا التشكيل ما هو مخالف لنصوص القانون الواجبة التطبيق في هذا الشأن^(٥٤).

٦- فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو تجاوزه لحدود هذا الاتفاق:

لا يجوز لهيئة التحكيم أن تفصل في غير المسائل التي حددها اتفاق التحكيم، أو أن تتجاوز حدو هذا الاتفاق، فإذا حدث ذلك فإن حكمها يكون باطلاً^(٥٥)؛ ذلك أن التحكيم قوامه إرادة الطرفين التي اتجهت إلى فض النزاع بالتحكيم وليس بالقضاء، لذلك يجب على هيئة التحكيم الالتزام بنطاق النزاع الذي تضمنه اتفاق الأطراف.

ومن أمثلة ذلك أن يكون هناك عقد صناعة معدات زراعية، وقد تم النص في العقد على أن يكون نقل المعدات على نفقة البائع، وكان العقد متضمناً لشرط التحكيم، وبعد ذلك حصل نزاع بين أطراف العقد حول مكان التسليم، ورفع الأمر للمحكم للفصل في النزاع، وعند نظر النزاع قام المحكم بإبطال الاتفاق الذي تم بينهم، والخاص بنقل تلك المعدات على نفقة البائع، بالرغم من تنفيذ كل طرف لالتزاماته، ولم يتبق سوى تحديد مكان التسليم، ففي هذه الحالة يكون المحكم قد تجاوز حد مهمته التحكيمية. لذلك أجاز المشرع طلب بطلان حكم التحكيم بالنسبة إلى مسألة التي لم يشملها اتفاق التحكيم، على اعتبار أن ذلك يعد تجاوزاً من هيئة التحكيم لحدود سلطتها التحكيمية^(٥٦). ويلاحظ أنه وفقاً لنص المادة (١/٥٣/و) من قانون التحكيم العماني أنه إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له، فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها.

(٥٤) الدكتور/ محمد سليم العوا، سلوك المحكمين، مجلة التحكيم العربي، العدد الثالث، أكتوبر ٢٠٠٠م، ص ٤٣.

(٥٥) المادة (١/٥٣/و) من قانون التحكيم العماني.

(٥٦) الدكتور/ خالد أحمد حسن، بطلان حكم التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ١، ٢٠١٠م، ص ٢٤٩.

٧- وقوع بطلان في حكم التحكيم أو في إجراءاته على نحو أثر في الحكم:

يعد حكم التحكيم هو المرحلة النهائية لمختلف المراحل الإجرائية التي تمر بها عملية التحكيم، كما تعد هذه المرحلة من أهم المراحل التي يمر بها التحكيم؛ لأنه يفصل في النزاع القائم بين أطراف الخصومة التحكيمية، لذلك فإنه من الضروري أن يستوفي هذا الحكم الشروط التي أوجبها المشرع العماني توفرها فيه، التي سبق ذكرها، لأن تخلف بعض هذه الشروط قد يؤدي إلى بطلانه، ومن هذه الشروط ضرورة أن يصدر حكم التحكيم بأغلبية الآراء بعد المداولة إذا كانت هيئة التحكيم تتكون من أكثر من محكم، وأن يصدر هذا الحكم كتابة، وأن يوقعه المحكمون أو أغليبيتهم، بشرط أن يثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية، وأن يتضمن حكم التحكيم البيانات التي تطلبها القانون، سواء أكانت هذه البيانات شكلية أم موضوعية.

وقد يكون حكم التحكيم صحيحاً في حد ذاته، ولكن قد يشوب إجراءات التحكيم التي بني عليها الحكم البطلان، مما قد يؤدي إلى بطلان الحكم. ومن هذه الإجراءات، تلك التي تتعلق بتشكيل هيئة التحكيم، وإجراءات الخصومة التحكيمية، التي يبنى عليها حكم التحكيم.

كما أنه لا يكفي للحكم ببطلان حكم التحكيم، أن يكون الإجراء باطلاً، وإنما اشترط المشرع أن يكون الحكم قد بني على الإجراء الباطل، وأن يكون لهذا الإجراء أثر في حكم التحكيم، بحيث يتغير وجه الحكم في النزاع لو كان الإجراء صحيحاً، وهذا ما أكدت عليه المادة (٥٣/١/ز) بالقول: (إذا وقع بطلان في حكم التحكيم أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم).

٨- مخالفة النظام العام العماني:

أفرد المشرع العماني فقرة خاصة لسبب مخالفة حكم التحكيم للنظام العام ضمن أسباب بطلان حكم التحكيم، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة (٥٣) من قانون التحكيم العماني على أنه: (تقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم، إذا تضمن ما يخالف النظام العام في سلطنة عمان).

ويستفاد من هذا النص أن مخالفة حكم التحكيم ذاته للنظام العام في سلطنة عمان يكون موجِباً؛ لأن تحكيم المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان، ببطلان حكم التحكيم من تلقاء نفسها، حتى ولو لم يطلب منها أحد الخصوم ذلك، إلا أنه يجب أن تكون هناك دعوى بطلان مرفوعة أمام المحكمة المختصة، حتى تقضي ببطلان حكم التحكيم، إذا رأت أن هذا الحكم يتضمن ما يخالف النظام العام، مما يعني ذلك أنه لا يجوز للمحكمة ان تقضي ببطلان الحكم من تلقاء نفسها دون أن تكون هناك دعوى بطلان مرفوعة من أحد الخصوم^(٥٧).

ويختلف مفهوم النظام العام من مكان لآخر، كما يختلف في ذات المكان من زمان لآخر، لذلك ما قد يعتبر من النظام العام في دولة ما، قد يعد عكس ذلك في دولة أخرى، وما قد يعد متعارضاً مع النظام العام في زمن معين، قد لا يعد كذلك في وقت لاحق، وبالتالي فإنه من الصعب الوصول إلى تعريف محدد لفكرة النظام العام على نحو دقيق^(٥٨).

(٥٧) عبد التواب مبارك، بطلان حكم التحكيم في قانون التحكيم المصري، القاهرة، دار النهضة العربية، ط ١، ٢٠٠٥م، ص ٩٨.

(٥٨) يعرف النظام العام بأنه: (مجموعة الأصول والقيم التي تشكل كيانها المعنوي، وترسم صورة الحياة الإنسانية المثلى فيها وحركتها نحو تحقيق أهدافها، سياسية كانت أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية وهي بهذه المثابة مبادئ وقيم تفرض نفسها على مختلف أنواع العلاقات القانونية في الدولة، وجوداً وأثراً عالياً في صورة قواعد قانونية أمره تحكيم هذه العلاقة، والمظهر العملي لهذه القواعد والوظيفة التي تؤديها هو بطلان كل عمل إرادي يأتيه المخاطب بها بالمخالفة لها، عقداً كان هذا العمل أو عملاً منفرداً من ناحية وعدم جواز النزول عن الحقوق والمراكز القانونية التي يقرها بعض منهم قبل البعض الآخر من ناحية أخرى). انظر: الدكتور/ عكاشة عبد العال، الضمانات القانونية لحماية الاستثمارات الأجنبية، مجلة الدراسات القانونية، جامعة بيروت العربية، كلية الحقوق، العام السادس، ٢٠٠٢م، ص ١٥٣.

لذلك فإن حكم التحكيم يكون مخالفاً للنظام العام إذا خالف قاعدة من قواعده التي لا يجوز مخالفتها أو التنازل عنها، ومن المسائل التي تتعلق بالنظام العام، ولا يجوز أن تكون محلاً للتحكيم، مسائل الأحوال الشخصية، والأهلية، والمسائل الجنائية، والمنازعات المتعلقة بنزع ملكية عقار للمنفعة العامة أو الأموال العامة التي تؤل للدولة بطريق قانوني.

كما أنه على المحكمة ألا تقضي ببطلان حكم التحكيم إلا فيما تضمنه من مخالفة للنظام العام، مما يعني أن الحكم بالبطلان ينحصر فقط في الجزء من الحكم الذي تضمن مخالفة للنظام العام، ولا يمتد إلى غيره من أجزاء الحكم الأخرى، وهذا يتطلب بطبيعة الحال أن يكون فصل الجزء الباطل من الحكم عن الأجزاء الصحيحة فيه ممكناً، وذلك استناداً لحكم المادة (٥٣/١و) من قانون التحكيم العماني^(٥٩)، أما إذا كان لا يمكن الفصل بين أجزاء الحكم، نتيجة ترابطها الوثيق، أو لتساند الأجزاء لبعضها البعض، فإن هذا الحكم يعد باطلاً في مجموعه، ولا يمكن تنفيذه لكونه يتضمن موضوعات تتعلق بعدم القابلية للتحكيم^(٦٠).

(٥٩) الدكتور/ أحمد ضاعن السمدان، تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية وفقاً للقانون الكويتي، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد الأول، مارس ١٩٩٨م، السنة الثانية والعشرون، ص ٥٤.

(٦٠) وقد أخذت محكمة النقض المصرية بالتنفيذ الجزئي لحكم التحكيم فيما لا يخالف النظام العام، ما دام أنه يمكن الفصل بين أجزاء الحكم، حيث إنها لم تقرر منع تنفيذ حكم التحكيم، إلا في حدود ما قضى به متجاوزاً للحد الأقصى لسعر الفائدة، فإذا ما تضمن الحكم القضاء بفوائد تأخيرية لصالح أحد المحتكمين بسعر يزيد عن الحد الأقصى المحدد قانوناً، فعندئذٍ يعد الحكم باطلاً في الحدود التي قضى بها بفائدة تزيد عن الحد القانوني، ولا يمتد البطلان إلى ما غير ذلك، الطعن رقم ٨١٥ لسنة ٥٢ ق، جلسة ٢١/٥/١٩٩٠م، مجموعة أحكام محكمة النقض، السنة الحادية والأربعون، الجزء الأول ١٩٩٠م، ص ٣٩٨.

المطلب الثالث

إجراءات رفع دعوى بطلان حكم التحكيم

تناولت المادة (٥٤) من قانون التحكيم العماني بيان أحكام دعوى البطلان من حيث الميعاد الذي يجب أن ترفع خلاله هذه الدعوى، والمحكمة المختصة بنظرها، وأثر التنازل عن دعوى بطلان حكم التحكيم.

الفرع الأول

ميعاد رفع دعوى بطلان حكم التحكيم

أوجب المشرع العماني رفع دعوى بطلان حكم التحكيم خلال التسعين يوماً التالية لتاريخ إعلان حكم التحكيم لمدعي البطلان، سواء كان المحكوم له أم المحكوم عليه، على الرغم من أن نص المادة (١/٥٤) من قانون التحكيم لم يشر إلا لتبليغ المحكوم عليه على اعتبار أن الوضع الغالب هو أن يقوم الأخير بمحاولة مهاجمة حكم التحكيم للتخلص من آثاره عليه، إلا أن ذلك لا يمنع في الوضع الغالب أن يقوم المحكوم له أيضاً برفع دعوى بطلان حكم التحكيم، إذا توفرت فيه أحد أسباب البطلان، كما لو كان ناقص الأهلية وقت إبرام اتفاق التحكيم، أو استبعد الحكم تطبيق القانون المتفق عليه مما أدى إلى الحكم له بأقل مما كان بالإمكان الحكم به لو طبق ذلك القانون، أو أن الحكم يخالف النظام العام في سلطنة عمان.

ويترتب على إقامة دعوى بطلان التحكيم بعد انقضاء الميعاد المحدد في القانون (٩٠) يوماً، سقوط الحق في إقامتها، وذلك لاعتبار أن هذا الميعاد هو من مواعيد المرافعات المتعلقة بالنظام العام التي يترتب على تجاوزها سقوط الحق في إقامة الدعوى لرفعها بعد الميعاد المحدد قانوناً، كما لا يغير من سقوط الحق في إقامة الدعوى بعد الميعاد المحدد قانوناً، أن يكون قد تم إقامتها في الميعاد أمام محكمة غير مختصة، ولا يحول دون قبول دعوى البطلان التي رفعت في الميعاد المحدد لها في القانون أن يكون أحد طرفي النزاع قد قدم بعد صدور الحكم طلب تفسيره، أو طلب إصدار حكم تحكيم

إضافي، أو طلب تصحيح للأخطاء المادية أو الحسابية التي اشتمل عليها حكم التحكيم^(٦١).

ويرى الباحث أن مدة (٩٠) يوماً التي حددها المشرع العماني لرفع دعوى بطلان التحكيم، هي مدة طويلة لا تتفق مع السرعة التي يهدف إليها أطراف الخصومة من لجوئهم للتحكيم لفض المنازعات التعاقدية الناشئة بينهم، وهروبهم من إجراءات التقاضي أمام محاكم الدولة، والتي تستغرق بطبيعتها فترة طويلة من الزمن، لذلك يقترح الباحث أن يتدخل المشرع العماني لتقصير هذه المدة، وجعلها (٣٠) يوماً، وهو ما ذهبت إليه بعض قوانين التحكيم في الدول الأخرى ومن بينها قانون التحكيم الأردني^(٦٢)؛ وذلك تحقيقاً لمبدأ سرعة الفصل في المنازعات المعروضة على قضاء التحكيم.

الفرع الثاني

المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان

بينت المادة (٢/٥٤) من قانون التحكيم العماني المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان، فنصت على أنها محكمة الاستئناف المختصة المشار إليها في المادة (٩) من قانون التحكيم.

وبالرجوع إلى المادة (٩) نجد أن المشرع العماني، قد فرق بين اختصاص النظر في دعوى البطلان، فأسند اختصاص النظر في دعوى البطلان إلى محكمة الاستئناف بمسقط، إذا كان التحكيم تجارياً دولياً سواء جرى هذا التحكيم في سلطنة عمان أم خارجها، أما إذا كانت دعوى البطلان مرفوعة ضد تحكيم داخلي فالاختصاص يؤول إلى المحكمة المختصة بنظر النزاع وفق أحكام قانون السلطة القضائية.

(٦١) الدكتور/ فتحي والي، مرجع سابق، ص ٦١٦.

(٦٢) نصت المادة (٥٠) من قانون التحكيم الأردني على أنه ترفع دعوى بطلان حكم التحكيم خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ تبليغ حكم التحكيم للمحكوم عليه. للمزيد انظر: الدكتور/ مصلح أحمد الطراونة، مرجع سابق، ص ٢٦٢.

ويتم رفع دعوى بطلان حكم التحكيم بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى حسب قانون الإجراءات المدنية والتجارية، كما تجري بخصوص هذه الدعوى أحكام حضور الخصوم وغيابهم وإجراءات المحاكمة المحددة المقررة في ذات القانون، طالما لم يتضمن قانون التحكيم أحكاماً خاصة بشأن هذه الدعوى، وعلى لمحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان أن تتأكد قبل قبول الدعوى أنه تم رفعها خلال التسعين يوماً التالية لتاريخ تبليغ حكم التحكيم لمدعي البطلان، وأن الأسباب التي يستند إليها هي ضمن الأسباب التي حددها المشرع حصراً في نص المادة (٥٣) من قانون التحكيم.

ويقتصر دور المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان على فحص الحكم من حيث صحته أو بطلانه وفقاً لأحكام المادة (٥٣)، فهي لا تملك مراجعة الحكم من حيث الموضوع والحكم ببطلانه تأسيساً على سوء تفسير نصوص العقد أو نصوص القانون؛ لأن أسباب البطلان وردت على سبيل الحصر فيجب على المحكمة التقيد بها.

الفرع الثالث

أثر التنازل عن دعوى بطلان حكم التحكيم

أقر المشرع العماني عدم الاعتداد بالتنازل عن الحق في رفع دعوى البطلان قبل صدور حكم التحكيم، حيث نصت المادة (٥٤) من قانون التحكيم العماني على أنه: (.. ولا يحول دون قبول دعوى البطلان نزول مدعي البطلان عن حقه في رفعها قبل صدور حكم التحكيم).

ونرى أن المشرع العماني قد أصاب في هذا الحكم؛ وذلك لأن الحق في دعوى البطلان لا يثبت إلا بعد صدور الحكم، وليس لأحد النزول عن حق قبل ثبوته له، كما أن في هذا الحكم حماية للطرف الضعيف في العلاقة القانونية، والذي قد يستغله الطرف الآخر، إذا كان مركزه أقوى لفرض شرط التنازل عن حق رفع دعوى البطلان على الطرف الضعيف قبل صدور الحكم.

المبحث الثاني الرقابة القضائية على حكم التحكيم من خلال تنفيذه

يعد الحكم الذي تصدره هيئة التحكيم الثمرة الحقيقية للتحكيم، ومن الطبيعي ألا تكون لهذا الحكم قيمة قانونية أو عملية، إذا ظل مجرد عبارات مكتوبة غير قابلة للتنفيذ، ومن ثم فإن حكم التحكيم يمثل أساس ومحور قضاء التحكيم برمته، وهو الأساس لمدى فاعليته كأسلوب لفض المنازعات^(٦٣).

وإذا كان لحكم التحكيم حجية وقوة الأمر المقضي به بمجرد صدوره، كما هو الحال في الحكم القضائي، إلا أن ذلك يتوقف على قيام أطراف النزاع في خصومة التحكيم بتنفيذ الحكم طواعية^(٦٤)، ولكن الأمر يثور عندما يمتنع أحد الأطراف عن التنفيذ وإراد الطرف الآخر تنفيذ الحكم جبراً، فهنا لا بد من اللجوء إلى القضاء لاستصدار أمر بتنفيذه، حيث يمارس القضاء الرقابة القضائية الشكلية على هذا الحكم دون المساس بموضوعه^(٦٥)، ثم يصدر الأمر بتنفيذه أو لا يصدره حسب نتيجة فحص الحكم، وبمجرد صدور أمر التنفيذ من السلطة القضائية المختصة يصبح حكم التحكيم سنداً تنفيذياً، ويمكن تنفيذه جبراً^(٦٦).

(٦٣) الدكتور/ أحمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠١م، ص ١١.

(٦٤) للمزيد حول تنفيذ أحكام المحكمين، انظر: الدكتور/ محمد سامر القطان، التنفيذ الرضائي لأحكام المحكمين في ضوء القانون الإماراتي، مجلة العلوم الشرطية والقانونية، دورية علمية متخصصة محكمة، أكاديمية العلوم الشرطية، الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الخامس، العدد الأول، يناير ٢٠١٤م، ص ٨٣.

(٦٥) من الجدير بالذكر أن هناك بعض الدول التي تأخذ بنظام الرقابة الموضوعية على حكم التحكيم، وهو ما يعني إعمال مبدأ المواجهة بين الخصوم، حيث يحضر الخصوم ويسمع كل منهم الآخر وتفحص المحكمة تلك الدفوع وإذا وجدت أن الحكم الصادر من المحكم مشوب بعيوب معينة تؤدي إلى إبطاله فتفصل فيها تلك المحكمة قبل إصدار أو التصديق على أمر التنفيذ ومن بين هذه الدول ألمانيا والسويد وإنجلترا.

(٦٦) الدكتور/ أحمد رشاد محمود، البنيان الفني لحكم التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠م، ص ١٤٤.

ولا شك أن تعليق تنفيذ أحكام المحكمين على أمر القضاء يرجع إلى رغبة المشرع في أن يكون للقضاء بعض الرقابة على هذه الأحكام، على اعتبار أنها صادرة في الغالب من أشخاص ليست لديه صفات الواجب توفرها في القضاء عادة، مما قد يؤدي إلى صدور أحكام منهم مغايرة للنظام العام، وهو ملا يفترض في الأحكام الصادرة من قضاء المحاكم النظامية الذي يعدون حراساً للنظام العام، كما أن المحكمين ليسوا قضاة، وليس لهم في الأصل ولاية الحكم فيما يعرض عليهم للقضاء فيه، لذلك لا يتصور أن يترك المشرع ولاية القضاء من غير رقابة أو إشراف، كما لا يتصور أن يجيز تنفيذ أحكامهم من غير هذه الرقابة لرعاية حقوق الخصوم، فالتحكيم لا يلغي حق الالتجاء إلى القضاء الذي يعد من الحقوق المتعلقة بالنظام العام، وإنما يقيد فقط^(٦٧).

وللوقوف على حدود وطبيعة رقابة القضاء على تنفيذ حكم التحكيم فإننا سنقسم هذا

المبحث إلى مطلبين: على النحو الآتي:

المطلب الأول: ماهية حكم التحكيم القابل للتنفيذ الجبري.

المطلب الثاني: تنفيذ حكم التحكيم وفقاً للقانون العماني.

المطلب الأول

ماهية حكم التحكيم القابل للتنفيذ الجبري

لقد بينا سابقاً أن حكم التحكيم الذي يمكن رفع دعوى أصلية ببطلانه هو الحكم الذي يفصل النزاع وينهي الخصومة التحكيمية كلها، أما الأحكام الأخرى الصادرة من المحكم قبل الفصل في النزاع، فلا يجوز النعي عليها بالبطلان على استقلال، والأصل أيضاً أن يكون حكم التحكيم القابل للتنفيذ الجبري هو حكماً منهياً لخصومة التحكيم.

ويشترط في حكم التحكيم القابل للتنفيذ الجبري أن يكون حكم إلزام لتنفيذ حق كالإلزام بدفع مبلغ معين، أو بتسليم عين معينة، أو القيام بعمل معين، أو برد شيء إلى صاحبه. كما أنه من المسلم لدى فقهاء التنفيذ الجبري أنه لا يشترط الوجود الفعلي أو

(٦٧) الدكتور/ مصلح أحمد الطراونة، مرجع سابق، ص ٢٧٦.

الحقيقي للحق، مما يعني أنه يكفي أن يكون موضوع حكم التحكيم إلزاماً بتنفيذ حق، فالوجود الفعلي أو الحقيقي للحق لا يشكل عنصراً في موضوع حكم التحكيم القابل للتنفيذ الجبري، مما يعني أن هذا الموضوع هو إلزام بتنفيذ، مستقلاً عن الحق الموضوعي، لذلك لا يعد حكماً تحكيمياً قابلاً للتنفيذ الجبري أي حكم تحكيمي موضوعه ليس إلزاماً بتنفيذ، إنما يعد في هذه الحالة حكماً غير قابل للتنفيذ الجبري ومن ثم فهو لا يخضع لنظام الأمر بالتنفيذ كالحكم الصادر من هيئة التحكيم برفض الدعوى التحكيمية، أو ببراءة ذمة المدعي، أو بثبوت المديونية، أو ببطلان عقد الشركة، أو بفسخ العقد، أو بعد اختصاص هيئة التحكيم^(٦٨).

كما يلزم أن يكون موضوع التحكيم القابل للتنفيذ الجبري إلزاماً نهائياً، ففي قانون التحكيم العماني مثلاً يتوقف وجود الإلزام الذي يتضمنه حكم التحكيم على فوات موعد دعوى البطلان كما أسلفنا، حيث لا يمكن طلب تنفيذ حكم التحكيم، إذا لم يكن موعد رفع دعوى البطلان قد انقضى بحسب صراحة نص المادة (١/٥٨) من قانون التحكيم. كما يفترض أن يكون موضوع الحكم القابل للتنفيذ الجبري إلزاماً معيناً لا مجهولاً سواءً من الناحية الشخصية أو من الناحية الموضوعية، وتعيين الحكم من الناحية الشخصية يقتضي تعيين الملزم بالتنفيذ ومن يعود عليه منفعة هذا التنفيذ، أما تعيينه من الناحية الموضوعية، فيقتضي تعيينه تعييناً خافياً للجهل له كماً وكيفاً، وإن لم يكن معيناً تعييناً دقيقاً، إذ يكفي أن يكون قابلاً للتعيين الدقيق سواءً بعملية حسابية بسيطة أم بورقة سابقة أحال إليها حكم التحكيم أم بنحوهما^(٦٩).

(٦٨) الدكتور/ أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠١٣م، ص٧١.

(٦٩) الدكتور/ أحمد السيد صاوي، تنفيذ أحكام المحكمين طبقاً لقانون التحكيم المصري، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، تحت إشراف مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص٣٤.

المطلب الثاني

تنفيذ حكم التحكيم وفقاً للقانون العماني

خصص المشرع العماني أحكام المواد (٥٢ - ٥٨) من قانون التحكيم لتنفيذ أحكام التحكيم الداخلية بصورة واضحة، حيث تقرر المادة (٥٥) منه على أن أحكام المحكمين الصادرة طبقاً لأحكام قانون التحكيم تحوز حجية الأمر المقضي وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها فيه.

ويقصد بالحجية أن الحكم الصادر يحمل عنوان الحقيقة بخصوص ما فصل فيه بالنسبة إلى أطراف الدعوى، وفي حدود الأساس الذي قدمت عليه هذه الدعوى، ومؤدى ذلك أنه لا يجوز إثارة النزاع نفسه تأسيساً على السبب ذاته بين الأطراف أنفسهم الذين صدر الحكم في مواجهتهم فاصلاً فيما نشب بينهم من نزاع، ولا يقبل الجدل في إثارة أي دافع أو حجج تهدف إلى نقض هذه الحجية التي يكتسبها الحكم مجرد صدوره، حتى لو كان ما زال ممكناً الطعن فيه، وتنبسط هذه الحجية على كافة الأحكام القضائية أو التحكيمية، وأياً كان نوع القضاء، مدنياً أو جنائياً أو إدارياً عادياً أو استثنائياً^(٧٠).

ونجد من خلال نص المادة (٥٥) ان جميع الأحكام التحكيمية الصادرة في سلطنة عمان تحوز حجية الأمر المقضي به، وتكون واجبة النفاذ، ولكن مع مراعاة الاحكام المنصوص عليها في قانون التحكيم. وباستعراض المواد (٥٦ - ٥٨) يتبين لنا أن حكم التحكيم يكون واجب التنفيذ، ولكنه لا يكون مشمولاً بالنفاذ، لذلك يجب أن يصدر أمر من القضاء المختص بتنفيذه، وبمجرد صدور هذا الأمر يصبح حكم التحكيم سنداً تنفيذياً، كما أن استصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم من المحكمة المختصة وفقاً لقانون التحكيم العماني هو مطلب سابق للجوء إلى دائرة التنفيذ بقصد التنفيذ الجبري.

ومن أجل الوقوف على موضوع طلب تنفيذ حكم التحكيم، سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول: إجراءات وشروط طلب التنفيذ، ثم نخصص الفرع الثاني للرقابة القضائية عند طلب التنفيذ.

(٧٠) حكم محكمة النقض المصرية، الطعن رقم ٩٣، مجموعة ١٩٥٦ - ١٩٦٠م، ص ٢٢٩. مشار إليه لدى: الدكتور/ فتحي والي، مرجع سابق، ص ١٣٨.

الفرع الأول

إجراءات وشروط طلب التنفيذ

تناول المشرع العماني الأحكام المتعلقة بتنفيذ حكم التحكيم في المواد (٥٦ - ٥٨) من قانون التحكيم، حيث نصت المادة (٥٦) منه على أن يختص رئيس المحكمة الابتدائية المختصة، أو من يندبه من قضاتها، بإصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين، على أن يتقدم المحكوم له بطلب التنفيذ مرفقاً به المستندات الآتية:

- ١- أصل حكم التحكيم أو صورة موقعة منه.
- ٢- صورة من اتفاق التحكيم.
- ٣- ترجمة لحكم التحكيم إلى اللغة العربية مصدق عليها من جهة معتمدة إذا لم يكن صادراً بها.
- ٤- صورة من المحضر الدال على إيداع حكم التحكيم (الأصل أو صورة موقعة منه) باللغة التي صدر بها، أو ترجمة باللغة العربية مصدقاً عليها من جهة معتمدة، إذا كان صادراً بلغة أجنبية، وذلك في أمانة سر المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع أو محكمة الاستئناف بمسقط، إذا كان التحكيم تجارياً دولياً سواء جرى في سلطنة عمان أم في الخارج^(٧١).

الفرع الثاني

الرقابة القضائية عند طلب التنفيذ

اشتترطت المادة (٥٣) من قانون التحكيم العماني على طالب التنفيذ أن يرفق بطلبه صورة من اتفاق التحكيم وأصل الحكم أو صورة موقعة منه فإن ذلك يعني ضرورة أن تقوم المحكمة بممارسة الرقابة القضائية على هذين المستندين من خلال التدقيق الإجرائي لا الموضوعي، حيث لا يتمتع القاضي المعروض عليه طلب التنفيذ بسلطة النظر في الحكم من الناحية الموضوعية وتقدير صحته أو بطلانه أو ملاءمة ما انتهى

(٧١) المادة (٩) من قانون التحكيم.

إليه أو سلامة وصحة تفسيره للقانون أو الوقائع، فقاضي التنفيذ إما أن يصدر الأمر بالتنفيذ أو برفضه، فهو ليس جهة استئناف، كما أنه ليس جهة مختصة بنظر بطلان الحكم، فدعوى البطلان لها قواعد ومواعيد خاصة، كما أن لها محكمة مختصة بنظرها، فالرقابة المباشرة التي تجريها المحكمة هي مجرد رقابة على الجانب الشكلي لحكم التحكيم وانفاقه^(٧٢).

لذلك نجد أن المادة (٢/٥٨) من قانون التحكيم تلزم القاضي بالامتناع عن إصدار أمر التنفيذ إذا تحقق من توفر إحدى الحالات الآتية:

١- تعارض حكم التحكيم المطلوب استصدار أمر بتنفيذه من المحكمة مع حكم سبق صدوره من المحاكم العمانية في موضوع النزاع: ويفترض ذلك أننا أمام حكم قضائي بات؛ لأن هذا الحكم لا يصح الجدل ومناقشة ما انتهى إليه والحكم على نحو يتعارض معه، ويجب أن يكون الحكم القضائي قد فصل في موضوع النزاع الذي صدر بشأن حكم التحكيم المراد تنفيذه^(٧٣).

٢- تضمن الحكم التحكيمي ما يخالف النظام العام في سلطنة عمان: فإذا وجدت المحكمة انتهاكاً واضحاً للنظام العام في السلطنة رفضت الأمر بالتنفيذ بصرف النظر عن جسامة هذه المخالفة، ولكن إذا كانت هذه المخالفة جزءاً من الحكم المراد تنفيذه فإنه يجوز في هذه الحالة أن تأمر المحكمة بتنفيذ الجزء غير المخالف للنظام العام في حالة كان من الممكن تجزئة الحكم طبقاً للمادة (١/٣٥) من قانون التحكيم.

٣- عدم إعلان المحكوم عليه إعلاناً صحيحاً: يجب التحقق من أن المحكوم عليه قد تم تبليغه تبليغاً صحيحاً بالحكم المطلوب الأمر بتنفيذه، فإذا تبين للمحكمة عدم تبليغ الحكم على نحو صحيح للمحكوم عليه وجب عليها رفض الأمر بالتنفيذ؛ وذلك لأن عدم التبليغ هذا قد حرم المحكوم عليه من حقه في رفع دعوى البطلان، لذلك يجب تبليغه تبليغاً صحيحاً والانتظار إلى حين فوات مدة تسعين يوماً إذا لم يكن المحكوم

(٧٢) الدكتور/ أحمد محمد حشيش، مرجع سابق، ص ٣٤.

(٧٣) الدكتور/ محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٤، ٢٠١٠م، ص ٢٧٧.

عليه قد استخدم حقه في دعوى البطلان، لذلك لا يقبل تنفيذ حكم التحكيم إذا لم ينقض ميعاد رفع دعوى بطلان الحكم^(٧٤)، والذي حدده المشرع العماني بتسعين يوماً يتم احتسابها من اليوم لتاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه^(٧٥).

ويتوجب على القاضي في حال توافر إحدى الحالات السابقة رفض طلب التنفيذ، كما أنه في حالة قيام المدعي برفع دعوى بطلان حكم التحكيم، فإن ذلك لا يترتب عليه إيقاف تنفيذ الحكم، إلا إذا طلب المدعي ذلك في صحيفة دعواه، وكان طلبه مبنياً على أسباب جديدة، ففي هذه الحالة يجب على المحكمة أن تقوم بالفصل في طلب وقف التنفيذ خلال ستين يوماً من تاريخ أول جلسة محددة لنظره، فإذا أمرت المحكمة بوقف تنفيذ الحكم جاز لها أن تأمر بتقديم كفالة، أو ضمان مالي، وعليها في هذه الحالة أن تفصل في دعوى البطلان خلال ستة أشهر من تاريخ صدور الأمر بوقف تنفيذ الحكم^(٧٦).

ويرى الباحث أن المدد الزمنية التي حددها المشرع العماني لقيام المحكمة بالفصل في طلب وقف تنفيذ حكم التحكيم، أو الفصل في دعوى بطلان حكم التحكيم هي مدد زمنية طويلة، لا تتناسب مع السرعة التي يبتغيها الخصوم من لجوئهم إلى التحكيم للفصل في منازعاتهم، لذلك يقترح الباحث على المشرع تقليص هذه المدد، لتكون (٣٠) يوماً بالنسبة للفصل في طلب وقف تنفيذ الحكم، يتم احتسابها اعتباراً من تاريخ أول جلسة محددة لنظر هذا الطلب، و(٦٠) يوماً بالنسبة إلى الفصل في دعوى بطلان الحكم في حالة الأمر بوقف تنفيذه، على أن تحتسب هذه المدة من تاريخ صدور الأمر بوقف تنفيذ الحكم.

وقد نصت المادة (٣/٥٨) من قانون التحكيم على عدم جواز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم، أما الأمر الصادر من المحكمة برفض التنفيذ فيجوز التظلم منه خلال ٣٠ يوماً من تاريخ صدوره أمام المحكمة المختصة بنظر النزاع وفقاً

^(٧٤) المادة (١/٥٨) من قانون التحكيم.

^(٧٥) المادة (١/٥٤) من قانون التحكيم.

^(٧٦) المادة (٥٧) من قانون التحكيم.

لقانون السلطة القضائية، إذا لم يكن التحكيم تجارياً دولياً، أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً فإن التظلم من الأمر الصادر برفض التنفيذ يكون أمام محكمة استئناف مسقط^(٧٧).

ويرى الباحث أن نص المادة (٣/٥٨) يتنافى مع مبدأ العدالة والمساواة بين الخصوم، كما أنه يتعارض مع حق التقاضي الذي كفله النظام الأساسي للدولة في سلطنة عمان، لذلك يهيب الباحث بالمشروع العماني التدخل في تعديل هذا النص، بحيث يجعل التظلم من القرار الصادر بتنفيذ حكم التحكيم، أو برفض تنفيذه، حقاً مشروعاً وجائزاً لأطراف الخصومة التحكيمية خلال المدة القانونية المحددة في النص، إعمالاً لمبدأ المساواة بين الخصوم أمام القضاء.

الختام

تناول هذا البحث موضوع الرقابة القضائية على حكم التحكيم التجاري في القانون العماني، وقد تم تقسيمه إلى مبحث تمهيدي ومبحثين، عرضنا في المبحث التمهيدي مفهوم الحكم التحكيمي، وتناولنا خلاله في المطلب الأول تعرف حكم التحكيم، وفي المطلب الثاني شروط صحته، ثم تناولنا في المبحث الأول الرقابة القضائية على حكم التحكيم من خلال دعوى البطلان، تناولنا في المطلب الأول منه مفهوم دعوى بطلان حكم التحكيم، ثم عرضنا في المطلب الثاني لأسباب الطعن بالبطلان في حكم التحكيم، ثم تناولنا في المطلب الثالث إجراءات رفع دعوى بطلان حكم التحكيم، أما المبحث الثاني تناولنا فيه الرقابة القضائية على حكم التحكيم من خلال تنفيذه، وقد قسمناه إلى مطلبين، تناولنا في المطلب الأول ماهية حكم التحكيم القابل للتنفيذ الجبري، أما المطلب الثاني فقد تناولنا فيه تنفيذ حكم التحكيم وفقاً للقانون العماني. وفي ختام هذا البحث خلص الباحث إلى عدد من النتائج والتوصيات، وهي على النحو الآتي:

(٧٧) المادة (٩) من قانون التحكيم.

أولاً- النتائج:

من أبرز النتائج التي توصل إليها الباحث:

- 1- تعتبر الرقابة القضائية على أحكام التحكيم ذات أهمية بالغة في تجسيد دولة القانون، كما أنها تمد يد المساعدة لهيئة التحكيم أو أطراف الخصومة التحكيمية من أجل إتمام إجراءات التحكيم وتنفيذ أحكامه، مما يشكل ذلك ضماناً حقيقياً لمصالحهم ومصصلحة الدولة في آن واحد، وتطبيقاً للقانون وخاصة في التحكيم التجاري الدولي.
- 2- يجب أن تتوافر لحكم التحكيم عدد من الشروط الموضوعية والشكلية التي يجب على هيئة التحكيم مراعاتها حتى ينتج الحكم آثاره القانونية.
- 3- تخضع أحكام التحكيم للرقابة القضائية تمثلت الأولى في الطعن على حكم التحكيم بواسطة دعوى البطلان، أما الثانية فهي الرقابة التي يمارسها القضاء على حكم التحكيم عند طلب تنفيذه.
- 4- حكم التحكيم الذي يخضع للرقابة القضائية هو الحكم المنهني للخصومة والذي يترتب عليه انقضاء خصومة التحكيم بأكملها، وإنهاء إجراءاتها أمام هيئة التحكيم، أما الحكم الذي يصدر في شق من الخصومة أو في مسالة عارضة عنها أو فرعية متعلقة بالإثبات فيها فلا يعتد به في هذا الشأن.
- 5- حكم التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم هي مسائل تتعلق بالنظام العام.
- 6- الحكم ببطلان حكم التحكيم ينحصر فقط في الجزء من الحكم الذي يتضمن مخالفة للنظام العام، ولا يمتد إلى غيره من أجزاء الحكم الأخرى، إذا كان فصل الجزء الباطل من الحكم عن الأجزاء الصحيحة فيه ممكناً.

ثانياً- التوصيات:

من خلال ما تم التوصل إليه من نتائج في هذه البحث، فإن الباحث يضع بعض التوصيات والمقترحات التي يأمل من المشرع العماني الأخذ بها، وهي على النحو الآتي:

١- يوصي الباحث بضرورة تدخل المشرع العماني في تعديل نص المادة (٤٠) من قانون التحكيم العماني، وذلك بتقرير وجوب سرية المداولة بين أعضاء هيئة التحكيم قبل إصدار حكم التحكيم.

٢- يوصي الباحث بتدخل المشرع العماني في تعديل الفقرة (٢) من المادة (٤٣) من قانون التحكيم العماني، وأن يلزم هيئة التحكيم بتسبيب جميع الأحكام الصادرة عنها أسوة بأحكام القضاء، دون ورود استثناء في ذلك، وأن يرتب على صدور أي حكم عنها بدون تسبيب بطلان ذلك الحكم.

٣- يوصي الباحث بضرورة تدخل المشرع العماني في تعديل الفقرة (١) في المادة (٥٤) من قانون التحكيم العماني وذلك بتقصير ميعاد رفع دعوى بطلان التحكيم إلى (٣٠) يوماً بدلاً من (٩٠) يوماً الواردة في النص الحالي، على أن تبدأ هذه المدة من تاريخ صدور الحكم إذا كان حضورياً، أو من تاريخ إعلانه إلى المحكوم عليه إذا كان غيابياً؛ وذلك تحقيقاً لمبدأ سرعة الفصل في المنازعات المعروضة على قضاء التحكيم.

٤- يهيب الباحث بالمشرع العماني التدخل في تعديل نص المادة (٥٧) من قانون التحكيم العماني بحيث يتم تقصير ميعاد الفصل في طلب وقف تنفيذ حكم التحكيم إلى (٣٠) ثلاثون يوماً بدلاً من (٦٠) ستون يوماً الواردة في النص الحالي وأن يتم احتساب هذه المدة من تاريخ أول جلسة محددة لنظر هذا الطلب، وتقصير ميعاد الفصل في دعوى بطلان حكم التحكيم إلى (٦٠) ستون يوماً بدلاً من ستة أشهر الواردة في النص الحالي، يتم احتسابها من تاريخ صدور الأمر بوقف تنفيذ الحكم، تحقيقاً لمبدأ سرعة الفصل في المنازعات المعروضة على القضاء.

٥- يوصي الباحث بتدخل المشرع العماني في تعديل الفقرة الثالثة من المادة (٥٨) من قانون التحكيم العماني فيما تضمنته من عدم جواز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم، والنص على جواز ذلك، لكون النص الحالي يتعارض مع أحكام المادة (٢٥) من النظام الأساسي للدولة، وما تضمنته من كفالة حق التقاضي وإعمال مبدأ المساواة بين الخصوم أمام القضاء.

المراجع

أولاً- الكتب العامة والمتخصصة:

- ١) إبراهيم رضوان الجببير، بطلان حكم المحكم، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، ط١، (٢٠٠٩م).
- ٢) أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠٠٢م.
- ٣) أحمد بشير الشرايري، بطلان حكم المحكم ومدى رقابة محكمة النقض (التمييز) عليه، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، ط١، ٢٠١١م.
- ٤) أحمد رشاد محمود سلام، البنيان الفني لحكم التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠م.
- ٥) أحمد عبد الحميد عيوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٩٠م.
- ٦) أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم: تمييزها - مفترضها - عناصرها - وقفها - انقضاؤها، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠١٣م.
- ٧) أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١م.
- ٨) أحمد ناجي الصلاحي، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي، مركز الدراسات والبحوث، صنعاء، ط١، ١٩٩٤م.
- ٩) أحمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط١، ٢٠٠١م.
- ١٠) جمال عمران أغنيه الورفلي، تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠٠٩م.
- ١١) السيد المراكبي، التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي ومدى تأثيره بسيادة الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠٠١م.

- ١٢) جورجى شفيق سارى، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات فى مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢، ٢٠٠٥م.
- ١٣) حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة فى المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط١، ٢٠٠٨م.
- ١٤) حفيظة السيد الحداد، الموجز فى النظرية العامة فى التحكيم التجارى الدولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠٠٧م.
- ١٥) خالد أحمد حسن، بطلان حكم التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠١٠م.
- ١٦) عاشور مبروك، التحكيم: المبادئ التى تحكم خصومة التحكيم. نشأة خصومة التحكيم وسريانها فى مواجهة أطرافها - سير خصومة التحكيم - إنقضاء خصومة التحكيم - القانون النموذجي للتحكيم التجارى الدولي (الأونيسترال) مع ملاحق لنظم التحكيم العربية المختلفة، دار الفكر والقانون، المنصورة، ط١، ٢٠١٠م.
- ١٧) عاطف شهاب، اتفاق التحكيم التجارى الدولي والاختصاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٣، ٢٠٠٤م.
- ١٨) عبد الله عيسى على الرمح، حكم التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط١، ٢٠٠٩م.
- ١٩) علي بركات، الرقابة على دستورية نصوص التحكيم: دراسة تحليلية لموقف المحكمة الدستورية العليا من النصوص المنظمة للتحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠٠٣م.
- ٢٠) علي سالم ابراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ١٩٩٧م.
- ٢١) فوزي محمد سامي، التحكيم التجارى الدولي. دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجارى الدولي كما جاءت فى القواعد والاتفاقيات الدولية والاقليمية والعربية مع إشارة إلى أحكام التحكيم فى التشريعات العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠٠٧م.

ثانياً- الرسائل الجامعية والبحوث:

- ١) أمين محمد بدر، الصلح الواقي من التدليس في التشريع المصري، رسالة دكتوراه، جامعة فؤاد الأول، مطبعة جامعة فؤاد الأول، ١٩٤٥م.
- ٢) عبد الكريم سالم العلوان، ضمان عيوب المبيع الخفية، دراسة مقارنة بين القانون الأردني والقانون المصري، رسالة ماجستير، جامعة الدول العربية، ٢٠٠٢م.
- ٣) محمود عبد الحكيم رمضان، التزام البائع بضمان العيوب الخفية في المبيع - دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، جامعة المنصورة، ١٩٩٤م
- ٤) ممدوح محمد علي، أحكام العلم بالمبيع في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٣م.
- ٥) وليد محمد بخيت الوزان، إبراء مسؤولية البائع من ضمان العيب الخفي في عقد البيع، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١١م.
- ٦) سميحة مصطفى القليوبي، اتفاق التحكيم، بحث مقدم إلى ندوة التحكيم في عقود الأشغال والمقاولات، الشارقة، دولة الامارات العربية المتحدة، برعاية جامعة الدول العربية "المنظمة العربية للتنمية الإدارية" والجمعية العربية للقانون والتحكيم "غرفة التحكيم العربية"، ٢٠٠٥م.
- ٧) منصور مصطفى، تحديد فكرة العيب الموجب للضمان في عقدي البيع والإيجار، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الثاني، السنة الأولى، ١٩٥٩م.

ثالثاً- القوانين:

- ١) قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية رقم ٦٨ لسنة ٢٠٠٨م
- ٢) قانون الإجراءات المدنية والتجارية رقم ٢٩ لسنة ٢٠٠٢م.
- ٣) قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية رقم ٤٧ لسنة ١٩٩٧م.
- ٤) قانون التحكيم المصري المدنية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م.



قراءة نقدية في قانون تنظيم مزاوله مهنة الطب والمهن الطبية المساعدة العماني الصادر بالمرسوم السلطاني ٢٠١٩/٧٥م

الدكتور/ ناصر بن حماد بن هلال العزري *

الملخص:

إن الصحة حق إنساني معتبر، وقد اهتمت التشريعات القانونية الحديثة بتنظيم العمل الطبي وتقنيته، ويشترك القانون والطب في عد الجسد الإنساني مصلحة معتبرة يجب حمايتها من الأذى والضرر، وقد حرص المشرع العماني منذ فجر النهضة العمانية الحديثة -منذ حوالي نصف قرن- على تنظيم مزاوله الأعمال الطبية وتقنيها، وتأتي هذه الدراسة لتلقي الضوء في مبحثين اثنين على قانون تنظيم مزاوله مهنة الطب والمهن الطبية المساعدة الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠١٩/٧٥، حيث يتضمن المبحث الأول نظرة عامة حول تطور تشريع تنظيم مزاوله الأعمال الطبية في سلطنة عمان على مدار نصف قرن، يتبع ذلك في المبحث الثاني نقاش يقوم على المنهج الوصفي والتحليلي حول تسعة مطالب رئيسة تناولها القانون الجديد.

وفي هذا المبحث، يتعرض المطلب الأول للصياغة التشريعية للقانون، يتبعه المطلب الثاني حول السمات العامة للقانون، وبعد ذلك يتعرض المطلب الثالث لتحليل بعض التعريفات التي أوردها القانون، أما المطلب الرابع فيتناول تنظيم مزاوله الطب والمهن الطبية المساعدة في المؤسسات الصحية، وتستعرض المطالب (الخامس والسادس والسابع) الالتزامات العامة والمهنية والفنية، على التوالي، لمزاولي مهنة الطب والمهن الطبية المساعدة كما جاءت في القانون، بعد ذلك يستعرض المطلب الثامن حقوق مزاولي مهنة الطب والمهن الطبية المساعدة، يليه المطلب التاسع الذي يستعرض التنظيم القانوني للمسؤولية والأخطاء الطبية وفقا للمرسوم السلطاني ٢٠١٩/٧٥.

وتختتم هذه الدراسة مسجلة بعض التوصيات في محاولة لتعزيز التشريع المنظم لمزاوله الأعمال الطبية في سلطنة عمان، بما يكفل حق الإنسان في رعاية صحية آمنة.
الكلمات المفتاحية: الطب - الأعمال الطبية المساعدة - القانون الطبي - المسؤولية الطبية - الخطأ الطبي.

*دكتوراه في الطب، عضو الكلية الملكية للجراحة (طب الحوادث والطوارئ) - أديرة، ماجستير في القانون الطبي والأخلاقيات، دبلوم عالي في إدارة الأنظمة الصحية ووزارة الصحة (سلطنة عُمان).



A Critical Reading of the Law Governing the Practice of Medical Professions and Allied Medical Professions Promulgated by Royal Decree 75/2019

Dr. Nasser Hammad Helal Al-Azri *

Abstract:

Health is a recognized basic human right. Healthcare practice is a legally regulated activity in modern era. Both law and medicine share an interest in protecting the human body. Hence, Omani legislator has been paying careful attention over the last half a century to regulate healthcare practice. This article attempts to shed a light on the recently enacted Royal Decree 75/2019 promulgating the Law on the Governance of the Practice of Medicine and Allied Health Professions. The article starts with a brief overview of the development of primary legislation for the governance of medical activities in Oman. Thereafter, the discussion involves a descriptive and analytic assessment of the Royal Decree 75/2019 under nine headings.

First, assessment starts with an outline of the legislative drafting structure characteristic of the new law. Second, a discussion on the general features characterizing the enacted law. Third, an analytical assessment of the definitions listed in the law. Fourth, the article discusses principles of governance of medical and allied healthcare practice in healthcare institutions. Fifth to seventh headings involve discussions on general, professional, and technical legal commitments of medical and allied health practitioners. Eighth, an overview of the rights of medical and allied healthcare practitioners as described in the law. Ninth, a discussion on the legal regulation of medical errors according to Royal Decree 75/2019.

The article concludes with some recommendations to further strengthen the governance of medical and allied healthcare practice in Oman.

Keywords: Medicine - Allied Health - Medical Law - Medical Liability - Medical Negligence.

*Senior Consultant Emergency Medicine, LLM Medical Law and Ethics, Ibri Hospital, Ministry of Health, Sultanate of Oman.

المقدمة

قد لا تكون الصحة كل شيء في الحياة، ولكن الإنسان لا يستلذ الحياة ولا يستطيعها من غير الصحة، لذا فإن العمل الطبي لا يستغني عنه فرد من الأفراد، كما لا يستغني عنه مجتمع من المجتمعات، وقد نال هذا العمل نصيبه من الاهتمام التنظيمي والقانوني منذ قديم الزمان، وقد اشتهر من ذلك قديماً شريعة حمورابي، ثم جاء الإسلام ليعزز من حرمة الإنسان، ويؤطر المساس بالجسد الإنساني في الطب كما في غيره من الأعمال، ومع تطور العلوم التجريبية وتقدم الإمكانيات الطبية، ظهرت الحاجة أكثر إلحاحاً إلى تنظيم وتقنين العمل الطبي في المجتمعات المعاصرة، ويتبين مدى الحاجة إلى هذا التنظيم يوماً بعد يوم مع ظهور تدخلات طبية جديدة وتقنيات علمية مستحدثة تمس صميم حياة الإنسان وجسده وصحته، كما تمس قيمه ومبادئه ومعتقداته.

إن البناء المؤسسي للدولة من أهم العناصر في قياس تقدم الأمم ورفيها في المجتمع المعاصر، ولا ريب أن هذا البناء المؤسسي لا يقوم على نحو مقبول إلا أن يسنده نظام تشريعي وقانوني واضح يؤطر للعمل المؤسسي، وينظم مساره، ويقوم اعوجاجه، ويوجهه اتجاهاً رشيداً يحقق المصالح العليا للمجتمع في إطار من مبادئ المجتمع وقيمه وأخلاقياته، وبما أن التشريع الواضح والجيد هو أداة تنظم السلوك المجتمعي وتوجهه، وأن هذه الأداة تدعم الإدارة الرشيدة في القيام بدورها التنموي في خدمة المجتمع وتحقيق تطلعاته، لذا فإن التشريعات الحديثة حرصت على السعي لمواكبة هذه التطورات المتسارعة في المجال الطبي من خلال سن القوانين وتحديثها، ورغم ذلك يبقى القانون بثباته النسبي في سعي حثيث لمواكبة الطب ومتغيراته المتسارعة.

ولأن العمل الطبي يمس مصلحة معتبرة لكل فرد في المجتمع، ولما تثيره الأعمال الطبية في أحيان متعددة من إشكالات وقضايا قانونية وأخلاقية ودينية ومجتمعية، تأتي هذه القراءة النقدية لقانون تنظيم مزاوله مهنة الطب والمهن الطبية المساعدة

الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠١٩/٧٥ سعياً لتبيان الملامح الرئيسية لهذا القانون، ومحاولة للنظر بعين ناقدة إلى التشريع؛ استجلاء لكوامنه، وسبراً لمعانيه، حيث نستعرض بداية تطور تشريع مزاوله العمل الطبي في سلطنة عمان، ثم نعرض على القانون الجديد بالنظر إلى الصياغة التشريعية للقانون والسماة العامة له، ثم نتطرق إلى التعريفات الواردة في القانون، وإلى تنظيم مزاوله مهنة الطب والمهنة الطبية المساعدة كما نظمها القانون. بعد ذلك، نستبين بعضاً من الالتزامات العامة والمهنية والفنية التي تضمنها القانون، يتلو ذلك قراءة في حقوق مزاولي مهنة الطب والمهنة الطبية المساعدة، وأخيراً قراءة وتعليق حول نظرة المشرع العماني للأخطاء الطبية كما وردت في هذا القانون، ونختتم هذه الدراسة ببعض التوصيات التي من شأنها أن تعزز دور القانون في تنظيم العمل الطبي، وتوجيهه لخدمة الإنسان والمجتمع.

المبحث الأول

تطور تشريع تنظيم مزاوله الأعمال الطبية في سلطنة عمان

منذ إشراقه فجر النهضة العمانية الحديثة في ٢٣ يوليو ١٩٧٠م، على يد المغفور له بإذن الله تعالى جلالة السلطان قابوس بن سعيد بن تيمور - طيب الله ثراه - أولت الحكومة عنايتها لتطوير وتحديث قطاعات الخدمات بمختلف أنواعها، ومن ضمنها قطاع الصحة، وإيماناً بأن الصحة حق أساسي للإنسان، أنشئت وزارة الصحة؛ لرعاية هذا الحق، المستشفيات والمراكز الصحية وبرامج الصحة العامة، وبالتوازي مع هذا البناء والتطوير والتحديث، ولما للصحة من أهمية في بناء الفرد القادر على القيام بدور مجتمعي فاعل، أولت الحكومة عنايتها كذلك لبناء منظومة تشريعية من خلال تقنين مزاوله الأعمال الطبية، وتنظيم الخدمات الصحية بما يضمن تقديم خدمة صحية آمنة وفاعلة للمستفيدين.

ولا ريب أن الدستور في الدولة المعاصرة هو مرجع كل القوانين العامة للدولة والأنشطة التي تزاولها^(١)، وقد جاء النظام الأساسي للدولة في سلطنة عمان الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٩٦/١٠١ ليؤكد على الحق في الصحة والرعاية الصحية للمواطن ضمن المبادئ الاجتماعية للدولة، فوجد المادة (١٢) من النظام الأساسي تؤكد حق المواطن في المعونة في حال المرض، كما تؤكد واجب الدولة في العناية بالصحة العامة ووسائل الوقاية والعلاج من الأمراض والأوبئة، وتوفير الرعاية الصحية لكل مواطن.

وقد صدر أول قانون عماني لتنظيم مزاولة مهنة الطب البشري وطب الأسنان برقم ١٩٧٣/٩ حيث تضمن ٣٠ مادة، وقد غطت هذه المواد الثلاثون مواضيع عدة، مثل الترخيص لمزاولة مهنة الطب البشري وطب الأسنان، والأعمال الملازمة لمهنة الطب البشري وطب الأسنان، وآداب مزاولة المهنة، وتقنين بعض الممارسات الطبية مثل الإجهاض، كما تضمن القانون مواداً حول إنشاء السر الطبي، وحالات إخلاء مسؤولية الطبيب عن نتيجة العلاج، والحالات التي يتحمل فيها الطبيب مسؤولية عمله والضرر الناتج عنه، بالإضافة إلى ذلك أقر المشرع إنشاء لجنة تأديبية للنظر في المخالفات التي قد تحدث لمواد هذا القانون من المزاولين للمهنة.

استمر العمل بالقانون ١٩٧٣/٩ حوالي ٢٣ سنة، وصدر بعدها قانون مزاولة مهنة الطب البشري وطب الأسنان ٩٦/٢٢ الذي تضمن (٢٢) مادة، ورغم أن هذا القانون استقى معظم مواده من القانون السابق دون تغيير جوهري، إلا أنه حوى كذلك إضافات جديدة من ضمنها وجود تعريفين محددين لمصطلحي مزاولة مهنة الطب والأعمال الملازمة لمهنة الطب، وأضاف هذا القانون كذلك مادة تتعلق بالتعويض عن الأخطاء الطبية، كما توسع في تنظيم عمل اللجنة الفنية التي تنظر في مخالفات القانون، بالإضافة إلى ذلك، أورد القانون قائمة بالجزاءات التأديبية التي يحق للجنة

(١) سالم بن سلمان الشكلي، الوسيط في شرح النظام الأساسي العماني، مكتبة الأجيال، مسقط، ٢٠٠٦م، ص ٦.

الفنية إيقاعها على المخالف، واستمر العمل بهذا القانون حتى صدور قانون تنظيم مزاولة مهنة الطب والمهن الطبية المساعدة رقم ٢٥/٢٠١٩ بتاريخ ٦ نوفمبر ٢٠١٩م.

لقد شهد العالم خلال العقود الثلاثة الأخيرة نشاطاً واسعاً في مجال العلوم التجريبية بشكل عام والعلوم الطبية بشكل خاص، كما برزت قضية سلامة المرضى كأولوية عالمية في المجال الطبي، وقد أبان إعلان جدة لسلامة المرضى (٢٠١٤م) قلقاً على سلامة المرضى في دول شرق المتوسط نتيجة انتشار عدم الالتزام بمتطلبات السلامة في رعاية المرضى وتقديم الخدمة^(٢)، كذلك أظهر تقرير منشور زيادة الدعاوى القضائية فيما يتعلق بالأخطاء الطبية في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، كما شهدت هذه الدول -كغيرها من دول العالم- زيادة مطردة في التعويضات عن الأخطاء الطبية، حيث بلغت التعويضات المقدمة أرقاماً مليونية لبعض الحالات في دول الخليج العربية في عام ٢٠١٨م^(٣).

ولم تكن سلطنة عمان بمعزل عن هذه الأحداث العالمية والإقليمية، فقد رافق هذه المتغيرات اهتمام مجتمعي وأكاديمي بالقانون الطبي، فقد برز توجه مجتمعي أكثر وعياً بحقوق المريض في الرعاية الصحية، وأشد مساهمة للضرر الذي ينتج عن العمل الطبي، كما برز أيضاً اهتمام أكاديمي وعلمي بالحوار حول قضايا المسؤولية الطبية

(٢) انظر تقرير منظمة الصحة العالمية:

World Health Organization, Report on the regional consultation on improving quality of care and patient safety in the Eastern Mediterranean region. Regional Office for the Eastern Mediterranean, Cairo, 2015, P.1. Available:

http://applications.emro.who.int/docs/IC_Meet_Rep_2015_EN_16268.PDF?ua=1_2014 , accessed 26 July 2019.

(٣) STA Law Firm, A guide to medical negligence claims and liability in the GCC 2018-2019, STA, Abu Dhabi, P.6. Available: https://www.stalawfirm.com/public/uploads/downloads/A_Guide_to_Medical_Malpractice_in_the_Middle_East.pdf , accessed 26 July 2019.



خصوصاً، حيث عقد المعهد العالي للقضاء في ديسمبر ٢٠١٨ ندوة موسعة بعنوان (الخطأ الطبي في ميزان العدالة)، كما عقد المستشفى السلطاني ندوة أخرى في أبريل ٢٠١٩ حول (القانون والطب).

المبحث الثاني

قانون تنظيم مزاولة مهنة الطب والمهن الطبية المساعدة ٢٠١٩/٧٥ م

بعد حوالي ٢٣ عاماً من العمل بالقانون السابق رقم ٩٦/٢٢، يأتي قانون تنظيم مزاولة مهنة الطب والمهن الطبية المساعدة رقم ٢٠١٩/٧٥ في خضم متغيرات كثيرة، وهي أعوام شهدت تغيرات جذرية ومفصلية في العمل الطبي وأساليبه وأهدافه، كما شهدت وعياً مجتمعياً ومهنياً بالمسؤولية الطبية، ولذا كان لا بد من مواكبة هذه المتغيرات المتسارعة في عالم العلوم الصحية والممارسات الطبية سعياً نحو احتواء الجديد منها وتنظيمه بما يحفظ سلامة المريض وقيم المجتمع ومبادئه، وخصوصاً أن كثيراً من هذه المتغيرات مثل قضايا الاستساخ والمورثات وقتل الشفقة والإجهاض تمس قيماً أصيلة ومبادئ مجتمعية لا يمكن تجاوزها، وتعرض بالوصف والتحليل في هذا المبحث لبعض الملامح الرئيسية للقانون ٢٠١٩/٧٥.

المطلب الأول

الصياغة التشريعية

إن القالب الذي يتخذه القانون المكتوب هو حلقة الوصل بين المشرع والمخاطب بالتشريع، ولذا تعد الصياغة التشريعية أداة مهمة لترسيخ القواعد القانونية وإيصالها إلى المعنيين بها كما أرادها المشرع، وكما أن الصياغة الجيدة الواضحة تعين على تحقيق المصالح العامة من خلال أطر قانونية واضحة ومفهومة، فإن الصياغة المعيبة قد تكون سبباً في عدم الالتزام بالقانون أو الانحراف به عن مساره الذي أراده

المشرّع مما يؤدي إلى عدم تحقق المصالح العليا للمجتمع كما هو المأمول في ظل دولة القانون^(٤).

وبالنظر في القانون ٢٥/٢٠١٩، نجد أن المشرّع حرص على وضوح الصياغة التشريعية في كثير من جوانب هذا القانون، فنجد مثلاً أنه اهتم بداية بإضافة كلمة "تنظيم" وكذلك إضافة "المهن الطبية المساعدة" إلى عنوان القانون فأصبح: "تنظيم مزاوله مهنة الطب والمهن الطبية المساعدة" بدلاً من "مزاوله مهنة الطب البشري وطب الأسنان" في القانون السابق ٢٢/٩٦، إضافة كلمة تنظيم أبان الهدف الرئيس من القانون، وقد عرّف تقرير لوزارة الصحة البريطانية التنظيم (Regulation) بأنه: مجموعة من الأنظمة والنشاطات التي تهدف إلى أن يمتلك مزاولو الخدمة الصحية أدوات المعرفة والمهارات والأساليب والسلوكيات اللازمة لتقديم خدمة صحية آمنة^(٥). كما أن إضافة مصطلح "المهن الطبية المساعدة" أبان المخاطبين بهذا القانون، مما جعل التشريع أكثر دقة في تحديد الفئات المخاطبة بموجب هذا القانون، لتشمل كافة أفراد الفريق من مزاولي العمل الطبي، سواء في مهنة الطب أو المهن الطبية المساعدة.

كذلك نجد أن المشرّع في صياغته لهذا القانون قد وفق إلى حد كبير في الموازنة بين الصياغة الجامدة والصياغة المرنة، فنجد أن المشرّع استعمل الصياغة الجامدة في بعض المواضيع الحاسمة التي لا تقبل التأويل أو التفسير كما هو الحال مثلاً في حظر أي عمل طبي من شأنه أن ينهي حياة المريض، وكذلك في حظر بعض الأعمال الطبية مثل الاستتساخ البشري والتصرف في الجينات البشرية، بينما نجد في المقابل أن بعض المواد التشريعية في القانون أفادت من الصياغة المرنة التي

(٤) ليث كمال نصرأوين، صدام إبراهيم أبو عزام مبادئ الصياغة التشريعية: المفاهيم والأساليب - المراحل، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٢٠م، ص ٢٣-٢٥.

(٥) Department of Health. The Regulation of Non-medical Healthcare Professions: a Review by the Department of Health, Department of Health, London, 2006, P.11.



تضفي عليها القدرة على الاستجابة للمتغيرات والظروف، وخصوصاً في مجال متغير كالمجال الطبي الذي يشهد كل يوم جديداً، فنجد مثلاً أن المشرع حظر إجراء فحص البصمة الوراثية إلا بطلب من المحكمة المختصة، مما يعطي مرونة محدودة في استخدام هذه الوسيلة الطبية المستحدثة.

ومما نلاحظه كذلك في الصياغة الشكلية لهذا القانون أنه خلافاً للقانونين السابقين رقم ١٩٧٣/٩ ورقم ٩٦/٢٢ اللذين اعتمدا على سرد مواد القانون تبعاً دون تنظيمها أو تقسيمها في فصول، فإن القانون الجديد ٢٠١٩/٧٥ صدر متوسعاً في (٦٠) مادة، موزعة على خمسة فصول كالآتي:

الفصل الأول: تعريفات وأحكام عامة.

الفصل الثاني: تنظيم مزاوله مهنة الطب والمهن الطبية المساعدة.

الفصل الثالث: واجبات وحقوق مزاولي مهنة الطب والمهن الطبية المساعدة.

الفصل الرابع: المسؤولية عن الأخطاء الطبية والمخالفات المهنية.

الفصل الخامس: العقوبات.

المطلب الثاني

السمات العامة

من أولى الملاحظات للسمات العامة في القانون الجديد أن المشرع استعاض عن مسمى "مهنة الطب البشري وطب الأسنان" ليكون "مهنة الطب"، إلا أنه كان من الأفضل الإبقاء على صفة "البشري" تمييزاً له عن "الطب البيطري" الذي ينظمه قانون مزاوله المهن الطبية البيطرية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠١٧/٢٢، كما أن القانون الجديد ٢٠١٩/٧٥ استعاض عن مسمى "الأعمال الملازمة لمهنة الطب" الذي استخدم في القانونين السابقين (١٩٧٣/٩ و ٩٦/٢٢) ليكون "المهن الطبية المساعدة"، ولا يخلو المصطلحان من خلاف حولهما، إذ أن النظرة الحديثة للمهن العاملة في المجال الصحي ترى أن كثيراً منها مجالات مختصة ذات استقلالية في

جانباها العلمي، وكثيراً ما يكون لها أيضاً استقلالية مهنية في أداء عملها الفني، وإن كانت مرتبطة بعمل الطبيب أو غيره من المهن الأخرى ضمن الفريق الطبي والمؤسسة الصحية.

ومن باب المقارنة، نجد مثلاً أن المشرّع في دولة الإمارات العربية المتحدة اختار الخروج من هذا الخلاف في قانون المسؤولية الطبية رقم ٤ لسنة ٢٠١٦م، حيث عرّف المهنة بشكل عام أنها: "إحدى المهن الطبية أو المهن المرتبطة بها التي يصدر بتحديددها قرار من الوزير"، واستعمل في مواد القانون ذاته مصطلح "مزاولة المهنة"؛ للدلالة على عموم العاملين في هذا المجال، أما المشرّع في المملكة العربية السعودية فقد استعمل مصطلح "الممارس الصحي" للدلالة على جميع مزاولي هذه المهن في نظام مزاولة المهن الصحية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٩) ١٤٢٦هـ، بينما نجد أن القانون الفرنسي قد فرّق أيضاً بين المهن الطبية (تشمل الأطباء وأطباء الأسنان والقابلات) والمهن الصحية (مثل: التمريض والصيدلة والعلاج الطبيعي وغيرها)^(٦).

ولم يغفل المشرّع العماني مواكبة عدد من المتغيرات في مجال الطب وتقنيات التشخيص والعلاج، فنجد أن القانون الجديد توسع في محاولة احتواء وتنظيم المستجدات الطبية في عدد من مواده، ومن أمثلة ذلك: أنه يحظر الاستساخ في المادة (٢٢)، ويمنع التصرف في الجينات في المادة (٢٣)، ويقنن استخدام تقنيات الإنجاب في المادة (٢٩)، وتحويل الجنس من ذكر إلى أنثى أو العكس في المادة (٣٢)، كما يقنن استخدام البصمة الوراثية في المادة (٣٥)، ورغم أن بعض هذه التقنيات المستجدة كالاستساخ مثلاً، ليس لها وجود فعلي في الدولة حتى الآن، إلا أن تضمينها الاستباقي في القانون يعكس وعي المشرّع بهذه المستجدات، وما قد

(٦) Duguet A, Medical Law in France, Second Edition, Wolters Kluwer, Alphen, 2018, P.6.

تفرضه العولمة من عبور التقنيات للحدود، وما يمكن أن ينتج عن ذلك من مخاطر على الفرد والمجتمع.

كما نجد أن القانون الجديد ٢٠١٩/٧٥ قد ركز على مبادئ والتزامات عامة كانت غائبة عن نصوص القانونين السابقين، ومن أمثلة ذلك: التوسع والتفصيل في موضوع إذن المريض، حيث نجد أن قانون الجزاء العماني ٢٠١٨/٧ قد أباح مزاوله الأعمال الطبية استعمالاً للحق ضمن شروط محددة، أحدها رضا المريض أو من ينوب عنه، وبينما لا نكاد نجد ذكراً صريحاً لرضا المريض في القانون السابق ٩٦/٢٢، فإن القانون ٢٠١٩/٧٥ تضمن في عشر مواد منه تنظيمياً لإذن المريض، وتحديدًا لمن يمكنه إعطاء الإذن، كما تضمنت بعض هذه المواد نصاً صريحاً يحدد الحاجة إلى الإذن الكتابي في بعض التدخلات الطبية.

المطلب الثالث

التعريفات الواردة في القانون

توسع القانون الجديد ٢٠١٩/٧٥ بشكل أكبر في تعريف المصطلحات الفنية المستعملة في صياغة القانون، حيث أوردت المادة (١) من الفصل الأول من القانون (١٤) تعريفاً، ولا ريب أن وجود تعريفات محددة في النص التشريعي ينتج عنه دقة في تحديد المصطلح وأوجه استعماله، بدلا من ترك ذلك للتفسير الفقهي أو القضائي، إلا أن هذه الدقة وهذا التحديد ينتج عنهما تضيق دائرة استخدام المصطلح والزاميته، مما يفقده قدرًا من المرونة وخصوصاً في حال المصطلحات المفاهيمية التي من الصعب أن تنتظم كل الحالات المتعلقة بها تحديداً.

على سبيل المثال، نجد أن تحديد مفهوم الطب الوارد في تعريف "المؤسسة الصحية" وتعريف "مزاوله مهنة الطب" يحصر العمل الطبي في تقديم خدمة وقائية أو تشخيصية أو علاجية أو تأهيلية، إلا أن هذا التحديد يفوته احتواء عدد من المستجدات العلمية والعملية في مجال الطب، إذ توسع مجال الطب ليشمل خدمات

أخرى غير المذكورة في أعلاه، فنجد مثلاً ما سمي "طب الرغبة" -ويقابله طب الضرورة- حيث يرى الأستاذ الدكتور محمد المرسي زهرة أن هذا الطب هو ممارسة لا تقتضيها ضرورة العلاج، وإنما تدفعها الرغبة الشخصية كما هو الحال - مثلاً- في تقنيات الإنجاب الصناعي التي بدأت بإشباع الحاجة إلى الإنجاب، ثم توسعت لتشمل الاستساخ وإنجاب أطفال حسب الطلب بمواصفات معينة، وكذلك طب التجميل بأعماله المختلفة من تجميلية (تعديل الشكل) أو تحويلية (تحويل الجنس)^(٧). كما نجد عالمياً اهتماماً بحثياً وتطبيقياً فيما أصبح يسمى تعزيز الإنسان (Human Enhancement)، حيث يقوم العلماء المختصون باستخدام وسائل طبيعية أو صناعية، بيولوجية أو تقنية؛ لتعزيز أداء الإنسان جسدياً أو ذهنياً، وهذا التعزيز ليس مدفوعاً بضرورة العلاج كما هو الحال في الخدمة الوقائية أو التشخيصية أو العلاجية أو التأهيلية، وإنما هو تعزيز تدفعه محاولة تحسين الأداء عما عليه هذا الإنسان من قدرات بدنية أو عقلية.

أضف إلى ذلك، أن التعريف الوارد أعفل ذكر البحث العلمي ضمن جوانب العمل الطبي، ومن المعلوم أن الأبحاث الطبية تتداخل وتتقاطع مع العمل الطبي السريري، ونجد بعض أنواع البحوث العلمية، وخصوصاً السريرية منها، تتضمن تدخلات طبية باعثها الأساسي -في مرحلة البحث العلمي- ليس الوقاية أو التشخيص أو العلاج أو التأهيل كما هو الحال في الممارسة الطبية المعتادة، وإنما باعثها الرئيس تحقيق أهداف البحث الذي وجدت من أجله؛ كإثبات افتراض علمي معين أو نفيه مثلاً.

بالإضافة إلى ذلك، نجد أن بعض التعريفات الواردة في القانون ٢٠١٩/٧٥ تحوي القدر من غموض المعنى ذاته الذي يكتنف المصطلح محل التعريف، فمثلاً في تعريف "الأصول العلمية والفنية" يستعمل التعريف كلمات مثل "المتفق عليها" و"المعايير العلمية المقررة"، ولكنه لا يبين اتفاق من وتقرير المعايير من قبل من، ولا

(٧) محمد المرسي زهرة، كلمة في: عدد خاص بأبحاث مؤتمر الطب والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أبو ظبي، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م، ص ١٦.



ريب أن ممارسة الطب وإن كانت مبنية على نظريات ومبادئ علمية ونتائج بحثية، إلا أنها تبقى ممارسات تحكمها عوامل ثقافية ودينية واجتماعية واقتصادية وسياسية تختلف بين الشعوب وبعضها، بل وتختلف من وقت لآخر ولربما بين مؤسسة وأخرى في المجتمع ذاته، بل أنه -كما تذكر الدكتورة باير- أن الاختلاف ليس فقط في طريقة تقديم الخدمة الطبية من دولة إلى أخرى، بل أن الخلاف أعمق من ذلك بكثير، إذ إن خيار العلاج الأنجع في دولة ما قد يكون علاجاً مجرماً، إذا ما عبرت الحدود إلى دولة مجاورة!^(٨).

المطلب الرابع

تنظيم مزاولة المهنة في المؤسسات الصحية

إن تعقد الأنظمة الصحية الحديثة يتطلب تنظيماً قانونياً يوجهها، وخصوصاً في ضوء أن العمل الطبي الحديث هو عمل مؤسسي، فلا نكاد نجد طبيباً يعمل بشكل منفرد إلا أن يكون تحت مظلة مؤسسة صحية مرخصة، وقد تضمن المرسوم السلطاني ٢٠١٩/٧٥ في فصله الثاني أربع مواد تتعلق بـ "تنظيم مزاولة مهنة الطب والمهن الطبية المساعدة"، حيث تضمن هذا التنظيم إنشاء سجل لقيد المزاولين المرخصين للعمل في الدولة مع بياناتهم الأساسية، كما أكدت المادة (٧) من هذا الفصل أن إجازة مزاولة المهنة في السلطنة مرتبطة ليس فقط بالترخيص الممنوح من وزارة الصحة لممارسة المهنة، ولكن أيضاً بالتغطية التأمينية لمزاويل المهنة سواء كان ذلك بتسديد الاشتراك السنوي في صندوق التعويضات عن الأخطاء الطبية للمزاولين في المؤسسات الحكومية، أو التأمين لصالح الغير ضد المسؤولية الناجمة عن العمل للمزاولين في المؤسسات الصحية الخاصة.

(8) Payer L. Medicine & Culture, Henry Holt & Company, New York, 1996, P.24.

علاوة على ما سبق من مواد تنظم مزاوله المهنة عموماً، فإن المرسوم السلطاني ٢٠١٩/٧٥ تضمن مواداً تخص تنظيم القطاع الصحي الخاص، حيث حددت المادة (٢) من القانون أن تنظيم المؤسسات الصحية الخاصة، متضمناً شروط وإجراءات ترخيصها، يكون وفقاً للاتحة، كما تضمنت هذه المادة أن للوزارة الاستعانة بمؤسسات متخصصة؛ لتتولى تقييم المؤسسات الصحية الخاصة، وتحديد مدى مطابقتها للشروط المقررة قانوناً، كذلك حددت المادة (٥٢) من القانون الإجراءات الجزائية الممكن اتخاذها من قبل اللجنة الفنية في حال مخالفة المؤسسة الصحية الخاصة للقانون أو القرارات المتعلقة به، وحددت المادة (٥٤) حالات إلغاء ترخيص المؤسسة الصحية الخاصة.

بالإضافة إلى ذلك، نجد أن المادة (٩) من الفصل الثاني نصت على أنه: "لا يجوز مزاوله مهنة الطب، والمهن الطبية المساعدة خارج المؤسسات الصحية، وتستثنى من ذلك الحالات التي تحددها اللائحة". ورغم أن هذه المادة تهدف إلى الحفاظ على مستوى عال من الجودة في مزاوله مهنة الطب والمهن الطبية المساعدة، إلا أنها تحد في صيغتها العامة من قدرة المؤسسات الصحية على مواكبة التطورات التقنية في تقديم الخدمات الصحية باستخدام وسائل التقنية الحديثة، ومثالاً على ذلك نجد أن كثيراً من المؤسسات الصحية الحكومية والخاصة قد لجأت خلال جائحة كورونا (كوفيد-١٩) إلى استخدام وسائل تقنية متعددة لتقديم الخدمة الصحية لعل أبسطها استخدام الهاتف للاستشارات الطبية بدلاً عن حضور الشخص إلى المؤسسة الصحية، مروراً باستخدام وسائل التواصل الاجتماعي مثل "الواتس أب"، وبعضها وصل إلى استخدام العيادات الافتراضية كبديل شبه مستقل مثل المستشفى السلطاني، وكذلك بعض المؤسسات الصحية الخاصة.

ورغم القابلية لافتراض مشروعية هذه الوسائل وخصوصاً في ظل الظروف الاستثنائية أثناء الجائحة، إلا أننا نواجه عدم شرعية استخدامها في ظل وجود نص صريح يحظر مزاوله مهنة الطب والمهن الطبية المساعدة خارج المؤسسات الصحية،

وعدم وجود لائحة تستثني أو تنظم استخدام التقنيات الحديثة، ومما يستدعي وجود إطار قانوني لاستخدام هذه التقنيات وما يشوبها من إشكالات أخلاقية وقانونية قد تسبب أضراراً للمريض وأثاراً سلبية على المجتمع بشكل عام^(٩). وهذا ما يتطلب العمل على وجود تنظيم قانوني يؤطر لاستخدام هذه الوسائل لتقديم الخدمة الصحية خارج إطار أسوار المؤسسة الصحية التقليدية، سواء الحكومية منها أو الخاصة.

المطلب الخامس

الالتزامات العامة

الالتزامات العامة هي التزامات يفرضها القانون على عموم الناس، ولا تتعلق حصراً بطبيعة المهنة، وإن كانت قد تتمثل في بعض المهن والأعمال بصورة أكبر من غيرها، فمن الالتزامات العامة التي خصصها قانون تنظيم مزاولة مهنة الطب والمهن الطبية المساعدة ٢٠١٩/٧٥ الالتزام بمساعدة المحتاج، والالتزام بحفظ أسرار الناس، وكذلك الالتزام بعدم القتل أو المساعدة على إنهاء حياة إنسان، ولئن كانت هذه الالتزامات مطلوبة من جميع الأفراد في المجتمع، إلا إنها أشد توكيداً على مزاولة مهنة الطب والمهن الطبية المساعدة؛ لما يتيح لهم مزاولة العمل الطبي من وسائل وأدوات مرتبطة بهذه الالتزامات أكثر من غيرهم، فنجد أن قدرتهم أكبر على مساعدة الشخص وحفظ حياته من الخطر بما لديهم من علم ومهارة، واطلاعهم أكثر على أسرار المرضى مما لا يتاح لغيرهم من عامة الناس، ووصول أيديهم أقرب إلى أدوات وأدوية قد تساعد على الانتحار أو إزهاق النفس.

لقد أوجب المشرع العماني الالتزام بمساعدة المحتاج ورفع الضرر عن المضرور، حيث نجد أن قانون الجزاء العماني ٢٠١٨/٧ في المادة (٢٢٦) جرم الامتناع عن

(9) Palazzani L. Innovations in Scientific Research and Emerging Technologies: A Challenge to Ethics and Law, Springer, Cham, 2019. P57-78.

مساعدة شخص يتهدهه خطر في نفسه أو ماله أو عرضه، متى ما كانت المساعدة ممكنة، وبناء على ذلك فقد بينت المادة (١٦) من القانون ٢٠١٩/٧٥ أنه: "يحظر على مزاول مهنة الطب، والمهن الطبية المساعدة الامتناع عن علاج المريض ما لم تكن حالته خارجة عن اختصاص أي منهما، وفي هذه الحالة يجب عليه إجراء ما يلزم له من الإسعافات الأولية، وإحالته إلى أقرب مؤسسة صحية"، كما حظرت المادة (١٥) من القانون الأعمال التي من شأنها أن تضر بتقديم الخدمة لمحتاجيها مثل الإضراب أو الامتناع عن مزاوله العمل أو التجمهر في المؤسسات الصحية لما قد يؤدي إليه ذلك من إخلال بالالتزام العام الذي يفرضه القانون من مساعدة المريض، ومد يد العون له، ودرء الضرر عنه.

