



المعهد العالي للقضاء
HIGHER JUDICIAL INSTITUTE

مجلة الدراسات الفقهية والقانونية

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

ففيه هذا العدد:

- **الطعن بالاستئناف والنقض فيه قضايا الأحداث وفقاً للقانون العماني فيه ضوء الفقه الإسلامي والقانون الدولي**
القاضي الدكتور/ بدر بن خميس بن سعيد اليزيدي
- **القيمة القانونية لإجراءات التحقيق الأولي (دراسة مقارنة في القانون اللبناني والعماني)**
الدكتور/ عاصم شكيب علي صعب
- **البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي**
الدكتور/ أسامه عطية محمد عبد العال
- **اعتماد عقوبة العمل للنفع العام في الجزائر (نحو إرساء سياسة عقابية جديدة)**
الدكتورة/ مونة حواس أحمد مقلاتي - الدكتورة/ راضية السعيد زيدان مشرم
- **مظاهر حماية الطفل المحضون في الاتفاقيات الدولية وقانوني الطفل والأحوال الشخصية العمانيين**
الدكتور/ صالح بن سعيد بن خلفان المعمرمي - فهد بن يوسف بن سيف الأغبرمي
- **مسئولية الدولة عن أعمال السلطات العامة (دراسة مقارنة بين سلطنة عُمان ومصر)**
الدكتور/ محمد بن عبد الله بن سعيد الجهوري
- **حماية النظام القضائي للأراضي المحتلة فيه ضوء قواعد القانون الدولي الإنساني**
الدكتور/ عيسى حميد زويد العنزي - الدكتورة/ ندى يوسف محمد الدايج
- **دور الادعاء العام في منازعات الحياة**
سالم بن جمعة بن سالم البلوشي



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 : (00968) 25432601
فاكس : (00968) 25431127

الموقع الإلكتروني للمعهد:

www.hji.edu.om

ISSN

Print: 2706-882X
Online: 2789-3294

رئيس هيئة التحرير

الدكتور / نيهان بن راشد المعولي
عميد المعهد العالي للقضاء

مدير التحرير

الدكتور / أيمن مصطفى البقلي

هيئة التحرير

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

منسق التحرير

الدكتور/ يوسف بن خليفة الحراسي

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 أو (الباحثين)، وجهة عمل الباحث أو (الباحثين) باللغتين العربية والإنجليزية.
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 مرتبة 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)، وبحد 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، وبسلسلة 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. تخضع البحوث الواردة إلى المجلة لفحص نسبة الاقتباس العلمي فيها، والتي يجب ألا تتجاوز (15%)، بحيث لا يقبل البحث إذا تجاوز الاقتباس هذه النسبة.
5. 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 محكمين اثنين له، يكونان من ذوي الاختصاص بموضوع البحث.
6. تعامل البحوث الواردة إلى المجلة مع تقارير المحكمين المتعلقة بها بسرية تامة.
7. يرسل مدير التحرير إلى الباحث صورة من تقرير المحكمين مشفوعة بإشعار موجه إليه من رئيس التحرير بإجراء التعديلات المطلوبة على البحث إن وجد، وذلك طبقاً لما ورد في التقريرين، على أن يتضمن الإشعار تحديد مدة للباحث لتنفيذ هذه التعديلات لا تتجاوز شهراً من تاريخ استلامه للخطاب.
8. 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.
9. يحيل رئيس التحرير نسخة البحث بعد التعديلات التي أجراها الباحث إلى لجنة النشر العلمي، مشفوعة بصورة من تقرير الباحث، وصورة من تقرير المحكمين؛ للتأكد من إجراء الباحث للتعديلات المطلوبة كاملة، فإذا تيقنت اللجنة من ذلك، أحالت البحث إلى رئيس التحرير تمهيداً للقيام بإجراءات الطباعة والإصدار.
10. يتولى مدير التحرير مراسلة الباحث بإشعار موجه إليه من رئيس التحرير يفيد قبول البحث للنشر أو عدم قبوله، وذلك بناء على قرار لجنة النشر العلمي.
11. إذا قُبل البحث للنشر، يحصل الباحث على إفادة معتمدة من المجلة بقبول البحث للنشر، ترسل له عبر البريد الإلكتروني.
12. يزود الباحث بنسخة ورقية واحدة من عدد المجلة المنشور فيه بحثه، إضافة إلى مستلة من بحثه ترسل له عبر البريد الإلكتروني.
13. البحث المنشور في المجلة لا يجوز إعادة نشره في أي مجلة أخرى، أو في أي مؤتمر علمي.
14. 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	الطعن بالاستئناف والنقض في قضايا الأحداث وفقاً للقانون العماني في ضوء الفقه الإسلامي والقانون الدولي القاضي الدكتور / بدر بن خميس بن سعيد اليزيدي
38	القيمة القانونية لإجراءات التحقيق الأولي (دراسة مقارنة في القانون اللبناني والعماني) الدكتور / عاصم شبيب علي صعب
78	البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي الدكتور / أسامه عطية محمد عبد العال
132	اعتماد عقوبة العمل للنفع العام في الجزائر (نحو إرساء سياسة عقابية جديدة) الدكتورة / مونة حواس أحمد مقلاتي - الدكتورة / راضية السعيد زيدان مشري
178	مظاهر حماية الطفل المحضون في الاتفاقيات الدولية وقانوني الطفل والأحوال الشخصية العمانيين الدكتور / صالح بن سعيد بن خلفان المعمرى - فهد بن يوسف بن سيف الأغبري
214	مسئولية الدولة عن أعمال السلطات العامة (دراسة مقارنة بين سلطنة عُمان ومصر) الدكتور / محمد بن عبد الله بن سعيد الجهوري
258	حماية النظام القضائي للأراضي المحتلة في ضوء قواعد القانون الدولي الإنساني الدكتور / عيسى حميد زويد العنزي - الدكتورة / ندى يوسف محمد الدعيح
294	دور الادعاء العام في منازعات الحياة سالم بن جمعة بن سالم البلوشي

* 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 بنعمته تتم الصالحات، نحمده تبارك وتعالى حمداً يليق بجلال الذات
وكمال الصفات، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين، والمبعوث رحمة للعالمين،
سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

القراء الأعزاء:

من أهم الأهداف التي يسعى إليها البحث العلمي في المجال القانوني مواجهة ما يطرأ على
الساحة القانونية من مشكلات، حيث تُعد هذه المشكلات مصدراً ملهماً للباحثين القانونيين
لاختيار موضوعات بحوثهم العلمية، بحسب ما يراه كل باحث، وفي إطار حرية البحث
العلمي المكفولة للجميع، فتأتي هذه البحوث بحلول مبتكرة لهذه المشكلات تكون ثمرة
اجتهاد الباحث، وخلاصة ما توصل إليه من خلال بحثه.

ولا شك أن ابتكار الحلول المناسبة لما يطرأ على المجتمع من مشكلات قانونية، والتنبيؤ بما
يمكن أن يستجد مستقبلاً من هذه المشكلات، والعمل على إيجاد حلول لها عن طريق
البحث العلمي؛ فهو من الأمور المهمة التي تعود بالنفع على أفراد المجتمع، بما يسهل لهم
معيشتهم، ويكفل للمجتمع أمنه واستقراره.

وفي هذا العدد، لدينا ثمانية بحوث علمية تناقش بعض المشكلات والمسائل في فروع القانون
المختلفة، أعدها أساتذة وباحثين أجلاء، نوجه لهم جزيل الشكر والتقدير على مساهمتهم
في إثراء البحث العلمي، وخدمة المكتبة العُمانية والعربية، بما قدموه من بحوث قيمة
شملها هذا العدد.

والله الموفق والمستعان،،،

د. نبهان بن راشد المعولي

رئيس هيئة التحرير

عميد المعهد العالي للقضاء



الطعن بالاستئناف والنقض في قضايا الأحداث وفقاً للقانون العماني في ضوء الفقه الإسلامي والقانون الدولي

القاضي الدكتور/ بدر بن خميس بن سعيد اليزيدي *

المخلص:

يتناول البحث موضوع الطعن بالاستئناف، والنقض أمام المحكمة العليا وفقاً لما رسمه القانون العماني على ضوء أحكام الفقه الإسلامي والقانون الدولي، وتهدف الدراسة إلى عرض أحكام الطعن بالاستئناف، والنقض عند مساءلة الحدث الجانح وفقاً لما رسمه القانون العماني مع مقارنته بأحكام الفقه الإسلامي، والقانون الدولي وتكمن أهمية الدراسة في كونها تكشف أحكام الطعن بالاستئناف والنقض بعدها أحد أهم وسائل الحماية الجنائية المقررة عند مساءلة الحدث الجانح لغاية الوصول إلى حكم عادل، يتضمن أقصى درجات الإنصاف، ويحقق إصلاح الحدث الجانح وتقويمه، وتتمحور إشكالية الدراسة حول بيان مدى تحقيق نظامي الطعن بالاستئناف، والنقض وفقاً لما قرره التشريع العماني لمحاكمة عادلة للحدث الجانح، تراعي ضعفه الجسماني وقصوره الإدراكي في سن يحتاج معه إلى المعاملة الإصلاحية أكثر من المعاملة العقابية، وبيان مدى ملامسة هذه القواعد القانونية للأحكام التي قررها الفقه الإسلامي والقانون الدولي، وتقوم الدراسة على عدة مناهج بحثية أهمها: (المنهج التحليلي، والمنهج الاستقرائي، والمنهج المقارن) والبحث في الموضوع استدعي تقسيم الدراسة إلى ثلاثة مطالب، تناول الأول منها أحكام الطعن بالاستئناف وفقاً لما قرره المشرع العماني، وتناول المطالب الثاني أحكام الطعن بالنقض في القانون العماني، وتناول المطالب الثالث أحكام الطعن بالاستئناف والنقض على ضوء أحكام الفقه الإسلامي والقانون الدولي، وقد خلصت الدراسة إلى نتيجة حاصلها أن المشرع العماني احتكم إلى ذات القواعد الإجرائية العامة التي قررها في نظامي الطعن بالاستئناف والنقض الأمر الذي أوجد جدلاً في معالجة بعض المسائل القانونية؛ نظراً إلى خصوصية معاملة الحدث الجانح وهو ما يستدعي التدخل بإجراء بعض التعديلات التشريعية على نحو ما اقترحه الباحث.

الكلمات المفتاحية: الاستئناف - النقض - الحدث الجانح - القانون العماني - الفقه الإسلامي - القانون الدولي.

* قاضي محكمة استئناف - مجلس الشؤون الإدارية للقضاء.



Appeal of the Primary Court Award and Cassation in Juvenile Cases in Accordance with Omani Law in the Light of Islamic Jurisprudence and International Law

Judge Dr. Badr Khamis Said Alyazidi*

Abstract:

The research deals with the issue of appeal and cassation before the Supreme Court in accordance with the Omani laws in the light of the provisions of Islamic law and international law. The purpose of the study is to present the provisions of the appeal and cassation against the juvenile delinquent in accordance with the Omani law as compared to the provisions of Islamic law and international law. The importance of the study lies in the fact that it reveals the appeal and cassation as one of the most important means of criminal protection that is established when the juvenile delinquent is held accountable until reaching a fair ruling that includes the maximum fairness and achieves the reform and rectification of the juvenile delinquent. The problem of the study is to explain the extent to which the two systems have been challenged in accordance with the Omani legislation to try a fair trial of juvenile delinquent who takes into account his physical weakness and cognitive shortcomings at an age where he needs more corrective treatment than punitive treatment and the extent to which these legal rules are in accordance with Islamic jurisprudence and international law. The study is based on several research approaches, the most important of which is the analytical approach, the inductive method and the comparative approach. The study requires a classification into three inquiries, the first dealt with the provisions of the appeal in accordance with the decision of the Omani legislator, the second dealt with the provisions of the cassation before the Supreme Court in Omani law, and the third dealt with the provisions of appeal and cassation before the Supreme Court in light of the provisions of Islamic jurisprudence and international law. The study concluded that the Omani law had the same general rules of procedure as he had decided in the appeal and cassation systems, which led to controversy in the treatment of some legal issues due to the specific treatment of juvenile delinquent, which necessitates interference with some legislative amendments as suggested by the researcher.

Keywords: Appeal – Cassation - Juvenile Delinquent - Omani Law - Islamic Law - International Law.

* Court of Appeal Judge, Council of Administrative Affairs for the Judiciary.

المقدمة

من الحقوق الأساسية التي قررتها القواعد الإجرائية حق المحكوم عليه في الطعن على القرار الصادر ضده أمام محكمة أعلى تراقب صحة الحكم أو القرار المتخذ، فهي ضمانة أساسية من ضمانات العدالة وحقوق الإنسان لا يمكن إغفالها. وقد تتعدد طرق الطعن في الأحكام الصادرة عن محكمة الأحداث وتحتكم في ذلك إلى القواعد الإجرائية العامة ذاتها التي تنظّم طرق الطعن في الأحكام الجزائية مع بعض الخصوصية التي تقتضيها طبيعة قضاء الأحداث، ويقسم فقهاء القانون طرق الطعن إلى قسمين:

القسم الأول: الطريق العادي للطعن: وهو من شأنه طرح الدعوى مرة أخرى على محكمة الموضوع، ويكون بالمعارضة والاستئناف.

القسم الثاني: الطريق غير العادي للطعن: وهو لا يطرح الدعوى مرة أخرى وإنما يكون على صورة خاصة، ويكون بالنقض وإعادة النظر.

وفي هذا البحث سوف نسلط الضوء على الطعن بالاستئناف والنقض على اعتبار أنهما سلسلة متصلة في سير الدعوى الجزائية للحدث الجانح، حيث تبدأ الدعوى غالباً من الدرجة الأولى في المحكمة الابتدائية، ثم تنتقل إلى الدرجة الثانية أمام محكمة الاستئناف، ثم يتم الطعن أمام المحكمة العليا؛ كونها محكمة قانون تتربع على سلم الهرم القضائي.

وتكمن إشكالية الدراسة في أن المشرّع العماني لم يضع قواعد قانونية خاصة لأحداث الجانحين لأجل الطعن بالاستئناف والنقض، وإنما أحالها إلى القواعد العامة الواردة في قانون الإجراءات الجزائية مما أثار جدلاً في عدد من المسائل منها: تحديد الأحكام التي يصح فيها الطعن بالاستئناف والنقض؛ نظراً إلى طبيعة العقوبات والتدابير الخاصة التي تصدر ضد الحدث الجانح، وكذلك تحديد الأطراف الذين يصح منهم تقديم الطعن بالاستئناف والنقض، وهذا البحث يسلط الضوء على هذه المسائل ويوجد لها المعالجات المناسبة، كما يضع مقارنة بين الأحكام التي

قررها المشرع العماني، وما قررته أحكام الفقه الإسلامي، وقواعد القانون الدولي في مجال الطعن على الأحكام القضائية بالاستئناف والنقض.

وتقوم الدراسة على جملة مناهج بحثية أهمها: (المنهج الاستقرائي، والمنهج التحليلي، والمنهج المقارن) وقد اقتضت الدراسة تقسيم البحث إلى ثلاثة مطالب على النحو الآتي:

المطلب الأول: الطعن بالاستئناف في قضايا الأحداث في القانون العماني.

المطلب الثاني: الطعن بالنقض في قضايا الأحداث في القانون العماني.

المطلب الثالث: الطعن بالاستئناف والنقض في الفقه الإسلامي والقانون الدولي.

المطلب الأول

الطعن بالاستئناف في قضايا الأحداث في القانون العماني

في هذا المطلب سوف تتناول الدراسة بحث أحكام الاستئناف في قضايا الأحداث من خلال بيان مفهوم الطعن بالاستئناف، والأحكام التي يصح فيها ومواعيدها، وإيضاح الآثار المترتبة على الاستئناف من خلال الفرعين القادمين:

الفرع الأول

مفهوم الطعن بالاستئناف وآثاره والأحكام التي يصح فيها ومواعيدها

أولاً- مفهوم الطعن بالاستئناف والآثار المترتبة عليه:

الاستئناف طريق عادي للطعن، يهدف الطاعن من خلاله إلى طرح الدعوى مرة أخرى على محكمة ثاني درجة؛ لمراجعة إجراءات المحاكمة، والحكم لدفع ما

يكون قد اعتراه من خطأ في القانون أو خطأ في موضوع الحكم، وهو طريق إصلاح وتغيير، يحقق مبدأ النفاضي على درجتين^(١).

ويظهر من هذا، أن وظيفة محكمة الاستئناف ليست مقصورةً على مراقبة الحكم الابتدائي من حيث سلامته من العيوب الشكلية وصحة تطبيق القانون فحسب، وإنما يترتب على رفع الاستئناف نقل موضوع الدعوى الجزائية إلى محكمة الاستئناف، وإعادة طرحها عليها لتقول كلمتها فيها بقضاء يواجه عناصر النزاع الواقعية والقانونية على السواء؛ كونها محكمة موضوع، فلها أن تحكم ببراءة المتهم في حالة إدانته من محكمة أول درجة، أو أن تلغي البراءة استناداً إلى استئناف الادعاء العام، وتقضي بالإدانة، وإذا رأت أن الحكم الابتدائي أخطأ في تطبيق القانون، فإنها لا تقف عند تقرير الخطأ القانوني، بل ينبغي عليها أن تمضي في نظر الدعوى الجزائية وتتصدى للفصل فيها بحكم جديد تراعي في إصداره الأوضاع الصحيحة التي يتطلبها القانون^(٢).

ووفقاً للتشريع العماني، يكون الطعن بالاستئناف في الأحكام الصادرة من محكمة الأحداث أو المحكمة الجزائية للبالغين بأول درجة قاصراً على الجرح والمخالفات فحسب، فتتظرها دائرة استئنافية خاصة بالأحداث في محكمة ثاني درجة تعيد طرح الموضوع من جديد على بساط البحث، أما قضايا الجنايات فتحال ابتداءً إلى الدائرة المذكورة بمحكمة الاستئناف ذاتها؛ بوصفها محكمة جنايات، وعليه لا يكون هناك مجال للطعن فيها بالاستئناف، وإنما يتم الطعن فيها أمام المحكمة العليا.

(١) ربيع، حسن محمد، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، (القاهرة: بدون دار نشر، ط١، ٢٠٠١م)، الكتاب الثاني، ص ٣٦٣.

(٢) مبدأ رقم (٢/٢٦) في الطعن رقم (٢٠٠٤/٤٠٩م) جزائي عليا جلسة الثلاثاء ٢٠٠٥/٢/١م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، في الفترة من ٢٠٠٥/١/١ وحتى ٢٠٠٥/١٢/٣٠م، السنة القضائية الخامسة، ص ١١٨.

ويترتب على الاستئناف إعادة نظر الدعوى برمتها، وطرحها من جديد أمام المحكمة الاستئنافية، ولها بعد ذلك أن تؤيد الحكم المستأنف، أو تلغيه، أو تعدله، فإن كان الاستئناف مرفوعاً من الادعاء العام سواء ضد المحكوم عليه أم لمصلحته فلا يجوز للمحكمة تشديد العقوبة المحكوم بها، ولا إلغاء الحكم الصادر بالبراءة إلا بإجماع آراء قضاة المحكمة، أما إذا كان الاستئناف مرفوعاً من المحكوم عليه، فليس للمحكمة إلا أن تؤيد الحكم، أو تلغيه، أو تعدله لمصلحة المستأنف^(٣).

ويكون الحكم الصادر على الحدث بتدابير الرعاية والإصلاح واجب التنفيذ حتى إن تم الطعن في الحكم؛ إذ لا يترتب على الطعن وقف تنفيذ الحكم، وذلك حسب ما نصت عليه صراحة المادة (٤٢) من قانون مساءلة الأحداث العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٣٠ لسنة ٢٠٠٨م).

ثانياً- الأحكام التي يصح فيها الطعن بالاستئناف:

لم يحدد قانون مساءلة الأحداث العماني أحكاماً معيّنة للاستئناف سوى إشارة غير صريحة في المادة (٤٢) على نحو ما سيأتي بيانه، وهو نص غير صريح في إفادة الطعن على الأحكام بالاستئناف، وعليه فإنه يرجع في ذلك إلى القواعد العامة الواردة في قانون الإجراءات الجزائية استناداً إلى المادة (٩) من قانون مساءلة الأحداث العماني، وقد جعلت القواعد العامة الاستئناف محصوراً للأحكام الصادرة في الجنب والمخالفات المحكوم فيها بعقوبة السجن سواء أكان الحكم حضورياً، أو غيابياً، أو صادراً في المعارضة في حكم غيابي^(٤).

ولأن الأحكام التي تصدر في مواجهة الحدث الجانح إما أن تكون عقوبات مخففة، أو تدابير رعائية، أو إصلاحية، وعليه فإن حكم الاستئناف يختلف في الحالتين، فأما العقوبات المخففة فإنه لا مرأى في أنها تخضع للقواعد العامة المقررة

(٣) قانون الإجراءات الجزائية العماني، المادة (٢٤٢).

(٤) المرجع نفسه، المادة (٢٣٤).



في الشريعة الجزائية فيما يتعلّق بالاستئناف؛ إذ إنها عقوبات عادية إلا أنه تم تخفيفها مراعاة لسن الحدث.

وأما التدابير، فإنه من خلال النص الوارد في القواعد العامة، يظهر للباحث أن الأحكام التي تصدر بتوقيع تدابير الرعاية لا يجوز استئنافها؛ لأنها لا تحتوي على عقوبة السجن، وكذلك الحال بالنسبة إلى تدابير الإصلاح، فيما عدا تدبير الإيداع في دار إصلاح الأحداث عندما يكون عقوبة مخففة، إذ إن الإيداع في دار إصلاح الأحداث يأخذ إحدى صورتين:

الصورة الأولى: يكون تدبيراً إصلاحياً بالنسبة إلى الحدث الجانح الذي لم يبلغ السادسة عشر من العمر، وارتكب جريمة أو (جرائم متعددة)^(٥)، وفي هذه الحالة لا يصح استئناف الحكم الصادر بالتدبير على اعتبار أنه لا يتضمن عقوبة السجن، وإنما هو مجرد تدبير إصلاحي.

الصورة الثانية: يكون محلاً لتنفيذ عقوبة السجن المخففة الصادرة ضد الحدث الجانح الذي بلغ السادسة عشر، وارتكب جريمة معاقب عليها بالإعدام، أو السجن المطلق، أو السجن المؤقت^(٦)، وهذه الحالة هي التي يصح فيها استئناف الحكم، إذا قُضِيَ بإيداع الحدث الجانح في دار إصلاح الأحداث باعتبار أنها عقوبة مخففة على نحو ما سبق ذكره.

ومن هذا نخلص، أن استئناف أحكام محكمة الأحداث الابتدائية لا يصح إلا في حالة واحدة فقط، وهي: قيام الحدث الجانح الذي بلغ السادسة عشر من العمر بارتكاب جريمة معاقب عليها بالإعدام، أو السجن المطلق، أو السجن المؤقت، وقُضِيَ عليه فعلاً بعقوبة السجن المخففة التي تنفذ وفقاً للقانون بالإيداع في دار إصلاح الأحداث، ولا يصح استئناف الأحكام الصادرة بتدابير الرعاية أو الإصلاح، وذلك وفقاً لفهم النصوص آنفة الذكر.

(٥) قانون مساءلة الأحداث العماني، المادة (٢٧).

(٦) المرجع نفسه، المادة (٢٨).

وعليه، يظهر جلياً أن القانون العماني جعل طريق استئناف أحكام محكمة الأحداث محصور جداً في حالة وحيدة على نحو ما تقدم.

ومع أن قانون مساءلة الأحداث العماني أشار بشكل غير مباشر إلى أن لكل من والدي الحدث، أو الولي، أو الوصي، أو المؤتمن عليه أن يطعن في الحكم الصادر ضده وذلك في معرض تقرير أن الأحكام الصادرة بتدابير الرعاية والإصلاح تكون واجبة التنفيذ^(٧)، الأمر الذي يستفاد منه جواز الطعن على التدابير بالاستئناف، إلا أن الباحث يرى أن النص غير صريح في إفادة المقصود، الأمر الذي يجعل العمل به متكلف وفيه تحميل للنص ما لا يحتمل، ومع ذلك فإن الواقع العملي للاستئناف يمضي على هذا الفهم^(٨).

ويرى الباحث أن ترك مسألة استئناف أحكام محكمة الأحداث الابتدائية إلى القواعد العامة في الإجراءات الجزائية فيه هضم لحق الحدث الجانح؛ لأنه وإن كان من المقبول عدم استئناف الأحكام الصادرة بإيقاع تدابير الرعاية؛ لكونها ليست ذات جسامته، وليس فيها ما يضر الحدث، غير أن تدابير الإصلاح ينطوي بعضها على تقييد للحرية، مثل الإيداع في دار إصلاح الأحداث الذي يماثل في حقيقته عقوبة السجن للحدث، وكذلك الإيداع في مؤسسة صحية الذي يقيد حرية الحدث في إطار محدد، وعليه فإن توقيع هذه التدابير يحتاج إلى احتياط أكبر، ومراجعة من المحكمة الأعلى، بل يرى الباحث أن الطعن بالاستئناف يجب أن يطال جميع التدابير فيما عدا تدييري التوبيخ والتسليم، ولا يكون ذلك إلا بوضع قواعد قانونية خاصة في قانون مساءلة الأحداث العماني للحالات التي يجوز فيها استئناف أحكام محكمة الأحداث الابتدائية، وعدم ترك ذلك للقواعد العامة في قانون الإجراءات الجزائية.

(٧) قانون مساءلة الأحداث العماني، المادة (٤٢).

(٨) جواب لفضيلة الشيخ القاضي الدكتور/ حمد بن خميس الجهوري "رئيس محكمة الاستئناف بالرساتق"، سؤال موجه من الباحث بتاريخ ٤/١١/٢٠١٨م.

وعلى سبيل المقارنة، نجد أن المشرع المصري أجاز استئناف الأحكام الصادرة من محكمة الطفل، عدا الأحكام التي تصدر بالتوبيخ أو بتسليم الحدث إلى والديه، أو لمن له الولاية عليه فلا يجوز استئنافها إلا لخطأ في تطبيق القانون، أو بطلان في الحكم، أو بطلان في الإجراءات أُنز في الحكم^(٩)، والعلة من ذلك، أن هذه الأحكام تستهدف رعاية مصلحة الحدث بالوقوف بالدعوى عند مرحلة أولى لا تتعدها لعدم أهميتها، إذ أن تسليم الحدث إلى والديه أو لمن له الولاية عليه لا مضرة منه على الحدث، كما أنه لا جدوى من الطعن على حكم صدر بالتوبيخ بعد أن وُجّه فعلاً للحدث واستنفذ تنفيذه عليه^(١٠).

وتحقيقاً لما تقدم، وهدياً من التجارب التشريعية في هذا المجال؛ يقترح الباحث تعديل المادة (٤٢) من قانون مساءلة الأحداث العماني ليكون نصها الآتي: (يجوز استئناف الأحكام الصادرة من محكمة الاستئناف عدا الأحكام الصادرة بالتوبيخ وتسليم الحدث إلى والديه، أو أحدهما، أو لمن له الولاية عليه، فلا يجوز استئنافها إلا لخطأ في تطبيق القانون، أو بطلان في الحكم، أو بطلان في الإجراءات أُنز في الحكم، ويكون الحكم الصادر على الحدث بتدابير الرعاية والإصلاح واجب التنفيذ، ولا يترتب على الطعن وقف تنفيذ الحكم...).

ثالثاً- مواعيد الطعن بالاستئناف:

لم يحدد قانون مساءلة الأحداث العماني مواعيد الطعن بالاستئناف، ومن هنا فإنه يرجع في ذلك إلى القواعد العامة الواردة في قانون الإجراءات الجزائية استناداً إلى المادة (٩) من قانون مساءلة الأحداث العماني، وبالرجوع إلى القواعد العامة،

(٩) قانون الطفل المصري، المادة (١٣٢)، وهذه الحالات هي التي يجوز فيها الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا كما سيأتي بيانه لاحقاً.

(١٠) الدبيسي، مدحت، محكمة الطفل والمعاملة الجنائية للأطفال، (الإسكندرية: المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١١م)، ص ١٦٤، ومحمد، أحمد علي عبد الحليم، الحماية الجنائية للطفل في الشريعة الإسلامية والقانون المصري، (القاهرة: دار النهضة العربية، ١٤٣٤هـ/٢٠١٤م)، ص ٤٣٣.

نجد أن ميعاد الطعن على أحكام محكمة الأحداث الابتدائية بالنسبة إلى المحكوم عليه يكون ثلاثين يوماً من تاريخ النطق بالحكم، إذا كان حضورياً، أو صادراً في المعارضة، ومن تاريخ صيرورته غير قابل للمعارضة، إذا كان غائباً، ومن تاريخ إعلانه للمحكوم عليه، إذا كان صادراً بمنزلة الحضور، أما بالنسبة للدعاء العام، فميعاد الاستئناف في حقه خمسة وأربعون يوماً من تاريخ النطق بالحكم^(١١)، كما أن سائر إجراءات الطعن تكون وفقاً للقواعد الواردة في قانون الإجراءات الجزائية.

وقد قررت المحكمة العليا أن "ميعاد الاستئناف بالنسبة للدعاء العام خمسة وأربعون يوماً من اليوم التالي لتاريخ النطق بالحكم"^(١٢)، وأن "الميعاد المحدد لاستئناف الحكم الحضورى من طرف المتهم هو ثلاثون يوماً من تاريخ النطق بالحكم الحضورى، إلا أنه ما دام أن المشرع حدّد الأمر المعتبر في نظر القانون مجزئاً لميعاد يوم النطق بالحكم الحضورى، وأن هذا الأجل هو أجل كامل، فإن احتسابه يبدأ من اليوم الموالي لصدور الحكم الحضورى"^(١٣)، وقررت بأن سريان احتساب الميعاد القانوني للاستئناف في الأحكام المعتبرة حضورية من يوم إعلان المحكوم عليه بها إعلاناً صحيحاً يتحقق به علمه اليقيني بصدورها^(١٤)، فإذا لم يتم

(١١) قانون الإجراءات الجزائية العماني، المادة (٢٣٧ - ٢٣٨).

(١٢) مبدأ رقم (٤١) في الطعن رقم (٢٠٠٧/١١٨م) جزائي عليا جلسة ١١/١٢/٢٠٠٧م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، للفترة من ١/١٠/٢٠٠٧م وحتى ٣٠/٦/٢٠٠٨م، السنة القضائية الثامنة، ص ٢٩٩، ومثله: مبدأ رقم (١/٢٦) في الطعن رقم (٢٠٠٤/٤٠٩م) جزائي عليا جلسة الثلاثاء ١/٢/٢٠٠٥م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، في الفترة من ١/١/٢٠٠٥م وحتى ٣٠/١٢/٢٠٠٥م، السنة القضائية الخامسة، ص ١١٧.

(١٣) مبدأ رقم (١٢٥) في الطعن رقم (٢٠١٤/٤٠) جزائي عليا جلسة الثلاثاء ١٨/مارس/٢٠١٤م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، للسنتين القضائيتين الثالثة عشرة والرابعة عشرة، ص ٥١١.

(١٤) مبدأ رقم (٦٣) في الطعن رقم (٢٠١٣/٢٨٠) جزائي عليا جلسة الثلاثاء ٩/نوفمبر/٢٠١٣م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، للسنتين القضائيتين الثالثة عشرة والرابعة عشرة، ص ٢٥٥.

إعلان المحكوم عليه وفقاً للقانون بأي وجه من الوجوه، فإن إجراءات المحاكمة تكون مشوبة بالبطلان^(١٥).

ويشترط أن يتتابع سير الجلسات، فإن انقطع تسلسلها ولم تكن متلاحقة -لأي سبب- فلم يُعلم تاريخ الجلسة، وليس في مكنة المتهم تتبع سيرها، فلا يبدأ ميعاد الاستئناف إلا من تاريخ إعلانه بالحكم^(١٦).

والجدير بالذكر، أن مواعيد الطعن من النظام العام، يجوز لأي من طرفي الخصومة أن يثيره في أية مرحلة من مراحل الدعوى، كما أن للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها، وهي لا تملك حق قبول طعن قُدِّم خارج الميعاد لا ضمناً ولا صراحة^(١٧).

وفي هذا قررت المحكمة العليا أن: "ميعاد الاستئناف شرط جوهري لقبوله وأن جزء رفع الاستئناف بعد انقضاء ميعاده هو عدم قبوله شكلاً، وهذا الميعاد يتعلق بالنظام العام، ويجوز الدفع بعدم قبول الاستئناف شكلاً لأول مرة أمام محكمة النقض"^(١٨).

(١٥) مبدأ رقم (١٦٦) في الطعن رقم (٢٥٩/٢٠٠٣م) جزائي عليا جلسة الثلاثاء ١٦/١٢/٢٠٠٣م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية والمبادئ المستخلصة منها لعام ٢٠٠٣م، مسقط ٢٠٠٤م، ص ٦٤٩

(١٦) مبدأ رقم (١٠) في الطعن رقم (٣٦٤/٢٠٠٤م) جزائي عليا جلسة الثلاثاء ١١/١/٢٠٠٥م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، في الفترة من ١/١/٢٠٠٥ وحتى ٣٠/١٢/٢٠٠٥م، السنة القضائية الخامسة، ص ٥١.

(١٧) مبدأ رقم (٥٧) في الطعن رقمي (١١٨ و ١١٩/٢٠٠٣م) جزائي عليا جلسة الثلاثاء ٢٧/٥/٢٠٠٣م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية والمبادئ المستخلصة منها لعام ٢٠٠٣م، مسقط ٢٠٠٤م، ص ٢١١.

(١٨) مبدأ رقم (١٦) في الطعن رقم (٢٢٤/٢٠٠٩م) جزائي عليا جلسة الثلاثاء ٢٠/١٠/٢٠٠٩م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، في الفترة من ١/١٠/٢٠٠٩ وحتى ٣٠/٦/٢٠١٠م، السنة القضائية العاشرة، ص ١١٧.

الفرع الثاني

الأطراف الذين يصح منهم الاستئناف وترتيب جهاته

أولاً- الأطراف الذين يصح منهم الطعن بالاستئناف:

عوداً على القواعد العامة الواردة في قانون الإجراءات الجزائية، فإن الطعن بالاستئناف يكون من الادعاء العام والمحكوم عليه^(١٩)، غير أنه من المفارقات؛ أن قانون مساءلة الأحداث العماني لم يُسَمِّ الحدث نفسه من ضمن الذين يصح منهم الطعن بالاستئناف، فقد أعطى حق الاستئناف لـ (والدي الحدث، أو الولي، أو الوصي، أو المؤتمن عليه) وفقاً للنص الخاص الوارد في المادة (٤٢) من قانون مساءلة الأحداث العماني.

وتطبيقاً لذلك، فإن والد الحدث الجانح قام بالطعن بالاستئناف في الحكم الصادر ضد ابنه الذي يبلغ من العمر خمسة عشر عاماً عند ارتكاب جنحة السرقة العادية التي أدانته فيها محكمة الأحداث الابتدائية بالجريمة، وقضت بإيداعه في دار إصلاح الأحداث لمدة ستة أشهر، ووضعه تحت الاختبار القضائي لمدة ستة أشهر وإلزامه بواجبات دينية، ولأن هذا القضاء لم يلق قبولاً لدى والد الحدث الجانح، فقد طعن فيه بالاستئناف الذي قبلته المحكمة شكلاً لنقديمه ممن يصح منهم الاستئناف وفقاً للقانون^(٢٠).

ويبدو أن التحديد الوارد في المادة (٤٢) آنفة الذكر جاء على سبيل الحصر وليس على سبيل التمثيل، وهو ما يستفاد منه أنه لا يحق للحدث نفسه الطعن في الأحكام الصادرة ضده، ورغم أن هذا التحديد -كما يرى الباحث- ميزة حُصَّ بها الحدث الجانح؛ نظراً إلى عدم اكتمال قدراته العقلية والجسدية، وعلى ذلك أتاح القانون الفرصة للقائمين عليه بتولي أمر الاستئناف، إلا أنه بتطبيق القواعد العامة

(١٩) قانون الإجراءات الجزائية العماني، المادة (٢٣٤).

(٢٠) الحكم القضائي رقم (٢٠١٦/١٣٢١)، والحكم القضائي رقم (٢٠١٦/١٣٢٢) الصادرين عن محكمة جنح الأحداث المستأنفة بمسقط بتاريخ ٢٠/١١/٢٠١٦م.

الواردة في قانون الإجراءات الجزائية، فإن الحدث الجانح يُعدُّ "محكوماً عليه"، وهكذا يصح منه تقديم الطعن بالاستئناف في الحكم الصادر ضده بالسجن، وخاصة أنه وصل إلى سن السادسة عشر من العمر، وهو سن يكون قد دخل في مرحلة التمييز، بل أنه في بعض الحالات يمكن أن يكون الحدث الجانح قد جاوز سن الثامنة عشر من العمر عند تقديم الطعن بالاستئناف؛ نظراً إلى أن إجراءات التحقيق والمحاكمة قد تطول حتى بلوغه الرشد الجنائي، فليس من المقبول ترك الطعن إلى القائمين عليه من غير أن يكون له حق الطعن.

فضلاً عن أن القانون أجاز للحدث نفسه تقديم طلب إعادة النظر في الحكم أو الأمر الصادر بأحد التدابير وفقاً للمادة (٤٣) من قانون مساءلة الأحداث العماني، وذلك لغاية إنهاء التدبير أو تعديله، وإعادة النظر هو أحد الطرق غير العادية للطعن في الأحكام، فإن أجاز القانون ذلك صح من الأحداث الاستئناف كذلك.

ومن خلال ما تقدم، يظهر للباحث أن هذا قصور تشريعي ويقترح إجراء تعديل تشريعي بإضافة الحدث نفسه والاحالة ضمن الذين يحق لهم الطعن في الأحكام، إذا بلغ سن السادسة عشر من العمر؛ ولذا يقترح تعديل نص الفقرة الثانية من المادة (٤٢) من قانون مساءلة الأحداث العماني -لتضاف إلى التعديل السابق ذكره في أعلاه- لتكون المادة كالاتي: (... ولكل من الحدث المحكوم عليه الذي بلغ سن السادسة عشر من العمر، أو والديه، أو الولي، أو الوصي، أو المؤتمن عليه أن يطعن في الحكم الصادر ضده).

ثانياً- رأي المحكمة العليا في الطعن بالاستئناف من الحدث الجانح:

مع وجود هذا المسلك القانوني المذكور، إلا أن المحكمة العليا العمانية لها رأي يخالف ما تقدم، إذ أنها ترى صحة الطعن بالاستئناف من المتهم الحدث شخصياً دون وليه، على خلاف ظاهر نص المادة (٤٢) من قانون مساءلة الأحداث العماني.

ففي الواقعة التي أُدينَ فيها الحدث الجانح بجنحة إهانة الكرامة الصادر عن محكمة الأحداث بعبري، وعند الطعن فيه بالاستئناف أمام محكمة الاستئناف بعبري فإنها قضت بعدم قبول الاستئناف شكلاً لرفعه من غير ذي صفة إجرائية؛ لكون الذي قَدّم الاستئناف هو الحدث نفسه، وعند الطعن على الحكم الاستئنافي أمام المحكمة العليا، فإنها قضت بنقضه لعدم ذكر محكمة الاستئناف لأي نص قانوني تستند إليه، وقضت بإعادة أوراق الدعوى إلى المحكمة التي أصدرته لتفصل فيها من جديد بهيئة مغايرة.

وقد استندت المحكمة العليا في قضائها إلى أن المادة (٢٣٤) من قانون الإجراءات الجزائية أجازت للدعاء العام والمحكوم عليه استئناف الأحكام الصادرة في الجرح والمخالفات المحكوم فيها بعقوبة السجن سواء كان الحكم حضورياً، أم غائبياً، أم كان صادراً في المعارضة في حكم غيابي، وقررت المادة (٢٣٩) من القانون ذاته، أن يرفع الاستئناف بتقرير يودع أمانة سر المحكمة التي أصدرت الحكم، وإذا كان المتهم محبوساً، فإنه يقرر بالاستئناف أمام القائم على إدارة السجن الذي يقدم التقرير إلى أمانة سر المحكمة فوراً وينظر في الاستئناف على وجه السرعة، إذ يستفاد من المادتين "أن الطعن في الأحكام الاستئنافية هو حق طبيعي وأصيل للمحكوم عليه سواء كان راشداً أم حدثاً، إذا ما رغب في الاستفادة منه حسب ما يراه مناسباً له ويخدم مصلحته، وليس هناك أي استثناء يمنعه من القيام بذلك الإجراء إلا ما حددته المادة (٢٧٣) من قانون الإجراءات الجزائية، خصوصاً أن هذا الإجراء يصب في مصلحة المتهم الحدث ومنفعته ولا يؤدي إلى الإضرار به، بل يحمي مصالحه الاجتماعية والذاتية والنفسية"^(٢١).

(٢١) مبدأ رقم (٤٢) في الطعن رقم (٢٠١٣/١٣٥) جزائي عليا جلسة الثلاثاء ٢٥/يونيو/٢٠١٣م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، للسنتين القضائيتين الثالثة عشرة والرابعة عشرة، ص ١٨١-١٨٢.

ورغم أن الباحث يتفق مع المحكمة العليا فيما ذهب إليه من ضرورة قبول الاستئناف من الحدث الجانح شخصياً على نحو ما تقدم بيانه، إلا أن استنادها إلى مواد قانون الإجراءات الجزائية لا يقف على أرضية صلبة؛ نظراً لوجود نص خاص في الموضوع في قانون مساءلة الأحداث العماني على نحو ما تقدم، وعليه؛ فلا مناص من إجراء تعديل تشريعي على نحو ما اقترحه الباحث.

ثالثاً- ترتيب الجهات التي يصح منها الطعن بالاستئناف:

من خلال دراسة المادة (٤٢) من قانون مساءلة الأحداث العماني، يظهر للباحث أن حق الاستئناف إنما هو وارد حصراً للأشخاص الذين سماهم القانون وفق الترتيب الذي أورده، إذ لا يصح من المتأخر مع وجود المتقدم؛ فلا يصح من الوصي إذا وجد الوالدين أو الولي ولا يصح من المؤتمن عليه، إذا وجد الوصي. وتمضي التطبيقات القضائية على هذا المنهج، ففي واقعة تطبيقية: تقدم شقيق الحدث الجانح باستئناف في الحكم الصادر عن محكمة الأحداث الابتدائية، غير أن محكمة جناح الأحداث المستأنفة قضت بعدم قبول الاستئناف شكلاً بسبب أن الدفع بعدم قبول الدعوى شكلاً هو من الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام، وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، ولو لم يثره أحد الخصوم، كما أن القانون يقضي بأن الاستئناف يقدم من الادعاء العام والمحكوم عليه^(٢٢)، وبإنزال ذلك على واقعة الاستئناف؛ يتبين أن التقرير بالاستئناف لم يقدم من المحكوم عليه، وإنما قدم من أخيه من غير سند وكالة مع كون ولي أمر المستأنف (والده) على قيد الحياة، ولم يثبت تلبسه بظرف يحول دون قيامه بواجبات ولايته على الحدث، الأمر الذي يكون معه الاستئناف مقدم من غير ذي صفة، ويتوجب على ذلك عدم قبوله^(٢٣).

(٢٢) يلاحظ الباحث أن الحكم المذكور استند إلى القاعدة العامة في الاستئناف الواردة في المادة (٢٣٤) من قانون الإجراءات الجزائية العماني ولم يلتفت إلى القاعدة الخاصة للأحداث الواردة في المادة (٤٢) من قانون مساءلة الأحداث العماني.

(٢٣) الحكم القضائي رقم (٣١/ج/٢٠١٦م) الصادر عن محكمة جناح الأحداث المستأنفة بصحار بتاريخ ٢٠١٧/١/٣٠م.

المطلب الثاني

الطعن بالنقض في قضايا الأحداث في القانون العماني

تتربع المحكمة العليا على قمة الهرم القضائي في سلطنة عُمان، وهي محكمة وحيدة مقرها في العاصمة مسقط، وإليها ترجع جميع الطعون في الأحكام من جميع ربوع السلطنة، ولبحث موضوع المطلب يلزم بيان مفهوم الطعن بالنقض والأحكام التي يصح فيها، كما يلزم إيضاح الطعن بالنقض في قضايا الأحداث، وذلك من خلال الفرعين القادمين.

الفرع الأول

مفهوم الطعن بالنقض والأحكام التي يصح فيها

أولاً- مفهوم الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا:

الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا هو المرحلة الأخيرة من مراحل التقاضي، ولا يكون فيها إعادة لطرح الموضوع من جديد، وإنما تُراقب المحكمة العليا صحة الحكم الصادر ومدى انطباق حكم القانون عليه، فهي تسمى "محكمة قانون"، ويستهدف الطعن بالنقض إلى فحص الحكم للتحقق من مطابقته للقانون، سواء من حيث القواعد الموضوعية التي طبقها، أم القواعد الإجرائية التي استند عليها^(٢٤).

وفي هذا السياق، قررت المحكمة العليا العمانية أن "المحكمة العليا هي محكمة قانون في المقام الأول، يقتصر اختصاصها على النظر في الحكم المطعون فيه،

(٢٤) حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، (القاهرة: دار النهضة العربية، ط٢، ١٩٨٨م)، ص١١٣٩، وأحمد محمد، الحماية الجنائية للطفل في الشريعة الإسلامية والقانون المصري، ص٤٣٥.

وفحص ما شابه من عيوب في الإجراءات التي استند إليها بالقدر الذي تمتد فيه عيوبها إلى هذا الحكم، فتجعله بدوره معيباً^(٢٥).

وقد حصر المشرع العماني الحالات التي يجوز فيها الطعن بالنقض في ثلاث حالات:

الحالة الأولى: إذا كان الحكم مبنياً على مخالفة القانون، أو الخطأ في تطبيقه، أو في تأويله.

الحالة الثانية: إذا وقع بطلان في الحكم.

الحالة الثالثة: إذا وقع بطلان في الإجراءات أثر في الحكم^(٢٦).

ويكون الطعن بالنقض في ميعاد أربعين يوماً من تاريخ الحكم الحضورى، أو من تاريخ انقضاء ميعاد المعارضة، أو من تاريخ الحكم الصادر في المعارضة^(٢٧)، ويكون التقرير بالطعن في أمانة سر المحكمة التي أصدرت الحكم، ويجب إيداع مذكرة بأسباب الطعن خلال هذا الأجل وإلا فإن الطعن يكون غير مقبول شكلاً^(٢٨)، وهو يصح من الأشخاص الذين يحق لهم الاستئناف وهم: المحكوم عليه، أو والدي الحدث، أو الولي، أو الوصي، أو المؤتمن عليه، ويقال فيه ما قيل في الاستئناف من ملاحظات.

(٢٥) مبدأ رقم (٧٧) في الطعن رقم (٢٣٨/٢٠٠٤م) جزائي عليا جلسة الثلاثاء ١٢/١٠/٢٠٠٤م، مجموعة الأحكام الصادرة عن هيئة توحيد المبادئ والدائرة الجزائية مع المبادئ المستخلصة منها لسنة ٢٠٠٤م، مسقط ٢٠٠٦م، ص ٣٧٣.

(٢٦) قانون الإجراءات الجزائية العماني، المادة (٢٤٥).

(٢٧) المرجع نفسه، المادة (٢٤٩).

(٢٨) مبدأ رقم (٦٢) في الطعن رقم (٢٨٩/٢٠٠٦م) جزائي عليا جلسة الثلاثاء ١٤/١١/٢٠٠٦م، ومبدأ رقم (١٠٥) في الطعن رقم (٤٩٠/٢٠٠٦م) جزائي عليا جلسة الثلاثاء ٢٣/١/٢٠٠٧م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، في الفترة من ١/١٠/٢٠٠٦م وحتى ٣٠/٦/٢٠٠٧م، السنة القضائية السابعة، ص ٣٨٧ و ٦٥٤.

ثانياً- الأحكام التي يصح فيها الطعن بالنقض:

الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا يصح في الأحكام التي يجوز فيها الاستئناف واستنفذت طريق الاستئناف فيها، أو أنها صدرت من محكمة الاستئناف ابتداء كما هو الحال في قضايا الجنايات، وعليه فإن الأحكام التي يصح الطعن فيها بالنقض على نوعين:

النوع الأول: الجرح المستأنفة القاضية بحبس الحدث والتي استنفذت محكمة الاستئناف ولايتها فيها على التفصيل الذي سقناه آنفاً، ويندرج تحتها أيضاً؛ الطعن في الأحكام الصادرة بالتدابير، وفقاً للواقع العملي في المحكمة^(٢٩).

النوع الثاني: الجنايات الصادرة ابتداء من دائرة جنايات الأحداث الاستئنافية، والتي تقيد مباشرة أمام محكمة الاستئناف، وتصدر الحكم فيها بوصفها محكمة جنايات.

ولأن المشرع العماني قيّد حالات الطعن في الاستئناف على التفصيل الذي ساقه الباحث، وهو يُقيّد تبعاً لحالات الطعن أمام المحكمة العليا كذلك بحكم تسلسل درجات المحاكمة، وعلى ذلك، فإن حالات الطعن أمام المحكمة العليا في النوع الأول قليلة جداً وهي نتيجة حتمية لهذا القيد، ويبقى مجال المحكمة العليا في حالات الطعن في النوع الثاني من الدعاوى والذي بطبيعته وقائعه قليلة؛ إذ ارتكاب الأحداث للجنايات نادر الوقوع، فأكثر جرائمهم تنصب على المخالفات والجرح البسيطة.

وفي هذا قررت المحكمة العليا العمانية أنه: "حيث ينغلق باب الطعن بطريق الاستئناف لا يجوز من باب أولى الطعن بطريق النقض"^(٣٠)، وقررت كذلك أن:

(٢٩) مقابلة مع فضيلة القاضي السيد/ خليفة بن محمد بن خليفة البوسعيدي "نائب رئيس المحكمة العليا، رئيس الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا"، بتاريخ ١٨/١٠/٢٠١٨م.

(٣٠) مبدأ رقم (٤/١٩) في الطعن رقم (٢٠٠٧/٢٣٤م) جزائي عليا جلسة ٦/١١/٢٠٠٧م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، للفترة من ١/١٠/٢٠٠٧م وحتى ٣٠/٦/٢٠٠٨م، السنة القضائية الثامنة، ص ١٥٦.

"حق الطعن بطريق النقض مقصور على الأحكام الصادرة من آخر درجة في الجنايات والجنح، وعدم جواز الطعن بالنقض في المخالفات لضالة العقوبة"^(٣١). كما قررت كذلك أن: "مفاد نص المادة (٢٤٥) من قانون الإجراءات الجزائية أن الطعن يوجه إلى الحكم الصادر في الجنايات والجنح من محكمة آخر درجة، وبذلك تخرج القبايات عن حق الطعن بالنقض"^(٣٢)، وقرر بأن هناك أربعة شروط للطعن أمام المحكمة العليا، مستفادة من المواد (٢٤٥، و٢٤٧، و٢٤٩) من قانون الإجراءات الجزائية، أولها: أن يكون الحكم صادراً في جناية أو جنحة، وثانيها: أن يكون الحكم صادراً من آخر درجة من درجات التقاضي العادية، وثالثها: أن يكون فاصلاً في الدعوى إلا إذا ترتب عليه منع السير فيها، ورابعها: أن يكون الحكم

(٣١) مبدأ رقم (١١٧) في الطعن رقم (٢٠٠٣/١٩٥) جزائي عليا جلسة الثلاثاء ١٤/١١/٢٠٠٣م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية والمبادئ المستخلصة منها لعام ٢٠٠٣م، مسقط ٢٠٠٤م، ص ٤٤٣.

(٣٢) مبدأ رقم (١٧) في الطعن رقم (٢٠١٢/٤٠٤) جزائي عليا جلسة الاثنين ٣١/ديسمبر/٢٠١٢م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، للسنتين القضائيتين الثالثة عشرة والرابعة عشرة، ص ٧٦، ومبدأ رقم (٦) في الطعن رقم (٢٠٠٩/٢٧٤) جزائي عليا جلسة الثلاثاء ٦/١٠/٢٠٠٩م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، في الفترة من ١/١٠/٢٠٠٩م وحتى ٣٠/٦/٢٠١٠م، السنة القضائية العاشرة، ص ٤٢٣.

نهائياً^(٣٣)، وهو قاصر على الأحكام فحسب، أما القرارات والأوامر فلا يجوز الطعن عليها بالنقض إلا بنص خاص^(٣٤).

ولغاية المقارنة، نجد أن المشرع الجزائري أجاز الطعن بالنقض في الأحكام الجزائية التي تصدرها جهات قضاء الأحداث، مثل الأوامر التي تصدرها أقسام الأحداث كتدبير تربوي، أو عقوبة تهذيبية، مثل تسليم الحدث إلى والديه أو إلى من له حق الولاية، أو بإيداعه مدرسة داخلية، لأن هذه الإجراءات تعد عقوبات حقيقية لصنف خاص من الجناة هم (الأحداث)^(٣٥)، بخلاف المشرع العماني؛ الذي أسند ذلك إلى القواعد الإجرائية العامة التي تقضي بعدم جواز الطعن إلا في الأحكام القاضية بالحبس، وقد سبق أن عرض الباحث رأيه في ذلك.

(٣٣) مبدأ رقم (١٤٠) في الطعن رقم (٢٠١٤/٧٥) جزائي عليا جلسة الاثنين ٦/مايو/٢٠١٤م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، للسنتين القضائيتين الثالثة عشرة والرابعة عشرة، ص ٥٣٣، ومبدأ رقم (١/٦) في الطعن رقم (٢٠٠٩/٢٧٤) جزائي عليا جلسة الثلاثاء ٦/١٠/٢٠٠٩م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، في الفترة من ١/١٠/٢٠٠٩ وحتى ٣٠/٦/٢٠١٠م، السنة القضائية العاشرة، ص ٤٠.

(٣٤) مبدأ رقم (١٤٢) في الطعن رقم (٢٠١٤/٢٢١) جزائي عليا جلسة الثلاثاء ١٧/يونيو/٢٠١٤م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، للسنتين القضائيتين الثالثة عشرة والرابعة عشرة، ص ٥٨٤، ومبدأ رقم (٣٩) في الطعن رقم (٢٠٠٧/٣٦٣) جزائي عليا جلسة ٢/١٢/٢٠٠٧م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، للفترة من ١/١٠/٢٠٠٧ وحتى ٣٠/٦/٢٠٠٨م، السنة القضائية الثامنة، ص ٢٨٣.

(٣٥) الطالب، السنية محمد، إجراءات محاكمة الأحداث في التشريع الجزائري، "بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في جامعة محمد خيضر بالجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العام الجامعي ٢٠١٣/٢٠١٤م"، ص ١٣٦.

الفرع الثاني

تشكيل محكمة النقض في قضايا الأحداث

أوجد قانون مساءلة الأحداث العماني محكمة خاصة لمساءلة الحدث الجانح في درجتي التقاضي الابتدائية والاستئنافية تكون صاحبة الولاية في نظر الدعوى، كما بين في أحكامه طريق الطعن في الأحكام الصادرة عنهما^(٣٦)، إلا أنه من الملاحظ أن قانون مساءلة الأحداث العماني لم يذكر طريق الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، ولم يذكر تشكيل دائرة خاصة للأحداث فيها رغم وجود حالات يصح الطعن فيها بالنقض أمام المحكمة العليا، وعليه لا توجد إلزامية لانعقاد دائرة خاصة بالأحداث في المحكمة العليا، وهو الذي يسير عليه الواقع العملي.