كما أوجب المشرع العماني على الموظف التزاماً عاماً بعدم إفشاء الأسرار التي يعلمها بحكم وظيفته، ونصت على ذلك المادة (٢٠١) من قانون الجزاء العماني ٢٠١٨/٧، ولما كان سر المريض من الأسرار التي يطلع عليها مزاول العمل الطبي، ولربما تعلقت بمعلومات لا يسر بها المريض إلا لطبيبه بحكم مهنته، فإن المادة (٣٣) من القانون ٢٠١٩/٧٥ تعرضت لالتزام الطبيب بحفظ أسرار مرضاه وعدم إفشائها، وليس هناك تعريف محدد للسر الطبي، وإن كان بعضهم عرفه على أنه: "كل أمر أو معلومة تتعلق بالمريض، تصل إلى علم طبيبه أثناء علاجه له، سواء أكان المريض قد أفشى بها للطبيب بنفسه، أم علم بها أو اكتشفها الطبيب أثناء علاجه له، وسواء كانت المعلومة متعلقة بالحالة الصحية للمريض أم ببقية نواحي حياته كأمره الشخصية أو الاجتماعية أو الاقتصادية ... إلخ وقد تتعلق المعلومة أحيانا بأمر غير^(١٠)، إلا أن المشرع العماني اشترط في المادة (٣٣) من القانون أحد شرطين فيما يطلق عليه السر الطبي:

أولهما: أن يصل السر إلى علم مزاول المهنة عن طريق مزاوله المهنة.

(١٠) عادة فؤاد مجيد المختار، حقوق المريض في عقد العلاج الطبي في القانون المدني، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١١م، ص ٣٧٥.

ثانيهما: أن يصل السر إلى علم مزاول المهنة بسببها.

كذلك من ضمن الالتزامات العامة نلاحظ أن المشرّع يؤكد على الدور الإنساني للعمل الطبي في الحفاظ على حياة الإنسان، فنجد أن المادة (٢٤) من القانون ٢٠١٩/٧٥ حظرت على مزاولي المهنة أي عمل، فعلاً أو تركاً، يؤدي إلى إزهاق الحياة وإنهاء حياة المريض، "أياً كان السبب، ولو بناء على طلبه، أو طلب وليه، أو الوصي عليه"، وهو بهذا يؤكد الالتزام العام الذي أوجبه المشرّع في قانون الجزاء العماني ٢٠١٨/٧ في المواد (٣٠٤-٣٠٥)، والذي يحظر إنهاء، أو المساعدة على إنهاء، حياة أي شخص، ولو كان بطلب منه أو بدافع الشفقة.

المطلب السادس

الالتزامات المهنية

ترتبط الالتزامات المهنية بالآداب والأخلاقيات المتعارف عليها في ممارسة المهنة بما يحفظ للمهنة كرامتها، وقد تضمن المرسوم السلطاني ٢٠١٩/٧٥ مواداً عدة تتعلق بتنظيم وتأطير الالتزامات المهنية لمزاولي مهنة الطب والمهن الطبية المساعدة، ومن ضمنها المواد (١٠، ١٤، ١٩، ٢٠، ٢١، ٣٤)، حيث تضمنت المادة (١٠) التزامات مهنية تتعلق بالدقة والأمانة العلمية والفنية، ومراعاة الجانب الإنساني في مزاوله المهنة دون تمييز بين المرضى على أساس الحالة المادية أو الاجتماعية أو المعتقد أو الجنس أو الجنسية، كما تضمنت المادة التزام المزاولين بآداب المهنة وأصولها في التشخيص والعلاج والتعاون بين المزاولين لما فيه مصلحة المريض حسب ما تقتضيه الحاجة، وكذلك التقيد بقواعد وإجراءات مكافحة العدوى. بينما حظرت المادة (١٤) من القانون الجمع بين المهن الطبية المتعارضة إلا بقرار من الوزير.

كما حظرت المادة (١٩) من القانون أن يستغل مزاول مهنة الطب الصلاحية المهنية الممنوحة له في إصدار أي تقرير أو شهادة طبية بخلاف الحقيقة، أو أن يقوم بمنح إجازة مرضية في غير الحالات التي تستدعي منح هذه الشهادة، كذلك حظرت المادتان (٢٠-٢١) دعاية مزاول المهنة لنفسه أو لغيره؛ إلا أن يكون ذلك

طبقاً لشروط اللائحة، أو أن يقوم بالترويج لمنتجات أو مؤسسات صحية محددة بدافع تحقيق مصلحة شخصية سواء كانت هذه المصلحة بصورة مباشرة أم غير مباشرة، أما المادة (٣٤) من القانون فقد اشترطت أن يكون الفحص الطبي بحضور شخص ثالث في حالة اختلاف جنس مزاول المهنة عن جنس المريض مع استثناء حالات الضرورة.

ومن الجوانب المهنية التي أولاهها المشرّع اهتماماً ملحوظاً جانب الإذن المتبصر، ورضا المريض في العمل الطبي، فبينما لا نكاد نجد ذكراً صريحاً لهذا الجانب في القانونين السابقين لمزاولة المهنة، فإن القانون الجديد ٢٠١٩/٧٥ قد نص على إذن المريض، وإن كان الأفضل استعمال مصطلح "الموافقة" على العمل الطبي بدلاً من الإذن أو الرضا، فمصطلح الموافقة يتضمن الإذن والرضا والقبول والمصادقة، كما يتضمن ملاءمة في القول والفعل^(١١)، ولا مشاحة في الاصطلاح ما دام يؤدي المعنى المراد ويوصل إلى حقيقة الشيء، وهو هنا رضا المريض وإذنه الحر للقيام بالعمل الطبي عن قناعة ووعي، بل أن المشرّع حدد حالات يجب أن تكون فيها الموافقة على العمل الطبي مكتوبة مثل: تقنيات المساعدة على الإنجاب، وقطع التناسل، وإفشاء أسرار المريض، والإجهاض، والعمليات الجراحية.

وحرصاً على الالتزام بهذه المبادئ المهنية، وحفاظاً على مستوى مهنة الطب والمهن الطبية المساعدة، فإن المادة (٤) من القانون ٢٠١٩/٧٥ أقرت تشكيل لجنة فنية للنظر في المخالفات المهنية التي تقع من المؤسسات الصحية ومزاولي مهنة الطب والمهن الطبية المساعدة، كما نظمت المواد (٥٢-٥٤) من القانون ذاته آلية عمل اللجنة الفنية، وأباح لها في حال ثبوت المخالفة توقيع الجزاءات التي نص عليها القانون للأفراد المزاولين أو للمؤسسة الصحية الخاصة، وهذا مما يؤمل أن يسهم في تحقيق الهدف السامي من الحفاظ على كرامة المهنة والارتقاء بمستوى العمل فيها بما يتناسب مع مكانة العمل الطبي في المجتمع بشكل عام.

(١١) مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، الجمهورية للصحافة، القاهرة، ١٩٨٥م، ص ١٠٨٩.

المطلب السابع

الالتزامات الفنية

تتعلق الالتزامات الفنية بما عرف قديماً بأصول الصنعة، وهي بهذا التزامات تتعلق بصميم العمل الطبي ومزاولة نشاطاته ومهاراته الفنية التي اختص القانون بها مزاولي مهنة الطب والمهن الطبية المساعدة دون عن غيرهم من الناس، ولا ريب أن مجال الطب واسع وشاسع وامتدد باستمرار، إلا أن المشرع في القانون العماني خص بالذكر والتشريع بعض الأعمال الفنية في المجال الطبي إما لأهميتها في ذاتها (العمليات الجراحية والبحث العلمي مثلاً)، أو لتأثيرها الجسيم واقعاً أو احتمالاً (مثل تقنيات الاستنساخ والتصرف في الجينات)، أو لمصادمتها لقيم المجتمع ومبادئه التي ما وجد القانون إلا ليحميها ويحافظ عليها ويعزز أركانها (مثل الإجهاض وقطع التناسل)، ونستعرض فيما يلي أمثلة من الالتزامات الفنية التي أوردها القانون ونظمها.

أولاً- وسائل العمل الطبي:

بداية نجد أن المشرع العماني قد أخذ بجانب الحيطة والحذر في تقنين وسائل العمل الطبي، وأكد أن الأصل عدم مشروعية الاستخدام لأي وسيلة أو طريقة في العمل الطبي إلا أن تكون مرخصة، فنجد أنه في المادة (١٧) من القانون حظر على مزاولي مهنة الطب والمهن الطبية المساعدة "استعمال وسائل أو طرق غير مرخص بها في تشخيص علاج أو تأهيل المريض"، ورغم أن هذا التحديد ذو جانب إيجابي يتمثل في حماية مصلحة المريض من استخدام وسائل ربما لم تثبت فاعليتها ومأمونيته، إلا أنه من جانب آخر يضيق على العمل الطبي مجالاً واسعاً تتعدد فيه الوسائل والطرق وتتجدد بصورة دورية، بل يصعب حصرها، كما أن هذا التحديد الواسع يلقي مسؤولية على جهة الترخيص (وزارة الصحة، كما حددها القانون) أن تنشئ آلية واضحة وقاعدة بيانات شاملة تحصر فيها الوسائل والطرق المرخصة

لاستخدامها، وقاعدة البيانات هذه تحتاج جهداً متواصلًا من التحديث والمتابعة؛ لمواكبة مستجدات العمل الطبي.

وعلى سبيل المقارنة، فإن المشرّع العماني قد وافق المشرّع الإماراتي في قانون المسؤولية الطبية الصادر بالمرسوم الاتحادي رقم (٤) لسنة ٢٠١٦م في المادة (٤ / ٥) حيث حظر على الطبيب "استعمال وسائل غير مرخص بها أو غير مشروعة في التعامل مع الحالة الصحية للمريض"، بينما نجد مثلاً أن المشرّع السعودي في نظام مزاولة المهن الصحية الصادر بالمرسوم الملكي م/٥٩ بتاريخ ٤/١١/١٤٢٦هـ يوجب في المادة السابعة/ ب على الممارس الصحي (مزاول المهنة) "ألا يمارس طرق التشخيص والعلاج غير المعترف بها علمياً، أو المحظورة في المملكة"، والمشرّع السعودي بهذا ينطلق من أن الأصل هو جواز استخدام الوسائل الطبية النافعة لمصلحة المريض ما لم تكن غير علمية أو قانونية، ونرى أن هذه الصياغة الأخيرة تعطي مجالاً أوسع وفسحة أرحب للنظر في مصلحة المريض، واستعمال وسائل وطرق لا تخرج عن أصول المهنة العلمية والفنية ما لم يحظرها القانون.

ثانياً - المستجدات الطبية:

كذلك نجد أن المشرّع في القانون ٢٠١٩/٧٥ لم يغفل التطرق إلى عدد من المستجدات الطبية؛ بغرض تقنينها وتنظيمها، لما فيه مصلحة الفرد والمجتمع، فنجد أن المشرّع حظر في المادة (٢٢) كل ما من شأنه استنساخ كائن بشري (Human Cloning) بحثاً أو تجريباً أو تطبيقاً، كما حظر في المادة (٢٣) التصرف في الجينات البشرية (Human Genetic Manipulation) بصورة مطلقة. كذلك حظر المشرّع عمليات نقل وزراعة الأعضاء والأنسجة البشرية (Human Organ Assisted and Tissue Transplantation)، وتقنيات المساعدة على الإنجاب (Assisted Conception)، وقطع التناسل للمرأة (Female Sterilization)، وتحويل الجنس (Transsexual Interventions)، وفحص البصمة الوراثية (DNA

(Fingerprint)، والإجهاض (Abortion) إلا أن تكون أياً من هذه الإجراءات والتدخلات الطبية ضمن الاستثناءات، وحسب الإجراءات التي أوردتها القانون حصراً.

ثالثاً - الإجهاض:

بالمقارنة مع المادة (١١) من قانون مزاوله مهنة الطب البشري وطب الأسنان ٩٦/٢٢ التي جرمت الإجهاض إلا أن يكون بناء على أسباب طبية تستوجب ذلك، فإن المادة (٣٦) من القانون الجديد ٢٠١٩/٧٥ جاءت أكثر وضوحاً في تحديد هذه الأسباب الطبية، وقد حصرها المشرع في حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون في استمرار الحمل خطر جسيم يهدد حياة الحامل أو يصيبها بمشقة مرضية بالغة.

الحالة الثانية: أن يثبت تشوه الجنين تشوهاً خطيراً غير قابل للعلاج، وأن يكون قبل إكمال ١٢٠ يوماً من بداية الحمل، وبموافقة من الزوجين.

ولئن كانت الحالة الأولى مما ورد فيه اتفاق العلماء بناء على قاعدة أن الأم أصل والجنين فرع، والأصل مقدم على الفرع، وكذلك بناء على أن حياة الأم متحققة وحياة الجنين محتملة، ويقدم اليقيني على المحتمل، إلا أن الحالة الثانية التي يجوز فيها إجهاض الجنين لا تخلو من خلاف فقهي كبير حول هذه المسألة، وقد اشترط المشرع لها أن يثبت طبيياً التشوه الخطير، وعدم القابلية للعلاج، وهي حالة ترد فيها الشبهة عملياً من جانب كلا الشرطين: جانب مفهوم التشوه الخطير، وجانب عدم القابلية للعلاج.

أما من جانب التشوه؛ فقد عرف المعجم الوسيط "الشوهة" لغة أنها القبح^(١٢)، والقبح -في الشكل والصورة- وصف غير منضبط، فالناس تختلف في تعريف التشوه وتحديدته، وما قد يراه شخص تشوهاً، قد يراه آخرون غير ذلك، ولعلنا نلتبس أن نخرج

(١٢) مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، الجمهورية للصحافة، القاهرة، ١٩٨٥م، ص ٥٢١.

من المعنى اللغوي الواسع لهذه الكلمة إلى معنى اصطلاحي طبي أكثر انضباطاً، إلا أننا نجد أن مقابل هذه الكلمة في المصطلح الطبي هو كلمة "Malformation"، وقد عرفها قاموس تبير الطبي الموسوعي أنها الشكل أو التركيب غير الطبيعي وخصوصاً الخَلقي^(١٣)، أي أن المصطلح عام يشمل أي تغيير في الشكل أو التركيب يسيراً كان أم جسيماً، ملحوظاً كان أم غير ملحوظ، وحتى لو اشترط المشرع في القانون أن يثبت التشوه على أيدي أطباء متخصصين؛ إلا أن هؤلاء المتخصصين لا يستطيعون نفي أن تغييراً على الشكل المعتاد -كوجود إصبع إضافية لدى الجنين- يعد في التعريف الطبي تشوهاً!

وكذلك معيار الخطر هو معيار نسبي، ولا يملك الطب تحديداً واضحاً ودقيقاً له، وقد صرح تقرير حول إنهاء الحمل بسبب تشوهات الجنين، أصدرته الكلية الملكية البريطانية لأطباء أمراض النساء والولادة في عام ٢٠١٠م، أنه لا يوجد تعريف طبي أو قانوني يحدد مقدار الخطورة (Substantial Risk)، كما لا يوجد تعريف طبي أو قانوني يحدد الإعاقة الخطيرة (Serious Handicap)^(١٤)، مما يجعل من معيار تحديد التشوه الخطير معياراً غير موضوعي إلى درجة كبيرة، ولذلك فإنه حتى الأدبيات الطبية التي تساند إجهاض الجنين المشوه لا تعول كثيراً على التحديد الطبي للتشوه الخطير، بل تدعو إلى أن يؤخذ القرار بما يتناسب مع العوامل الدينية والأخلاقية والاجتماعية وقيم الوالدين؛ لذا فإن عمومية المصطلح القانوني في تحديد التشوه الخطير طبياً يجعل من استخدامه علة للإجهاض معيباً، إذ أنه مصطلح غير

(13) Taber's Cyclopedic Medical Dictionary, 17th Edition, F.A. Davis Company, Pennsylvania, 1989, P.1160.

(١٤) راجع تقرير الكلية الملكية لأطباء النساء والولادة بالمملكة المتحدة:

Royal College of Obstetricians and Gynecologists. Termination of Pregnancy for Fetal Abnormality in England, Scotland, and Wales: Report of a Working Party. London, 2010, P.viii.

منضبط كما هو شرط العلة، ولو استخدمنا علة التشوه الخطير، لوجدنا أن كثيراً من الأجنة قد تجهض وتزهق أرواحها؛ لأنها "مشوهة".

أما الشرط الثاني الذي وضعه المشرع فهو عدم القابلية للعلاج، وهو شرط مشكل أكثر من سابقه، إذ إن عدم القابلية للعلاج لا يمكن أن تكون شرطاً للإجهاض، وإلا أزهقنا كثيراً من الأرواح؛ لأن كثيراً من الأمراض التي ترتبط بتشوه هي أمراض قد تكون غير قابلة للعلاج ولكنها قابلة للحياة، ومثال ذلك: ما يحدث عندما يكون هناك كروموسوم ٢١ إضافي لدى الجنين مما ينتج عنه تغيرات خلقية في شكل الجنين مما يطلق عليه (متلازمة داون)، فإن هذه التغيرات الخلقية قد تعد من قبيل التشوه، وبعضها تشوهات خطيرة، وهي كذلك من الأمراض غير القابلة للعلاج، إلا أن الجنين قابل للحياة بنسبة عالية جداً، إن الإحصائيات تذكر أن إجهاض الأجنة بسبب متلازمة داون بلغ معدلات عالية جداً تبلغ ٩٠٪ في بعض الدول مثل بريطانيا، وتفوق ٩٨٪ في الدنمارك، وبلغت ١٠٠٪ في آيسلاند^(١٥)، كما تراوحت هذه النسبة بين ٦١-٩٣٪ في الولايات المتحدة الأمريكية^(١٦).

إن الطب علم متطور، يظهر لنا كل يوم جديداً، وكم من الأمراض والعلل التي لم تكن قابلة للعلاج أصبح علاجها سهلاً يسيراً متوفراً، فعلى سبيل المثال: كثيراً من التشوهات الخلقية في القلب كانت حتى وقت قريب مدعاة للإجهاض لدى البعض،

^(١٥) انظر الموقع على الشبكة:

The Life Institute, Down Syndrome and Abortion, The Facts. (n.d.). Available: <https://thelifeinstitute.net/info/down-syndrome-and-abortion-the-facts>. Accessed 6 September 2020.

^(١٦) Natoli JL, Ackerman DL, McDermott S, Edwards JG. Prenatal diagnosis of Down syndrome: a systematic review of termination rates (1995–2011), Prenatal diagnosis, 2012 Feb, 32(2): P.142-53.

إلا أنها أصبحت أمراضاً يمكن علاجها بعدما تقدم الطب وتطور في هذا المجال^(١٧)، لذا فالإجهاض بسبب التشوه الخطير غير القابل للعلاج يفتح باباً واسعاً لإزهاق أرواح في طور التكوين، وهي إن كانت غير قابلة للعلاج -مرحلياً على الأقل- فإنها قد تكون قابلة للحياة، فهل قصد المشرّع أن تستباح حياة مئات بل آلاف الأجنة؛ لأنها تعاني من تشوه خطير غير قابل للعلاج؟

إن المشرّع العماني (وهو يستقي تشريعاته من الشريعة الإسلامية السمحة) حفظ حق الجنين في الحياة في كثير من تشريعاته وقوانينه، كما جرم الإجهاض في مواد عدة من قانون الجزاء العماني ٢٠١٨/٧، بل غلظ العقوبة، إذا كان مرتكب الجرم من مزاولي المهن الطبية، ولا ريب أن وضوح الصياغة التشريعية وخلوها من استعمال الكلمات الغامضة أو المثيرة للالتباس مطلب مهم في صياغة النص القانوني؛ ليقوم بدوره المطلوب في توجيه السلوك الإنساني وترشيده بما يحقق المبادئ العليا والمصالح المرجوة في المجتمع^(١٨)، والواضح أن الاستثناءات المقننة للإجهاض التي أوردها المشرّع في قانون مزولة المهنة ٢٠١٩/٧٥ قصد منها أن تكون الحالات المستثناة في أضيق الحدود، وهذا لا يتسق مع التوسع غير المحدود الذي يفيد المحددان الوارد ذكرهما: التشوه الخطير، وعدم القابلية للعلاج.

ولربما نظر المشرّع في صياغة هذا الاستثناء إلى قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثانية عشرة بمكة المكرمة (١٤١٠هـ - ١٩٩٠م)، حيث إن هذا القرار أجاز إسقاط الجنين قبل بلوغه (١٢٠) يوماً، إذا ثبت تشوّه تشوهاً خطيراً، غير قابل للعلاج، مع توقع أن تكون حياته

(17) Kose S, Altunyurt S, Yildirim N, et.al. Termination of pregnancy for fetal abnormalities: main arguments and a decision-tree model, Prenatal Diagnosis, 35: P.1128-1136.

(18) خالد بن عبد الرزاق بن صالح الصفي، دليل صياغة الأنظمة واللوائح في المملكة العربية السعودية، الفالحين للطباعة والنشر، الرياض، ١٤٣٦هـ، ص ١٢٨.

سيئة، وآلاماً عليه وعلى أهله^(١٩)، إلا أن قرار المجمع هذا مشوب من ناحية تقدير التشوه الخطير الذي لا نجد له ضابطاً طبياً أو علمياً، وكذلك من ناحية تسبب الإجهاض بالآلام المتوقعة مستقبلاً، وهذا السبب محل خلاف كبير جداً طبياً وعلمياً وقانونياً وفقهياً، وقد بين تقرير نشره مجلس نفيلد البريطاني المختص بأخلاقيات البيولوجيا أن وجود طفل مشوه أو معوق ليس بالضرورة مصدر أذى أو ضرر للأسرة، بل أنه مصدر تعزيز لحياة الأسرة مثل أي طفل آخر^(٢٠).

إن قرار مجمع الفقه الإسلامي حول إجهاض الجنين المشوه لم يكن قراراً بالإجماع، وكثير من العلماء ما زالوا يرون عدم جواز إجهاض الجنين بسبب التشوه^(٢١) وقد ذهب سماحة الشيخ أحمد بن حمد الخليلي (مفتي عام سلطنة عمان) إلى حرمة إجهاض الجنين بسبب التشوه أو ما شابهه إلا أن تكون حياة الأم في خطر^(٢٢)، ومن رأى جواز إجهاض الجنين المشوه في حالات محدودة، فإن عليه أن يكون دقيقاً ومحكماً في تحديد الضوابط، سداً للذرائع، ودرءاً للمفسدة، لذا من الأهمية بمكان أن تشمل اللائحة التنفيذية على وصف أدق وإطار أوضح للمحددَيْن الواردين في هذا النص القانوني؛ التشوه الخطير، وعدم القابلية للعلاج.

(١٩) مجمع الفقه الإسلامي، قرارات مجمع الفقه الإسلامي في دوراته العشرين، (١٣٩٨-١٤٣٢هـ، ١٩٧٧-٢٠١٠م)، الإصدار الثالث، مكة المكرمة، (بدون تاريخ)، ص ٣٠٧.

(٢٠) انظر التقرير:

Nuffield Council on Bioethics. Non-invasive Pre-Natal Testing: Ethical Issues, 2017, Available: <https://www.nuffieldbioethics.org/wp-content/uploads/NIPT-ethical-issues-full-report.pdf>. P.xiii. Accessed 6 September 2020.

(٢١) أحمد بن عبيد التمتي، إجهاض الأجنة وتطبيقاته المعاصرة، مكتبة دار الكتاب الإسلامي، مسقط، ٢٠١١م، ص ٥٢-٥٣.

(٢٢) انظر فتاوى متعددة للشيخ أحمد بن حمد الخليلي -مفتي عام سلطنة عمان- حول إجهاض الجنين المشوه في: أحمد بن حمد الخليلي، الفتاوى الطبية (إعداد وترتيب رقية بنت ناصر بن خميس الجشمية)، مكتبة الجيل الواعد، مسقط، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م، ص ١٨١-١٨٦.

المطلب الثامن

حقوق مزاوولي المهنة

لا ريب أن الكادر البشري في العمل الطبي هو أساس وعماد تقديم خدمة صحية آمنة ذات جودة، ولا يمكن للخدمة المقدمة أن ترقى إلى مستوى طموح المرضى والمجتمع ما لم يكن هناك توازن بين واجبات الكادر البشري وحقوقه، وحصول مزاوولي العمل الطبي على حقوقهم المشروعة يؤولي ثماره للمجتمع بأكمله⁽²³⁾، وقد عنون الفصل الثالث من قانون تنظيم مزاولة مهنة الطب والمهن الطبية المساعدة ٢٠١٩/٧٥: "واجبات وحقوق مزاوولي مهنة الطب والمهن الطبية المساعدة"، إلا أننا نجد أن الفصل بكامله يتعلّق بواجبات المزاولين، ولم يتطرق إلى أي حق من حقوقهم، بل أن المادة (١٥) من القانون تحظر على المزاولين "الإضراب أو الامتناع عن مزاولة العمل بأي شكل، أو التجمهر في المؤسسات الصحية التي يعملون بها"، ولئن كان مدعاة هذا مراعاة مصلحة المجتمع بشكل عام، والمريض بشكل خاص، في استمرار تقديم الخدمة الصحية وعدم انقطاعها أو تأثرها سلباً لأسباب طارئة، إلا أنه من المهم كذلك مراعاة وحفظ حقوق مزاوولي المهنة عن طريق توفير آلية واضحة وآمنة تتيح لهم المطالبة بحقوقهم واستيفائها، متى ما احتاجوا لذلك.

ومما يحسب للقانون الجديد ٢٠١٩/٧٥ مراعاته لمكانة مزاوولي مهنة الطب والمهن الطبية المساعدة ودورهم المجتمعي؛ ولذلك جاءت المادة (٣٩) من القانون استثناء من قانون الإجراءات الجزائية، حيث أقرت أنه لا يجوز التحقيق أو القبض على المزاوول أو حبسه احتياطياً فيما يتعلّق بشكاوى الأخطاء الطبية إلا بناء على أمر من المدعي العام، بعد تسلمه التقرير النهائي من اللجنة الطبية العليا، ولا ريب أن مثل هذا الاستثناء له ما يبرره مراعاة لمزاوولي مهنة الطب والمهن الطبية المساعدة،

(23) American Medical Association, AMA Code of Medical Ethics, guidance in a pandemic, Available: <https://www.ama-assn.org/delivering-care/ethics/ama-code-medical-ethics-guidance-pandemic> , accessed 26 July 2020.

ودورهم في استمرار تقديم الخدمة الصحية في المجتمع، وكذلك استثناء من الالتزام العام بحفظ أسرار المرضى، أجاز القانون للطبيب في المادة (٣٣) إفشاء أسرار المريض بغرض الدفاع عن نفسه أمام جهات التحقيق أو الجهات القضائية، وذلك بحسب ما تقتضيه حاجة الدفاع.

أضف إلى ذلك أن المادة (٤١) من القانون ٢٠١٩/٧٥ أفرت أنه: "يجوز للمؤسسات الصحية تفويض القانونيين العاملين لديها، أو أي من المحامين؛ لحضور جلسات التحقيق والمحاكمة عن مزاول مهنة الطب، والمهن الطبية المساعدة والدفاع عنه، دون الحاجة إلى سند وكالة خاص لذلك"، ولا ريب أن هذا التخفيف عن المزاول يرفع عنه كثيراً من الحرج والمشقة الملازمة لحضور الجلسات القضائية، وكذلك الأذى النفسي الذي يصاحب وضع المتهم في قفص الاتهام أمام عدالة المحكمة حاله كحال بقية المتهمين مع أن الأصل القانوني في معظم الدعاوى المتعلقة بالعمل الطبي يرجع إلى أصل عدم العمدية (الخطأ الطبي)^(٢٤)، كما أن هذا التخفيف يمكن المزاول من التفرغ والاستمرار في أداء واجبه الإنساني وعمله المهني بأريحية واطمئنان.

المطلب التاسع

المسؤولية عن الأخطاء الطبية

ارتبط العمل الطبي منذ قديم الزمان بالمسؤولية عن الأخطاء التي تقع من مزاوليه، لما تتسبب فيه من ضرر للمريض، وقد تنبه العالم أكثر إلى حجم مشكلة الأخطاء الطبية في العقود الأخيرة، بل أن دراسة محكمة نشرتها المجلة الطبية البريطانية في عام ٢٠١٦م أوضحت أن الأخطاء الطبية هي السبب الثالث في الوفيات في الولايات

(٢٤) أحمد بن سعيد الجهوري، نحو إنشاء دائرة متخصصة للأخطاء الطبية، ورقة عمل في المؤتمر الدولي الثاني للمستشفى السلطاني (الندوة الأولى للمسؤولية الطبية)، المستشفى السلطاني، مسقط، ٢٠١٩م، ص ٥.

المتحدة الأمريكية^(٢٥)، وهي دراسة تعاضد تقارير ودراسات أخرى كثيرة تحذر من الأخطاء الطبية وما ينتج عنها من أضرار ووفيات على مستوى العالم، ولعل تعقد العمل الطبي الحديث، ودخول التقنية عليه، بالإضافة إلى التوسع في التدخلات الطبية، قد زاد من فرص حدوث الأخطاء الطبية التي أصبحت مشكلة عالمية تُوْرُق مزاولي المهنة والمرضى والقانونيين على حد سواء.

ولا ريب أن الأخطاء الطبية تشغل كثيراً بال المريض والمزاول؛ لذا جاء قانون تنظيم مزاوله مهنة الطب والمهن الطبية المساعدة ٢٠١٩/٧٥ أكثر تفصيلاً ووضوحاً فيما يخص الأخطاء الطبية تعريفاً وتنظيماً، فنجد أن المادة (١) تضمنت تعريفاً محددًا للخطأ الطبي أنه: "أي إجراء طبي، بالفعل، أو بالترك لا يتفق مع الأصول العلمية والفنية، ويحدث ضرراً بالمريض، ولا علاقة له بالمضاعفات الطبية"، ونجد أن هذا التعريف قد تضمن المتعارف عليه قضائياً في تحديد الخطأ الطبي من مثلث التعدي، والضرر، والعلاقة السببية بينهما، إلا أنه زاد على ذلك باشتراط أن لا يكون هناك علاقة بالمضاعفات الطبية، وهي التي عرفتھا المادة ذاتها من القانون أنها: "تفاقم حالة المريض بالرغم من الاحتياطات التي يتخذها مزاولو مهنة الطب، أو المهن الطبية المساعدة"، ولا ريب أن هذه التفرقة بين الضرر الذي ينشأ عن الخطأ الطبي والضرر الذي ينشأ عن المضاعفات الطبية مهم جداً، إذ كثيراً ما ينشأ خلط بين الضرر الناتج عن كل منهما^(٢٦).

إن التدخلات الطبية بكافة أشكالها، تحمل -مع منافعها- عدداً من المخاطر اليسيرة أو الجسيمة التي قد تسبب ضرراً للمريض، ويكون احتمال حدوثها غالباً مرتبطاً باحتمالية إحصائية تستنبط من الدراسات العلمية، إلا أنه لا يمكن التنبؤ بشكل كبير بإمكانية حدوثها من عدمه لدى مريض ما، وتتضمن المضاعفات الطبية أحداثاً

(25) Makary MA, Daniel M. Medical error – the third leading cause of death in the US, BMJ, 2016, 353, P.i2139.

(26) Mangoud AM, East Mediterr Health J. 2004, 10(1-2): P.198-207.

ضائرة قد تحدث رغم أن التدخل الطبي قد تم بصورة صحيحة حسب الأصول العلمية والفنية، وهي مخاطر ناتجة عن قصور في ما يحيط به العلم والطب بطبيعتهما، وليس قصوراً في العمل الطبي الذي يقوم به المزاول مع أخذه في الاعتبار الاحتياطات اللازمة لتفادي هذه المضاعفات^(٢٧)، وقد وجدت دراسة علمية في جامعة هارفارد منشورة في إحدى أعرق المجلات الطبية أن المراجعة لأكثر من ٣٠ ألف ملف طبي للمرضى أظهرت أن الحوادث الضائرة التي حدثت للمرضى كان حوالي الربع منها (٢٧.٩٪) بسبب خطأ طبي، بينما ما يقارب ثلاثة أرباع الأحداث الضائرة كانت لأسباب أخرى^(٢٨).

وهنا لا بد من تأكيد أهمية إطلاع المريض على المخاطر المتعلقة بالتدخلات الطبية، سواء كانت جراحية أو غير جراحية، من خلال عملية تبصير المريض والتأكد من فهمه للمعلومات، وبأسلوب حكيم يوازن فيه المزاول بين إعطاء المعلومة الصحيحة دون تشويه أو تخويف أو تهويل، وبما يتناسب مع حاجة المريض وقدرته على استخدام هذه المعلومات لاتخاذ قرار متبصر يتعلّق بقبوله التدخل الطبي وما قد يرتبط به من مخاطر لا يمكن الجزم بحدوثها من عدمه، ووجود هذا التبصير عن المخاطر المرتبطة بالعمل الطبي مهم قانوناً؛ لانقضاء صفة الخطأ عن العمل الطبي ورفع المسؤولية عن المزاول^(٢٩).

كذلك جاء الفصل الرابع من القانون (٢٠١٩/٧٥)؛ ليفصل في "المسؤولية عن الأخطاء الطبية والمخالفات المهنية"، حيث أقرت المادة (٤٢) مسؤولية مزاول مهنة

(27) Zientek DM, Medical Error, Malpractice and Complications, A Moral Geography, HEC Forum, 2010, 22: P.145-157.

(28) Leape LL, Brennan TA, Laird N, et.al. The nature of adverse events in hospitalized patients, New England Journal of Medicine, 1991, 324(6): P.377-384.

(٢٩) تأسؤس نامق براخاس، قبول المخاطر الطبية وأثره في المسؤولية المدنية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٣م، ص ١١٦-١١٧.

الطب والمهن الطبية المساعدة عن "الأخطاء الطبية التي تقع منه، وتسبب ضرراً للمريض"، واستدراكاً لهذا العموم، جاءت المادة (٤٣)؛ لتخصص الحالات التي تستثني المزاول من قيام المسؤولية الطبية، وتتضمن خمس حالات تتعلق ببذل العناية اللازمة، ووقوع الضرر بسبب يرجع إلى المريض أو بسبب خارجي، واتباع الأصول العلمية والفنية، ووقوع الضرر بسبب المضاعفات الطبية، ووقوع الضرر بقصد تلافي ضرر أشد محقق الوقوع، ومن الواضح في قراءة القانون ٢٠١٩/٧٥ أن المشرع العماني قد سلك مسلك الوسطية في التعامل مع الضرر الناتج عن التدخلات الطبية، محققاً قدرًا معقولاً من الموازنة والمناسبة بين الحاجة إلى تشجيع وتعزيز العمل الطبي وبناء ثقة المجتمع فيه، وإعطائه مساحة من الحرية للإبداع النافع للمجتمع وللمرضى من ناحية، ومن ناحية أخرى حفظ حق المريض الذي يتعرض لضرر ناشئ عن خطأ طبي، وحفظ حق المجتمع عموماً في سلامة أفرادها، وتمتعهم برعاية صحية آمنة.

وتأكيداً للطبيعة الفنية للأخطاء الطبية وخصوصاً في ظل التعريف الذي حدده القانون للخطأ الطبي، فإن المواد (٤٦-٥١) من القانون ٢٠١٩/٧٥ قد نظمت آلية عمل اللجنة الطبية العليا وإجراءاتها، كما أكدت المادة (٤٧) على اختصاص اللجنة الطبية العليا "بتقرير ثبوت الخطأ الطبي من عدمه"، ولعل في هذا التأكيد تعزيزاً للرأي الفقهي القائل إنه وإن كان للقاضي السلطة التقديرية الواسعة في تكوين قناعته الوجدانية إلا أنه لا بد من الاستعانة بالخبرة الفنية من أهل العلم والاختصاص في المسائل الفنية البحتة، ولا يمكن تجاهل الرأي فيها، إذا استوفت شروطها، ما لم تقابلها خبرة فنية أخرى تزيل غموضها أو تكمل نقصها أو تبين تناقضها^(٣٠).

(٣٠) محمد واصل، حسين بن علي الهلالي، الخبرة الفنية أمام القضاء، دراسة مقارنة، المكتب الفني (المحكمة العليا)، مسقط، ٢٠٠٤م، ص ٢١٣.

الخاتمة

إن الصحة وسلامة البدن حق إنساني أرسى أركانه الشريعة الإسلامية، وأقرته التشريعات والنظم الدولية، والحق في الرعاية الصحية والوقاية من المرض أكد عليه النظام الأساسي للدولة في سلطنة عمان، ولما كان الجسد الإنساني هو محل عمل الطب، وبالنظر إلى تعدد الأدوات والوسائل الطبية المستخدمة في تقديم الرعاية الصحية وتجديدها، كان لا بد من تشريع قانوني ينظم المساس بهذا الجسد العليل، ويضمن له رعاية صحية آمنة، وقد استعرضت هذه الدراسة حرص المشرع العماني منذ فجر النهضة على تنظيم مزاولة الأعمال الطبية، كما قدمت الدراسة قراءة ناقدة، مستخدمة المنهجين الوصفي والتحليلي، لقانون تنظيم مزاولة مهنة الطب والمهنة الطبية المساعدة الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠١٩/٧٥)، حيث أبرز هذا القانون تغييرات إيجابية مهمة في الصياغة التشريعية وفي المواضيع المطروقة، وكما هي الحال في أي عمل بشري، فإن القانون محل الدراسة كما اشتمل على جوانب قوة في التشريع، فقد اشتمل كذلك على جوانب جديرة بالملاحظة والنظر والمراجعة، ونختتم الدراسة ببعض التوصيات التي من شأنها تعزيز التشريع القانوني؛ لتنظيم مزاولة مهنة الطب والمهنة الطبية المساعدة بصورة تحفظ للناس والمجتمع حقهم في حياة طبية ورعاية صحية آمنة.

التوصيات

إن الطب والقانون يعملان يداً بيد من أجل مصلحة الإنسان وسلامة جسده من الأذى، وفي ظل المتغيرات العلمية المتسارعة، والتطورات الطبية المستجدة، لا بد للتشريع والتنظيم القانوني في سلطنة عمان أن يواكب -بصفة مستمرة- العمل الطبي من أجل خير الإنسان والمجتمع، ومما قد يساعد على ذلك:

- ١- التعجيل بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم مزاولة مهنة الطب والمهن الطبية المساعدة الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠١٩/٧٥)، على أن تراعي هذه اللائحة تعزيز جوانب القوة، واحتواء الملاحظات الواردة على التشريع.
- ٢- تعزيز النقاش العلمي والأكاديمي في مجال القانون الطبي لإثراء هذا المجال، وتنشيط ملكة النظر فيه للمختصين في مجالي القانون والطب خصوصاً، وللمهتمين وصناع القرار عموماً.
- ٣- إدراج مقرر القانون الطبي ضمن مقررات دراسة القانون والطب في مؤسسات التعليم العالي، مما من شأنه المساهمة في إعداد جيل واع بمتطلبات المرحلة، وما يرافقها من ثورة معرفية في العلوم الطبية وتطبيقاتها.
- ٤- تشجيع وجود تعاون مشترك بين المؤسسات الأكاديمية الطبية والقانونية، وتعزيز البرامج المشتركة بين طلاب الطب والقانون، مما يسهم في تجسير العلاقة وتعزيز الوعي لدى العاملين في المجالين الطبي والقانوني.
- ٥- تكثيف جرعات التوعية المجتمعية حول حقوق المريض في الرعاية الصحية.



المراجع والمصادر باللغة العربية

أ- المراجع العامة:

- ١) خالد بن عبد الرزاق بن صالح الصفي، دليل صياغة الأنظمة واللوائح في المملكة العربية السعودية، الفالحين للطباعة والنشر، الرياض، ١٤٣٦ هـ.
- ٢) سالم بن سلمان الشكلي، الوسيط في شرح النظام الأساسي العماني، مكتبة الأجيال، مسقط، ٢٠٠٦ م.
- ٣) ليث كمال نصرأوين، صدام إبراهيم أبو عزام، مبادئ الصياغة التشريعية، المفاهيم - الأساليب - المراحل، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٢٠ م.
- ٤) مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، الجمهورية للصحافة، القاهرة، ١٩٨٥ م.
- ٥) محمد واصل، حسين بن علي الهلالي، الخبرة الفنية أمام القضاء، دراسة مقارنة، المكتب الفني (المحكمة العليا)، مسقط، ٢٠٠٤ م.

ب- المراجع المتخصصة:

- ١) نأسؤس نامق براخاس، قبول المخاطر الطبية وأثره في المسؤولية المدنية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٣ م.
- ٢) أحمد بن عبيد التمتي، إجهاض الأجنة وتطبيقاته المعاصرة، مكتبة دار الكتاب الإسلامي، مسقط، ٢٠١١ م.
- ٣) غادة فؤاد مجيد المختار، حقوق المريض في عقد العلاج الطبي في القانون المدني، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١١ م.

ج- أوراق عمل:

- ١) أحمد بن سعيد الجهوري، نحو إنشاء دائرة متخصصة للأخطاء الطبية، ورقة عمل في المؤتمر الدولي الثاني للمستشفى السلطاني (الندوة الأولى للمسؤولية الطبية)، المستشفى السلطاني، مسقط، ٢٠١٩ م.

٢) محمد المرسي زهرة، كلمة في: عدد خاص بأبحاث مؤتمر الطب والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أبو ظبي، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.

د - القوانين والقرارات والفتاوى:

١) أحمد بن حمد الخليلي، الفتاوى الطبية (إعداد وترتيب رقية بنت ناصر بن خميس الجشمية)، مكتبة الجيل الواعد، مسقط، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م.

٢) مرسوم بقانون اتحادي رقم (٤) لسنة ٢٠١٦ بشأن المسؤولية الطبية، دولة الإمارات العربية المتحدة، أبو ظبي، ٢٠١٦م.

٣) مرسوم سلطاني رقم ١٩٧٣/٩ بإصدار قانون مزاوله مهنة الطب البشري وطب الأسنان، سلطنة عمان، مسقط، ١٩٧٣م.

٤) مرسوم سلطاني رقم ٩٦/٢٢ بإصدار قانون مزاوله مهنة الطب البشري وطب الأسنان، سلطنة عمان، مسقط، ١٩٩٦م.

٥) مرسوم سلطاني رقم ٩٦/١٠١ بإصدار النظام الأساسي للدولة، سلطنة عمان، مسقط، ١٩٩٦م.

٦) مرسوم سلطاني رقم ٢٠١٨/٧ بإصدار قانون الجزاء، سلطنة عمان، مسقط، ٢٠١٨م.

٧) مرسوم سلطاني رقم ٢٠١٩/٧٥ بإصدار قانون تنظيم مزاوله مهنة الطب والمهن الطبية المساعدة، سلطنة عمان، مسقط، ٢٠١٩م.

٨) مجمع الفقه الإسلامي، قرارات مجمع الفقه الإسلامي في دوراته العشرين (١٣٩٨-١٤٣٢هـ، ١٩٧٧-٢٠١٠م)، الإصدار الثالث، مكة المكرمة، (بدون تاريخ).

٩) نظام مزاوله المهن الصحية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٩) وتاريخ ١٤٢٦/١١/٤هـ، المملكة العربية السعودية، الرياض، ١٤٢٦هـ.



English Bibliography

A) General References:

- 1) Taber's Cyclopedic Medical Dictionary, 17th Edition, F.A. Davis Company, Pennsylvania, 1989, P.1160.

B) Specialized References:

- 1) Duguet A, Medical Law in France, Second Edition, Wolters Kluwer, Alphen, 2018.
- 2) Kose S, Altunyurt S, Yildirim N, et.al. Termination of pregnancy for fetal abnormalities: main arguments and a decision-tree model, *Prenatal Diagnosis*, 35:1128-1136.
- 3) Leape LL, Brennan TA, Laird N, et.al. The nature of adverse events in hospitalized patients, *New England Journal of Medicine*, 1991, 324(6) :377-384.
- 4) Makary MA, Daniel M. Medical error – the third leading cause of death in the US. *BMJ*, 2016, 353:i2139.
- 5) Mangoud AM. *East Mediterr Health J*. 2004, 10(1-2):198-207.
- 6) Natoli JL, Ackerman DL, McDermott S, Edwards JG. Prenatal diagnosis of Down syndrome, a systematic review of termination rates (1995–2011), *Prenatal diagnosis*, 2012 Feb; 32(2):142-53.
- 7) Palazzani L. *Innovations in Scientific Research and Emerging Technologies, A Challenge to Ethics and Law*, Springer, Cham, 2019.
- 8) Payer L. *Medicine & Culture*, Henry Holt & Company, New York, 1996.
- 9) Zientek DM. Medical Error, Malpractice and Complications, *A Moral Geography*, HEC Forum, 2010, 22:145–157.

C) Reports:

- 1) Department of Health, The Regulation of Non-medical Healthcare Professions, A Review by the Department of Health, Department of Health, London, 2006.
- 2) Nuffield Council on Bioethics. Non-invasive Pre-Natal Testing: Ethical Issues, 2017, Available: <https://www.nuffieldbioethics.org/wp-content/uploads/NIPT-ethical-issues-full-report.pdf>. Accessed 6 September 2020.
- 3) Royal College of Obstetricians and Gynaecologists. Termination of Pregnancy for Fetal Abnormality in England, Scotland, and Wales: Report of A Working Party, London, 2010.
- 4) The Life Institute, Down Syndrome and Abortion, The Facts Available: <https://thelifeinstitute.net/info/down-syndrome-and-abortion-the-facts>, Accessed 6 September 2020.
- 5) STA Law Firm. A guide to medical negligence claims and liability in the GCC 2018-2019, STA, Abu Dhabi, 2019. Available: https://www.stalawfirm.com/public/uploads/downloads/A_Guide_to_Medical_Malpractice_in_the_Middle_East.pdf, Accessed 26 July 2019.
- 6) World Health Organization. Report on the regional consultation on improving quality of care and patient safety in the Eastern Mediterranean region, Regional Office for the Eastern Mediterranean, Cairo, 2015, P.1. Available: http://applications.emro.who.int/docs/IC_Meet_Rep_2015_EN_16268.PDF?ua=1, Accessed 26 July 2019.

D) Websites:

- 1) American Medical Association. AMA Code of Medical Ethics: guidance in a pandemic. Available: <https://www.ama-assn.org/delivering-care/ethics/ama-code-medical-ethics-guidance-pandemic> , Accessed 26 July 2020.

البصمة الوراثية وحجيتها في الإثبات الجنائي

الدكتور/ عبد الباسط محمد سيف الحكيمي *

الملخص:

بالرغم من تطور أساليب ووسائل اقتراح الجريمة بتطور المجتمعات التي وقعت فيها، فإن الجريمة هي ذاتها سواء وقعت في الماضي أم في الحاضر أم في المستقبل، غير أن أسلوب اقتراحها في الوقت الحاضر قد أصبح أكثر تنظيماً، وقد يزداد تنظيماً في المستقبل، وإزاء تطور أساليب ووسائل اقتراح الجرائم أصبح الوصول إلى المتهم أمراً عسيراً؛ نظراً لافتقار أجهزة العدالة للوسائل العلمية الموكبة لما يستخدمه الجناة من وسائل؛ لذا كان لزاماً على المجتمع أن يستخدم السلاح نفسه الذي استخدمه الجاني (وهو سلاح العلم) وذلك باستحداث وسائل علمية حديثة تهدف إلى كشف الجرائم وتسهيل إثباتها، فالأدلة العلمية هي وسائل ترمي إلى إيجاد الصلة بين الجريمة ومقترفها، وتعد من أهم أساسيات الإثبات الجنائي، كما أن نسبة الخطأ فيها ضئيلة جداً، بل تكاد تكون منعدمة، ولهذا فإن البصمة الوراثية تُعد من أهم تلك الوسائل العلمية الحديثة التي بدأت تستخدم من قبل أجهزة العدالة الجنائية في الدول المختلفة لغرض كشف الجريمة والمجرم على حد سواء.

ورغم أهمية البصمة الوراثية كوسيلة إثبات علمية حديثة يستهدف بواسطتها رجال العدالة الجنائية الوصول إلى الحقيقة بصورة دقيقة، إلا أنها مازالت مثار جدل فقهي يتمحور حول مدى مصداقيتها، ومدى مشروعيتها اللجوء إليها في الإثبات الجنائي، ومدى حجيتها في تكوين قناعة القاضي الجنائي، وهل أصبحت وسيلة يمكن الركون إليها في تكوين قناعة القاضي الجنائي أو لا، رغم أن بعضاً من التشريعات قد اعتمدت البصمة الوراثية كدليل إثبات في المواد الجنائية.

ولهذا فقد ارتأينا أن نبحث موضوع البصمة الوراثية، وحجيتها في الإثبات الجنائي؛ لما له من أهمية كبرى في عصرنا الحالي، ولخو أغلب التشريعات من معالجته في مجال الإثبات الجنائي، وسيكون في أربعة مباحث نخصص أولها: لتحديد ماهية البصمة الوراثية، بينما نبحت في الثاني: خصائص وعيوب البصمة الوراثية، أما المبحث الثالث: فنتناول فيه مجالات وضوابط العمل بالبصمة الوراثية، وأخيراً سندرس حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في المبحث الرابع والأخير.

الكلمات المفتاحية: البصمة الوراثية - الإثبات الجنائي - القانون الجنائي - حجية البصمة الوراثية - القضاء الجنائي.

*أستاذ القانون الجنائي المشارك ورئيس قسم القانون العام بكلية الحقوق جامعة المملكة - مملكة البحرين.



DNA and Its Authentic in Criminal Evidence

Dr. Abdulbaset Mohammed Saif Al-Hakimi*

Abstract:

Although the methods and means of crime have evolved in the development of the societies in which its occurred, the crime is the same whether it occurred in the past, present or future. However, the way it is occurred now is more organized and may become more organized in the future. Considering the development of the methods and means of committing crimes, access to the accused became difficult. the reason of this is the lack of scientific tools to keep pace with the means used by the perpetrators, and therefore the society must use the same weapon used by the perpetrator which is the weapon of science and the development of modern scientific means aimed at detecting crimes and facilitate Prove it. Scientific evidence is a means of finding the link between crime and its perpetrator. It is one of the most important elements of criminal evidence, and the rate of mistake is very small and virtually non-existent. Therefore, DNA is one of the most important modern scientific methods that have been used by criminal justice bodies in different countries for the purpose of detecting both crime and criminal.

Despite the importance of DNA as a means of modern scientific evidence aimed at criminal justice officials to reach the truth accurately, but it is still a controversial jurisprudence centered on the credibility and legitimacy of using it in the criminal evidence. In addition to its authentic in the composition of the conviction of the criminal judge. The question is if the DNA become a means to rely on Whether or not the criminal judge is convinced, although some legislation has adopted the DNA as evidence in criminal law.

Therefore, we have decided to examine the issue of DNA and its authentic in the criminal evidence because of its great importance in our time and the absence of most of the legislation to be dealt with in the field of criminal evidence. We will examine it in four sections, first devoted to determine the nature of the DNA, while the second will discuss the characteristics and defects of the genetic fingerprint, And the third section deals with the areas and controls of the work of DNA, and finally we will examine the legitimacy of the DNA in the fourth and last.

Keywords: DNA - Criminal Evidence - DNA Authentic- Criminal Law - Criminal Judicial.

* Criminal Law Associate Professor, and Chairman of Public Law, Collage of Law – kingdom University – kingdom of Bahrain.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، خلق فسوى، وقدر فهدى، والصلاة والسلام على نبينا محمد، خير من وطئ الثرى، أرسله ربه رحمةً للعالمين، ففتح به أعينا عمياً، وآذاناً صماً، وقلوباً غفلاً، وأخرج به البشرية من ظلام الجهل والشرك إلى نور العلم والتوحيد، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه ومن اقتفى أثره إلى يوم الدين.

ففي المجتمعات القديمة كانت صور السلوك الإجرامي تتسم بالبساطة والوضوح، وكان يكفي لاكتشافها وإسنادها إلى مقترفها استعمال وسائل إثبات تقوم على الإدراك الحسي المباشر، مثل: الاعتراف^(١)، وشهادة الشهود^(٢)، وإذا ما استعصى الوصول إلى الدليل بهذه الوسيلة أو تلك يتم اللجوء إلى تعذيب المتهم؛ لحمله على الاعتراف. ومع ذلك فإن الشهادة واعتراف المتهم لا يعدان في الغالب أدلة تطمئن إليهما المحكمة في الوقت الراهن للحكم بالإدانة؛ إذ قد يكون الشاهد عرضة للخطأ والنسيان، وقد يكون شاهد زور^(٣)، كما أن الدافع على الاعتراف قد يكون بعيداً تماماً عن الحقيقة لأسباب متعددة.

ونظراً لتطور أساليب ووسائل اقتراح الجريمة بتطور المجتمع الذي وقعت فيه، فالجريمة هي الجريمة ذاتها سواء وقعت في الماضي أم في الحاضر أم في المستقبل، غير أن أسلوب اقتراحها في الوقت الحاضر وفي المستقبل قد أصبح أكثر تنظيماً؛ إذ استخدم المجرمون اليوم وسائل علمية حديثة استحدثتها الثورة العلمية والتكنولوجية التي صاحبت العلوم الحديثة في اقتراح جرائمهم، في الوقت الذي ظلت النصوص التشريعية -خاصة الإجرائية منها- جامدة بلا تطور يواكب تطور وسائل اقتراح الجرائم، مما أدى إلى عجز التشريعات النافذة عن مواكبة هذه التطورات في أساليب ووسائل اقتراح الجرائم^(٤).

(١) د. سامي صادق الملا: اعتراف المتهم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩م، ص ٨ وما بعدها.

(٢) د. إبراهيم الغماز: الشهادة كدليل إثبات في المواد الجنائية، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨٠م، ص ١ وما بعدها.

(٣) د. شهاد هابيل البرشاوي: الشهادة الزور من الناحيتين القانونية والعلمية، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨١م، ص ٢٠ وما بعدها.

(٤) د. جميل عبد الباقي الصغير: أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢م، ص ٤.

وإزاء تطور أساليب ووسائل اقتراف الجرائم أصبح الوصول إلى المتهم أمراً عسيراً؛ نظراً لافتقار أجهزة العدالة للوسائل العلمية المواكبة لما يستخدمه الجناة من وسائل، ولذا كان لزاماً على المجتمع أن يستخدم السلاح نفسه الذي استخدمه الجاني وهو سلاح العلم، وذلك باستحداث وسائل علمية حديثة تهدف إلى كشف الجرائم وتسهيل إثباتها، فالأدلة العلمية هي وسائل ترمي إلى إيجاد الصلة بين الجريمة ومقترفها، وتعد من أهم أساسيات الإثبات الجنائي كما أن نسبة الخطأ فيها ضئيلة جداً، بل تكاد تكون منعدمة.

وتأسيساً على ذلك فإن السبيل إلى تحقيق العدالة المنشودة لا يتأتى إلا بالاستعانة بما أفرزه التطور العلمي والتقدم التكنولوجي في المجالات كافة، ومن هنا أخذ العلماء ورجال الفقه يلاحظون التطورات التي طالت العلاقات القانونية، مما استلزم -ليس فحسب- إعادة النظر في القواعد القانونية المستقرة منذ عقود خلت، بل استلزم استحداث قواعد قانونية جديدة مواكبة التطورات التكنولوجية الحديثة والاستفادة منها، ولكي تحكم تلك التطورات، (وهذا أمر بديهي)، إذ إن الثورة العلمية التي ظهرت في العصر الحديث قد امتدت إلى القانون ذاته، فعمدت إلى تطويره وتحديثه، وخاصة القوانين الإجرائية، وتلك المعنية بالإثبات التي تعد من أكثر القوانين استجابة لمقتضيات العصر الحديث.

وفي خضم هذا كله ظهرت البصمة الوراثية التي اكتشفها العالم الإنجليزي "إليك جيفري" عام (١٩٨٤م) الذي اكتشف من خلال بحوثه المستفيضة في الحمض النووي وجود تتابعات تتكرر بطريقة محددة ومنتظمة داخل أجزاء من القواعد النروجينية في الحمض النووي تُعرف "بالأنترن"، وقرر أن هذه التتابعات شديدة التباين والاختلاف بين الأفراد في الطول والحجم والموقع، واكتشف أن كل شخص ينفرد بتتابعات خاصة تسمه بهوية مميزة تختلف عن غيره، إذ لا يمكن أن تتفق بين شخصين إلا في التوائم المتماثلة، وأطلق على ذلك اسم "البصمة الوراثية"^(٥)، وبذلك أضحت البصمة الوراثية وسيلة حديثة من وسائل الإثبات المستحدثة.

ورغم أهمية البصمة الوراثية كوسيلة إثبات علمية حديثة يستهدف بواسطتها رجال العدالة الجنائية الوصول إلى الحقيقة بصورة دقيقة إلا أنها مازالت مثار جدل

(٥) انظر في ذلك أ-محمد أحمد غانم: الجوانب القانونية والشرعية للإثبات الجنائي بالشفرة الوراثية DNA، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٠م، ص٤٨؛ خليفة علي الكعبي: البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دار النفائس، الأردن، ٢٠٠٦م، ص٨؛ د. الهاني طابع: تكنولوجيا بصمة الحامض النووي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤م، ص٣٧.

فقهي يتمحور حول مدى مصداقيتها، ومدى مشروعية اللجوء إليها في الإثبات الجنائي، ومدى حجيتها في تكوين قناعة القاضي الجنائي، وهل أصبحت وسيلة يمكن الركون إليها في تكوين قناعة القاضي الجنائي أو لا؟ رغم أن البعض من التشريعات قد اعتمدت البصمة الوراثية كدليل إثبات في المواد الجنائية.

أهمية موضوع البحث:

تتجلى أهمية موضوع البحث في أن البصمة الوراثية تُعدُّ كشفًا جديدًا وفتحاً باهراً في مجال الإثبات الجنائي، إذ تُعدُّ من أقوى الوسائل العلمية للتعرف على هوية الجناة من خلال خصائصهم الوراثية، ومن ثم يمكن عدها قرينة قاطعة يُعتمد عليها للحكم في القضايا الجنائية، وهي قرينة تنسم بالقدرة على الإثبات والنفي في الوقت ذاته، كما تتجلى أهمية هذا البحث في كون التشريعات العربية - باستثناء المشرع القطري والجزائري والكويتي^(٦) - تكاد تخلو من تنظيم قانوني لاستخدامات البصمة الوراثية لاسيما في المواد الجنائية.

ومن ثم كان حري بنا أن نستجلي هذا الموضوع والوقوف على مدى إمكانية استفادة التشريعات العربية من البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي وإمكانية تنظيمها في تلك التشريعات، كما أن المكتبة القانونية في مملكة البحرين وفي الجمهورية اليمنية بل والمكتبة العربية مازالت تفتقر إلى مثل هذه الدراسات، فضلاً عن الوقوف على المشكلات العلمية والقانونية التي تعترض سبيل اعتماد البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي؛ لكل ذلك وقع اختيارنا لهذا الموضوع.

الهدف من البحث:

يهدف البحث إلى حث المشرع العربي إلى ضرورة تحديث وسائل الإثبات بما يواكب التطور العلمي والتكنولوجي في مجال الكشف عن الجرائم ومعرفة مقترفيها، إذ أدى اكتشاف البصمة الوراثية إلى عبء كبير على القضاء الجنائي، وجعله مطالباً بأن يتعامل مع أشكال مستحدثة من الأدلة في مجال الإثبات في المواد الجنائية.

(٦) أصدر المشرع الكويتي القانون رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٥م في شأن البصمة الوراثية، إلا أن المحكمة الدستورية الكويتية حكمت بعدم دستورية القانون المذكور وألغى في ٥ أكتوبر ٢٠١٧م لإنتهاكه لحقوق الإنسان في الخصوصية. انظر حكم المحكمة الدستورية في الطعن المباشر بعدم دستورية القانون رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٥م في شأن البصمة الوراثية الصادر في جلستها المنعقدة في ٥ أكتوبر ٢٠١٧م في الطعن رقم (٩).

إشكالية البحث:

تكمن إشكالية البحث فيما يثيره من تساؤلات متعددة هي: مدى إمكانية استخدام البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي؟ ومدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي وتكوين عقيدة القاضي؟ وما هي ضوابط وشروط وضمانات مشروعية استعمال البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي؟ وما هي المشكلات العملية والقانونية التي يمكن أن تواجه القضاء الجنائي عند استخدام البصمة الوراثية في الإثبات وكيفية التغلب عليها.

منهج البحث:

إن هذا البحث ينهض على دراسة البصمة الوراثية من حيث مفهومها وخصائصها ومدى حجيتها والمشكلات التي تثيرها، ولذا فإن المنهج المتبع لإبراز ذلك في هذه الدراسة سيكون المنهج الوصفي بدرجة أساسية، كما سيتم اتباع المناهج الأخرى مثل المنهج المقارن حسب الحاجة إليه.

خطة البحث:

سوف نقسم البحث إلى أربعة مباحث على النحو الآتي:
المقدمة:

المبحث الأول: ماهية البصمة الوراثية.

المطلب الأول: تعريف البصمة الوراثية.

المطلب الثاني: التكييف القانوني للبصمة الوراثية وطبيعتها القانونية.

المبحث الثاني: خصائص وعيوب البصمة الوراثية.

المطلب الأول: خصائص البصمة الوراثية.

المطلب الثاني: عيوب البصمة الوراثية.

المبحث الثالث: مجالات وضوابط العمل بالبصمة الوراثية.

المطلب الأول: مجالات العمل بالبصمة الوراثية.

المطلب الثاني: ضوابط وضمانات العمل بالبصمة الوراثية.

الفرع الأول: ضوابط العمل بالبصمة الوراثية.

الفرع الثاني: ضمانات مشروعية العمل بالبصمة الوراثية.

المبحث الرابع: حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي.

المطلب الأول: موقف بعض التشريعات الجنائية العربية من البصمة الوراثية.

المطلب الثاني: حجية البصمة الوراثية أمام القضاء الجنائي.

الخاتمة.

المبحث الأول

ماهية البصمة الوراثية

إن البحث في ماهية البصمة الوراثية يتطلب بيان مفهومها وخصائصها وتكييفها القانوني وطبيعتها القانونية؛ ولذا كان لزاماً علينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نخصص المطلب الأول لبيان تعريف البصمة الوراثية، ونتناول في المطلب الثاني التكييف القانوني للبصمة الوراثية وطبيعتها القانونية، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

تعريف البصمة الوراثية

نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول التعريف اللغوي للبصمة الوراثية، ونبين في الفرع الثاني التعريف الفقهي للبصمة الوراثية، ونفرد الفرع الثالث للتعريف التشريعي، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول

التعريف اللغوي للبصمة الوراثية

أولاً- معنى البصمة في اللغة:

البصمة من بصم، والبصمة لغة: هي العلامة، والبُصم: هو ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر، أي: الفرجة ما بين الخنصر والبنصر، ورجل أو ثوب ذو بُصم، أي: غليظ^(٧).

والبُصْمُ هو فوت ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر، والفوت هو ما بين كل أصبعين طولاً^(٨).

ثانياً- معنى الوراثة في اللغة:

الوراثة من مصدر ورث، ويقال: ورث فلان المال ومنه وعنه ورثاً وإرثاً، أي صار إليه بعد موته أو أورث فلاناً: جعله من ورثته، والوارث والورثة والتراث مصادر ما

(٧) القاموس المحيط: مادة "البُصْم"، ط٦، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٩٨م، ص ١٠٨٠.

(٨) ابن منظور: لسان العرب، ط٣، ج الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٩٩م، ص ٤٢٣.

يخلفه الميت لورثته، والميراث جمع موارِيث، وهو تركة الميت^(٩)، ويقال: ورث فلان المال عن أبيه، أي انتقل من الأب إلى الابن أو من الأصل إلى الفرع^(١٠).
وعلم الوراثة هو العلم الذي يبحث في انتقال صفات وخصائص الكائن الحي من جيل إلى جيل آخر وتفسير الظواهر المتعلقة بطريقة هذا الانتقال^(١١)، وعليه فإن البصمة الوراثية هي الأثر الذي ينتقل من الآباء إلى الأبناء أو الصفات الوراثية الثابتة المنقولة من الكائن الحي إلى فرعه^(١٢).
وبالنظر إلى هذا التعريف الأخير نجده لا يعدو عن كونه تعريفا للوراثة وليس البصمة الوراثية.

الفرع الثاني

التعريف الفقهي للبصمة الوراثية

أولاً- تعريف البصمة الوراثية في الفقه الإسلامي:

عرِّفت البصمة الوراثية في ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بأنها: "البنية الجينية نسبة إلى الجينات^(١٣) أي المورثات التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه"^(١٤).
وقد أقر المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة التعريف السابق للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية حيث قال: "البصمة الوراثية هي البنية

(٩) سعدي ابو جيب: القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، ط ١، دار الفكر، سوريا، ١٩٩٨م، ص ٣٧٧.

(١٠) ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، ص ٤٢٣.

(١١) مجمع اللغة العربية: المعجم الوجيز، مادة "ورث"، شركة الإعلانات الشرقية، مصر، ١٩٨٠، ص ٦٦٤.

(١٢) د. سعد الدين هالي: البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، دراسة فقهية مقارنة، مجلس النشر العلمي، الكويت، ٢٠٠١، ص ٢٥.

(١٣) الجينات هي جمع جين، والجين عبارة عن جزء من الحمض النووي على الكروموزوم، وعلى الصعيد الجزئي بأنه تعاقب من النيوكليوتيدات، وقيل: إنه عنصر كروموزومي لانتقال وظهور الميزات الوراثية.

(١٤) أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، التي عقدتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في الكويت للفترة من ١٣-١٥ أكتوبر ١٩٨٨، ج ٢، ٢٠٠٠، ص ١٠٥٠.

الجينية نسبة إلى الجينات، أي المورثات التي تدل على هوية كل إنسان بعينه وإنها وسيلة تمتاز بالدقة^(١٥).

ثانياً: تعريف البصمة الوراثية في الفقه الوضعي:

تباينت تعريفات الفقه الوضعي للبصمة الوراثية، فبعضهم عرّفها بأنها: "الصفات الوراثية التي تنتقل من الأصول إلى الفروع والتي من شأنها أن تحدد شخصية كل فرد عن طريق جزء من حامض (DNA) الذي تحتوي عليه خلايا جسده"^(١٦).

وعرفها بعضهم على بأنها: "تعيين هوية الإنسان عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من حمض (DNA) المتمركزة في نواة أي خلية من خلايا جسمه"^(١٧).

بينما عرّفها آخرون بأنها: "المادة الحاملة للعوامل الوراثية والجينات في الكائنات الحية"^(١٨)، وقريب من هذا التعريف أنها: "المادة المورثة الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحية"^(١٩).

وعُرِّفت أيضاً بأنها: "عبارة عن مادة كيميائية تتحكم في تطوير شكل الخلايا والأنسجة في جسم الإنسان، فهي بمنزلة خريطة خاصة بتطوير الجسم محفوظة في داخل كل خلية من خلاياه"^(٢٠)، كما عرفها آخرون على أنها: "عبارة عن النمط الوراثي المتكون من التتابعات المتكررة خلال الحامض النووي وهذه التتابعات تُعد فريدة ومميزة لكل شخص"^(٢١)، كما عُرِّفت بأنها: "صورة لتركييب المادة الحاملة

(١٥) قرار المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي، القرار رقم (٧) بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، الدورة (١٦) المنعقدة بمقر المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة للفترة من ٥-٦ يناير ٢٠٠٠م.

(١٦) د. أبو الوفاء محمد أبو الوفاء: مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون المنعقد في كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات للفترة من ٥-٧ مايو ٢٠٠٢م، مجموعة أعمال المؤتمر، المجلد الثاني، ص ٦٨٥.

(١٧) د. سعد الدين سعد هاللي: مرجع سابق، ص ٣٥.

(١٨) د. رمسيس بهنام: البوليس العلمي أو فن التحقيق، منشأة المعارف، إسكندرية، ١٩٩٩م، ص ١٥٠.

(١٩) د. وهبة مصطفى الزحيلي: البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، بحث مقدم إلى الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة في مكة المكرمة للفترة من ٥-١٠ يناير ٢٠٠٢م، ص ١٥.

(٢٠) د. جميل عبد الباقي الصغير: مرجع سابق، ص ٥٩.

(٢١) د. عائشة سلطان المرزوقي: إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، أطروحة دكتوراه، جامعة الأزهر، كلية العلوم؛ أشار إليها خليفة الكعبي، مرجع سابق، ص ٤٤.

للعوامل الوراثية، أي هي صورة الحمض النووي (DNA) الذي يحتوي على الصفات الوراثية للإنسان أو بمعنى أدق هي صورة تتابع النيوكليوتيدات" التي تكون جزيء الحامض النووي إل دي إن أي، وقيل إنها وسيلة من وسائل التعرف إلى الشخص عن طريق مقارنة (DNA)"^(٢٢).

وعرّفها بعضهم على أنها: "عبارة عن بصمة جينية لا تتكرر من إنسان إلى آخر بالتطابق نفسه، وهي تحمل كل ما سوف يكون عليه هذا الإنسان من صفات وخصائص أو أمراض وشيخوخة وعمر منذ النقاء الحيوان المنوي للأب ببويضة الأم وحدث الحمل"^(٢٣).

وبالتأمل في كل هذه التعريفات نجد أنها وإن اختلفت في الألفاظ إلا أنها تدل على مضمون واحد، وهو ما يحمله الإنسان من جينات تدل عليه وتحمل صفاته الوراثية التي تميزه عن غيره والتي استمدها من أبويه، وتدل على هويته الخاصة.

الفرع الثالث

التعريف التشريعي للبصمة الوراثية

على الرغم من أننا لم نجد - حسب اطلاعنا - تعريفاً تشريعياً للبصمة الوراثية، ويفسر ذلك على أساس أن المشرّع ليس من مهامه وضع تعريفات، وترك مهمة ذلك على عاتق الفقه والقضاء، حتى لا يقيد نفسه بتعريفات، وخاصة أن الأوضاع سريعة التغير والتبدل بسبب التطورات المستمرة والمتلاحقة في مناحي الحياة كافة، إلا أن المشرّع الكويتي قرر أن يضع تعريفاً للبصمة الوراثية في قانون البصمة الوراثية الذي أصدره مؤخراً، إذ نصت المادة (١) من القانون رقم (٧٨) لسنة (٢٠١٥م) في شأن البصمة الوراثية على أنه: "في تطبيق أحكام هذا القانون تكون للكلمات والعبارات التالية المعاني الموضحة قرين كل منها: البصمة الوراثية: هي خريطة الجينات البيولوجية الموروثة والتي تدل على شخصية الفرد، وتمييزه عن غيره، وتتمثل السمات البيولوجية أو الخط الجيني للمواقع غير المشفرة عالية التباين في الحمض النووي "الكروموزومي" التي تنتج من تحليل الحمض النووي بالعَيّنات البيولوجية".

(٢٢) د. عبد الله عبد الغني غانم: دور البصمة الوراثية في مكافحة الجريمة، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون المنعقد في كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات في الفترة من ٥-٧ مايو ٢٠٠٢م، مجموعة أعمال المؤتمر، المجلد الثالث، ص ١٢٢٩.

(٢٣) د. أسامه محمد الصلاحي: مجالات البصمة الوراثية وحجيتها في الإثبات، بحث منشور في مجلة كلية الآداب بجامعة قاريونس، بنغازي، ليبيا، العدد ٣٥، السنة ٢٠١١م، ص ٩.

ويبدو أن المشرّع الكويتي قد انتهج هذا المنهج بسبب أن مصطلح البصمة الوراثية مصطلح حديث، فأراد أن يميّط اللثام عنه ووضعه تعريفاً له؛ ليسهل على الجهات المعنية تطبيق القانون، وحتى لا يتيح مجالاً للاجتهاد في هذا الخصوص، كما عرف المشرع الكويتي العيّنة الحيوية بأنها: "الجزء الذي يُؤخذ من الجسم البشري أو إفرازاته الحيوية بهدف إجراء المقارنة لتحديد الشخصية"^(٢٤).

أما المشرّع الجزائري، فقد أصدر قانون رقم (١٦-٠٣) في ١٤ رمضان عام ١٤٣٧هـ الموافق ١٩ يونيو سنة ٢٠١٦م يتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف إلى الأشخاص، وقد عرفت المادة (١/٢) من هذا القانون البصمة الوراثية بأنها: "التسلسل في المنطقة غير المشفرة"^(٢٥) من الحمض النووي"، وعرفت الفقرة الثانية من المادة (٢) الحمض النووي (الريبي منقوص الأكسجين) بأنه: "تسلسل مجموعة من النكليوتيدات تتكون كل واحدة منها من قاعدة أزوتية الأدينين (A) الغوانين (G) السيتوزين (C) والثيمين (T) ومن سكر (ريبوز منقوص الأكسجين) ومجموعة فوسفات". وعرفت الفقرة (٥) من المادة (٢) التحليل الوراثي بأنه: "مجموعة الخطوات التي تُجري على العينات البيولوجية بهدف الحصول على بصمة وراثية".

ويتضح أن المشرّع الجزائري قد عرف البصمة الوراثية بخصائصها البيولوجية من الناحية العلمية، ولم يقترب من التعريف القانوني لها، وتحديد الخصائص والعناصر القانونية للبصمة الوراثية.

أما المشرع القطري ورغم أنه سن قانون للبصمة الوراثية وهو القانون رقم (٩) لعام (٢٠١٣م) إلا أنه لم يورد به تعريف للبصمة الوراثية.

(٢٤) انظر المادة (١) من القانون رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٥م في شأن البصمة الوراثية الكويتي.
(٢٥) عرفت الفقرة (٣) من المادة (٢) من القانون الجزائري المناطق المشفرة في الحمض النووي بأنها مناطق من الحمض النووي، تشفر لبروتين معين، في حين عرفت الفقرة (٤) من هذه المادة المناطق غير المشفرة في الحمض النووي بأنها مناطق من الحمض النووي، لا تشفر لبروتين معين.

المطلب الثاني

التكليف القانوني للبصمة الوراثية وطبيعتها القانونية

هذا المطلب نخصه لدراسة التكليف القانوني للبصمة الوراثية والطبيعة القانونية لها؛ ولذا سنقسم المطلب إلى فرعين: نتناول في الفرع الأول التكليف القانوني للبصمة الوراثية، ونفرد الفرع الثاني لبيان الطبيعة القانونية للبصمة الوراثية، على النحو الآتي:

الفرع الأول

التكليف القانوني للبصمة الوراثية

يرى البعض أن البصمة الوراثية في نطاق الإثبات الجنائي وتكوين قناعة القاضي تعدُّ مجرد قرينة قوية ولا يقام بها حكم بمفردها ما لم تدعمها وتسندها قرائن أخرى، بحيث يمكن القول بأنها ليست من قبيل الدليل الكامل، وهو الدليل الذي يكفي بمفرده لبناء اقتناع القاضي الجنائي ويقينه وتأسيس حكمه عليه، وإنما تُعد من قبيل الدليل الناقص؛ وهو الدليل الذي يقتصر دوره في تكوين قناعة القاضي على مجرد إنشاء احتمال أو شبهة وجود موضوع الدليل، ذلك أن البصمة الوراثية وإن كانت تفيد وجود المتهم في مسرح الجريمة، إلا أنها لا تفيد اقترافه لها بشكل قاطع ويقيني، وإنما على سبيل الشك والتخمين والاحتمال^(٢٦).

وبما أن الأصل في الإنسان أنه بريء، وهذه البراءة مفترضة، فإن مؤدى ذلك هو أنه، إذا كان الدليل ناقصاً، فإن ذلك يثير الشك، ومن ثم يجب تفسير الشك لصالح المتهم والحكم بالبراءة، ذلك أن هذا الشك يفيد أن اقتناع القاضي يتأرجح بين ثبوت التهمة للمتهم وبين نفيها عنه، مما يعني عدم وصول القاضي إلى درجة الاقتناع اليقيني بثبوت التهمة، مما يستلزم الحكم ببراءة المتهم^(٢٧).

ويترتب على ذلك أن القاضي الجنائي يمكنه أن يؤسس حكمه بالإدانة على البصمة الوراثية التي تعزز الأدلة القائمة أو القرائن الأخرى المتوفرة لديه، ويستمد منها مجتمعة اقتناعه اليقيني، ومن ثم فلا يجوز له أن يعتمد عليها وحدها^(٢٨).

(٢٦) د. أبو الوفاء محمد أبو الوفاء: مرجع سابق، ص ٧٢٧؛ خليفه الكعبي: مرجع سابق، ص ٦٨.

(٢٧) د. محمد زكي أبو عامر: الإثبات في المواد الجنائية، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية،

١٩٨٥م، ص ١٧٤.

(٢٨) د. أبو الوفاء محمد أبو الوفاء: مرجع سابق، ص ٧٢٨.

وذهب أغلب الفقهاء^(٢٩) إلى أنه يصح الاعتماد على قرينة البصمة الوراثية لوحدتها في الإثبات الجنائي وتكوين الاقتناع القضائي اليقيني للحكم بالإدانة، متى اقتنع بها القاضي الجنائي، ذلك أنه يصح الاستناد إلى القرينة في الإثبات متى ما اقتنع بها القاضي يقينياً، إذ ليس هناك سند قانوني يمنع القاضي الجنائي ويحرمه من الاستناد على الدليل المستخلص من القرينة، متى بنى اقتناعه على الجزم واليقين، وليس على مجرد الترجيح والتخمين والشك، ولا شك أن البصمة الوراثية تعد من القرائن التي يصح للقاضي أن يعتمد عليها في الحكم بالإدانة، وما يسند هذا الرأي أن البعض يذهب إلى أن الدليل المادي أو الفني أكثر تأثيراً على اقتناع القاضي من الدليل المعنوي، إذ يتعرض الدليل المعنوي إلى سوء الفهم أو عدم الدقة في الملاحظة أو تعرض المدارك للعيوب التي تحول دون الإدراك السليم للوقائع محل الشهادة مثلاً، أو سوء النية^(٣٠) أو يتعرض للإكراه أو لخوف أو الوعد والوعيد، بينما لا يخضع الدليل المادي لهذه المؤثرات^(٣١)، وتأسيساً على ذلك فإنه -وطبقاً للرأي الغالب- يكفي الاستناد إلى البصمة الوراثية لوحدتها للحكم بالإدانة، إذا اقتنع بها القاضي بشكل يقيني قاطع بوصفها من القرائن القوية التي أجاز القانون الاعتماد عليها وحدها في الإدانة، عملاً بمبدأ حرية القاضي في تكوين عقيدته من أي دليل يطمئن إليه وجدانه، بشرط أن تكون أكيدة في دلالتها على اقتراف المتهم الجريمة المسندة إليه.

بينما يذهب أحد الفقهاء إلى القول بأن القرائن الفعلية أو الدلائل لا ترقى إلى مرتبة الدليل، ومن ثم لا يجوز الاستناد إليها وحدها للحكم بالإدانة، وإن جاز تعزيز الأدلة بها، لأنها دليل تحييط به الشبهة، ولذلك لا تصلح بذاتها لأن تكون أساساً منفرداً للأحكام الجنائية الصادرة بالإدانة التي يجب أن تكون مؤسسة على اليقين^(٣٢)،

(٢٩) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩م، ص ٨٦٧؛ د. فوزية عبد الستار: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ١٩٨٥م، ص ٥٨٥؛ د. أمال عبد الرحيم عثمان: شرح قانون الإجراءات الجنائية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٩١م، ص ٦٨٠؛ د. رمسيس بهنام: الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٤م، ص ٦٧٣.

(٣٠) د. محمد محي الدين عوض: الإثبات بين الأزواج والوحدة في الجنائي والمدني في السودان، مطبوعات جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ١٩٧٤م، ص ١٠٧.

(٣١) د. عبد الرؤوف مهدي: حدود حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته، بدون دار نشر، ١٩٨٣م، ص ٤٦.

(٣٢) د. محمد زكي أبو عامر: مرجع سابق، ص ١١٤.

والشبهة التي تؤخذ عليها أن الاستنتاج فيها لا يعدُ لازماً، بل يُحمل على أكثر من احتمال، ومؤدّى ذلك أنها لا تكفي وحدها لتقرير الإدانة، وإن كانت تكفي لاتخاذ بعض إجراءات الاستدلال والتحقيق الابتدائي^(٣٣).

ويذهب رأي إلى أن القرينة مهما كانت دلالتها، فإنها تعدُّ دلالة ناقصة، وذلك لأنها غير مباشرة في الإثبات، وليس يسيراً استخلاص الواقعة المجهولة من الواقعة المعلومة على وجه القطع واليقين، كما أن افتراض الخطأ في الاستنتاج قائم، ولو كان بنسبة صغيرة، ومؤدّى ذلك الحيلولة من غير الاستناد إليها وحدها في الحكم بالإدانة^(٣٤).

وبناءً على هذا الرأي أنه إذا استند القاضي في حكمه بالإدانة على مجرد دلائل أو قرينة فعلية وجعلها أساساً وحيداً لاقتناعه، فإن هذا الاقتناع يكون فاسداً، ومن ثم يبطل الحكم الذي أسس عليها^(٣٥)، ومؤدّى هذا الرأي أن البصمة الوراثية لا تكفي وحدها لتكوين عقيدة القاضي للحكم بالإدانة، وإلا كان الحكم باطلاً، وإنما يجب أن تعززها أدلة أو قرائن أخرى.