ولعل العلة في ذلك، أن المحكمة العليا هي محكمة قانون وليست محكمة موضوع، فلا توجد حاجة إلى تقسيم الدوائر بعدها وحدة واحدة، وما التقسيم إلا شأن إداري للمحكمة لأجل توزيع العمل من غير أن يكون ذلك مرتبطاً بالاختصاص طالما أن القانون لم ينص على وجود دائرة مستقلة، كما هو الشأن في محكمتي أول وثاني درجة.

ومع ذلك، فإن الباحث يقترح تخصيص دائرة متخصصة في المحكمة العليا لقضايا الأحداث، ليس لأجل وجود الاختصاص، وإنما تطبيق لمبدأ التخصص الذي تدعو إليه قواعد القانون الدولي، وتطبقه الأنظمة القضائية المتقدمة في مجال عدالة الأحداث.

كما أن القواعد القانونية لم تحدد الأشخاص الذين يصح منهم الطعن بالنقض، ويبدو من دراسة أحكام المحكمة العليا أن الطعن بالنقض يجب أن يكون من الحدث الجانح شخصياً، أو من وصيه بموجب وصاية قضائية بذلك، وأما إن قام

^(٣٦) قانون مساءلة الأحداث العماني، المواد (٣٤) و(٣٥) و(٤٢).

بالطعن بالنقض بصفته وصياً طبيعياً للحدث، فلا يقبل منه الطعن^(٣٧)، وعلى هذا فإن المحكمة العليا لم تُعد قيام أحد والدي الحدث صاحب صفة في الطعن على الأحكام، بخلاف الطعن بالاستئناف الذي يصح منهم على نحو ما تقدّم بيانه.

المطلب الثالث

الطعن بالاستئناف والنقض في الفقه الإسلامي والقانون الدولي

بعد أن تعرفنا إلى أحكام الطعن بالاستئناف والنقض في القانون العماني، نأتي إلى مسك الختام ببيان أحكامهما في الفقه الإسلامي، وكذلك بيان أحكامهما في القانون الدولي وذلك من خلال الفرعين القادمين.

الفرع الأول

الطعن بالاستئناف والنقض في الفقه الإسلامي

أولاً- الطعن بالاستئناف في الفقه الإسلامي:

كعادة الفقه الإسلامي في اتساعه وشموله، فقد عرّف نظام الاستئناف، إذ قرر الفقهاء جواز طرح الحكم مرة أخرى أمام ولي الأمر أو من يعينه لذلك^(٣٨)، ويستندون في ذلك إلى حكم سيدنا علي -كرم الله وجهه- في تدافع زبية الأسد

^(٣٧) مبدأ رقم (٢٨) في الطعن رقم (٢٧٢/٢٠٠٩م) جزائي عليا جلسة الثلاثاء ١٧/١١/٢٠٠٩م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، في الفترة من ١/١٠/٢٠٠٩ وحتى ٣٠/٦/٢٠١٠م، السنة القضائية العاشرة، ص ١٩٢-١٩٣.

^(٣٨) ابن القيم الجوزية، شمس الدين أبي عبد الله بن أبي بكر الزرعي، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، (القاهرة: مطبعة المدني، د.ت.)، ص ٧١، وابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد، (بيروت: المكتب الإسلامي، ط ٥، ١٩٩٨م)، ج ٤، ص ٦٩.

ورفعها بعد ذلك إلى الرسول صلى الله عليه وسلم^(٣٩)، وملخصها؛ أن قوماً من أهل اليمن حفروا زبية لأسد، فاجتمع الناس على رأسها، فبينما هم كذلك يتدافعون، إذ هوى فيها رجل، فجذب ثانياً، فجذب الثاني ثالثاً، فجذب الثالث رابعاً فقتلهم الأسد، فرفع الأمر إلى علي -كرم الله وجهه- وهو قاضٍ على اليمن، ف قضى للأول بربع الدية وللثاني بثلثها وللثالث بنصفها وللرابع بكاملها على من حضر عند التدافع، فرفع ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: (هو كما قال)^(٤٠)، فدل من ذلك جواز استئناف الأحكام القضائية برفعها إلى ولي الأمر.

ويستفاد من هذا، أن استئناف الأحكام القضائية مشروع في الفقه الإسلامي، ولا فرق في ذلك بين البالغ والحدث، بل أن الأخير أدعى إلى ذلك حتى يحقق الحكم أقصى درجات الانصاف والعدل، ولما كان المشرع العماني قد أخذ بهذا المسلك، ونظم طريقة استئناف الأحكام الصادرة في قضايا الأحداث، فإنه يكون متفقاً مع أحكام الفقه الإسلامي.

(٣٩) الرُّبِيَّةُ: حفرة يتزبى الرجل فيها للصيد، وتُحْفَرُ للذئب فيصطاد فيها، وهي تحفر في موضع عالٍ تغطي فوهتها فإذا وطئها الأسد وقع فيها. الفراهيدي، كتاب العين، مادة (زبي)، ج ٢، ص ٧٤١، ومصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، مادة (زباه)، ج ١، ص ٣٨٩.

(٤٠) نص الرواية كما جاءت عند البيهقي كالتالي: "عن حنش الكناني قال: حدثنا علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال: لما بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن، حفر قوم زبية لأسد، فازدحم الناس على الزبية، ووقع فيها الأسد، فوقع فيها رجل وتعلق برجل وتعلق الآخر بآخر حتى صاروا أربعة، فجرحهم الأسد فيها فهلكوا، وحمل القوم السلاح فكان أن يكون بينهم قتال، قال: فأنتيتهم فقلت: أتقتلون مائتي رجل من أجل أربعة أناس؟ تعالوا أقضي بينكم بقضاء، فإن رضيتمو فهو قضاء بينكم، وإن أبيتم رفعتم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، وهو أحق بالقضاء، قال: فجعل للأول ربع الدية، وجعل للثاني ثلث الدية، وجعل للثالث نصف الدية، وجعل للرابع الدية، وجعل الديات على من حضر الزبية على القبائل الأربعة، فسخط بعضهم ورضي بعضهم، ثم قدموا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقصوا عليه القصة، فقال: (أنا أقضي بينكم)، فقال قائل: فإن علياً رضي الله عنه قد قضى بيننا، فأخبره بما قضى علي، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (القضاء كما يقضي علي).". الحديث رواه البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، باب لا تحمل العاقلة ما جنى الرجل، ج ٨، ص ١١١، وأحمد، مسند أحمد، رقم (٥٧٣) و(١٠٦٣)، ج ١، ص ٧٧ و١٢٨، وابن أبي شيبة، مصنف ابن أبي شيبة، باب القوم يدفع بعضهم بعضاً في البئر أو الماء، رقم (٢٧٨٧٢)، ج ٥، ص ٤٤٨.

ثانياً - الطعن بالنقض في الفقه الإسلامي:

عَرَفَ الفقه الإسلامي نظام الطعن بالنقض من خلال تنظيمه نقض الأحكام القضائية عند مخالفتها نصاً صريحاً من كتاب الله عز وجل، أو سنة ثابتة عن الرسول صلى الله عليه وسلم أو إجماع ثابت، أو قياس جلي، ويستندون في ذلك إلى ما ورد في كتاب عمر إلى أبي موسى الأشعري -رضي الله عنهما- حينما قال: "ولا يمنعك قضاء قضيته بالأمس، راجعت فيه نفسك، وهديت فيه لرشدك، أن ترجع فيه الحق، فإن الحق قديم لا يبطل، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل"^(٤١)، كما يستندون إلى القاعدة الأصولية "لا اجتهاد مع النص"^(٤٢)، وهي القاعدة ذاتها التي سارت عليها محاكم النقض، وقررتها في مبادئها القضائية. وعلى هذا فإن الطعن بالنقض في الفقه الإسلامي مشروع وجائز على وجه العموم، وإن كانت المشروعية فيه جاءت للبالغين إلا أنها تنطبق -بلا شك- على الأحداث، بل هم أولى بذلك؛ نظراً للحاجة إلى مراجعة الحكم الصادر ضدهم من محكمة أعلى؛ للتحقق من مدى مطابقة ذلك للفقه الإسلامي أو القانون، ويكون بذلك ما سار عليه المشرع العماني يتفق وقواعد الفقه الإسلامي، ولا توجد مخالفة لذلك.

(٤١) ابن فرحون، برهان الدين إبراهيم بن علي المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، (القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية، ط ١، ١٤٠٦هـ)، ج ١، ص ٣١، ومحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، (بيروت: دار المعرفة، ١٤٠٦هـ)، ج ١٦، ص ٦٢، والكاساني، علاء الدين أبوبكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (بيروت: دار الكتاب العربي، ط ٢، ١٩٨٢م) ج ٧، ص ٩.

(٤٢) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج ١، ص ٧٨، والحصكفي، محمد بن علي بن محمد الحصني، الدر المختار بشرح تنوير الأبصار، (بيروت: دار الفكر، ط ٢، ١٣٨٢هـ) ج ٥، ص ٤٠٠، وابن أبي الدم، شهاب الدين إبراهيم بن عبد الله، أدب القضاء، (بيروت: دار الفكر، د.ت.)، ص ١٦٤، وابن قدامه، عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي، المغني، (بيروت: دار الفكر، ط ١، ١٤٠٥هـ)، ج ١٠٣، ص ١٠٣.

الفرع الثاني

الطعن بالاستئناف والنقض في القانون الدولي

عند النظر في قواعد القانون الدولي، يجد الباحث أن القانون عدّ طرق الطعن في الأحكام أحد حقوق الإنسان، وضمانة من ضمانات الحماية التي يجب أن يتمتع بها المتهم بشكل عام والحدث الجانح بشكل خاص، فقد بيّن العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على أنّ لكل شخص أدين بجريمة حق اللجوء إلى محكمة أعلى وفقاً للقانون، وذلك لأجل أن تعيد النظر في قرار إدانته، أو في العقاب الذي حكم به عليه^(٤٣).

وفي مجال العدالة الجنائية للأحداث خاصة؛ قررت "اتفاقية حقوق الطفل" لسنة (١٩٨٩م) في المادة (٣٧/د) بأن من حق كل طفل محروم من حريته الحصول على المساعدة القانونية أو غيرها من المساعدة المناسبة على وجه السرعة، فضلاً عن حقه في الطعن على شرعية حرمانه من الحرية أمام محكمة أو سلطة مختصة ومستقلة ومحايدة أخرى^(٤٤).

كما قررت أنه عند اعتبار أن الطفل انتهك قانون العقوبات؛ فيجب عندها تأمين قيام سلطة مختصة أو هيئة قضائية مستقلة ونزيهة أعلى - وفقاً للقانون- لأجل إعادة النظر في هذا القرار، وفي أية تدابير مفروضة على الطفل^(٤٥).

(43) International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), (Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966, entry into force 23 March 1976, in accordance with Article 49), <http://www.un.org/en/index.html>, Article (14-5).

(44) Convention on the Rights of the Child (CRC), (Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 44/25 of 20 November 1989, entry into force 2 September 1990, in accordance with article 49), <http://www.un.org/en/index.html>, Article (37-d).

(45) Ibid., Article (40-2-b-5).

وقد جاءت قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لإدارة شؤون الأحداث التي تُعرف بـ (قواعد بكين) لترسخ حق الحدث الجانح في الاحتكام إلى سلطة أعلى لإنصافه والتحقق من صحة الحكم الصادر ضده، فقد بينت المادة (٧) الحقوق الأساسية التي يجب أن يتمتع بها الحدث الجانح في مراحل مساءلته الجنائية، ومن بين هذه الحقوق؛ حقه في الطعن أمام محكمة أعلى^(٤٦)، إذ إنها تعد من الضمانات الإجرائية الأساسية التي يجب أن يتمتع بها الحدث الجانح، وتتكفل الدول الأعضاء بجعلها أحد الضمانات الأساسية للمحاكمة العادلة.

وحتى عندما يكون الحكم الصادر ضد الحدث الجانح بتدابير غير احتجازه، مثل الحكم عليه بأحد تدابير الرعاية أو تدابير الإصلاح، فإنها قررت ضرورة أن تخضع قرارات فرض التدابير إلى نظام إعادة النظر من هيئة قضائية أو هيئة أخرى مختصة ومستقلة بناء على طلب من الحدث الجاني، كما نصت على ذلك قواعد الأمم المتحدة النموذجية للتدابير غير الاحتجازه والتي تُعرف بـ "قواعد طوكيو"^(٤٧).

وبمقارنة هذه القواعد مع ما هو مقرر في التشريعات العمانية، يجد الباحث أن هذه النصوص لامست المتطلبات الدولية فيما يتعلق بطرق الطعن في الأحكام، التي من ضمنها الطعن بالاستئناف والنقض، وفيما عدا الملاحظات التي ذكرها الباحث -لأجل تحسين عمل طرق الطعن في الأحكام الصادرة ضد الحدث الجانح - فإن هذه القواعد تحقق العدالة الناجزة للمتهمين عموماً وللأحداث خصوصاً.

(46) United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (The Beijing Rules), (Adopted by General Assembly resolution 40/33 of 29 November 1985), <http://www.un.org/en/index.html>, Rule (7).

(47) United Nations Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures (The Tokyo Rules), (Adopted by General Assembly resolution 45/110 of 14 December 1990), <http://www.un.org/en/index.html>, Rule (3-5).

الخاتمة

بعد هذا العرض، نصل إلى نتيجة حاصلها؛ أن القانون العماني لم يضع قواعد إجرائية خاصة للطعن بالاستئناف والنقض في قضايا الأحداث، الأمر الذي ترتب عليه وجود مسائل قانونية صارت محل جدل في طريقة معالجتها، وظهر ذلك جلياً في تحديد الأحكام التي يصح فيها الطعن بالاستئناف، والنقض، والأطراف الذين يصح منهم ذلك، وقد توصل الباحث إلى ضرورة أن يكون هناك تعديل تشريعي يحسم المسألة ويقطع أي خلاف حولها، ورغم ذلك؛ فإن القانون العماني في تشريعه لنظامي الاستئناف والنقض يكون متفقاً مع ما قرره أحكام الفقه الإسلامي ومستوفياً لمتطلبات القواعد الدولية، ويمكن أن نلخص ما سبق عرضه من خلال عنصري النتائج والتوصيات على النحو الآتي:

أولاً- النتائج:

- يرتب القانون على الطعن بالاستئناف إعادة نظر الدعوى برمتها وطرحها من جديد أمام المحكمة الاستئنافية، ولها بعد ذلك أن تؤيد الحكم المستأنف أو تلغيه أو تعدله، وفقاً لشروط محددة رسمها القانون.
- لم يحدد قانون مساءلة الأحداث العماني الأحكام التي يصح فيها الاستئناف في قضايا الأحداث بشكل صريح، وعليه فإنه يرجع إلى القواعد الإجرائية العامة التي جعلت الاستئناف محصوراً في الأحكام الصادرة في الجرح والمخالفات المحكوم فيها بعقوبة السجن، ويثور التساؤل عن مدى جواز الطعن بالاستئناف على الأحكام الصادرة بالتدابير، ورغم أن العمل القضائي يمضي على جواز استئنافها؛ إلا أن الأمر يستدعي وجود تعديل تشريعي.
- لم يحدد قانون مساءلة الأحداث العماني مواعيد الطعن بالاستئناف، ومن هنا فإنه يرجع في ذلك إلى القواعد العامة الواردة في قانون الإجراءات الجزائية.
- أعطى قانون مساءلة الأحداث العماني حق الطعن بالاستئناف لوالدي الحدث أو الولي أو الوصي أو المؤتمن عليه بحسب الأحوال، ولم يمنح هذا الحق للحدث الجانح نفسه، الأمر الذي يرى معه الباحث ضرورة وجود تعديل تشريعي يمنحه هذا الحق، وهذا الذي سارت عليه أحكام المحكمة العليا العمانية.

- حق الطعن بالاستئناف في قضايا الأحداث إنما هو وارد حصراً للأشخاص الذين سماهم القانون في المادة (٤٢) من قانون مساءلة الأحداث العماني، ووفق الترتيب الذي أورده، إذ لا يصح من المتأخر مع وجود المتقدم.
- تكون وظيفة المحكمة العليا مراقبة صحة الحكم الصادر ومدى انطباق حكم القانون عليه؛ ولذلك فهي تسمى "محكمة قانون".
- الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا يصح في الأحكام التي يجوز فيها الاستئناف واستنفذت طريق الاستئناف فيها، أو أنها صدرت من محكمة الاستئناف ابتداءً، كما هو الحال في قضايا الجنايات.
- لا توجد دائرة خاصة للنظر في قضايا الأحداث في المحكمة العليا بحسبان أنها محكمة قانون لا تحتاج إلى وضع دائرة مستقلة لنوع معين من القضايا، وحسبها أن تراقب مدى صحة الحكم الصادر وانطباقه مع القانون.
- أقرت أحكام الفقه الإسلامي طريقي الطعن بالاستئناف والنقض على الأحكام القضائية، وعلى ذلك فإن القانون العماني يكون متفقاً مع ما قرره أحكام الفقه الإسلامي.
- جاءت قواعد القانون الدولي لترسخ حق الحدث الجانح في الاحتكام إلى محكمة أعلى تنظر في صحة الحكم الصادر ضده ومدى مطابقتها للقانون، وهو ما يتفق مع قواعد القانون العماني الذي رسّخ هذا الحق في تشريعاته.

ثانياً- التوصيات:

- لرفع أي لبس محتمل، وتوضيحاً للحالات التي يجوز فيها استئناف أحكام محكمة الأحداث الابتدائية، وعدم ترك ذلك للقواعد العامة في قانون الإجراءات الجزائية؛ يوصي الباحث تعديل الفقرة الأولى من المادة (٤٢) من قانون مساءلة الأحداث العماني ليكون نصها الآتي: (يجوز استئناف الأحكام الصادرة من محكمة الاستئناف عدا الأحكام الصادرة بالتوبيخ وتسليم الحدث إلى والديه أو أحدهما أو إلى من له الولاية عليه، فلا يجوز استئنافها إلا لخطأ في تطبيق القانون، أو بطلان في الحكم، أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم، ويكون الحكم الصادر على الحدث بتدابير الرعاية والإصلاح واجب التنفيذ، ولا يترتب على الطعن وقف تنفيذ الحكم...).

▪ تحقيقاً للعدالة، وتمكيناً للحدث الجانح من حقه في الطعن، يوصي الباحث إضافة الحدث الجانح نفسه ضمن الذين يحق لهم الطعن في الأحكام، ويكون ذلك بتعديل نص الفقرة الثانية من المادة (٤٢) من قانون مسائلة الأحداث العماني لتكون المادة كالاتي: (... ولكل من الحدث المحكوم عليه الذي بلغ سن السادسة عشر من العمر، أو والديه، أو الولي، أو الوصي، أو المؤتمن عليه أن يطعن في الحكم الصادر ضده).

المراجع

أولاً- كتب الفقه الإسلامي واللغة العربية:

- ابن أبي الدم، شهاب الدين إبراهيم بن عبدالله، أدب القضاء، (بيروت: دار الفكر، د.ت.).
- ابن أبي شيبة، عبدالله بن محمد بن إبراهيم العبسي، مصنف ابن أبي شيبة، (الرياض: مكتبة الرشد، ط١، ١٤٠٩هـ).
- ابن القيم الجوزية، شمس الدين أبي عبدالله بن أبي بكر الزرعي، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، (القاهرة: مطبعة المدني، د.ت.).
- ابن حنبل، أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني، مسند الإمام أحمد بن حنبل، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٢١هـ/٢٠٠١م).
- ابن قدامة، عبدالله بن أحمد بن محمد المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد، (بيروت: المكتب الإسلامي، ط٥، ١٩٩٨م) ج٤.
- ابن قدامه، عبدالله بن أحمد بن محمد المقدسي، المغني، (بيروت: دار الفكر، ط١، ١٤٠٥هـ).
- البيهقي، أحمد بن الحسين، سنن البيهقي الكبرى، (مكة المكرمة: مكتبة دار الباز، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م).
- الحصكفي، محمد بن علي بن محمد الحصني، الدر المختار بشرح تنوير الأبصار، (بيروت: دار الفكر، ط٢، ١٣٨٢هـ).
- الزيات، أحمد، ومصطفى، إبراهيم، وعبدالقادر، حامد، والنجار، محمد علي، المعجم الوسيط، (استنبول . تركيا: دار الدعوى، د.ت.).

- الفراهيدي، الخليل بن أحمد، كتاب العين، (إيران: انتشارات اسوه، ط ١، ١٤١٤هـ).
- الكاساني، علاء الدين أبوبكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (بيروت: دار الكتاب العربي، ط ٢، ١٩٨٢م).
- المالكي، محمد بن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٩٩٥م).
- محمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، (بيروت: دار المعرفة، ١٤٠٦هـ).

ثانياً- الكتب القانونية:

- حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، (القاهرة: دار النهضة العربية، ط ٢، ١٩٨٨م).
- الدبيسي، مدحت، محكمة الطفل والمعاملة الجنائية للأطفال، (الإسكندرية: المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١١م).
- ربيع، حسن محمد، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، (القاهرة: بدون دار نشر، ط ١، ٢٠٠١م).
- الطالب، السنية محمد، إجراءات محاكمة الأحداث في التشريع الجزائري، "بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في جامعة محمد خيضر بالجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العام الجامعي ٢٠١٣/٢٠١٤م".
- محمد، أحمد علي عبدالحليم، الحماية الجنائية للطفل في الشريعة الإسلامية والقانون المصري، (القاهرة: دار النهضة العربية، ١٤٣٤هـ/٢٠١٤م).

ثالثاً- القوانين:

- قانون الإجراءات الجزائية العماني، "الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٩/٩٧) بتاريخ ١٢/١/١٩٩٩م نشر في الجريدة الرسمية العدد (٦٦١) بتاريخ ١٥/١٢/١٩٩٩م".
- قانون الطفل المصري، "قانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٦م المعدل بالقانون رقم (١٢٦) لسنة ٢٠٠٨م".
- قانون مساءلة الأحداث العماني، "الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٨/٣٠) بتاريخ ٩/٣/٢٠٠٨م، منشور في الجريدة الرسمية العدد (٨٥٩) بتاريخ ١٥/٣/٢٠٠٨م".

رابعاً- مجموعات المبادئ القضائية:

- مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، في الفترة من ٢٠٠٥/١/١ وحتى ٢٠٠٥/١٢/٣٠م، السنة القضائية الخامسة، سلطنة عمان: المكتب الفني، المحكمة العليا.
- مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، للسنتين القضائيتين الثالثة عشرة والرابعة عشرة، سلطنة عمان: المكتب الفني، المحكمة العليا.
- مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، للفترة من ٢٠٠٧/١٠/١م وحتى ٢٠٠٨/٦/٣٠م، السنة القضائية الثامنة، سلطنة عمان: المكتب الفني، المحكمة العليا.
- مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، في الفترة من ٢٠٠٦/١٠/١ وحتى ٢٠٠٧/٦/٣٠م، السنة القضائية السابعة، سلطنة عمان: المكتب الفني، المحكمة العليا.
- مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، في الفترة من ٢٠٠٩/١٠/١ وحتى ٢٠١٠/٦/٣٠م، السنة القضائية العاشرة، سلطنة عمان: المكتب الفني، المحكمة العليا.
- مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية والمبادئ المستخلصة منها لعام ٢٠٠٣م، مسقط ٢٠٠٤م، سلطنة عمان: المكتب الفني، المحكمة العليا.
- مجموعة الأحكام الصادرة عن هيئة توحيد المبادئ والدائرة الجزائية مع المبادئ المستخلصة منها لسنة ٢٠٠٤م، مسقط ٢٠٠٦م، سلطنة عمان: المكتب الفني، المحكمة العليا.

خامساً- الأحكام القضائية:

- الحكم القضائي رقم (٢٠١٦/١٣٢١م) الصادر عن محكمة جناح الأحداث المستأنفة بمسقط بتاريخ ٢٠١٦/١١/٢٠م.
- الحكم القضائي رقم (٢٠١٦/١٣٢٢م) الصادر عن محكمة جناح الأحداث المستأنفة بمسقط بتاريخ ٢٠١٦/١١/٠م.
- الحكم القضائي رقم (٢٠١٦/ج/٣١م) الصادر عن محكمة جناح الأحداث المستأنفة بصحار بتاريخ ٢٠١٧/١/٣٠م.

سادساً- المقابلات:

- مقابلة مع فضيلة القاضي السيد/ خليفة بن محمد بن خليفة البوسعيدي (نائب رئيس المحكمة العليا، رئيس الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا) بتاريخ ٢٠١٨/١٠/١٨ م
- أجوبة شفوية لفضيلة الشيخ القاضي الدكتور/ حمد بن خميس الجهوري (رئيس محكمة الاستئناف بالرسناق) بتاريخ ٢٠١٨/١١/٤ م.

سابعاً- الاتفاقيات والمعاهدات الدولية:

- Convention on the Rights of the Child (CRC), (Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 44/25 of 20 November 1989, entry into force 2 September 1990, in accordance with article 49), <http://www.un.org/en/index.html>.
- International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), (Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966, entry into force 23 March 1976, in accordance with Article 49), <http://www.un.org/en/index.html>.
- United Nations Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures (The Tokyo Rules), (Adopted by General Assembly resolution 45/110 of 14 December 1990), <http://www.un.org/en/index.html>.
- United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (The Beijing Rules), (Adopted by General Assembly resolution 40/33 of 29 November 1985), <http://www.un.org/en/index.html>.



القيمة القانونية لإجراءات التحقيق الأولي دراسة مقارنة في القانون اللبناني والعماني

الدكتور/ عاصم شقيب علي صعب*

الملخص:

جاء هذا البحث بعنوان (القيمة القانونية لإجراءات التحقيق الأولي/دراسة مقارنة في القانون اللبناني والعماني)، وقد تمحورت إشكاليته حول مدى تمتع المحاضر المنظمة خلال التحقيق الأولي بحجية في إثبات الجريمة بحق فاعلها.

وقد قسم الباحث هذا البحث إلى مبحثين، تناول في الأول أهم إجراءات التحقيق الأولي وهي القبض والتفتيش والاستجواب، والثاني تناول حجية المحاضر المنظمة خلال هذا التحقيق من خلال استعراض موقف المشرع من هذه المحاضر، وموقف القضاء منها، ثم أثرها في تكوين قناعة القاضي. وذلك بهدف التوصل إلى إجابة على التساؤلات التي طرحتها إشكالية البحث، وقد خلص هذا البحث إلى عدة نتائج أهمها، أن المشرع نظم إجراءات التحقيق الأولي وترك أمر تقديرها إلى القضاء الذي ساد موقفه الحذر منها، نظراً لكون القائمين بها ليسوا من الجسم القضائي، واستناداً إلى هذه النتائج جاءت التوصية بتفعيل القيمة القانونية لمحاضر التحقيق الأولي من خلال تحقق عدة عناصر ذكرت في خاتمة البحث.

الكلمات مفتاحية: حجية محاضر التحقيق - الضابطة العدلية - حقوق وحريات الأفراد - الضمانات الدستورية والقانونية - القناعة الشخصية للقاضي.

*باحث في مجال القانون الجزائري - أستاذ مساعد (سابق) في كليات الحقوق بجامعة السلطان قابوس وجامعة بيروت العربية والجامعة الإسلامية في لبنان.



Legal Value of Preliminary Investigation Procedures A Comparative Study in Lebanese and Omani Law

Dr. Assem Chakib Ali Saab*

Abstract:

This research paper is titled “The legal value of Preliminary Investigation Procedures: A Comparative Study between the Lebanese and the Omani Law”. The research question revolves around the extent of the conviction of the report drafted during the preliminary investigation, in proving the perpetrator’s guilt. The researcher analyzed this question following a two part division. In the first title, the researcher addressed the main preliminary investigation procedures which consist of the arrest, the search and the interrogation. In the second title, the researcher explored the conviction of the reports drafted during this investigation, by reviewing the legislative stance and then the Judiciary’s position with regard to these reports, before examining their effect on forming the judge’s conviction/moral certainty, hence providing answers to the inquiries raised by the research question.

This research paper concluded with several outcomes, most prominently that the legislator, upon prescribing the preliminary investigation’s procedures, has left the appreciation of the value of these procedures to the Judiciary. The latter’s position in this regard has been cautious, on the basis that those in charge of these procedures are not members of the judicial body. Given these conclusions, the research’s recommendation suggests enabling the legal value of the preliminary investigation reports upon the verification of several elements mentioned in the conclusion of this research paper.

Keywords: Evidential Value of Investigation Reports - Judicial Police - Individual Rights and Liberties - Legal and Constitutional Guarantees - Judge’s Intimate Conviction.

*Researcher in the Field of Criminal Law, Assistant Professor (former) in the Colleges of Law at Sultan Qaboos University, Beirut Arab University and the Islamic University of Lebanon.

المقدمة

يفترض إجراء تحقيق جزائي أن جريمة ما قد وقعت، وأن الكشف عن هذه الجريمة أمر ضروري تلح عليه متطلبات حماية المجتمع وصيانة أمنه، فكان لا بد من وجود جهات مختصة تقوم بهذا الواجب عبر اتخاذ الإجراءات اللازمة للبحث والتفتيش عنها، وكشف ملبساتها ومعرفة فاعليها وتقديمهم إلى القضاء لمحاكمتهم. لذلك، تعتمد القوانين الإجرائية إلى إنشاء سلطات توكل إليها أمر القيام بهذه المهمة وتنظم صلاحياتها^(١)، وتقوم الضابطة العدلية عادة بإجراء تحقيق أولي في الجرائم المشهودة^(٢)، وذلك فور اتصال علمهم بها، إما بناء لتعليمات من النيابة العامة أو بصورة تلقائية، على أن يتم إعلام النيابة العامة بهذا الإجراء بموجب محاضر ضبط. وقد حددت المادتان (٣٨ و ٣٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية أشخاص الضابطة العدلية بحيث يمكن تصنيفهم إلى فئات ثلاث، ضباط عدليين قضائيين، وضباط عدليين مساعدين ذات اختصاص نوعي عام، وضباط عدليين ذوو اختصاص نوعي خاص يتعلق بالوظائف التي يؤديونها، وقد جاء هذا التنظيم أيضاً في قانون الإجراءات الجزائية العماني بنص المادة (٣١)، وما يهمننا الحديث عنه من بين الفئات المذكورة، أولئك الذين يقومون بإجراءات التحقيق الأولي من رجال الشرطة الذين يتمتعون بصفة الضبط العدلي أو القضائي، وتقوم الضابطة العدلية من حيث الأصل بإجراء التحقيق في الجرائم المشهودة، حيث تكون معالم الجريمة -في الغالب- واضحة

(١) هذه الجهات هي الضابطة العدلية وفقاً لاصطلاح المشرع اللبناني، وقد أعطيت هذه الصلاحية للضابطة العدلية بموجب المادة (٤٠) من قانون أصول المحاكمات الجزائية. ويقابلها في اصطلاح المشرع العماني مأمورو الضبط القضائي، وقد منحوا هذه الصلاحية بموجب المادة (٣٠) من قانون الإجراءات الجزائية. على أن كل من المصطلحين واحد لا يختلف في المضمون وإنما فقط في التسمية، وسوف نستعمل كلا المصطلحين بحسب القانون الذي نتكلم بشأنه.

(٢) الجريمة المشهودة وفقاً لاصطلاح المشرع اللبناني، يقابلها في اصطلاح المشرع العماني الجريمة المتلبس بها. وسوف نستعمل في هذا البحث كلا المصطلحين بحسب القانون الذي نتكلم بشأنه.

ويسهل التحقق من الأدلة وتحصيلها، ولا تثير حالة الجريمة المشهودة مشكلة في الواقع، ولكن المشكلة تثور عندما تقع جريمة لا تعد قانوناً من نوع المشهودة، ففي هذه الحالة يكون على القائم بالتحقيق الانطلاق مما هو معلوم لديه نحو ما هو مجهول عنه، ويتطلب هذا الأمر القيام بإجراءات شرطية يقوم بها أشخاص متخصصون بسرعة ودقة متناهيتين.

وتتمتع الضابطة العدلية بميزة القيام بهذه الإجراءات، ذلك أن واقع عملها يفرض وجودها الدائم ميدانياً وسهولة اتصالها مع مكونات المجتمع، مما يمكنها من معرفة الأماكن التي يبلغ عن حصول جريمة فيها، وسرعة الانتقال إليها، الأمر الذي لا يتوفر بنفس المميزات لدى أعضاء النيابة العامة أو الادعاء العام أو قضاة التحقيق، حيث الأعمال القضائية تهيمن على دوائهم وتستريح أوقاتهم، والواقع الحاصل أن أغلب الإخباريات والشكاوى ترد إلى مراكز الضابطة العدلية؛ نظراً لقربها من الناس، حيث يتم تلقي هذه الإخباريات والشكاوى وعرضها على النيابة العامة، فتطلب هذه الأخيرة إلى الضابطة العدلية القيام بالتحقيق اللازم، وإعلامها بالإجراءات المتخذة، والنتائج التي تتوصل إليها، توفيراً على دوائر القضاء، وبنتيجة التحريات التي يقوم بها رجال الضابطة العدلية، قد يتم الاشتباه بأحد الأشخاص على أنه مرتكب الجريمة، فيتم سوجه إلى مركز الضابط العدلي القائم بالتحقيق ويعلم عن أسباب هذا الإجراء، ويجري استيضاحه عما يعرفه عن هذه الجريمة، وتسمع إفادته، وتدون في محضر ضبط، وبالطبع، فإن الإجابة التي ستصدر عن الشخص المستمع إليه ستكون سلبية، فهل تصدق أن شخصاً ارتكب جرمًا قد يعاقب عليه القانون بالإعدام سيعترف بارتكابه الفعل بمجرد سؤاله عنه؟، وهل يمكن لقاضي التحقيق إذا ما أحيل هذا الشخص إليه بحسب القانون أن يحصل على اعتراف منه وبحضور وكيله؟، وإذا كان التحقيق سيجري على هذا النحو، فكيف يمكن أن تستبين الحقيقة؟، وكيف يمكن القبض على مرتكب الجريمة؟، ومن ثم حماية المجتمع وصيانة الأمن، كل ذلك سيؤدي بالقائم بالتحقيق لاستبدال استماع المشتبه به باستجوابه، وسيأتي الاستجواب تفصيلاً، وقد لا يقتصر على ساعات من الوقت بل قد يستمر أياماً أو يتجاوزها، وإذا ما اعترف

المستجوب بنتيجة الاستجواب بارتكابه الجريمة بعد نكرانه لها بسؤاله عنها، فإن ذلك يوحي بشكل كبير إمكانية تعرضه للضغط والإكراه وما يرافق ذلك من إجراءات قد تتطوي بذاتها على انتهاك لحقوق الإنسان وحرية وكرامته.

نهاية الأمر، فإن هذا التحقيق ينظم به محضراً يتضمن الإجراءات كافة ثم يحال إلى الادعاء العام مع الشخص الموقوف، وبذلك تكون الضابطة العدلية قد قدمت لسلطة الادعاء المعلومات الوفيرة لتسهيل عملها، وحيث تتجلى غوامض القضية أمام التحقيق القضائي.

إشكالات البحث:

بالرغم مما يقدمه التحقيق الأولي من منفعة عملية لا يمكن إنكارها، حيث يتاح للنيابة العامة الاطلاع على القضايا بصورة جلية لتتخذ موقفاً منها سواء لإقامة الدعوى العامة أم لحفظها، وتجنب دوائر التحقيق القضائية من تكس الإخبارات والشكاوى أمامها، فإنه مقابل ذلك، ينطوي هذا التحقيق على مخاطر فادحة؛ لأن حرية الإنسان وحقوقه ستكون عرضة للانتهاك حال قيام رجال الشرطة بأي من هذه الإجراءات، إذ إن جل اهتمامهم ينصب على هدف إنجاح عملهم بشتى الوسائل، بدلاً من الحفاظ على الحقوق والحرية وأهمها حق الدفاع في هذه المرحلة من التحقيق. وإذا كانت المصلحة العامة والعدالة تقتضيان ملاحقة مرتكب الجريمة ومعاقبته، فإنهما تقتضيان كذلك الحفاظ على حقوق الناس وحريةاتهم، وينبغي الإشارة بهذا الصدد إلى أن الفقه والاجتهاد يقفان إجمالاً موقف الحذر من التحقيق الأولي الذي تجر به الضابطة العدلية بالنظر لعدم توفر الضمانات اللازمة التي تحول دون الحصول على الأدلة بصورة قانونية⁽³⁾، كل ذلك يؤدي إلى إضعاف الثقة في إجراءات التحقيق الأولي وبالتالي فقدان قيمتها القانونية، الأمر الذي يذهب بالجهد المبذول من قبل السلطات

(3) د. مصطفى العوجي، حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية، مؤسسة نوفل، بيروت، 1989م، ص 535.

سدى، ولهذا تتجسد إشكالات البحث في الوقوف عن كذب على مدى جدية هذه التحقيقات ومدى الاعتراف بقيمتها القانونية.

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في إشكالاته، فإذا كانت مشكلة البحث تدور حول مدى تمتع محاضر التحقيقات الأولية بقيمة قانونية، فإن أهميته تقتضي تسليط الضوء على مواطن القوة والضعف في إجراءات التحقيق الأولي، في محاولة للتوصل إلى تفعيل القيمة القانونية للمحاضر المنظمة بشأنها.

أهداف البحث:

يهدف الباحث من خلال التطرق لهذا الموضوع إلى إبراز الواقع العملي والقضائي لتطبيق النصوص القانونية النازمة لإجراءات التحقيق الأولي، وإظهار ما يعثور هذا التطبيق - ما استطعنا إلى ذلك سبيلاً - وأثر ذلك على سير العدالة الجزائية بهدف إصلاح ما يمكن إصلاحه على مستوى التشريع والتطبيق. وبطبيعة الحال يستهدف الباحث شريحة واسعة من القانونيين، يأتي على رأسهم المشرع الجزائري وفقهاء القانون وأجهزة القضاء والشرطة.

منهجية البحث:

يعتمد الباحث في كتابة هذا البحث المنهج الوصفي التحليلي المقارن، وذلك من خلال إبراز النصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع، وتناولها بالمقارنة بين قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني وقانون الإجراءات الجزائية العماني، ثم يتناول بالتحليل بعض أحكام هذه النصوص مستنداً إلى ما تزخر به أحكام القضاء من تطبيق.

تحديد نطاق البحث:

يتناول هذا البحث في جزء منه إجراءات التحقيق التي تقوم بها الضابطة العدلية، وهي إجراءات متعددة ومتنوعة، منها ما يحصل في مواجهة الأشخاص وتحديد المتهم كالقبض والتفتيش والاستجواب، ومنها ما يحصل بالاستقلال عن الأشخاص كالانتقال

والمعاينة، ولكي يمتاز البحث بالدقة والاختصار، سوف نقصر الحديث عن الإجراءات بتلك التي تحصل في مواجهة المتهم وتكون أكثر تأثيراً في سير التحقيق ونتيجة الدعوى، ألا وهي القبض والتفتيش والاستجواب، ونستبعد غيرها من الإجراءات.

تقسيم البحث:

باعتبار أن البحث يتناول القيمة القانونية لإجراءات التحقيق الأولي، فينبغي علينا أن نتناول فيه إجراءات هذا التحقيق من خلال بيان تنظيمها القانوني ثم نتناول ما تحوزه هذه الإجراءات من حجية في الإثبات.

وبناء عليه، سوف نتوزع موضوعات هذا البحث على مبحثين وفقاً لما يلي:

المبحث الأول: إجراءات التحقيق في مواجهة الأشخاص.

المبحث الثاني: حجية محاضر التحقيق الأولي في الإثبات.

المبحث الأول

الإجراءات القائمة بمواجهة الأشخاص

تتضمن هذه الإجراءات القبض والتفتيش وضبط الأدلة واستماع الشهود، وغير ذلك، لكننا سنقصر البحث كما أسلفنا على إجراءات القبض والتفتيش والاستجواب فقط، حيث نتناول كل موضوع منها في مطلب مستقل.

المطلب الأول

القبض

فور توفر الأدلة الثبوتية على من يشتبه به في ارتكاب الجريمة، يعمد المحقق إلى توقيفه، ويعلمه بذلك مع بيان الأسباب الموجبة له، ويثبت ذلك في محضر ضبط، ولدراسة هذا الإجراء ينبغي بيان مفهومه وأصول القيام به.

الفرع الأول مفهوم القبض

يقتضي بيان مفهوم القبض تعريفه، ثم بيان الصلاحية في إجراءاته، ثم ضوابطه القانونية.

أولاً- تعريف القبض:

القبض يعني تقييد حرية الشخص المقبوض عليه ومنعه من ممارسة حقه في الحرية^(٤)، وبهذا المعنى يكون القبض إجراء خطيراً ينطوي بذاته على المساس بحقوق الفرد وحرية التي تنص عليها الدساتير والمواثيق العالمية لحقوق الإنسان، لذلك حرصت الدساتير^(٥) والقوانين الإجرائية على تنظيم هذا الإجراء وإحاطته بضمانات مختلفة^(٦)، وإن كانت هذه الضمانات -في الغالب- لا ترتب البطلان صراحة نتيجة مخالفة الإجراءات القانونية، إلا أنها تفرض جزاءات مدنية وجزائية على مرتكبيها.

ثانياً- الصلاحية في القبض:

الأصل أن الصلاحية بهذا الإجراء تعود لسلطة التحقيق في جميع الحالات^(٧)، وتتمثل سلطة التحقيق في لبنان بقضاء التحقيق، أما النيابة العامة ورجال الضابطة العدلية فيجوز لهم استثناء القبض في حالة الجريمة المشهودة^(٨).

(٤) وقد عرفته محكمة النقض المصرية بأنه: (إمساك المقبوض عليه من جسمه، وتقييد حركته، وحرمانه من حرية التجول، دون أن يتعلق الأمر على قضاء فترة زمنية معينة)، قرار بتاريخ ٢٧/٤/١٩٥٩م، مجموعة أحكام النقض، س ١٠، رقم ١٠٥، ص ٤٨٢.

(٥) المادة الثامنة من الدستور اللبناني، والمادة (٢٣) من النظام الأساسي للدولة في سلطنة عمان.
(٦) المادتان (٤٧ و٤٨) من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني، والمادة (٤١) من قانون الإجراءات الجزائية العماني.

(٧) هذا ما جاء في توصية المؤتمر الدولي السادس لقانون العقوبات الذي انعقد في روما عام ١٩٥٣م.

(٨) ولكن يلاحظ أن المادة (٣٢/٢) من قانون أصول المحاكمات الجزائية التي تناولت صلاحية النيابة العامة في الجريمة المشهودة ذكرت الجناية، أما المادة (٤١/١) التي تناولت صلاحية=

ولا يختلف الأمر بالنسبة إلى قانون الإجراءات الجزائية العماني، مع فارق يتمثل في أن أعضاء الادعاء العام يجمعون بين وظيفتي الضبط القضائي والتحقيق، فالأصل إذاً أن القبض هو من صلاحية الادعاء العام باعتباره سلطة التحقيق، وقد أجاز قانون الإجراءات الجزائية لمأموري الضبط القضائي في حالات التلبس بالجنايات والجنح المعاقب عليها بالسجن أن يأمر بالقبض على المتهم الحاضر، إذا قامت أدلة قوية على ارتكابه الجريمة وفقاً للمادة (٤٢) من القانون المذكور.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة (٤٥) من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني تجيز لكل شخص من موظفي الحكومة أو من عامة الناس أن يقبض على الفاعل في حالة الجرم المشهود سواء أكانت الجريمة من نوع الجناية أم الجنحة المعاقب عليها بالحبس ويحضره إلى أقرب مركز للضابطة العدلية، والأمر نفسه أقره المشرع العماني بموجب المادة (٤٣٩) من قانون الإجراءات الجزائية^(٩).

ثالثاً- ضوابط القبض:

باعتبار أن القبض إجراء يمس حرية الفرد وحقه في التنقل، كان لا بد للمشرع أن يضمن حصول هذا الإجراء بدون تعسف من قبل أعطاه القانون حق القبض. وعليه، سوف نلقي الضوء على شروط إجراء القبض وحقوق المقبوض عليه.

١- **شروط القبض:** أحاط المشرع إجراء القبض بشروط معينة تمثل في مضمونها ضمانات قانونية للمقبوض عليه خشية تعسف السلطة، سواء في إصدار أمر القبض أم في تنفيذه^(١٠).

=الضابطة العدلية في الجريمة المشهودة ذكرت (الجريمة) ولم تحدد ما إذا كانت هذه الجريمة جنائية أو جنحة.

^(٩) تجدر الإشارة إلى أن كل من المشرعين اللبناني والعماني أجاز استعمال القوة أثناء تنفيذ القبض وفقاً لضوابط محددة. تراجع المادة (٢٢٥) من القانون رقم ٩٠/١٧ الخاص بتنظيم قوى الأمن الداخلي في لبنان والمادة (٤٤) من قانون الإجراءات الجزائية العماني.

^(١٠) د. ماهر جعفر عبيد، الوسيط في شرح قانون الإجراءات الجزائية العماني، الجزء الأول، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان/الأردن، طبعة ثانية ٢٠١٦م، ص ٥٤٩.

وتتمثل هذه الشروط بضرورة توفر شبهات قوية حول ارتكاب الشخص المقبوض عليه الجريمة أو إسهامه فيها، كما يجب أن تكون هذه الجريمة من نوع الجنائية أو الجنحة المعاقب عليها بالحبس، كل ذلك مرهون بكون الجريمة مشهودة أو متلبس بها^(١١).

أما في حالة الجريمة غير المشهودة، أي خارج حالة التلبس، فلا يجوز للضابط العدلي أن يلقي القبض على الأشخاص إلا بعد الحصول على إذن أو أمر بالقبض من السلطة المختصة^(١٢).

وقد حظرت المادة (٣/٤٧) من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني على الضابطة العدلية احتجاز المشتبه به في نظاراتهم إلا بقرار من النيابة العامة، كما حظرت عليهم تفتيشه إلا بعد الحصول على إذن مسبق، وكذلك الأمر بالنسبة لمأموري الضبط القضائي في سلطنة عمان، إذ إن المادة (٤٨) من قانون الإجراءات الجزائية أعطت هؤلاء صلاحية التحفظ على المشتبه به فقط، إذا قامت دلائل كافية على أنه مرتكب الجرم، وذلك إلى حين استصدار أمر بالقبض من الادعاء العام. ولن نخوض في تفاصيل هذه الشروط لعدم اتساع الموضوع بل نكتفي بالإشارة إلى النصوص القانونية.

٢- حقوق المقبوض عليه: أوجب المشرع على مأموري الضبط القضائي فور إجراء القبض على المشتبه فيه واحتجازه أن يبلغه بحقوقه التي منحه إياها القانون، وتتمثل هذه الحقوق بالسماح له بالاتصال بأحد أفراد عائلته أو بصاحب العمل أو بمحام يختاره أو بأحد معارفه، كما له الحق بالاستعانة بمترجم، إذا لم يكن يعرف اللغة

^(١١) يراجع في ذلك المادة (٤١) من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني والمادة (٤٢) من قانون الإجراءات الجزائية.

^(١٢) يراجع نص المادة (٤٨) من قانون الإجراءات الجزائية العماني.

المحلية، بالإضافة إلى حقه في الاستعانة بطبيب على أن تتم معاينة المريض دون حضور الضابط العدلي^(١٣).

وقد رتب المشرع اللبناني جزاء على عدم التزام رجال الضابطة العدلية بهذه القواعد، فقد نصت المادة (٤٨) من قانون أصول المحاكمات الجزائية على أنه إذا خالف الضابط العدلي الأصول المتعلقة باحتجاز المدعى عليه أو المشتبه فيه، فيتعرض للملاحقة بجريمة حجز الحرية المنصوص والمعاقب عليها في المادة (٣٦٧) من قانون العقوبات بالإضافة إلى العقوبة المسلكية، سواء أكانت الجريمة مشهودة أم غير مشهودة، وفي الإطار نفسه حرص المشرع العماني على هذه الضمانات، فقد نصت المادة (٣٢) من قانون الإجراءات الجزائية على أن مأموري الضبط القضائي يمارسون عملهم تحت إشراف الادعاء العام، ولهذا الأخير أن يطلب من الجهات المسؤولة عنهم إقامة الدعوى التأديبية بحقهم مع عدم الإخلال بحق الادعاء العام برفع الدعوى العمومية.

الفرع الثاني

أصول إجراء القبض

ذكرنا أن صلاحية رجال الضبط القضائي بالقبض والمقررة قانوناً هي في حالة الجريمة المشهودة من نوع الجناية والجنحة المعاقب عليها بالحبس، ما يعني أنه لا يحق لهؤلاء القبض على الأشخاص خارج هذه الحالة إلا بعد الحصول على إذن من السلطة المختصة، ويفسر هذا الموقف في التشريع بمنع التعرض لحرية الأفراد في الحالات الأخرى، إلا أن الضابطة العدلية، مستفيدة من الضرورات العملية، أباحت لنفسها القيام بهذا الإجراء أثناء التحقيق في الجرائم غير المشهودة، واعتمدت في تنظيم

^(١٣) المادة (٤٧) من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني، والمادة (٤٩) من قانون الإجراءات الجزائية العماني.

عملها بهذا الشأن على ما أنيط بها من صلاحيات في الجرائم المشهوددة لجهة مدة التوقيف^(١٤).

ولكن الأمر لا يجري بهذه السهولة، إذ إن توقيف المشتبه فيه لدى الضابطة العدلية يتجاوز في بعض الأحيان مدة التوقيف المقررة قانوناً، فمن استقراء بعض الأحكام القضائية والتحقيقات المجراة بشأنها، نجد أن بعض التوقيفات استمرت أياماً وأسابيع، وعلّة ذلك هي في استجلاء بعض النقاط العالقة في التحقيق وتوضيحها كي يظهر التحقيق واضحاً جلياً أمام السلطة المختصة.

وبذكر أمثلة على هذه التوقيفات، نجد أن أحد المتهمين أوقف مدة ستين يوماً أثناء التحقيق الأولي في مركز الضابطة العدلية^(١٥)، وآخرين أوقفوا لمدة تتجاوز العشرين يوماً، إن مثل هذه التوقيفات على سبيل المثال لا الحصر، لا شك مخالفة للقوانين ولشريعة حقوق الإنسان، فهل تتم هذه الإجراءات من قبل الضابطة العدلية بشكل تلقائي ودون معرفة الجهة العدلية المختصة وموافقتها؟

للإجابة على هذا التساؤل، نرى أن كل الأعمال التي تجريها الضابطة العدلية تكون بمعرفة النيابة العامة أو قاضي التحقيق وبموافقتها المسبقة، فإذا جرى القبض قبل الحصول على هذه الموافقة فيتم إعلام الجهة المختصة فوراً بالإجراء، ويتم التقييد بتعليماتها، وهذا ما نصت عليه المادة (٢١٧) من قانون تنظيم قوى الأمن الداخلي.

ولما كانت التوقيفات المذكورة مخالفة لقانون أصول المحاكمات الجزائية ولقانون تنظيم قوى الأمن الداخلي، مما دفع المديرية العامة لهذه القوى إلى استيضاح النيابة العامة التمييزية حول هذا الموضوع، حيث أكد التوضيح^(١٦) أن المدة القانونية هي ٢٤

^(١٤) وعملاً بالمادة (٢١٧) من القانون رقم ٩٠/١٧ الخاص بتنظيم قوى الأمن الداخلي، يجب سوق الموقوف الى إحدى أماكن التوقيف أو الى السلطة العدلية المختصة خلال ٢٤ ساعة من تاريخ التوقيف، فإذا استوجبت ضرورة التحقيق تمديد هذه المهلة، فتمدد استثنائياً بناء لطلب السلطة المذكورة على ألا تتجاوز هذه المهلة في مطلق الأحوال الثلاثة أيام.

^(١٥) في قرار لمحكمة جنايات جبل لبنان، محضر برقم ٩٩/٣٤ تاريخ ١٤/١/١٩٩٩م.

^(١٦) تعميم النيابة العامة التمييزية رقم ٢٩/ص/٩٤ تاريخ ٤/٨/١٩٩٤م.

ساعة قابلة للتمديد لمدة ثلاثة أيام، ولا يجوز أن تتعدى هذه المدة، وهذا التمديد يتطلب قراراً خطياً من الجهة القضائية المشرفة على التحقيق.

وبناء عليه، أكدت هذه المديرية العامة هذا الأمر حيث أصدرت مذكرة^(١٧) طلبت بموجبها من جميع قطعات قوى الأمن الداخلي التقيد بالتوضيح المذكور، وأوجبت على رجال الضابطة العدلية في حال طلبت السلطات القضائية المشرفة على التحقيق تمديد مهلة التوقيف لغاية ثلاثة أيام من غير قرار خطي، أو لمدة تجاوز الثلاثة أيام، أن يعلموا السلطة القضائية المختصة والمديرية العامة لقوى الأمن الداخلي بالأمر.

وإذا كان الأمر كذلك، فهل يمكن اعتبار التوقيفات المخالفة شرعية لكونها تتم بمعرفة السلطة العدلية المخولة قانوناً بسير التحقيق؟ بالطبع لا يوجد ما يبرر هذا الأمر، وذلك لمساس هذا الإجراء بالحريات الفردية.

أما على الصعيد الفقهي، فتذهب بعض الآراء إلى أنه ليس ما يمنع لجوء رجال الشرطة إلى ممارسة سلطة القبض على المدعى عليه بعد انتهاء تحقيقاتهم الأولية، إذا كانت طبيعة الجرم أو وضع الشخص يستلزمان هذا الإجراء^(١٨)، ذلك أنه إذا كانت القاعدة العامة تهدف إلى حماية الحريات من التعسف، إلا أنها تتناقض مع الضرورات العملية التي تفرض في ظروف معينة إلقاء القبض على من تتوفر ضده أدلة قوية، حتى لا يتمكن من الفرار أو من تشويه الأدلة أو التأثير على الشهود، ويرى البعض في معرض تبرير تجاوز القانون، أن الشرطة بقبضها على المجرم تؤدي خدمة عليا للمجتمع، ويكون وضعها في حالة الدفاع المشروع عن الهيئة الاجتماعية، وأن معاملة القبض هي مجرد احتجاز بسيط لا يدوم إلا الوقت الكافي لإحضار المدعى عليه إلى النيابة العامة^(١٩).

(١٧) مذكرة عامة رقم ٢٠٤/١٢١/٢٠٤ تاريخ ١٣/٨/١٩٩٤م، مراسلات قوى الأمن الداخلي.

(١٨) د. علي محمد جعفر، مبادئ الأحكام الجزائية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٤م، ص ٢١٦.

(١٩) د. عاطف النقيب، أصول المحاكمات الجزائية، دار المنشورات الحقوقية، بيروت، ١٩٩٣م،

ويذهب أبعد من ذلك، إلى أنه يمكن التغاضي عن هذا الإجراء في غير الجرائم المشهودة بحسب جسامة الجريمة ودرجة خطورة المجرم، فمن غير المعقول أن يتوصل الضابط العدلي إلى معرفة الفاعل فيستدعيه ويستجوبه ثم لا يمكنه إبقائه لديه تمهيداً لإحالاته إلى النيابة العامة نظراً لانقضاء مهلة الجريمة المشهودة، خاصة وقد توفرت لديه الأدلة ضده، إلا أن هذا التدبير يتطلب خصائص وشروط يجب توفرها في الضابط العدلي؛ نظراً لحصوله على هامش القانون^(٢٠).