ونحن نرى بأن البصمة الوراثية تعدُّ قرينة قاطعة تؤكد بشكل مباشر على وجود صاحب البصمة الوراثية في مسرح الجريمة، وتدل بشكل غير مباشر على نسبة الجريمة إليه، وذلك إذا ما أتبعنا الضوابط العلمية والقانونية في استخلاصها، وهي تمثل دليلاً علمياً مادياً من مستحدثات العلم التي كشف عنها أواخر القرن الماضي، ولكن هل تصلح لوحدها في الإثبات الجنائي ومن ثم تأسيس الحكم بالإدانة عليها منفردة، إذ إننا نرى عدم وجود مانع من الإثبات الجنائي بالاستناد إلى البصمة الوراثية، إذا اقتنع القاضي الجنائي بها واطمأن وجدانه إليها .

ومع ذلك نبادر إلى القول بهذا الخصوص أننا نفرق بين موقفين: موقف الفقه الشرعي الذي يأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية من إثبات الجرائم بالقرائن، وبين موقف الفقه القانوني الوضعي وما أخذت به التشريعات الوضعية بهذا الخصوص كما سنرى فيما بعد.

(٣٣) د. رؤوف عبيد: مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، بدون دار نشر، ١٩٨٩م، ص ٧٢٨.

(٣٤) د. مأمون محمد سلامة: الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار الفكر العربي، ١٩٨٨م، ج ٢، ص ٢٤٠-٢٤١.

(٣٥) د. علي محمود حمودة: النظرية العامة في تسبیب الحكم الجنائي في مراحلہ المختلفة - دراسة مقارنة، ١٩٩٤م، ص ٤٨٥-٤٨٦، ص ٧٦٢.

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للبصمة الوراثية

تعدُّ البصمة الوراثية في بعض التشريعات^(٣٦) نوعاً من البحث والتفتيش كما هو الحال لدى المشرِّع البريطاني الذي ميز بين ثلاثة أنواع من العينات التي تُجري عليها تحاليل البصمة الوراثية هي^(٣٧):

- ١- بصمات الأصابع.
 - ٢- العينات المأخوذة من الأماكن الحساسة.
 - ٣- العينات المأخوذة من الأماكن غير الحساسة.
- وقد أجاز المشرِّع البريطاني للسلطة المختصة وفقاً لضوابط معينة إمكانية الحصول على عينة من الأماكن الحساسة معتبراً هذا الإجراء نوعاً من البحث والتفتيش، مما يعني أن الطبيعة القانونية للبصمة الوراثية في القانون الإنجليزي أنها تفتيش.

والمشرِّع القطري أصدر القانون رقم (٩) لسنة (٢٠١٣م) وقررت المادة (٢) منه إنشاء قاعدة بيانات البصمة الوراثية، وتلحق بإدارة المختبر الجنائي، وتخصص لحفظ البصمات الوراثية الناتجة عن الأثر الحيوي المضبوط في مسرح الجريمة، أو في أي مكان آخر، والعينة الحيوية التي تُؤخذ من الأشخاص المشتبه في ارتكابهم أيّاً من الجرائم المنصوص عليها في المادة (٥) من هذا القانون^(٣٨)، وحددت المادة (٤) من القانون ذاته المخولين أخذ العينات الحيوية وهم المختصين المكلفين بذلك وتسجيلها بناءً على قرار من وزير الداخلية أو المحكمة المختصة أو النائب العام، وبذلك فإننا نرى أن المشرِّع القطري قد غدَّ إجراء فحص البصمة الوراثية من قبيل إجراءات الاستدلال أو التحقيق وهو نوع من أنواع التفتيش في جسد المتهم.

كما أن المشرِّع الكويتي أصدر القانون رقم (٧٨) لسنة (٢٠١٥م) في شأن البصمة الوراثية، وعدَّ البصمة الوراثية بموجبها من قبيل البحث والتفتيش، وألزم

^(٣٦) كما هو الحال في المادة (٥٦) من قانون الشرطة والأدلة الجنائية PACE البريطاني لسنة ١٩٨٤م.

(37) Police and criminal Evidence Act 1984, part (v) Questioning and Treatment persons Police Article (56).

^(٣٨) حددت المادة (٥) هذه الجرائم بأنها: جرائم أمن الدولة الخارجي والداخلي، الجرائم المتعلقة بالثقة العامة، الجرائم الإجتماعية، الجرائم الواقعة على الأشخاص والأموال، الجرائم المنصوص عليها في قانون المخدرات والمؤثرات العقلية، الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة الإرهاب، أية جرائم أخرى بناءً على قرار من النائب العام.

الأشخاص الخاضعين للقانون كافة إعطاء العيّنة اللازمة لإجراء الفحص، إذ نصت المادة (٤) من القانون على أنه: "لا يجوز للأشخاص الخاضعين لأحكام هذا القانون الامتناع عن إعطاء العيّنة اللازمة لإجراء الفحص، متى طُلب منهم ذلك، وخلال الموعد المحدد لكل منهم، وتلتزم كافة جهات وأجهزة الدولة بمعاونة المختصين على أخذ العينات الحيوية اللازمة".

ونصت المادة (٥) من القانون ذاته على أنه: "للجهات المختصة بالتحقيق والمحاكمة الاستعانة بقاعدة بيانات البصمة الوراثية في الأمور الآتية:

- تحديد ذاتية مرتكب الجريمة، وعلاقته بها.
- تحديد ذاتية المشتبه فيهم والتعرف على ذويهم.
- تحديد أشخاص الجثث المجهولة.
- أية حالات أخرى تقتضيها المصلحة العليا للبلاد أو تطلبها المحاكم أو جهات التحقيق المختصة".

من خلال النصين سألني الذكر نستنتج أن المشرع الكويتي قد عدّ تحليل البصمة الوراثية من قبيل إجراءات التحقيق أو المحاكمة، وهو يعدّ تفتيشاً عن الدليل في جسد المتهم، أو المشتبه فيه، وأعطى لسلطة التحقيق أو المحاكمة أخذ العيّنة اللازمة لإجراء تحليل البصمة الوراثية، كما أنه جعل ذلك إجبارياً على المتهم أو المشتبه فيه، بل فرض عقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنة وغرامة لا تزيد على عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين على كل من يمتنع عمداً عن إعطاء العيّنة الحيوية الخاصة به، أو بمن له عليهم ولاية، أو وصاية، أو قوامة^(٣٩).

أما في التشريعين البحريني واليميني فلا زالت تقنية البصمة الوراثية في المواد الجنائية غير مقننة؛ إذ لم يتعرض المشرعان (البحريني واليميني) صراحة لموضوع تحليل البصمة الوراثية، أو أخذ العينات من المتهمين، أو المشتبه بهم^(٤٠)، وقد ترك المشرعان هذه المهمة للفقهاء الجنائيين، وقد اتفق الفقهاء الجنائيين من حيث المبدأ على مشروعية الاعتماد على البصمة الوراثية واستعمالها في الحالات التي تقتضي فيها خدمة التحقيق الجنائي، أو الحكم في الدعوى الجنائية الحصول على الدليل العلمي،

(٣٩) انظر: المادة (٨) من قانون البصمة الوراثية الكويتي.

(٤٠) وإن كان المشرع اليمني في المادة (٢١٣) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني قد أجاز للنيابة العامة والقاضي الجنائي أخذ عينات من دم المتهم إذا اقتضت الدعوى ذلك، وهو ما يستشف منه أن ليس هناك ما يمنع من إجراء تحليل البصمة الوراثية.

إلا أن فقهاء القانون الجنائي رغم ذلك اختلفوا حول تحديد الطبيعة القانونية للبصمة الوراثية وانقسموا إلى اتجاهين هما:

الاتجاه الأول: يرى أنصار هذا الاتجاه أن تحليل العينة الحيوية اللازمة لإجراء تحليل البصمة الوراثية سواء كانت هذه العينة دماً أم بولاً أم منياً بغرض الإثبات الجنائي يعدّ عملاً من أعمال التفتيش، وهذا ما ذهب إليه غالبية الفقه الفرنسي، ويؤيده جانب من الفقه المصري^(٤١)، ويؤسسون جوازه في مجال الإثبات الجنائي على تعليل مفاده أن النتائج المترتبة على التحليل هي اقرب إلى التفتيش من غيره، ومن ثم فإن فحص الدم والبول وغسل المعدة وأي إجراء أخر تقوم به سلطة التحقيق، يرمي إلى التوصل إلى دليل مادي في جريمة يتم البحث عن أدلتها، ويمثّل انتهاكاً لسر من أسرار الإنسان هو نوع من أنواع التفتيش ويدخل في نطاقه^(٤٢).

كما أن أخذ العينة من المتهم ينطوي على إكراه، ومن ثم يتعين أن لا يتخلف عن إجراء هذا التفتيش^(٤٣) أضرار صحية بالمتهم^(٤٤)، ولهذا يجب إجراء تحليل البصمة الوراثية بمعرفة طبيب مختص تحت إشراف سلطة التحقيق أو المحكمة، وإخراج هذا الإجراء من نطاق أعمال التفتيش يضر بالعدالة؛ لأنه يؤدي إلى إفلات المجرمين من الجزاء.

(٤١) انظر: في عرض ذلك د. حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١١م، ص ٤٣١.

(٤٢) انظر في ذلك د. حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: المرجع السابق، ص ٤٣١-٤٣٢؛ ويستعين المحقق وكذلك القاضي الجنائي بالخبرة التي تعدّ استشارة فنية أو علمية لا تتوافر في عضو السلطة القضائية المختص بحكم عمله وثقافته، وبعد نذب الخبراء إجراء من إجراءات التحقيق أو المحاكمة تباشره سلطة مختصة وهي بصدد مسألة فنية تقتضي الإلمام بعلم أو فن معين، د. مأمون محمد سلامة: الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ج ٢، ٢٠٠٠م، ص ٢٢٧.

(٤٣) التفتيش إجراء قد يقوم به مأمور الضبط القضائي في أحوال معينة بالقانون للبحث عن أدلة الجريمة وإثباتها ونسبتها الى المتهم، وقد يكون محل التفتيش شخص المتهم أو مسكنه أو أي محل أخر يأخذ قانوناً حكم المسكن أو الشخص. د. مأمون محمد سلامة: الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ج ١، ١٩٩٢م، ص ٥٠٣.

(٤٤) د. فوزية عبد الستار: شرح قانون الإجراءات الجنائية وفقاً لأحدث التعديلات، دار النهضة العربية، القاهرة، ج ١، ط ٣، ٢٠١٠م، ص ٣٠٥. د. إبراهيم حامد طنطاوي: التحقيق الجنائي من الناحيتين النظرية والعملية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ١، ١٩٩٩-٢٠٠٠م، ص ٢٠٦.

الاتجاه الثاني: ذهب جانب من الفقه (وهم أنصار هذا الاتجاه) إلى القول إن تحليل العينة الحيوية للمتهم سواء كانت من الدم أم المنى أم البول لغرض الإثبات الجنائي لا يعد تفتيشاً، وإنما عملاً من أعمال الخبرة، ويندرج في نطاقها^(٤٥)؛ لأنه إجراء يقصد به التثبت من حقيقة موقف المتهم، ولأن سلطة التحقيق أو الحكم لا تستطيع إجراء هذا التحليل بنفسها فإنه يتم إجراءه بمعرفة طبيب مختص، كما أن من شروط عدّ إجراء ما تفتيشاً أن يقع هذا الإجراء على حق الإنسان في السر، ودم الإنسان أو غيره من إفرازات الجسم لم تعد أصلاً ليودع فيها الإنسان شيئاً لكي يمكن عدّه مستودع للسر، فضلاً عن أن نتيجة تحليل العينة المستخرجة من المتهم لا تسفر عن شيء مادي يمكن ضبطه وإحرازه^(٤٦).

ونحن نميل إلى الرأي الأول الذي يرى أن تحليل البصمة الوراثية يعدّ نوعاً من أنواع التفتيش؛ لأنه يهدف إلى البحث عن أدلة الجريمة في جسد المتهم أو المشتبه فيه، وبما أنه يطال جسد المتهم فإنه بذلك ينطوي على إكراه؛ لأنه يستطيل إلى مكن السر، ويمثل انتهاكاً لخصوصية الإنسان في جسده، ومعلوم أن جسد الإنسان يعدّ وعاءً لخصوصيته كإنسان، والحيئات البشرية أضحت في ظل التقنية الحديثة جزءاً لا يتجزأ منها، ومن ثم فإن أخذ عينة حيوية من جسد الإنسان بقصد تحليلها وراثياً ومطابقتها مع العينة المرفوعة من مسرح الجريمة يعدّ بهذه الصفة صورة من صور التفتيش.

ورغم هذا الاختلاف الفقهي حول الطبيعة القانونية للبصمة الوراثية، إلا أن نتيجة تحليل البصمة الوراثية يعدّ دليلاً مادياً؛ لأنها قرينة قضائية قوية، ومعلوم أن القرائن القضائية تعدّ أدلة يمكن للقاضي أن يستند عليها في تكوين قناعته عند الحكم بالإدانة.

^(٤٥) نصت المادة (١٢٨) من قانون الإجراءات الجنائية البحريني على أنه: "ذا اقتضى التحقيق الاستعانة بطبيب أو غيره من الخبراء لإثبات حالة من الحالات، وجب على عضو النيابة العامة أن يصدر أمراً بنده يحدد فيه المهمة التي يكلف بها....". ونصت المادة (٢٠٧) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني على أنه: "للنيابة العامة أن تطلب من طبيب أو شخص له خبرة فنية في أي مجال إبداء الرأي في أي مسألة متعلقة بالتحقيق ويجب على المحقق الحضور وقت العمل وملاحظته. ويجب عليه أن يصدر أمراً يبين فيه أنواع التحقيقات وما يراد إثبات حالته".
^(٤٦) انظر في هذا الرأي د. إبراهيم حامد طنطاوي: مرجع سابق، ص ٢٠٧.

المبحث الثاني

خصائص وعيوب البصمة الوراثية

نتناول في هذا المبحث دراسة الخصائص التي تتسم بها البصمة الوراثية كدليل إثبات، ثم نعرض إلى بحث ما يشوب هذه الوسيلة الإثباتية من عيوب، ومدى تأثير هذه العيوب على القيمة الإثباتية لها، وهذا يقتضي منا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نخصص المطلب الأول لبيان خصائص البصمة الوراثية، ونفرد المطلب الثاني لبحث عيوب البصمة الوراثية، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

خصائص البصمة الوراثية

تتسم البصمة الوراثية بخصائص متعددة من حيث الإثبات الجنائي على الرغم من حداثة اكتشافها، مما يجعلها دليلاً قوياً في تحديد الهوية، ومن أهم الخصائص التي تتميز بها ما يأتي:

١. تعدُّ تحاليل البصمة الوراثية وسيلة فاعلة، ودقيقة في مجال الإثبات الجنائي، فهي تعدُّ بطاقة هوية لا يمكن تزويرها وتتواجد في كل خلية من خلايا الجسم البشري، إذ من خلال ما يخلفه الجسم البشري من آثار مادية، مثل: البقع الدموية، والشعر والتسلخات الجلدية، والمني، والبول، واللعاب، يتم العثور عليها في مسرح الجريمة، أو التي تؤخذ من جسد المتهم، يتم إجراء تحليل البصمة الوراثية للعينتين، فإذا تطابقتا، عدَّ ذلك دليلاً على أن الخلية هي للشخص ذاته، باستثناء حالة التوائم المتماثلة، إذ لا يمكن الجزم بذلك^(٤٧).

٢. تتسم البصمة الوراثية بالقوة، والثبات، ومقاومة التحلل، أو التعفن، ومقاومة العوامل المناخية، حيث يمكن الحصول على العينة ولو بعد آلاف السنين^(٤٨).

(٤٧) د. الهاني طابع: تكنولوجيا بصمة الحامض النووي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤م، ص ٥٢؛ د. عبد الله سعيد بن عمير: استخدام الشرطة للوسائل الفنية الحديثة في التحقيق الجنائي، أطروحة دكتوراه، أشار إليها د. سالم خميس الظنحاني: حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط ١، ٢٠١٤م، ص ٦١-٦٢.

(٤٨) د. خالد محمد شعبان: مسؤولية الطب الشرعي - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٨، أشار إليه د. الهاني طابع: مرجع سابق، ٥٢.

٣. تمتاز البصمة الوراثية بعدم التوافق والتطابق أو التشابه بين أي فرد وآخر عند تحليلها، إذ يستحيل ذلك إلا بالنسبة إلى التوائم المتماثلة الواحدة^(٤٩).

٤. يمكن الاستفادة من البصمة الوراثية في تحديد صاحب البصمة في كافة الجرائم التي تُخلف أثراً مادياً في مسرح الجريمة^(٥٠).

٥. تتسم البصمة الوراثية في أنها تقوم بوظيفتين: الأولى: هي الإثبات، إذ تُثبت تهمة أو جريمة إلى متهم، والثانية: هي النفي، أي تنفي البصمة الوراثية تهمة أو جريمة عن متهم^(٥١).

٦. تتميز البصمة الوراثية وجزء الحامض النووي بمقدرته على الاستساخ، وبذلك يعمل على نقل الصفات الوراثية من جيل إلى جيل آخر^(٥٢).

٧. تتسم البصمة الوراثية بإمكانية تحديد نوع الجنس البشري، ذكراً كان أو أنثى، إذ من خلال تحليل البصمة الوراثية التي يتم الحصول عليها من الآثار المادية المتخلفة في مسرح الجريمة يمكن تحديد جنس المتهم، مما يسهل حصر المتهمين ويسرع في التعرف إلى شخصية المتهم الحقيقي^(٥٣).

٨. يمكن أن تستفيد الدول من تقنية البصمة الوراثية عن طريق إنشاء قاعدة بيانات مدنية وجنائية، إذ يسهل قراءة البصمة الوراثية وحفظها وتخزينها في الحاسب الآلي إلى حين الاحتياج إليها وطلبها، لأن الحمض النووي يظهر على شكل خطوط عريضة يسهل قراءتها والتعرف إليها^(٥٤).

وقد أمكن لبعض الدول عمل قاعدة بيانات للبصمة الوراثية، وعمل ملفات عنها للمجرمين الخطرين ومقترفي الجرائم الإرهابية وغيرها من الجرائم الخطيرة، كما يمكن إنشاء بنوك للمعلومات الوراثية كما هو الحال في الولايات التي أقامت نظام (CODIS) كبرنامج لقواعد البيانات الوراثية، حيث تفيد هذه القاعدة في معرفة مقترفي الجرائم وذلك من خلال تحليل البصمة للعيّنة المرفوعة من مسرح الجريمة

(٤٩) خليفة علي الكعبي: مرجع سابق، ص ٤٨، إبراهيم بن سطم العنزي: البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ٢٠٠٤م، ص ١١٤.

(٥٠) محمد أحمد غانم: الجوانب القانونية والشرعية للإثبات الجنائي بالشفرة الوراثية DNA، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٠م، ص ٧٨-٧٩.

(٥١) د. حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: مرجع سابق، ص ١٠٩.

(٥٢) د. الهاني طابع: مرجع سابق، ص ٥٢، خليفة علي الكعبي: مرجع سابق، ص ٤٨.

(٥٣) د. سالم خميس الظنحاني: مرجع سابق، ص ٦٢.

(٥٤) د. حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: مرجع سابق، ص ١٠٦.

ومقارنتها بالبصمات الوراثية المحفوظة في قاعدة البيانات، ومن ثم يسهل القبض على المجرمين في وقت يسير لا يتاح لهم خلاله الهرب بعد اقتراف الجريمة^(٥٥)، كما أن دولة الكويت قد أصدرت قانوناً بشأن البصمة الوراثية قررت بموجبه إنشاء قاعدة بيانات للبصمة الوراثية في وزارة الداخلية، تخصص لحفظ البصمات الوراثية الناتجة عن العينات الحيوية التي تؤخذ من الأشخاص الخاضعين لهذا القانون^(٥٦)، وعرف قاعدة البيانات الوراثية بأنها: "نظام حاسب آلي تُخزن فيه البيانات التي تحتوي السمات الوراثية للحمض النووي للأشخاص المخزن بياناتهم"^(٥٧)، وأخضع القانون جميع المواطنين، والمقيمين، والزائرين وكل من دخل الأراضي الكويتية لتحليل البصمة الوراثية^(٥٨)، كما أن دولة الإمارات العربية المتحدة قد أنشأت قاعدة بيانات أصلية مدنية في مدينة (أبو ظبي) وقاعدة بيانات فرعية جنائية في مدينة (العين)^(٥٩)، كما أن مملكة البحرين لديها قاعدة بيانات للبصمة الوراثية تابعة للإدارة العامة للبحث والأدلة الجنائية تخزن فيها البصمة الوراثية للمحكوم عليهم بأحكام جنائية بآثة، وحبذا لو تحذو الجمهورية اليمنية حذو هذه الدول، وتصدر قانوناً خاصاً بالبصمة الوراثية، وإنشاء قاعدة بيانات وراثية من أجل الحد من الجرائم، ومكافحتها، وتسهيل ضبط الجناة في وقت يسير مما يقلل من الجهود ومن الوقت والأموال التي تُنفق في سبيل كشف الجرائم وتعقب مقرر فيها.

٩. يمكن استخدام البصمة الوراثية في إثبات وقوع الجرائم في حالات اختفاء الجثث، كما لو قام الجاني بطمس معالمها، أو حرقها، أو دفنها، أو تقطيعها بشرط العثور على آثار منها، مثل الدماء أو العظام في مسرح الجريمة، إذ يمكن نسبة هذه المخلفات إلى المجني عليه عن طريق أخذ عينات من أقاربه المبلغين عن فقدانه، وإجراء مقارنة بين الآثار التي عُثر عليها وبين عينات أقاربه، ومن ثم تحديد هوية المجني عليه^(٦٠).

(٥٥) د. الهاني طابع: مرجع سابق، ص ٥٢.

(٥٦) انظر المادة (٢) من القانون رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٥م بشأن البصمة الوراثية الكويتي.

(٥٧) أنظر المادة (١) من القانون رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٥م في شأن البصمة الوراثية الكويتي.

(٥٨) انظر المادة (١١) من القانون رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٥م بشأن البصمة الوراثية الكويتي. وهذا القانون حكمت المحكمة الدستورية بعدم دستوريته نظراً لإنتهاكه الحق في الخصوصية وعلى وجه الخصوص المادة (١١) من القانون.

(٥٩) د. سالم خميس الظنحاني: مرجع سابق، ص ٩٢، ٦٢.

(٦٠) د. الهاني طابع: مرجع سابق، ص ٥٣.

١٠. تعدُّ البصمة الوراثية من أحدث الوسائل العلمية في الإثبات الجنائي التي استقر عليها العلماء، ولم تُثر أيَّ جدل، وتم اعتمادها كدليل في أغلب المحاكم في العالم^(٦١)، ويرجع السبب في ذلك إلى كونها شبه قطعية في ثبوت البصمة الوراثية ونسبتها إلى شخص معين، ولا تقل نسبة صحتها في تحديد هوية صاحبها عن (٩٩%) إذا أُجريت تحاليل البصمة الوراثية طبقاً لمعايير وضوابط معيَّنة^(٦٢).

المطلب الثاني

عيوب البصمة الوراثية

رأينا أن البصمة الوراثية تعدُّ من أقوى أدلة الإثبات، إلا أن هناك عدة عيوب تشوب هذه الوسيلة من وسائل الإثبات الجنائي، وإن كانت هذه العيوب ترجع إلى الظروف والإجراءات المحيطة برفع العينات، والأمور الفنية الأخرى التي تصاحب كيفية إجراء تحليل البصمة الوراثية، أي أن معظم العيوب تعود إما للقائمين على مختبرات البصمة الوراثية، وإما إلى المختبرات ذاتها والمواد المستعملة في إجراء التحاليل، ولعل أهم العيوب التي لوحظت هي:

١. يعاب على البصمة الوراثية ارتفاع تكاليف إجراء تحليلها، إذ إنها تحتاج إلى تجهيزات وأجهزة خاصة لا تتوفر إلا في معامل خاصة ومكلفة، مما يجعل اللجوء إليها صعب المنال، فضلاً على أنها تحتاج إلى خبراء متخصصين ومؤهلين تأهيلاً عالياً^(٦٣)، كما تستلزم تكرار التحاليل في أكثر من مختبر للتأكد من صحة النتائج، وهذا يضاعف من التكاليف.

غير أن هذا العيب لا يصم البصمة الوراثية كدليل موثوق به (وهو ما يهمننا) وإنما يتعلّق بتكلفة الحصول عليه، وهذا أمر لا ينقص من أهمية الدليل المستخلص من البصمة الوراثية، ولا من قيمته في الإثبات.

(٦١) د. الهاني طايح: المرجع السابق، ص ٥٤.

(٦٢) د. زيد بن عبد الله بن إبراهيم آل قرون: البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات، بحث مقدم إلى مؤتمر القرائن الطبية المعاصرة وأثرها الفقهية المنعقد في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، في الفترة من ٨-٩ إبريل ٢٠١٤م، ص ٤٥٧.

(٦٣) د. خالد محمد شعبان: مرجع سابق، ص ٣٨. مشار إليه لدى د. الهاني طايح: مرجع سابق، ص ٥٥.

٢. من العيوب التي قيلت في البصمة الوراثية أن العيّنة المرفوعة من مسرح الجريمة قد تتعرض للتلف، أو الفقد، أو احتمال تعرضها للتحلل، أو العبث، ونظراً لطول الوقت بين لحظة رفعها ولحظة إجراء الاختبارات عليها، أو مرور زمن طويل بين وقت رفعها ووقت اقتراف الجريمة قد يعرضها للتلف أو الفقد في وقت يسير خاصة إذا كانت العيّنة صغيرة^(٦٤).

غير أن هذا العيب أيضاً لا يصم البصمة الوراثية كدليل، إذا تم إجراء التحليل في ظروف عادية، وإنما يصم إجراءات رفعها والتراخي في ذلك، فضلاً عن إهمال القائمين على ذلك، وعدم توخي الحيطة والحذر، وعدم إتباع الضوابط والمعايير واجبة الإلتباع في مثل هذه الحالات، أو قد يعود ذلك إلى ضعف التأهيل وقلة الخبرة لدى القائمين على إجراءات رفع العينات، والتعامل معها، وإجراء التحليل واستخلاص الدليل منه، وأما القول بأن العيّنة إذا كانت صغيرة، يمكن أن تتلف أو لا تصلح لإجراء التحاليل عليها خاصة وأن التحليل يحتاج إلى إعادة وتكرار في أكثر من معمل، فيمكن الرد على هذا العيب، أن العينة إذا كانت صغيرة يمكن إجراء سلسلة من العمليات لإكثارها بطرق علمية متعارف عليها، فقد ابتكر العلماء طرق عديدة لإكثار عينة البصمة الوراثية، لعل من أهم تلك الطرق ما ابتكره فريق من العلماء بمؤسسة "Cetus Corporation" في أمريكا سنة (١٩٨٦م)، إذ ابتكر وسيلة معملية فاعلة تعمل على إنماء وإكثار الحامض النووي، وأطلقوا على طريقتهم تلك "تفاعل البلمرة المتسلسل (PCR)"، وهذه الطريقة تعتمد على نسخ البصمة الوراثية التي تم العثور عليها في مسرح الجريمة بكمية ضئيلة، وذلك بواسطة ماكينة خاصة عرفت "بالتدوير الحراري"، يمكن بهذه الوسيلة إنماء كمية ضئيلة جداً من البصمة الوراثية^(٦٥).

٣. يعاب على البصمة الوراثية احتمال اختلاط العيّنة المرفوعة من مسرح الجريمة مع عينات أخرى خاصة في جرائم الاغتصاب الجماعي، وبذلك لا يمكن أخذ الحامض النووي من السائل المنوي نظراً لاختلاطه، حيث سيكون عبارة عن مزيج من كل واحد، ومن ثم لا يمكن أن تتشابه مع بصمة أحدهم^(٦٦)، وقد أثار بعض الخبراء خطر تلوث العيّنة التي رفعت من مسرح الجريمة مع حمض نووي لشخص

(٦٤) د. الهاني طابع: المرجع السابق، الصفحة ذاتها.

(٦٥) د. خميس سالم الظنحاني: مرجع سابق، ص ٧٦-٧٧.

(٦٦) د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي: أدلة مسرح الجريمة، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص ٥٩.

آخر أثناء معالجتها، ويمكن أن يؤثر التلوث هذا على العينة التي رفعت من مسرح الجريمة، ومن ثم تصبح غير قابلة للاستعمال، وقد قام بعض الباحثين بإجراء تجربة على عاملة في مختبر لتحليل البصمة الوراثية التابع لها انطلاقاً من بصمات أصابعها، وقد فوجئ الباحثون بوجود بصمتين وراثيتين، الأولى لشخص ذكر والثانية لأنثى، وتفسير ذلك هو أن عاملة المختبر كانت قد صافحت زميلاً لها قبل أن تخضع لإجراء الاختبار^(٦٧).

وقد ينتج التلوث عن عدم تغيير الفقاظات بعد تحليل كل عينة، مما يؤدي إلى اختلاط الحامض النووي بعينة مع أخرى، كما قد يحدث الخطأ أيضاً نتيجة وجود عيوب في الطريقة، أو الإحصاء، أو نقص المعدات العلمية في المختبر الجنائي الذي تجري فيه عملية الفحص^(٦٨).

وهذا النقد أيضاً يتلشى، إذا تم مراعاة الإجراءات والأصول والضوابط الواجب إتباعها عند رفع العينة من مسرح الجريمة ونقلها وإجراء الاختبارات عليها وأخذت إجراءات الحيلة والحذر كافة أثناء ذلك، وتم كل ذلك على يد خبراء متخصصين مؤهلين تأهيلاً عالياً، ومتسمين بالأمانة والاستقامة والنزاهة والصلاح.

٤. يعاب على البصمة الوراثية عدم وجود عينة مرجعية يمكن الحصول عليها لإجراء المقارنة و المضاهاة عليها، ذلك أنه وحتى لو عثر المحققون على عينات في مسرح الجريمة، فلا بد من إجراء مقارنة نتائج تلك العينات مع البصمات الوراثية للمتهم المحتمل، وقد تظهر فائدة وجود قاعدة بيانات أو بنك آلي للبصمات الوراثية الذي أخذت به كثير من الدول الغربية وقليل من الدول العربية^(٦٩)، حيث يستطيع المحققون مقارنة نتائج تحليل عينات الحمض النووي التي رفعت من مسرح الجريمة مع البصمات الوراثية المحفوظة في البنك المذكور، فإذا كان مُقتَرَف الجريمة من أصحاب السوابق يسهل في هذه الحالة القبض عليه، وإن لم يكن كذلك فعلى المحققين في مثل هذه الحالة مقارنة العينة المرفوعة من مسرح الجريمة مع البصمة الوراثية للشخص الذي تحوم حوله الشكوك، غير أنه حتى وإن جاءت النتائج ايجابية في هذه الحالة الأخيرة فلا يشكل ذلك قرينة قاطعة على إدانة ذلك الشخص، فمن السهل

(٦٧) د. فواز صالح: دور البصمة الوراثية في القضايا الجزائية - دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٣، العدد الأول، سنة ٢٠٠٧م، ص ٣٠٠.

(٦٨) د. سالم خميس الظنحاني: مرجع سابق، ص ٦٤.

(٦٩) مثل الولايات المتحدة الأمريكية، وبريطانيا، وألمانيا وفرنسا، ومن الدول العربية الامارات العربية المتحدة والكويت وقطر والبحرين.

جداً أن يقوم مُقترف الجريمة _ إذا كان محترفاً - بترك أدلة بيولوجية لشخص آخر بغرض تضليل العدالة وإلقاء التهمة على ذلك الشخص، من غير أن يترك أثراً بيولوجياً يعود إليه ويدل عليه^(٧٠)، ويعود ذلك إلى تزايد فهم المجرمين للمسائل المتصلة بالحمض النووي، فحاولوا التوجه بأساليبهم الإجرامية إلى الإلتفاف حول تقنية البصمة الوراثية، وإحباط استخدامها في الكشف عنهم وعن جرائمهم أو التشكيك في مصداقية النتائج المتخلفة عن تحليل البصمة الوراثية، (وقد حدث بالفعل) وساعدت البصمة الوراثية على تبرئة الكثير من المجرمين في قضايا الإغتصاب التي اتُهموا بها، حيث حدث في إحدى القضايا أن اتُهم أحد العمال في قرية انجليزية في عام (١٩٨٧م) باغتصاب وقتل فتاتين وباستعمال تقنية البصمة الوراثية لعينات دم من المتهم لم تتطابق البصمة الوراثية له مع عينة الدم المرفوعة من مسرح الجريمة، فكانت البصمة الوراثية منقذاً لهذا المجرم، وبعد فترة قبضت عليه الشرطة بعدما سمعه أحد أهالي القرية يقول لصديق له، إنه أخذ عينة دم زميل له ودفع بها في مسرح الجريمة بعد اقتراف الجريمة.

وهناك قضية أخرى توضح إلى أي مدى يمكن التحايل على تقنيات البصمة الوراثية، حيث تم العثور على جثة فتاة في الثلاثين من عمرها مذبوحة، وكانت مصابة بالرأس ومقيدة الرجلين واليدين إلى الخلف، وقامت الشرطة باستجواب عشرات المُشتبه فيهم من غير أن تستطيع إثبات التهمة على أحد، ثم تجدد الأمل أخيراً عندما أرسل الطبيب الشرعي عينة سائل من فرج الضحية إلى المعمل الجنائي، فنتبين أن بها سائلاً منوياً، وأثار لحبوب منع الحمل، وتحليل البصمة الوراثية للسائل المرفوع من الضحية تحددت التهمة لأحد الأشخاص؛ لتطابق بصمته الوراثية مع تلك المرفوعة من الضحية، فوجهت إليه تهمة الاغتصاب والقتل العمد، ولكن محاميه شكك في نتائج التحليل بسبب تناقض تقرير المختبر، الذي جاء فيه أن عينة السائل المأخوذة من الضحية كان بها آثار لحبوب منع الحمل، وأن تقرير الطبيب الشرعي بين أن هناك عملية ربط للأنايب، مما يعني أن عينة السائل التي تم تحليل الحامض النووي منها قد تكون وضعت في فرج الضحية، أو حدث لها تبديل في المعمل حيث أن المرأة التي تقوم بإجراء عملية ربط الأنايب لن تحمل فلماذا وجد بها آثار لحبوب منع الحمل مع عدم حاجتها إليها، وفعلاً استبعد القاضي دليل الحمض النووي، وحكم بالبراءة، وبعد عدة أسابيع تم العثور على سكين في مخزن بمنزل ذلك المتهم

(٧٠) د. فواز صالح: مرجع سابق، ص ٣٠١.

وبه آثار دماء وشعر، وبمواجهة زوجته اعترفت بأنها هي من قامت باقتراف الجريمة، وأنها بعد مباشرة زوجها لها أفرغت سائله المنوي في كيس ثم قامت بزراعته داخل الضحية بعد قتلها انتقاماً من زوجها لاكتشافها علاقته بالضحية^(٧١).

٥. يعاب على البصمة الوراثية أيضاً أن نتائجها غير صادقة (١٠٠%)، إذ تعددت أقوال الأطباء والمختصين حول مدى مصداقية نتائج البصمة الوراثية، فقد قال أحد الأطباء إن نتيجة البصمة الوراثية في الإثبات تصدق بنسبة (٩٩,٩٩%) وفي النفي بنسبة (١٠٠%)^(٧٢)، وقال آخر إن البصمة الوراثية مثلها مثل أي طريقة بيولوجية لا يمكن اعتبارها (١٠٠%) صحيحة وخالية من العيوب^(٧٣).

ومهما يكن من أمر هذه العيوب إلا أنها لا تقدر في اعتبار البصمة الوراثية فتحاً علمياً عظيماً وجديداً في مجال الإثبات الجنائي، ومع ذلك لا يمكن عدّها سيدة الأدلة كما أطلق عليها البعض وإنما تعدُّ عنصراً من عناصر الإثبات تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، فله أن يأخذ بها إن اطمأن إليها وجدانه، وله أن يطرحها إن لم يطمئن إليها وجدانه، وهي لا تغني عن الأدلة التقليدية في الإثبات الجنائي.

المبحث الثالث

مجالات وضوابط العمل بالبصمة الوراثية في الإثبات الجنائي

في هذا المبحث سندرس أهم المجالات الجنائية التي يمكن استفادتها من نتائج تحليلات البصمة الوراثية، وكذلك الشروط والضوابط الواجب مراعاتها عند إجراء تلك التحليلات؛ لكي تكون صالحة للاستعمال في مجال الإثبات الجنائي، وتكوين قناعة القاضي الجنائي اليقينية عند الحكم بالإدانة، وعليه قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين: خصصنا المطلب الأول لبيان مجالات العمل بالبصمة الوراثية في القضايا الجنائية، وأفردنا المطلب الثاني لدراسة ضوابط وضمانات قبول البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، وذلك على النحو الآتي:

(٧١) د. الهاني طابع: مرجع سابق، ص ٥٩-٦٠.

(٧٢) د. نجم عبد الله عبد الواحد: البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب إثباتاً ونفياً، بحث مقدم إلى دورة المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة السادسة عشر المنعقدة في مكة المكرمة في الفترة من ٥-١٠ يناير ٢٠٠٢م، ص ٩.

(٧٣) د. عمر الشيخ الأصم: التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجبه في الإثبات، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، المنعقد في كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات في الفترة من ٥-٧ مايو ٢٠٠٢م، المجلد الرابع، ص ١٦٩٠.

المطلب الأول

مجالات العمل بالبصمة الوراثية في المواد الجنائية

هناك مجالات متعددة تستعمل فيها البصمة الوراثية، مثل: المجال الطبي والأعمال الطبية، كما تستعمل في الإثبات المدني، وكذا في نطاق الإثبات في المواد الجنائية، وسوف نقصر نطاق دراستنا هنا على العمل بالبصمة الوراثية في القضايا الجنائية فقط، إذ يمكن بواسطتها الكشف عن الجرائم المُقترفة ومعرفة هوية الفاعل أو الفاعلين حال التعدد، وخاصة في قضايا القتل والاعتصاب، إذ ساعدت هذه الوسيلة الفاعلة في الكشف عن العديد من الجرائم التي قيدت ضد مجهول، أو كانت في الطريق إلى تقييدها ضد مجهول، فأزاحت الستار عن مقترفيها بعد أن كان عسيراً الوصول إليهم، وتحديد هوياتهم؛ نتيجة لانعدام الأدلة الأخرى، كما تسمح هذه الوسيلة الحديثة بإظهار براءة شخص مكبل بأدلة أخرى تدينه على غير الحقيقة، مثل شهادة الشهود، كما تسهم بإصلاح الأخطاء القضائية^(٧٤)، وذلك من خلال إجراء تحليل البصمة الوراثية لعينة حيوية من المتهم أو المتهمين، ومقارنتها مع البصمة الوراثية المستخرجة من العينة المرفوعة من مسرح الجريمة.

وبناءً على ما سبق فإننا سنقصر البحث هنا على مجالات استعمال البصمة الوراثية في القضايا الجنائية، ومن أهم القضايا الجنائية التي يمكن الاستفادة من البصمة الوراثية في نطاقها ما يأتي:

١. قضايا جرائم القتل والعنف: لقد أدى اكتشاف تقنية البصمة الوراثية إلى تحديد هوية الأشخاص حتى بعد موتهم وتلاشي ملامحهم تماماً، بل حتى لو أُحرقت جثثهم واستحال التعرف عليهم، إذ إن تقنية البصمة الوراثية المستعملة في هذا المجال تستطيع الوصول إلى تحديد هوية صاحب الجثة أو الرفات من خلال عينة ضئيلة جداً منها، حتى ولو كانت الوفاة قد حدثت من زمن بعيد أو كانت الجثة مشوهة^(٧٥)، فقد يقترف شخص ما جريمة قتل ثم يلوذ بالفرار من غير أن يتعرف إليه أحد، وطبقاً لنظرية تبادل الآثار التي وضعها العالم الفرنسي "أدموند لوكار" سنة (١٩٢٨م)، فإن كل تلامس أو احتكاك يحدث بين جسمين لا بد أن ينتج عنه انتقال وتبادل الآثار بين الجسمين إذ ينتقل جزء من آثار الجسم إلى الجسم الآخر والعكس صحيح^(٧٦)،

(٧٤) د. فواز صالح: مرجع سابق، ص ٢٩٢.

(٧٥) د. محمد بلحاج عمر: التقنيات الحديثة وطرق الإثبات في القانون المدني التونسي، المعهد

الأعلى للقضاء، تونس، ١٩٩٧م، ص ١١٦.

(٧٦) د. الهاني طايح: مرجع سابق، ص ١٤٥.

وعن طريق رفع هذه الأجزاء وفحصها وراثياً يمكن معرفة الجاني، وهذه الآثار المتخلفة التي يعثر عليها على الأجسام قد تكون بقع دموية أو تسلخات جلدية وجدت تحت أظافر الضحية، أو أنسجة، أو شعر، أو أظافر، أو لعاب، أو مني.

وقد توجد في مسرح الجريمة أعقاب سجائر عليها مخلفات لعاب أو عظام أو غير ذلك من الآثار البيولوجية الأخرى، وقد أمكن للبصمة الوراثية أن تظهر تلك الآثار المتبادلة بين الأجسام المختلفة، أو وجدت في مسرح الجريمة، ومن ثم إجراء تحليل البصمة الوراثية عليها، ثم مقارنتها بعينات من البصمات الوراثية للمتهمين أو المشتبه فيهم والمجني عليهم، وبعد إجراء هذه المقارنة نجد أن النتيجة ستكون واضحة وحاسمة تجزم بأن البصمة الوراثية المرفوعة من مسرح الجريمة تعود إلى المتهم أو لا^(٧٧)، وهناك الكثير من جرائم القتل والعنف تم إثباتها واكتشاف مقترفها عن طريق استعمال تقنية البصمة الوراثية^(٧٨).

٢. قضايا جرائم الاغتصاب وهتك العرض: كان للبصمة الوراثية دوراً فاعلاً في مجال إثبات الجرائم الجنسية وتحديد الفاعل الحقيقي لتلك الجرائم وخاصة جرائم الاغتصاب، إذ بواسطتها يتم أخذ عينة من الآثار البيولوجية التي يتركها الجاني خلفه في مسرح الجريمة، والتي قد تكون موجودة على المجني عليه، ومن هذه الآثار: المنى الموجود في مهبل الضحية، أو المتناثر على جسدها، أو ملابسها، أو فرجها، أو فخذها، أو على ملايات السرير، أو الشراشف، أو على أرضية الغرفة، أو السيارة، أو وجود بعض الدماء، أو تسلخات جلدية قد تكون عالقة في أظافر الضحية بسبب مقاومتها للجاني^(٧٩)، أو وجود شعرة سقطت من الجاني، أو لعاب خلفه الجاني على جسد الضحية، أو على عقب سجائر، أو على كأس ماء فارغ، أو بقايا بول تركه الجاني في المراض بعد تبوله فيه.

(٧٧) د. عمر الشيخ لأصم: مرجع سابق، ص ١٦٨١.

(٧٨) المزيد من التفاصيل عن تلك القضايا أنظر: د. الهاني طابع: مرجع سابق، ص ١٤٧ وما بعدها؛ د. سالم خميس الظنحاني: مرجع سابق، ص ١٣٣ وما بعدها؛ د. فواز صالح: مرجع سابق، ص ٢٩٢ وما بعدها؛ علي عبدالله محيد حساني، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات الجنائي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة النهدين، بغداد، ٢٠١٤م، ص ٩٤ وما بعدها.

(٧٩) د. رمسيس بهنام: مرجع سابق، ص ١٥١.

وفي جرائم الاغتصاب يتم أخذ مسحة مهبلية للإفرازات الموجودة بداخل المهبل وعمل تحليل البصمة الوراثية عليها^(٨٠)، أو رفع المخلفات المنوية من ملابس أو جسد المجني عليها أو من أي بقعة في مسرح الجريمة، وعن طريق تحليل البصمة الوراثية، يمكن معرفة الفاعل عن طريق مقارنة البصمة الوراثية المستخرجة من العينة المرفوعة من مسرح الجريمة، أو من المجني عليها ومقارنتها بالبصمة الوراثية المستخرجة من العينة المأخوذة من المتهم أو المتهمين، وفي صدد جرائم الاغتصاب يقرر مكتشف البصمة الوراثية البروفيسور "أليك جفري" أنه قد تم وصف الطريقة لإجراء البصمة بشكل تفصيلي، كما يمكن استعمال آثار للدم والمنى الموجود على الملابس القطنية حتى بعد أربع سنوات، ويشر بأن البصمة الوراثية سوف تُحدث ثورة في مجال تحديد المتهمين بالاغتصاب وسواهم^(٨١).

وأما في قضايا اللواط فيتم أخذ مسحة من فتحة الشرج وتحليل الآثار البيولوجية الموجودة بها، والتي قد تكون بها بعض الحيوانات المنوية أو الخلايا الحية نتيجة الإيلاج والاحتكاك، وفي حالة هنك العرض فيتم أخذ عينة من جسم المجني عليه لتحليلها حيث قد لا توجد سوائل منوية؛ نظراً لعدم إتمام العملية الجنسية كاملة ولم يتم إيلاج، ويجب أخذ الحيطه والحذر عند رفع العينات إذ تؤخذ كل عينة لوحدها؛ لأنه قد يكون الفاعلون متعددين، وبعد أخذ العينات من مسرح الجريمة يتم استخراج البصمة الوراثية منها ومقارنتها مع نتائج البصمة الوراثية للمتهم أو المتهمين، فإذا تطابقت، كانت دليلاً على أنه هو المغتصب أو هاتك العرض، ويمكن بواسطة البصمة الوراثية تحديد هوية الفاعل وهل هو أسود أم أبيض أم أصفر أم هندي^(٨٢)، مع ملاحظة أن الجاني قد يعتمد إلى التضييل ونثر سائل منوي لشخص آخر في مسرح الجريمة أو داخل مهبل المجني عليها أو فتحة شرج الضحية كما رأينا سابقاً، وقد استعملت البصمة الوراثية في الكشف عن الكثير من الجرائم الجنسية وتم نسبة تلك الجرائم إلى مقترفيها^(٨٣).

٣. قضايا جرائم السرقة: في جرائم السرقة قد يترك المتهم بعض الآثار البيولوجية التي يمكن عن طريق تحليل البصمة الوراثية لتلك الآثار الوصول إليه، إذ قد يستعمل الجاني العنف أو الكسر عند تسلقه الأسوار أو فتح الأبواب والنوافذ أو الخزائن، أو

(٨٠) د. الهاني طايح: مرجع سابق، ص ١٤٩.

(٨١) د. أبو الوفاء محمد أبو الوفاء إبراهيم: مرجع سابق، ص ٧٠٠.

(٨٢) د. رمسيس بهنام، مرجع سابق، ص ١٥١.

(٨٣) للمزيد من التفاصيل حول تلك القضايا انظر: د. سالم خميس الظنحاني: مرجع سابق، ص ١٠٦ وما بعدها، د. فواز صالح: مرجع سابق، ص ٢٩٢ وما بعدها.

قد يترك أثر عند احتكاكه بأي جسم صلب، ومن تلك الآثار التي قد يخلفها الجاني في مسرح الجريمة البقع الدموية، أو عيّنات من الشعر، أو تسلخات جلدية، أو أعقاب سجائر، أو بقايا أكل، أو بول إذا استخدم المرحاض، أو قطرات من العرق، فيقوم المحقق والخبير برفع هذه العينات ويجري عليها تحاليل البصمة الوراثية ومقارنتها مع عينات من البصمة الوراثية للمتهم أو المتهمين، فإذا تطابقت كان هو الجاني، وقد توجد في مسرح الجريمة أكثر من بصمة وراثية وهو ما يدل على تعدد الجناة الذين اقترفوا جريمة السرقة، وقد يعتمد معتادو الإجرام إلى التحايل على تحليلات البصمة الوراثية، وذلك بنثر بقع دموية لشخص آخر بريء، أو أعقاب سجائر يأخذها من أي مكان ويلقيها في أماكن متعددة من مسرح الجريمة، بهدف عدم مطابقة بصماتهم الوراثية مع البصمات التي رفعت من مسرح الجريمة، وإلقاء التهمة على شخص آخر بريء، ولذلك يجب على المحقق أو الخبير اتخاذ كافة وسائل الحيطة والحذر، ومراعاة الضوابط والمعايير الواجب اتباعها عند رفع العينات التي توجد في مسرح الجريمة^(٨٤).

وهكذا يتضح لنا أن وجود بصمة وراثية لشخص ما في مسرح الجريمة لا يُقطع بأنه هو مُقترب الجريمة وإن كانت تقطع بشكل جازم وجوده فيه، فضلاً عن إمكانية التلاعب بهذا الدليل مما يجعل قوته التدليلية ظنية وليست قطعية، مما لا يجوز التعويل عليه وحده في الحكم بالإدانة؛ لأن أحكام الإدانة لا تبنى إلا على الجرم واليقين، ويجب أن تستند إلى أدلة يقينية قاطعة، ومع ذلك فهناك الكثير من قضايا السرقة تم الكشف عنها، والتوصل إلى مقترفيها عن طريق إجراء تحليل البصمة الوراثية^(٨٥).

٤. قضايا تحديد هويات المجني عليهم: في بعض جرائم القتل قد يلجأ القاتل إلى تشويه جثة المجني عليه إذ يستحيل التعرف إليها، أو يقوم تقطيعها إلى قطع صغيرة ويلقي بها في أماكن متفرقة، أو يقوم بإحراقها، وذلك بهدف طمس معالم جريمته ومن ثم عدم التعرف إلى المجني عليه، لذا فإن لتقنية تحليل البصمة الوراثية دوراً في غاية الأهمية في التعرف على شخصيات المجني عليهم بشكل قاطع عن طريق أخذ عيّنات من عظام أو جلد أو أسنان الضحية، ويتم إجراء تحليل البصمة الوراثية

(٨٤) د. برهامي عزمي: الشرعية الإجرائية للأدلة العلمية، دراسة تحليلية لأعمال الخبرة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م، ص ٦١٣، إبراهيم بن سطم العنزى، مرجع سابق، ص ١٥٢-١٥٣.
(٨٥) للمزيد من التفاصيل حول تلك القضايا راجع: د. فواز صالح: مرجع سابق، ص ٢٩٢ وما بعدها، د. الهاني طابع: مرجع سابق، ص ١٥٢ وما بعدها، د. سالم خميس الظنحاني: مرجع سابق، ص ١١٧ وما بعدها، إبراهيم بن سطم العنزى: المرجع السابق، ص ١٥٣-١٥٤.

لها، وثم مقارنتها مع نتائج تحليل البصمة الوراثية لأقارب المجني عليهم، فإذا تطابقت البصمة الوراثية لهذه العينات مع البصمة الوراثية للعينات المأخوذة من المجني عليهم، إلى التعرف على المجني عليه بسهولة ويسر^(٨٦).

٥. قضايا جرائم الزنا: يمكن عن طريق تحليل البصمة الوراثية إثبات جرائم الزنا، إذ عن طريق أخذ مسحة مهبلية من مهبل الزوجة المتهمة بالزنا، وتحليلها وعمل البصمة الوراثية لها، فإذا تطابقت البصمة الوراثية للعينات مع البصمة الوراثية للزوج كانت الزوجة بريئة، وإذا اختلفت كانت المرأة مرتكبة لجريمة الزنا^(٨٧).

٦. قضايا جرائم تزوير الجنسية: بواسطة إجراء تحليل البصمة الوراثية يمكن كشف جرائم تزوير أوراق الهجرة عندما يدعي شخص أنه قريب لشخص آخر يحمل جنسية دولة أخرى، ويرغب في الالتحاق به والحصول على جنسية تلك الدولة التي يحمل قريبه جنسيتها، إذ قد يعمد شخص ليس له قرابة بالمقيم في دولة المهجر إلى الادعاء بالقرابة بهدف الدخول إلى تلك الدولة والهجرة إليها، ومن ثم اكتساب جنسيتها، فعلى سبيل المثال ما حدث مع المهاجرين من دول الكومنولث البريطاني، الذين كانوا يرغبون في استقدام ذويهم إلى البلاد التي اكتسبوا جنسيتها، وكان أحد الرعايا الغانيين قد غير بياناته المتعلقة بنسبه من الأم كي يتاح له الدخول إلى البلاد بطريقة غير مشروعة، وتم اكتشاف ذلك التزوير بفضل تقنية تحليل البصمة الوراثية، إذ أصبحت أحد الشروط للحصول على تأشيرة الهجرة إلى بريطانيا^(٨٨).

٧. قضايا جرائم الإرهاب: لقد ثبت أن للبصمة الوراثية دوراً فاعلاً في كشف جرائم الإرهاب والوصول إلى مقترفيها، إذ يمكن بواسطتها التعرف إلى مقترفي هذا النمط من الإجرام لاسيما في العمليات الانتحارية، وعن طريق معرفة منفذ الجريمة الإرهابية يمكن لأجهزة العدالة الجنائية محاصرة مقترفي هذه الجرائم والحد منها، فعلى سبيل المثال حدث في المملكة العربية السعودية، حيث تم لها محاصرة هذا النوع من الإجرام الذي عانت منه خلال فترات مختلفة في السابق^(٨٩)، كما أن الكثير من الدول الأوروبية وأمريكا تعتمد على تحليلات البصمة الوراثية إلى التعرف على الجناة في الجرائم الإرهابية عن طريق تحليل عينات من بول أو براز أو دماء، واستخلاص البصمة الوراثية ومقارنتها مع البصمات الوراثية للمشتبه بهم.

^(٨٦) توفيق سلطاني: حجية البصمة الوراثية في الإثبات - رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، ٢٠١٠-٢٠١١م، ص ٢٨.

^(٨٧) د. جميل عبد الباقي الصغير: مرجع سابق، ص ٦٥.

^(٨٨) د. جميل عبد الباقي الصغير: المرجع السابق، ص ٦٦-٦٧.

^(٨٩) إبراهيم بن سطاتم العنزي: مرجع سابق، ص ١٥٤.

٨. قضايا جرائم المخدرات: يمكن أيضاً استعمال البصمة الوراثية في مكافحة جرائم المخدرات عن طريق معرفة مصدر المادة المخدرة والعمل على القضاء على ذلك المصدر، إذ أمكن استعمال البصمة الوراثية في تحديد وإظهار التباينات الوراثية والحينية في النباتات التي تنحدر من سلالة واحدة، وقد أثبتت التجارب المتعددة على أنواع مختلفة من نبات الحشيش المخدر والمزروعة في دول مختلفة أن هناك اختلافات في تصنيف البصمة الوراثية فيما بينها، مما أعطى دلالة واضحة أن الظروف البيئية والتربة ومحتوياتها لهما تأثير كبير على هذه الاختلافات، والتي يمكن بواسطتها تحديد مصدر النباتات أو بيان اختلافها، مما يسهل مكافحة جرائم المخدرات وتطبيق العقوبات على مصادرها^(٩٠).

٩. استعمال البصمة الوراثية في الحكم بالبراءة: إن البصمة الوراثية لا تعد دليل إثبات وإدانة فقط، وإنما يمكن استعمالها دليل نفي وبراءة أيضاً، أي دليل لنفي التهمة من شخص متهم باقتراح جريمة ما خلافاً للحقيقة^(٩١)، وقد سبق لنا في هذا البحث ذكر بعض القضايا التي تمت فيها براءة متهمين من التهم التي وُجّهت إليهم عن طريق استعمال البصمة الوراثية، بل أن بعض الجرائم وبعد أن تم إدانة متهمين فيها وحكموا نهائياً فيها وبعد، إيداعهم السجن أعيد فتح ملفاتها من جديد، وتمت تبرئتهم أيضاً عن طريق تحليل البصمة الوراثية، حيث اتضح بعد إجراء المقارنة بين البصمة الوراثية التي استخلصت من العينات المرفوعة من مسرح الجريمة مع البصمة الوراثية المستخرجة من المتهمين عدم التطابق بينهما، مما جعل القضاء إما أن يقضي بالبراءة، أو إعادة النظر في أحكام الإدانة، وهناك كثير من القضايا التي تم فيها تبرئة المتهمين عن طريق استعمال إجراء تقنية تحليل البصمة الوراثية^(٩٢).

(٩٠) د. خالد عبدالله العلي: تطور البحث والتحليل المخبري وأثره في الإثبات المدني والجنائي، بحث مقدم إلى المنتدى القضائي الثاني، رئاسة المحاكم الشرعية، المكتب الفني، دولة قطر، ١٩٩٩م، ص ٢٤.

(٩١) د. الهاني طابع: مرجع سابق، ص ١٦٠.

(٩٢) للمزيد من التفاصيل حول القضايا التي حكم فيها بالبراءة بواسطة استعمال تقنية البصمة الوراثية، راجع: د. فهد بن نافذ الطريسي: البصمة الوراثية ودورها في نظام العدالة الأمريكي، بحث منشور في مجلة جامعة الملك سعود، الرياض، المجلد السابع والعشرون، الحقوق والعلوم السياسية (١)، يناير ٢٠١٥م، ص ٤١ وما بعدها، د. فواز صالح: مرجع سابق، ص ٢٩٥.



المطلب الثاني ضوابط و ضمانات قبول البصمة الوراثية في تكوين قناعة القاضي الجنائي

نتناول في هذا المطلب البحث في ضوابط قبول البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، وكذلك ضمانات مشروعية العمل بالبصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، وعليه سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نبين في الفرع الأول ضوابط قبول البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، ونتناول في الفرع الثاني ضمانات مشروعية العمل بالبصمة الوراثية، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول ضوابط قبول البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي

لكي تحظى تقنية البصمة الوراثية بالمصادقية والقبول في الإثبات الجنائي وتكوين عقيدة القاضي، لا بد من خضوعها لجملة من الضوابط، هذه الضوابط تهدف إلى إعطاء تحديد علمي لدرجة تلك المصادقية للعمل بنتيجة البصمة الوراثية، كما تبين هذه الضوابط الخطوات العملية والعلمية التي يرى أصحاب الاختصاص ضرورة مراعاتها والتقيد بها عند القيام بتحليل البصمة الوراثية من أجل الوصول إلى نتائج صحيحة لا يتطرق إليها أي عيب من العيوب التي قد تلحق بهذه الوسيلة الإثباتية، وتجمل هذه الضوابط فيما يأتي^(٩٣):

(٩٣) انظر في تفصيلات هذه الضوابط: د. سالم خميس الظنحاني: مرجع سابق، ص ٢٤٢-٢٤٣؛ المستشار الدكتور فؤاد عبد المنعم: مرجع سابق، ص ١٣٧٥-١٣٧٦؛ د. جميل عبدالباقي الصغير: مرجع سابق، ص ٧٠-٧١؛ خليفة علي الكعبي: مرجع سابق، ص ٥٠ وما بعدها؛ سه ركول مصطفى أحمد: البصمة الوراثية وحجيتها في إثبات النسب - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون بجامعة السليمانية، دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، ٢٠١٠، ٢٠١م؛ د. علي محي الدين القره داغي: البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، بحث مقدم إلى المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته السادسة عشرة المنعقدة في مكة المكرمة للفترة من ١-٥ أكتوبر ٢٠٠٢م، ص ٥٧؛ إبراهيم بن سطم العنزي: مرجع سابق، ص ١٦٧؛ مضاء منجد مصطفى: دور البصمة الجينية في الإثبات الجنائي في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ٢٠٠٧م، ص ٨١ وما بعدها؛ د. حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: مرجع سابق، ص ٤٧١ وما بعدها.

١. يتعيّن أن تحظى تحليلات البصمة الوراثية بالقبول العام من أهل الاختصاص، وهذا ما يعرف بقاعدة "فراي"، وهي قاعدة أصدرتها محكمة "فيدرالية" أمريكية عام (١٩٢٣م) عندما حوكم "جيمس فراي" وهو شاب أسود اتهم بقتل رجل أبيض، وأثير في هذه المحاكمة قبول دليل نتائج (اختبار ضغط الدم الانتقباضي) الذي طالب به "محمي فراي"، وهو صورة مبتكرة لجهاز كشف الكذب، وقد رفضت المحكمة اعتماد هذا الدليل؛ لكونه ما زال في طور التجريب، مما يعني عدم جواز الاعتماد على الأدلة التي يكشف عنها العلم، طالما أنها في مرحلة التجريب، حتى تتعدى مرحلة التجريب وتدخل مرحلة الثبوت والتطبيق والقبول العام بها من أهل الاختصاص^(٩٤).

وعليه فإن قاعدة "القبول العام في أي مجال تنتمي إليه" تسمح حالياً للمحاكم الأمريكية قبول اعتماد نتائج تحليل البصمة الوراثية؛ لأنها أصبحت تحظى بقبول واسع في التطبيقات الطبية، والبصمة الوراثية ثابتة لا تتغير في كل خلايا الجسم البشري، وهي مغايرة للبصمة الوراثية للآخرين، كما أن التطابق الإيجابي مستحيل في البصمة الوراثية لشخصين مختلفين^(٩٥).

٢. إجراء اختبار الموضوعية: يقصد بهذا الضابط تكرار اختبار البصمة الوراثية في أكثر من مختبر؛ للتأكد بشكل يقيني من دقة نتائجها وإجراء تحليل البصمة الوراثية عدة مرات؛ للوصول إلى نتائج مؤكدة وقاطعة، مع الأخذ في الاعتبار عدم اطلاع المختبر اللاحق للنتائج التي تم الحصول عليها من المختبر السابق، كما يتعيّن التأكد من صلاحية وسلامة الأجهزة وطرق تشغيلها ومعرفة الفنيين بها وجودة المختبرات التي يتم فيها التحليل وطرق إجراء التحليل والفحص، ومع ذلك يجب توخي الحذر الشديد من التكنولوجيا المتطورة، وعدم الانجراف خلف هذه التكنولوجيا وقبولها بعلاقتها، بل يتعيّن عدم الثقة المفرطة بها، وعدم التسليم بنتائجها إلا بعد الوقوف على حقيقتها بشكل عام^(٩٦)، والتأكد من دقتها.

(٩٤) أريك لاندر: بصمة الدانا: العلم والقانون ومحقق الهوية الأخير، كتاب الشفرة الوراثية للإنسان، لدانيل كيفلس وليروى هود، ترجمة أحمد مستجير، مجلة عالم المعرفة، العدد ٢١٧، الكويت، ١٩٩٧م، ص ٢١٤.

(٩٥) أريك لاندر: المرجع السابق، ص ٢١٥.

(٩٦) أريك لاندر: المرجع السابق، ص ٢١٤، د. سعد الدين مسعد هلال: البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية - دراسة فقهية مقارنة، مكتبة وهبة، القاهرة، ٢٠١٠م، ص ٤٥، ٤٧-٤٨.

٣. يجب أن تُرفع العيّنات التي يجري عليها الفحص والتحليل والمقارنة بطريقة سليمة، وأن يتم تحريزها ونقلها بحرص وعناية شديدة حتى لا تتعرض للتلوث أو التلف، مع اتخاذ الاحتياطات الكافية والكاملة أثناء رفع العيّنات، مثل ارتداء القفازات المعقّمة والكمامات؛ وذلك منعاً من دخول أي أثر خارجي إلى العينة، كما يجب توثيق العيّنات المرفوعة من مسرح الجريمة بشكل دقيق قبل جمعها، ووجوب التأكد من عدم اختلاط العيّنات مع بعضها البعض، وتجهيز أماكن مناسبة ومهيأة لحفظ العيّنات إلى حين إرسالها إلى مختبر الفحص والتحليل^(٩٧).

٤. أن يكون القائم بالتحليل ورفع العيّنات من الأشخاص الخبراء المتخصصين في هذا المجال، وأن يكون من الثقات المشهود لهم بالعدالة والنزاهة والأمانة والاستقامة وخالياً من العيوب، وأن لا يكون ممن يجر لنفسه نفعاً أو يدفع عنها ضرراً، مما يحول دون أدائه مهمته باقتدار وحيادية، فضلاً عن أن يكون مؤهلاً تأهيلاً علمياً عالياً، وأن يحمل مؤهلات وخبرات كافية، وأن يكون خالياً من موانع الشهادة، ومشهوداً له بالدقة وعدم الخفة والتسرع أو اللامبالاة^(٩٨).

٥. أن تكون المختبرات والمعامل الفنية مزوّدة بأحسن الأجهزة ذات التقنيات العالمية والمواصفات الفنية القابلة للاستمرار، والتفاعل مع العيّنات والظروف المحيطة بها في الدولة، وأن تكون تلك المختبرات مملوكة للدولة، وتابعة لها، وتعمل تحت إدارتها ورقابتها وإشرافها؛ حتى لا يتم التلاعب في التحاليل لمصالح شخصية أو أهواء دنيوية^(٩٩).

٦. يتعيّن وضع آلية للتحليل تضمن عدم تداخل أو اختلاف العيّنات محل التحليل أو حدوث لبس ولو بسيطاً في أي مرحلة، وتوثيق كل خطوة، والتأكد دورياً من سلامة الطرق والإجراءات المستعملة في تحليل البصمة الوراثية، وأن يشهد على صحة الطرق المستعملة في إجراءات تحليلها خبيرين مشهود لهما بالكفاءة العلمية في هذا

(٩٧) إبراهيم بن سطم العنزي: مرجع سابق، ص ١٦٩.

(٩٨) خليفة علي الكعبي: مرجع سابق، ص ٥٠-٥١؛ د. سالم خميس الظنحاني، مرجع سابق، ص ٢٤٣؛ د. علي محي الدين القره داغي: مرجع سابق، ص ٧٢، د. حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: مرجع سابق، ص ٤٧٩.

(٩٩) د. حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: المرجع سابق، ص ٤٧٨، خليفة علي الكعبي: المرجع السابق ٥٠.

المجال في حالة تطبيق طرق جديدة لم تعتمد من جهة الهيئات العلمية المتخصصة^(١٠٠).

٧. أن لا يتم إخضاع شخص وأخذ عينة منه إلا إذا كان متهماً في قضية منظورة أمام القضاء أو في الأقل منظورة أمام النيابة العامة في مرحلة التحقيق الابتدائي، وأن يكون ذلك بناء على أمر صادر من القضاء، بالإضافة إلى الشروط والضوابط السابقة، فقد أوصى المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي بعدة ضوابط هي^(١٠١):

أ- يتعين أن يتمتع إجراء تحليل البصمة الوراثية إلا بأمر من القضاء، وأن يكون إجراء التحليل في مختبرات معتمدة من الجهات المختصة، وأن يمنع القطاع الخاص الهادف إلى الربح من إجراء هذا التحليل لما؛ قد يترتب على ذلك من مخاطر كبيرة.

ب- إنشاء لجنة متخصصة بالبصمة الوراثية في كل دولة يشترك فيها المتخصصون الشرعيون والأطباء والإداريون تشرف على نتائج تحليل البصمة الوراثية وإقرارها.

ج- وضع آلية لمنع الانتحال والغش ومنع التلوث وأي أخطاء بشرية لتكون النتائج مطابقة للواقع.

الفرع الثاني

ضمانات مشروعية العمل بالبصمة الوراثية في الإثبات الجنائي

أدى إكتشاف البصمة الوراثية إلى قيام الكثير من التطبيقات القانونية في نطاق استعمالها، ويظهر أهم تلك التطبيقات في إمكانية استعمال البصمة الوراثية في التعرف إلى شخصية المتهمين ونسبة الجريمة إليهم، غير أن هذا الاستعمال واجه بعض الصعوبات العملية، لعل من أهمها مدى مساس البصمة الوراثية بحق الإنسان في السلامة الجسدية وحقه في الخصوصية الجينية، ولذلك سعى المشرع إلى وضع الضمانات الكفيلة بحماية حق المتهم بالسلامة الجسدية، وحقه في الخصوصية الجينية، بما يحقق مشروعية العمل بالبصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، وعليه وسوف نتناول هاتين الضمانتين في الغصنين التاليين، وعلى النحو الآتي:

(١٠٠) د. عمر الشيخ الأصبم: مرجع سابق، ص ١٦٣٩؛ د. حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد:

المرجع السابق، ص ٤٨١-٤٨٢.

(١٠١) انظر القرار السابع من قرارات المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشرة المنعقدة

بمكة المكرمة في الفترة من ٥-١٠ يناير ٢٠٠٢م.

الغصن الأول

حماية الحق بالسلامة الجسدية

مما لا ريب فيه أن تحليل البصمة يستلزم الحصول على عيّنة من جسم الإنسان لكي يتم تحليلها، إذ بدون تلك العينة يستحيل إجراء التحليل ومقارنة البصمة الوراثية المستخلصة من العيّنة البيولوجية المرفوعة من مسرح الجريمة مع البصمة الوراثية المشتبه به باقتراف الجريمة، ومن المعلوم أنه لا يمكن إجراء تحليل البصمة الوراثية إلا على عيّنات الدم أو الحيوانات المنوية أو أي خلايا تم الحصول عليها من جسم الإنسان، مما يعني أنه لا بد من الحصول على عيّنة من جسم المشتبه به لإجراء التحليل والمقارنة، وهو ما يشكلّ مساساً بالحق في السلامة الجسدية له^(١٠٢)، وهذا الحق كفلت له التشريعات السماوية والتشريعات الوضعية سواء الدولية أم الوطنية الحماية اللازمة^(١٠٣)، غير أن حق الإنسان في سلامة جسده ليس حقاً مطلقاً من كل قيد، وإنما يجوز تقييده بمقتضى نصوص القانون وفي حالات محددة حصراً، ذلك أن المشرّع وحده - وبصورة استثنائية - يملك الحق في التدخل وإقرار المساس بالسلامة الجسدية، إذا اقتضت ضرورة الوصول إلى الحقيقة ذلك وبنصوص صريحة، وبغير ذلك يقع القضاء في حيرة من أمره^(١٠٤).

ولذلك نتساءل عن مدى إمكانية الحصول على عيّنة أو خلية من جسم الإنسان لإجراء تحليل البصمة الوراثية عليها؟ ومدى جواز إرغامه على الخضوع للتحليل؟ لقد انقسم الفقه الجنائي في مدى جواز أخذ عيّنة من جسم المتهم لغرض إجراء تحليلات البصمة الوراثية عليها ومقارنتها مع البصمة المأخوذة من العيّنة المرفوعة من مسرح الجريمة إلى رأيين هما:

الرأي الأول - عدم جواز أخذ عيّنة من جسم المتهم:

(١٠٢) يعرف الحق في السلامة الجسدية بأنه: "مصلحة للفرد يحميها القانون في أن يظل جسمه مؤدياً كل وظائف الحياة على النحو الطبيعي الذي تحدده وترسمه القوانين الطبيعية، وفي أن يحتفظ بتكامله الجسدي وأن يتحرر من الألم البدني" دكتور حسام الدين الأهواني، أصول القانون، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٨٨، ص ٤١٠.

(١٠٣) أقرت المادة (٩) من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان لسنة ١٧٨٩م الحق للإنسان في سلامة جسده ووفر الضمانات اللازمة لذلك من خلال فرض العقوبة على من يمس هذا الحق، وكذلك المادة (٣) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لسنة ١٩٥٠م، وكذلك المادة (٧) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة ١٩٦٦م، وكذلك الفقرة الثانية من المادة (٢) من إعلان القاهرة بشأن حقوق الإنسان لسنة ١٩٩٠م.

(١٠٤) دكتور حسني محمود عبدالدائم، مرجع سابق، ص ٨٧٧.

يذهب أنصار هذا الرأي إلى أنه لا يجوز لسلطة التحقيق أو الحكم الأمر بأخذ عيّنة من جسم المتهم، بهدف إجراء فحص البصمة الوراثية؛ نظراً لمساس ذلك بحرمة الجسد وتعارضه مع الحرية الشخصية للأفراد، ذلك أن للفرد (المتهم) وحده الحرية الكاملة في تقديم عيّنة بيولوجية لإجراء التحليل البيولوجي عليها أو رفض ذلك، إذ إن استقطاع شعرة من الجسم أو من الرأس أو قطع أحد الأظافر، يسبب الألم للفرد مما يشكّل مساساً بحرمة الجسد^(١٠٥)، وهذا الرأي يتفق مع ما جاء في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة (١٩٤٨م)، ومع ما جاء في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة ١٩٦٦م للذان حظرا الفحص الشامل لشخص المجرم، سواء أكان بالغا أم قاصراً عن طريق أي وسيلة بيولوجية معروفة في العلم المعاصر عند إجراء الفحص^(١٠٦).

الرأي الثاني - جواز أخذ عيّنة من جسم المتهم:

يذهب هذا الرأي (وهو الغالب في الفقه) إلى أن الأخذ بالرأي السابق يؤدي إلى وضع العراقيل في طريق تطور المجتمع وإعاقة تقدمه، ذلك أن قانون العقوبات يحدد السلوكيات المجرّمة والعقوبات المقررة لها، وإيقاع العقوبة يستحيل من غير دليل وإثبات، وقد حدد قانون الإجراءات الجنائية الإجراءات واجبة الإتيان من جهة سلطات التحقيق في سبيل الحصول على الدليل، ومعلوم أن قانون العقوبات وقانون الإجراءات يسعيان إلى حماية حق المجتمع في العيش بأمان وسلام وطمأنينة وحقه في عدم إفلات مجرم من الجزاء وأن لا يدان برئ^(١٠٧).

كما أن مصلحة العدالة وما تقتضيه من الكشف عن الحقيقة قد تفوق مصلحة المتهم في سلامة جسده، لاسيما وأن الإجراءات (محل البحث) في الغالب لا تلحق ضرراً أو مخاطر معيّنة بالمتهم^(١٠٨)، وفي كل الأحوال فإن التشريعات تحمي حقوق الأفراد، فلا يدان برئ^(١٠٩).

وفي ضوء ما تقدم وللإجابة على التساؤل المتقدّم ينبغي بنا التفريق بين فرضين:

(١٠٥) صفاء عادل سامي: حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجزائي، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ط ١، ٢٠١٣م، ص ٢٠٨.

(١٠٦) انظر: المادة (٧) من العهد، ود. عبدالرحمن أحمد الرفاعي، مرجع سابق، ص ٣٩٨.

(١٠٧) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٤.

(١٠٨) د. إيهاب يسر أنور علي: المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب، ص ٩٥. أشار إليه د. عبدالرحمن الرفاعي: مرجع سابق، ص ٣٩٨.

(١٠٩) د. محمود نجيب حسني: مرجع سابق، ص ٤.

الفرض الأول: هذا الفرض لا نحتاج فيه إلى التدخل والمساس بحرمة جسد المتهم، وهو الفرض الذي يتحقق في حالة ترك الجاني بعض الآثار التي قد تؤدي إلى التعرف إليه، كما لو كان العنصر البيولوجي المطلوب تحليله قد انفصل عن جسده، سواء بتخليه طواعية عنه أو انفصل عنه بعملية مشروعة، وهنا لا تثار أي مشكلة تتعلق بالمساس بحرمة الجسد ويصعب التسليم بوجاهة الحجج التي قال بها أنصار الرأي الأول، ومن ثم يمكن إجراء تحليل البصمة الوراثية، إذا أمر به القاضي أو سلطة التحقيق، وفي هذا الفرض لا يوجد أي اعتداء على حرية المتهم ولا يلقى إعتبار لمعارضته في هذه الحالة^(١١٠).

الفرض الثاني: (وهو الفرض الذي نحتاج فيه إلى المساس بحرمة جسد المتهم): في هذا الفرض لكي نحصل على العينة التي سيتم إجراء تحليل البصمة الوراثية عليها لابد من المساس بجسد المتهم، وهنا، هل يشترط موافقة المتهم أو يرغم على انتزاع العينة منه؟

إن التمسك بمبدأ حق الإنسان بحرمة الجسد، يعدُّ عقبةً تعترض طريق سلطة التحقيق، وأن التدخل على جسد المتهم لأخذ عينة من دمه أو لعابه أو جلده أو حتى شعرة من رأسه أو من جسده رغماً عنه، لا شك أنه يمثل مساساً بحرمة الجسد، وتدخل في دائرة حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، ولكن ينبغي أن لا نغفل أن مبدأ عدم المساس بحرمة الجسد الذي نصت عليه التشريعات، ليس له حجية مطلقة، بل إنه يجوز للمشرع أن يتدخل لتقييده في بعض الحالات^(١١١)؛ حماية لمصلحة المجتمع التي يجب أن تكون أولى بالرعاية ومقدمة على مصلحة الفرد.

كما أن عدم إرغام المتهم على الخضوع للإجراءات وأخذ العينة منه سيؤدي إلى امتناعه عن ذلك، حتى لا يمكن الحصول على دليل قاطع بإدانتته، وفي هذا إهدار للعدالة وإفلات للمجرمين من الجزاء، إذا ما ترك الأمر لمحض اختيارهم، ولذلك لابد من إجبار المتهم على أخذ العينة البيولوجية منه، ومن هذا المنطلق اتجهت بعض التشريعات إلى النص صراحة بالتريخيص بأخذ العينة الجينية ولو بالرغم عنه، فعلى سبيل المثال نصت المادة (٢-٢٨) من القانون الفرنسي المنظم لإجراءات التحقيق في المسائل الجنائية على أنه: "في المسائل الجنائية ليس مطلوباً الحصول على رضا ذوي الشأن"، كما أن المادة (١٥) من قانون الإجراءات الجنائية

(١١٠) د. عبدالرحمن الرفاعي: مرجع سابق، ص ٣٨٩.

(١١١) د. حسني محمود عبدالدايم: مرجع سابق، ص ٨٧٩.

الفرنسي تنص على أنه " لقاضي التحقيق أن يأمر باللجوء إلى الخبرة الطبية أو القيام بكل ما يراه مفيداً في إظهار الحقيقة".

كما أن المشرع العراقي قرر جواز إرغام المتهم بجناية أو جنحة على التمكين من الكشف على جسمه، حيث نصت المادة (٧٠) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي على أنه " لحاكم التحقيق أو المحقق أن يرغم المتهم أو المجني عليه في جناية أو جنحة على التمكين من الكشف على جسمه وأخذ تصويره الشمسي أو بصمة أصابعه أو قليل من دمه أو شعره أو أظافره أو غير ذلك، مما يفيد التحقيق لإجراء الفحص اللازم عليها.....الخ".

وأما المشرع الجزائري فقد أجاز بمقتضى المادة (٥) من قانون البصمة الوراثية، أخذ العينات البيولوجية لغرض إجراء التحاليل عليها والحصول على البصمة الوراثية، وعاقب كل من يرفض الخضوع للتحليلات البيولوجية التي تسمح بالتعرف على بصمته الوراثية بموجب المادة (١٦)، منه بعقوبة الحبس من سنة إلى سنتين وبغرامة من ٣٠٠٠٠ دينار جزائري إلى ١٠٠٠٠٠ دينار جزائري.

أما المشرع القطري فقد أوجب أخذ العينات البيولوجية لغرض إجراء التحليل عليها للتعرف إلى أصحابها وذلك وفقاً للمادة (٤) من قانون البصمة الوراثية التي نصت على أنه: "يتم أخذ العينات الحيوية المنصوص عليها في المادة (2) من هذا القانون، وإجراء فحص البصمة الوراثية العائدة لها من قبل المختصين المكلفين بذلك، وتسجيلها بناءً على قرار من الوزير أو المحكمة المختصة أو النائب العام. ويُعد امتناع المتهم عن إعطاء العينة اللازمة، قرينة على ارتكابه الجريمة المنسوبة إليه، ما لم يثبت العكس.

ويجب على المكلف بإجراء فحص البصمة الوراثية، أن يسجل البصمات بجميع الوسائل الفنية المتاحة في قاعدة بيانات البصمة الوراثية، وما يؤخذ على هذا النص أن المشرع القطري عد مجرد امتناع المتهم عن إعطاء العينة قرينة على ارتكابه الجريمة المنسوبة إليه ما لم يثبت العكس، وهذا افتراض يثير التساؤل عن مدى دستوريته، ذلك أنها قرينة تتسم بالتحكم؛ لأنه لا يمكن استخلاص ارتكاب الشخص للجريمة من مجرد امتناعه عن إعطاء عينة بيولوجية منه، ولذا فوق كون هذه القرينة تحكيمية فهي تخالف الواقع، كما أن هذه القرينة تخالف قاعدة دستورية نص عليها الدستور القطري في المادة (٣٩) منه، والتي تقرر أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته أمام القضاء في محاكمة توفر له فيها الضمانات الضرورية لممارسة حق الدفاع.

وأجاز المشرّع اليمني بموجب المادة (٢١٣) من قانون الإجراءات الجزائية فحص المتهم وإرغامه على أخذ عينات من دمه إذا اقتضت الدعوى ذلك، إذ نصت على أنه: "يجوز فحص جسم المتهم بما في ذلك أخذ عينات من دمه، متى كان للفحص أهمية بالنسبة إلى القضية، أما الأشخاص الآخرون عدا المتهم فيحظر فحص أجسامهم رغم إرادتهم إلا لضرورة تحديد ما إذا كان بهم آثار لفعل معاقب عليه، ويصدر القرار بفحص الجسم من النيابة العامة أثناء التحقيق ومن المحكمة أثناء المحاكمة أما عضو جهة التحري، فلا يجوز له ذلك إلا عند الاستعجال...."، وهذا النص وإن كان متقدماً بالنسبة إلى تاريخ سن القانون؛ لأنه يسمح بأخذ عينات بيولوجية من جسد المتهم لإجراء التحليلات عليها بما فيها تحليل البصمة الوراثية، إلا أنه لا يكفي، إذ لا بد أن تنظم أحكام البصمة الوراثية بشكل يضمن فيه المشرّع عدم إساءة استعمال نتائج فحص البصمة الوراثية في غير الأغراض المحددة لها. ولذلك نهيب بالمشرّع البحريني والمشرّع اليمني أن يسنا قانوناً ينظّم به أحكام البصمة الوراثية يبيّن فيه الشروط والضمانات والضوابط التي تحول دون الخطأ أو إساءة استعمال البصمة الوراثية، أو يعدّلاً قانون الإجراءات الجزائية، ويورد نصاً يحدد بموجبها أحوال إرغام المتهم على الخضوع لتحليل البصمة الوراثية والضوابط التي تحول دون التعسف في استعمال ذلك.

وهكذا يتضح لنا مما تقدم أن التشريعات كافة تقرر مبدأ حق الإنسان في حرمة جسده، إذ يكون الأصل هو عدم جواز المساس بجسم الإنسان تحت أي مسمى يمكن أن تكشف عنه معطيات العلم والتطور العلمي، إلا ما كان متضمناً لمصلحة راجحة للشخص كالعلاج والتداوي.

كما خلصنا إلى أن بعض التشريعات أجازت بنصوص صريحة - إستثناء من القاعدة العامة - إرغام المتهم على أخذ عينة بيولوجية منه لإجراء الفحص وتحليل البصمة الوراثية عليها، إذا كان ذلك ضرورياً لكشف الحقيقة وتحقيق العدالة وتغليباً للمصلحة العامة على مصلحة المتهم، وكان ذلك بأمر من سلطة التحقيق أو القضاء.

الفصل الثاني

حماية الحق في الخصوصية الجينية

حق الإنسان في الخصوصية الجينية هو حق يختص به صاحبه ويتمثل بحقه في المحافظة على سرية جيناته وما يتصل بها من معلومات وراثية، وأن يكون له

وحده حق التصرف فيها^(١١٢)، ويعرّفه آخر بأنه: "حق المرء في أن يقرر لنفسه ما هي المعلومات الجينية التي يمكن للغير معرفتها، وحقه في أن يقرر ماهية هذه المعلومات التي يرغب هو في معرفتها عن نفسه"^(١١٣)، كما عُرّف بأنه: "لكل شخص الحق في الحفاظ والانفراد في ما يملك من معلومات وراثية، وتقتصر عليه من دون غيره من الأشخاص"^(١١٤).

من خلال التعريفات السابقة يتضح أن الخصوصية الجينية هي مكنة الشخص في المحافظة على أسراره الجينية ومعلوماته الوراثية، إذ لا يجوز لغيره الاطلاع عليها إلا بموافقة رضائية منه؛ لأنها تعدّ حقاً من حقوق الفرد، ومن ثم لا يجوز للغير الكشف عنها، ولا يجوز إجباره على الكشف عنها للغير؛ لأنها تعدّ من الحريات الأساسية للفرد، وعنصراً مهماً من عناصر حياته الخاصة التي حظيت بحماية قانونية دولية ووطنية.

فعلى المستوى الدولي نصت المادة (٢) من الإعلان العالمي لحقوق الجينوم البشري الصادر عن منظمة اليونسكو عام (١٩٩٧م) على الحق في الخصوصية الجينية بقولها: "كل فرد له الحق في احترام كرامته وحقوقه، مهما كانت خصائصه الوراثية، هذه الكرامة تفرض عدم حصر الأفراد في خصائصهم الوراثية واحترام طبيعه الفريد واختلافه".

وقد كرست التشريعات الوطنية حماية الحق في الخصوصية كانعكاس لما جاء في التشريعات الدولية، إذ نجد المشرّع الفرنسي قد أكد على ذلك في الفقرة (٢٧) من المادة (٢٢٦) من قانون العقوبات الفرنسي الصادر (١٩٩٤م) التي نصت على أنه: "إن إجراء دراسة عن الخصائص الوراثية لشخص ما، لأغراض طبية دون أخذ موافقته مسبقاً وفق الشروط المنصوص عليها في المادة (١٥-١٤٥) من قانون الصحة العامة، يُعاقب فاعله بالحبس (٢٨) سنة وغرامة مالية"، وكذلك فعل المشرّع في "ولاية الينوى الامريكية" إذ نصت المادة (٢٢) من الفصل الخامس عشر من قانون الخصوصية الجينية على أنه: "باستثناء ما ينص عليه القانون فإن الفحص الجيني والمعلومات الناتجة منه تظل سرية مصونة ولا يجوز كشفها إلا للشخص موضوع الفحص أو للأشخاص المأذون لهم على وجه الخصوص، وفيما عدا ما

(١١٢) د. الهاني طابع: مرجع سابق، ص ١٩٤.

(١١٣) د. أشرف توفيق شمس الدين: الجينات الوراثية والحماية الجنائية للحق في الخصوصية - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ط ٢، ٢٠١٦م، ص ٣٦.

(١١٤) علي عبد الله مجيد حساني: مرجع سابق، ص ٣٢.

ينص عليه القانون، فلا يجوز أن تؤخذ هذه المعلومات كدليل مقبول أمام القضاء أو للتحقيق الذي يجريه في أي دعوى، مهما كان نوعها، وتسري هذه القاعدة على جميع المحاكم أياً كانت درجتها، كما وتسري على جميع الهيئات والوكالات الحكومية وغير الحكومية^(١١٥)، ويعاقب المشرع الفرنسي وفقاً لنص الفقرة (٢٦) من المادة (٢٢٦) من القانون ذاته على كل فعل يترتب عليه تحويل المعلومات عن أغراضها الطبية أو العلمية التي يتم جمعها من الشخص بغرض دراسة خصائصه الجينية إلى أغراض غير مشروعة^(١١٦)، وقررت المادة (٣) من القانون الجزائري بشأن البصمة الوراثية ضرورة احترام كرامة الأشخاص وحرمة حياتهم الخاصة، وحماية معطياتهم الشخصية وفقاً لأحكامه والتشريع الساري.

وهكذا نخلص إلى أنه وعلى الرغم من أن القانون قد كفل للأفراد حقهم في الخصوصية الجينية وشمله بالحماية الجنائية، إلا أنه ينبغي أن لا يفهم من ذلك أن حقهم هذا مطلق من كل قيد، إذ لا يجوز التنازل عن هذا الحق بأي حال من الأحوال، بل إنه مقيد، والقول بغير ذلك فيه^(١١٧) مغالاة وإعلاء لحق الفرد على حق المجتمع، وجعل مصلحته هي العليا على حساب المصلحة العامة، ولذلك نجد المشرع يوازن بين حق الفرد في الخصوصية، وحق المجتمع في الحفاظ على أمنه واستقراره، وضرورة كشف الحقيقة، فأقر كأصل عام للأفراد حقهم في الخصوصية الجينية وأضاف عليه الحماية الجنائية، وأجاز استثناء المساس بالحق في الخصوصية الجينية.

وعليه فإذا كان الأصل العام عدم جواز المساس بأسرار الأفراد والتنقيب في حياتهم الخاصة، إلا أن هذه القاعدة يرد عليها استثناء يتصل بكشف الحقيقة في الدعوى الجنائية، وهذا الأمر يجيز المساس بالحق في الخصوصية الجينية، إذا كان ذلك ضرورياً لجمع الأدلة على وقوع الجريمة، والوصول إلى مقترفها ونسبتها إليه، وبما أن الجريمة في تطور مستمر وتعددت طرق إقترافها وتنوعت أنماطها، وزاد خطرهما على المجتمع تبعاً لذلك، فإن مكافحتها تتطلب تطوراً يواكب ذلك في وسائل الإثبات الجنائي، ويمثل الإثبات بالبصمة الوراثية أحد الوسائل المهمة في مكافحة الجريمة والحد منها، وإخضاع المتهم وإرغامه للحصول على عينة جينية منه وتحليلها

(١١٥) د. حسني محمود عبدالدايم: مرجع سابق، ص ٨٩٥.

(١١٦) مانيو جيلاني: مرجع سابق، ص ٤٤٦.

(١١٧) د. أحمد فتحي سرور: الحماية الجنائية للحق في الحياة الخاصة، دار النهضة العربية،

١٩٨٧م، ص ٢٣.

وحفظ نتائجها في بنك المعلومات الجينية، يؤدي إلى جمع قدر كبير من المعلومات التي تسهم في التعرف إلية والوقوف على شخصه تتصل بصميم حياته الخاصة، ويؤدي حفظ نتائج تحليل العينة إلى خطر اطلاع الغير عليها، ومن ثم احتمال استخلاص معلومات في المستقبل من تلك التي تم الحصول عليها^(١١٨).

وبما أن الإثبات بالبصمة الوراثية أصبح ملحاً وضرورياً لكشف الحقيقة في الكثير من الجرائم، إلا أن التوسع في الإثبات بهذه الوسيلة من غير ضوابط قد يؤدي إلى المساس بحقوق الأفراد وحررياتهم، وأبرزها الحق في الخصوصية، وتلافي مشكلة تسرب المعلومات الوراثية للمتهم إلى الغير يجب وضع ضوابط لاستعمال البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي وبما يحول دون إطلاع الغير على المعلومات الوراثية للمتهم، ومن الضوابط العامة التي يجب مراعاتها، إذا اقتضى الأمر إخضاع المتهم للفحص الجيني، أن يصدر هذا الأمر من سلطة التحقيق أو من القضاء حصراً، وأن يبنى على أسباب مقبولة تبرر إصداره، وينبغي على السلطة مصدرة الأمر أن تبين أن ليس هناك طريق آخر للحصول على المعلومات المطلوبة، وتقدير الفائدة المرجوة من كشف هذه المعلومات مع الضرر الناتج من المساس بحق المتهم في الخصوصية الجينية له، كما ينبغي أن يتضمن الأمر الصادر بالكشف عن سرية المعلومات الجينية حدود هذا الكشف سواء بالنسبة إلى الأشخاص أم للمعلومات^(١١٩)، وفرض العقاب بحق كل من يسيء استعمال المعلومات الوراثية للمتهم أو استعمالها في غير الغرض الذي قرر الحصول عليها من أجله.

وقد تباينت مواقف التشريعات بين نص صراحة على جواز المساس بالحق في الخصوصية الجينية ووضع الضوابط التي تحول دون إساءة استعمال المعلومات الجينية للمتهم، وبين عدم النص والإكتفاء بالقواعد العامة، فعلى سبيل المثال: المشرع الألماني أفرد نصوصاً خاصة أجاز بمقتضاها صراحة المساس بالحق في الخصوصية الجينية، وينهض نهجه في الإجراءات الجنائية على تولي النيابة العامة التحقيق الابتدائي يعاونها في ذلك جهاز الشرطة، إلا أن كافة الإجراءات الماسة بالحرية الفردية لا يجوز للنيابة أو الشرطة اتخاذها، وإنما أوجب عرضها على قاضٍ مستقل للتحقيق لكي يأمر بها، مثل الحبس الاحتياطي وأخذ البصمة الوراثية، حيث أجازت المادة (٨١/أ) من قانون الإجراءات الجنائية لسلطات التحقيق والحكم أن تأمر بأخذ عينة جينية من جسم المتهم، وتحليلها بغرض التعرف على شخص

(١١٨) د. أشرف توفيق شمس الدين: مرجع سابق، ص ١٠١-١٠٢.

(١١٩) د. أشرف توفيق شمس الدين: المرجع السابق، ص ١٠٤.

مقترف الجريمة أو إثبات الوقائع المادية التي يكون لها أهمية في الدعوى الجنائية، وفي هذه الحالة يلتزم المتهم بالخضوع لأخذ العينة، وإجراء الفحص، وأن يقوم بأخذ العينة والفحص طبيب يلتزم بالأصول الطبية المقررة، وقرر في المادة (٨١/ج) عدم جواز استعمال عينة الدم أو غيرها من خلايا الجسم المأخوذة من المتهم إلا في الغرض الذي أخذت من أجله أو لغيرها من إجراءات تتصل به، ويجب إعدامها من غير تأخير متى لم يعد لها ضرورة، غير أنه أجاز بمقتضى تعديل (٢٠٠٥م) الاحتفاظ بنتائج الفحص الجيني في الجرائم ذات الخطورة وكذلك الجرائم الماسة بالحرية الجنسية، وفي حالة العود إلى اقرار الجرائم^(١٢٠).

ومن التشريعات العربية التي سنت قانوناً خاصاً بالبصمة الوراثية المشرع القطري، حيث نص في المادة (٢) من القانون رقم (٩) لسنة (٢٠١٣م) بشأن البصمة الوراثية على إنشاء قاعدة بيانات البصمة الوراثية تتبع وزارة الداخلية وتلحق بالمختبر الجنائي وتخصص لحفظ البصمات الوراثية الناتجة عن العينات البيولوجية التي ضُبطت في مسرح الجريمة أو التي تؤخذ من المشتبه بهم في ارتكاب أي من الجرائم المحددة في المادة (٥) من القانون، أو العينات الحيوية للبحث المجهولة، وكذلك العينات المأخوذة من أقرباء المفقودين، وكذلك العينات المأخوذة من المجرمين الذين يتم إجراء بحث دولي عنهم بناءً على موافقة النائب العام وأيضاً العينات التي تؤخذ من أشخاص بناءً على قرار من المحكمة المختصة. والنهج نفسه اتبعه المشرع الجزائري في المواد (٥،٦،٧) من قانون البصمة الوراثية.

المبحث الرابع

حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي

رأينا أن البصمة الوراثية أصبحت تحظى بالكثير من التأييد لعدّها وسيلة إثبات في المواد الجنائية سواء على المستوى التشريعي أم على المستوى القضائي، وكذا على المستوى الفقهي، وبهدف الوقوف على حجية البصمة الوراثية كونها دليل إثبات أمام القضاء الجنائي ينبغي بنا البحث في الموقف التشريعي العربي من البصمة الوراثية، ثم نعرض على دراسة حجيتها في الإثبات أمام القضاء الجنائي، وذلك في مطلبين وعلى النحو الآتي:

(١٢٠) د. أشرف توفيق شمس الدين: المرجع السابق، ص ١١٠-١١١.

المطلب الأول

موقف بعض التشريعات الجنائية العربية من البصمة الوراثية

على الرغم من تهافت التشريعات الأجنبية^(١٢١) على تنظيم أحكام البصمة الوراثية كدليل إثبات في المواد الجنائية منذ ثمانينيات القرن العشرين، إذ قامت بتقنينها، إلا أن المشرع العربي ما زال متردداً في تقنين أحكام البصمة الوراثية في قانون خاص، والاستفادة منها كدليل في إثبات الجرائم، بإستثناء المشرع القطري والمشرع الكويتي والجزائري، غير أن ذلك لا يعني أن القضاء العربي وقف متفرجاً، بل أنه أخذ تدريجياً بالاستناد على البصمة الوراثية كدليل في الإثبات الجنائي مستنداً على القواعد العامة في الإثبات وعملاً بمبدأ الإقتناع القضائي في الإثبات الجنائي، وسوف نتناول نماذج من التشريعات العربية لبيان مدى إمكانية الاستناد إلى القواعد العامة في الإثبات الجنائي للإثبات بالبصمة الوراثية وخاصة في التشريعات التي لم تُقنن أحكامها إلى الآن كما سنتناول التشريعات العربية التي سنت قوانين خاصة.

أولاً- المشرع البحريني:

بالرغم من خلو التشريع الجنائي البحريني من نص صريح أو قانون ينظم العمل بالبصمة الوراثية في المجال الجنائي، إلا أنه قد أعطى القاضي الجنائي الحق في انتداب خبير في المسائل التي تحتاج إلى الخبرة الفنية، إذ نصت المادة (٢٣٨) من قانون الإجراءات الجنائية البحريني رقم (٤٦) لسنة (٢٠٠٢م) على أنه: "للمحكمة سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم أن تعين خبيراً أو أكثر في الدعوى، وإذا تطلب الأمر تعيين لجنة من الخبراء، وجب أن يكون عددهم وتراً".

وبما أن تحليل البصمة الوراثية يحتاج إلى خبرة فنية ولا يستطيع القاضي الجنائي أن يشق طريقه للفصل في الدعوى من غير ندب خبير مختص، فإن القاضي هنا

(١٢١) انظر على سبيل المثال في التشريع الجنائي الانجليزي: المواد (٦٤، ٦٣، ٦٢) من قانون الشرطة والأدلة الجنائية الصادر في ١٩٨٤م، وكذلك قانون العدالة الجنائية والنظام العام الصادر في ١٩٩٤م؛ وفي التشريع الجنائي الأمريكي راجع قانون الجينوم البشري لسنة ١٩٩٠م وقانون تحديد الهوية باختبارات البصمة الوراثية لسنة ١٩٩٤م؛ وفي التشريع الكندي راجع التعديلات التي ادخلها المشرع على المدونة الجنائية مثل التعديل الذي أدخله سنة ١٩٩٥م على القانون الجنائي ولاسيما المادة (٤٨٧) منه وفي سنة ٢٠٠٠م أصدر المشرع الكندي قانون تحديد الهوية بالحمض النووي، وفي التشريع الألماني راجع المادتين (81/A - 81/c) من قانون الإجراءات الجنائية، والتعديل الذي أدخله على هذا القانون سنة ١٩٩٧م حيث نظم أحكام البصمة الوراثية في المواد (81/H، 81/F، 81/E).

يستعين بالخبراء المتخصصين في مجال تحليل البصمة الوراثية، وله الحرية بعد ذلك في الأخذ بنتائج التحليل، إذا اقتنع بها واطمأنت نفسه إليها، كما له أن يطرح تلك النتائج جانباً، إذا لم يقتنع بها؛ عملاً بمبدأ حرية القاضي الجنائي في الاقتناع اليقيني، وهذا ما أكدته المادة (٢٥٣) من قانون الإجراءات الجنائية التي نصت على أنه: "يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته.....". كما نصت المادة (٢٣٧) من القانون ذاته على أنه: " للمحكمة أن تأمر ولو من تلقاء نفسها أثناء نظر الدعوى بتقديم أي دليل تراه لازماً لظهور الحقيقة"، وهذا النص نراه يعطي القاضي الصلاحية في الأمر بتقديم أي دليل يراه ضرورياً للفصل في الدعوى، ويكون منتجاً للحكم فيها، ولذلك للقاضي أن يأمر المتهم بإجراء تحليل البصمة الوراثية، وله أن يستند إلى النتائج المترتبة على ذلك التحليل للحكم بالإدانة، عملاً بمبدأ حرية الاقتناع القضائي في الإثبات الجنائي، ومن ثم يصح للقاضي الجنائي طبقاً للقانون البحريني أن يبني حكمه في إدانة المتهم استناداً على البصمة الوراثية وحدها، طالما لا يوجد نص قانوني يحرمه من ذلك، لا سيما وأن البصمة الوراثية قرينة من القرائن التي تُعد من أدلة الإثبات في الدعوى الجنائية.

وهذا يعني أن المشرع الجنائي البحريني يجيز للقاضي الاستناد إلى البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، ويمكنه ذلك بالاعتماد على القواعد العامة في الإثبات الجنائي المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجنائية رقم (٤٦) لسنة (٢٠٠٢م)، إذ إن هذا القانون يأخذ بمبدأ الاقتناع القضائي في الإثبات الجنائي كما رأينا، مما يعني أنه يجوز للقاضي أن يحكم بمقتضى عقيدته التي تكونت من أي دليل يقدم في الدعوى شريطة أن يكون دليلاً قد طرح في الجلسة للنقاش بما في ذلك البصمة الوراثية؛ لأن مبدأ حرية القاضي في الإقتناع ينهض على أساس أن للقاضي الجنائي دوراً إيجابياً في الدعوى الجنائية، ومن ثم هدفه هو كشف الحقيقة بأي طريق يراه مناسباً ويقتنع به وتطمئن إليه نفسه، ومع ذلك نهيب بالمشرع البحريني تنظيم أحكام البصمة الوراثية كوسيلة إثبات في المواد الجنائية بنصوص صريحة عند إجراء تعديل لقانون الإجراءات الجنائية أو سن قانون خاص بذلك.

ثانياً- المشرع اليمني:

لم ينظم المشرع اليمني لا في قانون الإثبات ولا في قانون الإجراءات الجزائية أحكام الاستعانة بالبصمة الوراثية كوسيلة إثبات بشكل صريح، ولكن لا يعني ذلك أنه حال بين القاضي الجنائي وبين حقه في الاستناد إليها في الإثبات، ذلك أن القواعد العامة للإثبات الجنائي تسعف القاضي بهذا الخصوص، حيث إن نظرية

الإثبات الجنائي في القانون اليمني تنهض على أساس حرية القاضي في الاقتناع وفي تكوين عقيدته عند الحكم بأي دليل يُطرح عليه في الجلسة، ويخضع للمناقشة بشرط أن يقتنع به القاضي الجنائي، وتطمئن إليه نفسه، حيث نصت المادة (٣٦٧) من قانون الإجراءات الجزائية رقم (١٢) لسنة (١٩٩٤م) على أنه: "يحكم القاضي في الدعوى بمقتضى العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته من خلال المحاكمة، ومع ذلك لا يجوز له أن يبني حكمه على أي دليل لم يطرح أمامه في الجلسة"، كما نصت المادة (٣٢١) من القانون ذاته على أنه: "١- لا إدانة إلا بناءً على أدلة.

٢- تقدير الأدلة يكون وفقاً لاقتناع المحكمة في ضوء مبدأ تكامل الأدلة، فلا يتمتع دليل بقوة مسبقة في الإثبات"، كما نصت المادة (٣٢٢) منه على أنه: "لا يجوز إثبات أي واقعة ترتب مسؤولية جزائية على أي شخص إلا عن طريق الأدلة الجائزة قانوناً، وبالإجراءات المقررة قانوناً".

وأوردت المادة (٣٢٣) منه أدلة الإثبات الجائية على سبيل المثال وليس الحصر، إذ قررت ذلك بقولها: "تعدُّ من أدلة الإثبات في الدعوى الجزائية ما يلي:

أ- شهادة الشهود.

ب- تقرير الخبراء.

ج- اعتراف المتهم.

د- المستندات بما فيها أية تقارير رسمية مرتبطة بشخصية المتهم أو وقائع الجريمة والقرائن والأدلة الأخرى".

كما أن المادة (٣٢٢) منه أشرت على أن يكون الدليل الذي يتم الاستناد إليه في الإثبات الجنائي جائزاً من الناحية القانونية، حيث نصت على أنه: "لا يجوز إثبات أي واقعة ترتب مسؤولية جزائية على أي شخص إلا عن طريق الأدلة الجائزة قانوناً وبالإجراءات المقررة قانوناً"، إضافة إلى أن المادة (٢١٣) من قانون الإجراءات الجزائية أجازت فحص المتهم وإرغامه على أخذ عينات من دمه، إذا اقتضت الدعوى ذلك، إذ نصت على أنه: "يجوز فحص جسم المتهم بما في ذلك أخذ عينات من دمه متى كان للفحص أهمية بالنسبة للقضية، أما الأشخاص الآخرون عدا المتهم فيحظر فحص أجسامهم رغم إرادتهم إلا لضرورة تحديد ما إذا كان بهم آثار لفعل معاقب عليه، ويصدر القرار بفحص الجسم من النيابة العامة أثناء التحقيق ومن المحكمة أثناء المحاكمة أما عضو جهة التحري، فلا يجوز له ذلك إلا عند الاستعجال...."

وبناءً على ذلك يمكن للقاضي الجنائي الاستناد إلى البصمة الوراثية في إصدار الحكم، ذلك أن المشرّع اليمني قد أعتق مبدأ الاقتناع القضائي وحرية القاضي الجنائي في الاقتناع، مما يعني أن القاضي الجنائي حر بأن يستند في إصدار حكمه على أي دليل يقتنع به وتطمئن إليه نفسه، كما أن المشرع اليمني أورد أدلة الإثبات في الدعوى الجنائية على سبيل المثال وليس الحصر مما يعني أنه ترك للقاضي الحرية في الوصول إلى الحقيقة من أي دليل يراه منتجاً ومفيداً في كشف الحقيقة، ومؤدى ذلك أن القاضي حر في الإستناد إلى الأدلة الأخرى بما فيها تحليلات البصمة الوراثية، وكل ما أشرطه المشرّع اليمني في الدليل أن يكون مشروعاً وجائزاً، ولكي لا يبقى هناك لغط فإننا نهيب بالمشرّع اليمني سن نصوص صريحة ينظم بمقتضاها أحكام الاستعانة بالبصمة الوراثية في الإثبات الجنائي عند تعديل القانون، أو سن قانون خاص بالبصمة الوراثية.

والمشرّع اليمني - بحسبان قوانينه مستمدة من الشريعة الإسلامية - يختلف موقفه في الإثبات بالبصمة الوراثية بحسب نوع الجريمة، فإثبات جرائم الحدود والقصاص يختلف عن إثبات الجرائم الأخرى، وهو ما سنبينه فيما يأتي:

١- إثبات جرائم الحدود والقصاص بواسطة البصمة الوراثية:

معلوم أن البصمة الوراثية تعدّ من القرائن القوية والقاطعة، ونرى أنه يجوز سلطة التحقيق وللقاضي أن يستند إليها منفردة لإثبات الاتهام في جرائم الحدود والقصاص، ذلك أن البصمة الوراثية تعدّ دليلاً من الأدلة، وقياساً على القيافة^(١٢٢)، وإن كانت تتفوق على القيافة في أن نسبة الخطأ فيها يكاد يكون منعدماً، إذا ما استخلصت وفقاً للضوابط والشروط الشرعية والقانونية والعلمية، فإذا اقتنع القاضي الجنائي بها، أمكنه نسبة الجريمة إلى المتهم بالاستناد إليها، سواء أكانت الجريمة من جرائم الحدود أم من جرائم القصاص، ولكن إذا أمكن للقاضي إثبات التهمة ونسبتها إلى المتهم معتمداً على نتائج البصمة الوراثية وحدها، فإنه لا يصح له أن يحكم بعقوبة الحد أو القصاص بناءً عليها وحدها؛ لأن هذه الجرائم لا يحكم بعقوباتها إلا بتوفر أدلتها الشرعية، وهي الاعتراف المستوفي لشروط صحته، أو الشهادة المستوفية لشروط صحتها، فهذه الأدلة الشرعية تعدّ في نظر الفقه الإسلامي هي الأدلة اليقينية المعتبرة شرعاً للحكم بعقوبة الحد أو القصاص، إضافة إلى أن البصمة

(١٢٢) يعرف القائف بأنه: من يلحق النسب عند الاشتباه بما خصه الله تعالى به من علم ذلك. انظر: العلامة محمد الشربيني الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج ٤، بدون تاريخ نشر، ص ٤٨٩.

الوراثية تحتل الشبهة، والشبهة مسقطة للحد والقصاص، عملاً بحديث: ادعوا الحدود بالشبهات، غير أنه إذا اقتنع القاضي من خلال البصمة الوراثية أن المتهم هو مقترف الجريمة، وكان اقتناعه ذلك يقينياً، فإنه في هذه الحالة يصح له أن يحكم عليه بعقوبة تعزيرية عملاً بحديث: لا يطل دم في الإسلام.

وهكذا نخلص إلى أنه وإن كان لا يصح للقاضي أن يحكم بعقوبة الحد أو القصاص بناءً على ثبوت التهمة باقتناع المتهم الجريمة بالبصمة الوراثية، إلا أن ذلك لا يمنعه من أن يحكم عليه بعقوبة تعزيرية إذا اقتنع يقينياً من خلال قرينة البصمة الوراثية بثبوت اقتراف المتهم للجريمة، وهذا ما أخذ به المشرع اليمني في المادة (٢٣٤) من قانون الجرائم والعقوبات رقم (١٢) لسنة (١٩٩٤م) المعدل، حيث نصت على أنه: "..... ويشترط للحكم بالقصاص أن يطلبه ولي الدم، وأن يتوفر دليله الشرعي، فإذا تخلف أحد الشرطين أو كلاهما، واقتنع القاضي من القرائن بثبوت الجريمة في حق المتهم، أو إذا امتنع القصاص أو سقط بغير العفو، يعزر الجاني بالحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على عشر سنوات".

غير أن عدم جواز الحكم بالحد أو القصاص استناداً إلى دليل البصمة الوراثية منفرداً لا يعني عدم جواز توجيه الاتهام والادعاء قبل المتهم بناءً على ثبوت الجريمة قبله بواسطة تحليلات البصمة الوراثية، وهنا على القاضي أن يحكم على المتهم استناداً على البصمة الوراثية، وحدها بعقوبة تعزيرية.

٢- إثبات جرائم التعزير بالبصمة الوراثية:

لا خلاف في الفقه الإسلامي من الاعتماد على البصمة الوراثية باعتبارها من القرائن القاطعة في إثبات الجرائم التعزيرية في إثبات هذه الجرائم، وتأسيس الحكم بالعقوبة التعزيرية استناداً عليها وحدها، ذلك أن البصمة الوراثية تعد من أدلة الإثبات التي تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الجنائي، فإذا اقتنع يقينياً بها استند عليها في إثبات الجريمة والحكم بعقوبتها، أما إذا ساوره الشك ولم يطمئن وجدانه إلى نتائج تحليل البصمة الوراثية، حكم بالبراءة، وما ذلك إلا إعمالاً لمبدأ حرية القاضي الجنائي في الاقتناع.

ثالثاً- المشرع العراقي:

لم ينظم المشرع الجنائي العراقي أحكام البصمة الوراثية على نحو صريح، ومع ذلك يمكن للقضاء العراقي أن يؤسس أحكامه على البصمة الوراثية استناداً إلى مبدأ حرية القاضي الجنائي في الاقتناع الذي أقره في المادة (٢٢٣/أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة (١٩٧١م)، والتي نصت على أنه: "أن تحكم

المحكمة في الدعوى بناءً على اقتناعها الذي تكون لديها من الأدلة المقدمة في أي دور من أدوار التحقيق أو المحاكمة، وهي الإقرار أو شهادة الشهود.... والأدلة الأخرى المقررة قانوناً، إذن ووفقاً لهذا النص يمكن للمحكمة الجنائية أن تحكم بالدعوى بناءً على اقتناعها من مجمل الأدلة بما فيها البصمة الوراثية، كما أنه أجاز إمكانية اللجوء إلى فحص المتهم أو المجني عليه، وأخذ عينات بيولوجية منهم كلما كان ذلك ضرورياً ومفيداً للتحقيق، وذلك بموجب المادة (٧٠) من القانون ذاته، التي أجازت لقاضي التحقيق أو المحقق أن يرغم المتهم أو المجني عليه في جناية أو جناحة على التمكين من الكشف على جسمه، وأخذ عينات من دمه أو شعره أو أظافره، وغير ذلك مما يفيد التحقيق.

ووفقاً لما جاء في المادة (٧٠) نستنتج أن المشرع العراقي أجاز لقاضي التحقيق أو المحقق اللجوء إلى اعتماد البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، وهو ما يستفاد من عبارات النص التي تدل على ذلك، مثل: أخذ عينات من دمه أو شعره أو أظافره، والتي تفيد في تحليل البصمة الوراثية.

رابعاً- المشرع القطري:

يعد المشرع القطري أول مشرع عربي قنن أحكام البصمة الوراثية ونظمها بموجب القانون رقم (٩) لسنة (٢٠١٣ م) (١٢٣) بشأن البصمة الوراثية، وقد تضمن هذا القانون (١٢) مادة قُسمت على فصلين، ويمكن أن نستخلص من نصوص هذا القانون أن المشرع القطري كان سابقاً في مجال الاستناد إلى تقنية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، كما يعد استجابة ومواكبة من المشرع القطري للتطور الحاصل في هذا المجال، وهو ما ندعو معه التشريعات العربية الأخرى إلى اللحاق بركبه، وتقنين أحكام البصمة الوراثية بشكل صريح، لاسيما وأن الكثير من الدول العربية باتت تستخدم هذه التقنية في الواقع العملي.

وبالعودة إلى نصوص القانون القطري نجد أن ما يحسب له أنه لم يسرف في تحديد من يؤخذ العينات منه وحفظها، بل قصر ذلك على الحالات التي تخدم فكرة العدالة، إذ تنص المادة (٢) من القانون رقم (٩) لسنة (٢٠١٣ م) في شأن البصمة الوراثية القطري على أنه: "تُنشأ بوزارة الداخلية قاعدة بيانات البصمة الوراثية تلحق بإدارة المختبر الجنائي، وتخصص لحفظ البصمات الوراثية الناتجة عما يأتي:

(١٢٣) انظر: قانون رقم (٩) لسنة ٢٠١٣ الصادر بتاريخ ٢٠١٣/٩/١٨، الصادر من الديوان الأميري بتاريخ ١٤٣٤/١١/١٢ هـ الموافق ٢٠١٣/٩/١٨ م.

- ١- الأثر الحيوي الذي يضبط في محل الجريمة أو في أي مكان آخر.
 - ٢- العيّنة الحيوية التي تؤخذ من الأشخاص المشتبه في ارتكابهم أيّاً من الجرائم المنصوص عليها في المادة (٥) من هذا القانون.
 - ٣- العيّنة الحيوية المأخوذة من الجثث المجهولة.
 - ٤- العيّنة الحيوية التي تؤخذ من ذوي المفقودين، أو من المفقودين أنفسهم، بعد ظهورهم أو العثور عليهم بغرض إثبات هويتهم.
 - ٥- العيّنة الحيوية التي تؤخذ من المجرمين الذين يتم إجراء بحث دولي عنهم، بناءً على موافقة النائب العام.
 - ٦- العيّنة الحيوية التي تؤخذ من أشخاص بناءً على قرار من المحكمة المختصة؛ كما تنص المادة (٤) من القانون ذاته على أنه: "يتم أخذ العينات الحيوية المنصوص عليها في المادة (٢) من هذا القانون وإجراء فحص البصمة الوراثية العائدة إليها من جهة المختصين المكلفين بذلك، وتسجيلها، بناءً على قرار من الوزير أو المحكمة المختصة أو النائب العام".
- غير أن أكثر ما يؤخذ على المشرّع القطري افتراضه أن مجرد إمتناع المتهم عن إعطاء العيّنة اللازمة قرينة على ارتكاب الجريمة، حيث نصت الفقرة الأخيرة من المادة سالفة الذكر على أنه: "ويعتبر إمتناع المتهم عن إعطاء العينة اللازمة، قرينة على ارتكابه الجريمة المنسوبة إليه، ما لم يثبت العكس".
- كما يؤخذ على هذا القانون التناقض بين نص المادة (١/٤) والمادة (٥)، ويظهر ذلك من خلال أن المادة (١/٤) حددت الجهات التي يجوز لها أخذ عيّنة حيوية وفحصها وتسجيلها بناءً على قرار الوزير أو المحكمة المختصة أو النائب العام، بينما قررت المادة (٥) أن تسجيل بيانات الأشخاص المطلوب حفظ بصماتهم الوراثية في قاعدة بيانات البصمة الوراثية بناءً على طلب سلطات جمع الاستدلالات والتحقيق والمحاكمة.
- ومما يؤخذ على هذا القانون أيضاً أن المادة (٥/٥) أجازت أن يكون أخذ العينات الجينية أو حفظها في قواعد البصمة الوراثية في أية جرائم أخرى بخلاف المنصوص عليها في القانون، وذلك بناءً على قرار من النائب العام، وهذا التوسع منتقد؛ لأنه لا مبرر له، خاصة وأن التفويض التشريعي يضم النص بالعيب الدستوري؛ لأنه يعني تنازل من المشرع عن سلطته، وفي مجال وثيق الصلة بحقوق وحرّيات الأفراد.

خامساً - المشرّع الكويتي:

المشرّع الكويتي أصدر القانون رقم (٧٨) لسنة (٢٠١٥م) في شأن البصمة الوراثية عدّ البصمة الوراثية بموجبه من قبيل البحث والتفتيش، وألزم كافة الأشخاص الخاضعين للقانون إعطاء العيّنة اللازمة لإجراء الفحص، إذ نصت المادة (٤) من القانون على أنه: "لا يجوز للأشخاص الخاضعين لأحكام هذا القانون الامتناع عن إعطاء العيّنة اللازمة لإجراء الفحص، متى طلب منهم ذلك وخلال الموعد المحدد لكل منهم، وتلتزم كافة جهات وأجهزة الدولة بمعاونة المختصين على أخذ العينات الحيوية اللازمة".

ونصت المادة (٥) من القانون ذاته على أنه: "للجهات المختصة بالتحقيق والمحاكمة الاستعانة بقاعدة بيانات البصمة الوراثية في الأمور الآتية:

- تحديد ذاتية مرتكب الجريمة وعلاقته بها.
- تحديد ذاتية المشتبه بهم والتعرف إلى ذويهم.
- تحديد أشخاص الجثث المجهولة.
- أية حالات أخرى تقتضيها المصلحة العليا للبلاد أو تطلبها المحاكم أو جهات التحقيق المختصة".

ومن خلال النصين سالف الذكر نجد أن المشرّع الكويتي قد سن قانوناً خاصاً بالبصمة الوراثية بيّن فيه كافة الأحكام المتعلقة بمشروعيتها ومجالات العمل بها وحجبتها في الإثبات الجنائي.

يؤخذ على القانون الكويتي أنه أهدر تماماً حق الإنسان في الخصوصية عندما أخضع كافة أفراد المجتمع من مواطنين ومقيمين لفحص البصمة الوراثية، وإنشاء بنك للبصمة الوراثية يتضمن بصمات كافة أفراد المجتمع الكويتي، وقد طعن بعدم دستورية هذا القانون وحكمت المحكمة الدستورية بعدم دستوريته في شهر أكتوبر (٢٠١٧م).

سادساً - المشرّع الجزائري:

المشرّع الجزائري أصدر قانوناً خاصاً باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية، خوّل بمقتضى المادة الرابعة منه وكلاء الجمهورية وقضاة التحقيق وقضاة الحكم الأمر بأخذ عينات بيولوجية وإجراء تحاليل وراثية عليها وفقاً للأحكام المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية، كما أجاز ذلك لضباط الشرطة القضائية عند إجراء التحريات بعد الحصول على إذن مسبق من السلطة القضائية

- المختصة، وحدد القانون في المادة الخامسة الأشخاص الذين يجوز أخذ العينات البيولوجية منهم لغرض الحصول على البصمة الوراثية وهم:
- الأشخاص المشتبه في ارتكابهم جنایات أو جنح ضد أمن الدولة أو ضد الأشخاص أو الآداب العامة أو الأموال أو النظام العمومي أو الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة المخدرات أو قانون مكافحة تبييض الأموال وتمويل الإرهاب أو أي جنایة أو جنحة أخرى، إذا رأت الجهة القضائية المختصة ضرورة ذلك.
 - الأشخاص المشتبه في ارتكابهم اعتداءات على الأطفال أو المحكوم عليهم نهائياً من أجل هذه الأفعال.
 - ضحايا الجرائم.
 - الأشخاص الآخرون الموجودون بمكان الجريمة، لتمييز آثارهم عن آثار المشتبه فيهم.
 - المحبوسون المحكوم عليهم نهائياً بعقوبة سالبة للحرية لمدة تزيد على ثلاث سنوات؛ لإرتكابهم إحدى الجرائم المذكورة أعلاه.
 - الأشخاص الذين لا يمكنهم الإدلاء بمعلومات حول هويتهم بسبب سنهم أو بسبب حادث أو مرض مزمن أو إعاقة أو خلل نفسي أو أي خلل في قواهم العقلية.
 - المتوفون مجهولو الهوية.
 - المفقودون أو أصولهم وفروعهم.
 - المتطوعون".
- وهكذا يتضح لنا أن المشرع الجزائري حسم أمره وقرر الإستناد إلى البصمة الوراثية وحدها للحكم بالإدانة أو البراءة.

المطلب الثاني

مدى حجية البصمة الوراثية أمام القضاء الجنائي

من خلال استعراض موقف بعض التشريعات في المطلب السابق اتضح لنا جلياً أن تلك التشريعات - باستثناء المشرع الكويتي والقطري والجزائري - وإن لم تنص صراحة على البصمة الوراثية كدليل إثبات في الدعوى الجنائية، إلا أنه لم يرد بها ما يمنع القضاء الجنائي من الاستناد إلى البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي؛ لأن تلك التشريعات أعتنقت مبدأ حرية القاضي الجنائي في الإقتناع، ما يعني أن القاضي الجنائي حر في بناء عقيدته من أي دليل يراه، طالما كان الدليل مشروعاً ومستمداً من خلال إجراءات صحيحة ومطابقة للقانون وأقتنع به وأطمأنت نفسه إليه، وإن كان

المشرّع القطري والمشرّع الكويتي والجزائري قد حققوا قفزة نوعية، وذلك بسن قانون خاص بالبصمة الوراثية كما رأينا، وحبذا لو اقتدى المشرّع في الدول العربية الأخرى بهم ونص صراحة على الأخذ بالبصمة الوراثية.

ولما كان القضاء الجنائي بشقيه (قضاء التحقيق وقضاء الحكم) يهدف من أي عملية قضائية إلى تحقيق غاية تتمثل بالوصول إلى كشف الحقيقة، من خلال الوقوف على حقيقة الجريمة كما وقعت بالفعل لا كما قد يصورها الأطراف، فإن هذه الحقيقة لا يمكن تصور الوصول إليها إلا بواسطة البحث والتدقيق والتمحيص عنها وثبوتها وإسنادها مادياً ومعنوياً قبل مقترف الجريمة^(١٢٤).

وقد خول القانون الجنائي القاضي سلطات واسعة في مجال البحث والتحري عن كل ما يسهم في كشف ملبسات الجريمة ونسبتها إلى مقترفها بواسطة أي دليل يصلح للإثبات الجنائي بما في ذلك البصمة الوراثية كما منحه القانون صلاحية تقدير القيمة التدليلية للدليل والتحقق والتثبت منه والإقتناع به من عدمه^(١٢٥).

وتأسيساً على ما سبق ولمعرفة حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي سوف نتناول في هذا المطلب بيان موقف القضاء العربي من البصمة الوراثية ومدى حجيتها أمامه سواء في مرحلة التحقيق أم في مرحلة المحاكمة، ومعرفة مدى جواز الاستناد إليها في الإثبات الجنائي في الجرائم المختلفة.

أولاً- حجية البصمة الوراثية في مرحلة التحقيق الابتدائي:

يجيز القانون لسلطة التحقيق القيام بأي إجراء تراه ضرورياً لكشف الحقيقة والوصول إلى مقترف الجريمة ويعدّ من أهم هذه الإجراءات الإنتقال ومعاينة مسرح

(١٢٤) بلولهي مراد: الحدود القانونية لسلطة القاضي الجزائري في تقدير الأدلة، رسالة نيل درجة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة باتنة، ٢٠١١م، ص ١٩. أشار إليه ماينو جيلاني: الإثبات بالبصمة الوراثية - دراسة مقارنة - أطروحة دكتوراه في القانون الخاص مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة أوبكر بالقايد تلمسان-الجزائر، ٢٠١٤-٢٠١٥م، ص ٣٤٤.

(١٢٥) تنص المادة (٣٢١) من القانون أ ج ي على أنه: "١- لا إدانة إلا بناءً على أدلة. ٢- تقدير الأدلة يكون وفقاً لاقتناع المحكمة في ضوء مبدأ تكامل الأدلة فلا يتمتع دليل بقوة مسبقة في الإثبات) كما نصت المادة (٣٢٢) منه على أنه: "لا يجوز إثبات أي واقعة ترتب مسؤولية جزائية على أي شخص إلا عن طريق الأدلة الجائزة قانوناً وبالإجراءات المقررة قانوناً".

وتنص المادة (٣٢٦) منه على أنه: "يجوز للمحكمة أثناء سير المحاكمة ولو لم يقدم لها طلب أن تقرر من تلقاء نفسها سماع شهود جدد أو ندب خبراء أو الإطلاع على مستندات وغير ذلك من الأدلة".

الجريمة، والمعaine تتصب حول إثبات حالة الأشخاص والأماكن والأشياء المتصلة بالجريمة وكل ما يلزم إثبات حالته^(١٢٦).

والمعaine تتمثل إجراءً أساسياً في مرحلة التحقيق، إذا تمت بصورة سريعة واتسمت بالوضوح والشمول لكل تفاصيل مسرح الجريمة، بحيث تعكس صورة واضحة وحقيقية لكل ما يتصل بالواقعة الإجرامية، ولذلك فهي تعد من الأدلة القوية التي تظمن إليها سلطة التحقيق، لأنها تنقل صورة الجريمة كما وقعت وتضعها بين يدي المحقق كما تسمح بالتعرف إلى مكان اقتراف الجريمة وأوصافه ومحتوياته وما يتصل به من آثار مادية قد تفصح عن شخصية المتهم، ومن هذه الآثار المرفوعة من مسرح الجريمة، أو جسم وملابس المجني عليه أو ما أستعمله الجاني، أو خلفه في مسرح الجريمة، ومن تلك الآثار البيولوجية: (كالدّم والشعر والبول والبقع المنوية واللعباب)، قد تستخلص البصمة الوراثية ومقارنتها مع البصمة الوراثية للمتهم^(١٢٧).

وبناءً على الأدلة التي يتم جمعها بما فيها البصمة الوراثية يمكن لسلطة التحقيق أن توجه الاتهام وإسناد التهمة إلى متهم معين بصورة رسمية، سواء بصفته فاعلاً أصلياً أم مسهماً تبعياً في ارتكاب الجريمة، وللاآثار البيولوجية المرفوعة من مسرح الجريمة دوراً قوياً في توجيه التهمة إلى شخص محدد، إذا تبين لسلطة التحقيق أن هذه الآثار المرفوعة من مسرح الجريمة وبعد أن تم إجراء التحليلات والفحوصات عليها، كشفت عن بصمة وراثية مطابقة لبصمة شخص معين، ففي هذه الحالة يكون لسلطة التحقيق توجيه التهمة إلى هذا الشخص باقتراف الجريمة محل التحقيق بالاعتماد على الدليل المستمد من البصمة الوراثية، غير أن هذا لن يتأتى ويتحقق إلا في الدول التي يوجد لديها بنك وقاعدة بيانات للبصمة الوراثية الخاصة بالمجرمين، إذ عن طريق مقارنة البصمة الوراثية التي استخلصت من الآثار التي عُثر عليها في مسرح الجريمة مع البصمات الخاصة بالمجرمين الموجودة في بنك البصمة الوراثية يمكن بسهولة الوصول إلى صاحب تلك البصمة.

ومع ذلك فإن البصمة الوراثية التي عُثر عليها في مسرح الجريمة ليست دليلاً مباشراً وقاطعاً على اقتراف صاحبها للجريمة محل التحقيق، فكل ما يمكن أن تدل عليه هو وجود صاحب البصمة في مسرح الجريمة، ولذلك فإن البصمة الوراثية تفيد في تحديد شخصية صاحب البصمة، ولكنها لا تفيد أنه مقترف الجريمة، بل تثير

^(١٢٦) انظر: نص المادة (٨٩) من قانون الاجراءات الجنائية البحريني.

^(١٢٧) إبراهيم صادق الجندي: الطب الشرعي في التحقيقات الجنائية، مركز الدراسات والبحوث، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، ط١، ٢٠٠٠م، ص١٤٧.

شكاً لدى سلطات التحقيق بأنه مقترفها، ويزول هذا الشك بمجرد قيام صاحب البصمة بتبرير سبب وجوده في مسرح الجريمة، أما إذا عجز عن تبرير سبب وجوده ونفي التهمة فإن البصمة الوراثية تكفي سلطة التحقيق لتوجيه الاتهام له باقتراف الجريمة، وهكذا تعدُّ البصمة الوراثية دليلاً مباشراً على وجود صاحب البصمة في مسرح الجريمة، ودليلاً غير مباشر على اقترافه للجريمة^(١٢٨).

وتأسيساً على عد البصمة الوراثية دليلاً كافياً لتوجيه الاتهام إلى صاحب البصمة الوراثية، فإنه يترتب على توجيه الاتهام أنه يجوز لسلطات التحقيق اتخاذ كافة الإجراءات القانونية المحددة بالقانون ضد المتهم، بما في ذلك الإجراءات الماسة بالحرية، مثل: الضبط والإحضار والقبض والحبس الاحتياطي وكذلك الإحالة إلى المحكمة، ذلك أن البصمة الوراثية تعدُّ قرينة على وجود صلة بين صاحبها وبين الجريمة المقترفة، طالما عجز عن إيجاد سبب معقول على وجوده في مسرح الجريمة، مما يجيز لسلطة التحقيق اتخاذ كافة إجراءات التحقيق قبله، ومن ثم تكون لها حجية في اتخاذ كافة تلك الإجراءات تجاه المتهم^(١٢٩).

وهكذا يتجلي لنا أثر دليل البصمة الوراثية في الأوامر والقرارات التي تصدر عن سلطات التحقيق بما فيها توجيه الاتهام وأوامر الضبط والإحضار والقبض والحبس الاحتياطي، وكذلك قرارات التصرف بالتحقيق بالإحالة إلى المحكمة.

ثانياً- حجية البصمة الوراثية في مرحلة المحاكمة:

خلصنا إلى أنه لا يوجد ما يمنع من الاستناد إلى البصمة الوراثية وحدها لتوجيه الاتهام إلى الشخص الذي تطابقت بصمته الوراثية مع البصمة المتخلفة من تحليل الآثار البيولوجية المرفوعة من مسرح الجريمة، ولكن ما هي القوة التدليلية للبصمة الوراثية أمام القاضي الجنائي؟ وهل يجوز للقاضي الجنائي الاعتماد عليها في الحكم بالإدانة أو البراءة؟ سنجيب على هذه التساؤلات فيما يأتي:

١- من المتفق عليه أن تحليلات البصمة الوراثية تدخل ضمن أعمال الخبرة، فهي مسألة فنية لا يملك القاضي -مهما اتسعت معارفه وخبراته الميدانية والقانونية-

(١٢٨) د. أبو الوفا محمد أبو الوفا إبراهيم: مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقهاء الإسلاميين، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠١٦م، ص ٥١.
(١٢٩) انظر: المواد (١٣٦-١٤٢) من قانون الإجراءات الجنائية البحريني.

الخبرة الكافية للقيام بها؛ لأنها تحتاج إلى خبرات نوعية متخصصة، ولهذا فيقوم بمثل هذه المسائل الفنية أشخاص محددون يملكون الخبرة العميقة فيها^(١٣٠).

وهنا يجد القاضي نفسه ملزماً بالاستعانة بأهل الخبرة مثلاً لتحديد مصدر عينات الدم أو البول التي عثر عليها في مسرح الجريمة، أو البقع المنوية التي عثر عليها على ملابس المجني عليها، فتحديد هذه العينات لا يمكن أن يتحقق إلا عبر تحليلات البصمة الوراثية، وهذه مسألة فنية بحتة لا يتقنها القاضي، وتدخل ضمن اختصاص خبراء البصمة الوراثية التي يعد الفصل فيها لازماً للحكم في الدعوى^(١٣١).

ولذلك أجاز القانون للقاضي الجنائي عند بحثه عن الدليل اللجوء إلى الخبراء إذا ما صادفته مسألة فنية بحتة من أجل الاستيضاح حولها، وتقديم المشورة التي تساعد على الفصل في الدعوى، فالقاضي الجنائي دوره إيجابي في الإثبات الجنائي، وهو ملزم بالتحري وتمحيص الدعوى ووقائعها بنفسه بما يمكنه من تكوين عقيدته، وتعزيز قناعته الشخصية للحكم^(١٣٢).

فالمادة (٢٣٨) من قانون الإجراءات الجنائية البحريني تنص على أنه: "للمحكمة سواء من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب الخصوم أن تعين خبيراً أو أكثر في الدعوى"

ومن هذا النص يُلاحظ أن مسألة ندب خبير أو أكثر يدخل في نطاق السلطة التقديرية للقاضي، وإذا قُدّم إليه طلب من الخصوم بندب خبير له الخيار في القبول أو الرفض، غير أن هذه السلطة مقيدة عندما يتصل الأمر بمسألة فنية بحتة لا يستطيع القاضي الفصل فيها بنفسه من غير الاستعانة بأهل الخبرة، وفي هذه الحالة يكون القاضي ملزماً بندب خبير، حتى من غير طلب من أحد^(١٣٣).

(١٣٠) عبد الخالق الصلوي: حجية الخبرة في الإثبات الجنائي، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، ط ١، ٢٠٠٩م، ص ٥٧.

(١٣١) الشارف لوحيشي مفتاح أبو دينه: البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة عين شمس، ٢٠١٤م، ص ٣٤٦.

(١٣٢) للمزيد من التفاصيل حول الخبرة ومبدأ الإقتناع القضائي راجع: عبدالله بن سعود أبو داسر: إثبات الدعوى الجنائية، رسالة ماجستير مقدمة إلى قسم السياسة الشرعية في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤٣٤هـ، ص ٣٢ وما بعدها؛ رعد فجر الراوي: مبدأ اقتناع القاضي، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، العراق، مجلد ١، العدد ٣، ٢٠١٢؛ ضياء عبدالله الجابر: القناعة القضائية في الإثبات الجنائي، بحث منشور في مجلة جامعة كربلاء للحقوق، المجلد ٣، العدد ١٣، ٢٠١٥م، ص ١٦٤ وما بعدها.

(١٣٣) الدكتور عبدالرؤف مهدي: شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، مطبعة نادي القضاة، القاهرة، ٢٠٠٣م، ص ٤٢٩.

وفي هذا السياق استقر قضاء النقض المصري على أنه لا يجوز للقاضي الجنائي أن يحل نفسه محل الخبير في المسائل الفنية التي لا يستطيع البت فيها لوحده بحكم تكوينه القانوني، حيث قضت محكمة النقض في حكم لها بأنه: "على أن المحكمة لا تلزم بالالتجاء إلى أهل الخبرة إلا فيما يتعلق بالمسائل الفنية البحتة التي يتعذر عليها أن تشق طريقها فيها"^(١٣٤).

وفيما يتعلق بسلطة القاضي في قبول أو رفض تقرير الخبير، فقد اختلف الفقه حول هذه المسألة، فيذهب رأي فقهي^(١٣٥) إلى ضرورة تقييد القاضي بالنتائج التي تتمخض عن تحليل البصمة الوراثية والتي ضمّنها الخبير تقريره المقدم للقاضي، مبررين رأيهم بأن القاضي إذا رفض رأي الخبير فإنه يكون قد تناقض مع نفسه، بحيث يفصل بنفسه في مسألة سبق أن اعترف بعدم خبرته فيها كونها مسألة فنية بحتة خاصة مع التطور الهائل في مجال العلم الحديث الذي بدأ يطغى على مبدأ الاقتناع القضائي والذي جعل القول الفصل للخبراء^(١٣٦).

وبناءً عليه لا يمكن التسليم في هذا العصر بأن القاضي هو خبير الخبراء، خاصة وهو عصر الأدلة العلمية التي يقف القاضي عاجزاً عن الإلمام بفروع المعرفة والعلم كافة، فالتخصص في المهن المختلفة أصبح أمراً في غاية الأهمية؛ ولذا أصبحت الاستعانة بالخبير أمراً ضرورياً لتحقيق العدالة الجنائية، ومؤدى ذلك أنه إذا خلص العلم إلى رأي قاطع في مسألة فنية، فما على القاضي إلا الأخذ بما انتهى إليه رأي الخبير العلمي في تلك المسألة، كما هو الحال في البصمة الوراثية^(١٣٧).
بينما ذهب رأي آخر^(١٣٨) إلى أن مبدأ الاقتناع القضائي يمد سلطانه على كافة الأدلة من غير استثناء ومن بينها الخبرة، إذ إن تقرير الخبير هو مجرد رأي في شأن دليل إثبات ومن ثم فإن للقاضي سلطة تقدير القيمة التدلالية لتقرير الخبير.

^(١٣٤) نقض ٣ مارس ١٩٧٥م، مجموعة أحكام النقض، السنة ٢٦، ص ٢٠٧؛ ونقض ١٩ يناير ١٩٨٢م، مجموعة أحكام النقض، السنة ٣٣، ص ٣٧.

^(١٣٥) محمد لطفي عبدالفتاح: القانون الجنائي واستخدامات التكنولوجيا الحيوية، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، ٢٠١٠م، ص ١٨٣؛ خروفا غانية: سلطة القاضي الجنائي في تقدير الخبرة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة قسنطينة، الجزائر، ٢٠٠٩م، ص ١٢١.

^(١٣٦) بلوهمي مراد: مرجع سابق، ص ٧٥؛ جازية جبريل شعيتو: السياسة الجنائية في مواجهة الهندسة الوراثية للجنس البشري، أطروحة دكتوراة مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة عين شمس، ٢٠١١م، ص ٥١٥.

^(١٣٧) عبدالخالق الصلوي: مرجع سابق، ص ٤٣٢.

^(١٣٨) بلوهمي مراد: مرجع سابق، ص ٧٥.

وما ذهب إليه الرأي الأول ليس صحيحاً على إطلاقه؛ لأن القول بانعدام تقدير القاضي الجنائي لتقرير الخبير لدليل البصمة الوراثية هو قول غير دقيق ويخلط بين أمرين: يتعلّق الأمر الأول بالقيمة العلمية القاطعة للبصمة الوراثية، بينما يتعلّق الأمر الثاني بالظروف المحيطة بالعينات الجينية التي استخلصت منها البصمة الوراثية وكيفية رفعها، فتقدير القاضي لا يتضمن الأمر الأول على أساس أن البصمة الوراثية تنهض على أسس علمية دقيقة تخرج عن دائرة اختصاص القاضي ويتعذر عليه الإلمام بها، فهي مسألة فنية بحتة، ومن ثم فلا يملك القاضي حرية مناقشة الحقائق العلمية، أما الظروف والملابسات التي أحاطت بعينات البصمة الوراثية وكيفية رفعها من مسرح الجريمة أو غيره وتحديد مدى صلتها بالواقعة (محل الدعوى)، فإنها من صميم عمل القاضي وتخضع لتقديره، ومن ثم يكون في مقدوره طرح دليل البصمة الوراثية عندما يتضح له عدم اتساقه مع ظروف الواقعة وملابساتها رغم قطعية الدليل من الناحية العلمية، ذلك أن مجرد توفر دليل البصمة الوراثية لا يعني أن القاضي ملزم بالحكم بناءً عليه من غير بحث الظروف والملابسات الأخرى، فالدليل العلمي يخضع في النهاية لتقدير القاضي واقتناعه مثله مثل الأدلة الأخرى^(١٣٩).

فالخبرة ما هي إلا تعبير عن رأي الخبير الشخصي في مسألة فنية محددة، وهذا الرأي يخضع لمطلق تقدير القاضي لأنه المختص الوحيد في إصدار حكم فاصل في جميع عناصر الدعوى وجوانبها المختلفة، ولهذا يقال: إن الخبرة ما هي إلا عدسة مكبرة للأشياء، والقاضي له القدرة الصالحة التي تمكنه بكل حرية من فحص الصورة التي يراها عبر العدسة وهل اصبغت واضحة، وعليه فهي لا تتمتع بقوة أو حجية خاصة في الإثبات، بل تعدّ دليل من أدلة الإثبات تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، ومؤدى ذلك أنه ليس مجبراً على التقيّد بما جاء بتقرير الخبرة لأنه في بعض الحالات يكون محلاً لأخطاء متعددة^(١٤٠).

ونحن نميل لهذا الرأي ونؤيده، لأن القاضي هو الخبير الأعلى في الدعوى الجنائية فهو خبير الخبراء، ومن ثم فهو الأقدر على تقدير ظروف الواقعة المرفوعة أمامه وملابساتها وتقدير أدلتها، ولذا فله مطلق الحرية في قبول الدليل المستمد من فحص عينات البصمة الوراثية، إذا ما اقتنع به، وله أن يطرحه، إذا لم يقتنع به، ولم تطمئن إليه نفسه عملاً بمبدأ حرية القاضي الجنائي في الاقتناع.

(١٣٩) الشارف لوحيشي مفتاح أبو دينه: مرجع سابق، ص ٣٤٩.

(١٤٠) خروفة غانية: مرجع سابق، ص ١٢٤.

يُثار التساؤل: هل يمكن للقاضي الاستناد إلى دليل البصمة الوراثية للحكم بالإدانة؟

بداية نقول إنه إذا كانت بعض التشريعات قد حسمت موقفها من حجية البصمة الوراثية في الحكم بالإدانة أو البراءة، وإمكانية الاستعانة بها كدليل مستقل في الإثبات، إلا أن الفقه الجنائي انقسم في هذه المسألة إلى رأيين، فهناك من يرى كفاية البصمة الوراثية وحدها للحكم بالإدانة، متى اقتنع القاضي بها، وهناك من يرى أنها لا ترقى إلى مرتبة الدليل، وإنما يجوز تعزيز الأدلة بها، وذلك على النحو الآتي:

أولاً- الرأي الأول: يذهب أنصار هذا الرأي إلى أنه يكفي الاستناد إلى دليل البصمة الوراثية للحكم بالإدانة متى اقتنع به القاضي مؤسسين ذلك على أن البصمة الوراثية تعدُّ قرينة أجاز القانون الاستناد إليها وحدها للحكم بالإدانة^(١٤١)، وليس هناك سند من القانون لحرمانه من الاستناد على الدلالة المستخلصة منها^(١٤٢)، وينهض هذا الرأي على الحجج الآتية:

- إن الدليل العلمي البيولوجي (البصمة الوراثية) باستناده على البحث العلمي والدراسات التقنية والعلمية المتقدمة، ووفق ضوابط معينة تنهض على أسس علمية^(١٤٣)، يمتاز بأنه أكثر تأثيراً على إقناع القاضي من الدليل المعنوي الذي يخضع لاحتمال إساءة الفهم أو عدم الدقة في الملاحظة أو سوء النية^(١٤٤)، وقد يخضع لمؤثرات نفسية كالإكراه أو الخوف أو الوعد والوعيد، بينما الدليل المادي لا يعرف هذه الاحتمالات، إذ إنه يقدم دلالة قاطعة ينعقد بها اليقين القضائي، ولذا يستند إليها القاضي بمفرده للحكم بالإدانة من غير أن تؤازره أدلة أخرى^(١٤٥).

(١٤١) محمد المدني بوساق: موقف الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية من استخدام البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، مركز الدراسات والبحوث، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٨م، ص ٤٢؛ محمد عمر محفوظ حسنينون: أثر الأدلة العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي - دراسة مقارنة على ضوء التشريع اليمني، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة النيل، ٢٠١٦-٢٠١٧م، ص ١٥٧.

(١٤٢) دكتور محمد أبو الوفا محمد: الكتاب ط ٢٠١٦م، مرجع سابق، ص ٧٢.

(١٤٣) ماينو جيلاني: مرجع سابق، ص ٣٥٧.

(١٤٤) محمد محي الدين عوض: الإثبات بين الإزدواج والوحدة في الجنائي والمدني في السودان، مطبوعات جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ٩٧٤م، ص ١٠٧، أشار إليه د. أبو الوفا محمد أبو الوفا، الكتاب، مرجع سابق، ص ٧٢-٧٣.

(١٤٥) ماينو جيلاني: مرجع سابق، ٣٥٨؛ محسن العبودي: القضاء وتقنية الحامض النووي (البصمة الوراثية)، بحث مقدم إلى المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي الذي عقد بأكاديمية نايف للعلوم الأمنية بالرياض للفترة من ١٢-١٣ نوفمبر ٢٠٠٧م، ص ٤١.

- الاستناد إلى البصمة الوراثية ورغم كونها حقيقة علمية لايتعارض مع مبدأ حرية القاضي في الاقتناع، ذلك أن التطور العلمي في مجال الكشف عن الأدلة العلمية الحيوية مثل البصمة الوراثية لا يعني أن دور القاضي في تقدير قيمة الدليل أصبح أقل^(١٤٦)، بل أن واقع الحال يؤكد أن مبدأ الاقتناع الحر السائد في مجال الإثبات الجنائي يقتضي إمكانية الاعتماد على قرينة البصمة الوراثية وحدها في الإثبات الجنائي، إذ أصبحت في ظل هذا المبدأ جميع الأدلة الجنائية مقبولة في الإثبات على حدٍ سواء بما فيها القرائن ولا مفاضلة بين دليل وآخر، وللقاضي أن يصل إلى الحقيقة من أي دليل، طالما اقتنع به وجدانه وأطمأنت إليه نفسه^(١٤٧).

- لقد أصبح القضاء يعتمد بشكل مضطرب على البصمة الوراثية كدليل إثبات للحكم بالإدانة، ومرد ذلك هو القبول العام لأهل الاختصاص للنتائج التي تمخضت عن استعمال البصمة الوراثية، وصدقية تلك النتائج، وحلها لكثير من القضايا التي كانت غامضة وعالقة في أروقة المحاكم، بل استند إليها في تبرئة الكثير من المتهمين الذين كانوا محبوسين بصورة خاطئة، كما أن فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين أجازوا العمل بها في الإثبات الجنائي للجرائم؛ نظراً لتحقيقها مقاصد الشريعة الغراء وعظم الفائدة التي حققتها^(١٤٨).

- يضاف إلى ما تقدم أن الاستناد إلى قرينة البصمة الوراثية كدليل وحيد للحكم بالإدانة يتماشى مع ما استقرت عليه أحكام القضاء، حيث قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "لا يصح أن ينعى على المحكمة أنها اعتمدت في قضائها على قرينة غير قاطعة في الإثبات، ما دامت هي قد محصت هذه القرينة، واطمأنت إلى كفايتها كدليل في الدعوى"^(١٤٩)، وقضت المحكمة العليا الليبية في حكم لها بقولها: "يكفي القاضي أن يؤسس قضاءه على قرينة من القرائن ما دام هذا الاستنباط سائغاً ومقبولاً ويؤدي عقلاً ومنطقاً إلى النتيجة التي انتهى إليها في قضائه"^(١٥٠).

الرأي الثاني: يذهب أنصار هذا الرأي إلى أن البصمة الوراثية لا ترقى إلى مرتبة الدليل، ومن ثم فلا يصح الاستناد إليها وحدها للحكم بالإدانة، وإنما يجوز

(١٤٦) ماينو جيلاني: المرجع السابق، ص ٣٥٨.

(١٤٧) الشارف لوحيشي: مرجع سابق، ص ٣٥٥.

(١٤٨) انظر: قرارات المجامع الفقهية الإسلامية السابق الإشارة إليها بشأن البصمة الوراثية.

(١٤٩) نقض مصري في ٨ يونيو ١٩٤٢م، مجموعة القواعد القانونية، الجزء ٥، ص ٦٧٣.

(١٥٠) جلسة ١٢ فبراير ١٩٧٦م، مجلة المحكمة العليا، السنة ١٢، ع ٤، يوليو ١٩٧٦م، ص ١٩٧.

ذلك إذا عززت بأدلة أخرى تعاضدها^(١٥١)، وقد استند أنصار هذا الرأي إلى جملة من الحجج أهمها:

- تعدُّ البصمة الوراثية طريقة حديثة لتحديد الشخصية، إلا أنها عرضة للنتائج المضللة إذا لم تستعمل بدقة، وتضل عرضة للعبث بها، ما جعلها مثاراً للكثير من الاعتراضات بشأنها، مثل: الاعتراضات المتعلقة بالتقنية المستخدمة في فحص عينات الدماء بسبب وجود بكتيريا تتكاثر على بقع الدماء الجافة، وتعمل على تكسير جزيئات الدم مما قد يؤدي إلى حدوث تباينات في المسافات البينية لحزم (الدنا) المفصولة، مما حدا ببعض المحاكم إلى طرح دليل البصمة الوراثية وعدم الأخذ به^(١٥٢).

- عدم صلاحية البصمة الوراثية لبناء الأحكام عليها وحدها، على أساس أنها تعدُّ من القرائن، والقرائن مهما كانت قوتها ودلائلها فإنها قاصرة، لأنها تنهض في الأساس على الاستنتاج وهو في الواقع يتأرجح بين الخطأ والصواب، وما دام احتمال الخطأ وارد ولو بنسبة بسيطة فإنه لا يجوز الإستناد إليها منفردة في الإثبات الجنائي وخاصة في أحكام الإدانة، لأن حكم الإدانة يجب أن يبنى على القطع واليقين، ولا يقين مع وجود الشك والترجيح^(١٥٣).

- لا يمكن لأحد القول بأن هناك دليل على جريمة وقعت إلا إذا كشف هذا الدليل بطريق قطعي عن مقترف الجريمة من غير حاجة إلى دليل آخر، ومؤدى ذلك أن الدليل هو الذي يؤدي إلى قدر كبير من الاقتناع لدى القاضي، بخلاف القرائن والدلائل؛ ونظراً لعدم كفايتها وحدها في الكشف عن الجاني بطريق قطعي ومباشر، فإنها تعدُّ أقل تأثيراً في الاقتناع المتولد عنها، ولذلك تصنف البصمة الوراثية من حيث قيمتها وتأثيرها على قناعة القاضي بأنها دليل ناقص، لأنها لا تكفي وحدها

(١٥١) محمد المدني أبو ساق: مرجع سابق، ص ٤٣.

(١٥٢) انظر: في ذلك محمد بن يحيى النعيمي، التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجيته في الإثبات، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض، مارس ٢٠٠٤م، المجلد ١٩، العدد ٣٧، ص ١٠٢.

(١٥٣) عادل عبد الحفيظ التومي: الدليل الفني والطب الشرعي، مجلة الأمن العام والقانون، كلية شرطة دبي، السنة ٢، ربيع الأول ١٤١٧هـ يوليو ١٩٩٦م، ص ٣٠٢؛ دكتور محمد زكي أبو عامر: الإثبات في المواد الجنائية، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، ١٩٨٥م، ص ١١٤؛ موسى مسعود أرحومة: حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة قار يونس، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، ط ١، ١٩٨٨م، ص ٨٠؛ أبو الوفا محمد أبو الوفا: الكتاب، مرجع سابق، ص ٧٣-٧٤.

لبناء اقتناع القاضي وبقينه وتأسيس حكمه ولذلك فتأثيرها في عقيدة القاضي مجرد إنشاء احتمال أو شبهة توفر موضوع الدليل^(١٥٤)، كما أن الاستناد على البصمة الوراثية وحدها للحكم بالإدانة يتعارض مع مبدأ قرينة البراءة الأصلية^(١٥٥) الذي يعدُّ مبدأً من المبادئ الأساسية في القانون الجنائي الذي يستلزم أن تبنى الأحكام الجنائية بالإدانة على الجرم واليقين لا على مجرد الظن والتخمين والاحتمال، كما يستوجب تفسير الشك لصالح المتهم^(١٥٦).

- لقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على عدم جواز الحكم بالإدانة في جرائم الحدود والقصاص بالبصمة الوراثية؛ وإنما يتم الحكم فيها بالدليل اليقيني والقطعي الذي لا يتسرب إليه الشك؛ لأن الشك يعني التردد بين احتمالين أو أكثر وهذا التردد يسقط العمل بالدليل، لأن الأصل المعمول عليه في إسناد الأحكام القضائية هو اليقين القضائي، وهو أعلى مراتب الإدراك الإنساني، فالأصل أن اليقين لا يزول بالشك والتخمين، والشك يجب أن يهدر ولا يبنى عليه حكم إدانة^(١٥٧).

ونحن بدورنا نميل إلى تأييد الرأي الأول بالنسبة إلى جواز الحكم بالإدانة بالاستناد إلى البصمة الوراثية وحدها في الجرائم كافة، باستثناء الحكم بالحد أو القصاص، فيجب أن يتوفر الدليل الشرعي اليقيني الذي أجمع فقهاء الشريعة السابقين والمعاصرين عليها، وكما أشرنا إليها سابقاً في ثنايا هذا البحث، والاستناد إلى البصمة الوراثية وحدها للحكم بالإدانة مشروط، بأن تكون قد روعيت كافة الإجراءات والضمانات والضوابط الشرعية والقانونية لمشروعية الأخذ بها كدليل كامل في الإثبات، ذلك أن البصمة الوراثية بما تمثله من حقيقة علمية تعطي للقاضي - وفقاً لمبدأ الاقتناع القضائي في الإثبات الجنائي السائد في كافة التشريعات الجنائية - الحق بالاستناد إليها وحدها للحكم بالإدانة أو البراءة متى اقتنع بها واطمأن إليها وجدانه وثبت له يقيناً قطعيها في تقرير الحكم الذي يراه مناسباً للجريمة محل الواقعة المعروضة عليه للفصل فيها، خاصة وقد لقيت هذه الوسيلة من وسائل الإثبات القبول العام من أصحاب الاختصاص، ويتم اللجوء إليها وفق ضوابط دقيقة وعن

^(١٥٤) دكتور أبو الوفا محمد أبو الوفا: الكتاب، المرجع سابق، ص ٧٥.

^(١٥٥) حول قرينة البراءة راجع يوسف بن إبراهيم الحصين، مبدأ الأصل في المتهم البراءة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٧م.

^(١٥٦) حول مبدأ الشك يفسر لمصلحة المتهم راجع إبراهيم بن محمد السليمان، مبدأ تفسير الشك لصالح المتهم، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، ص ٣٠.

^(١٥٧) وهبة الزحيلي: مرجع سابق، ص ٣١؛ إبراهيم بن محمد السليمان: المرجع السابق، ص ٣٤.

طريق خبراء متخصصين، ومؤهلين تأهيلاً عالياً ولهم خبرة وكفاءة عالية، وباع طويل في هذا المجال، إضافة إلى تمتعهم بالنزاهة، مع استعمال وسائل تقنية حديثة ومتطورة بهذا الخصوص مما يحول دون احتمالية الخطأ، والقاضي الجنائي من بعد ذلك كله خبير الخبراء، فله أن يأخذ بتقرير الخبير وله أن يطرحه جانباً إن لم تطمئن إليه نفسه ولم يرتاح إليه وجدانه.

غير أنه قد تبرز بعض الشبهات التي لا تتعلق بالبصمة الوراثية في ذاتها، وإنما قد تحوم حول الظروف والملابسات التي وجدت فيها البصمة الوراثية، ابتداءً من لحظة رفعها من مسرح الجريمة مروراً بحفظها وانتهاءً بتحليلها، والتي قد تدفع إلى العزوف عن الاستعانة بها لوحدها، إذ قد يقع الخطأ في أي مرحلة من هذه المراحل، بل قد يقع التضليل والتزوير والتحايل، فضلاً على أن البصمة دليل على وجود صاحبها في مسرح الجريمة، ولكنها ليست دليل على نسبة الجريمة إليه.

فهذه الشبهات وغيرها لا يمكن التسليم بها على إطلاقها، ويمكن تلافيها عن طريق تحري الدقة والموضوعية والحياد والاحترافية واتباع ضوابط محددة ودقيقة عند رفعها، وإخضاع إجراءات رفعها وتحليلها لضمانات تحول دون تحقق تلك الشبهات وتبديد المخاوف التي قد تثار في نفوس البعض من المشككين، وبما يضمن في النهاية مصداقيتها والوثوق بها كدليل كامل في الإثبات، فضلاً عن أن التسليم بتلك الشبهات يؤدي إلى إهدار الدليل، ووضع القاضي في موقف حرج وخاصة، إذا كانت البصمة هي الدليل الوحيد في الدعوى، وكان القاضي مطمئن النفس والوجدان إليه، وهذا سيؤدي إلى إفلات الكثير من المجرمين من الجزاء وإلحاق ضرر جسيم بالعدالة وإهدار الحقوق.

ولذا نهيب بالمشرّعين البحرينيين واليميني سن قانون البصمة الوراثية يتضمن أحوال وشروط وضوابط الاستعانة بها، وضمانات مشروعية الأخذ بها كدليل كامل في الإثبات، ويبين الشروط والإجراءات الواجب اتباعها عند رفعها من مسرح الجريمة وتحليلها وشروط الخبير الذي يجب الاستعانة به إلى القيام بتحليلات البصمة الوراثية، وغيرها من الضوابط والشروط والضمانات التي تبديد تلك الشبهات التي قد يثيرها البعض حول البصمة الوراثية.

الخاتمة

بعد أن خلصنا من هذا البحث بعون الله وتوفيقه، خلصنا إلى جملة من النتائج والتوصيات، نوجزها فيما يأتي:

أولاً- النتائج:

توصل البحث إلى العديد من النتائج لعل أهمها ما يأتي:

١- تُعدُّ البصمة الوراثية إحدى الوسائل العلمية في الإثبات الجنائي والمكتشفة حديثاً.

٢- تُعدُّ البصمة الوراثية من أدق الوسائل التي توصل إليها العلم الحديث لإثبات هوية الشخص وتمييزه عن غيره من أفراد البشرية، وهي وسيلة لا تكاد تخطئ، إذا أحسن رفع العينة الجينية، وتم تحليلها على يد خبراء أكفاء ومؤهلين.

٣- توصل البحث إلى أن التشريعات الغربية، قد قننت البصمة الوراثية، إما في نطاق قانون الإجراءات الجنائية، وإما في نطاق سن قوانين خاصة تنظم أحكام البصمة الوراثية، وأصبحت وسيلة معتمدة في إثبات كافة الجرائم بشروط معينة.

٤- توصل البحث إلى أن المشرّع العربي ما زال متردداً في سن تشريعات خاصة تنظم أحكام البصمة الوراثية، والاستفادة منها في الإثبات الجنائي، وأن كان القضاء في الدول العربية أصبح يستند إلى البصمة الوراثية في إثبات الجرائم معتمداً على مبدأ حرية القاضي في تكوين عقيدته من أي دليل يطرح أمامه للنقاش.

٥- توصل البحث إلى أن المشرّع القطري والمشرّع الجزائري والمشرّع الكويتي كانوا سابقين في مجال سن قوانين خاصة بتنظيم أحكام البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، وإن شاب تلك التشريعات بعض العوار والعيوب، مما حدا بالمحكمة الدستورية الكويتية للحكم بعدم دستورية قانون البصمة الوراثية الكويتي بسبب انتهاكه لحق الأفراد في الخصوصية الجينية.

٦- توصل البحث إلى أن الفقه الإسلامي لا يمانع من الاستفادة بالبصمة الوراثية في نطاق إثبات الجرائم التعزيرية، والحكم بهذا الدليل في نطاق تلك الجرائم، ورفض الحكم بالبصمة الوراثية في جرائم الحدود والقصاص، والمشرّع اليمني لم يخرج عن ذلك.

٧- توصل البحث إلى أن البصمة الوراثية هي من قبيل القرائن، وإنها عبارة عن عمل من أعمال الخبرة الجنائية.

٨- توصل البحث إلى أن البصمة الوراثية حقيقة علمية لا تقبل الخطأ، وإنما الخطأ وارد على إجراءاتها العلمية والفنية، بمعنى أن الخطأ وارد على الجهد البشري، وهذه الأخطاء قد تؤثر في مصداقية البصمة الوراثية وصحة نتائجها، ولكنها لا تقدر في القيمة الإثباتية للبصمة الوراثية، إذا ما تم اعتماد الضوابط والشروط التي تضمن عدم حصول الأخطاء البشرية.

٩- توصل البحث إلى أن البصمة الوراثية تُعد دليل إثبات مباشر على وجود صاحب البصمة الوراثية في مسرح الجريمة ودليل إثبات غير مباشر على نسبة الجريمة إليه.

١٠- توصل البحث إلى أن الإثبات الجنائي بالبصمة الوراثية تحكمه ضوابط وشروط وأسس يتعين مراعاتها في مختلف مراحل التعامل معها، لئتم التعامل مع الآثار البيولوجية التي يتم العثور عليها في مسرح الجريمة بدقة متناهية وحذر شديد.

١١- توصل البحث إلى أن استخدام البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، تعترضه بعض الصعوبات المرتبطة بحق الانسان في السلامة الجسدية، وحقه في الخصوصية الجينية، وأنه يمكن التغلب على تلك الصعوبات عن طريق التدخل التشريعي الصريح.

ثانياً- التوصيات:

خلص الباحث إلى جملة من التوصيات لعل أهمها ما يأتي:

١- يوصي الباحث المشرع العربي عموماً والمشرعين البحرين واليميني خصوصاً بضرورة مسايرة التطور العلمي، وتقنين أحكام البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي بقوانين خاصة، أو أفراد فصل خاص للإثبات بالبصمة الوراثية في قوانين الإجراءات الجنائية، ينظم فيه المشرع أحوال الاستعانة بالبصمة الوراثية في الإثبات الجنائي وضوابط وشروط التعامل مع الآثار البيولوجية في كافة المراحل بما يضمن حسن استخدامها، على أن يسند إصدار الأمر بإجراء تحليلات البصمة الوراثية للسلطة القضائية وحدها.

٢- نوصي الدول العربية عموماً ومملكة البحرين والجمهورية اليمنية خصوصاً، بإنشاء بنوك للبصمة الوراثية للاحتفاظ بالبصمات الوراثية، وقصر ذلك على البصمات الوراثية للمحكوم عليهم.

٣- نوصي الدول العربية عموماً ومملكة البحرين والجمهورية اليمنية خصوصاً بضرورة إرسال البعثات الطلابية للخارج لإعداد كوادر مؤهلة قادرة على التعامل بإحترافية مع الآثار البيولوجية وقادرة على إجراء تحليلات البصمة الوراثية.