ونرى أنه لا يجوز بإسم الضرورة العملية أن تنتهك حقوق الأفراد وحررياتهم الشخصية برغم وجود الرقابة المذكورة، لذلك يجب التوفيق في هذا الصدد بين مصلحتين، مصلحة المجتمع في القبض على المجرمين وكشف الجرائم وبث روح الطمأنينة بين المواطنين، وردع كل من تسول له نفسه تكرار جريمته، ومصلحة الأفراد التي تقتضي حماية حقوقهم المصانة بموجب الدساتير والقوانين.

ولا بد من أن تقوم عملية القبض على أساس قانوني ومشروع، فينبغي أن تكون المعلومات التي بني عليها القبض أو صدور الإذن بالتوقيف أكيدة وصالحة وليست مبنية على مجرد الافتراضات والتكهنات أو تقدير رجال الضابطة العدلية المطلق، كي لا يفسح المجال لتدخل الأهواء والمصالح الشخصية في هذه الأعمال، وفي هذا الصدد نشير إلى أن مذكرة إلقاء القبض لا يمكن أن تصدر عن القاضي في أميركا إلا بعد أن يؤدي ضابط الشرطة اليمين أمام القاضي بأنه يعتقد بصورة راهنة بأن من يطلب إصدار المذكرة بحقه هو فاعل أو مساهم في الجرم، وهكذا يكل القانون إلى ضمير الضابط العدلي أمر التعرض لحرية المواطن^(٢١).

(٢٠) د. عاطف النقيب، المرجع السابق، ص ٤٦٤ و٤٦٥.

(٢١) د. مصطفى العوجي، حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية، مرجع سابق، ص ٥٣٧.



المطلب الثاني

التفتيش

التفتيش إجراء من إجراءات التحقيق، لذلك كان الأصل أن هذا الإجراء هو من صلاحية سلطة التحقيق، والاستثناء لرجال الضابطة العدلية في الجريمة المشهودة. وسوف نتناول فيما يلي مفهوم التفتيش ثم حالاته، وذلك في فرعين:

الفرع الأول

مفهوم التفتيش

التفتيش إذن إجراء من إجراءات التحقيق يشكل خرقاً وتعدياً على الحرية الشخصية للإنسان وعلى حصانة جسده^(٢٢)، وبالرغم من ذلك فقد نص عليه القانون وأعطى هذه الصلاحية بصفة أصيلة لسلطة التحقيق واستثنائية للضابطة العدلية بحسب ما إذا كانت الجريمة مشهودة أو غير مشهودة.

وسنتناول فيما يلي تعريف التفتيش وأهميته:

أولاً- تعريف التفتيش:

عرفت محكمة النقض المصرية التفتيش بأنه، (البحث عن عناصر الحقيقة في مستودع السر فيها)^(٢٣)، ولأن التفتيش يشكل انتهاكاً لحرية الإنسان في شخصه ومملكه، فيجب أن يخضع للشروط والحالات المنصوص عليها في القانون، وألا يتعداها، وذلك على اعتبار أن النص عليه جاء استثناء لقاعدة احترام حرية الشخص بشتى أنواعها^(٢٤).

(٢٢) المحامي إلياس أبو عيد، أصول المحاكمات الجزائية بين النص والاجتهاد والفقهاء، دراسة مقارنة، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣م، ص ١٩٥.
(٢٣) قرار بتاريخ ٣١/٣/١٩٥٩م، مجموعة أحكام النقض، س ١٠، ص ٣٩١، رقم ٨٧.
(٢٤) المحامي إلياس أبو عيد، المرجع السابق، ص ١٩٦.

ثانياً - صلاحية التفتيش:

نظراً لخطورة هذا الإجراء، فقد جعل المشرع صلاحية القيام به من قبل سلطة التحقيق -وهي قاضي التحقيق في لبنان والادعاء العام في سلطنة عمان- من حيث الأصل، وعلى سبيل الاستثناء من قبل الضبط القضائي في الجريمة المشهودة - المتلبس بها- أو بناء على أمر من السلطة المختصة أصلاً.

وعلة منح صلاحية التفتيش في الجريمة المشهودة تلقائياً من قبل عناصر الضبط القضائي تكمن في الغاية التي يهدف إليها هذا الإجراء أساساً، وهي ضبط أدلة الجريمة ومنع المشتبه فيه من إيذاء نفسه أو إيذاء الآخرين، ويعد هذا التفتيش امتداداً لصلاحية القبض الممنوحة لعناصر الضبط القضائي في هذه الحالة؛ لأنه لا يمكن تصور إلقاء القبض على شخص متهم أو مشتبه فيه بارتكاب جريمة دون تفتيشه^(٢٥).

وتجدر الإشارة إلى أن القانون قد أعطى الأفراد العاديين صلاحية القبض على الأشخاص في حالات معينة، لعل أهمها حالة الجريمة المشهودة، لكنه لم يعط هؤلاء صلاحية تفتيش المقبوض عليه لاعتبارات متعلقة بالحد من نتائج مخاطر هذا الإجراء الماس بالحرية الشخصية.

ومع ذلك، يرى الباحث أن لا ضير من الاعتداد بنتائج التفتيش إذا حصل من قبل فرد عادي لدى قيامه بالقبض على المشتبه فيه في حالة الجريمة المشهودة فقط دون الحالات الأخرى التي يسمح فيها القانون للأفراد العاديين القبض على الأشخاص^(٢٦)؛ نظراً للعلة التي من أجلها منح المشرع صلاحية التفتيش لعناصر الضبط القضائي في

^(٢٥) وقد نصت المادة (٤٦) من قانون الإجراءات الجزائية العماني صراحة على ذلك بقولها، (من يقوم بتنفيذ القبض من مأموري الضبط القضائي أن يفتش المقبوض عليه لتجريمه من أية أسلحة أو أشياء قد يستعملها في المقاومة أو في إيذاء نفسه أو غيره وأن يضبطها ويسلمها مع المقبوض عليه إلى الأمر بالقبض...).

^(٢٦) فقد يعطي القانون للأفراد العاديين صلاحية القبض في حالات متعددة كما جاء في المادة

(٤٣) من قانون الإجراءات الجزائية العماني.

الجريمة المشهودة والمتمثلة بمنع المقبوض عليه من إيذاء نفسه أو غيره أو الاعتداء على من يقوم بالقبض عليه من باب أولى.

ثالثاً- غاية التفتيش وأهميته:

غاية التفتيش -كما أسلفنا- تكمن في الحصول على الأدلة وحماية الشخص من إيذاء نفسه والآخرين، وتظهر أهمية التفتيش في أن إثبات الجرم في القضايا الجزائية غالباً ما يستند إلى أدلة مادية تؤيد الأدلة القولية الصادرة عن المتهم أو الشهود، فالغاية من هذا الإجراء هو البحث عن أدلة الجريمة، حيث يمكن أن يكون الجاني قد خلف وراءه بعضاً من المواد أو الأشياء المستعملة في الجريمة.

يستنتج من ذلك أن دواعي التفتيش هي وقوع جريمة تعد بنظر القانون جنائية أو جنحة، وتفترض وجود قرائن ودلالات على أن من يباشر الإجراء بحقه هو فاعل أو شريك فيها، أو حائزاً أشياء تفيد في كشف الحقيقة.

والتفتيش قد يجري على الأشخاص كما قد يجري على المنازل:

أولاً- تفتيش الأشخاص:

هذا التفتيش، وإن كان يعد تفتيشاً وقائياً، إلا أنه ضرورة من ضرورات التحقيق، إذ الغاية من تفتيش الشخص المتلبس أو المشتبه فيه هي الحرص على سلامة القائمين بالتحقيق وسلامة الشخص نفسه من أي أسلحة أو مواد خطيرة يمكن أن تكون بحوزته، ومنعه من تلف أدلة الجريمة.

والتفتيش يجب أن يتبع القبض، فمجرد القبض على شخص ما، فإن ذلك يفترض وجود مبررات قانونية استدعت القيام بهذا الإجراء الخطر، ومن ثم، فإن صلاحية التفتيش تكون قد قامت على أساس قانونية القبض^(٢٧).

ويقوم بعملية التفتيش رجل الضبط القضائي بنفسه إذا كان من يجري بحقه الإجراء من الذكور، أما إذا كانت أنثى فيعهد بتفتيشها إلى أنثى^(٢٨)، وعلة انتداب الأنثى

^(٢٧) تنص المادة (٧٧) من قانون الإجراءات الجزائية العماني على أنه: (المأموري الضبط القضائي تفتيش المتهم في الأحوال التي يجوز فيها قانوناً القبض عليه).

^(٢٨) نصت على هذا الإجراء المادة (٧٨) من قانون الإجراءات الجزائية العماني، وكذلك جاء في التعليمات الخاصة بتنظيم المحاضر في قوى الأمن الداخلي اللبناني.

لتفتيش أنثى تكمن في صيانة الآداب العامة والمحافظة على القيم الأخلاقية، وتتعلق هذه القاعدة بالنظام العام، ومن ثم، فإن كل تفتيش يجري خلفها يعد باطلاً ولو رضيت به الأنثى رضاً حراً وصريحاً^(٢٩).

ثانياً- تفتيش المنازل:

يتطلب تفتيش المنازل دخولها، هذا الإجراء ليس مباحاً لرجال السلطة العامة؛ نظراً لخطورته على حقوق الإنسان في احترام حرمة مسكنه وحياته الشخصية، لذلك، أحاط المشرع هذا الإجراء بضمانات مختلفة^(٣٠)، تتحدد بحسب الغاية من دخول المنزل، فإذا كانت الغاية منه إجراء التفتيش خضع لضوابطه وتقيده بقواعده، أما إذا كان الدخول لغرض آخر فهو غير جائز إلا في الحالات المصرح بها قانوناً.

وقد أقر المشرع اللبناني وكذلك العماني بصلاحيحة الضبط القضائي لدخول المنازل للتفتيش في حالة الجريمة المشهودة^(٣١)، أما خارج هذه الحالة فيستوجب الأمر الحصول على إذن بذلك من الجهة المختصة، إذا توفرت شروطه المحددة قانوناً.

ومع ذلك، يرى بعض الفقه، أن حصانة المسكن ليست مطلقة في جميع الأحوال، فالمنازل التي يمنع القانون الدخول إليها ويحصنها، هي المنازل الخاصة التي حرص صاحبها على حرمتها، أما إذا لم يراع صاحب المنزل نفسه حرمة، فأباح الدخول إليه لكل طارق دون تمييز، فمثل هذا المنزل يخرج من نطاق الحظر الذي نص عليه القانون، فإذا دخله أحد رجال الضابطة العدلية كان دخولاً مبرراً، وكان له تبعاً لذلك أن

(٢٩) د. علي جعفر، المرجع السابق، ص ٢١٦.

(٣٠) نصت المادة (٧٩) من قانون الإجراءات الجزائية العماني على أنه: (لا يجوز دخول أي مسكن إلا في الأحوال المبينة في القانون أو في حالة طلب المساعدة من الداخل أو في حالة الضرورة)، كما وضعت المادة (٢١٩) من القانون رقم ٩٠/١٧ الخاص بتنظيم قوى الأمن الداخلي في لبنان الحالات التي يجوز فيها دخول المنازل ليلاً أو نهاراً.

(٣١) المادة (٣٣) من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني، والمادة (٨٠) من قانون الإجراءات الجزائية العماني.

يضبط الجرائم التي يشاهدها فيه، فالمسكن والحالة هذه أصبح يأخذ حكم المحال المفتوحة للعموم^(٣٢).

وعليه، يقتضي بيان مفهوم المنزل لتطبيق الإجراءات الجزائية والغاية من تفتيشه، ثم بيان ما يرتبه المشرع من جزاء لمخالفة قواعده^(٣٣).

١- مفهوم المنزل لتطبيق الإجراءات الجزائية: لم تتفق التشريعات على مصطلح محدد فيما يتعلق بتفتيش الأماكن، فعلى سبيل المثال، أطلق المشرع اللبناني مصطلح المنزل، وأطلق المشرع العماني مصطلح المسكن، وكلا المصطلحين ينصرفان إلى محل الإقامة.

لذلك، ذهب القضاء في اتجاهات مختلفة، فمنها ما توسع في تفسير مصطلح المنزل ومنها ما ضيق منه، فقد ذهب اتجاه لاعتبار (الصندوق الحديدي) لدى المصرف هو امتداد للمنزل^(٣٤)، وأن السيارة هي أيضاً امتداد للمنزل إذا كانت موجودة داخله أو في أحد ملحقاته^(٣٥)، إلا أن محكمة التمييز الفرنسية لم توافق على التوسع في تفسير مفهوم المنزل وامتداده لشموله السيارة^(٣٦)، أو المحل المخصص للبيع^(٣٧)، وفي بعض تطبيقات القضاء اللبناني عرف المنزل بأنه المكان الذي يقيم فيه الإنسان مع أفراد عائلته^(٣٨)، أو المكان الذي فيه صفة الاستقرار^(٣٩).

(٣٢) د. سامي الحسيني، النظرية العامة في التفتيش في القانون المصري والمقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٢م، ص ٨٤.

(٣٣) ولن نتحدث عن شروط التفتيش كما لم نتحدث سابقاً عن شروط القبض.

(٣٤) يراجع في ذلك حكم فرنسي أشار إليه المحامي إلياس أبو عيد، مرجع سابق، ص ١٩٨.

(٣٥) نقض جنائي مصري، قرار بتاريخ ١٩٦٩/٦/٣٠م، مجموعة أحكام النقض، س ٢٠، ص ٩٧٦، رقم ١٩٣.

(٣٦) قرار بتاريخ ١٩٣٣/٩/١١م، دالوز الدوري، ١٩٣٧م، ١، ٤٠.

(٣٧) قرار بتاريخ ١٩٩٤/٥/٤م، أشار إليه المحامي إلياس أبو عيد، المرجع السابق، ص ١٩٩.

(٣٨) المحكمة الصلحية، قرار بتاريخ ١٩٤٦/٣/٢٧م، النشرة القضائية، سنة ١٩٤٩م، ص ٦٢٦.

(٣٩) محكمة استئناف بيروت المدنية، قرار بتاريخ ١٩٦٨/٥/١٥م، النشرة القضائية لعام ١٩٧٠م، ص ٨١٦.

وفي قرار هو الأكثر انسجاماً مع متطلبات حماية حرمة المنازل -يرأي الباحث- عدت محكمة النقض المصرية أنه: (يقصد بلفظ المنزل لتطبيق قانون الإجراءات الجنائية، أخذاً من مجموع نصوصه، كل مكان يتخذ الشخص سكناً لنفسه على وجه التوقيت أو الدوام، بحيث يكون حرماً آمناً له، لا يباح دخوله إلا بإذنه)^(٤٠).

٢- **الغاية من التفتيش:** إن غاية المحقق من تفتيش منزل المشتبه فيه هي اكتشاف الأدلة الجرمية وضبط كل ما يحتمل أن يكون قد استعمل في ارتكاب الجريمة وكل ما يفيد في كشف الحقيقة، ويجري التفتيش بأقصى سرعة ممكنة للحؤول دون إتلاف الأدلة أو تهريبها، وتظهر دواعي قيام رجال الضبط القضائي بإجراء التفتيش قبل إتمام الإجراءات الشكلية هي في كون الجريمة قد حصلت لتوها، ما يمكن أن يمنح هذا الإجراء قوة ثبوتية تفوق أحياناً تلك التي تثبت للتفتيش الذي تجريه سلطة التحقيق^(٤١).

٣- **جزاء مخالفة قواعد التفتيش:** نظراً لما يمثله إجراء التفتيش من خطورة -كما سبق بيانه- وجب على المشرع أن يرتب الجزاء على من يخالف بعمله قواعد هذا الإجراء، وبالفعل نرى أن المشرع اللبناني ضمن نصوص قانون أصول المحاكمات الجزائية بعضاً من الجزاءات التي تطال إجراء التفتيش ذاته كما تطال من باشر هذا الإجراء.

فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٤٣) من القانون المذكور على أن: (كل تفتيش تجريه الضابطة العدلية في أحد المنازل خلافاً للأصول التي حددها القانون للنائب العام في الجناية المشهودة يكون باطلاً)، وطالت الفقرة الثالثة من هذه المادة القائم بالإجراء، إذ يكون عرضة للملاحقة بالجنحة المنصوص عليها في المادة (٣٧٠) من قانون العقوبات، وكذلك نصت الفقرة الثانية من المادة (٤٧) من نفس القانون على

^(٤٠) قرار بتاريخ ١٩٦٩/١/٦م، مجموعة أحكام النقض، س ٢٠، ص ١، رقم ١.

^(٤١) د. عاطف النقيب، مرجع سابق، ص ٤٥٩.

بطلان التفتيش خارج الجريمة المشهودة إذا لم يراع الضابط العدلي الأصول المحددة للنائب العام في الجريمة المشهودة.

بالمقابل لم نر في نصوص قانون الإجراءات الجزائية العماني نصوصاً تشير صراحة إلى مثل هذه الجزاءات باستثناء نص المادة (٩٣) الذي يعاقب على إفشاء سرية التفتيش، ونرى أن هذا النص غير كاف لمواجهة الخطورة الكامنة في خرق الأصول بالنسبة إلى إجراء التفتيش، وبخاصة أن المشرع العماني، ولدى تنظيمه لقواعد البطلان في قانون الإجراءات الجزائية، لم يعد هذا الإجراء من الإجراءات المرتبطة بالنظام العام، وإن أعده من الإجراءات الجوهرية. فقد نصت المادة (٢١٠) من القانون المذكور على سقوط الحق في الدفع ببطلان الإجراءات الخاصة بجمع الاستدلالات أو التحقيق الابتدائي أو التحقيق بالجلسة في الجرح والجنايات، إذا كان للمتهم محام وحصل الإجراء بحضوره دون اعتراض منه.

المطلب الثالث

استجواب المتهم

من المعلوم أن استجواب المتهم من صلاحية سلطة التحقيق -قاضي التحقيق في لبنان والادعاء العام في سلطنة عمان- أما الضابطة العدلية فيكون لها الحق في استماع المتهم أو المشتبه فيه دون استجوابه كقاعدة عامة، مع بروز بعض الاستثناءات.

فالمشرع العماني لم يعط مأمور الضبط القضائي صلاحية الاستجواب بالمطلق، فالمادة (٣٤) من قانون الإجراءات الجزائية أعطت مأموري الضبط القضائي صلاحية استماع أقوال من يكون لديهم معلومات عن الجريمة وفاعلها، وأن يسألوا المتهم بها،...وتابعت المادة (٣٥) القول بأنه: (...إذا تضمنت أقوال المتهم اعترافاً بارتكاب الجريمة، فعليه إثباتها في المحضر وإحالة المتهم إلى عضو الادعاء العام للتثبت من صحة اعترافه).

والمعلوم أن ثمة فرق ما بين الاستماع والاستجواب، فالاستماع مفاده فقط إدلاء المتهم بأقواله دون مناقشته فيها، أما الاستجواب فيتضمن أسئلة من المحقق وأجوبة من المستجوب ومن ثم مناقشته في إجاباته ومواجهته بالأدلة المساقاة ضده إن وجدت. وتأكيداً على عدم منح المشرع العماني صلاحية الاستجواب إلى مأموري الضبط القضائي، أعطت المادة (٧٥) من قانون الإجراءات الجزائية سلطة التحقيق -الادعاء العام- صلاحية إنابة مأمور الضبط القضائي للقيام بعمل أو أكثر من أعمال التحقيق عدا استجواب المتهم، مما يدل بوضوح على نية المشرع العماني حصر صلاحية استجواب المتهم بسلطة التحقيق.

أما المشرع اللبناني فقد أعطى صلاحية الاستجواب في مرحلة التحقيق الأولي للنيابة العامة إذا كانت الجريمة مشهودة وفقاً للمادة (٢/٣٢) من قانون أصول المحاكمات الجزائية، على أن استجواب المتهم من قبل النيابة العامة ليس فيه مشكلة لكون أعضاء النيابة العامة هم من الجسم القضائي أساساً، والاستجواب عمل قضائي ذو طبيعة قضائية، ولكن المشكلة أن المشرع اللبناني ذهب أبعد من ذلك، فهو قد أعطى أعضاء الضابطة العدلية صلاحية استجواب المتهم إما من تلقاء نفسه وفقاً للمادة (٤١) من القانون المذكور، وإما بناء على تكليف من النيابة العامة أو قاضي التحقيق وفقاً للمادة (٤٤) منه في الجريمة المشهودة، أما خارج الجريمة المشهودة فلا يحق لهم ذلك بحسب المادة (٤٧).

إلا أن المبررات العملية التي أباحت لرجال الضابطة العدلية القيام بالتحقيق الأولي خارج نطاق الجريمة المشهودة، تتيح لهم في بعض الأحيان تحويل صلاحية استماع أقوال المشتبه فيه إلى استجوابه، ذلك ما يستفاد من إبقاء المشتبه فيه فترة غير قليلة قيد الاحتجاز لديهم. لذلك، نجد المحاكم اللبنانية تقف موقف الحذر من الإقرار الذي يصدر عن المتهم أثناء وجوده في عهدة الضابطة العدلية^(٤٢)؛ وذلك بالنظر لعدم توفر

(٤٢) قرار رقم ٣٦ تاريخ ١٩/٦/١٩٧٨م، محكمة جنايات جبل لبنان، مجلة العدل، عدد ١٩٨٢م، ص ٥٥٧. وقرار رقم ١١١ تاريخ ١٦/٣/١٩٩٩م، محكمة جنايات القتل في بيروت، مجلة العدل، العدد ٣ و٤، ١٩٩٩م، ص ٥٥٧.

الضمانات اللازمة التي تجعله حراً وإرادياً، هذه الدوافع والمبررات، وإن كانت تهدف إلى مصلحة المجتمع بالأمن والطمأنينة ومنع إفلات المجرم من العقاب، لا يمكن أن تقوم على حساب مصلحة الفرد وإهدار حقوقه المصانة، هذا بالإضافة إلى ما يمكن أن تتركه المخالفات والتجاوزات من أثر على صحة هذه الإجراءات، وعلى إضعاف قيمة التحقيقات أمام المحاكم، بالإضافة إلى الانتقادات التي تنصب عليها، خاصة وأن وكلاء المتهمين يدفعون أول ما يدفعون به أثناء الدفاع عن موكلهم أمام المحاكم ببطان التحقيقات الأولية المجراة أمام الضابطة العدلية.

وتجدر الإشارة إلى أن الواقع الحاصل في الدوائر القضائية يفيد بأن معظم النيابة العامة والمحاكم الجزائية تعتمد على إفادات المشتبه فيه المستجوب أمام الضابطة العدلية لتأسيس مطالعتها أو ادعائها أو أحكامها عليها، مشيرة بذلك إلى ما تسميه بالاعتراف الفوري لدى الضابطة العدلية^(٤٣).

وبصرف النظر عما إذا كانت الجريمة مشهودة أم لا، فإن تحويل الضابطة العدلية استجواب المتهم ينطوي على خطورة بالنسبة لسلامة هذا الاستجواب، فمن جهة لا يتمتع أعضاء الضابطة العدلية بالصفة القضائية مما يتناقض مع طبيعة هذا الإجراء، ومن جهة ثانية فإن المتهم قد يتعرض أثناء استجوابه من قبل عناصر الضابطة العدلية إلى نوع من الإكراه أو الضغوطات المادية أو النفسية، وما يؤكد هذه الفرضية هو صدور حكم قضائي بإدانة أحد أفراد هذه الضابطة بجنحة المادة (٤٠١) من قانون العقوبات اللبناني بسبب تعذيب المتهم أثناء استجوابه^(٤٤)، ذلك ما يؤدي إلى الإخلال بسير مرفق القضاء^(٤٥).

(٤٣) د. مصطفى العوجي، حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية، مرجع سابق، ص ٥٤٤.

(٤٤) حكم القاضي المنفرد الجزائي في بيروت بتاريخ ٢٠٠٧/٣/٨م، منشور في مؤلف الأستاذ عارف زيد الزين، قوانين ونصوص العقوبات في لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت/لبنان، ٢٠١٢م، ص ٤٠١ و ٤٠٢.

(٤٥) فقد وردت المادة (٤٠١) المذكورة والتي أدين المتهم بموجبها في الفصل المتعلق بالجرائم المخلة بسير القضاء والذي يشتمل على المواد من (٣٩٨ إلى ٤٢١) من قانون العقوبات اللبناني.

المبحث الثاني

حجية إجراءات التحقيق الأولي في الإثبات

بعد أن تناولنا دراسة الإجراءات التي تقوم بها الضابطة العدلية في التحقيق الأولي، لا بد من الاطلاع على ما تحوزه هذه الإجراءات من حجية في الإثبات؛ لذلك، سوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، نتناول في الأول قيمة المحاضر القانونية، وفي الثاني موقف القضاء منها، وأخيراً أثر هذه المحاضر في تكوين القناة لدى القاضي.

المطلب الأول

قيمة المحاضر القانونية

يتبين من مطالعة نصوص القوانين الإجرائية أن المشرع الجزائي فرض على القائمين بالإجراءات الجزائية بدءاً من مأموري الضبط القضائي مروراً بقضاة التحقيق وأعضاء النيابة العامة وصولاً إلى المحاكم أن يقوموا بتنظيم محاضر في كل إجراء من الإجراءات التي يتخذونها أثناء قيامهم بعملهم.

ويجدر بنا في هذا الموضوع أن نتحدث عن مفهوم المحاضر وأهميته ثم موقف القانون من محاضر التحقيق الأولي.

أولاً- مفهوم محاضر التحقيق الأولي:

يراد بالمحاضر، السجل الذي يدون فيه أمور الضبط القضائي كل ما قام به من إجراءات، بدءاً من تلقي البلاغات والشكاوى التي ترد إليهم وجميع ما تحصل عنها من معلومات^(٤٦).

وتشتمل المحاضر على إفادات المبلغين والمشتكين والمجني عليهم وكافة الطلبات، وأقوال الشهود وتقارير الخبراء، كما يجري تدوين عملية الانتقال إلى مسرح الجريمة

(٤٦) د. مزهر جعفر عبيد، مرجع سابق، ص ٤١٦.

لمعاينته وضبط ما يفيد في كشف الحقيقة، كما يثبت فيه أقوال المتهم وما يقدمه من ردود على الأسئلة التي وجهت إليه.

ويشترط في المحضر أن يكون موقعاً من قبل منظمه، على أن يبين فيه وقت القيام بالعمل أو الإجراء ومكان حصوله، كما يشتمل على توقيع المعنيين بالأمر كالشهود والخبراء والمتهم.

والغاية من وراء تنظيم المحضر تتجسد بشكل عام في إثبات كل ما قام به مأمور الضبط القضائي من إجراءات، وبالأخص ما يتعلق بالواقعة الجرمية، بدءاً من وصول خبرها، لتكون سلطة التحقيق والمحكمة بعد ذلك على بينة من أمرها.

ثانياً- أهمية محضر التحقيق الأولي:

محضر التحقيق الأولي أو جمع الاستدلالات هو من المدونات الأقرب زمنياً لوقوع الجريمة، فإذا لم تشبها شائبة تنال من صحتها، فإنها تكون من القوة في إثبات الجريمة، وما يدل على ذلك، هو أن القانون أجاز رفع الدعوى العمومية إلى المحاكم في مواد الجنح والمخالفات في بعض الأحوال بناء على محضر التحقيق الأولي دون إجراء تحقيق موسع فيها من قبل النيابة العامة أو قضاة التحقيق، وقد أقر كل من المشرعين اللبناني والعماني بهذا المسلك^(٤٧)، ومن خلال هذه النصوص يظهر جلياً كفاية ما جاء في محضر التحقيق الأولي من معلومات، لتقوم جهة الادعاء بالإحالة إلى المحكمة للحكم بناء على هذا المحضر.