- ٤- نوصي الدول العربية عموماً ومملكة البحرين والجمهورية اليمنية بضرورة إنشاء مختبرات حديثة لإجراء تحليلات البصمة الوراثية، بحيث لا تجري تحليلات البصمة الوراثية إلا في المختبرات التابعة للدولة فقط.
- ٥- نوصي المشرّع العربي عموماً والمشرّع البحريني والمشرّع اليمني بضرورة التدخل التشريعي؛ للتغلب على الصعوبات التي تعترض الإثبات بالبصمة الوراثية، وخاصة فيما يتعلق بما تثيره البصمة الوراثية من مساس بحق المتهم في السلامة الجسدية، وحقه في الخصوصية الجينية.
- ٦- نوصي بنشر الوعي بالأسس العلمية والفنية للبصمة الوراثية بين أوساط طلبة الحقوق والقضاة والمحامين وأعضاء النيابة العامة وأعضاء الضبط القضائي.
- ٧- نوصي بعدم اللجوء إلى الإثبات بالبصمة الوراثية إلا عند عدم وجود أدلة أخرى يمكن الاستناد إليها وفي جرائم تبلغ درجة من الجسامة.

المراجع

أولاً- المراجع العامة:

- (١) إبراهيم بن محمد السليمان: مبدأ تفسير الشك لصالح المتهم، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض.
- (٢) د. إبراهيم حامد طنطاوي: التحقيق الجنائي من الناحيتين النظرية والعملية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ١٩٩٩-٢٠٠٠م.
- (٣) إبراهيم صادق الجندي: الطب الشرعي في التحقيقات الجنائية، مركز الدراسات والبحوث، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، ط١، ٢٠٠٠م.
- (٤) ابن منظور: لسان العرب، ط٣، ج الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٩٩م.
- (٥) د. إبراهيم الغماز: الشهادة كدليل إثبات في المواد الجنائية، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨٠م.
- (٦) د. أحمد فتحي سرور: الحماية الجنائية للحق في الحياة الخاصة، دار النهضة العربية، ١٩٨٧م.
- (٧) د. أمال عبد الرحيم عثمان: شرح قانون الإجراءات الجنائية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٩١م.
- (٨) د. برهامي عزمي: الشرعية الإجرائية للأدلة العلمية - دراسة تحليلية لأعمال الخبرة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م.
- (٩) جازية جبريل شعيتير: السياسة الجنائية في مواجهة الهندسة الوراثية للجنس البشري، أطروحة دكتوراة مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة عين شمس، ٢٠١١م.
- (١٠) د. جميل عبد الباقي الصغير: أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢م.
- (١١) د. حسام الدين الأهواني: أصول القانون، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٨٨م.

- ١٢) د. خالد عبدالله العلي: تطور البحث والتحليل المختبري وأثره في الإثبات المدني والجنائي، بحث مقدم إلى المنتدى القضائي الثاني، رئاسة المحاكم الشرعية، المكتب الفني، دولة قطر، ١٩٩٩م.
- ١٣) خروفة غانية: سلطة القاضي الجنائي في تقدير الخبرة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة قسنطينة، الجزائر، ٢٠٠٩م.
- ١٤) د. رؤوف عبيد: مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، بدون، ١٩٨٩.
- ١٥) د. رمسيس بهنام: الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٤م.
- ١٦) د. رمسيس بهنام: البوليس العلمي أو فن التحقيق، منشأة المعارف، إسكندرية، ١٩٩٩م.
- ١٧) د. سامي صادق الملا: اعتراف المتهم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩م.
- ١٨) سعدي ابو جيب: القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، ط ١، دار الفكر، سوريا، ١٩٩٨م.
- ١٩) د. شهاد هانبل البرشاوي: الشهادة الزور من الناحيتين القانونية والعلمية، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨١م.
- ٢٠) عادل عبد الحفيظ التومي: الدليل الفني والطب الشرعي، مجلة الأمن العام والقانون، كلية شرطة دبي، السنة ٢، ربيع الأول ١٤١٧هـ يوليو ١٩٩٦م.
- ٢١) عبد الخالق الصلوي: حجية الخبرة في الإثبات الجنائي، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، ط ١، ٢٠٠٩م.
- ٢٢) د. عبد الرؤوف مهدي: حدود حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته، بدون دار نشر، ١٩٨٣م.
- ٢٣) د. عبد الرؤوف مهدي: شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، مطبعة نادي القضاة، القاهرة، ٢٠٠٣م.
- ٢٤) عبدالله بن سعود أبو داسر: إثبات الدعوى الجنائية، رسالة ماجستير مقدمة إلى قسم السياسة الشرعية في جامعة محمد بن سعود الإسلامية، ١٤٣٤هـ.
- ٢٥) د. فوزية عبد الستار: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ١٩٨٥م.
- ٢٦) د. فوزية عبد الستار: شرح قانون الإجراءات الجنائية وفقاً لأحدث التعديلات، دار النهضة العربية، القاهرة، ج ١، ط ٣، ٢٠١٠م.
- ٢٧) د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي: أدلة مسرح الجريمة، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر.
- ٢٨) د. مأمون محمد سلامة: الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار الفكر العربي، ج ٢، ١٩٨٨م.
- ٢٩) د. مأمون محمد سلامة: الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ج ١، ١٩٩٢م.
- ٣٠) د. مأمون محمد سلامة: الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ج ٢، ٢٠٠٠م.

- ٣١) د. محمد بلحاج عمر: التقنيات الحديثة وطرق الإثبات في القانون المدني التونسي، المعهد الأعلى للقضاء، تونس، ١٩٩٧م.
- ٣٢) د. محمد زكي أبو عامر: الإثبات في المواد الجنائية، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، ١٩٨٥م.
- ٣٣) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩م.
- ٣٤) يوسف بن إبراهيم الحصين، مبدأ الأصل في المتهم البراءة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٧م.
- ٣٥) القاموس المحيط: مادة "البصم"، ط٦، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٩٨م.
- ٣٦) المعجم الوجيز: مجمع اللغة العربية، شركة الإعلانات الشرقية، مصر، ١٩٨٠م.

ثانياً: المراجع المتخصصة:

- ١) إبراهيم بن سطم العنزي: البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ٢٠٠٤م.
- ٢) د. أبو الوفاء محمد أبو الوفاء: مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون المنعقد في كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات للفترة من ٥-٧ مايو ٢٠٠٢م، مجموعة أعمال المؤتمر، المجلد الثاني.
- ٣) د. أبو الوفاء محمد أبو الوفاء إبراهيم: مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠١٦م.
- ٤) د. أسامة محمد الصلابي: مجالات البصمة الوراثية وحجيتها في الإثبات، بحث منشور في مجلة كلية الآداب بجامعة قاريونس، بنغازي، ليبيا، العدد ٣٥، السنة ٢٠١١م.
- ٥) د. أشرف توفيق شمس الدين، الجينات الوراثية والحماية الجنائية للحق في الخصوصية - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ط ٢، ٢٠١٦م.
- ٦) أريك لاندز: بصمة الدانا، العلم والقانون ومحقق الهوية الأخير، كتاب الشفرة الوراثية للإنسان، لدانيل كيفلس وليروى هود، ترجمة أحمد مستجير، مجلة عالم المعرفة، العدد ٢١٧، الكويت، ١٩٩٧م.
- ٧) الشارف لوحيشي مفتاح أبو دينه: البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة عين شمس، ٢٠١٤م.
- ٨) د. الهاني طابع: تكنولوجيا بصمة الحامض النووي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤م.
- ٩) توفيق سلطاني: حجية البصمة الوراثية في الإثبات - رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، ٢٠١٠-٢٠١١م.
- ١٠) د. حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد: البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات - دراسة مقارنة بين الفقهاء الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١١م.

- (١١) خليفة علي الكعبي: البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دار النفائس، الأردن، ٢٠٠٦م.
- (١٢) رعد فجر الراوي: مبدأ اقتناع القاضي، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، العراق، مجلد ١، العدد ٣، ٢٠١٢م.
- (١٣) د. زيد بن عبد الله بن إبراهيم آل قرون: البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات، بحث مقدم إلى مؤتمر القرائن الطبية المعاصرة وأثارها الفقهية المنعقد في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، في الفترة من ٨-٩ إبريل ٢٠١٤م.
- (١٤) د. سالم خميس الظنحاني: حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط١، ٢٠١٤م.
- (١٥) د. سعد الدين مسعد هلالي: البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية - دراسة فقهية مقارنة، مكتبة وهبة، القاهرة، ٢٠١٠م.
- (١٦) د. سعد الدين هلالي: البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، دراسة فقهية مقارنة، مجلس النشر العلمي، الكويت، ٢٠٠١م.
- (١٧) سه ركول مصطفى أحمد: البصمة الوراثية وحجيتها في إثبات النسب - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون بجامعة السليمانية، دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، ٢٠١٠م.
- (١٨) صفاء عادل سامي: حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ط١، ٢٠١٣م.
- (١٩) ضياء عبدالله الجابر: القناعة القضائية في الإثبات الجنائي، بحث منشور في مجلة جامعة كربلاء للحقوق، المجلد ٣، العدد ١٣، ٢٠١٥م.
- (٢٠) د. عبد الله عبد الغني غانم: دور البصمة الوراثية في مكافحة الجريمة، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون المنعقد في كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات في الفترة من ٥-٧ مايو ٢٠٠٢م، مجموعة أعمال المؤتمر، المجلد الثالث.
- (٢١) علي عبدالله مجيد حساني: البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات الجنائي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة النهدين، بغداد، ٢٠١٤م.
- (٢٢) د. علي محي الدين القرة داغي: البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، بحث مقدم إلى المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته السادسة عشرة المنعقدة في مكة المكرمة للفترة من ١-٥ أكتوبر ٢٠٠٢م.
- (٢٣) د. عمر الشيخ الأصم: التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجيتها في الإثبات، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، المنعقد في كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات في الفترة من ٥-٧ مايو ٢٠٠٢م، المجلد الرابع.
- (٢٤) د. فهد بن نائف الطريسي: البصمة الوراثية ودورها الإثباتي في نظام العدالة الأمريكي، بحث منشور في مجلة جامعة الملك سعود، الرياض، المجلد السابع والعشرون، الحقوق والعلوم السياسية (١)، يناير ٢٠١٥م.

- ٢٥) د. فواز صالح: دور البصمة الوراثية في القضايا الجزائية - دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٣، العدد الأول، ٢٠٠٧م.
- ٢٦) ماينو جيلاني: الإثبات بالبصمة الوراثية - دراسة مقارنة - أطروحة دكتوراه في القانون الخاص مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة أبو بكر بالقايد تلمسان-الجزائر، ٢٠١٤-٢٠١٥م.
- ٢٧) محسن العبودي: القضاء وتقنية الحامض النووي (البصمة الوراثية)، بحث مقدم إلى المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي الذي عقد بأكاديمية نايف للعلوم الأمنية بالرياض للفترة من ١٢-١٣ نوفمبر ٢٠٠٧م.
- ٢٨) محمد أحمد غانم: الجوانب القانونية والشرعية للإثبات الجنائي بالشفرة الوراثية DNA، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٠م.
- ٢٩) محمد المدني بوساق: موقف الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية من استخدام البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، مركز الدراسات والبحوث، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٨م، العدد ٤٢.
- ٣٠) محمد بن يحيى النعيمي: التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجبه في الإثبات، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض، مارس ٢٠٠٤م، المجلد ١٩، العدد ٣٧.
- ٣١) محمد لطفي عبدالفتاح: القانون الجنائي واستخدامات التكنولوجيا الحيوية، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، ٢٠١٠م.
- ٣٢) محمد عمر محفوظ حسنينون: أثر الأدلة العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي - دراسة مقارنة على ضوء التشريع اليمني، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة النيل، ٢٠١٦-٢٠١٧م.
- ٣٣) مضاء منجد مصطفى: دور البصمة الجينية في الإثبات الجنائي في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ٢٠٠٧م.
- ٣٤) موسى مسعود أرحومة، حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة قار بونس، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، ط١، ١٩٨٨م.
- ٣٥) د. نجم عبد الله عبد الواحد: البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب إثباتاً ونفيًا، بحث مقدم إلى دورة المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة السادسة عشر المنعقدة في مكة المكرمة في الفترة من ٥-١٠ يناير ٢٠٠٢م.
- ٣٦) د. وهبة مصطفى الزحيلي: البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، بحث مقدم إلى الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة في مكة المكرمة للفترة من ٥-١٠ يناير ٢٠٠٢م.
- ٣٧) أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، التي عقدتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في الكويت للفترة من ١٣-١٥ أكتوبر ١٩٨٨، ج٢، ٢٠٠٠م.



السياسة التشريعية في تعويض الدولة للمجني عليه (دراسة مقارنة)

الدكتورة/ داليا قدرى أحمد عبد العزيز *

المخلص:

يناقش هذا البحث موضوعاً هاماً، يدور حول تعويض المجني عليه، عن الأضرار التي أصابت حقاً أو أكثر من حقوقه، جراء الجريمة، وتعرض هنا لدور الدولة في تعويض المجني عليهم، والمطالبات الفقهية لأن تتدخل الدولة بالتزام تفرضه على نفسها، وقوام هذا الالتزام تعويض المجني عليهم، وأساس هذا الالتزام، ونعرض للسياسة التشريعية في التشريعات المقارنة، ومدى اختلاف التشريعات في النظر إلى هذا الأمر، ما بين موسع للالتزام الدولة، وبين مضيق له يحصره في بعض أنواع الجرائم، كما يتعرض البحث لأصحاب الحق في التعويض، على اختلاف النهج التشريعي، ونعرج أخيراً لدور المجني عليه في الجريمة (تلوث المجني عليه)، وكذا علاقته بالجاني، وكيف يؤثر هذا الدور وهذه العلاقة على حق المجني عليه في التعويض، كما وكيفاً.

الكلمات المفتاحية: السياسة التشريعية - تعويض الدولة - أساس التزام الدولة بالتعويض - دور المجني عليه في الجريمة.

* أستاذ القانون الجنائي المساعد - جامعة المستقبل - المملكة العربية السعودية.



Legislative Policy on State Compensation for the Victim (A Comparative Study)

Dr. Dalia Kadry Ahmed Abdelaziz *

Abstract:

This research discusses the important issue of compensating the victim for the damage caused to one or more of his rights because of the crime, and we expose here to the role of the state in compensating the victims and the jurisprudential claims that the state interferes with the obligation it imposes on itself, and the basis of this commitment, and we present the legislative policy in the comparative legislation, and the extent of the legislation in the consideration of this matter, between the broad commitment of the state, and between the Strait, which he enumerates in some types of crimes, as the research is subjected to the right to compensation on different legislative approaches, Role of the victim in the crime (pollution of the victim), as well as its relationship to the offender, and how this affects the role of this relationship and the right of the victim to compensation, quantitatively and qualitatively.

Keywords: Legislative Policy – State Compensation – The Basis of the State's Obligation to Compensate – The Victim's Role in the Crime.

*Assistant Professor in Criminal Law – Mostaqbal University - The Kingdom of Saudi Arabia.

مقدمة

أولاً- تحديد الموضوع وعرض المشكلة:

اهتم الباحثون والمشتغلون في المجال القانوني اهتماماً كبيراً بحقوق المتهم وضماناته، وحرصوا على تأكيدها، وأتاحوا له كل الفرص للدفاع عن نفسه، وذلك على سندٍ من القول بأنه يعد الطرف الضعيف في الرابطة الإجرائية بعد اتهامه، وهو ما حدا بالتشريعات المقارنة في تقييد حريات وحقوق المجني عليه باعتباره الخصم المقابل للمتهم، ومن ثم حرمانه من بعض حقوقه الأساسية نتيجة لهذا التزيد لصالح المتهم، وكان موضوع تعويض المجني عليه يقف دائماً بالمرصاد للمشرع الجنائي، حتى أنه أولاه عناية خاصة، وخرج عن الأصل في القواعد العامة، بأن جعل للمجني عليه حقوقاً في الدعوى الجنائية، عن طريق إقامته دعوى مدنية تابعة للدعوى الجنائية يطلب فيها التعويض من الجاني أو المسؤول عن الحقوق المدنية، وينظرها القاضي الجنائي؛ تيسيراً للمجني عليه، ولكن قد يدقُّ الأمر حينما يتعذر تعويض المجني عليه من الجاني، ويصبح مستحيلًا، وذلك إما لإعسار الجاني أو موته أو هربه، أو لأي سبب يستحيل التعويض معه للمجني عليه من الجاني.

لذا كان بحثنا منصباً حول البحث عن ملتزم يقوم بتعويض المجني عليه، وكان هذا الملتزم هو الدولة، وكان بحثنا أيضاً في هذا الالتزام وأساسه، وطبيعته، وكذلك توقفنا عند نوعية الجرائم التي تلتزم الدولة بتعويض الجاني فيها، وهو ما أخذنا إلى الدساتير والتشريعات الجنائية المقارنة، للبحث في السند التشريعي لهذا الالتزام؛ ليقف جنباً إلى جنب مع أساس تبني الدولة هذا الالتزام، كما كان لنا أن نقف ونتريث لنتساءل عن أسباب إقدام أو إحجام بعض التشريعات عن هذا الالتزام، بما فيها الأسباب القانونية والواقعية، كما توقفنا عند دور المجني عليه كطرف في الجريمة، وكيف يتأثر تعويضه بمساهمته في الجريمة من عدمها، وكذلك العلاقة التي قد تربط المجني عليه بالجاني، وكيف تؤثر على حقه في التعويض.

ثانياً- أهمية البحث:

تتمثل أهمية البحث في المساهمة في وضع لبنة مهمة في علم المجني عليه، الذي أصبح الباحثون فيه، يتجاوزون دور المجني عليه في الجريمة، إلى البحث في

حقوقه، وأهم حقوقه هي التعويض، ولطالما كان تعويض المجني عليه مسألة تؤرق ضمير المجتمع كله؛ لتعذر تعويضه من الجاني، لذا تتبع أهمية البحث من إيجاد ملتزم مليء لتعويض المجني عليه كملتزم احتياطي، وفي جرائم معينة يكون هو الملتزم، (وهو الدولة)، والبحث عن السند التشريعي، لإعادة كفة الميزان إلى نصابه، وضماناً لبعض حقوق المجني عليه التي أهدرتها الجريمة.

ثالثاً- هدف البحث:

هو المشاركة في جعل موضوع تعويض الدولة للمجني عليه مطروحاً على بساط البحث، ومناقشة النقاط العملية التي تعرقل هذا الالتزام، من خلال استعراض للتشريعات المقارنة، والخروج ببعض التوصيات التي تدفع هذا الموضوع لوضعه حيز التنفيذ.

رابعاً- منهج البحث:

ننتهج في بحثنا منهجاً تحليلياً بالرجوع للأسانيد القانونية والفقهية، وتحليلها، وكذلك منهجاً مقارناً للفقه الوضعي والتشريعات الجنائية، وكل تشريع ذي صلة بموضوع البحث.

خامساً- خطة البحث:

وقد تناولنا هذا الموضوع في النقاط الآتية:

مطلب تمهيدي: التطور التاريخي لمطالبة الدولة بتعويض المجني عليه.

المبحث الأول: أساس التزام الدولة بالتعويض وطبيعته وضماناته.

المطلب الأول: طبيعة التزام الدولة بالتعويض.

المطلب الثاني: ضمانات التزام الدولة بالتعويض.

المطلب الثالث: الجرائم محل التعويض وحدود التزام الدولة للوفاء به وضمانات الوفاء.

المبحث الثاني: أصحاب الحق في التعويض ودور المجني عليه في التأثير على حقه.

المطلب الأول: أصحاب الحق في التعويض.

المطلب الثاني: مدى تأثير دور المجني عليه على حقه في التعويض.

مطلب تمهيدي

التطور التاريخي للمطالبة بتعويض الدولة للمجني عليه

واقع الأمر أننا لا نزايد على الحقيقة إن قلنا إن فكرة قيام الدولة بتعويض المجني عليه هي فكرة قديمة قدم الأنظمة القانونية، ففي عصر حمورابي ظهر هذا الالتزام من الدولة في جرمي السرقه والقتل، وذلك حال عدم معرفة الجاني أو هروبه وعدم القبض عليه، فقد جاء في المادة ٢٣ من قانون حمورابي أنه: "في حالة ارتكاب جريمة السرقه وعدم معرفة مرتكبها، يلتزم الحاكم الذي ارتكبت السرقه في مقاطعته بتقديم التعويض للمجني عليه عما سُرِق منه من مال، بعد أن يُعلن عن المسروق أمام الآلهة"^(١).

ويلاحظ أنه على المجني عليه أن يتبع إجراءات شكلية للحصول على التعويض، وهي أن يعلن عما فقده رسمياً، وحينئذ تقوم المدينة بتعويضه، والملاحظ أن النص اقتصر على جريمة السرقه، ولعلها أكثر الجرائم شيوعاً.

كما أن الشريعة الإسلامية من أقدم الأنظمة القانونية التي انتهجت هذا المبدأ، إذ قررت مبدأ التزام العاقلة بالدية، وجعلت من الدولة ضامناً للتعويض في الحالات التي يتعذر فيها على المجني عليه الحصول على تعويض من الجاني أو من عاقلته. وعلى مستوى الفقه فقد نادى جيرمي بنتام أحد أقطاب المدرسة التقليدية الأولى بضرورة قيام الدولة بتعويض الضحايا، إن تعذر تعويضهم من الجاني، وتبع بنتام في هذا الصدد فقهاء المدرسة الوضعية الإيطالية إنريكو فيري في كتابه "علم الاجتماع الجنائي"، وذلك بأن تضمن تعويض الدولة للمجني عليه، على أن تعود الدولة على الجاني بعد ذلك بمقدار ما دفعته من تعويض، كما نادى جاروفالو في كتابه "علم الإجرام" بضرورة قيام الدولة بتعويض الضحايا عن طريق إنشاء صندوق لهذا

(١) د/أحمد شوقي عمر أبو خطوة، تعويض المجني عليهم عن الأضرار الناشئة عن جرائم الإرهاب، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٥م، ص ١٧.

الغرض، ويمول من عائدات العقوبات المالية، وذلك حال عجز الضحية عن الحصول على تعويض من الجاني^(٢).

كما أنه في سنة ١٨٧١م قدم في بلاد المكسيك مشروع قانون نوادي فيه بموجب أن تتحمل الدولة دفع التعويض للمجني عليهم في الجريمة، وقد جاءت أحكام هذا التعويض في المادة ٣٦١ من المشروع التي كانت تنص على أن الدولة عليها واجب تعويضهم، ويتم ذلك عن طريق صرف التعويض من مجموع الغرامات التي استحصلت عليها الدولة تنفيذاً للعقوبات المالية، وكانت الغرامات بدلاً من أن تدخل الخزينة العامة للدولة مع الموارد الأخرى تتجه لمعالجة أحوال ضحايا الجريمة وإصلاحها من نتائج الجريمة وآثارها^(٣).

وقد أصدر المُشرِّع الكوبي عام ١٩٣٨م قانون الدفاع الاجتماعي، وألغى بموجبه قانون العقوبات الإسباني القديم الذي ظل مطبقاً في كوبا منذ سنة ١٨٧٩م، وقد تبنى المُشرِّع في هذا القانون الجديد فكرة تأسيس صندوق عام؛ لتعويض المجني عليهم، تمويله يكون من المبالغ التي تحصل عليها الدولة من التعويضات الخاصة بالدعاوى المدنية التي تحكم فيها المحاكم لصالح الدولة على الغير، وكذلك مجموع الغرامات التي تحكم بها المحاكم الجنائية، وأيضاً اقتطاع نسبة من أجر السجين عن العمل الذي يؤديه خلال فترة الحكم لصالح الدولة، كما يمول الصندوق من الهبات والعطايا الممنوحة من مختلف المؤسسات وقيمة الأموال المتحصلة والفوائد التجارية التي تدرها رؤوس الأموال التي تستثمرها إدارة الصندوق في الأعمال التجارية، وثمان الأدوات المستعملة في الجرائم بعد مصادرتها وبيعها.

(٢) د/ أحمد عبد اللطيف الفقي، الدولة وحقوق ضحايا الجريمة، تطبيق على ضحايا جرائم الإرهاب، وجرائم الإيدز بسبب نقل الدم، الطبعة الأولى، دار النشر للنشر والتوزيع، ٢٠٠٣م، ص ٦٤، ٦٥.

(٣) Stephen Schafer: Compensation and Restitution to Victims of Crime, Second Edition, Enlarged -1970 Patterson Smith N.J, U.S.A, P.124.

وكان من وظائف هذا الصندوق دفع التعويض الذي تحكم به المحكمة المدنية إلى المجني عليه بالإضافة إلى تحمل كافة المصاريف التي تكبدها المجني عليه، وهو بصدد مقاضاة الجاني للتعويض عن الجريمة، وأية مصروفات أخرى دفعها المضرور في الدعوى المدنية الناجمة عن الفعل الجنائي^(٤).

وقد صار مبدأ التزام الدولة بالتعويض من المبادئ التي يسعى المدافعون عن حقوق المجني عليهم إلى تطبيقها في القوانين الوضعية الحديثة، وذلك بعد أن ثبت تعذر حصول المجني عليه على تعويض عادل من الجاني للعديد من الأسباب^(٥)، وقد نجحت هذه المحاولات في بعض الأنظمة القانونية مع بدايات النصف الثاني من القرن الماضي، وذلك بعد بدء الاهتمام بدراسة المجني عليه بعده أحد أقطاب الجريمة^(٦)، وقد كان لهذه المحاولات التي بدأت منذ أواخر القرن التاسع عشر أثراً كبيراً في لفت الأنظار إلى هذا الموضوع الشائك^(٧)، وقد قامت حركة الدفاع عن حقوق المجني عليهم بالتركيز على أن حق المجني عليه في التعويض قد يكون نظرياً في أغلب الأحيان؛ ذلك لأن التطبيق العملي لهذا الحق يقتضي أن يكون الجاني معروفاً وأن تثبت مسؤوليته، وأن يكون قادراً على دفع التعويض، وأنه إذا تحقق واحداً من هذه الشروط، فقد يتخلف الباقي أحياناً أخرى، فيتعذر على المجني عليه اقتضاء التعويض المستحق.

(4) Stephen Schafer: Compensation and Restitution to Victims of Crime, P.70.

(٥) د/ محمد محمود مصطفى، حقوق المجني عليه في القانون المقارن خارج الدعوى الجنائية والمدنية، بحث منشور في أعمال المؤتمر "حقوق المجني عليه في الدعوى الجنائية"، مصر، ١٩٨٩م، إصدارات دار النهضة العربية، ١٩٩٠م، ص٤٣٨، ٤٣٩.

(٦) د/ صالح السعد، علم المجني عليه "ضحايا الجريمة"، الطبعة الأولى، دار صفاء للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٩م، ص١٢١.

(٧) د/ أحمد شوقي عمر أبو خطوة، تعويض المجني عليهم عن الأضرار الناشئة عن جرائم الإرهاب، المرجع السابق، ص١٨.

وتعد الجمعية الدولية لقانون العقوبات هي أول من أثارت مسألة تعويض المجني عليه، وذلك على المستوى الدولي في مؤتمرها الحادي عشر، وكان هذا مقدمة لتطورات شهدتها المجتمع الدولي بخصوص تعويض المجني عليه، وكان مؤتمر الجمعية الدولية لقانون العقوبات الحادي عشر المنعقد في بودابست عام ١٩٧١م، وكذلك الحلقة التحضيرية التي عقدت في "فريبورج" - ألمانيا الغربية عام ١٩٧٣م تمهيداً لانعقاد المؤتمر الأساسي للجمعية الدولية لقانون العقوبات حول الموضوع نفسه وهو تعويض المجني عليه - له أثر كبير في دفع حركة الدفاع عن حقوق المجني عليه، وكيفية ضمان اقتضاء حقه في التعويض^(٨)، وأوصت اللجنة الوزارية في المجلس الأوروبي عام ١٩٧٧م، بضرورة التزام الدولة بتعويض المجني عليه حال عدم إمكانية تعويضهم من الجاني^(٩)، كما أن أول مؤتمر عربي للفقهاء الإسلاميين - والذي عُقد في تونس عام ١٩٧٤م - ناقش المسألة نفسها وبحث في المبدأ الإسلامي "لا يظل دم في الإسلام"^(١٠)، كما ناقش المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي عام ١٩٩٨م، مسألة تعويض الدولة للمجني عليه، وأوصى المؤتمر بالالتزام الدولة بتعويض المجني عليه وأسرته حال وفاته أو عجزه، إذا لم تصل العدالة للفاعل^(١١).

(٨) المزيد من التفاصيل حول هذه المؤتمرات انظر: د/ يعقوب حياتي، تعويض الدولة للمجني عليهم في جرائم الأشخاص (دراسة مقارنة في علم المجني عليه)، رسالة دكتوراه، جامعة الاسكندرية، كلية الحقوق، ١٩٧٧م، ص ٩٩ : ص ١١٤.

(٩) د/ زكي زكي حسين زيدان، حق المجني عن التعويض عن ضرر النفس في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، مصر، بدون سنة، ص ١٩٠.

(١٠) د/ محمود محمود مصطفى، حقوق المجني عليه في الإجراءات الجنائية في الشريعة والقانون، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، العدد الثاني، ١٩٨٧م، ص ٣.

(١١) المؤتمر الثالث للقانون الجنائي، توصيات المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي المتعلق بحقوق المجني عليه في الإجراءات الجنائية، مصر، ١٩٨٩م، ص ٦١١.

وكان لأنصار فكرة تعويض الدولة للمجني عليهم العديد من الحجج التي أُثيرت في هذه المؤتمرات، وكذلك كان لها العديد من الخصوم، الذين كانت لهم أيضاً أفكارهم التي يدحضون بها فكرة التزام الدولة بالتعويض، وكان من أهم حجج الفريق المؤيد لالتزام الدولة بتعويض المجني عليه أن الدولة وقد حظرت على المجني عليه أن يقيم العدالة بنفسه، وأخذت على عاتقها هذه المهمة، فإن العدالة ليست فقط في عقاب الجاني، ولكن في تعويض المجني عليه أيضاً، وهذا الالتزام الأخير ليس مرجعه فقط قانونياً، وإنما يعود إلى واجب اجتماعي يشعر فيه المجتمع بأن ذلك هو من أهم واجبات الدولة، فليس من المنطقي أن تمد الدولة مظلتها لتظل المرضى والعجزة والمصابين في الكوارث والمتعطلين عن العمل، ولا تفعل ذلك مع المضرورين من الجرائم، وليس من المنطقي أيضاً أن تتبارى المؤتمرات في الانعقاد لتقرير حقوق جديدة للجنة المحكوم عليهم لضمان حسن معيشتهم في السجون، وما إلى ذلك، ولا تفعل ذلك مع المضرورين من الجرائم، هذا بالإضافة إلى أن المساواة بين المجني عليهم في الجرائم تقضي بأن يتم تعويضهم من الدولة، فلا يختلف حظهم إذا كان الجاني معروفاً أو مجهولاً، محبوساً أو طليقاً، معسراً كان أم موسراً، بل إن الدولة هي التي أسهمت في إفسار الجاني بفرض عقوبات مالية تحول دون حصول المجني عليه على التعويض، هذا إلى جانب رمزية الأجر الذي تدفعه للسجين بما لا يتناسب مع ما يقوم به من عمل في أثناء قضاء عقوبته، وأنه كان من الممكن تخصيص هذه المبالغ لتعويض المجني عليهم في الجرائم، وذلك إذا قامت الدولة بإيداع حصيلة الغرامات وما يتحصل من المصادرة في صندوق خاص تصرف منه التعويضات، ومنح السجين أجر مناسب لعمله مع خصم جزء منه للوفاء بتعويض المجني عليه^(١٢).

(١٢) انظر في حجج المؤيدين د/ محمود محمود مصطفى، حقوق المجني عليه في القانون المقارن، المرجع السابق، ص ١٩٢-١٣٠، د/ يعقوب حياتي، المرجع السابق، الموضوع السابق.

أما خصوم فكرة تعويض الدولة للمجني عليهم في الجرائم فيذهبون إلى أنه لا مبرر لتمييز الأضرار التي تسببها الجرائم عن غيرها من الأضرار التي تسببها الحوادث التي يتعرض لها الأفراد في حياتهم اليومية، فالدولة تقدم ضمانات كافية لرعاية الأفراد في حالات المرض والعجز، فلا ضرورة لتنظيم خاص بحالات الإصابة أو المرض الناجم عن الجريمة^(١٣)، فضلاً عن أن الدولة تتيح للمضور إقامة دعواه المدنية أمام المحاكم الجنائية، بالإضافة إلى أن نظام التأمين أتاح للأشخاص التأمين على أموالهم ضد أخطار الجريمة، كما أن ازدياد التزامات الدولة في الحياة المعاصرة تجعل من المتعذر عليها إعطاء الأولوية لتعويض المجني عليهم في الجرائم، وهذا لا يتحقق إلا بالنسبة إلى الدول الغنية (وهي قلة)، كما أن تعويض الدولة للمجني عليهم من شأنه أن يضعف الإحساس بالمسؤولية لدى الجناة، غير أن ما رد عليه بخصوص ما يثيره خصوم فكرة تعويض الدولة للمجني عليه من اعتراضات كان أهمها أن مسؤولية الدولة عن تعويض المجني عليه احتياطية وليست أصلية، ففائدة هذا النظام لا تقتصر على تعويض المجني عليهم، وإنما هو وسيلة لتنظيم العلاقة بين الجاني والمجني عليه، إذ يسمح هذا النظام للمحكوم عليه بأن يدفع ما عليه من التزام بالتعويض مقسماً على أقساط، ويكون فعله هذا محل اعتبار عند الإفراج عنه تحت شرط أو عند الحكم برد اعتباره، وعلى هذا فإن العمل بهذا النظام لا يعني حلول الدولة محل الجاني في المسؤولية والوفاء بالتعويض، وإنما الدولة مجرد ضامن للتعويض بالسرعة المطلوبة لما سببته الجريمة من أضرار، على أن تتقاضى الدولة ما دفعته من الجاني أو المسؤول عن الحقوق المدنية فيما بعد، ويمكن أن ينص في القانون على حق الدولة في الحلول محل المجني عليه للمطالبة أمام المحكمة الجنائية^(١٤)، وأياً كان الأمر فإن عيوب هذا النظام ليس من شأنها أن تقلل من أهميته

(١٣) د/ يعقوب حياتي، المرجع السابق، ص ٨٨.

(١٤) د/ يعقوب حياتي، المرجع السابق، ص ٨٧ وبعدها.

كفكرة عامة، ويكون لمشروع كل دولة أن يأخذ منها ما يناسبه ويراعي في تطبيقه الغرض من هذه الفكرة وهي تخفيف النتائج السلبية لعدم إمكانية تعويض المجني عليه من الجاني، وللمشروع ألا يقرره في كل الجرائم، فله أن يقصره على ما يقع منها على الأشخاص، وهذا ما سلكته معظم الدول التي تبنت هذا النظام في أوروبا وأمريكا الشمالية وأستراليا.

أما بالنسبة إلى التشريعات العربية فإن الفكرة مازالت بعيدة عن التشريع، وإن كانت تجد لها تطبيقات في بعض الدول العربية مرجعها التزام العاقلة بالدية.

ففي المملكة العربية السعودية جرى العمل على أن تلتزم الدولة بالدية عند عدم وجود عاقلة للجاني أو عسرها^(١٥)، بشرط أن يكون الجاني مواطناً سعودياً، فلا تقبل الدعاوى المرفوعة على بيت المال، إذا كان المتسبب فيها أجنبياً، (وهو أمر منطقي)؛ لأن الأجنبي لا تعد الدولة المقيم فيها عاقلته، بل هو أجنبي عنها يتحمل وزر نفسه، أو تتحمل عاقلته جريته، كما يلتزم بيت المال بالدية، إذا قتل شخص من المسلمين وجهل القاتل، أو إذا ترتبت الدية نتيجة خطأ الإمام والوالي وغيرهما من ولاة الأمر في مباشرتهم لعمل من أعمال وظيفتهم، أو إذا توجهت القسامة في قضية قتل، ونكل أولياء الدم عن الأيمان، ولم يرضوا أيمان المدعى عليهم^(١٦).

وفي ليبيا قرر المشرع مبدأ التزام الدولة بالدية في القتل الخطأ، إذا لم توجد عاقلة للجاني^(١٧)، كما أن هناك بعض النصوص الشارحة وردت في الدستور المصري والقانون الكويتي والجزائري، تشير إليها في حينه.

(١٥) تعميم سماحة رئيس القضاة رقم ٢٦٠ الصادر في ١٣٩٣/٩/٦هـ، والمشار إليه لدى: د/ هلال فرغلي هلال، النظام الإسلامي في تعويض المضرور من الجريمة، الطبعة الأولى، دار النشر بالمركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م، ص ١٥٩.

(١٦) تعميم سماحة رئيس القضاة رقم ٢٦٠ الصادر في ١٣٩٣/٩/٦هـ، والمشار إليه سابقاً.

(١٧) م ٥ من القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٤م بشأن أحكام القصاص والدية.

المبحث الأول

أساس التزام الدولة بالتعويض وطبيعته وضمائنه

يُقصد بالمسؤولية التي يترتب عليها التزام معين في الفقه القانوني بوجه عام السبب الذي من أجله يضع القانون عبء المساءلة أياً كانت مدنية أم جنائية على عاتق طرف آخر، عن فعله الخاطئ أو فعل غيره، وحين ننادي بقيام الدولة بتعويض المجني عليهم بسبب الجرائم، فلا بد أن هناك سبب يكمن وراء هذا الالتزام وهذه المطالبة، فما هو السبب الذي يبرر مسؤوليتها عن تعويض المجني عليهم في الجرائم؟ ثار خلاف في الفقه المنادي بمسؤولية الدولة عن تعويض المجني عليهم، فمنهم من أرجعه إلى أساس قانوني قوامه واجب الدولة في حماية الأفراد، ومنهم من أرجعه إلى أساس اجتماعي قوامه روح التكافل والتضامن بين الدولة والأفراد. وبناء عليه سنبحث في طبيعة التزام الدولة بالتعويض، فهل هو التزام أصلي يقع على عاتق الدولة أم أنه له طابع احتياطي؟ وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

أساس التزام الدولة بالتعويض

ينقسم الفقه في هذا الأساس إلى كون أساس التزام الدولة بالتعويض هو أساس قانوني، أو أساس اجتماعي، ونورد هذا الانقسام في الأساس كالاتي:

الفرع الأول

الأساس القانوني

يقصد بالمسؤولية القانونية التي ينشأ عنها التزام قانوني بالتعويض، ذلك النوع من المساءلة الذي تقضي به القواعد القانونية بسبب خطأ صدر من طرف، فأصاب طرف آخر بضرر، سواء كان مصدر الخطأ عقداً أم فعلاً ضاراً أم جريمة، وفي

مسألة أساس مسؤولية الدولة عن تعويض المجني عليهم يذهب بعض الفقهاء إلى أنها تعد مسؤولة عن تعويض ضحايا الجريمة للأضرار التي لحقت بهم، وهي بذلك ملزمة التزاماً قانونياً قبلهم، وهذا الالتزام يتسم بمواصفات خاصة تقره كثيراً من الالتزام الناجم عن الإخلال بالعقد والالتزام الناشئ عن العمل غير المشروع، وقد ساق أصحاب هذا الرأي تبريراً لرأيهم العديد من الحجج لتوضيح وجهة نظرهم، فهم يرون أنه لو قتل شخص في منطقة نائية بعيداً عن رقابة السلطات العامة، فإن لورثة القتل الحق من الناحية القانونية في مطالبة الدولة بتعويض جميع الأضرار التي نجمت عن قتل مورثهم، وذلك على أساس أن الدولة في هذا المثال قد قصرت في حماية القتل مما يستوجب معه مساءلتها عن هذا التقصير، ومن ثم يترتب عليها التزام قانوني بتعويضهم^(١٨).

ويستطرد أصحاب هذا الرأي فيقولون أن الفرد بموجب عقد ضمني مبرم بينه وبين الدولة ملتزم بأداء الضريبة المقررة عليه سنوياً إلى الدولة؛ وذلك لضمان قيام الدولة بأعبائها، ومنها حفظ الأمن ومكافحة الإجرام، وأنه حين تفشل الدولة في منع وقوع الجريمة ويصاب الفرد دافع الضريبة، فإن هناك قرينة قاطعة على إخلال الدولة بالعقد القائم بينها وبين الفرد، فتكون مسؤوليتها مدنية عقديّة وتقصيرية؛ لأنها قصرت من جانبها في اتخاذ الإجراءات كافة التي من شأنها منع الجريمة، تتشابه هذه المسؤولية التقصيرية مع مسؤولية الشخص عما هو في حراسته في القانون المدني^(١٩)، فتوجد بذلك مسؤوليتان (إحداها عقديّة والأخرى تقصيرية) لمصلحة الأفراد ضد الدولة، ويتابع أنصار هذا الرأي بقولهم: إن الأفراد فيما مضى كانوا مكلفين بحماية أنفسهم من الجريمة بمختلف الأساليب، إلا أنه في الدولة الحديثة تغير الحال،

(١٨) د/ يعقوب حياتي، المرجع السابق، ص ١٧٣.

(١٩) د/ محمود محمود مصطفى، حقوق المجني عليه في القانون المقارن، المرجع السابق، فقرة ٨٥، ص ١٣١.

فأصبحت مسألة الحماية وحمل السلاح مسموح فقط لرجال الدولة من المتولين حفظ الأمن، فعندما تقع الجريمة فإن هذا يدل على أن الدولة لم توف بالتزاماتها بحمايتهم من الجريمة، سيما وقد حرمت عليهم حمل السلاح وحماية أنفسهم، وأوكلت إلى نفسها هذه المهمة، ومن ثم يصبح من حق الأفراد بموجب ذلك مقاضاة الدولة ومطالبتها بالتعويض عن الأضرار تماماً، كما يقاضي المجني عليه الجاني أو المسؤول عن الحقوق المدنية عن التعويضات كافة؛ لجبر الضرر.

أولاً- نتائج الأساس القانوني:

يترتب على القول بأن أساس مسؤولية الدولة عن تعويض المجني عليهم هو أساس قانوني عدة نتائج، نجملها في أن التعويض الذي تدفعه الدولة للمجني عليهم أو لورثتهم بسبب وقوع الجريمة عليهم هو حق قانوني لهم مصدره الجريمة التي لم تستطع السلطات العامة الحيلولة دون حدوثها، وليس منحة أو هبة تقدمها لهم الدولة، ومن هنا لا يجب أن يتقيد دفعه بمدى حاجة المجني عليهم أو ورثتهم له^(٢٠).

كما أنه يجب على الدولة أن تدفع التعويض للمجني عليهم في كل أنواع الجرائم بلا تمييز سواء الجرائم الواقعة على الأشخاص أم الواقعة على الأموال، أم في الجرائم الماسة بالشرف والاعتبار؛ لأن القول بمسئوليتها عن التعويض يظهر في كل حالة ترتكب فيها الجريمة إذ إن مسئوليتها مبنية على التزام قانوني.

كما أن القول بأن مسؤولية الدولة عن تعويض المجني عليهم مؤسسة على التزام قانوني من شأنه أن يلقي على عاتقها التزاماً عاماً بالتعويض عن جميع أنواع الأضرار التي تحدثها الجريمة، تماماً مثلما يسأل الجاني أو المسؤول عن الحقوق المدنية، فالدولة هنا تعوض الضرر المالي أو الجسماني أو الضرر الأدبي، وأن الجهة التي يجب أن تحكم بالتعويض لابد - وفقاً لهذا الأساس القانوني - أن تكون جهة قضائية أي محكمة؛ لأن تقرير التعويض عن الأفعال الضارة بما فيها الجرائم من اختصاص

(٢٠) د/ محمود محمود مصطفى: المرجع السابق، ص ١٣١.

المحاكم المدنية أو المحاكم الجنائية التي تنظر الدعوى العمومية المرفوعة عنها الدعوى المدنية.

ثانياً - تقييم الأساس القانوني:

لم يحظ الرأي القائل بتأسيس مسؤولية الدولة عن تعويض المجني عليهم على أساس قانوني إلا بتأييد ضعيف، يكاد لا يذكر من جانب الفقه^(٢١).

والواقع أن القول بأن التزام الدولة بالتعويض قائم على أساس قانوني، هو قول يبنى على افتراض غير واقعي، إذ لا يصح الافتراض بأن على الدولة واجباً مطلقاً وعماماً في حماية كل فرد على حدة في جميع الظروف من مخاطر الجريمة؛ ذلك لأنه لا يمكن لأية سلطة، مهما بلغت من القوة والنفوذ أن تضمن مثل هذه الحماية، وأنه إذا عمدت الدولة إلى تجريم حيازة الأسلحة، فلا يعني ذلك قيام مسؤوليتها المطلقة عن حمايتهم^(٢٢)، فهي بتجريم حيازة الأسلحة تقيهم من المخاطر التي ينطوي عليها التصريح لهم بحيازتها، أما التزام الدولة بحماية الأفراد لا يعدو كونه التزاماً يفرض عليها أن تعمل قدر جهدها على تهيئة الظروف الملائمة للعيش الآمن على أراضيها، فهو التزام ببذل عناية وليس تحقيق نتيجة، وأنه إذا كان التزام الدولة عن تعويض المجني عليهم التزاماً قانونياً، فإنه يبنى عليه التعويض عن جميع الجرائم وجميع أنواع الأضرار وهو أمر يجافيه المنطق، فليس من المعقول أن تعوض الدولة الأفراد عن جرائم ماسة بالاعتبار إذا قام شخص بسب وقذف شخص آخر، كما أنه ليس من الطبيعي أن تعوض الدولة المجني عليه عن جميع أنواع الأضرار وكأنها هي الفاعل، فالأصل أن المسؤولية شخصية.

(21) The University of Chicago Law Review, Comments Compensation for Victims of Crime, Vol.33, 1956-1966, P.539.

(22) د/ محمد أبو العلا عقيدة: تعويض الدولة للمضروب من الجريمة (دراسة مقارنة في التشريعات المعاصرة)، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٨م، ص ٣١.

الفرع الثاني

الأساس الاجتماعي لالتزام الدولة بالتعويض

يرى أصحاب الرأي الذي يؤسس التزام الدولة بالتعويض على أساس اجتماعي، أن الالتزام لا يعدو كونه التزاماً اجتماعياً يجد أساسه في دواعي التضامن الاجتماعي التي تحكم الوظيفة الاجتماعية للدولة، فهذا الالتزام لا يختلف عما يقع على الدولة من واجب يفرض عليها تحسين أوضاع الفئات الاجتماعية التي تقتضي ظروفها الخاصة أن تشملهم الدولة برعاية متميزة كالعمال والعجزة والمرضى والعاطلين والمصابين في الكوارث الطبيعية، وقد بات من اللازم أن يمتد هذا الواجب إلى رعاية ضحايا الجريمة الذين تحول الظروف دون حصولهم على تعويض عن الأضرار التي يصابون بها، والدولة حين تفعل ذلك إنما تفعله بمقتضى إحساس اجتماعي في مواجهة الأفكار ومنها خطر الجريمة^(٢٣).

أولاً- نتائج الأساس الاجتماعي:

أن الدولة ملزمة ببذل ما في وسعها من عناية للحيلولة دون وقوع الجريمة، فإذا وقعت، تعين عليها أن تعمل على ملاحقة الجاني ومحاكمته بوضعه تحت طائلة العقاب، والزامه بتعويض المجني عليه، فإن عجزت عن الوصول إليه أو تبين أنه معسر، لم يبق عليها سوى التزام أدبي بتعويض المجني عليه باعتبار وظيفتها الاجتماعية في مساعدة المضرورين، وتقديم يد العون للمحتاجين^(٢٤).

كما أن تأسيس التزام الدولة بالتعويض على أساس اجتماعي يتيح لها مكنة قصره على أضرار معينة دون غيرها أو على جرائم محددة دون سواها، كما يبرر تقييدها للتعويض بقيود أخرى كوضع حد أقصى لقيمته أو ربط استحقاقه بحاجة طالبه

(٢٣) د/ محمود محمود مصطفى: المرجع السابق، ص ١٣٣.

(٢٤) د/ محمد أبو العلا عقيدة: تعويض الدولة للمضرور من الجريمة، (دراسة مقارنة في التشريعات المعاصرة)، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٨م، ص ٣١.

إليه، كما أنه بهذا يمكن أن يعهد إلى جهة إدارية بمهمة النظر في طلبات التعويض، والفصل فيما ينشأ بخصوصهما من نزاعات^(٢٥).

كما تردد قيام التزام الدولة بالتعويض على أساس اجتماعي في الاتفاقية الأوروبية بشأن التعويض عن الجرائم العمدية، حيث جاء في ديباجتها: "أن الدول الأعضاء في مجلس أوروبا ... إدراكاً منها بأن دواعي العدالة والإنصاف والتضامن الاجتماعي تستلزم الاهتمام بضحايا جرائم العنف العمدية المصابين بأضرار بدنية أو بضعف في مستواهم الصحي نتيجة للجريمة، وكذلك الأشخاص الذين كانوا يعولون في معيشتهم على الضحايا الذين لاقوا حتفهم كنتيجة لهذه الجرائم، واعتقاداً منها بضرورة إحداث أو تطوير أنظمة تعويض الضحايا من الدولة التي ترتكب الجريمة على إقليمها، خصوصاً عندما يكون فاعل الجريمة مجهولاً أو غير قادر على الدفع، وشعوراً منها بأهمية اتخاذ الحد اللازم من التدابير في هذا الصدد"^(٢٦).

ثانياً - تقييم الأساس الاجتماعي:

الواقع أن التزام الدولة بالتعويض القائم على أساس اجتماعي ، رأي له اعتباره؛ وذلك لوجاهة الرأي ومعقولية ما بني عليه على عكس ما جاء في الرأي القائل بأن الأساس الذي تلتزم به الدولة هو أساس قانوني، فالدولة مهما بلغت من تقدم لا تستطيع أن تتحمل مسؤولية جميع أنواع الجرائم، وأن تقطع دابر الإجرام، فمسؤوليتها هي مسؤولية نابعة من التكافل الاجتماعي وقواعد الإنصاف والتأزر، تقوم بها على أساس بذل عناية وليس تحقيق نتيجة، وتتولد مسؤوليتها هنا، إذا ما وجدت إفسار الجاني أو عدم التعرف إليه ممكناً الأمر الذي يحتم عليها التدخل رفعاً لرأية التكافل الاجتماعي، وهو ما يجعلنا نميل إلى الأخذ بالرأي القائل إن مسؤولية الدولة عن التعويض في هذا المحل أساسها اجتماعي.

(٢٥) د/ محمود محمود مصطفى: المرجع السابق، ص ١٣٣.

(٢٦) راجع الاتفاقية منشورة باللغتين الإنجليزية والفرنسية في:

Cherief Bassiouni, International Protection of Victimes, Association Internationale de Droit Pénal, Paris, 1988, P.451-459.

المطلب الثاني

طبيعة التزام الدولة بالتعويض

السائد في الفقه والقوانين الوضعية التي أخذت بمسألة التزام الدولة بتعويض المجني عليه في الجريمة أن هذا الالتزام ذو طبيعة احتياطية^(٢٧)، أي أن الالتزام بالتعويض في الأصل يلتزم به الجاني أو المسؤول عن الحق المدني، أما التزام الدولة بالتعويض فلا يقوم إلا في الحالات التي يتعذر فيها على المجني عليه أن ينال التعويض المستحق؛ وذلك لعدم معرفة الجاني أو إفساره.

ومن التشريعات العربية التي أخذت بمبدأ مسؤولية الدولة عن التعويض التشريع الكويتي، الذي أكد على احتياطية التزام الدولة بالتعويض، وكان هذا الحكم مستقراً في الشريعة الإسلامية، حيث نص القانون المدني لعام ١٩٨٠م في المادة ٢٥٥ منه على أن الأصل في ضمان أذى النفس وجوبه على ما من باشره، وذلك نزولاً على حكم القاعدة الفقهية في التشريع الإسلامي بأن المباشر ضامناً ولو لم يتعمد أو يتعد، فإذا تعذر على المضرور الرجوع بالمسؤولية أو بالضمان لعدم معرفة المسؤول أو الضامن، ألقى عبء الضمان على الدولة (م ٢٥٦ من القانون المدني الكويتي).

ومن النتائج التي يترتب على احتياطية مسؤولية الدولة عن تعويض المجني عليه، وأن الدولة لا تقوم مسؤوليتها إلا إذا كان الجاني مجهولاً أو معسراً، أن حق المجني عليه في مطالبة الدولة بالتعويض يتوقف على انتهاء الإجراءات الخاصة بمطالبة الجاني أو ثبوت إفساره. ومعنى ذلك أن يتعين على المجني عليه أن يطالب الجاني أو المسؤول عن الحقوق المدنية أولاً قبل أن يلجأ إلى مطالبة الدولة^(٢٨).

(٢٧) د/ محمد أبو العلا عقيدة، تعويض الدولة للمضرور من الجريمة المرجع السابق، ص ٣٧ ويعدها.

(٢٨) خيرى أحمد الكباش، مسؤولية الدولة عن تعويض المجني عليه (أساسه، عناصره، ضماناته)، منشور في مجموعة أعمال مؤتمر "حقوق المجني عليه في الإجراءات الجنائية"، المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي، القاهرة، إصدارات دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٠م، ص ٢٣٧.

إلا أن عدداً من التشريعات تحيز للمجني عليه أن يباشر إجراءات المطالبة بالتعويض أمام المحكمة المدنية أو الجنائية في مواجهة الجاني والمسؤول عن الحقوق المدنية، وأن يتقدم في الوقت نفسه بطلب التعويض أمام الجهة المختصة بالنظر في طلبات التعويض التي تلتزم به الدولة، وذلك بغرض تمكينه من الحصول على تعويض مؤقت أو نهائي من الدولة، من غير تعليق ذلك على الانتهاء من إجراءات محاكمة الجاني وصدور حكم بإدانته أو إثبات إفساره، غير أنه لا يجوز للمجني عليه أن يجمع بين التعويضين معاً، فإذا تم تعويضه جزئياً منذ البداية، فلا تدفع الدولة إلا ما قيمته أن يجبر الضرر تكملة لما تقاضاه، أما إذا تم تعويضه كاملاً أو جزئياً بعد أن عوضته الدولة، فللدولة أن تسترد كل أو بعض مما دفعته^(٢٩)، وثاني هذه النتائج المترتبة على الطبيعة الاحتياطية للالتزام الدولة مبدأ حلول الدولة محل المجني عليه في حقوقه قبل الجاني، وهو من مبادئ القانون المدني المعروفة، وهذا الحلول للدولة محل المجني عليه هو حلول قانوني، وليس حلولاً اتفاقياً، ذلك لأن قوانين التعويض تنص عليه، فضلاً عن أنه مقرر بالقواعد العامة في القانون المدني التي تقضي بأنه إذا قام بوفاء الدين شخص غير المدين، حل الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه، إذا كان هناك نص خاص يقرر للموفي حق الحلول^(٣٠).

وقد نصت على هذا المبدأ تطبيقاً على التزام الدولة بالتعويض المادة ٢٦٠ من القانون المدني الكويتي، حيث أعطت للدولة حق الحلول القانوني محل الضرر في استيفاء الدية ممن يلتزم بها، ومنحت الخزانة العامة حق امتياز للمبلغ الذي ترجع به الدولة على المسؤول في مقابل الدية التي تكون قد دفعتها للضرر.

كما جاء هذا المبدأ في نص الاتفاقية الأوروبية بشأن التعويض على أنه: "يجوز للدولة أو السلطة المختصة أن تحل محل الشخص الذي تم تعويضه في المطالبة بحقوقه المتعلقة بمبلغ التعويض الذي تم دفعه" (م ١٠).

(٢٩) د/ محمد أبو العلا عقيدة، المرجع السابق، ص ٣٨-٣٩.

(٣٠) انظر كمثل م ٣٢٦ من القانون المدني المصري.

المطلب الثالث

الجرائم محل التعويض وحدود التزام الدولة للوفاء به و ضمانات الوفاء

الجريمة هي مناط مطالبة الدولة بالتعويض في القوانين التي صدرت في هذا الخصوص كافة، وتتفق معظم القوانين التي أخذت بنظام مسؤولية الدولة عن التعويض في الجرائم الواقعة ضد الأشخاص، وهو ما سنعرض له، كما سنعرض للحدود التي تلتزم بها الدولة للوفاء بالتعويض، وعلى أي أساس يقدر التعويض.

الفرع الأول

الجرائم محل التعويض

(الجرائم الواقعة ضد الأشخاص)

من البديهي أن يكون محور الحديث عن التزام الدولة بالتعويض هنا الأفعال الموصوفة قانوناً بأنها جرائم، فإذا لم تكن بهذا الوصف فلا يمكن التعويض عنها من أموال الدولة، الأمر الذي يستتبع معه استبعاد كل الأفعال التي لا تنطوي على عنصر التجريم من نطاق الحديث عن الجرائم التي يجب التعويض عنها.

وقد جاء مؤتمر بودابست^(٣١) مؤكداً على هذا الاتجاه الذي جاءت توصياته معبرة عنه، فقد انتهى إلى أن: "يكون الالتزام بالتعويض على الأقل في الجرائم الماسة بالحياة وسلامة الجسم، أما التعويض عن الأضرار الناجمة عن جرائم الأموال فلا يكون إلا في الحالات الخطيرة التي لا يجوز التقاضي عنها".

كما نصت الاتفاقية الأوروبية بشأن التعويض عن الجرائم العمدية على أنه: "ينبغي على الدولة، عندما لا يكون التعويض متاحاً من مصادر أخرى، أن تعوض الأشخاص المصابين بأضرار بدنية أو ضعف في مستوى الصحة نتيجة لجريمة

(٣١) المؤتمر الدولي الحادي عشر لقانون العقوبات المنعقد في بودابست هنغاريا/ في الفترة من ٩-١٥ سبتمبر سنة ١٩٧٤م، راجع موضوعات المؤتمر في:

Revue international de droit Pénal- 42 année 1971, No.1 – 2, P.292.

عنف عمدية" (م ٢/أ)، وهو ما نص عليه الإعلان الدولي بشأن المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة حيث جاء فيه أنه: حيثما لا يكون من الممكن الحصول على تعويض كامل من الجاني أو من مصادر أخرى، ينبغي على الدول أن تسعى إلى تقديم تعويض مالي إلى:

أ- الضحايا الذين أصيبوا بإصابات جسدية بالغة أو باعتلال الصحة البدنية أو العقلية نتيجة لجرائم خطيرة.

ب- أسر الأشخاص المتوفين أو الذين أصبحوا عاجزين بديناً أو عقلياً نتيجة للإيذاء، خاصة من كانوا يعتمدون في إعالتهم على هؤلاء الأشخاص (البند أ - الفقرة ١٢).

وتختلف القوانين في هذا المقام من حيث الصياغة، فهناك من القوانين ما ينص على التزام الدولة بالتعويض عن جرائم العنف^(٣٢)، وذلك كحال القانون الإنجليزي، وقانون الاعتداء على الصحة كالقانون الألماني، إلا أن معظم القوانين تتفق على عدم التعويض عن جرائم الأموال.

وقد قيل دعماً لهذا الاتجاه إن الجرائم الواقعة بالاعتداء على الأشخاص وما ينتج عنها من أضرار بدنية ومادية ومعنوية عادة ما تثير الرأي العام، وتجعله يشعر بالتعاطف مع المجني عليه^(٣٣)، هذا بالإضافة إلى أن نظام التأمين على الممتلكات كفيل بتغطية التعويض عن كامل الضرر الناجم عن هذا النوع من الجرائم، هذا وأن فتح الباب للتعويض عن جرائم الأموال قد يمنح فرصة كبيرة للغش والتحايل من جهة الأفراد من طريق الادعاء كذباً بالاعتداء على الملكية، ولعل أهم الأسباب لاستبعاد

(32) Injuries of violent crimes.

(33) د/ محمد أبو العلا عقيدة: تعويض الدولة للمضروب من الجريمة، المرجع السابق.

جرائم الأموال من التزام الدولة بتعويضها هو سبب واقعي ألا وهو أن الدولة بهذا سوف تتحمل أموالاً طائلة لا طاقة لها بتوفيرها^(٣٤).

وبالرغم من ذلك فإن هناك بعض القوانين جعلت التزام الدولة بالتعويض يشمل التعويض عن الضرر الناتج عن جرائم الأموال، ومن هذه الدول نيوزيلندا وفرنسا، وقد اشترط القانون النيوزيلندي للتعويض عن هذه الجرائم أن يكون الجاني فارقاً من العدالة، وألا يتجاوز التعويض مبلغاً معيناً بصرف النظر عن قيمة الضرر الناجم عن الجريمة، فضلاً عن أنه خول للمحكمة سلطة الحكم بالتعويض أو رفضه، وقد كان القانون النيوزيلندي لتعويض ضحايا الجريمة في بداية العمل به يقضي بقصر التعويض فقط على جرائم الأشخاص، واستمر العمل بذلك مدة من الزمن إلى أن تم التعديل التشريعي رقم ١٢٢ بموجب القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٦٦م، وقد نص هذا التعديل على أن الدولة ستدفع التعويض في حالة أن يصاب فيها شخص بضرر أو بتلف مادي يلحق بماله من فعل إيجابي أو سلبي صادر من شخص هارب من تنفيذ عقابه في المؤسسة العقابية بشرط أن يقع هذا الفعل في نيوزيلندا، وبعد العمل بهذا التعديل، ويستوي بعد ذلك أن يكون الفعل من شأنه أن يسهل عملية الهروب أو أن يعرقل القبض على الهارب، أو يتم أثناء محاولة الهرب، أو أن يحدث خلال الهرب، أو أن يمنع الغير من القبض على الهارب^(٣٥).

ففي حالة هروب شخص من العدالة من حجز قضائي أو إتلاف مال مملوك للغير بسبب هذا الهرب، يعمد المُشرِّع في نيوزيلندا إلى التعويض عن جرائم الأموال من خزانة الدولة، فيما عدا هذه الحالة فإن يرفض التعويض أصلاً عن هذه الجرائم ويقصر التعويض على جرائم الأشخاص فحسب، ولهذا فهو لا يعوض عن جريمة السرقة أو خيانة الأمانة أو النصب أو الإتلاف العمدي للمال في الأموال العادية.

(٣٤) د/ محمود محمود مصطفى: حقوق المجني عليه في القانون المقارن، المرجع السابق،

ص ١٤١، ص ١٤٢.

(٣٥) د/ يعقوب حياتي، المرجع السابق، ص ٢٢٢.

أما المُشرِّع الفرنسي فقد قرر بموجب قانون ٢ فبراير ١٩٨١ والقانون ٨ يوليو ١٩٨٣ بشأن تدعيم حماية ضحايا الجرائم التعويض عن الأضرار الناجمة عن السرقة والنصب وخيانة الأمانة، واشترط لاستحقاق هذا التعويض أن يترتب على الجريمة ضرر مادي جسيم، وألا يكون المضرور قد حصل على تعويض فعلي وكاف عن الضرر الذي أصابه، وأن يكون دخله أقل ممن تتقرر له مساعدة قضائية كاملة، كما نص على حد أقصى للتعويض أياً كانت قيمة الضرر^(٣٦)، وقد أثارت عدة ظروف متلاحقة في مبدأ تعويض المجني عليه في جرائم العنف، حيث جعلت المُشرِّع الفرنسي يحدث تغييراً جوهرياً في نظام التعويض الوارد ٧ فبراير ١٩٨٣م الخاص بتعويض الخسائر والأضرار الناشئة عن جرائم العنف سواء كانت مسلحة أم غير مسلحة بواسطة التجمهر أو التجمعات ومسؤولية الدولة المدنية في تعويض الأضرار الجسدية أم المالية، ويصدر قانون ٩ سبتمبر ١٩٨٦م بشأن مكافحة الإرهاب وإرساء مبدأ التعويض الكامل لضحايا الأعمال الإرهابية سواء الجسدية أو المادية، وفقاً لصندوق الضمان الذي أنشئ لهذا الغرض، فالمُشرِّع الفرنسي وجد أنه ملزم بأن يعرض ضحايا جرائم العنف وفق نظام التعويض الكامل، فصدر قانون ٦ يوليو ١٩٩٠م بشأن ضحايا الجرائم، وعدل من خلاله في مبدأ التعويض فشمّل عناصر الأضرار الجسدية والمالية والمعنوية، فأصبح التعويض يغطي جميع مظاهر أو عناصر الضرر^(٣٧)، وأخيراً فإن المُشرِّع الفرنسي قد أعطى الحق في نظر طلبات التعويض إلى لجنة تأخذ شكل المحكمة المدنية في مقر كل محكمة ابتدائية، لبحث استحقاق المجني عليهم للتعويض، يُطلق عليها "لجنة تعويض ضحايا الجريمة"^(٣٨).

(36) Lombard, "les différents systèmes d'indemnisation des victimes d'acte de violence et leurs enjeux, Revue de science criminelle et de Droit Pénal Comparé, 1984, no.2, P.277.

(37) د/ محمد أبو العلا عقيدة، المرجع السابق، ص ٢٠٥.

(38) د/ محمد أبو العلا عقيدة، المرجع السابق، ص ١٣٢، ١٣١.

وتتفق قوانين التعويض على الجرائم التي يرتكبها غير المسؤولين جنائياً، فقانون الإجراءات الجنائية الفرنسي ينص على التعويض عن الأفعال العمدية أو غير العمدية المكونة للشكل المادي للجريمة^(٣٩)، وقد فسر الفقهاء الفرنسيون هذا النص بأنه يسمح بالمطالبة بالتعويض ولو كان الجاني غير مسؤول جنائياً كالصبي والمجنون والسكران أن يكفل التعويض عن الأضرار الناجمة عن الجرائم غير العمدية^(٤٠).

غير أن هذا التبرير بوجهيه غير حاسم في الموضوع، فالتفرقة بين الجرائم من حيث ركنها المعنوي لا أهمية لها إلا فيما يتعلق بتحديد مدى خطورة الجاني، ومن ثم مقدار العقوبة الواجب توقيعها عليه، أما الضرر الناجم عن الجريمة ومدى جسامته، فلا صلة له بما إذا كانت الجريمة عمدية أو غير عمدية، فمن الجرائم العمدية ما ينجم عنها ضرر تافه كالجرح أو الضرب البسيط، ومن الجرائم غير العمدية ما يؤدي إلى أضرار جسيمة^(٤١)، أما القول بأن الأضرار الناجمة عن هذا النوع الأخير من الجرائم عادة ما تكون مشمولة بنظام التأمين الإجباري الذي يكفل التعويض عنها فهو قول غير سديد؛ لأن هذا النوع من التأمين يقتصر في معظم الدول على الجرائم غير العمدية التي تقع بمناسبة حوادث المرور، وكان يمكن أن يكون استبعاد التزام الدولة بالتعويض مقبولاً، إذا اقتصر على هذا النوع من الجرائم كما هو الحال في معظم القوانين الأنجلو أمريكية^(٤٢)، أما أن يشمل الجرائم غير العمدية كافة بصرف النظر عما إذا كان نظام التأمين الإجباري يشملها أم لا فهذا ما لا يمكن تبريره، فضلاً عن أن التأمين الإجباري عن المسؤولية الناجمة عن حوادث السيارات لا يكفل التعويض في كل الحالات، فهو لا يسري على الضحايا المصابين

(٣٩) المادة ٣/٧٠٦ المضافة بقانون ٣ يناير ١٩٩٧م.

(٤٠) د/ محمود محمود مصطفى: المرجع السابق، ص ١٤٢.

(٤١) محمد أبو العلا عقيدة: المرجع السابق، ص ٥٢-٥٣.

(٤٢) د/ يعقوب حياتي، المرجع السابق، ص ١٥٥ وما بعدها.

في الحوادث التي لا يعرف مرتكبيها، أو سائقون خالفوا القانون فلم يؤمنوا على سياراتهم أو لم يجددوا وثائق التأمين حتى تصبح سارية^(٤٣).

أما في مصر فقد تضمن الدستور المصري لسنة ٢٠١٤م نصاً هاماً في المادة ٩٩^(٤٤) منه والتي نصت على أن: "كل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين، وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكفلها الدستور والقانون جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم، وتكفل الدولة تعويضاً عادلاً لمن وقع عليه الاعتداء، وللمجلس القومي لحقوق الإنسان إبلاغ النيابة عن أي انتهاك لهذه الحقوق، وله أن يتدخل في الدعوى المدنية منضماً إلى المضرور بناء على طلبه، وذلك كله على النحو المبين بالقانون"^(٤٥).

وأهمية هذا النص أنه تقرر ضمن مواد الدستور، ويؤسس لمبدأ التزام الدولة بتعويض كل من يقع مجنياً عليه نتيجة اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة أو على غيرها من الحقوق والحريات العامة.

ويذهب بعض الفقه إلى أن هذا النص لا يصلح للتطبيق المباشر، بل يحتاج إلى تحديد قواعده عن طريق قانون يوضع لهذا الغرض^(٤٦)، وهذا الرأي يعيبه إطلاقه، فباستقراء النص يتبين أنه يتضمن أموراً ثلاثة، أول هذه الأمور: تجريم الأفعال التي تقع عدواناً على الحقوق والحريات التي حددها، والحقيقة أن تدخل المُشرِّع وإن كان لازماً في هذا الأمر، فإنه لتحديد الأفعال المجرمة في هذا النص وبيان عقوبتها،

(٤٣) د/ محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، ص ١٤٢.

(٤٤) دستور جمهورية مصر العربية الصادر عام ٢٠١٤م.

(٤٥) المادة ٩٩ من الدستور المصري الصادر عام ٢٠١٤م وقد نصت المادة ٥٧ من دستور ١٩٧١ على "كل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكفلها الدستور والقانون جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم. وتكفل الدولة تعويضاً عادلاً لمن وقع عليه الاعتداء".

(٤٦) د/ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٠م، ص ٢٢٦.

وثاني هذه الأمور: هو عدم تقادم الدعاوى الجنائية والمدنية الناشئة من تلك الجرائم، وهو أمر واضح لا يحتاج إلى تدخل المُشرِّع بقانون، وثالث هذه الأمور: أن كفالة الدولة تعويضاً عادلاً لمن يقع عليه الاعتداء، وهذا أيضاً أمر لا يحتاج إلى تدخل المُشرِّع فيه بقانون.

ويصبح الأمر أنه متى تبين نوعية هذه الأعمال المجرمة بنص قانون يوضع لهذا الشأن، فإن تقادم الدعاوى المدنية والجنائية يصبح ممتنعاً، وتلتزم الدولة بتعويض من وقع عليه الاعتداء وذلك بقوة النص الدستوري.

ونحن نرى أنه، إذا كان المُشرِّع - تنفيذاً لحكم الدستور - قد أضاف فقرة جديدة إلى المادة ١٥ من قانون الإجراءات الجنائية، قصر بمقتضاها تطبيق هذا الحكم فيما يتعلق بامتناع التقادم على طائفة محددة من الجرائم، فإن حكم الدستور يمتد مع ذلك إلى كل جريمة من جنسها، وإن لم تنص عليها المادة ١٥ من قانون الإجراءات الجنائية^(٤٧)، وهذا الامتداد ليس تعدياً للحكم بطريق القياس، ولكنه تطبيق مباشر لنص الدستور، فهذا النص من العمومية والشمول، إذ يتسع حكمه ليشمل كل جريمة تقع عدواناً على الحرية الشخصية، أو على حرمة الحياة الخاصة أو على الحقوق والحريات العامة التي يكفلها الدستور أو القانون.

ويذهب جانب من الفقه إلى أن نص المادة ٩٩ من الدستور المصري لا يعد تطبيقاً لفكرة تعويض الدولة للمجني عليهم، وإنما هو تطبيق لنظرية مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه^(٤٨)، ونرى أنه رأي في غير محله، ويكمن خطؤه في أنه يفترض

(٤٧) انظر تطبيقاً لذلك: نقض مدني ١/٢٧/١٩٨٣م، مجموعة أحكام النقض، س ٣٤، ص ٣٣١، نقض مدني ١٥/٢/١٩٨٣م، المرجع السابق، ص ١١٦٩.

(٤٨) د/ سمير الجزوري، الضمانات الإجرائية في الدستور الجديد، المجلة الجنائية القومية، المجلد الخامس عشر، العدد الأول، مارس ١٩٧٢م، ص ٢٢-٢٤، وانظر كذلك: عادل إبراهيم إسماعيل، سلطات مأموري الضبط القضائي بين الفاعلية وضمن الحقوق والحريات، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة، مصر، ٢٠٠١م، ص ١٩ وبعدها.

في المُشرِّع الدستوري أنه قد اتجهت إرادته إلى تقنين فكرة مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، وفي أنه يفترض سريان النص على الجرائم التي يرتكبها رجال السلطة العامة، والافتراضين بنيا على غير أساس، فهو بهذا من جهة يرمي المُشرِّع الدستوري بالعبث؛ لأن هذا النوع من المسؤولية مقرر مسبقاً بمبدأ مستقر في القانون المدني، ولو كان النص يقتصر على تقرير هذا الحكم لعد ذلك من قبيل اللغو غير المجدي، وهو ما ننزه المُشرِّع الدستوري عنه، وهو من جهة أخرى يقيد نصاً دستورياً بغير سبب في تقييده، وبالرغم من أن الغاية الأساسية منه هي حماية الفرد من عدوان رجال السلطة العامة، فإن عبارته وردت في صيغة عامة، والعبارة تحمل على ما جاءت به من عموم؛ ولذلك فإنه لا محل للتفرقة في الحكم تبعاً لصفة الجاني^(٤٩)، سواء كان موظفاً عاماً أم فرداً عادياً، فيجب إعمال النص في الحالتين.

وفي الكويت عالج المُشرِّع موضوع مسؤولية الدولة عن التعويض في القانون المدني الجديد الصادر عام ١٩٨٠م، فقد نص المُشرِّع في المادة ٢٥٦ منه على أنه: "إذا وقع ضرر على النفس مما يستوجب الدية وفقاً لأحكام الشرع الإسلامي وما يتضمنه جدول الديات المنصوص عليه في المادة ٢٥١، وتعدرت معرفة المسؤول عن تعويضه وفقاً لأحكام المسؤولية عن العمل غير المشروع أو الملتزم بضمانه وفقاً للمادة السابقة، وجب الضمان على الدولة، وذلك ما لم يثبت أن المصاب واحداً من ورثته قد أدى بخطئه إلى عدم معرفة المسؤول أو الضامن"^(٥٠).

أما المُشرِّع الجزائري فقد أنشأ صندوق خاص بالتعويضات بموجب المادة ٧٠ من الأمر رقم ١٠٧/٦٩ الصادر بتاريخ ١٢/٣١/١٩٦٩م المتضمن قانون المالية

(٤٩) د/ حسام الدين كامل الأهواني، الحق في حرمة الحياة الخاصة (الحق في الخصوصية)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨م، ص ٤٥١ وبعدها.

(٥٠) د/ أبو زيد عبد الباقي، الالتزام بضمان أدى النفس ودور الدولة فيه في ظل القانون المدني الكويتي، مجلة المحامي تصدر عن جمعية المحامين الكويتية، السنة السادسة، عدد يوليو، أكتوبر، ١٩٨٣م، ص ٩ وبعدها.

لعام ١٩٧٠م^(٥١)، وهو مؤسسة اعتبارية تلتزم بتعويض الأضرار الجسمانية لضحايا حوادث المرور وذوي حقوقهم، وأعيد تنظيمه بالقانون رقم ١٥/٧٤ الصادر في ٣٠/١/١٩٧٤م، وأخيراً أضاف القانون رقم ٣١/٨٨ الصادر بتاريخ ١٩/٧/١٩٨٨م المعدل والمتمم للأمر رقم ١٥/٧٤ بعض العناصر المتعلقة بتمويله^(٥٢)، وهو يتضمن التعويض لضحايا حوادث المرور، طالما كانت مسببة من مركبات برية ذات محرك، ويكون المسؤول عن الأضرار مجهولاً، أو سقط حقه في الضمان وقت الحادث، أو كان ضمانه غير كافٍ، أو غير مؤمن له، أو ظهر أنه غير مقتدر كلياً أو جزئياً^(٥٣)، فيقوم الصندوق بدفع التعويضات للمجني عليه ثم يحل محل المجني عليه في ملاحقة الجاني، كما أنشأ المشرع الجزائري صندوقاً لتعويض ضحايا الإرهاب بموجب المرسوم التنفيذي رقم ٤٧/٩٩ والمؤرخ في ١٣/٢/١٩٩٩م، ويستفيد منه الأشخاص الطبيعيون المجني عليهم الذين لحقهم ضرر من جرائم الإرهاب وذوي حقوقهم المتمثلون في الزوجات وأبناء المتوفى البالغين من العمر أقل من ١٩ عام أو ٢١ عام على الأكثر، إذا كانوا مازالوا يدرسون^(٥٤)، ويتضح من ذلك محدودية الفئة التي تستفيد من التعويض في التشريع الجزائري، وهم ضحايا الحوادث المرورية، وضحايا الجرائم الإرهابية على التفصيل السابق.

(٥١) الأمر رقم ١٠٧/٦٩ الصادر في ٣١/١٢/١٩٦٩م المتضمن قانون المالية لسنة ١٩٧٠م، الجريدة الرسمية عدد ١١٠ الصادرة في ٣١/١٢/١٩٦٩م المواد من ٧٠ إلى ٧٤، ص ١٨٠٧.

(٥٢) المادة ٣٢ من قانون رقم ٣١/٨٨ المؤرخ في ١٩/٧/١٩٨٨م، المتمم والمعدل للأمر رقم ١٥/٧٤ المتعلق بالزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار، الصادر في الجريدة الرسمية، العدد ١٥ الصادر في ١٩/٢/١٩٧٤م.

(٥٣) أ/ قراني مفيدة، حقوق المجني عليه في الدعوى العمومية، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، الجزائر، سنة ٢٠٠٩م، ص ١٣٣.

(٥٤) أ/ قراني مفيدة، حقوق المجني عليه في الدعوى العمومية، المرجع السابق، ص ١٣٤.

الفرع الثاني

حدود التعويض الذي تلتزم به الدولة

يخضع تبرير التعويض في بعض القوانين التي تنص عليه للقواعد العامة من حيث المبدأ، هذا بالإضافة إلى أن هناك قوانين تزيد على القواعد العامة بوضع بعض الضوابط التي تحكم تقدير التعويض، فالقانون الإنجليزي ينص على أن يكون تقدير التعويض وفقاً للأسس الواردة في القواعد العامة (البند العاشر)، ثم يضيف حكماً آخر مؤداه أنه إذا كان المجني عليه حياً، وجب تقدير التعويض على أساس ما فاتته من كسب، على أن يؤخذ في الاعتبار مدى قدرته على الكسب في الوقت الذي حدث فيه الضرر (البند الحادي عشر)، ولعل القانون النيوزيلندي هو أكثر قوانين التعويض تفصيلاً لهذه المسألة، فهو ينص على أن تحدد المحكمة التعويض وفقاً لعنصر أو أكثر من العناصر الآتية:

١- ما أنفقه المجني عليه أو ذويه من مصاريف كانت نتيجة طبيعية ومعقولة لإصابته أو لموته.

٢- ما لحق المجني عليه من خسارة مالية نتيجة فقده القدرة على العمل بصورة كلية أو جزئية.

٣- ما لحق أقارب المجني عليه من خسائر مالية نتيجة فقده القدرة على العمل بصورة كلية أو جزئية.

٤- أي خسارة أخرى ترى المحكمة أنها ناجمة عن إصابة المجني عليه، أو نفقات ترتبت عليها وتم إنفاقها بصورة معقولة.

٥- ما يترتب على الجريمة من آلام ومعاناة (البند ١/١٨)^(٥٥).

كما نصت الاتفاقية الأوربية بشأن التعويض عن الجرائم العمدية (ستراسبورغ ١٩٨٣م) على أن التعويض الذي تلتزم به الدولة ينبغي أن يغطي ما لحق المجني

(٥٥) د/ يعقوب حياتي، المرجع السابق، ص ٢٢٤-٢٢٦.

عليه من خسارة في الكسب، وما أنفق عليه من مصاريف لعلاجها بما في ذلك مصاريف الإقامة في المستشفى، وفي حالة وفاته يشمل التعويض مصاريف الجنازة والدفن خلفه، وكذلك ما لحق الأشخاص الذين كان يعولهم من خسائر نتيجة لحرمانهم من مصدر الإنفاق عليهم (المادة الرابعة).