ولكي نكتسب محاضر التحقيق الأولي قيمتها الثبوتية، يجب أن يتبع في تنظيمها الأصول المفروضة، ومن هذه الأصول التقيد بشرطي الموضوعية والإجراءات الشكلية، فالقوة الثبوتية لهذه المحاضر إنما تتوقف على استيفائها لشروط صحتها، وقد قضي بأن تجاوز موظفي الجمارك لحدود اختصاصهم الموضوعي يؤدي إلى تنزيل المرتبة الثبوتية لهذه المحاضر^(٤٨)، وأن عدم توقيع الموظف على المحضر الرسمي المنظم

^(٤٧) المادة (٤٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني، والمادة ٤ من قانون الإجراءات الجزائية العماني.

^(٤٨) تمييز جزائي لبناني، رقم ٩، تاريخ ١٨/١٢/١٩٥٠م، موسوعة عالية، ص ٢٥، فقرة ٧٠.

من قبله تفقده قيمته الثبوتية، وإهدار القيمة الثبوتية للمحضر الرسمي الخالي من التوقيع لا تصححه تلاوة المحكمة له^(٤٩).

ثالثاً- موقف القانون من قيمة محضر التحقيق الأولي:

نصت المادة (١/١٩٠) من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني على أن المحاضر والتقارير المضمومة إلى ملف الدعوى لا تتمتع بالقوة الثبوتية إلا إذا كانت صحيحة في الشكل، وكان من نظمها قد وضعها في حدود وظيفته واختصاصه، وأثبت فيها ما شاهده أو سمعه أو تحقق منه بنفسه.

يتبين من هذا النص أن محاضر التحقيق الأولي تتمتع بقوة ثبوتية طالما استوفت شروطها الموضوعية والشكلية، وهذا ما أكدته محكمة التمييز الجزائية اللبنانية كما أسلفنا، يستنتج من ذلك أن محضر التحقيق الأولي إما أن تكون له قوة ثبوتية أو لا تكون، والأمر متعلق بمدى تحقق الشروط المطلوبة فيه، ومن ثم، فهو يتمتع بقوة ثبوتية مطلقة عندما يستوفي شروطه، ولا يتمتع بأي قوة عندما يفقدها، ولا حل وسط بين الأمرين، وهذا ما يتوافق مع المنطق القانوني برأينا.

هذا كقاعدة عامة بالنسبة للمحاضر، ولكن المشرع صرح بأن بعض المحاضر يوجب القانون اعتمادها حتى ثبوت تزويرها (المادة ٢/١٩١)، ففي هذه الحالة يكون على القاضي أن يأخذ به، ولا يجوز له أن يفسح المجال لإقامة البينة الشخصية على ما يخالفه. وأضافت الفقرة الثالثة من المادة نفسها أنه إذا كان المحضر مما يوليه القانون قوة ثبوتية حتى ثبوت عكس ما ورد فيه، فللمدعى عليه أن يثبت ما يخالفه بالبينة الخطية أو بالشهادة.

أما بالنسبة إلى المشرع العماني، فقد جاء موقفه مغايراً لموقف المشرع اللبناني، فقد نصت المادة (١٨٦) من قانون الإجراءات الجزائية على أنه: (ليس لمحاضر التحقيقات السابقة على المحاكمة حجية في الإثبات أمام المحكمة، وإنما يجوز

(٤٩) تمييز جزائي لبناني، رقم ١٣٦ تاريخ ١/٤/١٩٦٤م، موسوعة عالية، ص ٢٥، فقرة ٧١.

الاستفادة منها في استخلاص القرائن واستخدام عناصرها في مناقشة المحقق كشاهد بعد تحليله اليمين فيما أثبتته في محاضره).

يتبين من هذا النص، أن للمحاضر التي ينظمها مأمورو الضبط القضائي قيمة نسبية، فالقاعدة حرية الإثبات في المواد الجزائية، إذ تتمتع سلطة الحكم بسلطة تقديرية في الاعتماد على هذه المحاضر، فإما أن تأخذ بها وإما أن تهملها، كما يجوز لها أن تأخذ ببعض ما جاء فيها وتهمل البعض الآخر، وعلى أي حال، يمكن للسلطة القضائية أن تستجوب منظمي هذه المحاضر في سبيل إثبات كل أو بعض ما جاء فيها كشهود.

إزاء ذلك، يمكن للباحث القانوني أن يطرح بعض التساؤلات التي تدور في فلك المسألة ومفادها أنه، لماذا ينظم المشرع مسألة الإجراءات -تحديداً إجراءات التحقيق الأولي أو جمع الاستدلالات- ويتشدد في وضع شروط القيام بها، ويجهد الفقه في البحث عما يحيط بها من ضمانات من خلال النصوص والمبادئ التي تحكم قواعد الإجراءات، ليتوصل بعد ذلك إلى القول بأن المشرع قد أحاط بكل شيء، وجاءت نصوص قانون الإجراءات منسجمة مع المبادئ القانونية ذات الصلة، أضف إلى ذلك، ألا يمكن القول أن مبدأ حرية الإثبات في المواد الجزائية ومبدأ القناعة الشخصية للقاضي الجزائي، قد يذهبا بجهود الجهات المختصة بتنظيم المحاضر سدى إذا ما اعتبرنا أن هذه المحاضر تتمتع بحجية نسبية أو ليست لها قوة ثبوتية ملزمة.

الواقع أننا -لكي لا نقسو على المشرع- قد نجد تبريراً لهذا المسلك، باعتبار أن المشرع يريد من المحكمة أن تقوم بإجراءات المحاكمة، وأن تستوفي التحقيقات كافة، وأن تجهد للتوصل إلى قناعة راسخة فيما يتعلق بالنتيجة التي تتوصل إليها، وهو -أي المشرع- يخشى أنه إذا أطلق القوة الثبوتية لمحاضر التحقيقات الأولية أن يتسلل التراخي، وتضعف الهمم لدى قضاة المحكمة فيعتمدون بالمطلق أو بشكل كبير على تلك المحاضر، الأمر الذي يضعف مفهوم العدالة ويدخل الشك في عدالة القضاء، وقد رأينا أن المشرع العماني فرض على المحكمة أن تقوم بإجراءات المحاكمة بنفسها كافة، وذلك بموجب المادة (١٨٥) من قانون الإجراءات الجزائية.

خلاصة القول، يبقى الأمر منوط بالتطبيق القضائي، فالمحاكم هي صاحبة الشأن في تقدير محاضر التحقيقات المبرزة أمامها في ملف الدعوى، فهي إما أن تعتد بقوتها الثبوتية وإما أن تتجاهل هذه القوة، إذا لم تظمن إلى محتواها، وطالما أن المشرع قد صرح للمحكمة بإعمال قناعتها الشخصية لدى الحكم في الدعوى. لذلك، كان حري بنا الاطلاع على موقف القضاء من القوة الثبوتية لمحاضر التحقيقات الأولية فيما يأتي.

المطلب الثاني

موقف القضاء من القوة الثبوتية لمحاضر التحقيقات الأولية

بعدما تبين لنا موقف القانون من القوة الثبوتية لمحاضر التحقيق الأولي، لا بد لنا من التطرق إلى موقف القضاء باعتباره الجهة التي تخرج مضمون النصوص القانونية من إطارها النظري وتضعها في إطارها العملي، فنصوص القانون لم توضع للتظهير أو التدريس بل وضعت لتطبق.

وإذا أردنا أن نستجلي موقف القضاء في معرض هذه المسألة، فيحسن بنا أن نستعرض أمثلة تطبيقية ثم نجري تقييماً لهذا التطبيق. أولاً- تطبيقات قضائية حول قيمة المحاضر الثبوتية:

يقف القضاء اللبناني من التحقيقات التي تجريها الضابطة العدلية خارج نطاق الجريمة المشهودة موقف الحذر، فنجد بعض قرارات المحاكم تمنح قوة ثبوتية لهذا التحقيق، فتقرر بأن هذه المحاضر يعمل بها حتى إثبات عكسها، وإثبات عكس ما هو مدون فيها يقع على عاتق من يدلي به^(٥٠)، وعلى العكس، نجد قراراً يقضي باعتبار الاعتراف المجري أمام الضابطة العدلية حاصل خارج مجلس القضاء فلا يعلق عليه أهمية كالاعتراف القضائي، وحيث أنه على القاضي أن يعلل اقتناعه بالأدلة القانونية، وفي كل الأحوال يتمتع عليه أن يبني قناعته على اعترافات حاصلة في تحقيقات

(٥٠) قرار رقم ٣٤٧ تاريخ ١٩٦٠/٧/٢٨م، موسوعة عالية، ص ١٥، فقرة ٢٨.

مخالفة للأصول فتعد كأنها لم تكن^(٥١)، فهذا القرار ينعى على التحقيق الحاصل لدى الضابطة العدلية مخالفته الأصول ومن ثم اعتباره كأن لم يكن.

وحين نجد في حيثيات بعض الأحكام^(٥٢) معارضتها المطلقة لاستجواب المتهم بحسب المادة (٤٧) من قانون أصول المحاكمات الجزائية، التي تحظر على المدعي العام أن يعهد إلى رجال الضابطة العدلية استجواب المدعى عليه خارج الجريمة المشهود، وحيث يكون المحضر والحالة هذه مشوباً بعيب جوهري هو استجواب المدعى عليه من قبل الشرطة خلافاً للقانون، نجد بالمقابل قراراً لمحكمة التمييز^(٥٣)، يقضي بأن: (استجواب كل مدعى عليه يقترف جرمًا أو مخالفة من قبل الضابطة العدلية بناء لإخبار أو شكوى يدخل ضمن أعمال التحقيق والتحري عن الجرائم التي يعود للضابطة العدلية إجرائها بحكم وظيفتها والمهمة الملقاة على عاتقها من أجل استقصاء الجرائم وجمع أدلتها والقبض على فاعليها وفقاً للقانون، وأن ما ورد في القانون من عدم جواز إنابة موظفي الضابطة العدلية لاستجواب المدعى عليه يطبق فقط بعد أن يكون قاضي التحقيق قد تولى القضية وأصبحت يده عليها).

يظهر التعارض جلياً في هذه الأحكام، فمثل هذا القرار لمحكمة التمييز يحاول تبرير إنابة الضابطة العدلية للاستجواب، فالعلة من حظر القانون في الحالة المذكورة لا تكمن -برأينا- بكون قاضي التحقيق قد وضع يده على القضية وتولى التحقيق فيها أم لا، بل العبرة بالضمانات التي تتوفر لدى هذه الجهة أو تلك، فإذا ما تخطينا هذه العلة، يصبح من باب أولى رفع هذا الحظر من نص القانون، أما بالنسبة إلى القضاء العماني، فنجد أنه يولي اهتماماً بمحاضر جمع الاستدلالات، فقد قررت المحكمة العليا في أحد قراراتها أنه: (من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن محاضر الاستدلال لا يجوز إهدارها، ويجوز للمحكمة الاستفادة منها في استخلاص القرائن بحسب ما يطمئن إليه وجدانها، فضلاً عن أن القاضي في المواد الجزائية له مطلق الحرية في تكوين

(٥١) تمييز جزائي لبناني، قرار رقم ٩٦/١٧٧، مجلة العدل، العدد ٤٠٣ / ١٩٩٩م، صفحة ٢٩٣.

(٥٢) محكمة جنايات جبل لبنان، أساس ٩٩/١٤٤، قرار ٩٩/٣٤، تاريخ ١٤/١/١٩٩٩م.

(٥٣) قرار رقم ٦٩ تاريخ ٣٠/١/١٩٦٧م، موسوعة عالية، ص ١٤٦، فقرة ٥٦١.

عقيدته من الأدلة كلها قولية أو فنية، وله أن يركن في تكوين عقيدته عن الصورة الصحيحة لواقعة الدعوى واستظهار الحقائق القانونية المتصلة بها^(٥٤)، ومن خلال التمعن في مضمون هذا القرار نجد أن مسلك المحكمة العليا جاء مسائراً منطوق نص المادة (١٨٦) من قانون الإجراءات الجزائية، وفقاً لهذا النص -كما أسلفنا- تحوز محاضر جمع الاستدلالات على حجية نسبية، وهذا ما أثبتته القضاء تطبيقاً عملياً، فالمحكمة استخدمت صيغة الجواز عندما قالت (يجوز للمحكمة الاستفادة منها)، فهي -أي المحكمة- صرحت بعدم إهدار قيمة محاضر جمع الاستدلالات، وبذات الوقت قررت أن الأخذ بها من عدمه أمر جوازي للمحكمة.

وتدعيماً للقول بنسبية الحجية لمحاضر التحقيق الأولي أو جمع الاستدلالات، قررت محكمة النقض المصرية أنه: (من غير المستبعد أن تستند المحكمة في إصدار حكمها تحديداً، إلى أقوال وردت في محاضر جمع الاستدلالات، كأقوال الشهود أو المتهمين، ولو أنهم عدلوا عنها أثناء التحقيق الابتدائي، بل إن لها أن تستند في حكمها بالإدانة إلى أقوال المتهم في محاضر جمع الاستدلالات المدون من قبل مأمور الضبط القضائي دون أقواله في محضر الجلسة، وعلى أقوال الشاهد المدونة في ذلك المحضر، ولو لم تكن هذه الأقوال قد تليت في الجلسة)^(٥٥).

ثانياً- تقييم موقف القضاء:

يلاحظ من خلال التطبيق العملي أن القضاء بالإجمال يقف موقف الحذر من القيمة الثبوتية لمحاضر التحقيق الأولي، فهو -أي القضاء- لم يساير القانون بالمطلق ولم يتجاهله، سواء عندما أنكر القانون القوة الثبوتية للمحاضر المذكورة أم عندما منحها هذه القوة، وهذا الحذر في الموقف القضائي له ما يبرره طالما أن المشرع لم يأت بموقف واضح وجلي لا لبس فيه، وطالما أن العدالة تفرض على القضاء القول الفصل فيما يعرض عليه من قضايا.

(٥٤) قرار رقم ٣٠٠ في الطعينين رقم ٢٧٥ و ٢٧٦ سنة ٢٠٠٣م، مجموعة الأحكام الصادرة عن

الدائرة الجزائية والمبادئ المستخلصة منها لعام ٢٠٠٣م، ص ٧١٠ و ٧١١.

(٥٥) نقض ٢٢/٢/١٩٤٧م، مجموعة القواعد القانونية، ص ٢٩، ق ٢٤.

فالقضاء هو الجهة التي أنيط بها تحقيق العدالة في المجتمع، عن طريق تطبيق القانون. ولكن، ماذا لو كانت العدالة لا تقتصر على تطبيق القانون فحسب، بل كانت تقتضي مراعاة بعض الأدوار التي تخلقها الظروف، حيث تفرض هذه الأدوار نفسها على الواقع في ظل قصور تشريعي معين، فتجد المحاكم نفسها أمام أمرين، أولهما تطبيق ما أنيط فيها تطبيقه، وثانيهما مراعاة هذه الظروف بهدف تحقيق ما يمكن تقديمه للعدالة، وبأقل خسارة ممكنة، فيفتح الباب أمام الاجتهاد، وليس من الممكن إن لم يكن مستحيلاً أن تتمخض الاجتهادات في المحاكم كافة عن قرارات متوافقة ما يجعل منها مبادئ عامة، بل لا بد من اختلاف في الآراء والاجتهادات، ما يسفر عن تعارض في بعض أحكامها.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الموقف التشريعي غير واضح بالنسبة إلى موضوع بطلان الإجراءات لكي نطالب القضاء بموقف حازم وجازم، فالقانون -سواء اكان اللبناني أم العماني- لم يوضح موقفه من بطلان إجراءات التحقيق الأولي كما سنبين فيما يأتي:

١- موقف القانون اللبناني: أدى سكوت المشرع اللبناني عن تحديد موقفه من البطلان إلى اتجاه الفقه للاستنتاج أنه يعتمد معيار الإجراءات الجوهرية وغير الجوهرية في ترتيب البطلان من عدمه، وذلك بالاستناد إلى المادة (١٣) من قانون التنظيم القضائي الصادر سنة ١٩٦١م، ويرون أن أفضل معيار للتفرقة بين ما هو جوهري وغير جوهري من إجراءات هو معيار الغاية من الإجراء، فيكون الإجراء جوهرياً إذا كانت الغاية منه تحقيق مصلحة عامة، أو مصلحة أحد الخصوم، أو كان يتعلق بحقوق الدفاع وحرية الأفراد، ويكون غير جوهري إذا كان الهدف منه مجرد إرشاد وتوجيه الهيئات القائمة بوظائف الاستقصاء والتحقيق والملاحقة والحكم، لتنظيم

سير الدعوى وتيسير النظر فيها^(٥٦)، وتعتمد محكمة التمييز اللبنانية معيار القاعدة الجوهرية للحكم بالبطلان، وتستبعده في حالة مخالفة القواعد غير الجوهرية^(٥٧).

ونتيجة لذلك، تدخل المشرع وأدخل تعديلاً في مسلكه لهذه الجهة بعد صدور قانون أصول المحاكمات الجزائية الجديد^(٥٨)، وهذا القانون لم ينظم موضوع البطلان أيضاً، ولكنه تدخل صراحة في بعض الإجراءات ليرتب عليها البطلان صراحة، كذلك التي ذكرناها سابقاً فيما يتعلق بإجراءات القبض والتفتيش في مرحلة التحقيق الأولي.

٢- موقف القانون العماني: اعتمد المشرع العماني نظرية البطلان الجوهري في قانون الإجراءات الجزائية، وذلك من المادة (٢٠٨) لغاية المادة (٢١٣) منه.

وقد جاء بنص المادة (٢٠٨) أنه: (يترتب البطلان لعدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة بأي إجراء جوهري)، فالمشرع، وإن كان قد اعد إجراءات جمع الاستدلال من الإجراءات الجوهرية، لكنه لم يدخلها في إطار تلك المتعلقة بالنظام العام من جهة، ولم يضع معيار لجوهرية الإجراء من جهة أخرى، هذا الموقف يجعل من إجراءات جمع الاستدلال تتأرجح ما بين وجوب بطلاتها أو عدمه بحسب ظروف الحال، وبحسب ما تراه محكمة الموضوع من قناعة، الأمر الذي يبقي مصير هذه الإجراءات في دائرة الغموض.

(٥٦) د. فوزية عبد الستار، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٢م، ص ٤٣ و٤٤.

(٥٧) د. سليمان عبد المنعم، بطلان الإجراء الجنائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص ٧٩.

(٥٨) القانون رقم ٣٢٨ الصادر في ٢٠٠١/٨/٢م المعدل بالقانون رقم ٣٥٩ الصادر في ٢٠٠١/٨/١٦م.



المطلب الثالث

أثر محاضر التحقيق الأولي في قناعة المحكمة

إن محاضر التفتيشات الأولية المنظمة من قبل الضابطة العدلية تبلغ من الأهمية درجة كبيرة عندما ينظر إليها القاضي لتكوين قناعته، سواء المحقق لدى اتخاذ قراراته بالتوقيف أو التفتيش أم غيرها من الإجراءات، أو المحكمة عندما تصدر حكمها في الدعوى، وقد أقر كل من المشرعين اللبناني والعماني بقاعدة الاقتناع الشخصي للقاضي، وتم تكريسها قانوناً، فقد نصت المادة (٢١٥) من قانون الإجراءات الجزائية العماني على أن (يحكم القاضي بالدعوى حسب القناعة التي تكونت لديه بكامل حريته)، كما نصت المادة (١٩١) من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني على هذه القاعدة أيضاً.

ولكن قاعدة الاقتناع الشخصي ليست مطلقة؛ ذلك لأن الغرض -بحسب بعض الفقه- هو توفر ميزات الأخلاق والعدل والحيادية لدى القاضي الجزائي، فيبني قناعته على أدلة وإجراءات صحيحة ومشروعة، ولا يجوز له بناء هذه القناعة بطرق إثبات مخالفة للقانون، أو انتهاك حقوق الإنسان وحرمة^(٥٩).

وفي هذا الإطار سوف نتناول المصادر المعول عليها في بناء القناعة وأسس سلامة هذا الاقتناع.

أولاً- مصدر الاقتناع القضائي:

الأدلة هي المصدر الرئيسي لاقتناع القاضي، ولهذا سوف نبين مضمون هذه الأدلة وكيفية استخلاصها.

١- مضمون الأدلة التي تولد الاقتناع: بيان الأدلة هو الوسيلة الوحيدة التي عن طريقها يتحقق الغرض من تسبيب الأحكام، ولا يكفي لتحقيق نسبة الواقعة إلى المتهم

(٥٩) د. عاطف النقيب، مرجع سابق، ص ٣٢٦.

مجرد ذكر الدليل، ولكن يجب بيان مضمونه^(٦٠)، وبيان مضمون الأدلة يكشف عن صحة النتائج التي استخلصها القاضي منها، وعمّا، إذا كانت هذه الأدلة تؤدي إلى هذه النتائج أو لا^(٦١)، وفي ذلك، ترى محكمة التمييز الجزائرية في لبنان أن الحكم يكون قاصراً في أسبابه، إذا كان فيه من الغموض والإبهام ما لا يدرك معهما قرار المحكمة، فإن ذلك يعرضه للنقض لعدم تمكينه محكمة النقض من إجراء رقابتها^(٦٢)، وتجدر الإشارة إلى أن القناعة الشخصية للقاضي تختلف عن معلوماته الشخصية، فالأولى مصدرها الأدلة المتحصلة من مجموع الإجراءات التي حصلت في الدعوى في كل مراحلها وأهمها ما حصل أمام المحكمة وكان مطروح أمام الخصوم وتمت مناقشته من قبلهم، أما الثانية فمصدرها علاقات القاضي الشخصية التي يمكن أن يتسلل إليها الشك والتضليل إلى حد كبير، ولهذا، رأينا أن المشرع العماني منع القاضي صراحة من الاعتماد على معلوماته الشخصية في بناء قناعته، وكذلك على أدلة لم تطرح على الخصوم أمامه في الجلسة^(٦٣).

٢- أصول استخلاص القناعة: يتم استخلاص الاقتناع من الأدلة عن طريق العقل والمنطق، ذلك أن المنطق هو من أهم الأركان التي تركز عليها قناعة القاضي في الأمور الجزائية^(٦٤)، ولقضاة الموضوع في التحقق سلطة مطلقة فيما هو مبسوط لديهم من الدلائل والإفادات وقرائن الحال إثباتاً لوقائع القضية أو نفيها، يأخذون منها ما يفتنون بصحته وصوابه، شرط ألا يكون مصدر الواقعة يستحيل عقلاً استخلاص

(٦٠) وقضاء النقض مستقر على وجوب أن يذكر الحكم واقعة الدعوى والأدلة عليها ببيان مفصل بحيث يمكن الوقوف على مسوغات ما قضى به. (نقض جنائي مصري، ١٠/٤/١٩٦٧م، مجموعة أحكام النقض، س١٨، ص٥٥٥).

(٦١) نقض جنائي مصري، ١٨/٤/١٩٣٨م، مجموعة القواعد القانونية، ج١، رقم ١٩٧، ص٥١٧.

(٦٢) قرار رقم ٨٤ تاريخ ٢٥/٢/١٩٥٦م، موسوعة عالية، مرجع سابق، ص١٣، بند ١٧.

(٦٣) المادة (٢١٥) من قانون الإجراءات الجزائية.

(٦٤) تمييز جزائي لبناني، قرار رقم ١٠٤ تاريخ ٣/٣/١٩٦٤م، موسوعة عالية، مرجع سابق، ص١٠، بند ٤.

الواقعة منه على الوجه الذي قرره^(٦٥)، فحرية القاضي في الاستنتاج متوقفة على بيان مصدر الواقعة التي يستنتجها وكونها غير وهمية أو مستنبطة استنباطاً^(٦٦). خلاصة القول، أن القناعة يجب أن تكون مبنية على العقل والمنطق، ومستندة إلى أدلة صحيحة ومشروعة، ولها أصل في ملف الدعوى، وطرحت للمناقشة من قبل الفرقاء.

ثانياً - أسس سلامة الاقتناع:

إذا كانت الأحكام الجزائية تبنى على الاقتناع، وإذا كان مصدر الاقتناع يتمثل بالأدلة على ثبوت الواقعة، فإنه يلزم أن تكون هذه الأدلة التي هي مصدر القناعة صحيحة ومشروعة، ومتوفرة في ملف الدعوى، وأن تكون قد طرحت للمناقشة، وأن تكون هذه الأدلة يقينية، ولكننا في هذا البحث لن نخوض في كل تلك الأسس، لأنه ما يهم بحثنا حالياً هو وجوب كون الأدلة صحيحة ومشروعة؛ لأن هذا الأمر هو محور النقاش حول مدى صحة إجراءات التحقيق الأولي ومدى الاعتداد بنتائجها، وعليه، نرى أن القضاء يزخر بالأحكام والقرارات التي تشدد على وجوب بناء القناعة على أدلة قانونية، إن القناعة التي يجب أن تقدرها المحكمة وترتاح إليها يجب أن تكون مقبولة قانوناً وقائمة على إجراءات صحيحة^(٦٧)، والمحكمة تكون قد عرضت حكمها للنقض إذا استندت لإثبات صحة الواقعة على دليل أو على واقعة غير صحيحة، إذ بذلك تكون قد خالفت الأساس القانوني الذي يجب أن يبنى عليه قرارها وهو صحة الأدلة

(٦٥) تمييز جزائي لبناني، قرار رقم ٨٢ تاريخ ١٢/٦/١٩٥٠م، موسوعة عالية، مرجع سابق، ص ١٠، بند ٤.

(٦٦) تمييز جزائي لبناني، قرار رقم ٢٣٥ تاريخ ٧/٣١/١٩٥٢م، موسوعة عالية، مرجع سابق، ص ١١، بند ٧.

(٦٧) تمييز جزائي لبناني، غرفة ثالثة، رقم ٢٢٥ تاريخ ٨/٢/٢٠٠٠م، مجموعة صادر، ص ٢٥٤.

التي تؤيد هذا القرار^(٦٨)، ولا يرد على ذلك بأن المحكمة قد استعملت حقها في تقدير الوقائع والأدلة، إذ إن هذا الحق مرتبط بالوقائع والأدلة الصحيحة، لا بوقائع وأدلة مغلوطة مادياً، إذ في هذه الحالة تستعيد محكمة التمييز حقها في الرقابة باعتبارها الساهرة على حسن تطبيق القانون^(٦٩)، فإذا اعتمدت محكمة الموضوع على وقائع مادية غير صحيحة تكون قد أوردت تعليلاً خاطئاً، ومن ثم خالفت القانون وعرضت حكمها للنقض^(٧٠).

خلاصة القول، إن الدليل الذي يعول عليه يجب أن يكون صحيحاً ومشروعاً، ولا يقيد القاضي في تقديره إلا التزامه باختيار مصدر قناعته الذي تنصب عليه رقابة محكمة التمييز، فإذا كان مصدر الدليل الذي اعتمد عليه القاضي ناتجاً عن إجراءات غير مشروعة، فذلك يؤدي إلى إهدار الدليل المستمد من الإجراءات غير المشروع، ويعد مخالفاً للقانون كل طريقة إكراهية تستعمل لحمل المتهم على الاعتراف مهما كانت الوقائع موضوع هذا الاعتراف أكيدة وحقيقية^(٧١)، بالنظر لما تمثله هذه المخالفات من اعتداء على الحريات الفردية ومن انتهاك حرمة الحياة الخاصة، وبخاصة في ظل التقدم العلمي الذي انعكس أثره على الدليل وطرق الحصول عليه.

^(٦٨) تمييز جزائي لبناني، قرار رقم ٣٧٧ تاريخ ١/٢/١٩٦٥م، موسوعة عالية، مرجع سابق، ص١٤، بند ٢٠.

^(٦٩) تمييز جزائي لبناني، غرفة ٧، قرار رقم ٤٠ تاريخ ١٠/٢/٢٠٠٠م، مجموعة صادر، ص٨٧٩.

^(٧٠) تمييز جزائي لبناني، غرفة ٤، قرار رقم ١٠ تاريخ ١٦/١/١٩٧٠م، موسوعة عالية، مرجع سابق، ص١٤، بند ٢٠.

^(٧١) تمييز جزائي لبناني، قرار رقم ١٥١ تاريخ ١١/٦/١٩٥٢م، موسوعة عالية، مرجع سابق، ص١٤، بند ٢٠.

الخاتمة

خاتمة البحث ليست تلخيصه وإنما مغزاه، ومغزى هذا البحث هو استكشاف مدى فعالية إجراءات التحقيق الأولي في الدعوى ومساهمتها في كشف الحقيقة وإمطة اللثام عن ملابسات الجريمة توصلاً إلى تحقيق العدالة الجزائية، وكل ذلك منوط بالسؤال المطروح في هذا البحث ومفاده مدى تمتع محاضر التحقيق الأولي بقيمة قانونية مؤثرة في الحكم.

من أجل ذلك، تعرضنا في المبحث الأول لأهم الإجراءات التي تقوم بها الجهة المختصة بإجراء التحقيق الأولي وهي القبض والتفتيش والاستجواب، لا لمجرد العرض، وإنما لنطلع على مدى أهميتها في تقديم الأدلة إلى سلطتي التحقيق والحكم، ومدى اهتمام المشرع بتنظيمها، وفي المبحث الثاني عرضنا لقيمة المحاضر المنظمة بشأن هذه الإجراءات وموقف القانون والقضاء منها، وبالتالي مدى تأثيرها في تكوين قناعة المحكمة.

وقد تبين لنا من خلال هذا البحث أن المشرع قد نظم إجراءات التحقيق الأولي أو جمع الاستدلالات بصورة مكتملة من حيث النص على كل ما تتطلبه التحقيقات من إجراءات من جهة، ووضع ضوابط موضوعية وشكلية لضمان صحة وفعالية هذه الإجراءات من جهة أخرى، إلا أنه -أي المشرع- بعد ذلك لم يعط للمحاضر المنظمة بشأن هذه الإجراءات قيمة قانونية معتبرة عندما ترك للقضاء أمر النظر إليها بعين التخيير أو يتعامل معها بأسلوب من التشكيك، الأمر الذي أدى بعد ذلك إلى تأرجح أحكام القضاء -إلى حد ما- ما بين تقدير هذه المحاضر وعدم تقديرها.

على أنه من الواضح أن عدم الترحيب الكامل بنتائج التحقيق الأولي، والانتقادات التي تنصب على الجهة القائمة فيه، إنما تعزى إلى أسباب عدة تتلخص بعدم وجود ضمانات كافية لحماية الحقوق والحريات أمامها، أو قيام بعض إجراءات هذا التحقيق على مخالفة لبعض أحكام القانون.

إلا أنه يجب التفريق بهذا الصدد بين الإجراءات التي تقوم على مخالفة قاعدة نص عليها القانون صراحة، وبين الإجراءات التي تحصل على هامش القانون وتتطلب

أعمال التحقيق القيام بها، فالحالة الأولى توجب وضع ضمانات لمنع قيام مثل هذه الإجراءات، كبطلان الإجراء المخالف، وترتيب جزاءات ضد المخالفين، والحالة الثانية تتعلق بقصور في التشريع يوجب على المشرع التدخل لسد هذا القصور وإعطاء الصفة الشرعية للإجراءات الضرورية.

وتجدر الإشارة إلى أنه، بالرغم من التجاوزات والمخالفات التي ترافق أعمال التحقيق الأولى، فإنه لا يخفى على أحد الدور الذي تضطلع به الضابطة العدلية في استقصاء الجرائم وكشف فاعليها، فكم من جريمة كانت لتبقى طي الكتمان لو لم يبذل رجال هذه الضابطة العناء الكبير، ما لا يمنع من تقدير جهودها.

النتائج والتوصيات:

بعد الانتهاء من كتابة هذا البحث، خلص الباحث إلى بعض النتائج والتوصيات

نوردها كما يلي:

أولاً- النتائج:

- 1- أن المشرع قد أبدى اهتماماً واضحاً في تنظيم إجراءات التحقيق الأولى، لكنه لم يضع بشكل مكتمل الجزاءات التي تطال من يخالف بعمله الأصول القانونية.
- 2- أن المشرع لم يكن واضحاً لجهة تنظيم مصير الإجراءات المخالفة للقانون، وبالتحديد لجهة النص صراحة على بطلان كل إجراء مخالف.
- 3- أنه على الرغم من اهتمام المشرع بتنظيم إجراءات التحقيق الأولى، إلا أنه أعطى لهذه الإجراءات قيمة قانونية نسبية تؤدي في بعض الأحيان إلى إهدار كل هذه القيمة.
- 4- أن القضاء يقف موقف الحذر من الاعتماد على محاضر التحقيق الأولى، إما قناعة منه بذلك، وإما تأثراً بالانتقادات الفقهية وبدفوع وكلاء المتهمين.
- 5- أن الجهة القائمة بإجراءات التحقيق الأولى هي جهة غير قضائية، لذلك يكون عملها في الغالب موضع تشكيك من قبل القضاء ورجال القانون.

٦- أن التحقيق الأولي ضرورة عملية أثبتتها الواقع من خلال ما يقدمه هذا التحقيق للتحقيق القضائي الذي يليه، حيث يجري هذا الأخير بعد أن تكون قد اتضحت معالم القضية إلى حد كبير بعد أن كانت أحداث الجريمة تتسم بالغموض.

ثانياً- التوصيات:

بناء على ما خلص اليه البحث من نتائج، كانت لدى الباحث توصية واحدة مفادها، وجوب تفعيل القيمة القانونية لإجراءات التحقيق الأولي، نظراً لما له من أهمية في سير الدعوى، وتفعيل هذه القيمة يتطلب تحقق العناصر التالية مجتمعة:

١- إذا كان لا بد من تكليف أجهزة الشرطة للقيام بإجراءات التحقيق الأولي، فيجب إنشاء جهاز خاص في التنظيم الهيكلي للشرطة يمكن تسميته بجهاز الضبط القضائي، وينحصر عمل هذا الجهاز بالضبط القضائي دون الضبط الإداري، على أن يتم اختيار عناصره ممن تتوفر فيهم الشروط التي تخولهم القيام بهذه المهمة، وأهم هذه الشروط أن يكون عناصر الضبط القضائي ممن يحملون الإجازة في القانون وعلى دراية بالمبادئ القانونية والدستورية، الأمر الذي يضع عناصر هذا الجهاز في مستوى من يتعاملون معهم من سلطة الادعاء والتحقيق والقضاة، وأيضاً وكلاء أطراف الدعوى.

٢- النص على وجوب الأخذ بمحاضر التحقيقات الأولية حتى ثبوت عكس ما ورد فيها بالأدلة، وعلى من يدفع بعدم صحة هذه المحاضر أن يقيم الدليل على ذلك.

٣- إبراد نص خاص في القوانين الإجرائية لاعتبار إجراءات التحقيق الأولي من الإجراءات الجوهرية المرتبطة بالنظام العام؛ نظراً لمساسها بالحقوق والحريات المصانة بموجب الدساتير والمواثيق الدولية، وترتيب البطلان صراحة على مخالفتها.

ختم الحديث في هذا الموضوع، إن بذل القليل من العناية من قبل المشرع، يعطي الكثير من الثقة للأفراد، ذلك أن كل ما يبذل من جهد في هذا المضمار يصب في خانة حماية المجتمع وصيانة أمنه وتحقيق العدالة فيه.

المراجع

أولاً- الكتب العامة:

- ١) المحامي إلياس أبو عيد، أصول المحاكمات الجزائرية بين النص والاجتهاد والفقهاء، دراسة مقارنة، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣م.
- ٢) د. سامي الحسيني، النظرية العامة في التفتيش في القانون المصري والمقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٢م.
- ٣) د. سليمان عبد المنعم، بطلان الإجراء الجنائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٩م.
- ٤) د. عاطف النقيب، أصول المحاكمات الجزائرية، دراسة مقارنة، دار المنشورات الحقوقية، بيروت، ١٩٩٣م.
- ٥) د. علي محمد جعفر، مبادئ الأحكام الجزائرية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، طبعة أولى، بيروت ١٩٩٤م.
- ٦) د. فوزية عبد الستار، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائرية اللباني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٧٥م.
- ٧) د. مزهر جعفر عبيد، الوسيط في شرح قانون الإجراءات الجزائرية العماني، الجزء الأول، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان/الأردن، طبعة ثانية ٢٠١٦م.
- ٨) د. مصطفى العوجي، حقوق الإنسان في الدعوى الجزائرية، مؤسسة نوفل، بيروت، ١٩٨٩م.

ثانياً- المراجع القضائية:

- ١) موسوعة الاجتهادات الجزائرية لقرارات وأحكام محكمة التمييز في عشرين عاماً، للدكتور سمير عالية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٠م.
- ٢) موسوعة صادر في التمييز، القرارات الجزائرية الصادرة عن محكمة التمييز الجزائرية اللبنانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
- ٣) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائرية والمبادئ المستخلصة منها، تصدر عن المكتب الفني لدى المحكمة العليا في سلطنة عمان.
- ٤) مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية.
- ٥) مجموعة القواعد القانونية لأحكام محكمة النقض المصرية.
- ٦) مجلة العدل، تصدر عن نقابة المحامين في بيروت.



البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي

الدكتور/ أسامه عطية محمد عبد العال *

الملخص:

لا أحد ينكر أن المجتمع البشري يشهد الآن ثورة معلوماتية في ظل سياسات العولمة، وإلى جانب هذه الثورة المعلوماتية ولدت أيضاً ثورة بيولوجية أحدثت تغيرات جذرية وخطيرة في العالم بأسره، وانعكست آثارها على كافة نواحي الحياة ومنها مجال مكافحة الجرائم الجنائية الذي لم يكن بمنأى عن هذه التأثيرات، وتعتبر الهندسة الوراثية جزء لا يتجزأ من الثورة البيولوجية الحديثة التي استطاع الميدان الجنائي الاستفادة من تطبيقاتها من خلال اكتشاف البصمة الوراثية عن طريق تحليل الحمض النووي (D.N.A)، وقد غير هذا الاكتشاف المثير من مجريات أنظمة القضاء في مختلف دول العالم.

لذا، تعتبر وبحق البصمة الوراثية (D.N.A) من أحدث التقنيات العلمية الحديثة في العالم بأسره للكشف عن جرائم لم يكن يمكن التوصل إلى مرتكبها بدون استخدام هذه التقنية العلمية الحديثة، ويعتبر هذا الاكتشاف من أقوى الطرق العلمية الحديثة للكشف عن الجناة من خلال خصائصهم الوراثية، وتحديد هوية الجاني من خلال تحليل الحمض النووي للعينة التي يتم العثور عليها في مسرح الجريمة، ومقارنتها مع العينة التي يتم أخذها من جسد الشخص المشتبه فيه أو المخزنة لدى بنك المعلومات، ومن الجدير بالذكر في هذا المقام أن بصمات الأصابع ظلت إلى وقت قريب تحتل مركز الصدارة في التعرف على هوية الجناة بالنظر إلى الخصائص التي تتميز بها، مما أضفى عليها أهمية خاصة، ومع ذلك فقد ثبت عدم جدواها في بعض الأحوال مع الجناة المحترفين الذين يعمدون إلى طمس بصماتهم ومحوها أو اللجوء إلى لبس القفازات بحيث لا يترك أثراً يُستدل به عليهم، ومن هنا كان لا بد أن تتواصل الجهود الرامية إلى التغلب على هذه المشكلة، فكان ميلاد التقنية الحديثة التي عُرفت بالبصمة الوراثية، والتي فتحت آفاقاً رحبة في مجال الإثبات الجنائي وكشف هوية الجناة ما جعلها تتفوق على البصمات العادية، الأمر الذي باتت تحظى معه باهتمام متزايد في مجال مكافحة الجريمة الجنائية لما يُؤمل أن تلعبه من دور واعد في إثبات كثير من الجرائم الخطيرة التي تُورق أجهزة البحث الجنائي المختصة.

الكلمات المفتاحية: البصمة الوراثية - الإثبات الجنائي - التشريع الجنائي الإسلامي - جرائم الحدود - جرائم التعزير.

* أستاذ القانون الجنائي المساعد بجامعة المستقبل - المملكة العربية السعودية.



DNA and its Role in Criminal Evidence

Dr. Osama Atia Mohamed Abdelall*

Abstract:

No one denies that human society is witnessing an information revolution under the policies of globalization. In addition to this information revolution, a biological revolution has also brought about radical and dangerous changes throughout the world and its effects have been reflected in all aspects of life, including the field of combating criminal crimes. Genetic engineering is an inseparable part of the modern biological revolution that the criminal field has been able to benefit from through the discovery of DNA through DNA analysis. This dramatic discovery has changed the course of the judicial system in various countries of the world.

DNA is therefore the most modern scientific technology in the world to detect crimes that could not have been achieved without the use of modern scientific technology. This discovery is one of the most modern scientific methods of detecting the perpetrators through their genetic characteristics, identifying the culprit by analyzing the DNA of the sample found at the crime scene, and comparing it with the specimen taken from the suspect's body or stored in the data bank. It should be noted that fingerprints have long been at the forefront of identifying the perpetrators in view of the characteristics that characterize them, which is particularly important, but it has proved to be ineffective in some cases with professional offenders who blur their fingerprints and erase them or resort to wearing gloves so that they leave no trace of them. Hence, efforts to overcome this problem must have continued. The birth of modern technology, known as DNA, opened wide horizons in the field of forensic evidence and the identification of perpetrators, which made it superior to regular fingerprints, combating criminal crime; it is hoped that it will play a promising role in proving many of the serious crimes that plague the competent criminal investigation services.

Keywords: DNA - Criminal Evidence - Islamic Criminal Law - Hudud (Punishments) Crimes - Ta'zeer Punishment (Discretionary Penalty).

* Assistant Professor of Criminal Law, Mustaqbal University, Kingdom of Saudi Arabia.



المقدمة

لا أحد ينكر أن المجتمع البشري يشهد الآن ثورة معلوماتية في ظل سياسات العولمة، وإلى جانب هذه الثورة المعلوماتية ولدت أيضاً ثورة بيولوجية أحدثت تغيرات جذرية وخطيرة في العالم بأسره، وانعكست آثارها على نواحي الحياة كافة ومنها مجال مكافحة الجرائم الجنائية الذي لم يكن بمنأى عن هذه التأثيرات.

وتعد الهندسة الوراثية جزءاً لا يتجزأ من الثورة البيولوجية الحديثة التي استطاع الميدان الجنائي الاستفادة من تطبيقاتها من خلال اكتشاف البصمة الوراثية عن طريق تحليل الحمض النووي (D.N.A) وقد غير هذا الاكتشاف المثير من مجريات أنظمة القضاء في مختلف دول العالم.

لذا تعد -وبحق- البصمة الوراثية (D.N.A) من أحدث التقنيات العلمية الحديثة في العالم بأسره؛ للكشف عن جرائم لم يكن يمكن التوصل إلى مرتكبها من غير استخدام هذه التقنية العلمية الحديثة، ويعد هذا الاكتشاف من أقوى الطرق العلمية الحديثة للكشف عن الجناة من خلال خصائصهم الوراثية، وتحديد هوية الجاني من خلال تحليل الحمض النووي للعينة التي يتم العثور عليها في مسرح الجريمة، ومقارنتها مع العينة التي يتم أخذها من جسد الشخص المشتبه فيه أو المخزنة لدى بنك المعلومات.

ومن الجدير بالذكر في هذا المقام أن بصمات الأصابع ظلت إلى وقت قريب تحتل مركز الصدارة في التعرف على هوية الجناة بالنظر إلى الخصائص التي تتميز بها، مما أضفى عليها أهمية خاصة، ومع ذلك فقد ثبت عدم جدواها في بعض الأحوال مع الجناة المحترفين الذين يعمدون إلى طمس بصماتهم ومحوها أو اللجوء إلى لبس القفازات، إذ لا يتركون أثراً يُستدل به عليهم، ومن هنا كان لا بد أن تتواصل الجهود الرامية إلى التغلب على هذه المشكلة، فكان ميلاد التقنية الحديثة التي عُرفت بالبصمة الوراثية، والتي فتحت آفاقاً رحبة في مجالي الإثبات الجنائي وكشف هوية الجناة ما جعلها تتفوق على البصمات العادية، الأمر الذي باتت تحظى معه باهتمام متزايد في

مجال مكافحة الجريمة الجنائية لما يُؤمل أن تلعبه من دور واعد في إثبات كثير من الجرائم الخطيرة التي تؤرق أجهزة البحث الجنائي المختصة.

أهمية البحث:

لا أحد ينكر أن للبصمة الوراثية أهمية كبرى في المجال العلمي والعملية؛ وذلك كون أن تطبيق المنهج العلمي في التحقيقات الجنائية يمكننا من الحصول على أدلة مادية مبنية على أسس علمية ثابتة سواء أكانت أدلة فنية أم قرائن يعتمد عليها المحققون في التعرف إلى المجرمين، وكشف النقاب عن غموض أعقد الجرائم، كما أنها تعطي للقاضي تصورًا للوقائع قد يتفق أو يختلف مع الدليل القولي المستمد من شهادة الشهود أو الاعتراف أو ادعاء المدعي، أو الدليل الفني كالبصمات التقليدية مما يساعده على الحكم الصحيح على الوقائع.

كما أن استخدام البصمة الوراثية في المجال الجنائي له أهمية قصوى، وتحديدًا فيما يتعلّق برابط المتهم بمسرح الجريمة، وتحديد هويته بدقة، سواء على مستوى إدانة المشتبه به أو تبرئته، وعليه فإن التخلي عن هذه الوسيلة المهمة يُفقد الأجهزة الأمنية وكذلك المرفق القضائي واحدًا من أهم الوسائل اللازمة لمكافحة الجرائم والكشف عن غموضها وملابساتها.

مشكلة البحث:

ظل البحث الجنائي لسنوات طويلة يعتمد على الطرق التقليدية المختلفة والأدلة الجنائية المتداولة في التحقيقات الجنائية للكشف عن غموض الجرائم والحوادث بأنواعها والتي قد يتأذى من نتائجها العديد من الأبرياء، في حين أنه يمكن أن يكون للبصمة الوراثية دور حاسم في كشف مرتكبي الجرائم، إذ إنها تتيح الربط بين سلاسل من الجرائم وتحديد وجود الشخص المشتبه فيه على مسرح الجريمة.

فإذا صح العمل بالبصمة الوراثية كدليل إثبات، فكيف يمكن الحصول عليها؟ وما هي ضوابط العمل بها؟ أو كيف يكون لها دور في الكشف عن المجرمين كبديل عن بصمة الأصابع التقليدية أو تحليل الدم؟ إزاء كل هذه التساؤلات كان لابد من البحث للإجابة على ما سبق.

كما تتصدى هذه الدراسة لمشكلة على درجة كبيرة من الخطورة والأهمية، وهي مدى إمكانية استخدام البصمة الوراثية في مجال الإثبات الجنائي، في ظل العقبات العديدة التي قد تعترض طريق استخدامها كوسيلة إثبات في المجال الجنائي، ومنها إرغام المتهم على الخضوع لإجراء التحليل الطبي، ومدى المساس بحقه في سلامة جسده وخصوصيته الجينية، وكذلك مدى جواز أخذ عينة من الجثة محل الجريمة قبل دفنها، إذ إن حق الأفراد في حماية أنفسهم وخصوصياتهم أمر مكفول دستورياً وقانوناً.

تساؤلات البحث:

يكمن السؤال الرئيس للدراسة في: ما دور البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي؟

ويتفرع منه أسئلة فرعية عدة، وهي:

- ١- ما مفهوم البصمة الوراثية؟
- ٢- ما شروط العمل بالبصمة الوراثية وما ضوابطها؟
- ٣- ما حجية البصمة الوراثية في التشريع الجنائي الإسلامي؟
- ٤- ما حجية البصمة الوراثية في مجال الإثبات الجنائي في القانون الوضعي؟
- ٥- ما مجالات استخدام البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي؟

منهج البحث:

انطلاقاً من طبيعة الموضوع وأهدافه وأهميته سوف يتم استخدام المنهج الوصفي التحليلي بطريقته العلمية التي تجمع بين الطريقتين (الاستقرائية والاستنتاجية)، واعتمد على الأنظمة والقوانين واللوائح التفسيرية، وما تضمنته من قرارات، وما صدر من تعليمات وتعاميم وإجراءات لها صلة بالموضوع مقارنة مع ما تناولته الدراسات والبحوث في هذا الموضوع من الكتب المعاصرة والدراسات والأبحاث، متى أتيح ذلك.

خطة البحث:

المقدمة.

مبحث تمهيدي: التأصيل التاريخي لنشأة البصمة الوراثية.

المطلب الأول: تعريف البصمة الوراثية وخصائصها.

المطلب الثاني: شروط العمل بالبصمة الوراثية وضوابطها.

الفصل الأول: حجية البصمة الوراثية في الإثبات في التشريع الجنائي الإسلامي.

المبحث الأول: حكم إثبات جرائم الحدود بالبصمة الوراثية.

المبحث الثاني: حكم إثبات جرائم الاعتداء على النفس وما دونها بالبصمة الوراثية.

المبحث الثالث: حكم إثبات الجرائم التعزيرية بالبصمة الوراثية.

الفصل الثاني: حجية البصمة الوراثية في الإثبات في القانون الجنائي الوضعي.

المبحث الأول: موقف الفقه الجنائي من البصمة الوراثية في مجال الإثبات الجنائي.

المبحث الثاني: موقف القانون المقارن من البصمة الوراثية في مجال الإثبات الجنائي.

المبحث الثالث: موقف القضاء من البصمة الوراثية في مجال الإثبات الجنائي.

الفصل الثالث: مجالات استخدام البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي.

المبحث الأول: استخدام البصمة الوراثية في إثبات جرائم القتل.

المبحث الثاني: استخدام البصمة الوراثية في إثبات جرائم الزنا والاعتصاب.

المبحث الثالث: استخدام البصمة الوراثية في إثبات جرائم السرقة.

الخاتمة.

مبحث تمهيدي

التأصيل التاريخي لنشأة البصمة الوراثية

قبل البدء في بحث موضوع البصمة الوراثية لابد من الإحاطة بالجذور التاريخية لهذا الموضوع، إذ من المعلوم أن أية فكرة لا يمكن فهمها فهمًا صحيحًا إلا بدراسة ماضيها والوقوف على نشوئها، ولا خلاف أن كثيرًا من الأنظمة الحاضرة تجد منبعها وأساسها من الشرائع القديمة، ولهذا فإن الفهم الصحيح لحقيقة ما في مجتمع ما، لا يأتي إلا بالإحاطة الشاملة والكاملة بالعوامل التي كانت سببًا في وجودها، وهي عوامل متفاعلة ومتراطة على الرغم من التقدم والتطور اللذين يحدثان للشعوب.

ولم يكن ظهور البصمة الوراثية وليد الصدفة، بل لقد عرفت الشرائع القديمة أساليب من الإثبات شبيهة بها سواء في التشريعات القديمة، أم في القوانين الرومانية

والأوربية القديمة، أم في النظام القضائي الإسلامي، على الرغم من خلو أنظمة الإثبات فيها من قواعد منضبطة خاصة بها^(١).

ولابد عند الحديث عن التأسيس التاريخي لنشوء البصمة الوراثية من أن نشير بداية إلى مسألة نشوء علم الوراثة الذي يعد من العلوم الحديثة النشأة نسبيًا، إذ بدأت دراسات هذا العلم في حوالي العقد الرابع من القرن الماضي.

إلا أن مسألة انتقال الصفات الوراثية من الأصول إلى الفروع، ومقارنة أوجه الشبه والاختلاف بين الآباء والأبناء تعد أساسًا مسألة موهلة بالقدم، فكانت من المسائل المعهودة سابقًا ومنذ عصور قديمة، إذ عرفها العرب في الجاهلية قبل الإسلام، وأطلقوا عليها تسمية القيافة.

وتعد القيافة لغة مصدر قاف واسم فاعله قائف والجمع القافه، يقال قاف أثره من باب قال إذا أتبعه مثل قفا أثره^(٢)، والقائف هو الذي يعرف النسب بفراسته ونظره إلى أعضاء المولود والقائف والقواف الذي يتتبع الآثار ويعرف شبه الرجل بأخيه وأبيه^(٣).

وقد اشتهرت بها بعض قبائل العرب كقبيلة بني أسد وقبيلة مدلج وغيرها، وعندما سطع فجر الإسلام أقر هذه المسألة واعتمد عليها كوسيلة من وسائل إثبات النسب، وذلك فيما روته أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها: "أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) دخل علي مسرورًا تبرق أسارير وجهه، فقال: ألم تري أن مجزراً نظر أنفًا إلى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعضها"^(٤) رواه الشيخان.

(١) د. أوان عبد الله الفيضي، الإطار الشرعي والقانوني لعقد البصمة الوراثية، دار الفكر والقانون بالمنصورة، طبعة ٢٠١٨م، ص ١٥.

(٢) محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ٦٦٦هـ، مختار الصحاح، دار الكتب العربي ببيروت، طبعة ١٩٨١م، ص ٥٥٦.

(٣) فؤاد أفرام البستاني، منجد الطلاب، ط ٢٢، دار المشرق ببيروت، طبعة ١٩٧٨م، ص ٦٢١.

(٤) الإمام أبو عبد الله محمد بن إسماعيل الجعفي البخاري ١٩٤ . ٢٥٦هـ، صحيح البخاري، ط ١، تحقيق وتخريج أحمد زهوة وأحمد عناية، دار الكتاب العربي ببيروت، طبعة ٢٠٠٤م، ص ١٣٦٩، كتاب الفرائض، باب القائف، رقم الحديث ٦٧٧٠.

فهذا الحديث النبوي الشريف، يدل على أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) استعان بالخبير في المعاينة الفنية والخبرة فقضى بأن إلحاق القافة يفيد النسب إذ كان نسب أسامه بن زيد ثابتاً بالفراس، ولكن الناس كانوا يقدحون ويطعنون على قول القائف، فلما عاينهم القائف، وجد أن تلك الأقدام بعضها من بعض، فسر النبي (صلى الله عليه وسلم) بذلك القول الذي أزال التهمة، وألحق الفرع بأصله.

ومع ذلك فإن ظاهرة البصمة الوراثية تعد ظاهرة علمية حديثة نسبياً، حيث اهتم العلماء بدراسة الأحماض النووية المسؤولة عن نقل الصفات الموروثة منذ عام ١٩٣٨م، وأخذت الأبحاث والدراسات المتعلقة بها بالازدياد تدريجياً بعد ذلك^(٥).

وقد كان للاكتشاف الذي أطلق عليه العالمان (جيمس واطسون Gems Watson) و(فرانيس كريك Franses Greag) سر الحياة المعروفة بـ (D.N.A) منذ خمسين عاماً صداً هائلاً في عالم الأحياء والجينات الإنسانية، فقد شهد عام (١٩٥٣م)، الإعلان الكبير عن ذلك الاكتشاف الذي لم يعرف الكثير من العلماء في ذلك الوقت سر شكله اللولبي الحلزوني المزدوج، إذ قدم عالم الكيمياء الحيوية الأمريكي (واطسون Watson) وعالم الفيزياء الحيوية البريطاني (كريك Greag) نموذجهما الأشهر اللولبي الحلزوني المزدوج لجزئي الدنا (D.N.A) جزئي الوراثة، وحصل العالمان على جائزة نوبل العالمية لاكتشافهما ذلك العامل الوراثي المهم، وأصبح عام (١٩٥٣م) هو العام الحاسم في تاريخ الهندسة الوراثية (Genetic Engineering)، وأصبح هذا العام بحق عام مولد علم الوراثة الجزيئية والبيولوجيا الجزيئية التي نحن بصدد دراسة أحد أهم موضوعاتها على الإطلاق وهي البصمة الوراثية^(٦).