ومن القوانين ما لم يضع حداً أدنى للتعويض الذي تلتزم به الدولة، فقوانين نيوزيلندا وكاليفورنيا وهاواي وألاسكا تجيز التعويض مهما قلت قيمته، غير أن معظمها تنص على أن يكون التعويض المستحق ذا قيمة، ومع ذلك فإن الحد الأدنى للتعويض المطلوب يختلف من قانون إلى آخر، فهو يتراوح بين خمسين ومائة وخمسين دولاراً، وتبريراً لتحديد التعويض على هذا النحو أن ذلك التحديد من شأنه أن يحد من طلبات التعويض غير الجدية، فضلاً عن أن ما يقل عن هذا الحد من التعويض هو من الضالة، إذ يمكن للمجني عليه أن يتحمل الضرر الناجم عن حرمانه من التعويض عنه، هذا بالإضافة إلى أنه يجعل التفرغ لنظر القضايا الأكثر أهمية⁽⁵⁶⁾، غير أن في الفقه من انتقد هذا الاتجاه آخذاً عليه أن جدية طلب التعويض مسألة نسبية، وأن أهمية الضرر المطلوب التعويض عنه تتباين باختلاف المركز المالي للمجني عليه، فما يعد لدى البعض ضرراً بسيطاً قد يكون بالنسبة إلى غيره ضرراً فادحاً، وإذ لوحظ أن معظم المجني عليهم من متوسطي الحال فإن وضع حد أدنى للتعويض من شأنه أن يحرم طائفة كبيرة منهم من التعويض وهي جدية بهذا التعويض⁽⁵⁷⁾، ولعل هذا المآخذ هو ما حدا ببعض القوانين إلى عدم اقتصرها في ضابط الحد الأدنى على مبلغ مالي معين، وإنما وضعت إلى جواره ضابطاً آخر قوامه ما يكسبه المجني عليه خلال مدة معينة، ومن قبيل ذلك قانون ولاية ميريلاند الأمريكية، حيث ينص على أن لا يصرف التعويض للمجني عليه إلا إذا كانت قيمة الضرر لا تقل عن مائة

(56) Glenn Floyd, "Victims Compensation Plans" American Bar Association Journal No.1, 6. 1969, p.160.

(57) Ralph Ya borough, The Criminel Injuries Compensation Act.

دولار، أو تعادل ما يكسبه خلال أسبوعين متتاليين^(٥٨)، ويبدو واضحاً من هذا النص أن العبرة في الحد الأدنى للتعويض هي بإحدى القيمتين أيهما أقل، ونحن مع الرأي القائل بتحديد حد أدنى للتعويض، حتى لا يتقل كاهل القضاء، ونرى أن يتضمن التشريع المحدد بحد أدنى طريقة للنظر في هذه التعويضات بعد صدور حكم من القاضي الجزائي، حتى لا يتقل على القاضي الجزائي النظر في هذه التعويضات، على اعتبار أن التعويض بالأساس ينظر استثناء أمام المحكمة الجزائية.

أما فيما يتعلق بالحد الأقصى للتعويض فقد درجت معظم القوانين على تحديد التزام الدولة بقيمة معينة لا يتجاوزها، غير أن حد التعويض يختلف ارتفاعاً وانخفاضاً من قانون إلى آخر^(٥٩)، ونرى أنه وإن كان تحديد التعويض بحد معين أمراً يخرج عن القواعد العامة في التعويض، إلا أنه قد يكون أمراً منطقياً حال التزام الدولة بالتعويض، حتى يمكن ضمان تطبيقه، مع الأخذ في الاعتبار طبيعة التزام الدولة الاحتياطي.

وقد نصت الاتفاقية الأوروبية بشأن التعويض عن الجرائم العمدية على أنه: يمكن للدولة عند الضرورة أن تُضمّن نظام التعويض فيها نصاً تضع بمقتضاه حداً للتعويض الذي تلتزم به، سواء كان حداً أدنى أم أقصى، وسواء تعلق الأمر بالتعويض في مجموعه أم بأي عنصر من عناصره، بحيث لا يتم دفع أي تعويض يقل عن الحد المقرر أو يتجاوزه (م٥)، ونصت بعض قوانين التعويض الأوروبية على حد أقصى للتعويض، ومن بينها قوانين: (النرويج والسويد وانجلترا)، وقد ربط المُشرّع الإنجليزي الحد الأقصى للتعويض بما يعادل ضعف ما كان يكسبه المجني عليه^(٦٠)، ولكنه لم يحدد المدة التي يحسب على أساسها مقدار هذا الكسب، وربما كان السبب في تحديد التعويض الذي تلتزم به الدولة هو تمكينها من الوفاء بهذا الالتزام دون إرهاق ميزانيتها

(٥٨) د/ يعقوب حياتي، المرجع السابق، الموضع السابق.

(٥٩) انظر في تفصيل ذلك: د/ يعقوب حياتي، المرجع السابق، ص ٢٢٨، ص ٢٢٩.

(60) Stock, Indemnisation des Victimes d'acte de violence par l'état en République Fédérale Allemande, Déviance Et société, No.4, 1980, no.4, p.265.

بمبالغ يصعب عليها أدائها، غير أن في الفقه من ينتقد هذا الاتجاه، لاسيما من يرى أن الدولة مسؤولة عن التعويض، وأن مسؤوليتها تقوم على أساس تقصيرها في منع وقوع الجريمة، فهي على هذا الأساس تلتزم بالتعويض بنص في القانون من شأنه أن يضيف عليه قدرًا من الجمود يحول دون مجاراته للتغيرات المستمرة في الأوضاع الاقتصادية وتقلبات الأسعار، ولعل ذلك ما جعل المُشرِّع الألماني لا يخضع التعويض الذي تلتزم به الدولة لهذا القيد بتحديد حدٍّ أقصى^(٦١)، وكان مشروع أول قانون للتعويض في فرنسا قد تضمن نصاً يضع للتعويض حدًّا معيناً لا يتجاوزه، غير أن هذا النص تعرض لانتقادات عند مناقشته في البرلمان، وقد تم التوصل في المناقشات البرلمانية إلى حل وسط يقضي بالإبقاء على هذا النص من جهة، وبإضافة فقرة جديدة تسمح بإعادة النظر في الحد الأقصى للتعويض سنوياً دونما حاجة إلى تعديل في القانون نفسه.

فجاء النص على أن التعويضات التي تتحملها الدولة ينبغي ألا تتجاوز الحدود القصوى التي تتقرر سنوياً بمرسوم (م ٩/٧٠٦ إجراءات جنائية، المضافة بالقانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٧م)، وإعمالاً لهذا النص عُمد إلى رفع حد التعويض من مائة وخمسين ألف فرنك عام ١٩٧٧م إلى أربعمائة ألف فرنك في عام ١٩٨٦م، وذلك بموجب المرسوم رقم ٣٠٤ لسنة ١٩٨٦م، الصادرة في ٥ مارس ١٩٨٦م^(٦٢)، ولكن هذا الحل ظل مع ذلك عرضة للنقد، فقد قيل بأن تحديد الحد الأقصى للتعويض بمبلغ معين يفقده فعاليته في جبر الأضرار التي تلحق بالمجني عليهم، والتي تبلغ في بعض الحالات ملايين الفرنكات الفرنسية، وأمام هذا النقد عمد المُشرِّع الفرنسي

(61) Stock, Indemnisation des Victimes d'acte de violence par l'état en République Fédérale Allemande, Déviance Et société, NoL.4, 1980, no.4, P.370.

(62) Code de procédure pénale, 33 émet éd (Rédigée Avec Le Concours De Jean Pradel, et Français Cazorla), Editions Dalloz - Paris, 1991-1992, PP. 612,613.

إلى العدول عن وضع حد أقصى للتعويض بموجب قانون ١٩٩٠/٧/٦م، وبات من حق المجني عليه أن يطالبه بالتعويض عن الأضرار التي تلحق من الجريمة أياً كانت قيمة التعويض المطالب به^(٦٣)، وهو ما يُحمد للمشرع الفرنسي في هذا الصدد، وإن كنا نأمل وضع إمكانية تنفيذه موضع الملاحظة، سيما في الجرائم التي يتضرر منها عدد كبير من المجني عليهم كجرائم الإرهاب.

الفرع الثالث

ضمانات وفاء الدولة بالتعويض للمجني عليه

لعل العائق الحقيقي الذي يواجه نظام تعويض الدولة للمجني عليهم ويحول دون تنفيذه في عدد من القوانين هي التخوف من عجز موارد الدولة عن الوفاء بالالتزام، ولعل ما يؤكد ذلك هو أن الدول التي تحملت بهذا الالتزام وضعها الاقتصادي قوي، فيسمح لها بالوفاء بما تحملت به، غير أن ما يحد من أهمية هذه المشكلة الطابع الاحتياطي لالتزام الدولة بتعويض المجني عليه، إذ لا يتم اللجوء إليه إلا عند تعذر حصول المجني عليه على حقه في التعويض من الجاني أو المسؤول عن الحق المدني أما لكونه مجهولاً أو معسراً، هذا فضلاً عن الاحتفاظ للدولة بحق الحلول محل المجني عليه في المبالغ التي دفعتها كتعويض، هذا بالإضافة إلى أن القوانين التي نصت على هذا النظام حرصت على تحديد مصادر تمويل التعويض القادرة على أن تجعل الوفاء به أمراً ممكناً، ومنع الجمع بين تعويض الدولة وأي تعويض آخر، إذ يقتصر التزام الدولة على الحالات التي يتعذر فيها على المجني عليه الحصول على تعويض من مصدر آخر، وهاتان القاعدتان الأخيرتان هما ما يضمن إعمال هذا النظام بصورة تكفل من جهة للمجني عليه استيفاء حقه دون مشقة، وتتيح

(63) Kaiser, H, Kury and H.J Albrecht (Ed), victims and Criminal justices, Freiburg, 1991, vol. III, PP.821 – 836.

من جهة أخرى للدولة الوفاء بهذا الالتزام في الحدود المعقولة التي لا ترهق ميزانيتها،
وسنعرض لذلك فيما يأتي:

أولاً- مصادر تمويل التعويض:

دعا رواد الفكر الجنائي القائلين بمسؤولية الدولة عن تعويض ضحايا الجريمة إلى إنشاء صندوق عام للتعويض تستوفي من خلاله حقوق ضحايا الجريمة، غير أن المشكلة التي صادفت هذه الفكرة هي تحديد المصادر التي يتم التمويل عن طريقها، فدعا البعض إلى أن تكون إيرادات صندوق التعويض من حصيلة العقوبات المالية وهي الغرامة والمصادرة، ورأى البعض الآخر أن هذا المورد لا يكفي لتغطية التزامات الصندوق، الأمر الذي لا مفر معه من مساهمة ميزانية الدولة بنسبة من موارده، وسنعرض لكلا الطريقتين في تمويل برنامج التعويض الذي يقع على عاتق الدولة.

ثانياً- عائدات العقوبات المالية:

يقصد بالعقوبة المالية: العقوبة التي ترد على حقوق تتعلق بالذمة المالية، وهي تصدق على عقوبة الغرامة والمصادرة العامة التي توجهها الدولة إلى أوجه الإنفاق العام (م ٢٢ من قانون العقوبات المصري)، على اعتبار أنها تضي على الغرامة والمصادرة وصف العقوبة الجنائية، ومن الطبيعي أن يؤول عائدهما إلى خزينة الدولة استيفاء لحق المجتمع في العقاب، فإن في الفقه من يذهب إلى أن الدولة لا ينبغي أن تثرى على حساب ضحايا الإجرام بتحصيلها ناتج الغرامات والمصادرات، وأن هذا العائد لا يصح أن يكون مورداً من موارد ميزانية الدولة؛ لأن غرض المُشرِّع من فرض العقوبة المالية على الجاني لا يمكن أن يكون هو ملء صناديق الدولة، وإنما هو إيلاء المحكوم عليه، وإذا كان لا يحد من حرية المُشرِّع في التصرف في حصيلة العقوبات المالية بالطريقة التي يراها محققة للصالح العام، فإن أكثر مجالات الصالح العام ملائمة للإنفاق عليها من هذا المورد هي المتعلقة بمكافحة الإجرام، وتخفيف ما يلحقه من أضرار بضحاياه وجبر ما يسببه لهم من آلام، فالجريمة قد تعرض

المجني عليه المشقة نتيجة استيفاء ما يحكم به لصالحها من أموال كعقوبات مالية، وليس لهذه الأموال من مصدر آخر سوى الجريمة وشفاء المجني عليه، ولا يقتصر الأمر على هذا الحد، وإنما قد يؤدي إلى نتائج أخرى أشد وطأة، فقد يحاول المجني عليه الذي عجز عن استيفاء حقه في التعويض أن يقيم العدالة بنفسه، ويرتكب أفعالاً عنيفة من وازع شعوره بانتهاك حقه والأضرار التي تحملها ظلاماً وعدواناً^(٦٤)، ونرى أن لهذا الرأي الوجهة، إذ إن ما يتبناه من مبادئ، قد تعمل على درء لبعض هذه المفاصد التي قد تتحقق نتيجة الظلم الذي يقع على المجني عليه بعدم استيفائه التعويض الذي يرمم بعض آثار الجريمة، وهو الأمر الذي نجد معه ضرورة أن يضع المُشرِّع من القواعد ما يكفل تخصيص عائد العقوبات المالية؛ لتعزيز وسائل مكافحة الإجرام، وتخفيف الأضرار الواقعة على الضحايا.

وقد كان فيري (وهو أحد أقطاب المدرسة الوضعية) من أشد أنصار تخصيص عائد العقوبات المالية لتعويض المجني عليه، فقد كتب في مؤلفه "علم الاجتماع الجنائي" ما نصه أنه إذا كانت الدولة لا تقدر على منع الجرائم ولا تتوصل إلى معاقبة مرتكبيها إلا في عدد محدود من الحالات، فهي تقصر في أداء واجبها الذي تنقاضي في مقابله ضرائب المواطنين، فكيف تسمح لنفسها - مع ذلك - أن تستوفي لنفسها عائد العقوبات المالية، وتحصل على مكافأة عن تقصيرها؟ إن العدل والمنطق يقضيان بأن يؤول هذا العائد إلى صندوق خاص، تتولى الدولة من خلاله تعويض ضحايا الجرائم الذين يعجزون عن استيفاء حقوقهم ممن تسببوا في إهدارها^(٦٥)، وكان جاروفالو قد انتهى أيضاً إلى رأي مماثل^(٦٦).

(64) Pascaud Rapport présenté congrès pénitentiaire de Paris, 1985, Actes du congrès, vol.1, P.263.

(65) Enrico Ferri, la sociologie criminelle - Traduire en français par Léon Terrien, Paris, 1905, P.752.

(66) Garofalo, la criminologie, Paris, 1905, P.422.

وقد حاول فيري أن يدخل هذه الفكرة إلى قانون العقوبات الإيطالي الحديث، فضمن مشروعه الذي وضعه عام ١٩٢١م نصاً يقضي بإنشاء صندوق للغرامات يخصص ثلث دخله لتعويض من يحكم ببراءتهم من المتهمين، والثلث الثاني لتعويض ضحايا الجريمة، والثلث الأخير لتقديم إعانات إلى مجلس رعاية السجناء بعد الإفراج عنهم^(٦٧)، وعلى الرغم من أن هذا المشروع لم يكتب له أن يصير قانوناً بسبب قيام الحكم الفاشي، فإن قانون العقوبات الإيطالي لعام ١٩٣٠م نص على إنشاء صندوق للغرامات، غير أنه لم ينص على تخصيص حصيلته لتعويض ضحايا الجريمة، وإنما نص على استخدامها في تمويل مجلس رعاية السجناء المفرج عنهم، ومساعدة أسر السجناء في أثناء فترة قضائهم للعقوبة، هذا بالإضافة إلى إمكانية الإنفاق منها لتغطية مصروفات نشر الأحكام القضائية التي ينص قانون الإجراءات الجنائية على نشرها على نفقة صندوق الغرامات (م ١٤٩ قانون العقوبات الإيطالي، م ٥٧٠ من قانون الإجراءات الجنائية الإيطالي سابقاً)، هذا بالإضافة إلى أن حصيلة صندوق الغرامات المنصوص عليه في قانون العقوبات الإيطالي لا تتكون من الغرامات الجنائية، مثال ذلك: كالعزامة التي يحكم بها في حالة رفض طلب رد القضاة، أو في حالة تخلف الشاهد أو الخبير أو الحارس عن الحضور، أو في حالة الجزاءات التي توقع على رجال الشرطة القضائية لإخلالهم بواجباتهم أو لإهمالهم في أدائها^(٦٨).

إلا أن فكرة فيري وجدت تطبيقاً لها في قانون العقوبات الإسباني لعام ١٩٢٨م، حيث نص على تأسيس صندوق للغرامات، وتوزيع حصيلته السنوية على الدولة تعويضاً لها عن المصاريف القضائية غير المحصلة (٢٥%)، وعلى ضحايا الأخطاء القضائية التي تعترف المحاكم بوقوعها، وضحايا الجرائم الذين يعجزون عن استيفاء

(٦٧) د/ سمير الجنزوري، المرجع السابق، ص ٥٤٨ - ٥٤٩.

(٦٨) مشار إليه لدى: د/ سمير الجنزوري، المرجع السابق، ص ٥٥٠.

حقهم في التعويض (٧٥%)، وتم النص على هذا الحكم في قانون العقوبات اليوغسلافي لسنة ١٩٢٩م، وقانون العقوبات البولندي لعام ١٩٣٢م، مع ملاحظة أن المُشرِّع البولندي نص في قانون العقوبات الجديد الصادر في عام ١٩٦٩م على نوع من الغرامة، أطلق عليها اسم الغرامة التعويضية L'amende Indemnitee، يحكم بها كعقوبة تكميلية وتخصص لتعويض المجني عليه، ومن ثم لا تدخل ضمن موارد الخزنة العامة للدولة^(٦٩)، وكان القانون الاتحادي السويسري الصادر عام ١٩١٨م ينص على أن تخصص قيمة الغرامة أو الأشياء المصادرة لتعويض المجني عليه إذا ما كان حل به من ضرر يؤدي إلى وقوعه في حاجة ماسة، ثم أعيد تنظيم هذه المسألة بموجب المادة ٦٠ من قانون العقوبات السويسري التي نصت على أنه: إذا أصيب أحد الأشخاص بضرر نتيجة وقوع جناية أو جنحة ولم يكن من المتوقع أن يقوم الجاني بتعويض هذا الضرر، فللقاضي أن يخصص للمجني عليه ناتج الأشياء المصادرة والمبالغ المقدمة إلى الجاني للتحريض على الجريمة أو لمكافأته على ارتكابها وغيرها من الأموال التي يحكم القانون بأيلولتها للدولة، وكذلك مبالغ الكفالة الاحتياطية، وإذا كان الضرر الذي أصاب المجني عليه من الجسامة فيؤدي إلى وقوعه في حاجة ماسة، جاز للقاضي أن يخصص أيضاً مبلغ الغرامة المدفوعة كلياً أو جزئياً لتعويضه عما لحقه من ضرر.

وقد نقل هذا الحكم إلى القانونين اللبناني والسوري (م ١٣٤ من قانون العقوبات اللبناني والسوري)، كما نص المُشرِّع الكويتي على حكم مماثل حيث أجاز للقاضي عند الحكم بالغرامة أن يخصص جزء منها لتعويض المجني عليه (م ١٢٨ من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية)^(٧٠).

(٦٩) د/ محمد أبو العلا عقيدة، تعويض الدولة للمضرب من الجريمة، المرجع السابق، ص ١٤١.

(٧٠) د/ محمد أبو العلا عقيدة، المرجع السابق، ص ١٤١-١٤٢.

وليس في القانون المصري نص مماثل، غير أن أحكام القانون المصري لا تخلو من النص على اعتبار المصادرة تعويضاً في بعض الأحوال، ومن قبيل ذلك ما قرره القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩م بشأن العلامات التجارية والبيانات، فقد نصت المادة ٣٦ منه على أنه: "يجوز للمحكمة في أية دعوى مدنية أو تجارية أن تحكم بمصادرة الأشياء المحجوزة، أو التي تحجز فيما بعد لاستئصال ثمنها من التعويضات أو الغرامات أو للتصرف فيها بأية طريقة أخرى تراها المحكمة"، وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن المصادرة قد تكون في بعض القوانين الخاصة من قبيل التعويضات المدنية إذا نص على أن توول الأشياء المصادرة إلى المجني عليه أو إلى خزنة الدولة كتعويض عما سببته الجريمة من أضرار، وهي بهذا الوضع توفر للمجني عليه صفة المطالبة بها كتعويض وفي أن يتبع حقه في ذلك أمام درجات القضاء المختلفة حتى في حالة الحكم بالبراءة^(٧١)، ولعل انتفاء الطابع الجنائي عن هذه المصادرة وثبوت صفة التعويض المدني لها، بل إمكان القضاء بها من المحاكم المدنية نفسها هو ما حدا بالفقه الجنائي إلى عدم الوقوف عندها لخروجها عن نطاق النظرية العامة للجزاء الجنائي^(٧٢).

ونحن نؤيد ان يقوم المُشرِّع بالنص الصريح على اعتبار العقوبات المالية كالغرامة والمصادرة، من أحد أوجه مصادر التمويل لتعويض المجني عليه، ولا نظن إلا أنه إن تم تعويض المجني عليه من العقوبات المالية، إلا ان يستشعر الجاني فداحة جرمه، ويحقق الردع المأمول، ويستشعر المجني عليه عدالة النظام الجنائي، وأن جزاء الجريمة كتعويض المجني عليه سيكون من العقوبات المالية لها.

(٧١) نقض ١٩٧٠/٣/٢٢م، مجموعة أحكام النقض، ص ٢١، ص ١٠٠، ص ٤٠٩.

(٧٢) د/ عوض محمد عوض، قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،

١٩٩٩م، ص ٥٩٥.



المبحث الثاني

أصحاب الحق في التعويض ودور المجني عليه في التأثير على حقه

لعل تعويض الدولة للمجني عليه في الجريمة، له هذه الخصوصية التي تختلف عن بقية دعاوى التعويض أمام المحاكم الجنائية، وهذه الخصوصية ما جعلت لنا وقفة لبيان أطراف هذا التعويض، وبحث دورهم الذي قد يكونوا مارسوه من خلال الجريمة، للتأثير على حقهم في التعويض ابتداءً، وكذلك في نسبة التعويض وقيمته. ومن أهم المسائل التي يثيرها التعويض هي تلوث المجني عليه، وكيف يؤثر هذا الدور الذي يلعبه بتلوثه على حقه في التعويض، وكذلك علاقة المجني عليه بالجاني وكيف تلعب هذه العلاقة دوراً في حق المجني عليه في التعويض ومداه وسنتناول ذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

أصحاب الحق في التعويض

إن المؤتمر الدولي الحادي عشر لقانون العقوبات، الذي عُقد بالعاصمة المجرية بودابست في الفترة من ٩-١٤ سبتمبر ١٩٧٤م كان أكثر المؤتمرات إلاماً بمسألة تحديد المستحقين للتعويض من الدولة، حيث جاء في توصيته الثانية أن أصحاب الحق في التعويض من الدولة هما المجني عليه، وأقاربه المتضررين الذين يعولهم، وأضافت التشريعات فئة أخرى وهي كل شخص يصاب بأضرار من الجريمة أثناء مساعدة رجال السلطة العامة^(٧٣)، وبناء عليه نقوم بدراسة طوائف الاستحقاق على النحو الآتي:

(٧٣) د/ عبد الرحمن الدراجي خلفي، الحق في الشكوى كقيد على المتابعة الجزائية، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠١٢م، ص ٧٤.

الفرع الأول المجني عليه

لم تهتم كثير من التشريعات الجنائية بتعريف المجني عليه، واختلفت الاتجاهات المفسرة لذلك، ما بين من يرى وضوح مفهوم المجني عليه، فلا حاجة لتعريفه، أو على العكس إذ يرى بعضهم صعوبة تحديده، ومنهم من يرى أن هذا الإهمال راجع إلى كون المجني عليه طرف غير مهم في الدعوى العمومية، وربما يكون السبب في عدم تعريف المجني عليه في أغلب التشريعات الجزائية هو نظرة الفقه إليه^(٧٤).

فقد اختلف الفقه في تعريف المجني عليه، فمنهم من عرفه بأنه: "الشخص الذي أصابه الضرر من جراء الجريمة سواء كان ضرراً مباشراً أو غير مباشر"^(٧٥)، ومنهم من عرفه على أنه: ضحية لمصالح وأهواء الآخرين، أو الشخص الذي يعاني من عواقب فعل أو واقعة معينة أو حادث مهما كانت درجة جسامته^(٧٦).

وعرفه الفقه الفرنسي، ومنهم الفقيه "Rocco" بأنه: "الشخص المحمي بنص القانون من الجريمة"، أما جارو "Garraud" فقد عرف المجني عليه بأنه: "هو الشخص الذي يملك الحق المحمي من الجريمة أو المعرض للخطر"^(٧٧).

(٧٤) د/ حسن صادق المرصفاوي، دعوى التعويض أمام المحاكم الجنائية، منشور في أعمال مؤتمر "حقوق المجني عليه في الإجراءات الجنائية"، المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي، القاهرة، ١٩٨٩م، إصدارات دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٠م.

(٧٥) د/ محمد مؤنس محب الدين، تعويض ضحايا الجريمة في الشريعة والقانون، مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ٢٠٠١م، ص ٨٩.

(76) Raymond de RYCKERE et Henri JASPER, Contribution de la victimologie aux sciences criminologiques, De droit penal et de criminology, Bruxelles, 1958.

(٧٧) د/ محمد صبحي محمد نجم، رضا المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٨٣م، ص ٧١.

وعرف المجني عليه في الفقه المصري بأنه: "كل من أضرت به الجريمة، أو هو كل من يلتزم الجاني قبله بتعويض الضرر الناشئ من جريمته"^(٧٨)، كما عرفه بعضهم الآخر بأنه: "الشخص الذي سببت له الجريمة ضرراً"^(٧٩)، ذلك أن المضرور غالباً ما يكون هو المجني عليه، ونادراً ما يكون المضرور شخصاً غيره"^(٨٠).

ونحن مع الرأي القائل بأن المجني عليه هو: "كل من أضرت به الجريمة، واعتدت على حق من حقوقه المعترفة قانوناً"، فهذا التعريف للمجني عليه نراه شاملاً، فالمجني عليه هو المضرور من الجريمة، وليس هناك مجني عليه لم ينله ضرر من الجريمة.

وقد وافقت الجمعية العامة للأمم المتحدة في الحادي عشر من ديسمبر سنة ١٩٨٥م على إعلان ميلانو لسنة ١٩٨٥م الخاص "بالمبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة"، وقد تضمن إعلان ميلانو التعريف بضحايا الجريمة، إذ ينص على أنه: "يقصد بمصطلح الضحايا الأشخاص الذين أصيبوا بضرر فردي أو جماعي، بما في ذلك الضرر البدني أو العقلي أو المعاناة النفسية أو الخسارة الاقتصادية أو الحرمان إذ تشكل انتهاكاً للقوانين الجنائية النافذة في الدول الأعضاء بما فيها القوانين التي تحرم الإساءة الجنائية في استعمال السلطة"^(٨١)، ونحن حاولنا تخير اتجاه فقهي يعد محاولة جادة للوصول إلى تعريف المجني عليه تعريفاً محدداً عملياً يساعد في إجلاء الأمر عن المجني عليه وهذا

(٧٨) أ.د/ البشري الشوريجي، دور النيابة العامة في كفالة حقوق المجني عليه في مصر، بحث مقدم للمؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي، حقوق المجني عليه في الإجراءات الجنائية، القاهرة في الفترة من ١٢-١٤ مارس ١٩٨٩م، دار النهضة العربية ١٩٩٠م، ص ١٩٨.

(٧٩) د/ مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، إصدارات جامعة القاهرة، ١٩٩١م، القاهرة، ص ٩، د/ حسني محمد الجديع، رضاء المجني عليه وآثاره القانونية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٣م، مكتبة الشرق بالزقازيق، ص ٢٦٠.

(٨٠) د/ محمود مصطفى، المرجع السابق، ص ١١٤.

(٨١) د/ البشري الشوريجي، المرجع السابق، ص ٢٠٢.

الاتجاه الفقهي^(٨٢) هو الذي يعرف المجني عليه بأنه: "الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي وقعت عليه نتيجة الجريمة أو الذي اعتدى على حقه أو مصلحته التي يحميها القانون".

ونرى أنه في اختلاف تعريف المجني عليه في الفقه الجنائي ما أثر على التشريعات، إذ إن هذا الاختلاف، قد يكون سبباً أحياناً لخروج أحد المجني عليه من مظلة التعويض بسبب النهج الفكري الذي يتشبع له التشريع.

الفرع الثاني

من يعولهم المجني عليه

مدت غالبية التشريعات التعويض ليشمل طائفة من يعولهم المجني عليه قبل وقوع الجريمة^(٨٣)، وقد اختلف الفقه حول تعويض الدولة لمن يعولهم المجني عليه، منهم من يرى قصر التعويض على المجني عليه؛ لأن الأضرار التي تصيبه من الجريمة هي أضرار شخصية قاصرة عليه^(٨٤)، أما من يرى بوجوب التعويض للأشخاص الذين يعولهم، فقد اختلفوا حول تحديد الأقارب المستحقين للتعويض، ما بين مضيّق للزوجة والأولاد والأبوين، وما بين موسع ليشمل الأخوة والأجداد، والشرط الأساسي لتعويض هؤلاء هو اعتمادهم في معيشتهم اعتماداً كلياً أو جزئياً، وإصابتهم بأضرار بسبب الجريمة^(٨٥)، مع الإشارة أنه لا يثبت لهم حق بالتعويض إلا في حالة وفاة المجني عليه^(٨٦).

(٨٢) د/محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨م، ص١٢٧.

(٨٣) د/ أحمد عبد اللطيف الفقي، المرجع السابق، ص٩٣.

(٨٤) د/ عادل محمد الفقي، المجني عليه في القانون الوضعي مقارناً بالشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، ١٩٨٤م، ص٣٢١.

(٨٥) د/ محمد حنفي محمود، الحقوق الأساسية للمجني عليه في الدعوى الجزائية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٦م، ص٢٣٠.

(٨٦) أ.د/ حمد عبد اللطيف الفقي، المرجع السابق، ص٩٦.



الفرع الثالث

المعاونون لسلطة مكافحة الجريمة

تقديرًا للدور الذي يقوم به بعض الأفراد في معاونة أجهزة مكافحة الجريمة وفي منع وقوعها، أو القبض على الجناة، وحثاً لهم على نجدة من وجد في خطر الجريمة، فقد حرصت القوانين على تعويض هؤلاء عن الأضرار التي لحقت بهم بسبب قيامهم بهذا العمل^(٨٧).

وقد نصت بعض التشريعات مثل قانون كاليفورنيا على تخصيص قسم مستقل بعنوان: "المواطنون الذين يفيدون المصلحة العامة"، وذلك لغرض منح تعويض عادل لهؤلاء^(٨٨)، ولعل المبرر في ذلك أن الظروف التي تدفع فيها الدولة التعويض لمواطن أسهم في منع الجريمة، أو أعان رجال الشرطة، مختلفة، عن تلك الظروف التي تدفع فيها تعويضاً في الحالات العادية، كما أنه في هذه الحالات لا يشترط حاجة هذه الفئة إلى التعويض، إذا كان القانون يعلق تعويض الضحايا على هذا الشرط^(٨٩).

المطلب الثاني

مدى تأثير دور المجني عليه على حقه في التعويض

تثير مسألة تعويض المجني عليه مسائل متعددة تتصل ببعض الجوانب المتعلقة به، وما يهمنها منها على نطاق البحث، هي تلك الجوانب التي تتعلق بدور المجني عليه في الجريمة، ومدى تأثير هذا الدور على حقه في التعويض. وأهم هذه المسائل هي تلوث المجني عليه، وكيف يؤثر هذا الدور الذي يلعبه بتلوثه على حقه في التعويض، وكذلك علاقة المجني عليه بالجاني وكيف تلعب هذه العلاقة دوراً في حق المجني عليه في التعويض ومداه، وسنتناول ذلك على النحو الآتي:

(٨٧) د/ أحمد عبد اللطيف الفقي، المرجع السابق، ص ٩٧.

(٨٨) د/ عادل محمد الفقي، مرجع سابق، ص ٣٢٦، ٣٢٧.

(٨٩) د/ أحمد عبد اللطيف الفقي، المرجع السابق، ص ٩٨.

الفرع الأول تلوث المجني عليه

إن كون الشخص مجنياً عليه في جريمة وقعت بالاعتداء على حق من حقوقه لا يعني بالضرورة أن هذا الشخص بريئاً منها تماماً، وإذا كانت القواعد العامة في المسؤولية لا تستبعد مسؤولية الجاني متى كان خطؤه سبباً في النتيجة التي وقعت، فإن هذا لا يعني استبعاد خطأ المجني عليه عند تقرير التعويض، وتقديره، وهذا ما حرصت عليه بعض القوانين بالتأكيد والنص عليه صراحة.

فالقانون المدني المصري يجيز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض، أو ألا يحكم بتعويض ما، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه (م ٢١٦ من القانون المدني المصري)، ومن المعروف أن خطأ المجني عليه قد يبلغ درجة من الجسامة بحيث تستغرق خطأ الفاعل، فلا يصبح الجاني مسؤولاً عن النتيجة ولا ملزماً بالتعويض عنها^(٩٠).

وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على تكريس مبدأ مراعاة خطأ المجني عليه عند تقدير التعويض، فقد قضت بأن "الأصل أن كل فعل خاطئ نشأ عنه ضرر للغير يوجب مسؤولية فاعله عن تعويض ذلك الضرر، فالمسؤولية واجبة ابتداء ولكنها قد تخف أو تنتزاعل بنسبة خطأ المجني عليه، ومبلغ اشتراكه مع الجاني في إحداث الضرر، وذلك ما يعرف عند علماء القانون بالخطأ المشترك، وقد تجب مسؤولية المجني عليه مسؤولية الجاني، فقد يتبين من ظروف الحادثة أن خطأ المجني عليه كان فاحشاً إلى درجة يتلاشى بجانبها خطأ الجاني ولا يكاد يذكر، كأن يكون المجني

(٩٠) د/ محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٦٤م.

عليه تعمد الإضرار بنفسه فانتهاز فرصة خطأ الجاني واتخاذ وسيلة لتنفيذ ما تعمده من إيقاع الضرر بنفسه^(٩١).

وتتص معظم قوانين التعويض على حرمان المجني عليه كلياً أو جزئياً من التعويض عن الضرر الذي ألحقته الجريمة به إذا ثبت أنه أسهم في حدوثه بطريق مباشر أو غير مباشر، فالقانون الفرنسي يجيز للمحكمة رفض القضاء بالتعويض المطلوب أو إنقاص قيمته بسبب سلوك المجني عليه^(٩٢) (م ٣/٧٠٦ من قانون الإجراءات الفرنسي)، وتطبيقاً لذلك قضى بذلك على المجني عليه الذي بدر منه إهمال جسيم أو صدر عنه استفزاز دفع الجاني إلى ارتكاب الجريمة.

كما أن هناك فريق في الفقه يتجه إلى حماية المضرورين لاسيما من حوادث السيارات، الأمر الذي حدا ببعض المشرعين إلى عدم التمسك بالأصل العام الذي يحرم المجني عليه أو المضرور من التعويض لتوافر السبب الأجنبي الذي قد يكون هو خطأ المضرور، والخروج عليه صراحة في الحالات التي لا يكون الملتزم بالتعويض فيها هو المتهم، ولعل أبرز مثال على ذلك هو قانون ٤ يوليو ١٩٨٥م في فرنسا، فقد قرر المشرع الفرنسي بموجب هذا القانون سريانه على ضحايا حوادث المرور (م ١)، وأنه لا يجوز أن يحتج على المضرور بالقوة القاهرة وفعل الغير (م ٢)، وأن المضرور يستحق التعويض عن الضرر الناجم عما يلحق به من إصابات في شخصه، دون أن يكون بالإمكان الاحتجاج عليه بخطئه الشخصي، إلا إذا كان خطؤه غير مغتفر وكان هو السبب الوحيد للحدث (م ١/٣).

وقد جاء هذا التشريع تقنياً لاتجاه بدأته محكمة النقض الفرنسية في باب المسؤولية عن فعل الشيء بصفة عامة، ذهبت بمقتضاه إلى عدم تأثير خطأ

(٩١) نقض ١٩٣١/١١/٢٨م، مجلة المحاماة، س ١٣، ص ٨١٥، وانظر: نقض ١٩٦٨/١/٢٩م، مجموعة أحكام النقض، س ١٩، ص ١٠٧، نقض ١٩٧٤/١٢/٢م، المرجع السابق، س ٢٥، ص ٢٨٧.

(٩٢) Gaston Stefani, Gorges Levasseur et Bernard Bouloc, Procédure Pénale, 14 éme éd Dalloz, Paris, 1990, p.328.

المضرور على حقه في التعويض الكامل عن كل الأضرار البدنية التي حلت به، فقد قضت بأن الواقعة التي تعد بمثابة قوة قاهرة هي وحدها التي تعفي حارس الشيء مصدر الضرر من المسؤولية القائمة على المادة ١/١٣٨٤ مدني فرنسي، ومن ثم فإن سلوك المضرور إن لم يكن بالنسبة للحارس أمراً غير متوقع ولا يمكن دفعه، لا يعفه ولو جزئياً من الالتزام بالتعويض^(٩٣).

وقد تضاربت الآراء في الفقه وتباينت أحكام القضاء حول تحديد مفهوم الخطأ غير المغتفر على نحو كاد في بعض الأحيان أن يفرغ هذا القانون من مضمون الحماية التي أرادها المشرع للمجني عليه، الأمر الذي دعا محكمة النقض الفرنسية إلى التدخل لوضع معيار حاسم ومحدد في هذا الشأن، فقررت أن الخطأ غير المغتفر، طبقاً لقانون ٥ يوليو ١٩٨٥م، هو الخطأ الإرادي الذي يشكل درجة استثنائية من الخطورة، ويعرض صاحبه دون مبرر معقول لخطر يتعين عليه إدراكه^(٩٤).

ومؤدي ذلك أن هناك خمسة عناصر ينبغي توافرها في خطأ المجني عليه حتى يمكن القول بأنه غير مغتفر، ويؤدي إلى حرمانه من التعويض، وهذه العناصر هي: الطابع الإرادي للخطأ، وجسامته الاستثنائية، وغياب المبرر لارتكابه، وإدراك الخطر الناجم عنه، وكونه السبب الوحيد للحادث^(٩٥).

كما نص القانون الألماني على عدم استحقاق المجني عليه للتعويض إذا كان هو المتسبب في وقوع الجريمة من خلال استفزازه للجاني، ونفس الحكم منصوص عليه في قوانين الدنمارك والنمسا وفنلندا، وتذهب غالبية القوانين الأنجلو أمريكية الخاصة بالتعويض إلى أنه يتعين على الجهة المختصة بنظر طلب التعويض أن

^(٩٣) انظر التطبيق على هذا النحو:

G. Viney, "L'indemnisation des Victimes des Dommages Causés Par le Fait d'une Chose Apres L'arrêt de la Cour de Cassation (ch.civ) du 21, Juillet 1982" Dalloz, 1982, p.201.

^(٩٤) Cass. Civ 20 Juillet 1987, Gazette du Palais 8 Janvier 1988 Arrêts 11.

^(٩٥) Bloch, E "La Faute Inexcusable du Piéton Jurais classeur périodique (La Semaine Juridique), 1988-1-3328.

تفحص بدقة ما يمكن أن يكون المجني عليه قد قام به من دور في وقوع الجريمة بغية تحديد مدى مسؤوليته عنها قبل إصدار قرارها بالتعويض لمصلحته، وبيرر الفقه هذا الحكم بأنه في عدم بحث سلوك المجني عليه في الجريمة، قد يؤدي إلى تهاونه وعدم اكترائه وتحوطه، مما يشجع على زيادة نسبة الإجماع، بل أن من شأن ذلك أن يدفع بعض الأشخاص إلى أن يسهموا بصورة إيجابية في جرائم تقع عليهم رغبة في الحصول على التعويض من الدولة^(٩٦).

وقد قضى تطبيقاً لذلك بأن المجني عليه الذي تقع عليه الجريمة وهو في حالة سكر أو تخدير اختياري، أو إثر مبادرته باستفزاز الجاني أو الاشتراك معه في مشاجرة، أو الانغماس معه في نشاط إجرامي، كأن يكونا عضوين في عصابة إجرامية كل ذلك من شأنه أن يجعل المجني عليه ملوثاً، ويؤثر على حقه في التعويض إلى حد قد يبلغ حرمانه منه نهائياً^(٩٧).

ولم يقتصر الأمر على هذا الحد، وإنما عمدت بعض القوانين الخاصة بالتعويض إلى تجريم ما يأتيه الشخص الذي يصيب نفسه بطلق ناري عند قيامه بتنظيف سلاحه، ثم يدعي أن الرصاصة أصابته من مجهول إنما يقع تحت طائلة العقاب الذي تقرره قوانين التعويض في هذا الخصوص^(٩٨). وإذا كان هذا السلوك يمكن أن يندرج ضمن جريمة النصب، فإنه يخضع مع ذلك لحكم خاص به بحيث لا يشترط لإدانة مرتكبه ومعاقبته عنه توافر أركان النصب المقررة قانوناً.

ونحن نرى أن فحص سلوك المجني عليه الإيجابي والسلبي في الجريمة، لإقرار التعويض ابتداءً، وتقديره انتهاءً، ومدى مساهمة هذا السلوك في صيرورة الجريمة، لهو أمر منطقي، فمن غير المعقول أن يفيد الفرد مما ساهم به، وإلا لأصبحت الأمور نوعاً من المغانم عند بعض فئات المجني عليهم.

(96) Roy Lombard, The Scope of Programs for Governmental Compensation of Victim of Crime, University of Illinois Law Forum, 1973, P.76.

(٩٧) انظر في تلك التطبيقات القضائية: يعقوب حياتي، المرجع السابق، ص ١٩٧.

(٩٨) د/ حمد أبو العلا عقيدة، المرجع السابق، ص ٨٤-٨٥.

الفرع الثاني

علاقة المجني عليه بالجاني

الأصل أن وجود علاقة بين الجاني والمجني عليه لا يحول دون استحقاق المجني عليه للتعويض الذي أحقه به الجاني نتيجة الضرر الذي أصابه من الجريمة، إلا إذا كان من شأن هذه العلاقة أن تجعل السلوك مباحاً. ويشكل هذا الأصل قاعدة استقرت في القانون المدني وذلك كما هو الحال في تأديب الزوج لزوجته أو تأديب الآباء لأبنائهم، وغير أن القوانين التي أخذت بفكرة التزام الدولة بالتعويض خرجت عن هذا الأصل، فقررت أن قيام علاقة بين الجاني والمجني عليه من شأنها أن تؤثر على الحق في التعويض، وتفرق هذه القوانين بين نوعين من العلاقة: أولهما صلة القرابة التي تجمع الجاني بالمجني عليه وثانيهما كون المجني عليه عضواً في نفس العصابة الإجرامية التي ينتمي إليها الجاني. أما في الصورة الأولى فإن معظم القوانين تنص على تخفيض التعويض أو رفضه كلية إذا كان المجني عليه قريباً للجاني أو إذا كانا يشتركان في معيشة واحدة، وقد ورد هذا الحكم في القانون النيوزيلندي والنظام الإنجليزي وقوانين ولايات نيويورك وماساشوستس وميريلاند ونيوجرسي وألاسكا بالإضافة إلى قوانين بعض المقاطعات الكندية والاسترالية^(٩٩).

وقد قيل تبريراً لهذا الحكم أنه يرجع من جهة إلى صعوبة الوقوف على الظروف الحقيقية للجريمة، ويعود من جهة ثانية إلى خشية استفادة الجاني بشكل مباشر أو غير مباشر من التعويض المقدم إلى المجني عليه، مما يتعارض مع سياسة التعويض^(١٠٠)، ولما كانت هذه التبريرات غير حاسمة فإن من القوانين ما يترك للقاضي أو للجهة المختصة بنظر طلب التعويض حرية تقدير مدى استحقاق المجني عليه للتعويض في الحالات التي يثبت فيها وجود علاقة قرابة أو معيشة مشتركة تربطه بالجاني، وذلك بالنظر إلى أن من شأن الأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه الإضرار

^(٩٩) راجع في ذلك: د/ يعقوب حياتي، المرجع السابق، ص ١٥٤.

(100) Martin, op. cit., P.44.

بالمجني عليه البريء لمجرد أن من أضر به تربطه علاقة لا دخل له في وجودها^(١٠١).

وترى الباحثة: أنه لا يجب أن ينال المجني عليه من الجريمة ضررها، بالإضافة إلى ظلم مبني على افتراض، قد لا يتحقق في كل حالة، منه إفادة الجاني من التعويض بشكل غير مباشر، لذا نرى ألا تكون العلاقة بين الجاني والمجني عليه سبباً في مزيد من الظلم والإجحاف قد يلحق بالمجني عليه، وأن يترك الأمر لتقدير قاضي الموضوع، على اعتبارها واقعة موضوعية في الدعوى.

أما الصورة الثانية للعلاقة بين الجاني والمجني عليه والمتمثلة في كونها عضوان في عصابة إجرامية واحدة، فقد لوحظ أن معظم الجرائم التي ترتكب بمناسبة هذه العلاقة ترجع إلى ما يثور بين أطرافها من خلاف، كالذي ينشب بين اللصوص عند قسمة المسروقات، وكان من الطبيعي أن تلتفت قوانين التعويض إلى هذه المسألة، وأن تنص على حرمان المجني عليه من التعويض كلية عند قيام هذا النوع من العلاقة بينه وبين الجاني، إذ لا يعقل أن يستفيد بالتعويض عن جريمة كان لسلوكه المنحرف دور في وقوعها، وقد نصت الاتفاقية الأوربية بشأن التعويض عن الجرائم العمدية، الموقعة في ستراسبورغ بتاريخ ١٩٨٣م على أنه: "يمكن رفض التعويض أو إنقاصه إذا كان المجني عليه أو طالب التعويض متورطاً في الجريمة المنظمة أو عضواً في عصابة شاركت في جرائم عنف"^(٢/٨).

ونحن نؤيد ما نصت عليه قوانين التعويضات في هذا المنحى، فلا أصوب للسياسة التشريعية الجنائية من ألا يفيد المجني عليه من سلوكه الإجرامي، وذلك بالنص على حرمان المجني عليه من التعويض حال تلوته وطلوعه في الجريمة بالمساهمة فيها بسلوكه المنحرف.

(١٠١) د/ محمد أبو العلا عقيدة، المرجع السابق، ص ٨٦.

الخاتمة

انتهينا في هذه الدراسة الموجزة إلى محاولة معالجة جزء يسير من موضوع حقوق المجني عليه، وذلك بالتركيز على ما يعتبر من أهم حقوقه، والمتمثل في حقه في الحصول على تعويض عادل من الدولة، وذلك في الجرائم التي يكون فيها الفاعل أو الجاني مجهولاً، أو معلوماً ولكن ثبت إعساره أو إفلاسه.

وقد تعرضنا إلى إطلالة سريعة عرضنا فيها لتأصيل تاريخي لأصل المطالبة بقيام الدولة بتعويض المجني عليه، مع عرض للإرهاصات الفكرية والتشريعية والدولية ذات الأثر الأكبر في توجيه الأنظار لالتزام الدولة بتعويض المجني عليه، كما عرضنا للأسس المختلفة التي قامت عليها مطالبة قيام الدولة بالتعويض، وطبيعة هذا الالتزام من كونه التزاماً أصلياً أم احتياطياً، كما طفقنا ندرس الجرائم محل التعويض، واستعرضنا النهج الفكري التشريعي المختلف في العديد من تشريعات الدول، وعرضنا ل ضمانات تنفيذ هذا الالتزام، وحدوده، ثم عرجنا ندرس مصادر تمويل لضمان تنفيذ الدولة بالتزاماتها، وانتهينا إلى عرض فئات أصحاب الحق في التعويض من الدولة، وخصصنا جزء من اهتمامنا إلى عرض لدور المجني عليه في الجريمة من تلوثه أو علاقته بالجاني، وكيف يؤثر هذا أو ذاك على حقه في التعويض ومقداره، كل ذلك في إطار دراسة مقارنة للتشريعات الجنائية المقارنة، وقد خرجنا من هذه الدراسة ببعض من النتائج والتوصيات، نوجزها فيما يأتي:

أولاً: النتائج:

- إن مبدأ التزام الدولة بتعويض المجني عليه قد وجد منذ عصر حمو رابي، كما أنه حظي باهتمام كبير من قبل الشريعة الإسلامية التي كانت حريصة على حماية حقوق الإنسان، وكفالة وضمان عدم إهدارها، وكان من أهم تطبيقاته مبدأ الدية على العاقلة.

- الاهتمام بحق المجني عليه في تعويض عادل من الدولة حال كون الفاعل مجهول أو معسر ما زال اهتماماً فقهياً، لم يدعمه الكثير من التشريعات، اللهم إلا بعضها وعلى استحياء.
- إن كفالة حقوق المجني عليهم بصفة عامة، وحق المجني عليه في التعويض من الدولة بصفة خاصة لا زالت بحاجة إلى المزيد من الدراسات المتخصصة من قبل مختلف الجهات من الباحثين والهيئات ومؤسسات الدولة، لما يمثله من أهمية تتعلق بحماية حقوق ضحايا الجريمة.
- اعتبار التشريعات العربية متأخرة كثيراً مقارنة بالتشريعات الغربية، وذلك في مجال كفالة حق المجني عليه في التعويض من الدولة، وذلك بإغفال جميع النداءات التي وجهت من قبل المؤتمرات والندوات الدولية.
- إن مدى التزام التشريعات العربية بموضوع تعويض الدولة للمجني عليه، لا يمكن اعتباره إلا شذرات في بحر يلج بالقوانين الغربية، ولم نجد صدق لها إلا في مادة وحيدة في الدستور المصري، وهي المادة ٩٩، لم تجد لها متنفساً من قانون ينظمها ويقنن أوضاعها، وبعض الإشارات في التشريع الكويتي، وتطبيقات محدودة لالتزام الدولة بالتعويض في بعض الجرائم في التشريع الجزائري من بعض الصناديق التي تعوض عن جرائم كالإرهاب وحوادث المرور.
- إن تلوث المجني عليه في الجريمة، بمساهمته فيها، كالمجني عليه الراضي، يؤثر على حقه في التعويض من الأصل، وقد ينقص منه.
- علاقة الجاني بالمجني عليه قد تقف عقبة أمام اقتضاء تعويض المجني عليه من الدولة، خشية التواطؤ والتداخل الذي قد يُخرج الأمر عن مقصده.
- العقوبات التي تواجه التزام مشرعي وتشريعات الدول في تعويض المجني عليه، عقبات تمويلية، أكثر منها عقبات منهجية، وأن بتوفر التمويل ومصادره تستطيع

الدول إقرار هذا الحق في تشريعاتها بالأريحية المفترض صدورها من دولة ذات هيئات ومؤسسات.

- نص المادة ٩٩ من الدستور المصري ينسحب ليشكل نصاً والتزاماً عاماً يقع على عاتق الدولة لكل ضحايا الجريمة، وليست لضحايا الاعتداء على الحريات الشخصية، وذلك لعمومية النص.

ثانياً- التوصيات:

- نوصي المُشرِّع بالمضي قدماً نحو إقرار مبدأ حق المجني عليه في التعويض من الدولة، وذلك بإصدار تشريع خاص ومستقل، وأن يحدد هذا التشريع جميع الجرائم التي يعرض عنها، وكذا الأشخاص الذين لهم حق طلب التعويض.

- كما نوصي بأن يكون التزام الدولة بالتعويض يشمل كل المجني عليهم، دون التقيد بحاجة المجني عليه، لأن الالتزام بالتعويض، عند البعض، مبتنى على التزام قانوني مؤداه قيام الدولة بالحراسة ومنع الجريمة، مقابل قيام المواطن بدفع الضرائب، فإن وقعت الجريمة اعتبرت الدولة مقصرة، والتزمت بالتعويض بغض النظر عن حاجة المجني عليه المادية.

- كما نتمنى على المُشرِّع إنشاء صندوق خاص بالتعويضات يتم تمويله من أموال المصادرات، وحصيلة الغرامات، والتبرعات، بالإضافة إلى أموال الجناة أنفسهم، وجزء من أجر السجين، إن كان يقوم بعمل مهني مستحق لأجر.

- ونوصي بالعمل على النص في لائحة المؤسسات العقابية على تخصيص جزء من أجر السجين لتعويض المجني عليه في حال عدم قيام الجاني بتعويضه عند الحكم عليه لإعساره، أو اقتطاع هذا الجزء من الأجر لصالح صندوق التعويضات الذي تقوم عليه الدولة، وكذلك تعاون الجهات المعنية لتشغيل السجناء في حدود ما تقضي به اللوائح، لما لهذا العمل من فوائد على أكثر من نطاق.

- كما نتمنى على المُشرِّع المصري تفعيل المادة ٩٩ من الدستور، وذلك بسن قانون ينص على تعويض الدولة للمجني عليه حال عدم تمكنه من اقتضاء حقه في التعويض من الجاني لإعساره أو لعدم معرفته، مع إحاطة هذا القانون بكل التفاصيل من الجرائم محل التعويض، ونوع الأضرار، على أن يتضمن القانون نصاً مفاده حلول الدولة محل المجني عليه في تعقب وتتبع الجاني حال عسره، ومطالبته إن تكتشف لها يسره، أو عرف بعد أن كان مجهولاً.
- ونوصي بالعمل على أن تكون الإجراءات المؤدية إلى حصول المجني عليه على تعويض الضرر الواقع عليه، بأسلوب ميسر وذلك بإنشاء لجان قضائية، في المحاكم الجنائية، تعهد إليهم مهمة النظر في استحقاق المجني عليه للتعويض من عدمه ونسبة التعويض، وذلك فور النطق بالحكم الجنائي، تسهياً على المجني عليه أو ذويه.
- كما نوصي بضرورة قيام المُشرِّع بإعادة النظر في مسألة اعتبار قرابة المجني عليه من الجاني من أسباب امتناع التعويض، فالواقع العملي يشهد أن جرائم العنف الأسري - على سبيل المثال - لا تقع إلا من جانبٍ هو ذي قرى بالمجني عليه، وأن طبيعة الجريمة تفرض هذا القرب، فلا أدعى من أن نتكاتف لتخفيف ألم الجريمة على المجني عليه، بدلاً من المشاركة في زيادة آلامه بمنعه من التعويض.

قائمة المراجع

أولاً- مراجع باللغة العربية:

أ- المراجع العامة:

- ١) د/ أحمد عبد اللطيف الفقي، الدولة وحقوق ضحايا الجريمة، تطبيق على ضحايا جرائم الإرهاب، وجرائم الإيدز بسبب نقل الدم، الطبعة الأولى، دار النشر للنشر والتوزيع، ٢٠٠٣م.
- ٢) د/ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٠م.
- ٣) د/ حسام الدين كامل الأهواني، الحق في حرمة الحياة الخاصة (الحق في الخصوصية)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨م.
- ٤) د/ صالح السعد، علم المجني عليه "ضحايا الجريمة"، الطبعة الأولى، دار صفاء للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٩م.
- ٥) د/ عوض محمد عوض، قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٩م.
- ٦) عبد الرحمن الدراجي خلفي، الحق في الشكوى كقيد على المتابعة الجزائية، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٩م.
- ٧) د/ محمد صبحي محمد نجم، رضا المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٨٣م.
- ٨) د/ مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، إصدارات جامعة القاهرة، القاهرة، ١٩٩١م.
- ٩) محمد حنفي محمود، الحقوق الأساسية للمجني عليه في الدعوى الجزائية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٦م.
- ١٠) د/محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨م.

ب- المراجع المتخصصة:

- ١) د/ أحمد شوقي عمر أبو خطوة، تعويض المجني عليهم عن الأضرار الناشئة عن جرائم الإرهاب، دار النهضة العربية، ١٩٩٥م، مصر.
- ٢) د/ زكي زكي حسين زيدان، حق المجني عن التعويض عن ضرر النفس في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، مصر، بدون سنة.
- ٣) د/ محمد مؤنس محب الدين، تعويض ضحايا الجريمة في الشريعة والقانون، مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ٢٠٠١م.
- ٤) د/ محمد أبو العلا عقيدة، تعويض الدولة للمضرور من الجريمة (دراسة مقارنة في التشريعات المعاصرة)، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٨م.
- ٥) د/ هلال فرغلي هلال، النظام الإسلامي في تعويض المضرور من الجريمة، الطبعة الأولى، دار النشر بالمركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.

ج- الأطروحات العلمية (الماجستير والدكتوراه):

- ١) د/ حسني محمد الجدع، رضاء المجني عليه وآثاره القانونية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٣م، مكتبة الشرق بالزقازيق.
- ٢) د/ عادل إبراهيم إسماعيل، سلطات مأموري الضبط القضائي بين الفاعلية وضمن الحقوق والحريات، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة، مصر، ٢٠٠١م.
- ٣) د/ عادل محمد الفقي، المجني عليه في القانون الوضعي مقارنةً بالشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، ١٩٨٤م.
- ٤) د/ محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٦٤م.

٥) د/ يعقوب حياتي، تعويض الدولة للمجني عليهم في جرائم الأشخاص (دراسة مقارنة في علم المجني عليه)، رسالة دكتوراه، جامعة الاسكندرية، كلية الحقوق، ١٩٧٧م.

د- الأبحاث والمقالات العلمية المنشورة:

١) أ/ أبو زيد عبد الباقي، الالتزام بضمان أذى النفس ودور الدولة فيه في ظل القانون المدني الكويتي، مجلة المحامي تصدر عن جمعية المحامين الكويتية، السنة السادسة، عدد يوليو، أكتوبر، ١٩٨٣م.

٢) د/ البشري الشورجي، دور النيابة العامة في كفالة حقوق المجني عليه في مصر، بحث مقدم للمؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي، حقوق المجني عليه في الإجراءات الجنائية، القاهرة في الفترة من ١٢-١٤ مارس ١٩٨٩، دار النهضة العربية ١٩٩٠م.

٣) د/ حسن صادق المرصفاوي، دعوى التعويض أمام المحاكم الجنائية، منشور في أعمال مؤتمر "حقوق المجني عليه في الإجراءات الجنائية"، المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي، القاهرة، ١٩٨٩م، إصدارات دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٠م.

٤) د/ خيرى أحمد الكباش، مسؤولية الدولة عن تعويض المجني عليه (أساسه، عناصره، ضماناته)، منشور في مجموعة أعمال مؤتمر "حقوق المجني عليه في الإجراءات الجنائية"، المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي، القاهرة، إصدارات دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٠م.

٥) د/ سمير الجنزوري، الضمانات الإجرائية في الدستور الجديد، المجلة الجنائية القومية، المجلد الخامس عشر، العدد الأول، مارس ١٩٧٢م.

٦) د/ محمد محمود مصطفى، حقوق المجني عليه في القانون المقارن خارج الدعوى الجنائية والمدنية، بحث منشور في أعمال المؤتمر "حقوق المجني



عليه في الدعوى الجنائية"، مصر، ١٩٨٩، إصدارات دار النهضة العربية، ١٩٩٠م.

هـ- المؤتمرات العلمية:

(١) المؤتمر الثالث للقانون الجنائي، توصيات المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي المتعلق بحقوق المجني عليه في الإجراءات الجنائية، مصر، ١٩٨٩م.

(٢) المؤتمر الدولي الحادي عشر لقانون العقوبات، بودابست في الفترة من ٩-١٤ سبتمبر ١٩٧٤م.

(٣) المؤتمر الدولي الحادي عشر لقانون العقوبات المنعقد في بودابست هنغاريا/ في الفترة من ٩-١٥ سبتمبر سنة ١٩٧٤م.

ثانياً- مراجع باللغة الإنجليزية:

(A) Textbooks:

- 1) Stephen Schafer, Compensation and Restitution to Victims of Crime, Second Edition, Enlarged -1970 Patterson Smith N.J, U.S.A
- 2) Kaiser, H, Kurt and H.J Albrecht (ed), victims and Criminal justices, Freiburg, 1991, VOL.III

(B) Articles and Reports:

- 1) Cherief Bassiouni: International Protection of Victims, (Association Internationale de Droit Penal), Paris, 1988.
- 2) Glenn Floyd, Victims Compensation Plans, American Bar Association Journal, Vol.6.
- 3) Ralph Yarborough, The Criminal Injuries Compensation Act.
- 4) Roy Lombard, The Scope of Programs for Governmental, forum 1973.



(C) Documents:

- 1) The University of Chicago Law Review, Comments Compensation for Victims of Crime, Vol.33, 1965.

ثالثاً- مراجع باللغة الفرنسية:

A) Les Ouvrages:

- 1) Lombard, "les différents systèmes d'indemnisation des victimes d'acte de violence ET leurs enjeux, Revue de science criminelle ET de Droit Pénal Comparé, 1984, no.2
- 2) Stock, Indemnisation des Victimes d'acte de violence par l'état en République Fédérale Allemande, Déviance Et société, No .4, 1980.
- 3) Gaston Stefani, Gorges Levasseur ET Bernard Bouloc, Procédure Pénale, 14-ème éd Dalloz, Paris, 1990
- 4) Raymond de RYCKERE et Henri JASPER, Contribution de la "victimologie" aux science criminologiques, De droit penal et decriminology, Bruxelles, 1958.

(B) Articles et Rapports

- 1) Pascaud Rapport présenté cogres penitentiaire de Paris, 1985, Actes du congrès.
- 2) G. Viney, "L'indemnisation des Victimes des Damages Causés Par le Fait d'une Chose Après L'arrêt de la Cour de Cassation (ch.civ) du 21, Juillet 1982", Dalloz, 1982.
- 3) Bloch, E "La Faute Inexcusable du Piéton Jurais classeur périodique (la Semaine Juridique), 1988-1-3328.

(C) Périodiques:

- 1) Revue Internationales de droit Pénal.
- 2) Gazette du Palais.

أحكام تجزئة القسط في عقد التأمين حال انقضاء العقد بالفسخ أو البطلان في القانون الأردني

الدكتور/ يوسف أحمد محمود نوافله *

الملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى بيان ماهية القسط في عقد التأمين والأحكام المتعلقة بتجزئة القسط في عقود التأمين بصفة عامة، حيث بينت ماهية القسط في عقد التأمين والأحكام المتعلقة به، كما تناولت الحديث عن أحكام تجزئة القسط في عقد التأمين وفقاً للقواعد العامة، وهل يستطيع المؤمن له أن يسترد الأقساط التي سبق له أن دفعها للمؤمن في حال بطلان عقد التأمين أو فسخه أو انقضائه لأي سبب من الأسباب؟

واتضح لنا أن الآراء الفقهية قد تعددت بشأن مدى جواز تجزئة القسط في عقد التأمين، فمنها من أجاز الأخذ بهذا المبدأ، وبعضها الآخر لم يجز الأخذ به على اعتبار أن عقد التأمين يقوم على أسس فنية، واحتمالات يكون من شأنها أن تساعد المؤمن في تحديد القسط، وبالتالي يستطيع من خلال الأقساط أن يتحمل أخطار معينة، وأن القول بجواز تجزئة القسط يجعل من الصعب على المؤمن أن يتحمل تلك الأخطار.

ومن جهة أخرى فقد اتضح لنا أن المشرع الأردني لم ينظم من حيث الأصل النص على مبدأ تجزئة القسط في عقد التأمين، ولكنه تناول نصوص معينة يستشف منها أنه يقر تارة هذا المبدأ، وتارة أخرى لا يجيز ذلك، أو يترك الأمر لاتفاق المتعاقدين.

كما أن هذه الدراسة بينت الأحكام المتعلقة بتجزئة القسط في أنواع معينة من عقود التأمين، وهي الواسعة الانتشار، ومنها عقد التأمين الإلزامي على المركبات، وعقد التأمين البحري.

الكلمات المفتاحية: عقد التأمين - القسط - عقد التأمين الباطل - تجزئة القسط - عقد التأمين الإلزامي - عقد التأمين البحري.

* أستاذ مساعد بقسم القانون الخاص - كلية الحقوق - جامعة السلطان قابوس.



Provisions for Splitting the Premium in the Insurance Contract Upon Expiry of the Contract by Termination or Nullity in the Jordanian Law

Dr. Yousef Ahmad Mahmoud Nawafleh *

Abstract:

This study aims to explain what the premium is in the insurance contract, the provisions related to the splitting of the premium in the insurance contracts in general, as it showed what the premium is in the insurance contract, and the provisions related to it. It also dealt with the provisions of splitting the premium in the insurance contract according to the general rules. Can the insured be able to recover the premiums that he previously paid to the insured in the event that the insurance contract is null, annulled or expired for any reason?

It became clear to us that the jurisprudential opinions have varied regarding the extent of the permissibility of splitting the premium in the insurance contract, for there are those who permitted the adoption of this principle, and some of them did not allow it to be adopted on the grounds that the insurance contract is based on technical grounds and possibilities that would help the insurer in determining the premium. It is through installments that he bears certain risks, and saying that it is permissible to split the installment makes it difficult for the insured to bear those risks.

On the other hand, it became clear to us that the Jordanian legislator did not originally stipulate the principle of splitting the premium in the insurance contract, but dealt with certain texts from which it can be seen that it endorses this principle and at other times it does not allow that or leave the matter to the agreement of the contracting parties.

In addition, this study showed the provisions related to splitting the premium in certain types of insurance contracts, which are very widespread, including the compulsory vehicle insurance contract, the marine insurance contract.

Keywords: Insurance Contract - Premium - Invalid Insurance Contract - Dividing Premium - Compulsory Insurance - Maritime Insurance Contract.

* Assistant Professor – Department of Private Law – College of Law – Sultan Qaboos University.

المقدمة

يعد عقد التأمين من أهم العقود التي تقوم عليها حياة الأفراد في مختلف دول العالم، وذلك لما يوفره لأصحابه من طمأنينة وضمانات كفيلة بتعويضهم عند حدوث أضرار نتيجة للأخطار المؤمن منها، ومن ثم تجنبهم الخسائر الفادحة، حيث تكاد لا تخلو حياة أي إنسان أو ممتلكاته إلا وقد قام أصحابها بالتأمين عليها بموجب عقود التأمين المختلفة.

ونظم المشرع الأردني - كغيره من التشريعات - أحكاماً خاصةً بعقد التأمين على اختلاف أنواعه؛ لما يتمتع به من أهمية عن بقية العقود الأخرى المختلفة، حيث نظم المشرع أحكام عقد التأمين في الباب التاسع من القانون المدني الأردني^(١)، وضمن فيه العديد من المواد التي تحكم تنظيم هذا العقد بشكل خاص. وفي إطار الأحكام المتنوعة لعقد التأمين فقد اخترنا البحث في أحكام تجزئة القسط في عقد التأمين، وهذا الموضوع لا يتعلق بنوع معين من عقود التأمين، وإنما يتناول جميع الأحكام المتعلقة بالقسط التي نظمها المشرع الأردني في كافة عقود التأمين على اختلاف أنواعها، سواء أورد ذلك في عقود التأمين البحرية أم عند تنظيمه لأحكام نظام التأمين الإلزامي على المركبات.

ومحور دراستنا هنا ستكون حول ماهية القسط في عقد التأمين، والأحكام المتعلقة بتجزئة القسط في عقد التأمين، والحديث في هذه الجزئية تبدو أهميته من خلال معرفة الأثر المترتب على إنهاء عقد التأمين سواء بالفسخ أم بالبطان، فهل يترتب على ذلك الآثار المتعلقة بالقواعد العامة أو يختلف هذا الأثر؟ وهل يجوز تجزئة قسط التأمين عند فسخ العقد أو إنهائه لأي سبب من أسباب الإنهاء؟ وسنسلط الضوء في دراستنا هذه على "أحكام تجزئة القسط في عقد التأمين"، وسنبين تأثير فسخ أو انفساخ العقد أو إبطاله على القسط باعتباره عنصراً جوهرياً في العقد، دون أن نتعرض لأحكام القسط ولا لأنواعه ولا لشروطه ولا لآثاره، إلا بالقدر الضروري والعارض الذي تقتضيه هذه الدراسة، وستتمحور دراستنا على الأحكام المتعلقة بعقد التأمين المنصوص عليها في القانون الأردني، وكذلك

(١) قانون التجارة البحرية الأردني رقم (١٢) لسنة (١٩٧٢م).

الأحكام القضائية بهذا الشأن، وسنستعين ببعض مواقف التشريعات المقارنة، كلما اقتضى الأمر ذلك.

وسنتبع في دراستنا المنهج التحليلي، من خلال تحليل النصوص القانونية والأحكام القضائية ذات العلاقة للتعرف إلى مضامينها ومراميها، بالإضافة إلى استعراض بعض آراء الشراح والباحثين، والرجوع إلى المراجع العلمية المتخصصة، والدراسات والبحوث السابقة ذات الصلة.

وللحديث عن أحكام تجزئة القسط في عقد التأمين فقد ارتأينا تقسيم هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث، حيث سنتناول الحديث في المبحث الأول عن ماهية القسط وأحكامه، وسنتحدث في المبحث الثاني عن أحكام تجزئة القسط وفقاً للقواعد العامة في عقد التأمين، وسنتحدث في المبحث الثالث عن أحكام تجزئة القسط في أنواع معينة من عقود التأمين، على النحو الآتي:

المبحث الأول

ماهية القسط وأحكامه

يقوم عقد التأمين في مجمله على ثلاثة عناصر أساسية وهي: الخطر، القسط، والمصلحة التأمينية، حيث يمكن القول إن القسط يعد أساس التزام المؤمن له، ويعد مبلغ التأمين أساس التزام المؤمن، أما الخطر فهو يعد أساس التزام كل من المؤمن والمؤمن له؛ فيلتزم المؤمن له بدفع قسط التأمين؛ ليؤمن نفسه من وقوع الخطر، ويقوم المؤمن بدوره بدفع مبلغ التأمين للمؤمن له لتأمينه من الخطر حال وقوعه، فالخطر إذن هو الأساس الذي يبنى عليه القسط ومبلغ التأمين، وهو المقياس الذي يحدد على أساسه كل منها^(٢).

ويقصد بالقسط في عقد التأمين أنه: العوض المالي الذي يلتزم المؤمن له بدفعه للمؤمن لقاء التغطية أو الحماية التأمينية التي يوفرها هذا الأخير للمؤمن له

(٢) انظر: السنهوري، عبد الرزاق، ١٩٧٣م، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٧ (المجلد الثاني) (عقود الغرر)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص ١٢١٧ - ١٢١٨.

أو لمن يتم التأمين لحسابه^(٣)، فهو المقابل للخطر المضمون، أو ثمن التأمين، فهو من التأمين كالتأمين في عقد البيع أو الأجرة في عقد الإيجار.

ويعد القسط عنصراً مهماً وجوهرياً في عقد التأمين من الناحيتين الفنية والقانونية، شأنه في ذلك شأن الخطر المؤمن منه، فهو السبب في الضمان الذي يعد في الوقت ذاته السبب القانوني للقسط، ومن الناحية الفنية فالقسط لا يمكن الاستغناء عنه في عقد التأمين؛ لأن شركة التأمين تعتمد في تغطيتها للكوارث على أقساط التأمين التي يتم تحصيلها من المؤمن لهم، بحيث إذا لم يكن هنالك أقساط لما كان هنالك تأمين^(٤).

ولما كان عقد التأمين لا ينعقد بانتفاء الخطر، فمن باب أولى لا ينعقد عقد التأمين كذلك بلا قسط، حيث يعد الخطر والقسط وجهان لعملة واحدة، فالقسط بالنسبة إلى المؤمن له هو ثمن الأمان الذي يحصل عليه، أما بالنسبة إلى المؤمن فهو بمنزلة ثمن للخطر الذي يتحمله.

وقد تطرق المشرع الأردني للالتزام المؤمن له بدفع قسط التأمين، وذلك وفقاً لما جاء في المادة (٩٢٠) من القانون المدني الأردني، التي عرفت عقد التأمين، حيث جاء فيها أنه: "التأمين عقد يلتزم المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترطت التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده أو تحقق الخطر المبين في العقد، وذلك مقابل مبلغ محدد أو أقساط دورية يؤديها المؤمن له للمؤمن".

كما جاء في المادة (٩٢٧) من القانون المدني الأردني أن: "يلتزم المؤمن له: ١- بأن يدفع المبالغ المتفق عليها في الأجل المحدد في العقد....".

(٣) انظر: أبو السعود، رمضان، ٢٠٠٠م، أصول التأمين، ط٢، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص ٣٥٥.

(٤) انظر: منصور، محمد حسين، ٢٠٠٣م، أحكام التأمين، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص ١٥٦.

فمن النصوص السابقة الذكر يتبين لنا أن المشرع الأردني نص على التزام المؤمن له بدفع قسط التأمين، كما أنه قصد بالقسط في التأمين بأنه المبلغ المقابل لالتزام المؤمن بتغطية الخطر المؤمن منه.

ويقوم التزام المؤمن له بدفع القسط في كافة عقود التأمين، حتى في التأمين على الحياة^(٥)، والأصل أن يقوم المؤمن له بدفع القسط وفقاً لما تم الاتفاق عليه مع المؤمن، وفي حال انتقال ملكية الشيء المؤمن عليه للغير كالخلف العام مثلاً فهنا يصبح الخلف هو الملتزم بدفع قسط التأمين، وفي حال توفي المؤمن له، فإن وريثة من بعده هم الملتزمون بدفع الأقساط المستحقة باعتبارها ديوناً على التركة، ويكون حدود التزامهم بها في حدود التركة فقط، كما يلتزم وريثة المؤمن له بدفع جميع الأقساط المستقبلية بعد وفاة مورثهم، باعتبار أن هذه الأقساط هي ديون شخصية عليهم كمقابل لاستفادتهم من عقد التأمين في حال انتقلت ملكية الشيء المؤمن عليه لهم إرثاً، ويلتزم بكل الأحوال الوارث الذي انتقلت إليه ملكية الشيء المؤمن عليه بعد القسمة بدفع جميع الأقساط المتعلقة بالشيء المؤمن عليه^(٦).

وفي حال تصرف المؤمن له في الشيء المؤمن عليه إلى شخص آخر، فتنقل إليه جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد التأمين في حال توفرت شروط الخلافة الخاصة، وحينها يكون الخلف الخاص ملزماً بدفع القسط من وقت التصرف بالشيء المؤمن عليه، ولكن انتقال الحق لا يكون نافذاً في حق المؤمن إلا بإخطاره به، ويظل السلف ملتزماً بالقسط السابق على الإخطار، وحينها يلتزم الخلف بالأقساط اللاحقة عليه.

(٥) ويختلف الحكم في فرنسا، حيث يقضي قانون ٩٣٠م بأن المؤمن له في التأمين على الحياة لا يجبر في دفع قسط التأمين، ويعللون ذلك بأن التأمين على الحياة يتضمن تدبيراً احتياطياً من الادخار، يستغرق تنفيذه سنوات طويلة، إذن ليس من الحكم إذا قام شخص بالتأمين على الحياة أن يبقى مقيداً به طوال هذه السنوات، لكونه يدفع القسط من دخل عمله، فيجب أن يعطى فرصة لتقدير وضعه المالي كل سنة، وإلا امتنع عن التعاقد، ولكن يكفي للوفاء بهذا الغرض أن يتقرر جواز التحلل من العقد في أي وقت، انظر: السنهوري، عبد الرزاق، هامش (١) ص ١٢٨٩.

(٦) انظر: منصور، محمد، أحكام التأمين، ص ١٥٧.

ويجوز أن يقوم الغير بالوفاء بالقسط عن المؤمن له، وفقاً للأحكام المقررة في وفاء الغير للدين، وفي هذه الحالة يحق للغير الرجوع على المدين، ويكون له حق امتياز على مبلغ التأمين على اعتبار أن ما قام به يعد عملاً من أعمال الصيانة والحفظ، ويجب أن يتم الوفاء بالقسط إلى المؤمن سواء قام المؤمن له بالوفاء للمؤمن مباشرة أو من خلال ممثليه ووكلائه المعتمدين منه ممن يكون له تفويض بقبض تلك الأقساط، بحيث يكون وفاء المؤمن له لهم وفاءً صحيحاً^(٧).

وقد غلب العمل على أن تتفق شركات التأمين أن العقد لا يبدأ العمل به إلا بعد سداد المؤمن له للقسط الأول من أقساط التأمين، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك بنص صريح في الوثيقة، وفي حال خلو وثيقة التأمين من شرط كهذا فيتم البدء بالعمل بالوثيقة من تاريخ توقيع المتعاقدين عليها أي فور انعقاد عقد التأمين.

والأصل أن يترك تحديد القسط لإرادة المتعاقدين، إلا أن حريتهما في ذلك ليست مطلقة، فبالإضافة لكون المؤمن ملزماً من ناحية فنية بمراعاة اعتبارات معينة في تحديده للقسط، إلا أن المشرع يتدخل في كثير من الأحيان لفرض حد أدنى أو أعلى للقسط، خاصة في عقود التأمين الإلزامية على المركبات - كما هو معمول به في التشريع الأردني - أو في أنواع معينة من عقود التأمين كعقد التأمين على الحياة، وذلك رغبة منه في منع التنافس بين شركات التأمين الذي يؤدي إلى نزولهم عن الحد الذي يأمن معه المؤمن أن يكون باستطاعته مواجهة الأخطار التي سيأخذها على عاتقه، أو لمنع استغلال شركات التأمين للمؤمن لهم خاصة في عقود التأمين الإجبارية^(٨).

ويتكون القسط الذي يلتزم المؤمن له بدفعه للمؤمن من عنصرين:

العنصر الأول: ويطلق عليه القسط الصافي، وهو العنصر الذي يمثل قيمة الخطر المؤمن منه، أي ثمن الخطر، أو التكلفة الاحتمالية للخطر المضمون،

(٧) انظر: السنهوري، ص ١٢٩٣.

(٨) انظر: منصور، محمد حسين، أحكام التأمين، ص ٢٦٢.

بحيث يساوي أو يوازي مجموع الأقساط الصافية مجموع المبالغ التي يلتزم المؤمن بها دون ربح أو خسارة، ويقوم المؤمن بتحديد هذا العنصر اعتماداً منه على أسس فنية وعناصر محده تقوم على عنصر الاحتمالات.

العنصر الثاني: ويطلق عليه أعباء أو علاوات القسط، ويمثل هذا العنصر المبلغ المالي الذي يتم إضافته إلى القسط الصافي، بقصد تغطية العديد من المصروفات التي يتحملها المؤمن في إدارة عملية التأمين، وفي سبيل الحصول على عقود التأمين، حيث إن شركات التأمين تتحمل - غالباً - العديد من المصروفات في عملية إدارة التأمين، وتهدف بنفس الوقت إلى تحقيق أرباح للمساهمين فيها، ولتحقيق ذلك فهي تضيف هذه المصروفات إلى المبلغ الذي تقدره كأرباح، وتقوم بتوزيعه على مجموع المؤمن لهم ليتكون من مجموع عنصري القسط الصافي، ونصيب المؤمن له في أعباء القسط أو ما يسمى بالقسط التجاري الذي يقوم المؤمن له بدفعه للمؤمن^(٩).

ويتحدد زمان الوفاء بالقسط وفقاً لإرادة المتعاقدان، وقد استقر العمل في وثائق التأمين على أن يقدر القسط بمبلغ إجمالي يدفع مقدماً دفعة واحدة لمرة واحدة، وغلب الأمر أن تحدد شركات التأمين أنه يجب الوفاء بالقسط على صورة مبلغ يدفع سنوياً، كما تقوم شركات التأمين على تقسيط القسط السنوي على دفعات شهرية تدفع كل شهر أو كل ثلاث أشهر سنوياً، كنوع من التسهيل والتيسير على المؤمن له، إلا أن ذلك لا يخل بحق المؤمن في أن يتقاضى القسط السنوي كاملاً حتى في حال تحقق الخطر في أول السنة، ويتم ذلك عادة بخصم قيمة الأقساط التي لم يقم المؤمن له بدفعها من إجمالي مبلغ التأمين المستحق بعد تحقق الكارثة المؤمن منها^(١٠).

(٩) انظر: البدرابي، عبد المنعم، ١٩٦٣م، التأمين، دار الكتاب العربي، القاهرة، ص ٢٢٣.

(١٠) انظر: منصور، محمد حسين، ص ١٥٩.

المبحث الثاني أحكام تجزئة القسط

الأصل أن القسط في عقد التأمين - كما تقدم - يدفع مقدماً في الوقت الذي يتفق فيه المتعاقدان على إبرام عقد التأمين، وحال التوقيع عليه، وجرت العادة على أن يشترط المؤمن على المؤمن له أن يقوم هذا الأخير بدفع القسط مقدماً له، لكي يتسنى للمؤمن أن يواجه الأخطار التي قد تتحقق خلال السنة العقدية، ويسدد مبالغ التعويض المستحقة عنها، وهذا ما استقر عليه العمل في الأردن، حيث يقوم المؤمن له بدفع القسط مقدماً للمؤمن؛ إلا إذا اتفق على خلاف ذلك^(١١).

وتأسيساً على ما سبق، فهل يحق للأطراف في عقد التأمين الاتفاق على تجزئة القسط؟ وهل يؤثر ذلك على إنهاء وفسخ عقد التأمين؟ فماذا لو تم فسخ عقد التأمين بقوة القانون أو تم إبطاله فهل يتم حينها تجزئة القسط بأن يأخذ المؤمن ما يستحقه عن المدة التي تمت تغطيتها ويرد منها عن المدة التي لم يتحمل فيها تغطية التأمين أو لا؟

إن ما نقصده بتجزئة القسط في هذا المقام أن يقوم المؤمن له بدفع قسط التأمين على عدة دفعات أو دفعة واحدة تبعاً لتحمل المؤمن للخطر خلال مدة عقديه معينة، ومن ثم إذا انقضى العقد لأي سبب من أسباب الانقضاء فيقوم المؤمن بإرجاع القسط الذي لم يتحمل في مقابله خطر ما للمؤمن له، وينقضي التزام المؤمن له بدفع القسط عن المدة اللاحقة للانقضاء.

حقيقية، اختلف الفقه حول مدى جواز تجزئة قسط التأمين، فذهب البعض إلى عدم جواز تجزئة قسط التأمين، استناداً إلى مبدأ عدم قابلية القسط للتجزئة، حيث إن المؤمن يقيم حساباته بطريقة فنية تأسيساً على احتمالات تحقق الخطر من عدمها، وما يقابل ذلك من قسط على أساس فترة زمنية معينة، وإن القول بقابلية القسط للتجزئة يؤدي إلى الإخلال بالحسابات التي قام بها المؤمن، حيث يكون من الصعب حينها على هذا الأخير تقدير جزء القسط المقابل للفترة المتبقية من السنة

(١١) وقد استقر التعامل في مصر على أن يقوم المؤمن له بدفع القسط مقدماً للمؤمن حتى أصبح ذلك عرفاً تأمينياً، انظر: السنهوري، ص ١٢٩٥.

العقدية، وذلك لتغير نسبة احتمال وقوع الخطر خلال السنة مثلاً أو خلال مدة التعاقد ككل، وتأخذ بعض التشريعات بهذا المبدأ، ومنها التشريع السويسري والألماني^(١٢).

ويذهب رأي آخر إلى جواز تجزئة قسط التأمين، أي الحق للمؤمن له أن يسترد المدة المتبقية من العقد التي لم يتحمل المؤمن في مقابلها خطر ما أو تلك التي لم يؤمن فيها للمؤمن له الحماية التأمينية، وتأسل هذا الاتجاه على فكرة أساسها أن احتفاظ المؤمن بالجزء من القسط الذي لم يتحمل في مقابله خطر ما ولم يوفر فيه الحماية للمؤمن له تعد إثراء بلا سبب على حساب المؤمن له، بالإضافة إلى أن زوال التزام المؤمن بتحمل الخطر خلال المدة المتبقية من العقد يستتبع من حيث الأصل انقضاء التزام المؤمن له بدفع القسط عن تلك المدة، فالتزام المؤمن يعد سبباً لالتزام المؤمن له، وأن من مقتضيات مبدأ تناسب القسط مع الخطر المؤمن منه - من حيث النتيجة - هو جواز تجزئة قسط التأمين وفقاً لذلك^(١٣).

ويذهب البعض الآخر إلى أكثر من ذلك، حيث يجيز للأطراف الاتفاق على جواز تجزئة القسط من عدمه، فإذا اتفق الأطراف على تجزئة القسط كان القسط قابلاً للتجزئة عند الاختلاف وفسخ العقد، أما في حال الاتفاق على عدم جواز تجزئة القسط فيكون القسط غير قابل للتجزئة.

وعلى الرغم من الآراء السابقة؛ إلا أن كلها أجمعت على أن الأخذ بمبدأ جواز تجزئة قسط التأمين لا يحول دون حق المؤمن بالاحتفاظ بالجزء المتبقي من القسط

(١٢) وقد نص المشرع المصري والفرنسي على مبدأ عدم جواز تجزئة القسط في التأمين البحري، انظر: منصور، محمد حسين، أحكام التأمين، ص ١٥٩.

(١٣) انظر: منصور، محمد حسين، أحكام التأمين، ص ١٥ وما بعدها، ووقد سار على هذا النحو القانون الفرنسي الصادر في ١٩٣٠م في كثير من تطبيقاته، ومنها حالات فسخ العقد بسبب ازدياد الخطر، أو بسبب إفلاس المؤمن له أو تصفيته تصفية قضائية، أو بسبب انتقال ملكية الشيء المؤمن عليه، أو بسبب الكتمان أو تقديم بيان غير صحيح إذا كان المؤمن له حسن النية، أو إذا انقضى العقد بسبب هلاك الشيء المؤمن عليه، وعلى هذا النحو انظر: السنهاوري، ص ١٢٩٨.

عن المدة التي لم يتحمل في مقابلها خطر ما على سبيل التعويض في حال أخل المؤمن له بعشه بالتزام أدى معه إلى إبطال العقد أو فسخه^(١٤).

وبالرجوع لأحكام عقد التأمين التي نظمها المشرع في القانون المدني الأردني نجد أن المادة (٩٢٧) نصت على أن: "يلتزم المؤمن له ١- بأن يدفع المبالغ المتفق عليها في الأجل المحدد في العقد. ٢- وأن يقرر وقت إبرام العقد كل المعلومات التي يهم المؤمن معرفتها لتقدير المخاطر التي يأخذها على عاتقه. ٣- وأن يخطر المؤمن بما يطرأ أثناء مدة العقد من أمور تؤدي إلى زيادة هذه المخاطر".

فمن النص السابق نجد أن المشرع الأردني نص على التزام المؤمن له بدفع المبالغ المتفق عليها في الأجل المحدد في العقد، وهي بالتأكيد أقساط التأمين، ولم يشر بأي صورة من الصور إلى وجوب تحديد دفعها بأجل معين، وإنما ترك ذلك وفقاً لما يحدده الأطراف، ويوثق في عقد التأمين عندما تضمنت المادة "بأن يدفع المبالغ المتفق عليها في الأجل المحدد في العقد".

ومن جهة أخرى، ومن خلال استعراض نصوص القانون المدني الأردني، لم نجد أي نص آخر يفيد بصريح العبارة إجازة أو منع المتعاقدين من تجزئة قسط التأمين، مما يدفعنا للتساؤل عن مصير الأقساط المدفوعة مقدماً من قبل المؤمن له في حال انقضاء العقد؟

وبالعودة لأحكام عقد التأمين ابتداءً، وعلى ضوء نصوص القانون المدني الأردني الناظمة لعقد التأمين، نرى أنها لم تأخذ بمبدأ جواز تجزئة القسط بصريح العبارة، ولم تشر إلى هذا المبدأ من حيث الأصل، ولم تتطرق إلى تنظيم هذه المسألة^(١٥)، وإنما تركت ذلك لاتفاق الأطراف، وهذا ما يستفاد من نص الفقرة الأولى من المادة (٩٢٧) السابقة الذكر.

(١٤) انظر: منصور، محمد حسين، أحكام التأمين، ص ١٦.

(١٥) انظر: ذنبيات، د. أسيد، الحماية القانونية للمؤمن له (دراسة مقارنة)، رسالة جامعية (دكتوراه في الحقوق) - جامعة عين شمس (القاهرة، مصر)، كلية الحقوق، ٢٠٠٩م، ص ٤٥١ وما بعدها.

ولكن وبالرجوع لنص المادة (٩٢٨) من القانون المدني الأردني نرى أنها قد نصت على جزاءات معينة، تفرض على المؤمن له المخل بالتزاماته التعاقدية والقانونية التي قد ترشدنا إلى مدى جواز الأخذ بمبدأ قابلية القسط للتجزئة من عدمه في القانون الأردني.

وباستعراض المادة (٩٢٨) من القانون المدني الأردني نجد أنها نصت على

أن:

١- إذا كنتم المؤمن له بسوء نية أمراً أو قدم بياناً غير صحيح بصورة تقلل من أهمية الخطر المؤمن منه أو تؤدي إلى تغيير في مضمونه أو إذا أخل عن غش بالوفاء بما تعهد به كان للمؤمن أن يطلب فسخ العقد مع الحكم له بالأقساط المستحقة قبل هذا الطلب.

٢- وإذا انتفى الغش أو سوء النية فإنه يجب على المؤمن عند طلبه الفسخ أن يرد للمؤمن له الأقساط التي دفعها أو يرد منها القدر الذي لم يتحمل في مقابله خطر ما".

يتضمن النص السابق الجزاء الذي فرضه القانون على المؤمن له المخل بالتزامه بالإدلاء عن بيانات الخطر، فكما نعلم أن من الالتزامات الملقاة على عاتق المؤمن له هي:

- الالتزام بدفع القسط.
- الالتزام بالإعلان المبتدئ عن بيانات الخطر عند التعاقد.
- الالتزام بالإخطار المؤمن حال تفاقم الخطر.
- الالتزام بالإخطار عن وقوع الكارثة^(١٦).

(١٦) الأصل أن مسألة ما إذا كان المؤمن له حسن النية أم سيء النية تحظى بأهمية كبرى بصدد كافة أنواع التأمين، سواء أكان تأمين أضرار أم تأمين مسؤولية، إلا أن المشرع الأردني خرج عن هذا الأصل في حالة الخطأ في تحديد سن المؤمن على حياته في عقد التأمين على الحياة، فلم يفرق المشرع بين المؤمن له حسن النية أم سيء النية، وذلك بحسب ما جاء في =

وقد عالج المشرع الأردني جزء إخلال المؤمن له بالإعلان المبتدئ عن بيانات الخطر في المادة (٩٢٨) من القانون المدني الأردني السابقة الذكر، ويتضح لنا من النص السابق أن المشرع منح المؤمن الحق في فسخ عقد التأمين إذا ما تبين له أن المؤمن له لم يقم بالإعلان عن بيانات الخطر عند التعاقد، أو قام بإعطاء معلومات كاذبة عن الخطر المضمون، ويلاحظ أن آثار هذا الفسخ تختلف فيما إذا كان ذلك الإخلال صادر عن مؤمن له سيء النية أم حسن النية^(١٧) على النحو الآتي:

أولاً- المؤمن له سيء النية:

يقصد بسوء نية المؤمن له: هو أن يقوم المؤمن له متعمداً بالإفصاح عن بيانات متعلقة بالخطر المراد التأمين منه بصورة مغايرة للحقيقة، أو أن يقوم بكتمان بيانات مهمة وجوهرية متعلقة بذلك الخطر، مع علمه المسبق بأهميته ذلك البيان بالنسبة إلى المؤمن، بحيث يمكنه من تقدير الأخطار التي سيأخذها على عاتقه، ويستوي في هذا الشأن أن تؤدي تلك البيانات الخاطئة أو ذلك الكتمان إلى تغيير في موضوع الخطر المراد تغطيته، أو على الأقل أن تقلل من أهميته بالنسبة إلى المؤمن^(١٨).

=المادة ٩٤٧ من القانون المدني الأردني التي تضمنت أن: "١- لا يترتب على البيانات الخاطئة ولا على الغلط في سن من تم التأمين على حياته بطلان التأمين إلا إذا كانت السن الحقيقية للمؤمن عليه تزيد على الحد المعين في لوائح التأمين. ٢- وإذا ترتب على البيانات الخاطئة أو الغلط أن يقل القسط عما يجب أدائه فإنه يجب تخفيض التأمين بما يساوي النسبة بين القسط المتفق عليه، والقسط الواجب أدائه على أساس السن الحقيقية. ٣- وإذا كان القسط المتفق عليه أكبر مما يجب دفعه على أساس السن الحقيقية للمؤمن على حياته فإنه يجب على المؤمن أن يرد الزيادة التي دفعت له، وأن يخفض الأقساط التالية إلى الحد الذي يتناسب مع السن الحقيقية".

(١٧) انظر: المصاروة، هيثم حامد، ٢٠١٠م، المنتقى في شرح عقد التأمين، ط١، إثراء للنشر والتوزيع، عمان، هامش (٢) ص ٢٤٠.

(١٨) انظر: المصاروة، هيثم حامد، المنتقى في شرح عقد التأمين، ص ٢٤٠ وما بعدها.

فإذا تبين أن المؤمن له سيء النية، بأن تعتمد تقديم بيانات خاطئة عن الخطر المضمون أو كتم معلومات ذات أهميته متعلقة بالخطر المضمون، فإن الجزاء المترتب على ذلك هو ما أشارت إليه الفقرة الأولى من المادة (٩٢٨) السابقة الذكر التي تضمنت أن للمؤمن فسخ عقد التأمين مع حقه بالاحتفاظ بكامل الأقساط بما فيها الأقساط المستحقة قبل طلبه الفسخ، وسقوط حق المؤمن له سيء النية في الحصول على الضمان، ولم يفرق المشرع الأردني في ذلك بين اكتشاف المؤمن للحقيقة قبل تحقق الخطر أم بعده ففي كلا الحالتين الجزاء واحد، وهو الفسخ مع سقوط حق المؤمن له في الحصول على مبلغ التأمين^(١٩).

ولما كان الأصل هو حسن النية، وعلى من يدعي خلاف ذلك إثباته؛ فعلى المؤمن أن يثبت سوء نية المؤمن له عند إخلاله بالالتزام، فلا يكفي لتقرير ذلك الجزاء أن يثبت المؤمن فقط إخلال المؤمن له بالتزامه في الإفصاح عن البيانات الهامة، أو عدم الدقة في تقديمها، وإنما يجب على المؤمن أن يقيم الدليل على وجود نية التضليل أو الخديعة لدى المؤمن له عند إخلاله بذلك بالالتزام، ويمكن للمؤمن إثبات ذلك بجميع طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن، ويخضع تقدير وجود سوء النية من عدمها لقاضي الموضوع على أن يكون حكمه مؤسس على أسباب منطقية تخضع لرقابة محكمة التمييز^(٢٠).

فإذا ما تحققت سوء نية المؤمن له، جاز للمؤمن أن يطلب فسخ عقد التأمين، وتتصرف آثار هذا الفسخ للمستقبل فقط دون أن يكون له أثر رجعي، ويكون ما قبضه المؤمن من أقساط عن المدة السابقة للفسخ حقاً خالصاً له، بالإضافة إلى حقه في الأقساط المستحقة قبل طلبه للفسخ^(٢١)، وهناك من

(١٩) انظر: العطير، عبد القادر، ٢٠٠٤م، التأمين البري في التشريع، دار الثقافة، عمان، ص ٢١٠.

(٢٠) انظر: منصور، محمد حسين، أحكام التأمين، ص ١٥١، وانظر أيضاً: قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق)، رقم (٢٠٠٣/٩٨٩)، بتاريخ ٢-٦-٢٠٠٣م.

(٢١) انظر: العطير، عبد القادر، التأمين البري في التشريع، ص ٢١١.

التشريعات^(٢٢) ترى إمكانية درء هذا الجزاء من خلال قبول المؤمن زيادة لقيمة القسط على نحو يتناسب مع حجم الخطر الجديد.

واختلف تنظيم التشريعات لهذا الجزاء، فمنهم من رتب على الإخلال بهذا الالتزام الفسخ؛ كالتشريع الأردني والتشريع الإماراتي^(٢٣)، ومنهم من قرر له البطلان؛ كالتشريع الفرنسي، وما أخذ به المشروع التمهيدي للقانون المصري - الذي درجت وثائق التأمين في مصر على العمل بأحكامه^(٢٤) - كما تبينت آراء

(٢٢) انظر: المادة رقم (٧٩١/٢) من القانون المدني الكويتي التي جاء فيها أنه: "١- يكون عقد التأمين قابلاً للإبطال لمصلحة المؤمن إذا سكت المؤمن له عن أمر أو قدم بياناً غير صحيح وكان من شأن ذلك أن يتغير موضوع الخطر أو تقل أهميته في نظر المؤمن. ٢- فإذا انكشفت الحقيقة قبل تحقق الخطر، جاز للمؤمن أن يطلب إبطال العقد بعد عشرة أيام من تاريخ إخطاره المؤمن له بكتاب موصي عليه، إلا إذا قبل هذا الأخير زيادة في القسط تتناسب مع الزيادة في الخطر. ويترتب على إبطال العقد في هذه الحالة أن يرد المؤمن مقابل التأمين أو يرد منه القدر الذي لم يتحمل في مقابله بخطر ما. ٣- أما إذا ظهرت الحقيقة بعد تحقق الخطر، وجب خفض مبلغ التأمين بنسبة معدل الأقساط التي أديت فعلاً إلى معدل الأقساط التي كان يجب أن تؤدي لو كانت المخاطر قد أعلنت إلى المؤمن على وجه صحيح".

(٢٣) انظر: المادة (١٠٣٣) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (٥) لسنة (١٩٨٥م) التي جاء فيها أنه: "١- إذا كتم المؤمن له بسوء نية أمراً أو قدم بياناً غير صحيح بصورة تقلل من أهمية الخطر المؤمن منه أو تؤدي إلى تغيير في موضوعه أو إذا أخل عن غش بالوفاء بما تعهد به كان للمؤمن أن يطلب فسخ العقد مع الحكم له بالأقساط المستحقة قبل هذا الطلب.

٢- وإذا انتفى الغش أو سوء النية فإنه يجب على المؤمن عند طلبه الفسخ أن يرد للمؤمن له الأقساط التي دفعها أو يرد منها القدر الذي لم يتحمل في مقابله خطر ما".

(٢٤) انظر: المواد ٢١ ، ٢٢ من القانون المدني الفرنسي لسنة ١٩٣٠م المقابلتين للمادتين (L.113.8 ، L.113.9) من تقنين التأمين الحالي، والمادة (١٠٦٧) من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، والتي أعطيت رقم (٧٨٩) في المناقشات التي جاء فيها أنه: "يجوز للمؤمن أن يطلب إبطال العقد إذا كتم المؤمن له أمراً أو قدم عن عمد بياناً كاذباً وكان من شأن ذلك أن يغير موضوع الخطر أو تقل أهميته في نظر المؤمن، وفي هذه الحالة وفي جميع الحالات الأخرى التي يبطل فيها العقد لإخلال المؤمن له بتعهداته عن غش تصبح الأقساط =

الشراح في تلك الدول (فرنسا، مصر) حول الأساس أو الطبيعة القانونية لتلك الجزاءات، فمنهم من أسس البطلان على أنه مجرد تطبيق للقواعد العامة المتعلقة بالتدليس (التغريب) أو الغلط، والبعض الآخر أسسه على أنه جزء من نوع خاص يتعلق بعقود التأمين فحسب^(٢٥).

وفي الحقيقة، أن القول بأن ذلك الجزاء هو تطبيق لأحكام القواعد العامة، هو قول غير صحيح؛ وذلك لأن تلك الجزاءات تجيز للمؤمن أن يطلب إبطال العقد أو فسخه إذا تبين له أن المؤمن له قد كتم بيانات أو قدمها بصورة غير صحيحة، سواء كان متعمداً ذلك أم لا، وحتى لو لم تكن تلك الوقائع التي أخفاها المؤمن له تؤثر في قرار المؤمن بالتعاقد معه أم لا، فيكفي لذلك أن تؤثر البيانات الحقيقية في قيمة القسط الذي كان سيطلبه المؤمن عند علمه بالحقيقة، أما بحسب القواعد العامة، فإن السكوت عن واقعه ما لا يعد تغريباً (تدليساً)^(٢٦)، إلا إذا كان الطرف المغرر متعمداً لذلك، وثبت أن المدلس عليه ما كان سيبرم العقد لو علم بحقيقة الواقعة، وفيما يتعلق بالقانون الأردني فإن التغريب وحده لا يعد عيباً من عيوب الإرادة، إلا إذا نجم عنه غبن فاحش بحسب ما جاء في المادتين (١٤٥ و ١٤٩) من القانون المدني الأردني، إلا أن المادة (١٤٨) من ذات القانون أجازت للمتعاقد

=التي تم دفعها حقاً خالصاً للمؤمن. أما الأقسام التي حلت ولم تدفع فيكون له حق المطالبة بها"، (مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٥، ص ٣٤١)، أشار إليهما: نصر، هارون جمعة، ٢٠١٥م، المبادئ العامة للتأمين، دار أمجد، عمان، هامش (١٦٢)، ص ١٧٣. وعلى الرغم من عدم إقرارها؛ إلا أنها تعد من القواعد العامة المسلم بها في عقد التأمين. وأجازت تلك التشريعات (التشريع المصري والفرنسي) للمتعاقد إبطال العقد للخطأ أو التدليس.

^(٢٥) انظر: شرعان، محمد، ١٩٨٤م، الخطر في عقد التأمين، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ١٤٧ وما بعدها، وأبو السعود، رمضان، أصول التأمين، ص ٤٨٩، وشرف الدين، أحمد، أحكام التأمين (دراسة في القانون والقضاء المقارنين)، ص ٢٤٢.

^(٢٦) انظر: المادة (١٤٣) مدني أردني التي جاء فيها أنه: "التغريب هو أن يخدع أحد العاقدين الآخر بوسائل احتيالية قولية أو فعلية تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به بغيرها".

المغرب به فسخ العقد إذا وقع التغير من شخص من الغير، وكان المتعاقد الآخر يعلم به^(٢٧).

إن يمكننا القول أن الفسخ الذي أقرته المادة (٩٢٨) - كجزء - يتسم بطبيعة خاصة، حيث يقرر أحكام تختلف عن الأحكام المقررة في القواعد العامة، فكما نعلم أن الفسخ بحسب القواعد العامة في العقود المستمرة التنفيذ يتم بشكل فوري، وتنقضي معه التزامات كلا الطرفين اللاحقة لطلب الفسخ، وللطرف المتضرر المطالبة بالتعويض إن أمكن، وبالرجوع إلى نص المادة (٩٢٨) نجد أن المشرع أعطى المؤمن حق فسخ العقد مع احتفاظه بكافة الأقساط المستحقة إلى حين الإنهاء سواء تم دفعها أم لا، مع سقوط حق المؤمن له في الحصول على مبلغ التأمين^(٢٨).

لهذا فإننا نرى مع أغلبية الشراح^(٢٩)، أن الجزاء الذي أقرته التشريعات والمتعلق بإخلال المؤمن له بالتزامه بالإعلان عن بيانات الخطر، هو جزاء خاص أو عقوبة مدنية خرجت بموجبها التشريعات عن الأحكام المقررة في القواعد العامة من أجل حماية المؤمن، لما ارتأته بأن تلك الجزاء لا توفر الحماية الكافية للمؤمن

(٢٧) انظر: المواد ١٤٥ و ١٤٨ و ١٤٩ من القانون المدني الأردني.

(٢٨) انظر: المصاروة، هيثم حامد، المنتقى في شرح عقد التأمين، ص ٢٤٢-٢٤٣، كما أن البيان غير الصحيح يجيز للمؤمن الفسخ أو الإبطال، ولو لم يقتنر بحيل أو خداع من قبل المؤمن له، أما بحسب القواعد العامة فإن التليس لا يؤدي للفسخ أو البطلان إلا إذا تبين أن المدلس استخدم حيل بلغت حداً جسيماً دفعت المتعاقد الآخر للتعاقد، فلو علم بحقيقتها لما تعاقد في الأصل. ولا يؤدي الغلط في تقديم البيانات بحسب القواعد العامة إلى الإبطال إلا إذا انصب الغلط على صفة جوهرية دفعت المتعاقد الآخر لإبرام العقد، على خلاف ما ورد في المادة ٩٢٨ من القانون المدني الأردني التي تجيز الفسخ ولو لم ينصب البيان غير الصحيح على صفة جوهرية، والغلط في صفة جوهرية في القانون المدني الأردني لا يؤدي لإبطال العقد بل يصبح العقد غير لازم يجوز لمن وقع في الغلط فسخه.

(٢٩) انظر: البدرابي، عبد المنعم، التأمين، ص ١٧٣-١٧٨، و السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٧، ص ١٢٧٧ و لطفی، محمد حسام، الأحكام العامة لعقد التأمين، ص ٢١١.

في عقد التأمين؛ نظراً لل صعوبات التي قد يواجهها عند تحريه عن الاخطار التي سيتعهد بتغطيتها، كما أن تلك الحماية تساعد المؤمن في تسيير عملية إبرامه للعقود بسرعة، اعتماداً على المعلومات التي أفصح عنها المؤمن له دون الحاجة إلى التحقق من صحتها^(٣٠).

(٣٠) انظر: طه، مصطفى كمال، القانون البحري، ص ٤٨٨. وأكدت محكمة التمييز الأردنية هذا الجزء في قرارات عدة لها، حيث جاء في إحدى قراراتها أنه: "١. يستفاد من أحكام المادتين (٩٢٧، ٩٢٨) من القانون المدني وما أجمع عليه الفقه والقضاء على أن محل عقد التأمين الرئيسي هو الخطر المؤمن منه الذي تتعرض له حياة الإنسان، ولهذا فإن المشرع وفي القانون المدني الأردني قد ألزم المؤمن له عند التوقيع على عقد التأمين أن يقوم بإخطار وإبلاغ المؤمن بجميع البيانات والظروف التي يكون من شأنها بسط الأمور والظروف أمام المؤمن كي يتمكن من تقدير الخطر المؤمن منه، وبأن تتصف هذه البيانات بالدقة الكاملة والأمانة المتناهية، وذلك كله حتى يقف المؤمن على حقيقة الأمر ويكون على بينة من جسامته الخطر الذي يتفق ويتوازي مع مقدار قسط التأمين، وبأن البيانات الخاطئة التي يصرح بها المؤمن له للمؤمن أو قيامه بكتمان الأمراض التي أصابته أو الحوادث التي تعرض لها أو إخفاء أي معلومات عن واقعة يجهلها المؤمن ليس من شأنها أن تعفي المؤمن له من الالتزام القانوني بتقرير المعلومات المطلوبة في المادة (٩٢٧)، ولو لم يكتشف طبيب الشركة المؤمنة هذه الأمراض أو الحالات التي أخفيت، وعليه فإن تقرير المعلومات التي تهم المؤمن وقت إبرام العقد هو في واقعه التزام قانوني (رتبه القانون على المؤمن له وليس على الشركة المؤمنة، وأنه في حال ثبوت إخفاء المؤمن له معلومات عن حالته الصحية أو الأمراض التي أصيب بها أو قدم بيانات كاذبة، فإن ذلك يشكل إخلالاً بالتزام تعاقدية يترتب عليه البطلان إما بإقامة دعوى مستقلة بطلب فسخ العقد أو دفع الدعوى التي يقيمها المؤمن له على المؤمن بالبطلان استناداً إلى أن قاضي الموضوع هو قاضي الدفع) وجرى الاجتهاد القضائي على أن كتم المؤمن له الأعراض المرضية التي يعاني منها المقترنة بمراجعة الأطباء، فإن سوء النية أمر مفترض في هذا الكتمان، ويترتب عليه بطلان العقد، كما ذهب الاجتهاد القضائي إلى أن من الواجب على المؤمن له تقديم جميع البيانات المطلوبة منه بدقة كاملة وأمانة، وتشكل تصريحاته المعطاة لطبيب شركة التأمين جزءاً من عقد التأمين، وبأن الفقه القضائي لم يشترط لبطلان عقد التأمين أن يكون المرض الذي أخفي عند تقديم البيانات هو سبب الوفاة".

كما أنه جزاء نهج من خلاله المشرع الأردني على مبدأ عدم جواز تجزئة القسط في عقد التأمين، ولكن بصورة جزاء على المؤمن له وليس كمبدأ عام في عقود التأمين، حيث أن هذا الجزاء وإن كان يتسم بكونه عقوبة على المؤمن له المخل بالتزامه إلا أنه أيضاً تقرير لمبدأ عدم جواز تجزئة القسط في عقد التأمين.

ثانياً- المؤمن له حسن النية:

أما بالنسبة إلى المؤمن له حسن النية، فقد جاء في المادة (٩٢٨) من القانون المدني الأردني بفقرتها الثانية أنه: "... ٢- وإذا انتفى الغش أو سوء النية، فإنه يجب على المؤمن عند طلبه الفسخ أن يرد للمؤمن له الاقساط التي دفعها أو يرد منها القدر الذي لم يتحمل في مقابله خطراً ما"، فمن هذا النص نجد أن المشرع الأردني تدرج - كغيره من التشريعات^(٣١) - في الجزاء بين المؤمن له سيء النية وحسن النية، حيث أدرج لهذا الأخير جزاءً يتسم بكونه أخف وطأ من الجزاء المقرر للمؤمن له سيء النية، وهذا أمر بديهي لكون المؤمن له حسن النية لم يتعمد الإخلال بالتزامه التعاقدية، ولم يتوفر لديه نية الغش أو الاحتيال عند إخلاله بتلك الالتزامات.

ويعد المؤمن له حسناً للنية، إذا كان إخلاله بالالتزام ناجماً عن عدم علمه بأهمية البيانات التي قام بكتمانها على تكوين فكرة الخطر بالنسبة إلى المؤمن، أو ظناً منه أنها غير مهمة في تحديد ذلك الخطر، كما يدخل في هذا الإطار المؤمن له سيء النية أيضاً، وذلك في الأحوال التي لم يستطع فيها المؤمن إثبات سوء نيته، إذا كانت متوافرة لديه في الأصل^(٣٢).

ويختلف مضمون الجزاء المقرر للمؤمن له حسن النية باختلاف الوقت الذي اكتشف فيه المؤمن حقيقة البيانات التي أخفاها المؤمن له أو التي أخطأ بإعلانها،

(٣١) انظر: المادة (١٠٣٣) من قانون المعاملات المدنية الإماراتية.

(٣٢) انظر: المصاروة، هيثم حامد، المنتقى في شرح عقد التأمين، ص ٢٤٢ ولطفي، محمد

حسام، الأحكام العامة لعقد التأمين، ص ٢١٢.

فيفرق الشراح^(٣٣) بين اكتشاف المؤمن للحقيقة قبل تحقق الخطر المؤمن منه أم بعده، على النحو الآتي:

١- اكتشاف المؤمن للحقيقة قبل وقوع الخطر المؤمن منه:

فإذا تم اكتشاف الحقيقة قبل تحقق الخطر المؤمن منه، فللمؤمن خياران:
 - الإبقاء على العقد مع زيادة القسط على نحو يناسب حقيقة الخطر المضمون:
 فإذا اختار المؤمن هذا الخيار، فعليه أن يقوم بتوجيه خطاب إلى المؤمن له يتضمن علمه بحقيقة البيانات، وأنه يرغب بالإبقاء على العقد مع زيادة قيمة القسط، وللمؤمن له هنا الخيار في قبولها أو رفضها، فإذا قبل المؤمن له ذلك، بقي العقد سارياً، ولكن بقسط أعلى، وتسري على المؤمن له تلك الزيادة من تاريخ قبوله لها فقط، ولا تسري بأثر رجعي، ويحق للمؤمن إلزام المؤمن له بمدة معينة لبيان موقفه من تلك الزيادة وإلا عد العقد مفسوخاً^(٣٤).

أما في حال رفض المؤمن له تلك الزيادة، فلا يبقى خيار للمؤمن إلا في إنهاء العقد.

- إنهاء العقد، ويلجئ المؤمن إلى هذا الخيار في إحدى الحالتين:

- ١- إذا انعدمت وسيلة إعادة التوازن للعقد، كأن يتبين للمؤمن أن البيان الذي أخفاه المؤمن له أو الذي أخطأ بإعلانه، ذو أهمية بمكان، بحيث لو علم به المؤمن، لما تعاقد في الأصل، أو لعدم رغبته في الاستمرار في التعاقد.
- ٢- إذا أرهقت المؤمن المفاوضات مع المؤمن له بشأن الزيادة المقترحة في القسط بسبب رفض هذا الأخير تلك الزيادة كلها أو بعضها.

(٣٣) انظر: منصور، محمد حسين، أحكام التأمين، ص ١٥١ وشرف الدين، أحمد، أحكام التأمين (دراسة في القانون والقضاء المقارنين)، ص ٢٤٦-٢٤٧ ولطفى، محمد حسام، الأحكام العامة لعقد التأمين، ص ٢١١ وأبو السعود، رمضان، أصول التأمين، ص ٤٩٢.

(٣٤) انظر: شرف الدين، أحمد، أحكام التأمين (دراسة في القانون والقضاء المقارنين)، ص ٢٤٨.

وتختلف الحالة الأولى عن الثانية في أن الأولى يستخدم فيها المؤمن حقه في إنهاء العقد مباشرة دون اللجوء إلى المفاوضات مع المؤمن له، على خلاف الثانية التي يتم اللجوء إليها بعد الانتهاء من المفاوضات الودية مع المؤمن له^(٣٥). ويتزنب على هذا الإنهاء فسخ عقد التأمين، مع حق المؤمن بالاحتفاظ بالأقساط التي قبضها عن المدة السابقة للتعاقد، وفي حال كان قد تقاضى أقساطاً مقدماً فعليه أن يردها للمؤمن له؛ لأنها ليست من حقه، طالما أنه لم يتحمل في مقابلها خطر ما، كما ويسقط التزام المؤمن بدفع مبلغ التأمين للمؤمن له عند حصول الكارثة المؤمن منها^(٣٦).

وفي حال أراد المؤمن فسخ العقد، يتوجب عليه إعلام المؤمن له بذلك، فالإنهاء لا يستشف من مجرد رفض المؤمن له زيادة القسط أو مجرد علم المؤمن بحقيقة تلك البيانات، وقد درج العمل على أن يقوم المؤمن بإرسال خطاب مسجل للمؤمن له يعلمه فيه بعلمه بحقيقة تلك البيانات وبرغبته بإنهاء العقد^(٣٧)، ولم يشر المشرع الأردني إلى المدة التي يجب فيها على المؤمن أن يعلن فيها عن رغبته في الإنهاء بعد علمه بحقيقة البيانات، على خلاف بعض التشريعات التي حددت ذلك بعشرة أيام من تاريخ علمه^(٣٨).

(٣٥) انظر: لطي، محمد حسام، الأحكام العامة لعقد التأمين، ص ٢١٣.

(٣٦) انظر: العطير، عبد القادر، التأمين البري في التشريع، ص ٢١١ والمصاروة، هيثم حامد، المنتقى في شرح عقد التأمين، ص ٢٤٣.

(٣٧) انظر: السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٧، ص ١٢٨١.

(٣٨) انظر: المادة ٢/٧٩١ من القانون المدني الكويتي و المادة ١٠٦٨ من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري والتي أعطيت الرقم ٧٩٠ في المناقشات حيث جاء فيها أنه: "٢- فإذا انكشفت الحقيقة قبل تحقق الخطر، جاز للمؤمن أن يطلب فسخ العقد في خلال عشرة) من إخطاره المؤمن له بكتاب موسى عليه إلا إذا قبل هذا زيادة في القسط تحسب على أساس تعريفه الأقساط...." وهذا ما جرى العرف التأميني على العمل به، أشار إليه: نصر، هارون جمعة، ٢٠١٥م، المبادئ العامة للتأمين، دار أمجد، عمان، هامش (١٦٢)، ص ١٧٣.

٢- اكتشاف المؤمن للحقيقة بعد وقوع الخطر المؤمن منه:

إذا تم اكتشاف حقيقة البيانات التي أخفاها المؤمن له بحسن نية أو التي أخطأ في إعلانها بعد تحقق الخطر المؤمن منه، يكون التزام المؤمن بدفع التعويض قد حل وواجب الاداء للمؤمن له ، فيتوجب على المؤمن أن يدفع مبلغ التأمين، ولا يحق له التهرب من هذا الالتزام بالاحتجاج بإخلال المؤمن له بالتزامه في الإعلان؛ لأن المؤمن له حسن النية ، كما أنه لا يستطيع طلب فسخ التأمين^(٣٩)؛ لأن التزامه بدفع مبلغ التأمين أصبح حالاً ويجب عليه دفعه ، ولكن لتوازن مصالح الطرفين يستطيع المؤمن تخفيض قيمة مبلغ التأمين تخفيضاً نسبياً من خلال نسبة الفرق بين معدل الأقساط التي دفعت ومعدل الأقساط التي كان يجب أن تدفع ، لو كانت المخاطر قد بُيِّنت بشكل صحيح وتام^(٤٠).

وتأسيساً على ما سبق، يتم خفض مبلغ التأمين تخفيضاً نسبياً بمقدار الزيادة التي كان من المفترض دفعها في حال الإعلان الصحيح، مع الإشارة إلى أن هذا التخفيض النسبي يلجأ إليه حتى ولو لم يكن للبيانات التي أخفاها المؤمن له أو تلك التي أخطأ بإعلانها أي تأثير في تحقق الخطر المؤمن منه^(٤١).

(٣٩) انظر: عكس ذلك: يحيى، عبد الودود، ١٩٦٨م، الالتزام بإعلان الخطر في التأمين (دراسة مقارنة في القانونين الألماني والفرنسي)، المطبعة العالمية، القاهرة، ص ٩٥.

(٤٠) ويخضع تقدير التعريف الجديدة للقسط لرقابة القضاء. انظر: منصور، محمد حسين، أحكام التأمين، ص ١٥٤ والسنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٧، هامش (١)، ص ١٢٨٤.

(٤١) وتجدر الإشارة أيضاً أن المشرع الأردني لم يفرق عند تنظيمه لجزاء المؤمن له حسن النية بين اكتشاف المؤمن للحقيقة قبل تحقق الخطر أم بعد تحققه، كما لم يتطرق المشرع الأردني إلى قاعدة التخفيض النسبي عند معالجته لجزاءات الإخلال بإعلان بيانات الخطر، إلا أنه تناول هذه القاعدة عند معالجته لعقد التأمين على الحياة، حيث جاء في الفقرة الثانية من المادة (٩٤٧) أنه: "... ٢- وإذا ترتب على البيانات الخاطئة أو الغلط أن يقل القسط عما يجب أدائه، فإنه يجب تخفيض التأمين بما يساوي النسبة بين القسط المتفق عليه والقسط الواجب أدائه على أساس السن الحقيقية ٣- وإذا كان القسط المتفق عليه أكبر مما يجب دفعه على أساس السن الحقيقية =

والسؤال الذي يتصدى لنا في هذا المقام، إلى أي مدى يعد الجزاء الذي تضمنته المادة (٩٢٨) من القانون المدني الأردني المتعلق بالجزاء الخاص بالمؤمن له حسن النية تطبيقاً، وإجازة من المشرع لمبدأ قابلية القسط للجزئية؟ حقيقةً، تظهر أهمية هذا التساؤل عندما يكون قسط التأمين هو عبارة عن قسط واحد يدفع دفعة واحدة وليس أقساط متعددة، وتوضح هذه الصورة (تجزئة القسط) في الأحوال التي يقوم فيها المؤمن بتقسيم القسط السنوي على أقساط شهرية يسهل على المؤمن دفعها له.

ففي حال كان القسط السنوي يدفع على أقساط شهرية وليس دفعة واحدة يتضمن أعمال الجزاء السابق المتعلق بإخلال المؤمن له حسن النية في حال اكتشاف الخطر بعد تحقق الخطر المؤمن منه، أنه يتوجب على المؤمن أن يرد للمؤمن له الأقساط الشهرية من التاريخ الذي لم يتحمل في مقابله أية خطر، أما الأقساط السابقة والتي سبق وأن تحمل المؤمن فيها أخطاراً معينة بأن وفر للمؤمن له الحماية والتغطية التأمينية المنفق عليها في العقد، فلا يلتزم بردها وفقاً لمقتضيات الجزاء السابق.

واتجه بعض الشراح للقول بأن ما ورد من جزاء متعلق بإخلال المؤمن له بالتزاماته تعد تدخلاً صريحاً من قبل المشرع بقابلية القسط للجزئية، ويرى البعض أن اختيار المشرع الأردني لتعبير "قدر" الواردة في نص المادة (٩٢٨) يدل بصورة لا تقبل الشك على ضرورة أن يتناسب ذلك القدر مع ما مضى من مدة العقد،

=للمؤمن على حياته فإنه يجب على المؤمن أن يرد الزيادة التي دفعت له وأن يخفض الأقساط التالية إلى الحد الذي يتناسب مع السن الحقيقية".

ويسري قرار المؤمن بتخفيض مبلغ التأمين على الكافة، سواء أكان المطالب بالتعويض هو المؤمن له أم المستفيد أو الغير المضرور بصفة عامه، إلا أنه لا يسري في مواجهة المضرور في حوادث المركبات الذي يملك حق الرجوع بموجب الدعوى المباشرة في التأمين من المسؤولية.

بحث لو أراد المشرع خلاف ذلك، فكان يجدر بع أن يقتصر النص على استحقاق كامل قسط التأمين كمعيار للاستبقاء^(٤٢).

وإننا نؤيد الاتجاه السابق، فالجزء المتعلق بالمؤمن له حسن النية في حال طلب المؤمن فسخ العقد أنه يتوجب عليه وهذه الحالة أن يرد للمؤمن له الأقساط التي تم دفعها، أو يرد منها الجزء الذي لم يتحمل في مقابله المؤمن خطر ما، ومن ثم فإذا تبين الإخلال بعد تحقق الخطر المؤمن منه، فالمؤمن ملزم برد الأقساط التي لم يتم يتحمل في مقابله أي خطر، وهذا إشارة واضحة إلى قابلية قسط التأمين للجزئة من وجه نظر الباحثة.

ويترتب على ما سبق أنه يحق للمتعاقدين الاتفاق في وثيقة التأمين على قابلية قسط التأمين للجزئة في حال إنهاء العقد أو فسخه لأي سبب من الأسباب، لأن هذا الاتفاق، وبحسب رأي الباحثة الشخصي لا يأتي بأحكام جديدة متعلقة بالفسخ أو الإبطال، وإنما هو بمنزلة تكرار لحكم تلك القواعد، فالفسخ في العقود المستمرة التنفيذ ومنها عقد التأمين يتضمن الإنهاء الفوري والمباشر للعقد دون تأثير ذلك على ما سبق ونفذ من المدة العقدية، وهذا يتطلب وهذه الحالة الأخذ بمبدأ قابلية القسط للجزئة الذي ينتهي بأنه يتوجب على المؤمن أن يرد للمؤمن له الأقساط التي لم يتحمل في مقابله خطر ما، وهذا ما تتطلبه قواعد العدالة، إذاً فكيف للمؤمن أن يحتفظ بأقساط لم يوفر في مقابله للمؤمن له أية حماية تأمينية من الخطر المؤمن منه؟

وتظهر أهمية الأخذ بمبدأ قسط التأمين في مجال عقد التأمين عند الحديث عن الجزء الآخر الخاص في عقد التأمين ألا وهو جزء الوقف، فهذا الجزء يتضمن الحالة التي لا يقوم فيها المؤمن له بتغطية الآثار المترتبة على تحقق الخطر المؤمن منه خلال مدة الوقف نتيجة إخلال المؤمن له بالتزامه بدفع قسط التأمين، وفي حال زال سبب الوقف، يعود عقد التأمين ويستأنف سريانه إلا أنه يثار لدينا في هذا الصدد التساؤل عما إذا كان وفاء المؤمن له بجزء من القسط المستحق هو كاف لاستئناف سريان عقد التأمين أم لا؟

(٤٢) انظر: ذنبيات، د. أسيد، الحماية القانونية للمؤمن له (دراسة مقارنة)، ٢٠٠٩م، ص ٤٥٢.

ولما كان التساؤل السابق يبين لنا أهمية ضرورة تبني المشرع لموقف معين من مبدأ جواز تجزئة القسط، ففي التساؤل السابق وعلى ضوء عدم نص المشرع الأردني على جواز الأخذ بمبدأ تجزئة القسط، فإن هذا يترك إلى حرية الأطراف وسيتم حينها اللجوء إلى وثيقة التأمين؛ لمعرفة هل يتضمن العقد النص على جواز تجزئة القسط أو لا، فإذا كان نعم، فهذا يتضمن في الغالب إجازة قبول القسط المجزئ.

ولكن الصعوبة تكمن في حال لم يتضمن العقد أي إشارة إلى قابلية القسط للتجزئة، فهنا هل يجوز عد وفاء المؤمن له بالقسط المجزئ وفاءً يستتبع عودة عقد التأمين للسريان وإنهاء حالة الوقف؟

إن الإجابة على التساؤل السابق تتضمن وتتطلب منا الرجوع إلى قواعد العامة للوفاء الجزئي، والتي لا تعني بالضرورة أن وفاء المدين لجزء من الدين يدرأ عنه الجزاء المنصوص عليه في العقد كأصل عام، ومن ثم فالوفاء الجزئي لقسط التأمين هنا لا يتضمن بالضرورة إنهاء حالة الوقف إلى أن يقوم المؤمن له بدفع ما تبقى من أقساط التأمين.

وفي الحقيقة إننا نرى أن الأخذ بالنتيجة السابقة يتضمن موقفاً خطيراً سيؤثر على المؤمن له سلباً لا إيجاباً خاصة في الأحوال التي يتحقق فيها الخطر المؤمن منه، فهو هنا لا يستحق التغطية التأمينية التي عقد التأمين ووجد من أجلها.

وإننا نرى أنه ولما كان عقد التأمين هو من عقود منتهى حسن النية، فيجب أعمال هذا المبدأ على هذه الحالة، خاصة في حال كان الجزء المتبقي من القسط المستحق لا يقارن بما تم دفعه من قبل المؤمن له، أو كان تافهاً بالنسبة له، فالمؤمن هنا سيتحجج بذلك المبلغ؛ للتهرب من التغطية التأمينية، وإن كان الهدف أن يحصل المؤمن على ما تبقى من قسطه، فإن يصار إلى حقه في خصم هذا الجزء من مبلغ التأمين الذي يستحقه المؤمن له نتيجة تحقق الخطر المؤمن منه، ومن ثم نرى ولما للقاضي من صلاحيات في حال عرض مثل هذا النزاع عليه أن يتمسك بقاعدة وجوب تنفيذ العقد بما يتوافق مع مقتضيات حسن النية، وأن يعطي المؤمن له بالحق في مبلغ التأمين بعد خصمه للمبلغ المتبقي في ذمة المؤمن له للمؤمن عن الجزء من القسط الذي لم يتم الوفاء به، وهذه النتيجة ستؤدي إلى

تحقيق العدالة خاصة عن المقارنة بين القسط المدفوع والقسط الذي تبقى لتحديد فيما إذا استغل المؤمن لهذا الأمر على نحو سيضر بالمؤمن له، ويحرمه من التغطية التأمينية.

المبحث الثالث

أحكام تجزئة قسط التأمين في أنواع معينة من عقود التأمين

بعد أن أنهينا الحديث في المطلب السابق عن أحكام تجزئة قسط التأمين وفقاً للقواعد العامة، فإننا سنتناول في هذا المطلب عن أحكام تجزئة قسط التأمين في أنواع معينة من عقود التأمين، وقد ارتئنا أن نستعرض ذلك في نوعين مهمين من عقود التأمين، وهما عقد التأمين الإلزامي على المركبات؛ نظراً لانتشاره وكثرة بصورة لا يمكن حصرها في الأردن وذلك في الفرع الأول، أما في الفرع الثاني فسنناول الحديث عن أحكام تجزئة قسط التأمين في عقد التأمين البحري؛ نظراً لأهمية هذا العقد وأقدميته وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

أحكام تجزئة قسط التأمين في نظام التأمين الإلزامي على المركبات

نظم المشرع الأردني أحكام عقد التأمين الإلزامي على المركبات في نظام خاص لهذا النوع من العقود، وتضمن في طياته العديد من الأحكام المتعلقة بهذا العقد سواء من ناحية الالتزامات الملقاة على عاتق المؤمن والمؤمن له والأخطار المغطاة وأحكام التغطية والضمان التي يلتزم بها المؤمن، وكذلك الحالات التي يعفى المؤمن فيها من الضمان، وباستعراض نصوص هذا النظام وخاصة المتعلقة بها بموضوع هذه الدراسة، نجد أن المشرع الأردني قد تبني مبدأ تجزئة قسط التأمين عند تنظيمه لهذا العقد^(٤٣)، وإن كانت تلك النصوص لا تشير بصريح العبارة إلى هذا المبدأ إلا إنه يمكن استنتاج ذلك من تلك النصوص، ومنها ما تضمنته المادة

(٤٣) انظر: العطير، عبد القادر، الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية، ص ٥٣٧.

(٧) و(٨) من نظام التأمين الإلزامي على المركبات رقم (١٢) لسنة (٢٠١٠م) والتي سنستعرضها على النحو الآتي:

أولاً- المادة (٧) من نظام التأمين الإلزامي على المركبات التي نصت على أن:
"لا يجوز لشركة التأمين أو للمؤمن له إلغاء وثيقة التأمين الإلزامي للمركبة، إذا كان ترخيصاً قائماً ما لم يقدم المؤمن له وثيقة تأمين إلزامي أخرى، وفي هذه الحالة يحق له أن يسترد من شركة التأمين مبلغاً من قسط التأمين ما لم يكن متسبباً في حادث خلال مدة وثيقة التأمين، وذلك وفق التعليمات الصادرة بموجب أحكام هذا النظام".

وبالرجوع إلى نص المادة السابقة نجد أنها تتحدث عن الحالة التي يكون لا يجوز فيها لشركة التأمين أو للمؤمن له أن يقوم بإلغاء وثيقة التأمين الإلزامي للمركبة، إذا كان ترخيص تلك المركبة قائماً، إلا في حال قام المؤمن له بتقديم وثيقة تأمين إلزامي أخرى تبين أن المركبة مؤمنة إلزامياً لدى شركة تأمين أخرى، وهذا الأمر يعد من الأصول التي يقوم وينبني عليها عقد التأمين الإلزام ، فكما نعلم أن هذا العقد هو إجباري على المركبات ويجب على كل شخص يقنتي مركبة أن يقوم بتأمينها تأميناً إلزامياً، و من ثم فلا يحق لشركة التأمين أن تلغي وثيقة التأمين القائمة على مركبة مرخصة إلا بعد تأكدها من أن المؤمن له قد أمن تلك المركبة لدى مؤمن آخر.

وإن المتأمل بالشق الثاني من المادة السابقة الذكر، وهو ما يهمننا في هذا الصدد، أنها عالجت الأثر المترتب على إلغاء شركة التأمين لوثيقة التأمين القائمة في حال أثبت لها المؤمن له أنه أمن على المركبة نفسها لدى شركة تأمين أخرى، حيث نص المشرع على أنه يحق للمؤمن له في هذه الحالة أن يسترد من شركة التأمين مبلغاً من قسط التأمين، وتعد هذه الحالة باعتقادنا من حالات فسخ عقد التأمين، والذي رتب عليه المشرع بأنه يحق للمؤمن أن يسترد الجزء من الأقساط المدفوعة للمؤمن ما لم يكن المؤمن له متسبباً في حادث خلال مدة وثيقة التأمين السابقة.

وبالعودة إلى أحكام تنظيم عقد التأمين الإلزامي على المركبات، نرى أن القسط الذي يقوم المؤمن له بدفعه لشركة التأمين يتم دفعه لها مباشرة، وعلى دفعة

واحدة، ومن النادر جداً، بل من المستحيل أن نجد شركات تأمين تقوم على تجزئة قسط التأمين على أشهر أو فترات معينة في التأمين الإلزامي على المركبات، ومن ثم ومن حيث الأصل أن لا يتم تجزئة قسط التأمين في حال إنهاء هذا العقد سواء بالفسخ أو بغير ذلك؛ إلا أن المشرع، وكما ورد في المادة السابقة الذكر، يتجه إلى السماح للمؤمن له أن يسترد جزءاً من القسط الذي سبق وأن دفعه للمؤمن في حال لم يكن متسبباً في حادث سابق، ولكن يثور لدينا في هذا الصدد التساؤل عن مقدار القسط الذي يلتزم المؤمن برده للمؤمن له؟ وعلى أي أساس يتم تحديده؟

ثانياً- المادة (٨) من نظام التأمين الإلزامي على المركبات التي نصت على أن:

"تعتبر وثيقة التأمين الإلزامي ملغاة حكماً في حال التلف الكلي للمركبة شريطة شطب تسجيلها بتقرير تصدره إدارة ترخيص السواقين والمركبات يؤكد عدم صلاحيتها للاستعمال، وفي حال إلغائها يحق للمؤمن له أن يسترد من شركة التأمين مبلغاً من قسط التأمين ما لم يكن متسبباً في حادث خلال مدة وثيقة التأمين، وذلك وفق التعليمات الصادرة بموجب أحكام هذا النظام".

عالجت المادة السابقة الحالة التي تعد فيها وثيقة التأمين الإلزامي على المركبات ملغاة حكماً، وذلك في حال أن تلفت المركبة بشكل كلي بحيث أصبحت لا يستفاد منها ولا تصلح للغرض الذي صنعت من أجله، ووضعت ضوابط لتحديد ذلك وهي أن يصدر تقرير من إدارة ترخيص السواقين والمركبات يؤكد على عدم صلاحية المركبة للاستعمال.

وقد تضمنت المادة السابقة الأثر المترتب على إلغاء وثيقة التأمين الإلزامي في حال التلف الكلي للمركبة، بأن أعطى المشرع للمؤمن له الحق في استرداد مبلغ من قسط التأمين الذي سبق وأن دفعه لشركة التأمين عند إبرامه لعقد التأمين الإلزامي على المركبة، واشترطت لصحة هذا الطلب ألا يكون المؤمن له متسبباً في حادث خلال مدة وثيقة التأمين، وأحالت تلك الأحكام المتعلقة بها للتعليمات الصادرة والمتعلقة بنظام التأمين الإلزامي على المركبات.

وتأسيساً على ما تقدم، فإن المشرع وعند تنظيمه لعقد التأمين الإلزامي على المركبات قد نص على تبنيه لمبدأ قابلية القسط للتجزئة، وهو توجه محمود؛ لأن الأصل - ووفقاً للقواعد العامة - أن العقد المستمر التنفيذ كعقد التأمين في حال

انقضائه لأي سبب أو في حال فسخه أو انفساخه بحكم القانون أن يتم هذا الفسخ بأثر فوري ومباشر، ومن ثم تبرأ ذمة الأطراف من الالتزامات اللاحقة للفسخ، مما يترتب عليه ألا يستحق المؤمن أية أقساط لم يتحمل في مقابلها خطراً ما.

المطلب الثاني

أحكام تجزئة قسط التأمين في عقد التأمين البحري

ثار التساؤل حول إمكانية تجزئة القسط في حالة زوال الخطر قبل انتهاء التأمين كما لو حدث أن ابرم التأمين على السفينة ضد الأخطار البحرية لمدة عام، ولكن السفينة هلكت بسبب خطر حربي بعد مضي ستة أشهر من التأمين عليها هل يجوز للمؤمن له على السفينة ضد الأخطار البحرية أن يسترد القسط عن الفترة التي لم يغطيها المؤمن البحري "شركة التأمين".

يرى الاتجاه الأول بأن للمؤمن الحق في القسط المنفق عليه في العقد كاملاً، على أن حق المؤمن في تنفيذ العقد قد أوقف بقوة القاهرة قبل انتهاء مدة التأمين تأسيساً على أن القسط يستحق في ذمة المؤمن له من سريان عقد التأمين البحري، وهذا الحق يبقى في ذمة المؤمن له، على اعتبار أن عقد التأمين البحري هو من عقود الغرر، حيث تقتضي طبيعته أن يبقى حق المؤمن في القسط كاملاً حتى لو زال الخطر المؤمن منه قبل نهاية مدة التأمين؛ لأن ضمان الخطر من جانب المؤمن قد بدأ منذ سريان العقد، ولو كان الخطر قد وقع قبل وقوع القوة القاهرة التي منعت استمرار العقد، وكان على المؤمن واجب تعويض المؤمن له من الأضرار التي أصابته^(٤٤).

بينما يرى اتجاه آخر إلى أن حق المؤمن يتمثل في مثل هذه الحالة بقسط التأمين الذي يقابل المدة التي يسري فيها عقد التأمين البحري، ولا يحق له المطالبة

(٤٤) العطير، عبد القادر الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية، ص ٥٣٦ وما بعدها.

بأفساط التأمين عن المدة التي تلت فترة إيقاف العقد للقوة القاهرة التي لا علاقة لها بالمخاطر التي شملها التأمين البحري.

ويرى البعض الآخر بأنه لا يحق للمؤمن التمسك بعدم قابلية القسط للتجزئة؛ لأنه لو انقضى التزام المؤمن بضمان الخطر، قبل نهاية عقد التأمين لاستحالة التنفيذ، لوجب انقضاء التزام المؤمن له بدفع القسط المقابل للمدة المتبقية؛ نظراً لما هنالك من تقابل من وارتباط بين الالتزامين، وإلا أثرى المؤمن من غير سبب على حساب المؤمن له^(٤٥).

ويحق للمؤمن والمؤمن له الاتفاق على عدم قابلية القسط للتجزئة واستحقاقه كاملاً حتى ولو انقضى عقد التأمين البحري قبل انتهاء مدته بسبب حادث أجنبي عن المؤمن له، وهذا ما يطلق عليه "القسط المستحق مهما كانت الحوادث".
وحقيقةً، أن المشرع الأردني لم يضع في قانون التجارة البحرية الأردني قواعد صريحة تتضمن النص على تجزئة القسط في عقد التأمين أم لا.

(٤٥) انظر: طه، مصطفى كمال و وائل أنور بندق، ٢٠٠٥م، التأمين البحري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص ١٤٥، ويرى أن محكمة النقض الفرنسية بحكمها الصادر في ١٩٢٣/٦/٦م قد رأت بحق أن قاعدة استحقاق القسط بأكمله إذا بدأ الخطر يسري في حق المؤمن لا تطبق إلا إذا كان انقضاء التأمين ناشئاً عن فعل المؤمن له نفسه، أما إذا كان ذلك ناشئاً عن قوة القاهرة، فلا يحق للمؤمن أن يتمسك بقاعدة عدم قابلية القسط للانقسام، بل عليه أن يرد للمؤمن له القسط المقابل للمدة الباقية التي لا يتعرض لها الشيء المؤمن عليه للخطر". وقد صدر هذا الحكم في قضية تحصل وقائعها في أي كمية من البن أرسلت من أمريكا الوسطى إلى فرنسا بعد التأمين عليها، وعندما وصلت السفينة الناقلة إلى نيويورك صدر قرار الحكومة الفرنسية بحظر استيراد البن، فاستحال الاستمرار في السفر، وطالب المؤمن له برد قسط التأمين المقابل للرحلة من نيويورك إلى الهارفارد، وعارض المؤمن هذا الطلب وتمسك بعدم قابلية القسط للانقسام، ولكن محكمة النقض الفرنسية قضت بوجود انقسام القسط في هذه الحالة، لأن إلغاء السفر ليس ناشئاً عن خطأ المؤمن له. أشار إليه: طه، مصطفى كمال و وائل أنور بندق، التأمين البحري، ص ٣٩٣.

وباستعراض النصوص الناظمة لعقد التأمين البحري نجد أن المادة ٣٠٥ من قانون التجارة البحرية الأردني نصت على أن: "١- في حالة إفلاس المؤمن له أو إعلان توقفه عن الدفع أو في حالة عدم دفعه لقسط مستحق، يحق للمؤمنين بعد إنذار غير مجد، يبلغ إلى محل إقامة المؤمن له، ويرمي إلى وجوب الدفع أو تقديم كفالة مقبولة بمهلة أربع وعشرين ساعة، أن يفسخوا بتبليغ بسيط، ولو بكتاب مسجل ابتداء من آخر الأخبار، كل تأمين جار تعين في التبليغ على أن يتخلى المؤمنون عن القسط بنسبة مدة الأخطار الباقية وتبقى الزيادة ديناً لهم.

٢- غير أنه يجوز إجراء الإنذار والتبليغ معاً بصك واحد.

٣- وللمؤمن له الحقوق نفسها في حالة إفلاس المؤمن أو توقفه المشهور عن الدفع.

٤- لا تطبق أحكام الفقرة الأولى على من كان حسن النية من الغير حائزاً حسب الأصول وثيقة الشحن ووثيقة التأمين أو ذيلها"^(٤٦).

فمن النص السابق يتضح لنا أن المشرع الأردني أوجب على المؤمن في حالة إفلاس المؤمن له، أو حال توقفه عن الدفع بعد إنذاره، أن يبادر إلى فسخ العقد مع تخليه عن القسط على نحو يتناسب مع مدة الإخطار المتبقية.

وفي النص السابق إشارة إلى إمكانية تجزئة القسط في عقد التأمين البحري، بحيث لا يستحق المؤمن عند فسخه للعقد قسط التأمين كاملاً، بل يستحق القسط المقابل لتغطيته المخاطر المؤمن منها، ويتخلى عن الأقساط المتبقية التي لم يتحمل في مقابلها خطر ما^(٤٧).

والتطبيق الآخر لتجزئة القسط في التأمين البحري هو ما تضمنته المادة ٣٠٠ التي عالج فيها المشرع البحري جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلان المبتدئ عن بيانات

(٤٦) انظر: المادة ٣٠٥ من قانون التجارة البحرية الأردني رقم (١٢) لسنة (١٩٧٢م).

(٤٧) انظر: العطير، عبد القادر، الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية، ص ٥٣٧.

الخطر، حيث جاء فيها: "إن أي كتم معلومات أو تصريح كاذب من قبل المؤمن له، حين إنشاء العقد، وأي اختلاف بين عقد التأمين وأوراق النقل يكون من شأنه التقليل من فكرة الخطر يبطل التأمين حتى في حالة انتفاء نية الاحتيال. ويبطل التأمين حتى في الحالة التي لا يكون فيها لكتم المعلومات والاختلاف والتصريح الكاذب تأثيره في الضرر أو في هلاك الشيء المؤمن. يستحق المؤمن كامل القسط إذا كان للمؤمن له نية الاحتيال، ونصفه في حال انتفاء هذه النية".

فعلى ضوء النص السابق، نجد أن المشرع البحري رتب على إخلال المؤمن له بالإعلان المبتدئ عن بيانات الخطر بطلان التأمين بصرف النظر إذا توفرت لديه نية الاحتيال أم لا، إلا أنه فرق في الآثار المترتبة على ذلك البطلان في الأحوال التي يكون فيها حسن النية أم سيء النية^(٤٨)، وفي كلا الأحوال لإعمال هذا الجزاء يجب توفر شرطين:

أولاً: أن يقوم المؤمن له بارتكاب خطأ ما، بكتم بيان ملزم بإعلانه أو أن يكذب في إعلانه للبيان، فيجب أن يتحقق إخلال المؤمن له بإحدى الصورتين (الكذب أو الكتمان)، إلا أنه تجب الإشارة إلى أن المشرع في المادة السابقة أضاف أن الإخلال قد يتحقق أيضاً إذا تبين للمؤمن أن البيانات التي صرح بها المؤمن له مغايرة للبيانات الواردة في وثيقة النقل^(٤٩)، وهذا قد يتحقق إما بالكتمان كأن يدلي

(٤٨) انظر: كوماني، لطيف جبر، ١٩٩٦م، القانون البحري، ط١، دار الثقافة، عمان، ص ٢٧٣-٢٧٤.

(٤٩) يقصد بوثيقة النقل أو ما يطلق عليها بسند الشحن بحسب التعريف الذي نصت عليه المادة (٢٠٠) من قانون التجارة البحرية الأردني التي جاء فيها أن: "أن وثيقة الشحن هي سند بالبضائع الموسوقة يعطيه الربان، وهي تنظم على نسخ ثلاث: نسخة للواسق وثانية للمرسل إليه وثالثة للربان، ويشترط أن يذكر فيها ما يأتي: أ- اسم المتعاقدين: مجهز السفينة والمستأجر. ب- تحديد البضائع الموسوقة بنوعها ووزنها وحجمها وعلاماتها (ماركاتها) وعدد طرودها. =

بيانات أقل مما أورده في وثيقة النقل، أو بالكذب كأن يدلي ببيانات تختلف عما أورده في تلك الوثيقة^(٥٠)، كأن يذكر المؤمن له أن الرحلة البحرية محددة طبقاً لخط سير ثابت وكان سند الشحن الذي وقع عليه يسمح للناقل أن يرسو في أي ميناء، ولو كان خارجاً عن خط السير المحدد^(٥١).

ثانياً: أن يؤدي الكتمان أو البيان الكاذب إلى إحداث ضرر بالمؤمن، يتمثل في تقليل أهمية الخطر المضمون أو في تغيير موضوعه؛ بحيث يوقع المؤمن بالغلط عند تقديره لذلك الخطر، وهذا الشرط يفترض أن تكون تلك البيانات على درجة من الأهمية على نحو يؤثر في حقيقة الخطر المضمون سواء بتقليلها أو بتغيير مضمونها كلياً أو جزئياً، فإذا كتم المؤمن له أو كذب بشأن بيان ما تبين أنه لا يؤثر في الخطر على النحو السابق، فلا يمكن للمؤمن أن يطلب إبطال التأمين،

= ج - اسم السفينة وجنسياتها وحمولتها....". كذلك فإن اتفاقية هامبورغ لنقل البضائع بحراً لسنة ١٩٧٨م، والتي تسمى باتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع (قواعد هامبورغ) Hamburg Rules عرفت وثيقة الشحن في المادة (٧/١) حيث نصت على أن: "سند الشحن هو وثيقة تثبت عقد النقل البحري واستلام أو شحن البضائع بواسطة الناقل، ويتعهد الناقل بموجبها بتسليم البضائع مقابل تقديم هذه الوثيقة، ويدخل في هذا التعهد شرط تسليم البضائع لأمر شخص مسمى أو لأمر أو للحامل". انظر: قواعد هامبورغ لسنة ١٩٧٨م.
(٥٠) انظر: عوض، علي جمال الدين، ١٩٨٧م، القانون البحري، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٣٧٧.

(٥١) "وحكم بأن تعيين مرفأ الشحن وتعيين مرفأ التفريغ يشكلان عنصرين أساسيين لتقدير الأخطار، بمعنى أن وثيقة التأمين تكون باطلة إذا كانت السفرة التي قامت بها السفينة الناقلة أطول من السفرة المحددة في وثيقة التأمين، بحيث إن المستأمن يكون قد أخل بالالتزامات الملقاة على عاتقه (بداية بيروت التجارية ٦-٧-١٩٦٨ مجموعة حاتم ج ٦٣٥ ص ٥٢) في عقد تأمين معقود على صفقة أغنام مشحونة من مرفأ بلغاري لنقلها إلى بيروت وشحنات الأغنام من مرفأ روماني أبعد من المرفأ البلغاري مما يجعلها عرضة للأخطار في البحر الأسود" نقلاً عن: طه، مصطفى كمال و وائل أنور بندق، التأمين البحري، ص ١٥٤.

ويقع على المؤمن عبء إثبات الضرر اللاحق به وفقاً للقواعد العامة، بأن يثبت العلاقة السببية بين الكتمان أو البيان الكاذب، وبين موقفه من إبرامه لعقد التأمين، وتعد هذه المسألة من مسائل الواقع التي يقدرها قاضي الموضوع^(٥٢).

فإذا ما اجتمعت تلك الشروط السابقة، كان للمؤمن طلب إبطال عقد التأمين، وهذا البطلان قام نتيجة إخلال أحد المتعاقدين (المؤمن له)، بأحد الشروط اللازمة لصحة انعقاد العقد، والبطلان هذا إنما قرره المشرع؛ لحماية مصلحة المؤمن فهو بطلان نسبي مقرر لمصلحته، لذلك فالمؤمن - وليس للمؤمن له^(٥٣) - أن يستفيد من هذا الحق، فله أن يطلب إبطال التأمين، كما له إجازته، وقد تكون هذه الإجازة صريحة أو ضمنية، وغالباً ما تتمثل الاجازة الضمنية من خلال استيفاء المؤمن لزيادة معينه عن الاخطار التي لم يقر المؤمن له بالإفصاح عنها عند التعاقد.

ولما كان كتمان المعلومات والبيانات الكاذبة تمنح المؤمن الحق في طلب إبطال عقد التأمين، فإن الآثار التي تنترب على ذلك تختلف باختلاف ما إذا كان المؤمن له لديه نية الاحتيال على شركة التأمين عند إقدامه على الإخلال بالالتزام، أم كان ذلك نتيجة إهمال وتقصير من جانبه، فإذا توفر لديه قصد الاحتيال،

(٥٢) انظر: طه، مصطفى كمال و وائل بندق، التأمين البحري، ص ١٥٢، وفي هذا المعنى: عوض، علي جمال الدين، القانون البحري، ص ٣٧٩، وإذا تبين أن تلك البيانات ليس لها تأثير على قرار المؤمن فلا يؤثر ذلك على صحة العقد؛ كأن يذكر المؤمن له عند التعاقد أن البضاعة مشحونة على سطح السفينة ثم تبين بعد ذلك أن البضاعة لم تكن مشحونة وإنما شحنت في وقت لاحق، فهذا البيان غير الصحيح لا يؤثر على صحة التعاقد لأن البضاعة في كلا الأحوال شحنت على السطح، والمؤمن حدد شروطه على هذا الأساس، وكذلك الحال إذا ذكر المؤمن له أن السفينة حاصلة على درجة معينه ثم تبين بعد ذلك أنها حاصلة على درجة أعلى، فمثل هذا البيان لا يقلل من تقدير المؤمن للخطر بل العكس هو الصحيح. انظر في ذلك: بربري، محمود مختار أحمد، ١٩٩٩م، قانون التجارة البحرية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٦٠٠.

(٥٣) وليس للمحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها إلا إذا تمسك به المؤمن.

فلمؤمن الحق في الاحتفاظ بكامل القسط، أما إذا انتفى ذلك القصد، فيكون من حقه الاحتفاظ بنصفه فقط ورد الباقي للمؤمن له، وفي كلتا الحالتين يترتب على البطلان سقوط التزام المؤمن بدفع مبلغ التأمين عند تحقق الخطر^(٥٤)، ونرى أنه يحق للمؤمن رفع دعوى جزائية في حال تبين أن المؤمن له سيء النية (أي توافر لديه قصد الاحتيال).

ونستنتج من الجزاء الذي تضمنته المادة التي نصت على جزاء إخلال المؤمن له بإعلان بيانات الخطر أن المشرع نص على استحقاق المؤمن له نصف القسط في حال كان حسن النية، وإننا نرى أن في هذا الأثر المترتب على البطلان أيضاً إشارة من المشرع لمبدأ قابلية القسط للتجزئة على النحو الذي تضمنته نصوص القانون المدني الأردني التي نصت على جزاء إخلال المؤمن له بالإعلان عن بيانات الخطر.

وبناء على ما سبق، نرى أن الأصل، وفي ظل غياب النص على مدى قابلية القسط للتجزئة من عدمه في عقد التأمين البحري، أن ذلك يترك لحرية الأطراف، وفي حال لم يتفق الأطراف على هذا الأمر، فإن للقاضي في حال النزاع بشأن تجزئة الأقساط أن يسترشد بالأحكام التي نظمها عقد التأمين البحري، والتي تأخذ كما تقدم بمبدأ قابلية القسط للتجزئة.

(٥٤) انظر: كوماني، لطيف جبر، القانون البحري، ص ٢٧٤.

الخاتمة

بعد أن أنهينا الحديث في أحكام تجزئة القسط في عقد التأمين، فقد توصلنا إلى مجموعه من النتائج والتوصيات كالاتي:

أولاً- النتائج:

- ١- تبين لنا من خلال دراستنا أن المشرع الأردني لم ينص على جواز تجزئة القسط في عقد التأمين من عدمه، وإنما ترك ذلك لحرية الأطراف.
- ٢- تبين لنا أن المشرع الأردني وعند نصه على الجزاء المتعلق بالمؤمن له في حال إخلاله بالالتزام بالإعلان عن بيانات الخطر، وكان حسن النية، فإنه سيستحق نصف القسط، وهذا إشارة إلى تبني المشرع الأردني لمبدأ تجزئة القسط.
- ٣- تبين لنا أن المشرع الأردني في التأمين الإلزامي على المركبات قد نص على جواز تجزئه القسط في عقد التأمين الإلزامي في حال إلغاء الوثيقة أو شطب المركبة وفقاً لضوابط محددة.
- ٤- تبين لنا أن المشرع في قانون التجارة البحرية الأردني لم ينص على مبدأ تجزئة القسط في التأمين البحري بنص صريح، إلا أنه تبني هذا المبدأ في نصوص معينة، ومنها الحالة التي يقوم المؤمن فيها بفسخ العقد في حال تخلف المؤمن له عن دفع الأقساط أو في حال إفلاس هذا الأخير وفقاً لشروط وضوابط معينة.

ثانياً- التوصيات:

- ١- نأمل من المشرع الأردني أن ينص على مبدأ تجزئة القسط في عقد التأمين بشكل صريح وواضح، حتى لا يثار الشك حول مدى جواز الأخذ به في حالة فسخ العقد أو انقضائه بحكم القانون.
- ٢- نأمل من المشرع الأردني أن ينص على الحالة التي يقوم فيها المؤمن له بدفع جزء من الأقساط المستحقة في حال وقف التأمين بأن يعطي المؤمن له الحق في تغطية أخطاره، وأن يتم خصم ما تبقى من الأقساط من مبلغ التأمين الذي يستحقه.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً- الكتب:

- ١) أبو السعود، رمضان، ٢٠٠٠م، أصول التأمين، ط٢، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.
- ٢) الأهواني، حسام، ١٩٧٥م، المبادئ العامة للتأمين، بدون دار نشر، القاهرة.
- ٣) البدرابي، عبد المنعم، ١٩٦٣م، التأمين، دار الكتاب العربي، القاهرة.
- ٤) السنهوري، عبد الرزاق، ١٩٧٣م، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٧ (المجلد الثاني) (عقود الغرر)، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ٥) المصاروة، هيثم حامد، ٢٠١٠م، المنتقى في شرح عقد التأمين، ط١، إثراء للنشر والتوزيع، عمان.
- ٦) بريري، محمود مختار أحمد، ١٩٩٩م، قانون التجارة البحرية، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ٧) شرعان، محمد، ١٩٨٤م، الخطر في عقد التأمين، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- ٨) شرف الدين، أحمد، ١٩٨٧م، أحكام التأمين في القانون والقضاء (دراسة مقارنة)، مطبعة حسان، القاهرة.
- ٩) طه، مصطفى كمال ووائل أنور بندق، ٢٠٠٥م، التأمين البحري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
- ١٠) عوض، علي جمال الدين، ١٩٨٧م، القانون البحري، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ١١) كومانبي، لطيف جبر، ١٩٩٦م، القانون البحري، ط١، دار الثقافة، عمان.
- ١٢) منصور، محمد حسين، ٢٠٠٣م، أحكام التأمين، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
- ١٣) نصر، هارون جمعة، ٢٠١٥م، المبادئ العامة للتأمين، دار أمجد، عمان.

١٤) يحيى، عبد الودود، ١٩٦٨م، الالتزام بإعلان الخطر في التأمين (دراسة مقارنة في القانونين الألماني والفرنسي)، المطبعة العالمية، القاهرة.

ثانياً- الرسائل:

١) الذنبيات، أسيد حسن، الحماية القانونية للمؤمن له (دراسة مقارنة) القانون الأردني - القانون الإنجليزي - القانون المصري، رسالة جامعية (دكتوراه)، جامعة عين شمس (القاهرة، مصر)، ٢٠٠٩م.

ثالثاً- القوانين:

- ١) قانون التجارة البحرية الأردني رقم (١٢) لسنة (١٩٧٢م).
- ٢) القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة (١٩٧٦م).
- ٣) القانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة (١٩٨٠م).
- ٤) قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (٥) لسنة (١٩٨٥م).
- ٥) نظام التأمين الإلزامي للمركبات رقم (١٢) لسنة (٢٠١٠م).

رابعاً- الأحكام القضائية:

- ١) منشورات القسطاس القانوني.



الالتزام بإعلام العامل بمخاطر مهنته

محمود محي الدين صادق بكري *

الملخص:

تعد صحة وحياة العامل من الموضوعات التي اهتمت بها أغلب العلوم الحديثة؛ كالطب وعلم الاجتماع والأمن الصناعي والقانون وغيرها، خاصة في القرن الماضي، نتيجة التطور والتقدم في الآلات واستعمال المواد الخام، والتي تشكل خطراً على صحة وحياة العامل نتيجة إصابات العمل؛ لهذا يقع التزام على صاحب العمل بإعلام العامل بالمخاطر التي تهدد حياته وصحته؛ حتى يدرك العامل المخاطر المحيطة بمهنته.

الكلمات المفتاحية: المخاطر المهنية - بيئة العمل - التزامات صاحب العمل - مسؤولية صاحب العمل - الأمراض المهنية.

* باحث دكتوراه في القانون المدني - كلية الحقوق - جامعة بنها.



The Obligation to Inform the Worker of the Risks of His Profession

Mahmoud Mohie El-dien Sadek Bakry *

Abstract :

The life and the health of the worker is considered one of the topics that the most modern sciences such as medicine, sociology, industrial safety, law and others, especially in the recent century because of development and progress in using equipment and raw materials which are dangerous on the life and health of the worker because of the work accidents. Therefore, the employer should notify his worker with the risky dangers which threaten his life and health to realize the potential risks at work.

Keywords: Professional Risks - Labour Environment - Employer Obligations - Employer Responsibility - Professional Diseases.

* PhD Researcher in Civil Law, Faculty of Law, Benha University.

المقدمة

لقد أدى التقدم العلمى والتكنولوجى فى الصناعة، لاسيما بعد الثورة الصناعية الكبرى إلى كثرة إصابات العمل، إذ أدى تطور الآلات، وعدم وجود أو عدم كفاية إجراءات الأمن الصناعى إلى إزدياد حوادث العمل والإصابة بالأمراض المهنية التى لها بالغ التأثير على الحياة الاجتماعية والاقتصادية للعامل.

فإذا أصيب العامل فى حادث عمل، أو أصيب بأحد الأمراض المهنية، تتحول حياته الطبيعية كفرد يعيش فى وسط أسرته وأهله إلى حياة غير طبيعية، نتيجة نظرة أسرته إليه، إذ إن العامل اعتاد على العمل والإنتاج، فيجد نفسه بعد الإصابة عاجزاً عن العمل والعطاء، وعدم قدرته على تلبية الاحتياجات الأسرية، وذلك سوف يؤثر حتماً بالسلب على حالته النفسية، نتيجة شعوره بعد إصابته بأنه شخص غير مرغوب فيه داخل أسرته، كما أن حياته الاقتصادية تتحول بعد أن كان قادراً على الكسب وتلبية احتياجات أسرته إلى عدم قدرته على تلبية هذه الاحتياجات والمتطلبات، وزيادة نفقاته خصوصاً على إصابته، لتحسين حالته الصحية.

والمخاطر المهنية التى تحيط بالعامل كثيرة ومتنوعة، فهناك مخاطر فيزيائية، وميكانيكية، وبيولوجية، وكيميائية، ومخاطر سلبية، ومخاطر الحريق، ومخاطر عامة، وبتنوع هذه المخاطر تتنوع وتختلف الإصابات والأمراض المهنية التى تصيب العامل من حيث مصدرها ومن حيث التأثير على صحة وحياة العامل.

ونظراً لكثرة المخاطر التى يتعرض لها العامل، وشدة تأثيرها على حياته وصحته، وعدم معرفة العامل بمخاطر مهنته، واحتياجه إلى العمل لتلبية متطلباته الحياتية؛ لذا كان لزاماً على المشرِّع التدخل للحفاظ على حياة، وصحة العامل، وبيئة العمل؛ كونها جزءاً من البيئة العامة فى إطار الاتجاهات الدولية والوطنية للاهتمام والحفاظ على البيئة.

ونتيجة لذلك اهتمت تشريعات العمل فى جميع الدول ببيئة العمل، وألزمت العامل وصاحب العمل بعدة التزامات، للحفاظ على العامل والمنشأة والممتلكات والآلات والبيئة، ومن خلال بحثنا سوف نوضح المقصود بالمخاطر المهنية، وأنواعها والتزام

المنشأة أو صاحب العمل بإعلام العامل بالمخاطر المهنية التي تحيط به، والجزاء في حالة مخالفة ذلك للالتزام.

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى بيان المخاطر المهنية التي تحيط بالعامل، كما يهدف إلى وجوب أن يولى الالتزام بالإعلام في عقود العمل اهتماماً كبيراً، ويهدف أيضاً إلى بيان الجزاء المترتب على مخالفة هذا الالتزام.

منهج البحث:

يعتمد هذا البحث على المنهج الوصفي التحليلي لقواعد قانون العمل، وقواعد القانون المدني والنظرية العامة للالتزام بالإعلام؛ للوصول إلى النتائج التي تسهم في حل المشكلة، كما اعتمد البحث على المنهج المقارن بين قانون العمل المصري وقانون العمل العماني.

مشكلة البحث:

تتجلى مشكلة البحث في تزايد المخاطر المهنية بأشكالها وأنواعها المختلفة، واهتمام التشريعات بالحفاظ على البيئة على المستوى العام، وبيئة العمل على المستوى الخاص، وقدرة صاحب العمل الاقتصادية، ومعرفته بالمخاطر المهنية؛ لذا تدخل المُشرِّع وألزم صاحب العمل بإعلام العامل، وإحاطته بتلك المخاطر؛ لحماية الأرواح والممتلكات.

خطة البحث:

المبحث الأول: المخاطر المهنية المحيطة بالعامل.

المطلب الأول: المقصود بالمخاطر المهنية.

المطلب الثاني: أنواع المخاطر المهنية.

المبحث الثاني: مضمون الالتزام بالإعلام.

المطلب الأول: الأحكام العامة للالتزام بالإعلام.

المطلب الثاني: إعلام العامل بمخاطر مهنته.

المبحث الأول

المخاطر المهنية المحيطة بالعامل

تعد مزاولة المهن المختلفة، أو البيئة التي يمارس فيها العمل ذات تأثير ضار على حيوية الجسم الإنساني ونشاطه، من ثم تؤثر على قدراته الإنتاجية، فتعرض العامل للظروف الطبيعية المختلفة التي تحيط ببيئة عمله من حرارة، ورطوبة، وأتربة، وتغيرات في ضغط الهواء، وبصفة خاصة عمال المناجم والغواصين، وتلوث الهواء في بيئة العمل ببعض المواد الضارة الكيميائية أو التعدينية، وتعرض الأذن للضوضاء الحادة، والعين للضوء شديد التوهج مما يضعف من قوة إبصارها، والوقوف فترات زمنية طويلة أثناء أداء العمل، في أوضاع غير ملائمة لطبيعة الوظائف التي تؤديها بعض أعضاء الجسم الإنساني، أو لطبيعة العناصر التي يتكون منها نسيجها العضلي، كل هذه المخاطر توضح ما يمكن أن ينشأ من إرتباط بين مزاولة المهن وإعتلال الحالة الصحية للعمال^(١).

ومن الجدير بالذكر، أنه من حق العامل أن يعمل في ظروف حسنة تصون جسمه، وتبقى على حيويته ونشاطه، وخاصة بعد ظهور العمل الجماعي في المصانع، إذ يعمل مئات العمال في قاعة واحدة، ويقف العامل أمام الآلة قليل الحركة مسمر العينين للمراقبة مما يجعل العمل مُرهقاً ومُملأً، فإذا أُضيفت إلى ذلك ظروف سيئة في مكان العمل نأثر العامل تأثيراً شديداً وضعف إنتباهه، وقل مردوده وإنتاجه^(٢).

نتيجة لما سبق من إهدار واضح لحقوق العمال، ونظراً لإرتفاع الأصوات المنادية بحق هؤلاء العمال في وتوفير نظم تحقق لهم العدالة والكرامة والعلاج، اتجهت

(١) حسن عبد الرحمن قدوس: التعويض عن إصابة العمل بين مبادئ المسؤولية المدنية والتأمين الاجتماعي، الطبعة الأولى، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٧م، ص ١٩٩.

(٢) سلطان بن ناعم بن سلطان العمرى: ضمانات الوفاء بحقوق العمال في الفقه الإسلامي ونظام العمل السعودي "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية الشريعة وأصول الدين، جامعة الملك خالد، المملكة العربية السعودية، ٢٠١٠م، ص ١٧٦.

الحكومات إلى سن التشريعات التي تلزم أصحاب الأعمال بتوفير مناخ العمل الذي يلائم آدمية الفرد، ويحافظ عليه سواء داخل العمل أم بعد بلوغه سن التقاعد^(٣)، ويعد ظهور الأنظمة القانونية للحماية الاجتماعية نتيجة طبيعية للظروف الاجتماعية والاقتصادية للمجتمعات الرأسمالية، التي اتسم تطورها بمنجزات الثورة الصناعية، وما استتبعه ذلك من قيام مؤسسات ضخمة للإنتاج أدت إلى غلبة الطابع المادي على تنظيم علاقات العمل^(٤).

فيتعرض العمال للعديد من المخاطر، وهذه المخاطر ليست واحدة من حيث النوع ودرجة الخطورة، فتختلف باختلاف مصدرها ودرجة خطورتها، إلا أنها تتفق على أنها ذات تأثير سلبي على الحالة الصحية والاجتماعية والاقتصادية للعامل، أي تعرضه للخطر.

ولذلك يعرف الخطر الاجتماعي بأنه: "كل حدث يجبر الإنسان على التوقف عن أداء عمله بصفة مؤقتة أو دائمة مثل المرض والعجز والشيخوخة والموت والبطالة وإصابة العمل"^(٥)، كما يعرف بأنه: "الخطر الذي يؤدي إلى مساس بالمركز الاقتصادي للفرد، إما بإنعدام دخله كلياً، وذلك كحالة العجز الدائم بسبب المرض أو الشيخوخة، أو بإنقاص مبلغه، كما في حالة إزدياد الأعباء الأسرية، كإزدياد عدد الأطفال، أو نفقات التعليم، أو العلاج الطبي، التي تستنزف الدخل"^(٦).

(٣) مجدى عبدالله شرارة: السلامة والصحة المهنية وتأمين بيئة العمل، مؤسسة فريدريش إيبيرت، مكتب مصر، ٢٠١٦م، ص ١١.

(٤) حسن عبد الرحمن قدوس: مرجع سابق، ص ٥٧.

(٥) أحمد حسن البرعى: الوسيط في شرح القانون الإجتماعى، دار النهضة العربية، ١٩٨٨م، ص ٢٤.

(٦) رمضان جمال كامل: موسوعة التأمينات الاجتماعية، دار الألفي، المنيا، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م، ص ١٨.

هذا من حيث أثرها في الدخل، أما من حيث المصدر فتنوع الأخطار الاجتماعية بتنوع أسبابها، فهي إما شخصية فيزيولوجية، كالشيخوخة والمرض والوفاة، أو إقتصادية كالأعباء الأسرية، أو مهنية تتمثل في كل من إصابة العمل أو البطالة^(٧)، ومن ثم يأتي تأثير المخاطر المهنية على الجسد والحالة الإقتصادية للعامل.

وعلى ضوء ذلك سوف نتناول المقصود بالمخاطر المهنية وأنواعها، وهذا على النحو الآتي:

المطلب الأول: المقصود بالمخاطر المهنية.

المطلب الثاني: أنواع المخاطر المهنية.

المطلب الأول

المقصود بالمخاطر المهنية

يتعرض العمال أثناء أداءهم العمل لمخاطر عديدة، يكون أغلبها متوقفاً، ما يوجب على صاحب العمل اتخاذ الاحتياطات الكافية لوقاية العمال منها^(٨)، فقد يصطدم العامل أثناء تنفيذ مهام عمله بمخاطر عديدة تنشأ بصفة خاصة في مجالات العمل الصناعية؛ نتيجة استعمال الآلات الحديثة والمواد المختلفة المتعلقة بها، لذلك وضعت بعض الأحكام القانونية والتنظيمية، التي تساعد على تحسين ظروف العمل وحماية العامل، وتشتمل على تدابير وقائية للمحافظة على صحة العامل، ويفترض الالتزام بها من العامل وصاحب العمل على حد سواء للحد من تأثير تلك المخاطر^(٩).

(٧) محمد حسين منصور: قانون التأمين الإجتماعي، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦م، ص ١٤.

(٨) يوسف إلياس: الوجيز في شرح قانون العمل رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧م، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، هيئة المعاهد الفنية، معهد الإدارة، الرصافة، العراق، ١٩٨٩م، ص ٨٩.

(٩) بشير هدفي: الوجيز في شرح قانون العمل " علاقات العمل الفردية والجماعية"، دار الريحانة للكتاب، جسور للنشر والتوزيع، ط ٢، الجزائر، ٢٠٠٣م، ص ١٦٨.

وتهدف كلمة "الصحة" في مفهومها إلى مفهوم عام، فهناك صحة الفرد، وهناك الصحة العامة أي صحة المجتمع بأكمله، وهناك صحة البيئة التي تعنى الحفاظ على الجو والبر والبحر من أي تلوث وأضرار تؤثر على صحة الأفراد وصحة المجتمعات، وصحة الفرد لا تعنى مجرد خلوه من الأمراض المعروفة، بل هي أعم وأشمل، فهي حالة "اكتمال الكفاية البدنية والنفسية والاجتماعية للفرد"^(١٠)، وتتعدد مفاهيم الأمن الصناعي؛ إلا أنها جميعاً تهدف إلى الحفاظ على "العامل"، ويظهر هذا من أهدافها، وهي إيجاد البرامج المناسبة لتلافي ما يمكن أن يؤثر على سلامة العاملين، والممتلكات، وسير العملية الإنتاجية عن طريق متخصصين تتوفر لديهم الخبرة والكفاءة لتحقيق وتوفير أساليب الحماية الوقائية كافة^(١١).

ويمكن أن نعرف الأمن الصناعي بأنه: "الفرع الذي يرمى إلى تهيئة جميع الظروف المادية والنفسية والاجتماعية التي تكفل أكبر إنتاج، مع الاهتمام برضى العامل عن عمله، فهو يهتم بالكشف عن أفضل الظروف الإنسانية للعمل، وحل المشكلات الصناعية حلاً علمياً"^(١٢)، كما أن التعبير العالمي للأمن الصناعي هو السلامة والصحة المهنية فيشمل بالآتي شقين أو جانبين رئيسيين هما: السلامة، والصحة المهنية هي: "سلامة من الأخطار التي يواجهها العامل بسبب ما يستخدمه من آلات، وكذلك من الأضرار الصحية الناشئة عن ممارسة مهنة معينة، وسلامة من بيئة العمل ذاتها"^(١٣).

(١٠) مجدى عبدالله شرارة: مرجع سابق، ص ١٢.

(١١) عبد المحسن أبو الليف: الأمن الصناعي، محاضرات بأكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، ١٤١٧هـ، ص ٢.

(١٢) السيد رمضان: حوادث الصناعة والأمن الصناعي، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، ١٩٨٤م، ص ٧٧.

(١٣) مجدى عبدالله شرارة: مرجع سابق، ص ١٢.

ولا يكفي لضمان وحماية ووقاية العمال من المخاطر المهنية أن يوفر صاحب العمل الوسائل اللازمة لذلك، بل يجب أن يتعامل العامل ذاته مع هذه المسألة تعاملًا إيجابيًا، وهذا يقتضى أن يكون العامل على علم وبيئة كافية بالمخاطر التي قد تصيبه أثناء العمل^(١٤)، فرفع وعي العمال بالأمر المتعلقة بسلامتهم وسلامة المعدات والوصول إلى بيئة عمل آمنة، يمكن العاملين من الحفاظ على السلامة العامة، لينعكس ذلك بشكل إيجابي على زيادة الإنتاج والحفاظ على استمراريته^(١٥).

وتحقق إستراتيجية السلامة والصحة المهنية أهدافاً مباشرة للعاملين نحو: حمايتهم من الأمراض المهنية، وإصابات العمل، والحفاظ عليهم وعلى إمكانياتهم البدنية والنفسية، كما أنها تحقق لهم مكاسب مادية كبيرة ناتجة عن زيادة الإنتاج^(١٦).

ويتضح أن إطلاع العامل على المخاطر ووسائل الوقاية منها يجب أن يتحقق بوسيلتين، أولهما فردية بإعلامه "كتابة" بهذه المخاطر ووسائل الوقاية منها قبل إشتغاله، والثانية جماعية من خلال التعليمات التي تعلق في مكان ظاهر من محل العمل^(١٧).

وأرى أهمية النص على المخاطر الموجودة والمرتبطة بالعمل في بنود العقد حتى يكون العامل على علم بها، كما يجب أن يكون على علم بوسائل الوقاية والحماية من تلك المخاطر قبل التوقيع على العقد، حتى يستطيع العامل التعامل مع تلك المخاطر تعاملًا إيجابيًا مما يزيد من إحساسه بالأمان والإطمئنان، مما يزيد من إنتاجيته، ويحافظ على حياته وصحته من مخاطر الأمراض المهنية وإصابات العمل.

(١٤) يوسف إلياس: مرجع سابق، ص ٩٠ .

(١٥) دليل المبادئ الأساسية للسلامة والصحة المهنية في بيئة العمل: منظمة العمل الدولية، الطبعة الأولى باللغة العربية، جمهورية مصر العربية، ٢٠١٦م، ص ٧.

(١٦) مجدى عبدالله شرارة: مرجع سابق، ص ١٦ .

(١٧) يوسف إلياس: مرجع سابق، ص ٩١ .

وتقع المسؤولية لتحقيق وتنفيذ مهام السلامة والصحة المهنية على أطراف الإنتاج مجتمعين، فتقع على الحكومات مسئولية وضع التشريعات وسن القوانين والنظم التي تؤمن مراقبة تنفيذ اشتراطات السلامة والصحة المهنية من خلال مفتشى السلامة والصحة المهنية، وتقع على أصحاب الأعمال مسئولية تنفيذ شروط السلامة المهنية، ووضعها قيد التنفيذ الفعلي والعملي، وتزويد العمال المعرضين للمخاطر المهنية بوسائل الوقاية المناسبة؛ لمنع حدوث المرض المهني، وإصابات العمل، وتوفير وسائل الوقاية العامة من تهوية، وإنارة، وتأمين مناخ، وجو عمل مناسب، وتحقيق بيئة اجتماعية وإنسانية مناسبة، أما النقابات وممثلوا العمال فعليهم مسئولية التوجيه والتوعية في مجال السلامة والصحة المهنية، والمشاركة في لجان السلامة المهنية في المنشآت^(١٨).

ومن هنا يأتي دور التنظيم التشريعي لوسائل الوقاية والحماية للعامل؛ لبث الإطمئنان له، كما أن إحساس العامل بالأمن يزيد من طاقاته، ويزيد من إنتاجيته، فتأمين بيئة العمل يؤدي إلى الحفاظ على الحياة والسلامة الجسدية للعامل؛ باعتبارها قيمةً إنسانية أساسية ومنشودة، كما يؤدي إلى تجنب النفقات المباشرة وغير المباشرة، باعتبارها التزام قانوني لمواجهة الآثار الضارة .

وبناءً على خطورة الأضرار المنتشرة في بيئة العمل، ونتيجة للظروف الاجتماعية والاقتصادية السائدة في العالم، أرى أنه يجب أن توفر للعامل داخل المنشأة كل سبل وطرق الحماية من تلك المخاطر حتى تعم الفائدة على العامل، وصاحب العمل، والمنشأة، فيزيد الإنتاج، وتقل نفقات المنشأة على تبعات تلك المخاطر.

(١٨) دليل المبادئ الأساسية للسلامة والصحة المهنية في بيئة العمل: مرجع سابق، ص ٨.

المطلب الثاني

أنواع المخاطر المهنية

يعد موضوع حماية الصحة في العمل من بين أهم الموضوعات المطروحة في القانون الاجتماعي، وهذا لما يترتب إهمال هذا الجانب من الحياة المهنية للعامل من أضرار على الجانب الاجتماعي أو الجانب الاقتصادي للمؤسسة، وما تتحمله من تبعات مالية ومادية نتيجة ذلك، بالإضافة للأبعاد الاجتماعية لمثل هذا الموضوع^(١٩)، وتقسّم المخاطر المهنية إلى عدة أنواع على حسب طبيعتها ومصدرها، وسوف نستعرض هذه المخاطر بشكل من التفصيل:

أولاً- المخاطر الناتجة عن العوامل الطبيعية:

نص عليها المُشرّع المصري في المادة ٢٠٨ من قانون العمل رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣م، وأطلق عليها المخاطر الفيزيائية، أما المُشرّع العماني فلم ينص في القانون على مثل هذه المخاطر، ولكن تناولت أمثلة لها المادة ١٦ من اللائحة التنظيمية لتدابير السلامة والصحة المهنية في المنشآت الخاضعة لقانون العمل الصادرة بالقرار الوزاري رقم ٢٠٠٨/٢٨٦م.

وتعد المخاطر الطبيعية أو الفيزيائية من أشد المخاطر التي تؤثر على بيئة العمل والبيئة العامة المحيطة بأماكن العمل^(٢٠)، ويقصد بها المخاطر الطبيعية في جو العمل، وهي كل ما يؤثر على سلامة العامل وصحته نتيجة عوامل طبيعية^(٢١)، ويمكن التحكم فيها من خلال وسائل وإجراءات الوقاية المختلفة، إذ إنها معروفة ومحددة وقابلة للقياس والكشف عنها، وتوجد المخاطر الفيزيائية في بيئة العمل، وتؤثر سلباً على صحة وحياة

(١٩) سكيل رقية: الحماية القانونية للعامل في مجال الوقاية الصحية والأمن، رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١٦م، ص ١٨.

(٢٠) سلامة عبد التواب عبد الحليم: حماية البيئة في قانون العمل، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩م، ص ٨٠.

(٢١) مجدى عبدالله شرارة: مرجع سابق، ص ٥٣.

العمال في حال تجاوزها الحدود المسموح بها^(٢٢)، فهي ذات تأثير مباشر على العمال، إذ إنها تسبب الأمراض المهنية نتيجة عدم توفر النسب المأمونة التي يجب أن تكون عليها، كما أنها تؤثر تأثيراً غير مباشر، يتمثل في خلق مناخ غير صالح للعمل مما يؤدي إلى ارتباك وإجهاد العمال، وخفض قدراتهم الصحية والنفسية^(٢٣).

والمخاطر الفيزيائية كثيرة ومتنوعة، وقد عبر عنها المُشرِّع المصري بلفظ "بوجه خاص"، أما المُشرِّع العماني بلفظ "على الأخص"، إذ أنها مذكوره على سبيل المثال لا الحصر أي يجوز القياس عليها، وأمثلها هي:

١- الوطأة الحرارية أو "الإجهاد الحراري": والمقصود بها إرتفاع درجة الحرارة عن الحد الذي لا يتحملة الإنسان، مما يعرض الصحة والبيئة والممتلكات لمخاطر وأضرار عديدة^(٢٤)، ومن أمثلة العاملين المعرضين لها العاملين بالعنابر والأماكن المغلقة المليئة بالماكينات التي تصدر الحرارة.

٢- البرودة أو "الإجهاد البردي": يحدث الإحساس بالبرودة عندما تنخفض درجة حرارة الجو المحيط بالإنسان عند دخول مستودعات باردة مثلاً^(٢٥)، وتستخدم في الصناعات الحديثة مثل صناعة الثلج ولحفظ الفواكه والخضروات واللحوم^(٢٦)، ومن

(٢٢) دليل المبادئ الأساسية للسلامة والصحة المهنية في بيئة العمل: مرجع سابق، ص ١٢.

(٢٣) فاطمة محمد الرزاز: حماية بيئة العمل وتأمين سلامة العامل في مصر وفقاً لأحكام القانون ١٢ لسنة ٢٠٠٣م، مستخرج من مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، العدد العشرون، مطبعة كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٤م، ص ١٧٥.

(٢٤) عبد الحميد بلال: التزامات أصحاب المنشآت والعمال في ظل قانون العمل الجديد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣م واللائحة النموذجية للجزاءات والنظام الداخلي، مطبعة النسر الذهبي، القاهرة، ٢٠٠٣م، ص ٧٤.

(٢٥) دليل المبادئ الأساسية للسلامة والصحة المهنية في بيئة العمل: مرجع سابق، ص ١٤.

(٢٦) فاطمة محمد الرزاز: حماية بيئة العمل وتأمين سلامة العامل في مصر وفقاً لأحكام القانون ١٢ لسنة ٢٠٠٣م، مرجع سابق، ص ١٧٧.

أمثلة العاملين المعرضين لها العاملين في ثلاجات الخضر والفواكه، أو الغرف المجمدة في مصانع الأغذية.

٣- الضوضاء: وهي الصوت العالى غير المرغوب فيه، والناجم عن حركة الآلات والسيارات والاجهزة المختلفة في مكان العمل^(٢٧)، وهي مزيج من الأصوات التي تنتشر في أماكن العمل، وتؤدي إلى حدوث ضعف في السمع، أو الصمم الكامل، ومن أمثلة العاملين المعرضين لها العاملين في محطات توليد القوى الكهربائية.

٤- الاهتزازات: هي حركة توافقية ومتكررة مثل حركة المرجيحة أو حركة البنديل، أي أنها حركة تكرر نفسها بعد فترة محددة من الزمن، وتنتقل الاهتزازات الميكانيكية من الآلة إلى يد الإنسان، ثم ذراعه، ثم إلى باقى أجزاء الجسم، ومن أمثلة العاملين المعرضين لها العاملين بمدافع الهواء لتكسير الطرق^(٢٨).

٥- الإضاءة: تعد الإضاءة من العوامل التي تساعد العمال على أداء العمل، وقد تكون طبيعية كالشمس، وقد تكون صناعية، إذا كانت تستمد من مصادر غير الشمس^(٢٩)، والإضاءة الخطرة نوعان، إضاءة غير كافية أو ضعيفة فتسبب الحوادث والإصابات وضعف وإجهاد العين، وإضاءة شديدة أو عالية فلا تتحملها العين وتضعف من الشبكية^(٣٠)، ومن أمثلة العاملين المعرضين لها العاملين في الأعمال الكتابية، وأعمال الكمبيوتر، وصيانة المعدات الدقيقة كالساعات.

٦- الإشعاعات الضارة والخطرة: والإشعاعات هي إصدار طاقة على شكل جسيمات أو موجات من مصادر طبيعية أو عمليات صناعية، ومن العاملين المعرضين

(٢٧) سلامة عبد التواب عبد الحلیم: حماية البيئة في قانون العمل، مرجع سابق، ص ٨٣.

(٢٨) دليل المبادئ الأساسية للسلامة والصحة المهنية في بيئة العمل، مرجع سابق، ص ١٦.

(٢٩) سلامة عبد التواب عبد الحلیم: حماية البيئة في قانون العمل، مرجع سابق، ص ٨٣.

(٣٠) فاطمة محمد الرزاز: حماية بيئة العمل وتأمين سلامة العامل في مصر وفقا لأحكام القانون

١٢ لسنة ٢٠٠٣م، مرجع سابق، ص ١٨٧.

لها العاملين في مراكز الأشعة الطبية، والعاملين في مجال التفتيش الهندسى على اللحامات والمعادن وغيرها^(٣١).

٧- تغيرات الضغط الجوي: إذا تعرض الإنسان لتغيرات مفاجئة في الضغط الجوي وفقاً لما هو معتاد عليه في بيئته وحياته الطبيعية، لذا قد يصاب بأمراض عديدة، وقد يحدث خلل في عمل أجهزة الجسم، مثل العمل في الغطس، وداخل الطائرات، وعند الحفر لأعماق كبيرة كالمناجم والأنفاق^(٣٢).

٨- الانفجارات: وهي تنتج عن تخزين وتداول واستخدام المواد القابلة للاشتعال أو الانفجار^(٣٣)، وتتفجر تحت تأثير الحرارة أو اللهب أو الضغط أو الصدمات أو الاحتكاك، وتتحول لحظياً إلى غازات ذات درجة حرارة عالية وضغط هائل، ومن أمثلة العاملين المعرضين لها العاملين بالمحاجر وأعمال هدم المباني^(٣٤).

٩- الكهرباء الديناميكية والإستاتيكية: بالرغم من مزايا وفوائد الكهرباء في مجال العمل؛ إلا أنها ذات أضرار، فهي تسبب حوادث عمل كالصعق والصدمة الكهربائية، كما أن العمل بجوار كابلات الضغط العالى يسبب الكثير من الأمراض^(٣٥)، والكهرباء الديناميكية هي عبارة عن طاقة في شكل جسيمات صغيرة مشحونة (إلكترونات)، تسرى في موصل للكهرباء كسريان الماء في أنبوب، أما الكهرباء الإستاتيكية هي عبارة عن الشحنات الكهربائية التي تنتج من اتصال أو انفصال أو احتكاك مادتين، وقد تكون

(٣١) دليل المبادئ الأساسية للسلامة والصحة المهنية في بيئة العمل، مرجع سابق، ص ١٨.

(٣٢) فاطمة محمد الرزاز: حماية بيئة العمل وتأمين سلامة العامل في مصر وفقاً لأحكام القانون ١٢ لسنة ٢٠٠٣م، مرجع سابق، ص ٢٠٤.

(٣٣) سلامة عبد التواب عبد الحليم: حماية البيئة في قانون العمل، مرجع سابق، ص ٨٦.

(٣٤) دليل المبادئ الأساسية للسلامة والصحة المهنية في بيئة العمل، مرجع سابق، ص ٢٠.

(٣٥) فاطمة محمد الرزاز: حماية بيئة العمل وتأمين سلامة العامل في مصر وفقاً لأحكام القانون ١٢ لسنة ٢٠٠٣م، مرجع سابق، ص ٢٠٧.

إحدى المادتين موصلة، أو كلاهما عازلة، ومن الممكن أن تحدث نتيجة الحدث الكهربائي من الاجسام المشحونة^(٣٦).

ثانياً- المخاطر الناتجة عن العمليات والآلات الميكانيكية "العوامل الميكانيكية":

نص عليها المُشرّع المصري في المادة ٢٠٩ من قانون العمل رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣م، وأطلق عليها المخاطر الميكانيكية، أما المُشرّع العماني فلم ينص في القانون على مثل هذه المخاطر، ولكن تناولت أمثلة لها المواد ٣٢ ، ٣٤ ، ٣٥ ، ٤١ من اللائحة التنظيمية لتدابير السلامة والصحة المهنية في المنشآت الخاضعة لقانون العمل الصادرة بالقرار الوزاري رقم ٢٨٦/٢٠٠٨م.

وتعد العمليات والآلات الميكانيكية من مصادر الخطر على العاملين؛ لأنها تسبب الكثير من الإصابات التي تسبب عجزاً جزئياً أو عجزاً مستديماً، والعمليات والحركات الميكانيكية مهما كانت بسيطة أو خفيفة ذات خطورة، وتتفاوت هذه الخطورة حسب القوى المؤثرة في تلك العمليات والحركات الميكانيكية وحسب سرعة الحركة وشكل الجزء المعرض له الإنسان^(٣٧)، ويمكن تعريف المخاطر الميكانيكية بأنها هي: "المخاطر التي تحدث نتيجة الإصطدام بين جسم العامل وجسم صلب"^(٣٨)، فإذا كانت قوة مصدر هذه الحركة كبيرة زادت وتضاعفت درجة الخطورة على العمال المعرضين لتأثيرها أو الإصابة بها، وإذا زادت سرعة الحركة صعب التحكم في إيقافها وتصبح ذات خطورة كبيرة ومؤكدة، وأيضاً إذا كان الجزء المعرض له الإنسان مدبباً أو له أحرف حاد كات الخطورة منه أشد خطراً مما لو كانت تلك الأجزاء ملساء أو مستديرة^(٣٩).

^(٣٦) دليل المبادئ الأساسية للسلامة والصحة المهنية في بيئة العمل: مرجع سابق، ص ٢٢.

^(٣٧) مجدى عبدالله شرارة: مرجع سابق، ص ٣٧.

^(٣٨) فاطمة محمد الرزاز: حماية بيئة العمل وتأمين سلامة العامل في مصر وفقاً لأحكام القانون

١٢ لسنة ٢٠٠٣م، مرجع سابق، ص ٢١٥.

^(٣٩) مجدى عبدالله شرارة: مرجع سابق، ص ٣٧.

وقد أعطى المُشرِّع المصري للمخاطر الميكانيكية صورتين على سبيل المثال لا الحصر، ويتضح هذا من قول المُشرِّع "على الأخص"، والصورة الأولى هي مخاطر العمليات والحركات الميكانيكية، وقد عرفها المُشرِّع على أنها: "كل خطر ينشأ عن الآلات وأدوات العمل من أجهزة وآلات وأدوات رفع وجر ووسائل الانتقال والتداول ونقل الحركة"، أما الصورة الثانية فهي مخاطر أعمال الإنشاءات وقد عرفها المُشرِّع بأنها: "كل خطر ينشأ عن أعمال التشييد والبناء والحفر ومخاطر الانهيار والسقوط"، ومن العاملين المعرضين للمخاطر الميكانيكية العاملون في الورش وأعمال الصيانة والعمرات، والعاملون على خطوط الإنتاج في الصناعات الغذائية والملابس الجاهزة، وعمال البناء والتشييد والحفر.

ثالثاً- المخاطر الناتجة عن الفيروسات والبكتريا والجراثيم "العوامل البيولوجية":

نص عليها المُشرِّع المصري في المادة ٢١٠ من قانون العمل رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣م، وأطلق عليها المخاطر البيولوجية، أما المُشرِّع العماني فلم ينص في القانون على مثل هذه المخاطر، ولكن تناولت أمثلة لها المادة ٤٢ من اللائحة التنظيمية لتدابير السلامة والصحة المهنية في المنشآت الخاضعة لقانون العمل الصادرة بالقرار الوزاري رقم ٢٠٠٨/٢٨٦م.

وتعرف بأنها: "خطر إصابة العامل بالفيروسات والبكتريا والفطريات والطفيليات بسبب العمل أو التعرض للكائنات الدقيقة الحية المعدية، كما يحدث في العديد من المهن"^(٤٠)، أو هي: "المخاطر الناتجة عن وجود أمراض تسببها البكتريا والجراثيم والفيروسات الموجودة في الكائنات الحية أو الجلود أو الفواكه أو الخضرة والتي تنتقل عند تداولها إلى العاملين في هذا المجال، ومنها مرض الدرن، والسقاوة، والباجازوزس، والكيموكينوزس، وأمراض العيون، والحميات المعدية، ولعل أشهر مرض الأنزراكس

(٤٠) دليل المبادئ الأساسية للسلامة والصحة المهنية في بيئة العمل: مرجع سابق، ص ٢٥.

"الذى ينتقل إلى المتعاملين مع الجلود والحيوانات، مثل عمال الدباغة والجزارين والأطباء البيطريين وما إلى ذلك"^(٤١).

وترتبط هذه المخاطر بطبيعة النشاط الذى يمارسه العمال داخل المنشأة، فتنشر في مزارع الماشية والدواجن، وحدائق الحيوانات، ومزارع الأسماك، والمحميات الطبيعية، والمعامل الطبية، والمستشفيات البشرية والبيطرية، والمدارس، وصالونات الحلاقة^(٤٢).
رابعاً- المخاطر الناتجة عن الكيماويات الغازية والصلبة والسائلة "العوامل الكيميائية":

نص عليها المُشرِّع المصري في المادة ٢١١ من قانون العمل رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣م، وأطلق عليها المخاطر الكيميائية، أما المُشرِّع العماني فلم ينص في القانون على مثل هذه المخاطر ولكن تناولت أمثلة لها المواد ٣٧ ، ٣٩ ، ٤٠ من اللائحة التنظيمية لتدابير السلامة والصحة المهنية في المنشآت الخاضعة لقانون العمل الصادرة بالقرار الوزارى رقم ٢٨٦/٢٠٠٨م.

وتعرف بأنها: "المخاطر التي تنجم عن التعامل مع المواد الكيميائية في جميع صورها الغازية والصلبة والسائلة وتدخل جسم الإنسان عن طريق الجهاز التنفسي، والجهاز الهضمي، والجلد، والعين"^(٤٣).

وتعد المخاطر الكيميائية من أصعب وأعقد مخاطر العمل في الصناعة، ويختلف تأثير المواد الكيميائية المستعملة أو المتداولة على العمال المعرضين لها بحسب نوعها وتركيبها الكيماوي، وحالتها الطبيعية (سائلة، أو صلبة، أو غازية)^(٤٤)، وتأتى خطورة

(٤١) مجدى عبدالله شرارة: مرجع سابق، ص ٧٦.

(٤٢) السيد عيد نايل: قانون العمل الجديد وحماية العمال من مخاطر البيئة رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣م، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤م، ص ٧٢٤.

(٤٣) دليل المبادئ الأساسية للسلامة والصحة المهنية في بيئة العمل: مرجع سابق، ص ٢٦.

(٤٤) فاطمة محمد الرزاز: حماية بيئة العمل وتأمين سلامة العامل في مصر وفقاً لأحكام القانون ١٢ لسنة ٢٠٠٣م، مرجع سابق، ص ٢٣٢ وما بعدها.

المواد الكيماوية فيما تحدثه من أمراض مهنية، أي تأثيرها المباشر في المقام الأول، ثم ما تسببه للعاملين من انخفاض في قدراتهم الذهنية والبدنية نتيجة هذه الأمراض، مما يجعلهم عرضة لإصابات وحوادث العمل^(٤٥)، ومن العاملين المعرضين للإصابة بها العاملون بالمختبرات العلمية أثناء إجراء التجارب العلمية، وفي الورش الصناعية أثناء نقل وتداول وتخزين المواد الخام الكيماوية.

خامساً- المخاطر الناتجة عن عدم توفر وسائل السلامة:

نص عليها المُشرِّع المصري في المادة ٢١٢ من قانون العمل رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣م، وأطلق عليها المخاطر السلبية، أما المُشرِّع العماني فلم ينص في القانون على مثل هذه المخاطر، ولكن تناولت أمثلة لها المواد ١٧، ١٨، ١٩، ٢٠، ٢٥، ٢٦ من اللائحة التنظيمية لتدابير السلامة والصحة المهنية في المنشآت الخاضعة لقانون العمل الصادرة بالقرار الوزاري رقم ٢٨٦/٢٠٠٨م.

ويمكن تعريفها بأنها: "المخاطر التي ينشأ أو يتفاقم الضرر أو الخطر عنها نتيجة عدم توفرها"، ومن أمثلتها التي وضحها قرار وزير القوى العاملة والهجرة رقم ٢١١ لسنة ٢٠٠٣م، "غياب وسائل الإنقاذ ووسائل الإسعاف، ووسائل النظافة، والشهادات الصحية، والترتيب، والتنظيم"^(٤٦).

سادساً- المخاطر الناتجة عن الحرائق:

نص عليها المُشرِّع المصري في المادة ٢١٤ من قانون العمل رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣م، وأطلق عليها مخاطر الحريق، أما المُشرِّع العماني فلم ينص في القانون على مثل هذه المخاطر، ولكن تناولت أمثلة لها المادة ٣١ من اللائحة التنظيمية لتدابير السلامة والصحة المهنية في المنشآت الخاضعة لقانون العمل الصادرة بالقرار الوزاري رقم ٢٨٦/٢٠٠٨م.

(٤٥) مجدى عبدالله شرارة، مرجع سابق، ص ٦٩.

(٤٦) دليل المبادئ الأساسية للسلامة والصحة المهنية في بيئة العمل، مرجع سابق، ص ٢٩. سلامة عبد التواب عبد الحليم: حماية البيئة في قانون العمل، مرجع سابق، ص ٩٦.

تبدأ معظم الحرائق على نطاق صغير، وتنشأ من مستصغر الشرر، بسبب إهمال في اتباع طرق الوقاية المتعارف عليها، وسرعان ما تنتشر، إذا لم يبادر في إطفائها مخلفة خسائر ومخاطر فادحة في الأرواح والممتلكات، ويمكن تلخيص المخاطر التي قد تنتج عن الحريق في الأنواع الثلاثة الآتية: "الخطر على الأفراد - وهي المخاطر التي تعرض حياة الأفراد للإصابات، الخطر التدميري - وهو ما يحدث من دمار في المباني والمنشآت والممتلكات، الخطر على المجاورات - وهي المخاطر التي تهدد المواقع القريبة لمكان الحريق"^(٤٧).

لذلك ألزم المُشرِّع المصري صاحب العمل باتخاذ الاحتياطات اللازمة؛ للوقاية من مخاطر الحريق وفقاً لما تحدده إدارة الدفاع المدني بوزارة الداخلية على أن تراعى في تحديدها طبيعة النشاط في مكان العمل، والخواص الفيزيائية والكيميائية للمواد المستخدمة والمنتجة^(٤٨).

وأسباب الحريق عديدة ومتنوعة، منها: الجهل، واللامبالاة، والتخريب، وتشبع مكان العمل بالأبخرة، والغازات، والأتربة القابلة للاشتعال، وحدوث الشرر، وإشعال النار بالقرب من الأماكن والمواد الخطرة، والتخزين السيئ للمواد الخطرة والقابلة للاشتعال وغيرها.

سابعاً- المخاطر الناتجة عن الكوارث العامة:

نص عليها المُشرِّع المصري في المادة ٢١٥ من قانون العمل رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣م، وأطلق عليها المخاطر والكوارث الصناعية والطبيعية، أما المُشرِّع العماني فلم ينص في القانون على مثل هذه المخاطر ولكن تناولت أمثلة لها المادة ١١ من اللائحة التنظيمية لتدابير السلامة والصحة المهنية في المنشآت الخاضعة لقانون العمل الصادرة بالقرار الوزاري رقم ٢٨٦/٢٠٠٨م.

^(٤٧) دليل المبادئ الأساسية للسلامة والصحة المهنية في بيئة العمل: مرجع سابق، ص ٣٤.

^(٤٨) سلامة عبد التواب عبد الحليم: حماية البيئة في قانون العمل، مرجع سابق، ص ٩٧.

يقع على المنشأة وفروعها التزام بإجراء تقييم وتحليل للمخاطر والكوارث الصناعية والطبيعية المتوقعة، وإعداد خطة طوارئ لحماية المنشأة والعمال بها عند وقوع الكارثة على أن يتم اختيار فاعلية هذه الخطة، وإجراء بيانات عملية عليها؛ للتأكد من كفاءتها، وتدريب العمال لمواجهة متطلباتها، والهدف من ذلك هو حماية المنشأة والعمالين بها. كما تلتزم المنشأة بإبلاغ الجهة الإدارية المختصة بخطة الطوارئ، وبأية تعديلات تطرأ عليها، وكذلك في حالة تخزين مواد خطرة أو استخدامها.

المبحث الثاني

مضمون الالتزام بالإعلام

من المسلم به في العرف القانوني أن كل العقود تنطلق من الرضا بين أطرافها، إذ لا يمكن تصور عقد ينشأ صحيحاً من غير اتفاق وتراضٍ بين طرفيه، وهذا ما أكده الفقيه Alisse Jean إذ قال: "أنه قد أضحى من المسلمات وفقاً للقانون العام في العقود أن رضا الأطراف في العقد ينبغي أن يكون حراً ومستتيراً على نحو كافٍ وبصورة مرضية"^(٤٩).

كما يسيطر على العقود بصفة عامة مبدأ مهم يتمثل في ضرورة تنفيذها بحسن نية حتى لا تنتضرر حقوق الأفراد، ويعم الاستقرار، وتنتشر الطمأنينة في نفوس المتعاملين، ويزدهر التبادل^(٥٠)، ولا شك أن أعمال مبدأ حسن النية في مجال عقود العمل يعتبر أولى وأهم من غيره من العقود الأخرى؛ نظراً لما لعلاقات العمل من طابع شخصي، إذ يتعين أن يلتزم العامل بكامل ما يوجبه حسن النية في صلته برب

(٤٩) خالد جمال أحمد: الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨م، ص ١٣٠ .

(٥٠) شكورة محمد: حسن النية في قانون العقارات المحفظة والقانون الخاص بالمنقول في التشريع المغربي، رسالة دبلوم دراسات عليا، كلية الحقوق، الرباط، ١٩٨٦م، ص ١.

العمل^(٥١)، ويقابل ذلك التزام صاحب العمل بكامل ما يوجبه حسن النية في صلته بالعامل.

ونتيجة لكل هذه الأسباب يجب أن يحتل الالتزام بالإعلام قبل التعاقد أو أثناء تنفيذه مكانة عظيمة في العقود كافة؛ وذلك لما له من أهمية كبيرة في تنوير وتبصير رضا الراغبين في التعاقد قبل وبعد الدخول في هذا العقد بكل المعلومات الجوهرية المتصلة به خلال مرحلة تنفيذه، والتي لا يستطيع له العلم بها بوسائله الخاصة نتيجة الالتزام بالاستعلام عنها الملقى على عاتقه^(٥٢)، وبناءً على ذلك يترتب على علاقة العمل التزام على عاتق صاحب العمل بضرورة تنوير وتبصير العامل بمخاطر مهنته قبل الدخول في العقد حتى يتكون لدى العامل رضا حر ومستتير، وهذا ما سنطلق عليه "الالتزام بإعلام العامل بمخاطر مهنته"، ويترتب على مخالفة هذا الالتزام جزاء أقره القانون.

وقد أمّلت الضرورات الاجتماعية على المشرّع أن يتدخل لكفالة الحماية في مواجهة الأخطار المهنية، وبالرغم من وجود أنظمة قانونية وضعية تتحقق في إطارها حماية قانونية للحقوق، ولكن هذه الأنظمة كانت تتسم في هذا النطاق بعدم ملائمتها، وقصورها وعجزها^(٥٣)، مما يتطلب من المشرّع وفقاً للضرورات الاجتماعية التي تتزايد من فترة إلى أخرى؛ نتيجة للتقدم الصناعي والتكنولوجي، إلى زيادة تدخلة لتطوير أو سن تشريعات تناسب كل مرحلة.

وعلى ضوء ذلك سوف نتناول الأحكام العامة للالتزام بالإعلام، وإعلام العامل بمخاطر مهنته، وهذا على النحو الآتي:

المطلب الأول: الأحكام العامة للالتزام بالإعلام.

المطلب الثاني: إعلام العامل بمخاطر مهنته.

(٥١) توفيق حسن فرج: قانون العمل في القانون اللبناني والقانون المصري الجديد، الدار الجامعية، ١٩٨٦م، ص ٢٧٦.

(٥٢) خالد جمال أحمد: مدى حق المريض في قبول أو رفض العمل الطبي وإشكالاته العملية التي يثيرها، كلية الحقوق جامعة أسيوط، ٢٠١٥م، ص ٣٥.

(٥٣) حسن عبد الرحمن قدوس: مرجع سابق، ص ١٧.

المطلب الأول

الأحكام العامة للالتزام بالإعلام

سنلقى الضوء في هذا الجزء من البحث على تعريف الالتزام بالإعلام وأنواعه وأساسه وخصائصه، وفقاً للنظرية العامة للالتزام بالإعلام، حتى يتسنى لنا تطبيقها على التزام صاحب العمل بإعلام العامل بمخاطر مهنته.

أولاً- تعريف الالتزام بالإعلام :

يعرّف الالتزام بالإعلام بأنه: "التزام أحد الطرفين بتقديم كافة البيانات والمعلومات اللازمة؛ لمساعدة الطرف الآخر على إبرام العقد، أو تنفيذه، بل تحذيره، ولفت انتباهه، ونظره، إذا استدعى الأمر ذلك"^(٥٤).

وقد عرفه البعض بأنه: "التزام سابق على التعاقد يتعلق بالالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد، البيانات اللازمة لإيجاد رضاء سليم كامل متور على علم بكافة تفاصيل هذا العقد، وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد أو صفة أحد طرفيه أو طبيعة محله أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما، أن يلم ببيانات معينة أو يحتم عليه منح ثقة مشروعه للطرف الآخر الذي يلتزم بناءً على جميع هذه الاعتبارات بالإدلاء بالبيانات"^(٥٥).

كما يعرفه البعض بأنه: "تنبيه أو إعلام طالب التعاقد بمعلومات من شأنها إلقاء الضوء على واقعة ما أو عنصر من عناصر التعاقد المزمع حتى يكون الطالب على بينة من أمره بحيث يتخذ قراره الذي يراه مناسباً على ضوء حجته وهدفه من إبرام العقد"^(٥٦).

(٥٤) محمد المرسي زهرة : الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧م، ص ١٦١.

(٥٥) نزيه محمد الصادق المهدي: الإلتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود "دراسة فقهية قضائية مقارنة"، دار النهضة العربية، ١٩٨٢م، ص ١٥.

(٥٦) سهير منتصر: الإلتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، ١٩٩٠م، ص ٤١.

ثانياً- أنواع الالتزام بالإعلام:

١- الإعلام الاختياري:

عادة ما يتصرف الطرف المتفاوض بمحض إرادته في إعلام الطرف الآخر من غير أن يكون ملزماً بأي قانون أو عقد يفرض عليه الالتزام بإعلام الطرف الثاني^(٥٧)، فيقوم هذا الطرف من تلقاء نفسه بإعلام الطرف الآخر بكل البيانات اللازمة للتعاقد، حتى يتكون لدى الطرف الآخر رضا حر ومستتير.

٢- الإعلام الإجباري:

وفي هذه الحالة يكون أحد أطراف العلاقة التعاقدية ملزماً ومجبوراً على أن يدلى بالبيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد، ويكون هذا الالتزام والإجبار بناءً على نص قانوني، فيجب على هذا الطرف قبل أو أثناء التعاقد أن يدلى بالبيانات والمعلومات الملتمزم بها قانوناً للطرف الآخر.

وأرى أن الالتزام بإعلام العامل بمخاطر مهنته هو التزام إجباري، وذلك لصريح نص قانون العمل المصري بالمادة ٢١٧ "إحاطة العامل قبل مزاولته العمل"، ونص المادة ٨٧ من قانون العمل العماني "على كل صاحب عمل أو من يمثله أن يحيط العامل قبل استخدامه بمخاطر مهنته"، فهذه العبارات أتت بصيغة الأمر، أي أنها قواعد أمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

ثالثاً- أساس الالتزام بالإعلام:

يعد الالتزام بالإعلام التزاماً مستقلاً عن العقد، ويتعين الوفاء به في المرحلة السابقة على إبرامه، ومن ثم فإن الإخلال به يعاقب عليه بموجب قواعد المسؤولية

^(٥٧) شادلي عبد الناصر: مبدأ حسن النية في العقد طبقاً لقواعد القانون المدني، رسالة ماجستير،

جامعة الطاهر مولاي - سعيدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٦م، ص ١٠.

التقصيرية^(٥٨)، كما أوضحت الدراسات أن الالتزام قبل التعاقد بالإعلام يجد مصدره في المبادئ العامة للقانون كمبدأ حسن النية، الذي يوجب أثناء مرحلة المفاوضات التزاماً بالصدق والأمانة في مواجهة الطرف الآخر وفي مبدأ سلامة العقود^(٥٩)، كما أن إعلام المتعاقد قبل إبرام العقد يؤدي إلى توقي عيوب الرضا لاسيما الغلط والتدليس^(٦٠).

وأرى أن الالتزام بإعلام العامل بمخاطر مهنته وإن كان يوجد أساس له في المبادئ العامة للقانون كمبدأ حسن النية، ومبدأ سلامة العقود، إلا أن له أساساً أيضاً في التشريع، لصريح نص المُشرِّع المصري والمُشرِّع العماني عليه في التشريع.

رابعاً- خصائص الالتزام بالإعلام:

١- التزام عام:

يعد هذا الالتزام التزاماً سابقاً على إبرام جميع أنواع العقود، فهو ليس التزاماً خاصاً بعقد معين، إلا أن التطبيق العملي أفرز أهمية وجوده في بعض العقود أكثر من بعضها الآخر^(٦١)، وتظهر أهمية الالتزام بالإعلام بدرجة كبيرة في عقود الإستهلاك، نظراً لما يوليه جمهور المستهلكين من ثقة كبيرة بالمنتجين بوصفهم مهنيين أو محترفين، تتوفر لديهم مقومات العلم والدراية بالسلع والخدمات التي يتعاملون عليها^(٦٢).

ومن ثم تتضح أهمية هذا الالتزام، ولذلك أرى أنه يجب أن يطبق على عقود العمل في مختلف صورها ومراحلها.

(٥٨) بودالي محمد: حماية المستهلك في القانون المقارن "دراسة مقارنة"، دار الكتاب، الجزائر، ٢٠٠٦م، ص ٦٣.

(٥٩) عمر محمد عبد الباقي: الحماية العقدية للمستهلك، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤م، ص ٢٢٤.

(٦٠) عبد المنعم موسى إبراهيم: حسن النية في العقود، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٦م، ص ٣٦٧.

(٦١) عمر محمد عبد الباقي: مرجع سابق، ص ١٩٦.

(٦٢) خالد جمال أحمد: الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد، مرجع سابق، ص ٣٣٧.

٢- التزام مستقل:

يعد الالتزام بالإعلام قبل التعاقد التزاماً مستقلاً، يقع على كاهل من ينوى التعاقد مع غيره، ليس بهدف حماية رضا الطرف الآخر فقط، وإنما لخلق توازن عقدي بين أطراف التعاقد، والذي يؤكد تلك الاستقلالية تفوقه على نظرية عيوب الرضا، إذ إن المسؤولية تنشأ لحظة الإخلال به رغم عدم وجود عيب من عيوب الرضا، وأنه أيضاً يتفوق على نظرية الضمان إذ إن نشوءه غير متعلق بحدوث ما يوجب الضمان^(٦٣). وأرى أن الالتزام بإعلام العامل بمخاطر مهنته هو التزام مستقل، يقع على صاحب العمل، أو من يمثله في المنشأة، حماية لرضا العامل قبل التعاقد، مما يحافظ على صحة العقد وسلامته من كل العيوب.

٣- التزام وقائي:

الالتزام بالإعلام قبل التعاقد هو التزام وقائي؛ لكونه يسبق مرحلة إبرام العقد، ويشكل درعاً واقياً من مخاطر المستقبل التي تهدد العقود^(٦٤)؛ لذلك أشار رأي في الفقه الفرنسي إلى الدور الوقائي الذي يلعبه الالتزام بالإعلام في مجال العقود بما نصه: "أن أداء المدين لالتزامه بالإعلام قبل التعاقد خاصة من شأنه أن يؤدي إلى تفاوت الحكم بإبطال العقد بالغلط والتدليس، وبالتالي يأتي وفاء المدين بهذا الالتزام عنصراً جوهرياً في رضا الدائن بالعقد وفي مدى صحته ونزاهته"^(٦٥).

وأرى أن الالتزام بإعلام العامل بمخاطر مهنته التزاماً وقائياً أيضاً، لأنه يسبق إبرام العقد، مما يقي العقد من مخاطر الإبطال في المستقبل، ويتضح هذا من صريح نص قانون العمل المصري بالمادة ٢١٧ "إحاطة العامل قبل مزاولته العمل"، ونص

(٦٣) محمد إبراهيم الدسوقي: الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار إيهاب، أسيوط، مصر، ١٩٨٥م،

ص ٤٢.

(٦٤) عمر محمد عبد الباقي: مرجع سابق، ص ١٩٧.

(٦٥) خالد جمال أحمد: الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد، مرجع سابق، ص ٣٣٨.

المادة ٨٧ من قانون العمل العماني "على كل صاحب عمل أو من يمثله أن يحيط العامل قبل استخدامه بمخاطر مهنته"، فاستخدام كلمة "قبل" أوضحت أنه التزام سابق على إبرام العقد.

٤- التزام غير مطلق:

مقتضى عدم إطلاق مضمون هذا الالتزام، ومن مستلزمات تقييد محتواه أن يتم حصره في حد معين من المعلومات المتصلة بالعقد المراد إبرامه، فيلزم المدين وفقاً له بإعلام الدائن بالمعلومات الجوهرية التي لها تأثير على رضاه بالعقد، ويجعلها الدائن جهلاً مشروعاً، ولا يملك وسائل الاستعلام عنها، وذلك حتى لا يصير الالتزام بالإعلام قبل التعاقد سيفاً معلقاً على رقاب المدينين به^(٦٦).

ويؤدي إطلاق مضمون ومحتوى الالتزام بالإعلام قبل التعاقد من كل قيد، إلى آثار سيئة، وعواقب غير محمودة بالنسبة إلى طرفي العقد المزمع إبرامه، فلا شك أن إلزام المدين بتقديم جميع المعلومات التي يعرفها عن محل العقد إلى دائنه قبل العقد، سواء أكانت مهمة بالنسبة إلى الدائن أم غير مهمة، معلومة له أم غير معلومة، من شأنه أن يصيب المدين بالإرهاق والتعب، ويصيب الدائن بالخمول والكسل، فلا يكف الدائن نفسه مشقة البحث عن أية معلومات تهمه بشأن العقد الذي يريد إبرامه، مادام أن من سيتعاقد معه سيكون ملتزماً بتقديمها إليه من غير عناء أو تعب يتحمله في البحث عنها بنفسه^(٦٧).

وأرى أن الالتزام بإعلام العامل بمخاطر مهنته التزاماً غير مطلق أيضاً، لأنه يقع على صاحب العمل أو من يمثله أن يعلم العامل بالمخاطر المهنية، ووسائل الوقاية منها، وهذه المخاطر معلومة على وجه التحديد لصاحب العمل.

(٦٦) عمر محمد عبد الباقي: مرجع سابق، ص ١٩٦.

(٦٧) خالد جمال أحمد: الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد، مرجع سابق، ص ٣٤١.

المطلب الثاني

إعلام العامل بمخاطر مهنته

يعد العقد من أهم الوسائل القانونية التي تربط الأفراد في معاملاتهم، مهما كانت طبيعة تلك المعاملات، إلا أنه في حقيقة الأمر وفي ظل مبدأ سلطان الإرادة، قد يمثل وسيلة قانونية للاستغلال مادام أنه -غالباً- يكون ثمرة التقاء مصالح الطرفين^(٦٨)، ومن ثم يتعين على المتفاوض إدراك كل البيانات والمعلومات لفائدة الطرف الآخر، والتي تكون موضوع التفاوض، وتتعلق بالعقد حتى تستتير إرادة المتعاقدين، وحتى تتسم مرحلة التفاوض بالشفافية^(٦٩).

وذهب بعض الفقه الفرنسي إلى القول إن: "العصر الحديث يكاد لا يعرف الطرف الضعيف أو المذعن من الناحية الاقتصادية، بقدر ما يعرف الطرف الضعيف من ناحية العلم والدراية"، بل ذهب رأي آخر إلى القول إن: "عدم التكافؤ بين طرفي العقد ليس اقتصادياً بقدر ما هو عدم تكافؤ في المعلومات المتصلة بالعقد"^(٧٠).

ولذلك وضع قانون العمل ليحقق التوازن بين صاحب العمل والعامل، ولحماية العامل على أساس أن العامل هو الطرف الضعيف في علاقة العمل الفردية، وإلا استطاع صاحب العمل (وهو في مركز اقتصادي أقوى من العامل) أن يفرض شروط العمل كما يشاء، وليس أمام العامل إلا أن يقبل هذه الشروط، وحتى يكون تدخل المُشرِّع لحماية العامل فعالاً لم يكن من وسيلة أمامه إلا جعل قواعد قانون العمل قواعد أمر لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، وإذا تصورنا أن قواعد قانون العمل مجرد قواعد

(٦٨) شادلي عبد الناصر: مرجع سابق، ص ١.

(٦٩) محمد حسين منصور: العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٦م، ص ٥٨.

(٧٠) عمر محمد عبد الباقي: مرجع سابق، ص ١٩٦.

مكملة؛ لأمكن لصاحب العمل أن يفرض على العامل اتفاقات مخالفة ومرهقة بالنسبة إلى العامل فتضيع الحماية التي قررها المُشرِّع له^(٧١).

ويقصد بالصفة الأمرة تراجع وإنحسار الفكرة التعاقدية بين العامل وصاحب العمل أمام التدخل التشريعي للدولة، وهدم مبدأ سلطان الإرادة، فالدولة تتدخل لتنظيم عقد العمل بقواعد أمرة تفرض عدم الإتفاق على مخالفتها^(٧٢)، ومن هذه القواعد يقع التزام على صاحب العمل بإعلام العامل بمخاطر مهنته، كي يحتاط العامل من هذه المخاطر، حتى لا تؤثر سلباً على حياته وصحته، ووضع المُشرِّع جزءاً في حالة مخالفة صاحب العمل لهذا الالتزام.

أولاً- التزام صاحب العمل بإعلام العامل بمخاطر مهنته:

الأصل هو عدم وجود التزام عام على أحد أطراف العقد بإعلام المتعاقد الآخر بالمعلومات التي يحتاجها، إذ إن العقد يقوم على المصالح المتعارضة بين طرفية، الأمر الذي يحتم على كل طرف أن يؤمن مصالحه الخاصة بوسائله الخاصة، وألا ينتظر تقديم العون من الطرف الآخر^(٧٣)، ومن مبررات ذلك أن الالتزام بالإعلام ليس له نظرية متكاملة وشاملة، ولكن هذا الالتزام يجد أساسه في المبادئ العامة للقانون وأولها مبدأ حسن النية في العقود.

فالأصل أنه لا يوجد التزام على صاحب العمل بإعلام العامل بمخاطر مهنته، ولكن يجب على العامل أن يقوم بتأمين مصالحه الخاصة بوسائله الخاصة، وألا ينتظر تقديم العون والمساعدة من صاحب العمل، وأن يبحث بنفسه عن ما يحيط مهنته من مخاطر قبل القدوم إلى التعاقد، فإن ارتضى العامل قبل التعاقد، وإن لم يرتضى

(٧١) السيد عيد نايل: شرح نظام العمل والتأمينات الإجتماعية في المملكة العربية السعودية، جامعة الملك سعود، ١٩٩٢م، ص ٢٠.

(٧٢) فاطمة محمد الرزاز: شرح قانون العمل الجديد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣م، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤م، ص ٣٦.

(٧٣) محمد المرسي زهرة: مرجع سابق، ص ١٧.

رفض التعاقد؛ إلا أن المُشرِّع أدرك أن ترك هذا الوضع إلى القواعد العامة يجعل العلاقة التعاقدية بين أطراف عقد العمل مختلة، ولا تقوم على رضا صحيح وإرادة خالية من العيوب، فتدخل المُشرِّع وفرض التزاماً على صاحب العمل بإعلام العامل بمخاطر مهنته، حتى يكون العامل على علم ودراية بما يحيط به من مخاطر ستؤثر سلباً على حياته أو صحته.

ولقد اجتهد كل من الفقه والقضاء في فرنسا لإلباس أداء هذا الإعلام ثوب الإيجاب، بحيث يلتزم بمقتضاه الطرف الأكثر خبرة والأوفر علماً بإمداد الطرف الآخر قبل أو أثناء إبرام العقد، بالمعلومات والبيانات المتعلقة بهذا العقد ومحلّه وشروطه اللازم توفرها لديه حتى يكون على بينه من أمره، ومن ثم يقبل على التعاقد في ظل رضا صحيح، وإرادة حرة وسليمة من العيوب المبطلّة لها^(٧٤).

ونظراً إلى الأسباب السابق ذكرها ألزم المُشرِّع المصري صاحب العمل وفقاً للمادة ٢١٧ من قانون العمل رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣م، وقبل مزاوله العمل، أن يحيط العامل بمخاطر مهنته، كما يلتزم بتوفير أدوات الوقاية الشخصية المناسبة، وتدريب العامل على استعمال تلك الوسائل من غير أن يتحمل العامل أي نفقات، فلا يجوز اقتطاع أي مبالغ من أجره نظير توفير وسائل الحماية، كما سلك نفس المسلك المُشرِّع العماني في قانون العمل الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٣م، فجاء في المادة ٨٧ ما نصه: "على كل صاحب عمل أو من يمثله أن يحيط العامل قبل استخدامه بمخاطر مهنته ووسائل الوقاية الواجب عليه اتخاذها، وأن يتخذ الاحتياطات اللازمة لحماية العمال أثناء العمل من الأضرار الصحية وأخطار العمل والآلات"، كما نص في نهاية المادة سالفة الذكر على أنه: "ولا يجوز لصاحب العمل أن يحمل العمال أو يقتطع من أجورهم أي مبلغ لقاء توفير هذه الحماية".

(٧٤) عمر محمد عبد الباقي: مرجع سابق، ص ١٨٧.

ومن ثم ألزم المُشرِّع المصري والمُشرِّع العماني صاحب العمل أو المنشأة التي يعمل بها العامل أن تحيطه بمخاطر مهنته، حتى يدرك العامل تلك المخاطر ووسائل الحماية منها، ويتخذ صاحب العمل أو المنشأة الاحتياطات اللازمة لحماية العامل من غير اقتطاع أي جزء من أجره نظير تلك الحماية، إلا أن المُشرِّع المصري في صلب المادة ٢١٧ ذكر أنه على المنشأة أن تحيط العامل بمخاطر مهنته "قبل مزاوله العمل"، كما أن المُشرِّع العماني نص في المادة ٨٧ على أن صاحب العمل يحيط العامل "قبل استخدامه"، وبالآتي يتضح أن إحاطة العامل بمخاطر مهنته قد تتم بعد التعاقد وقبل استلام عمله، وليس قبل التعاقد، مما يهدر الغرض منها.

فالالتزام بالإعلام في المرحله السابقة للعقد يخلق التوازن المعرفي بين أطراف العلاقة التعاقدية، لأنه من غير المتصور أن يكون العقد متوازناً من غير أن يكون الالتزام بالإعلام سابقاً للتعاقد، حتى تتكون لدى أطراف العقد إرادة حرة مستنيرة.

ثانياً- جزاء مخالفة الالتزام بإعلام العامل بمخاطر مهنته:

تتعرض المنشأة أو صاحب العمل المخالف لأحكام القانون لجزاء إداري وجنائى ومدنى، وهو ما سنعرضه مقارنة بين التشريع المصري والعماني.

١- الجزاء الإداري:

نص المُشرِّع المصري على جزاء إداري في حالة مخالفة المنشأة أو صاحب العمل لأحكام السلامة والصحة المهنية وتأمين بيئة العمل، ويعد الالتزام بإعلام العامل بمخاطر مهنته من الالتزامات والأحكام المنصوص عليها في الكتاب الخامس "السلامة والصحة المهنية وتأمين بيئة العمل"، فتعاقب المنشأة أو صاحب العمل في حالة مخالفة ذلك الالتزام "بإغلاق المنشأة كلياً، أو جزئياً، أو بإيقاف آلة أو أكثر حتى تزول أسباب الخطر، وينفذ القرار الصادر بالإغلاق أو بالإيقاف بالطرق الإدارية مع عدم الإخلال بحق العاملين في نقاضي أجورهم كاملة خلال فترة الإغلاق أو الإيقاف، وللجهة

الإدارية المختصة أن تقوم بإزالة أسباب الخطر بطريق التنفيذ المباشر على نفقة المنشأة^(٧٥).

أما المُشَرِّع العماني فنص على أن يكون الجزاء هو "غلق مكان العمل كلياً أو جزئياً أو إيقاف إدارة آلة أو أكثر حتى تزول أسباب الخطر، وللوزارة أن تطلب مساندة شرطة عمان السلطانية إذا لزم الأمر"^(٧٦).

ويتضح الفرق بين أحكام القانون المصري والعماني أن المُشَرِّع المصري جعل حق العاملين في تقاضي أجورهم كاملة خلال فترة الإغلاق أو الإيقاف، حفاظاً على دخل العامل، خاصة أن صاحب العمل هو السبب في الإغلاق أو الإيقاف، وجعل إزالة أسباب الخطر بطريق التنفيذ المباشر على نفقة المنشأة أو صاحب العمل، وهو ما لم ينص عليه المُشَرِّع العماني.

٢ - الجزاء الجنائي:

في حالة مخالفة المنشأة أو صاحب العمل لأحكام السلامة والصحة المهنية وتأمين بيئة العمل في القانون المصري بما فيها الالتزام بإعلام العامل بمخاطر مهنته، فإنه يتعرض لعقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر، وبغرامة لا تقل عن ألف جنيه، ولا تجاوز عشرة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين، وتكون عقوبتا الحبس والغرامة وجوبيتين، إذا ترتب على الجريمة الوفاة أو الإصابة الجسيمة، وتضاعف الغرامة في حالة العود، ويكون صاحب العمل أو من يمثله بالمنشأة مسؤولاً بالتضامن مع المحكوم عليه في الوفاء بالعقوبات المالية، إذا كانت الجريمة قد وقعت نتيجة إخلاله بأي من الواجبات التي يفرضها عليه قانون العمل^(٧٧).

أما القانون العماني فعاقب صاحب العمل المخالف لأحكام الباب السادس أو من يمثله، بالغرامة التي لا تقل عن مائة ريال عماني، ولا تزيد عن خمسمائة ريال عماني،

(٧٥) مادة ٢١٥ من قانون العمل المصري رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣م.

(٧٦) مادة ٩٠ من قانون العمل العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٣٥/٢٠٠٣م.

(٧٧) مادة ٢٥٦ من قانون العمل المصري رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣م.

وبالسجن مدة لا تزيد عن شهر، أو بإحدى هاتين العقوبتين، وتضاعف العقوبة عند تكرار المخالفة^(٧٨).

ومن ثم يتضح أن المُشرِّع العماني لم ينص على وجوبية العقوبتين في حالة الوفاة أو الإصابة الجسيمة، وذلك على خلاف المُشرِّع المصري.

٣- الجزاء المدني:

وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني إذا ترتب على مخالفة الالتزام بإعلام العامل بمخاطر مهنته ضرر، أي إذا توفرت شروط المسؤولية المدنية، تكون المنشأة أو صاحب العمل مسؤولاً عن تعويض العامل عن الأضرار الناجمة له.

فلا بد أن يتوفر الخطأ، والخطا الذي يقع في المرحلة السابقة للعقد ليس بالضرورة حسب الاجتهاد فيه الإضرار، وإنما يتعلق بالإخلال بواجب حسن النية في مرحلة تكوين العقد^(٧٩)، ويجب أن يكون الخطأ في هذه الحالة واضحاً، فيجب أن يكون صدر خطأ من صاحب العمل، وإخلال بواجب الالتزام بالإعلام، ويجب أن يكون هذا الخطأ والإخلال واضحاً.

كما يجب أن يتوافر الضرر سواء أكان ضرراً مادياً أصاب العامل في ذمته المالية، أم ضرراً معنوياً أصابه في شعوره أو اعتباره، كما يجب أن تتوافر علاقة سببية ما بين الخطأ والضرر ومعناها أن توجد علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول والضرر الذي أصاب المضرور، وآية ذلك أنها قد توجد ولا يوجد الخطأ^(٨٠)، وبناءً عليه يجب أن يكون الضرر الذي وقع على العامل بناءً على خطأ صاحب العمل المباشر.

(٧٨) مادة ١١٨ مكرر من قانون العمل العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠٠٣/٣٥ م.

(٧٩) عبد المنعم موسى إبراهيم: مرجع سابق، ص ٥٩.

(٨٠) عبد الرازق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، دار إحياء التراث

العربي، لبنان، ١٩٥٢م، ص ٨٧٢.

ولقد ذهب كثير من الفقهاء - حوالى سنة ١٨٨٣م - وفي مقدمتهم مارك سوزيه وسانكتليت إلى أن رب العمل قد قبل ضمناً في كل عقد، الالتزام بأن يحافظ على سلامة العامل في قيامه بعمله، فما يصيب العامل من ضرر في هذا العمل، فإن مسؤولية رب العمل تقوم على أساس المسؤولية العقدية ويلزم بالتعويض، ولم يكن لهذا الرأي من سند في القانون، إذا لم يقصد المتعاقدان أن يتضمن عقدهما هذا الالتزام بكفالة السلامة. وإنما هي وسيلة تلمسها الفقه في سحاء لتعويض العامل المصاب الذى يتعذر عليه غالباً إثبات خطأ رب العمل، فكان ذلك على حساب مضمون عقد العمل، وفي مصر استقر الوضع بعد صدور قانون ٧٩ لسنة ١٩٧٥م، باعتبار مسؤولية رب العمل عما يصيب العامل مبناها تحمل التبعة، وكان القضاء يذهب إلى تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية في هذه الحالة، وليس المسؤولية العقدية، إذا لم يفترض التزام رب العمل بضمان سلامة العامل^(٨١).

وفي هذا يمكن القول إن: "التزام رب العمل بتعويض العامل طبقاً لأحكام قانون إصابات العمل لا يمنع من التزامه بالتعويض عن الحادث طبقاً لأحكام القانون المدني، إذا وقع بسبب خطئه الجسيم، وإذا تبين من الحكم المطعون فيه أنه استنزل من جملة التعويض الذى يستحقه المطعون عليهما عن جميع الأضرار التى لحقتهما المبلغ المقضى به في الدعوى رقم ٢١١٥ لسنة ١٩٥٨م عمال كلى القاهرة، فإن النعى عليه بمخالفة القانون أو القصور في التسبب يكون على غير أساس"^(٨٢).

(٨١) حسين عامر ، عبد الرحيم عامر: المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، الطبعة الثانية، دار المعارف، القاهرة، ١٩٧٩م، ص ٨٧.

(٨٢) طعن رقم ٢٥٢ لسنة ٣٧ ق - جلسة ٣١ / ١٢ / ١٩٧٤م - مكتب فنى ٢٥ - جزء ٢ - ص ١٥١٩، مشار إليه في: "قانون العمل معلقاً عليه بأحدث أحكام محكمة النقض"، نقابة المحامين بمصر، ٢٠١٠م، ص ١٣٢.

الخاتمة

ختاماً، يتضح لنا من العرض السابق، أهمية الالتزام بالإعلام في جميع العقود بصفة عامة، وعقد العمل بصفة خاصة، وتتجلى أهميته للعمال الذين يعملون في ظروف خطيرة أو صعبة، نظراً لما يتعرضون له من مخاطر مهنية، ولوجود ارتباط بين مهنتهم واصابتهم أو وفاتهم، فاللتزام المنشأة أو صاحب العمل بإعلام العامل بمخاطر مهنته، يعد من أهم الالتزامات التي تقع على المنشأة أو صاحب العمل، لتأثير هذا على إرادة العامل في قبول العقد أو رفضه، كما إذا علم العامل بالمخاطر التي تحيط بمهنته، فإنه سيتخذ الاحتياطات اللازمة، والتي من شأنها توقي الإصابة بحوادث العمل أو الأمراض المهنية.

وتختلف المخاطر المهنية من مهنة إلى أخرى فهناك مهن بها مخاطر فيزيائية، ميكانيكية، بيولوجية، كيميائية، مخاطر سلبية، مخاطر الحريق، أو كوارث عامة، وهناك مهن تجمع بين نوعين أو أكثر من هذه المخاطر، فيجب على المنشأة أو صاحب العمل إعلام العامل بجميع المخاطر التي تحيط بمهنته كتابة، كما يجب تعليق المعلومات الخاصة بالمخاطر المهنية في أماكن ظاهرة في العمل، حتى يتحقق الإعلام الفردي والجماعي، كما يجب توفير أدوات الوقاية والحماية من هذه المخاطر، وتدريب العامل على استعمالها، ويلتزم العامل باستعمال أدوات الوقاية والحماية؛ للمحافظة على صحته وحمايته من حوادث العمل والأمراض المهنية.

ويمتنع عن العامل ارتكاب أي فعل لمنع تنفيذ تعليمات الوقاية والحماية، كما يمتنع عن العامل إساءة استعمال أو تغيير أو إلحاق ضرر أو تلف بوسائل الحماية والوقاية الموضوعة في العمل لحماية وسلامة جميع العاملين بالمنشأة، فإذا قام صاحب العمل بإعلام العامل قبل التعاقد بمخاطر مهنته، وقام بتوفير وتدريب العامل على استخدام وسائل الحماية والوقاية، فإنه يعد قد قام بالالتزام، ولا يتعرض لأي جزاء، أما إذا خالف صاحب العمل هذا الالتزام تعرض للجزاء الإداري والجنائي والمدني، ومما سبق أشير إلى النتائج المستفادة من هذا البحث، ثم التوصيات التي أوصى بها.

أولاً- النتائج:

١. يوجد ارتباط بين مزاوله مهن معينة واعتلال الحالة الصحية للعاملين بتلك المهن نتيجة لما يتعرض له العمال في هذه المنشآت من مخاطر.
٢. وضع قانون العمل ليحقق التوازن بين صاحب العمل والعامل على أساس أن العامل هو الطرف الضعيف في علاقة العمل الفردية.
٣. وضعت قواعد قانون العمل كقواعد أمره لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، لحماية العامل حماية فاعلة.
٤. الأصل هو عدم وجود التزام عام على أحد طرفي العقد بإعلام المتعاقد الآخر بالمعلومات والبيانات الخاصة بالتعاقد؛ لأن العقد يقوم على المصالح المتعارضة بين طرفيه.
٥. أغلب المخاطر التي يتعرض لها العمال هي مخاطر متوقعة مما يوجب على صاحب العمل اتخاذ الاحتياطات الكافية لحماية العمال من تلك المخاطر.
٦. تقع مسؤولية تحقيق وتنفيذ مهام السلامة والصحة المهنية على عاتق الحكومات، وأصحاب العمل، والنقابات.
٧. تتنوع المخاطر المهنية إلى عدة أنواع، إلا أنها تتفق في خطورتها وتأثيرها السلبي على صحة وحياة العامل.
٨. يحتل الالتزام بالإعلام قبل أو أثناء التعاقد مكانة عظمى في العقود كافة.
٩. الالتزام بالإعلام التزام وقائي، لأنه يسبق مرحلة إبرام العقد ويشكل درعاً واقياً من مخاطر المستقبل التي تهدد العقود.
١٠. أدرك المُشرِّع المصري والعماني أهمية الالتزام بإعلام العامل بالمخاطر المهنية، لذلك ألزم صاحب العمل بإحاطة العامل بها.
١١. يوجد جزء إداري، وجنائي في حالة مخالفة صاحب العمل لهذا الالتزام، كما إذا توافرت شروط المسؤولية المدنية، تكون المنشأة أو صاحب العمل مسؤولاً عن تعويض العامل عن الأضرار الناجمة له.

ثانياً- التوصيات:

١. يجب أن يتعامل العامل مع المخاطر المهنية تعاملًا إيجابيًا، فيجب أن يكون على بينه كافية من هذه المخاطر.
٢. يجب رفع وعي العمال بالأمر المتعلقة بسلامتهم، وسلامة المعدات؛ لأن ذلك يزيد من ضمان سلامة العمال وسلامة زملائهم، فينعكس ذلك بشكل إيجابي على زيادة الإنتاج ويحافظ على استمراريته.
٣. يجب إعلام العامل بمخاطر مهنته بوسيلتين: الأولى كتابة، والثانية من خلال التعليمات التي تعلق في أماكن العمل.
٤. يجب أن يكون رضا الأطراف في عقد العمل حراً ومستتيراً على نحو كاف، كما يجب إعمال مبدأ حسن النية في مجال عقود العمل، نظراً لما تتميز به من علاقات ذات طابع شخصي.
٥. يجب أن يكون الالتزام بالإعلام إجبارياً وسابقاً على التعاقد في عقود العمل.
٦. يجب أن يكون المتفاوض في عقد العمل مدركاً لكل البيانات والمعلومات لفائدة الطرف الآخر، والتي تكون موضوع التفاوض، وتتعلق بالعقد حتى تستتير إرادة المتعاقدين، وتتسم مرحلة التفاوض بالشفافية.
٧. يجب أن ينص المُشرِّع المصري والعماني صراحة على وجوب هذا الالتزام قبل التعاقد، حتى يقوم بدوره في إنارة وعي ورضا العامل قبل التعاقد.
٨. يجب على المُشرِّع العماني أن ينص على جعل حق العاملين في تقاضي أجورهم كاملة خلال فترة الإغلاق أو الإيقاف، وجعل إزالة أسباب الخطر بطريق التنفيذ المباشر على نفقة المنشأة أو صاحب العمل، كما نص على ذلك المُشرِّع المصري.
٩. يجب على المُشرِّع العماني أن ينص على وجوبية عقوبتي الغرامة والسجن في حالة الوفاة أو الإصابة الجسيمة للعامل.



المراجع

أولاً- الكتب والأبحاث:

- (١) أحمد حسن البرعى: الوسيط في شرح القانون الاجتماعي، دار النهضة العربية، ١٩٨٨م.
- (٢) السيد رمضان: حوادث الصناعة والأمن الصناعي، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، ١٩٨٤م.
- (٣) السيد عيد نايل: قانون العمل الجديد وحماية العمال من مخاطر البيئة رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣م، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤م.
- (٤) السيد عيد نايل: شرح نظام العمل والتأمينات الاجتماعية في المملكة العربية السعودية، جامعة الملك سعود، ١٩٩٢م.
- (٥) بشير هدفي: الوجيز في شرح قانون العمل "علاقات العمل الفردية والجماعية"، دار الريحانة للكتاب، جسر للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، ٢٠٠٣م.
- (٦) بودالى محمد: حماية المستهلك في القانون المقارن "دراسة مقارنة"، دار الكتاب، الجزائر، ٢٠٠٦م.
- (٧) توفيق حسن فرج: قانون العمل في القانون اللبناني والقانون المصري الجديد، الدار الجامعية، ١٩٨٦م.
- (٨) حسن عبد الرحمن قدوس: التعويض عن إصابة العمل بين مبادئ المسؤولية المدنية والتأمين الاجتماعي، الطبعة الأولى، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٧م.
- (٩) حسين عامر، عبد الرحيم عامر: المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، الطبعة الثانية، دار المعارف، القاهرة، ١٩٧٩م.

- ١٠) خالد جمال أحمد: الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨م.
- ١١) خالد جمال أحمد: مدى حق المريض في قبول أو رفض العمل الطبي وإشكالاته العملية التي يثيرها، كلية الحقوق جامعة أسيوط، ٢٠١٥م .
- ١٢) دليل المبادئ الأساسية للسلامة والصحة المهنية في بيئة العمل: منظمة العمل الدولية، الطبعة الأولى باللغة العربية، جمهورية مصر العربية، ٢٠١٦م.
- ١٣) رمضان جمال كامل: موسوعة التأمينات الاجتماعية، دار الألفي، المنيا، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م.
- ١٤) سلامة عبد التواب عبد الحليم: حماية البيئة في قانون العمل، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩م.
- ١٥) سهير منتصر: الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، ١٩٩٠م.
- ١٦) عبد الحميد بلال: التزامات أصحاب المنشآت والعمال في ظل قانون العمل الجديد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣م واللائحة النموذجية للجزاءات والنظام الداخلي، مطبعة النسر الذهبي، القاهرة، ٢٠٠٣م.
- ١٧) عبد الرازق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ١٩٥٢م.
- ١٨) عبد المحسن أبو الليف: الأمن الصناعي، محاضرات بأكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، ١٤١٧هـ .
- ١٩) عبد المنعم موسى إبراهيم: حسن النية في العقود، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٦م.
- ٢٠) عمر محمد عبد الباقي: الحماية العقدية للمستهلك، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤م.

- ٢١) فاطمة محمد الرزاز: حماية بيئة العمل وتأمين سلامة العامل في مصر وفقا لأحكام القانون ١٢ لسنة ٢٠٠٣م، مستخرج من مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، العدد العشرون، مطبعة كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٤م.
- ٢٢) فاطمة محمد الرزاز: شرح قاون العمل الجديد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣م، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤م.
- ٢٣) قانون العمل معلقاً عليه بأحدث أحكام محكمة النقض: نقابة المحامين بمصر، ٢٠١٠م.
- ٢٤) مجدى عبدالله شرارة: السلامة والصحة المهنية وتأمين بيئة العمل، مؤسسة فريدريش إيبيرت - مكتب مصر، ٢٠١٦م.
- ٢٥) محمد إبراهيم الدسوقي: الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار إيهاب، أسيوط، مصر، ١٩٨٥م.
- ٢٦) محمد المرسي زهرة: الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧م.
- ٢٧) محمد حسين منصور: العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٦م.
- ٢٨) محمد حسين منصور: قانون التأمين الاجتماعي، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦م.
- ٢٩) نزيه محمد الصادق المهدي: الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود "دراسة فقهية قضائية مقارنة"، دار النهضة العربية، ١٩٨٢م.
- ٣٠) يوسف إلياس: الوجيز في شرح قانون العمل رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧م، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، هيئة المعاهد الفنية، معهد الإدارة، الرصافة، العراق، ١٩٨٩م.

ثانياً- رسائل الدكتوراه والماجستير:

- ١) سكيل رقية: الحماية القانونية للعامل في مجال الوقاية الصحية والأمن، رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١٦م.
- ٢) سلطان بن ناعم بن سلطان العمري: ضمانات الوفاء بحقوق العمال في الفقه الإسلامي ونظام العمل السعودي "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية الشريعة وأصول الدين، جامعة الملك خالد، المملكة العربية السعودية، ٢٠١٠م.
- ٣) شادلى عبد الناصر: مبدأ حسن النية في العقد طبقاً لقواعد القانون المدني، رسالة ماجستير، جامعة الطاهر مولاي - سعيدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٦م.
- ٤) شكورة محمد: حسن النية في قانون العقارات المحفظة والقانون الخاص بالمنقول في التشريع المغربي، رسالة دبلوم دراسات عليا، كلية الحقوق، الرباط، ١٩٨٦م.

ثالثاً- التشريعات واللوائح والقرارات:

- ١) قانون العمل العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٣٥/٢٠٠٣م.
- ٢) قانون العمل المصري رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣م.
- ٣) اللائحة التنظيمية لتدابير السلامة والصحة المهنية في المنشآت الخاضعة لقانون العمل الصادرة بالقرار الوزاري رقم ٢٨٦/٢٠٠٨م.









المعهد القضائي
HIGHER JUDICIAL INSTITUTE

Journal Of Jurisprudence And Legal Studies

Specialized & Refereed Scientific Journal (Quarterly)
Issued by the Higher Judicial Institute
Sultanate of Oman

In This Issue:

- **Judicial Oversight over the Commercial Arbitration Award in Omani Law**
Dr. Hilal Mohammed Sulaiman AL Alawi
- **A Critical Reading of the Law Governing the Practice of Medical Professions and Allied Medical Professions Promulgated by Royal Decree 75 / 2019**
Dr. Nasser Hammad Helal Al-Azri
- **DNA and Its Authentic in Criminal Evidence**
Dr. Abdulbaset Mohammed Saif Al-Hakimi
- **Legislative Policy on State Compensation for the Victim (A Comparative Study)**
Dr. Dalia Kadry Ahmed Abdelaziz
- **Provisions for Splitting the Premium in the Insurance Contract Upon Expiry of the Contract by Termination or Nullity in the Jordanian Law**
Dr. Yousef Ahmad Mahmoud Nawafleh
- **The Obligation to Inform the Worker of the Risks of His Profession**
Mahmoud Mohie El-dien Sadek Bakry