(٥) د. أبو الوفا محمد أبو الوفا إبراهيم، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، بحث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، ج ٢، ص ٦٨٤.

(٦) د. هدى حامد قشقوش، مشروع الجينوم البشري والقواعد العامة للقانون الجنائي، بحث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، ج ١، ص ٦٣.

وفيما يأتي عرض تعريف البصمة الوراثية وبيان خصائصها، ثم نتبعها ببيان شروط العمل بالبصمة الوراثية وضوابطها، كل في مطلب مستقل على النحو الآتي:

المطلب الأول

تعريف البصمة الوراثية وخصائصها

البصمة الوراثية في اللغة:

ورد لفظ البصمة في اللغة بمعانٍ منها: ما جاء في لسان العرب "رجل ذو بصمة: غليظ". وثوب له بُصم، إذا كان كثيفاً كثير الغزل. وقال أيضاً: البصمة: فوت ما بين الخنصر إلى طرف البنصر، ومنه قولهم: ما فارقتك شبراً ولا بصماً^(٧). ويقال: بصم بصماً للقماش أي رسم عليه. ويطلق البصم ويراد به العلامة عند العامة، وعندما يذكر لفظ البصمة في وقتنا الحاضر بإطلاق فإنه ينصرف إلى بصمة الأصابع^(٨)، كما يسمى التوقيع بطرف الإصبع بعد أن يلمس به مداداً ونحوه بصماً، فتكون البصمة عندها أثر الختم بالإصبع^(٩).

والوراثية نسبة إلى الوراثية مصدر ورث أو أرت، ومنه: ورث فلان المال ورثاً وإرثاً أي: صار إليه بعد موت مورثه. والورث والوراثية والتراث: مصادر ما يخلفه الميت لورثته. والميراث: جمع مواريث، وهو تركة الميت، وعلم الوراثية: هو العلم الذي يبحث في انتقال صفات الكائن الحي من جيل إلى جيل آخر، وعلم المواريث هو علم الفرائض الذي يمكن عن طريقه تقسيم التركات على المستحقين من ورثة الميت^(١٠)، وقد انتهى مجمع اللغة العربية في القاهرة إلى تعريف المركب الإضافي "البصمة

(٧) ابن منظور، لسان العرب ٢٩٥/١.

(٨) مجموعة من الباحثين واللغويين، المنجد في اللغة والإعلام، الطبعة الكاثوليكية، دار الشرق ببيروت ٣٣٣، سنة ٢٠٠٠م، ص ٤٠ مادة بصم.

(٩) مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، طبعة ١٩٩٤م، ص ٥٣.

(١٠) ابن منظور، لسان العرب ج ١٥/٢٦٦.٢٦٧. سعدى أبو جيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، دار الفكر بسوريا، الطبعة الأولى ١٩٩٨م، ص ٢٧٧.

الوراثية" بأنها: العلامة أو الأثر الذي ينتقل من الآباء إلى الأبناء أو من الأصول إلى الفروع^(١١).

البصمة الوراثية في الاصطلاح:

البصمة عند الإطلاق تتصرف إلى بصمات الإصبع وهي الآثار التي تتركها الأصابع عند ملامستها الأشياء، وتكون أكثر وضوحاً في الأسطح الناعمة، وهي تُقيد كثيراً في معرفة الجناة عند أخذ البصمات من مسرح الجريمة، حيث لا يكاد يوجد بصمة تشبه الأخرى.

ومع تطور العلوم الطبية فقد تم اكتشاف محتويات النواة والصفات الوراثية التي تحملها "الكروموسومات"، والتي يتعذر تشابه شخصين فيهما - ما عدا حالات التوأم المتماثلة - وهي أكثر دقة من بصمات الأصابع حيث يتم أخذ المادة الحيوية الأساسية لاستخراج البصمة الوراثية من أحد الأجزاء الآتية: (الدم، المنى، جذر الشعر، العظم، اللعاب، البول، السائل الأمينوسي للجنين)، وحتى لو تم أخذ منها عينة صغيرة بقدر حجم رأس الدبوس، فإنها تكفي لمعرفة البصمة الوراثية^(١٢).

ومصدر البصمة الوراثية موجود على شكل أحماض أمينية (D.N.A) وتُسمى الصبغيات؛ لأن من خواصها أنها كانت عند الصبغ، ويُطلق عليها أيضاً الحمض النووي؛ لأنها تسكن في نواة الخلية وهي موجودة في الكروموسومات.

أما تعريف البصمة الوراثية اصطلاحاً فقد تم الاختلاف في تعريفها من الفقهاء وعلماء الوراثة، فقد عرفها علماء الوراثة بأنها: أنماط التركيب الوراثي للإنسان، كما قالوا أنها: نمط وراثي يتكون من التتابعات المذكورة داخل الحمض النووي مجهول الوظيفة، ويوصف هذا النمط بكونه فريداً ومميزاً لكل شخص أي تعني انفراده بها ولا يُشاركه فيها أحد.

(١١) مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، ص ٥٣ مادة بصم.

(١٢) د. نجم عبد الله عبد الواحد، البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب إثباتاً ونفيًا، بحث مقدم للمجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي في دورته السادسة عشرة التي انعقدت بمقر رابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة في الفترة من ٢٦.٢١ شوال ١٤٢٢ هـ، ص ٥.

أما رجال الفقه والقانون فمنهم من عرفها بأنها: الصفات الوراثية التي تنتقل من الأصول إلى الفروع وتحدد شخصية كل فرد عن طريق تحليل جزء من الـ (D.N.A) الموجودة داخل خلايا جسده^(١٣).

وآخر عرفها بأنها: النمط الوراثي المتكون من التتابعات المتكررة خلال الحامض النووي، وهذه التتابعات تعد فريدة ومميزة لكل شخص^(١٤).

كما اجتهد العلماء المعاصرون في وضع تعريف جامع مانع لبيان ماهية البصمة الوراثية، إلا أن التعريفات تباينت مبنياً ومعنىً، فقد عرّفها بعضهم بأنها: العلامة أو الأثر الذي ينتقل من الآباء إلى الأبناء، أو من الأصول إلى الفروع، وعرّفها في موضع آخر بأنها تعيين هوية الإنسان عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من حامض الـ (D.N.A) المتمركز في نواة أي خلية من خلايا جسمه^(١٥).

وعرّفها بعضهم بأن: الحامض النووي هو بصمة جينية لا تتكرر من إنسان إلى آخر بالنطاق ذاته، وهي تحمل ما سوف يكون عليه هذا الإنسان من صفات وخصائص، وأمراض وشيخوخة وعمر، منذ النقاء الحيوان المنوي للأب ببويضة الأم وحدث الحمل^(١٦).

وغيرها من التعريفات التي قام رجال الفقه والقانون بذكرها ضمن التعريف، إلا أنه يمكننا أن نخلص في النهاية إلى أن كل إنسان يتفرد بنمط خاص في التركيب الوراثي ضمن كل خلية من خلايا جسده، لا يُشاركه فيه أي شخص آخر في العالم بأسره، وهذا ما يُطلق عليه اسم "البصمة الوراثية"، وهي وسيلة تكاد لن تُخطئ في التحقق من

(١٣) د. أبو الوفا محمد أبو الوفا إبراهيم، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص ٦٨٥.

(١٤) د. عائشة سلطان المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، رسالة دكتوراه بكلية العلوم - جامعة الأزهر، ٢٠٠٠م، ص ٣٠٥.

(١٥) د. سعد الدين مسعد الهاللي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، مكتبة الكويت الوطنية بالكويت، الطبعة الأولى ٢٠٠١م، ص ٢٥-٣٥.

(١٦) د. عبد الهادي مصباح، الاستسناخ بين العلم والدين، الدار المصرية اللبنانية، الطبعة الأولى ١٩٩٧م، ص ١٠٥.

الوالدية البيولوجية، والتحقق من الشخصية، ولا سيما في مجال الطب الشرعي، وهي قرائن قوية ويأخذ بها أكثر الفقهاء في غير قضايا الحدود الشرعية والقصاص.

خصائص البصمة الوراثية:

تتميز البصمة الوراثية بمجموعة من الخصائص، والمزايا يمكن أن نجملها فيما يأتي:

- تتميز البصمة الوراثية بأنها تعد المكون الرئيس للكروموسومات الموجودة داخل نواة الخلية^(١٧).
- تتميز البصمة الوراثية بأنها لا تتشابه بين اثنين إلا في حالة التوأم المتماثلة فقط، مما يجعل التشابه مستحيلًا، فهي تختلف من شخص إلى آخر، فلا يوجد شخصان على وجه الأرض يتشابهان في هذه البصمة ما عدا التوائم المتطابقة الحقيقية، على العكس من فصائل الدم التي تعد وسيلة نفي فقط؛ لاحتمال التشابه بين البشر في هذه الفصائل^(١٨).
- تتميز البصمة الوراثية بأنها تعد أصل كل الصفات الوراثية في الإنسان، والتي تبدأ معه منذ تكوينه في الرحم وحتى وفاته، فهي مادة الوراثة الرئيسة حيث تحمل كل المعلومات والصفات الوراثية، وتتحكم بترجمتها والتعبير عنها.
- تتميز البصمة الوراثية بأنها ثابتة لا تتغير من مكان إلى آخر في جسم الإنسان بغض النظر عن نوع النسيج، ومتماثلة في جميع خلايا الجسم، فالبصمة الوراثية التي في العين تجد مثيلاتها في الكبد والقلب والشعر، كما أنها تتميز بأنها لا تتغير منذ مراحل التكوين الأولي حتى الموت، بعكس كثير من الآثار الأخرى التي تتغير بمرور العمر كبصمات الأصابع، فقد يصيبها التآكل نتيجة ما يمتنه

(١٧) د. السيد محمود عبد الرحيم مهران، أحكام تقنيات الوراثة الهادفة إلى تعديل الخصائص الوراثية، بحث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، ج ١، ص ٢٤٧.

(١٨) د. محمد حسين الحمداني، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق - جامعة الموصل، س ١٦، ع/٤٩، رجب ١٤٣١هـ - حزيران ٢٠١١م، المجلد ١٣، ص ٣٤٤.

صاحبها كما لو كان يعمل في صناعات تستخدم مواد كيميائية أو يصاب بأمراض جلدية تؤثر على البصمات أو قد تقطع أصابعه^(١٩).

- تتميز البصمة الوراثية بأنه يستحيل مسحها ولا يمكن تزويرها، فهي تعد بمنزلة بطاقة توجد في كل خلية من خلايا جسم الإنسان، في حين أن سائر الآثار الأخرى كبصمات الأصابع واليدين والأقدام تتأثر بالمسح والمحو والطمس.
- تتميز البصمة الوراثية أيضاً بأنها ذات مصداقية عالية حيث إن نسبة الخطأ فيها تكاد تبلغ فرصة واحدة لكل ٣٠ مليار من الحالات، إذا ما تم تحليلها بشكل سليم وصحيح، وتعد قرينة للإثبات والنفي في مجال النسب، ووضع حد للتلاعب بالأنساب وغيرها.
- تتميز البصمة الوراثية بأنها تعتمد أساساً على الصفات الوراثية التي تنتقل من الأصول إلى الفروع، وأنها تقيد ما عجزت عن تحقيقه بصمات الأصابع، حيث نجد أن بصمة اليد والقدم تعتمد على الأشكال المختلفة على جلد أصابع القدمين والكفين.
- تتميز البصمة الوراثية بأنها لها القدرة على مقاومة العوامل الجوية المختلفة من حرارة ورطوبة وجفاف وغير ذلك من العوامل الطبيعية المختلفة، فقد أظهرت الدراسات العلمية قدرة الحمض النووي (D.N.A) على تحمل الظروف الجوية السيئة وخصوصاً ارتفاع درجات الحرارة وسوء الظروف والتلوثات الجوية.
- تتميز البصمة الوراثية بأن من أهم مزاياها التي تنفرد بها هي أن صغر العيّنة بالبصمة الوراثية لا يحول دون الحصول منها على النتائج كافة، وذلك باستخدام التفاعل المتسلسل لإنزيم "البوليميريز" (PCR) الذي يساعد على مضاعفة كمية

(١٩) د. عبد الواحد إمام مرسى، البصمة الوراثية ورياح التغيير في مجال الكشف عن الجرائم، بحث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص ٨٣٤.

الحمض النووي في أي عيّنة، فيحتاج الأمر إلى عيّنة من الدم في حالة إثبات البنية، أو عيّنة من اللعاب أو الدم أو السائل المنوي على مسرح الجريمة^(٢٠).

• تتميز البصمة الوراثية بأنها تظهر على هيئة خطوط عريضة تختلف في السمك والمسافة نتيجة الاختلاف بين شخص وآخر يسهل قراءتها وحفظها وتخزينها في أجهزة الحاسب الآلي أو على أفلام إلى أمد غير محدود ولفترات طويلة، إذا تم هذا الحفظ بصورة صحيحة مما يسهل عملية المقارنة والمضاهاة مع غيرها عند الحاجة.

• تتميز البصمة الوراثية بأنها يمكن التعرف على صاحبها حتى بعد وفاته بواسطة تحليل شيء من هيكله، حيث يمكن الحصول على البصمة الوراثية من الآثار القديمة والحديثة^(٢١)، وقد تناقلت وسائل الإعلام المختلفة عن تقدم الحكومة اليابانية لنظيرتها المصرية بطلب فحص الحمض النووي لمومياء توت عنخ أمون والسابق فحصها بالأشعة عام (١٩٩٦م) ومومياء أمحتب الثالث لمعرفة حقيقة العلاقة بينهما وحل لغز وفاة الأول^(٢٢).

• تتميز البصمة الوراثية بأنها يمكن الاستفادة منها في الأصدء كافة الأمر الذي أدى إلى تغيير في مجالات شتى كاستتساخ للحيوانات حيث نجح الاسكتلنديون في استتساخ النعجة دولي في عام (١٩٩٧م)، وكذلك يمكن الاستفادة منها في إنتاج سلالات جديدة من النباتات مع تحسين إنتاجية الموجودة منها، وكذلك في مختلف المجالات مثل الصناعة والزراعة والصحة والدواء والبيئة والقانون وغيرها، ولا نبالغ إذا قلنا أن العصر الحالي يعد بحق عصر الهندسة الوراثية، فبفضل استخدام البصمة الوراثية شهد مجال الزراعة والإنتاج الحيواني تطوراً

^(٢٠) لمزيد من التفاصيل في هذا الشأن راجع د. جميل عبدالباقي الصغير، أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، دار النهضة العربية بالقاهرة، طبعة ٢٠٠١م، ص ٧١.

^(٢١) د. محمد سعيد رمضان البوطي، موقف الشريعة الإسلامية من التحكم بنوع وأوصاف الجنين والإسقاط عند ظن التشوه، بحث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، ج ١، ص ٢٩٤.

^(٢٢) د. عبد الواحد إمام مرسي، المرجع السابق، ص ٨٣٥.

كبيراً، كما حقق استخدامها في مجال الطب طفرة قوية سواء في مجال تحديد الأمراض، ووضع وسائل ناجحة لعلاجها، وكذلك الحال في مجال الطب الشرعي، فوجدوا فيها الكثير من ضالتهم واستخلصوا الكثير من الأدلة المادية^(٢٣).

- تتميز البصمة الوراثية كذلك بإمكانية الحصول عليها حتى عند اختلاطها بأجسام أسطح أخرى على عكس الآثار الأخرى كما هي الحال في البصمات، فإن هناك صعوبات جمة في الحصول على نتائج صحيحة عند اختلاط الآثار الأخرى كبصمة الأصابع واليدين والأقدام بأجسام أخرى، بل إن محاولة رفعها وتنقيتها أمر محفوف بمخاطر فقدها، فمثلاً اختلاط الآثار بأرض زراعية مبللة أو رملية وأسطح مسامية يمثل صعوبة حقيقية في التعامل معها^(٢٤).

المطلب الثاني

شروط العمل بالبصمة الوراثية وضوابطها

بما أن البصمة الوراثية تعد حديثة عهد قريب ليس ببعيد، وبما أنها تتصف بخاصتي الدقة والتعقيد، فكان لابد للفقهاء من أن يضعوا الشروط العامة للعمل بالبصمة الوراثية وضوابطها.

شروط العمل بالبصمة الوراثية:

- ١- أن تكون المختبرات والمعامل تابعة للدولة وتحت رقابتها، فلا يتم التلاعب فيها لمجرد المصالح الشخصية والأهواء، ومن ثم تكون العينات عرضة للضياع والتلف والتبديل^(٢٥).

(٢٣) د. عبد الواحد إمام مرسي، المرجع السابق، ص ٨٣٥.

(٢٤) د. عبد الواحد إمام مرسي، المرجع السابق، ص ٨٤١.

(٢٥) د. الهاني طابع، تكنولوجيا بصمة الحامض النووي D.N.A في المجال الجنائي، دار النهضة العربية بالقاهرة، الطبعة الأولى ٢٠١٤م، ص ١٣٠.

- ٢- أن تكون هذه المختبرات والمعامل الفنية مزودة بأفضل الأجهزة ذات التقنيات العالمية والمواصفات الفنية القابلة؛ للاستمرارية والتفاعل مع العينات والظروف المحيطة بها في الدولة^(٢٦).
- ٣- أن يكون العاملون في هذه المختبرات من خبراء وفنيين ممن يتسمون بصفات الأمانة والخلق الحسن والإتقان والعدل في أداء عملهم، وكل ما يتطلبه الشرع في سبيل درء المفساد وجلب المصالح.
- ٤- أن يكون العاملون على فحص البصمة الوراثية من ذوي الخبرة والمستوى العلمي الرفيع، وممن يشهد لهم بالتقدم العلمي والتقني، حتى لا يؤدي عدم توفر ذلك إلى تدهور النتائج الفنية، ومن ثم ضياع الحقوق من أصحابها^(٢٧)، كما يشترط أن يكونوا معتمدين ومسجلين كخبراء قضائيين، وهو ما نصت عليه المادة (١٢-١٦) من القانون المدني الفرنسي بقولها: "لا يشرع في التعرف على الأفراد عن طريق البصمات الوراثية إلا من طرف أشخاص أكفاء مهرة، معتمدين وفق الشروط المحددة في مرسوم مجلس الدولة، وفي إطار إجراء قضائي، كما يجب أن تسجل أسماء هؤلاء الأشخاص كخبراء قضائيين".
- ٥- أن تمنع الدولة إجراء الفحص الخاص بالبصمة الوراثية إلا بطلب من القضاء، وهو ما نصت عليه المادة (١١-١٦) من القانون المدني الفرنسي بقولها: "لا يمكن أن يتم اللجوء إلى البصمات الوراثية في الحالات السابقة إلا بتنفيذ إجراء تعليمي، وأن يكون القاضي قد أمر به"، كما يشترط أن يتم الفحص في مختبرات تابعة للدولة وتحت رقابتها، وأن تمنع القطاع الخاص من مزاوله هذا العمل، لما يترتب على ذلك من مخاطر كبرى.

^(٢٦) عواد يوسف الشمري، دلالة البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ٢٠١٨م، ص ٧٨.

^(٢٧) د. محمد الأشقر، إثبات النسب بالبصمة الوراثية، ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري الجيني، المنعقدة بمدينة الكويت في الفترة من ٢٣ - ٢٥ جمادى الآخرة ١٤١٩هـ الموافق ١٣ - ١٥ أكتوبر ١٩٩٨م، الجزء الأول، ص ٤٥٨.

٦- ينبغي تكوين لجنة خاصة بالبصمة الوراثية في كل دولة، يشترك فيها المختصون الشرعيون والأطباء والإداريون، وتكون مهمتها الإشراف على نتائج البصمة الوراثية واعتماد نتائجها.

٧- موافقة الشخص الخاضع للفحص قبل إجراء تحليل البصمة الوراثية، وأن تكون إرادته حرة مستتيرة، وهو ما نصت عليه المادة (١٦) في الفقرة (١٠) من القانون المدني الفرنسي الجديد بقولها: "يجب أن تؤخذ موافقة الشخص قبل إجراء الفحص"، والفقرة (١١) التي جاء فيها: "يجب أن تكون موافقة الشخص المعني سابقة وواضحة".

وهو ما نصت عليه المادة الخامسة من إعلان اليونسكو العالمي لحقوق الجينوم من أنه في حالة بحث أو معالجة أو تشخيص يتعلّق بجينوم فرد ما تؤخذ الموافقة المسبقة الحرة والمستتيرة من الشخص المعني.

ضوابط العمل بالبصمة الوراثية:

هناك مجموعة من الضوابط لأبد من تحققها للعمل بالبصمة الوراثية، وتتمثل أهم هذه الضوابط فيما يأتي:

- يجب ألا تخالف تحاليل البصمة الوراثية العقل والمنطق والحس والواقع، بل يجب أن تتوافق مع العقل والمنطق، فلا يمكن أن تثبت البصمة الوراثية نسب من لا يولد لمثله، لصغر سنه، وغيرها من المسائل.
- يجب ألا تخالف نتائج البصمة الوراثية صدق النصوص الشرعية الثابتة من الكتاب والسنة الشريفة، حيث لا يؤدي ذلك إلى إهمال النصوص الشرعية المقطوع بصحتها وجلب المفساد، ومن ثم لا يجوز استخدامها في التشكيل بصحة الإنسان المستقرة الثابتة وزعزعة الثقة بين الأزواج^(٢٨).

(٢٨) د. ناصر عبد الله الميمان، البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٢م، ص ٦٢٠.

- منع القطاع الخاص والشركات التجارية ذات المصالح بالعَيّنات من المتاجرة فيها، وإغلاقها فوراً، وفرض العقوبات الزاجرة والرادعة لكل من تسول له نفسه التلاعب بالجينات البشرية أو التعرض للأسرة المسلمة، وتحطيم دعائمها المستقرة^(٢٩).
- أن تكون التحاليل البيولوجية للبصمة الوراثية بناء على أوامر من القضاء أو من له سلطة ولي الأمر، حتى يقفل باب التلاعب واتباع الأهواء الظنية عند ضعف النفوس.
- يعتمد نجاح تحليل الحامض النووي (D.N.A) على الطريقة التي يتم بها أخذ العينات وجمعها من مسرح الجريمة وكيفية حفظها، حيث ثبت من الناحية العلمية أن العينات البيولوجية تفقد حيويتها وتفاعلها إذا لم تُجمع وتُحفظ بطريقة علمية سليمة^(٣٠).
- توثيق كل خطوة من خطوات تحليل البصمة الوراثية بدء من نقل العَيّنات إلى ظهور النتائج حرصاً على سلامة تلك العَيّنات، وضماناً لصحة نتائجها مع حفظ هذه الوثائق؛ للرجوع إليها عند الحاجة.
- وضع آلية دقيقة لمنع الانتحال والغش ومنع التلوث وكل ما يتعلق بالجهد البشري في حقل مختبرات البصمة الوراثية، حتى تكون النتائج مطابقة للواقع، وأن يتم التأكد من دقة المختبرات، وأن يكون عدد المورثات (الجينات المستعملة للفحص) بالقدر الذي يراه المختصون ضرورياً؛ دفعاً للشك^(٣١).
- يجب وضع قواعد فنية ودقيقة لحفظ العينات والمعلومات التي تنتج عن تحليل البصمة الوراثية تحسباً للاستخدام غير المشروع.
- توفير خبراء ذوي كفاءة عالية ومختصين في تحليل الحامض النووي والفحوصات الجينية.

(٢٩) د. الهاني طابع، المرجع السابق، ص ١٢٢ وما بعدها.

(٣٠) د. عبد الرحمن أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، ٢٠٠٥م، ص ٢٩١.

(٣١) قرار المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي لسنة ٢٠٠٢م، ص ١٤.

- يجب اتباع إجراءات خاصة تسبق فحص الحامض النووي، مثل استكمال النموذج الخاص بكل عينة، وتفادي أخطاء الترقيم، والتلوث الذي يمكن أن تتعرض له العينة، كما يجب الحرص على الاحتفاظ بجزء من العينة لإجراء تحاليل مستقلة، وأن تكون المعامل التي تتم فيها التحاليل معامل مملوكة للدولة تابعة لوزارة العدل، ومزودة بأحدث التجهيزات المناسبة والتقنيات الحديثة، ويجب استخدام المواد والعينات البيولوجية بكفاءة عالية.
- يجب أن يجرى عمل فحص البصمة الوراثية بعدد أكبر من الطرق، وبعدد أكبر من الأحماض الأمينية لضمان صحة النتائج قدر الإمكان.
- يجب المحافظة على سرية المعلومات وحمايتها، فيجب أن يتم تحليل الحامض النووي في نطاق احترام التوصيات والقواعد التي أقرها المجلس الأوروبي، المتعلقة باحترام وحماية المعلومات ذات الطبيعة الشخصية في قطاع البوليس، والتي من أهمها: تحقيق النزاهة العلمية، وضمان أمن المنشآت والعينات محل التحليل، التي تمثل هدف التحقيق، والمحافظة الشديدة لأجل ضمان السرية التامة فيما يتعلق بهوية الأشخاص الذين تتعلّق بهم نتائج تحليل الحامض النووي (D.N.A).

الفصل الأول

حجية البصمة الوراثية في الإثبات في التشريع الجنائي الإسلامي

تمهيد وتقسيم:

تعد البصمة الوراثية طريقاً من طرق الإثبات وتتنمي إلى باب القرائن، ولا خلاف بين علماء المسلمين قديماً وحديثاً في جواز الإثبات بالقرائن في الجملة، سواء في ذلك من ذكر حصر طرق الإثبات كقول ابن عابدين: "إن من طرق القضاء سبعة: البينة، والإقرار، واليمين، والنكول عنه، والقسامة، وعلم القاضي، والقرينة الواضحة"^(٣٢).

^(٣٢) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، تحقيق عادل أحمد عبد الجواد، وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية ببيروت، الطبعة الأولى ١٩٩٤م، ج ٨/٢٣.

ومن لم يحدد منها شيئاً وإنما تثبت الحقوق عنده بكل ما يبينها شهادة كانت أم قرينة، وفي ذلك يقول ابن القيم الجوزية: "إن كل طريق يثبت به الحق فهو من الشرع وفيه"^(٣٣).

وعليه فلا خلاف بين علماء المسلمين قديماً وحديثاً في العمل بالقرائن، ومنها البصمة الوراثية المكتشفة حديثاً لكن العمل بها فيما يتصل بالإثبات الجنائي فيه تفصيل، إذ يجوز في بعض الجرائم في التشريع الجنائي الإسلامي دون الأخرى، فمن المعروف أن التشريع الجنائي الإسلامي يأخذ بتقسيم الجرائم من حيث جسامتها بتقسيم ثلاثي: هي جرائم الحدود، وجرائم القصاص، وجرائم التعزير.

جرائم الحدود: لفظ الحد يطلق على الجريمة والعقوبة معاً فيقال حد الزنا وحد السرقة، وكل الحدود منصوص عليها وعلى عقوباتها، وهي جرائم واردة على سبيل الحصر وهي: السرقة، الحراة، الزنا، القذف، شرب الخمر، البغي، الردة^(٣٤).

وعقوبات الحدود مقدرة وتجب حقاً لله تعالى^(٣٥)، وهي عقوبة مقررة أي مأمور بها من الله تعالى وأنها ذات حد واحد فلا تجوز الزيادة عليها أو الإقلال منها، ومعنى أن وجوبها حق لله تعالى، أنه لا توجد جهة تملك العفو عنها أو إسقاطها، سواء كانت السلطات العامة أم المجني عليه^(٣٦).

جرائم القصاص: هي جرائم تقررت عقوباتها حقاً للأفراد^(٣٧). والقصاص نوعان: نوع توقع فيه على الجاني عقوبة بدنية مثل التي أوقعها الجاني على المجني عليه، ويقال لهذا النوع قصاص صورة، والنوع الثاني هو عقوبة مالية توقع جزاء الاعتداء على نفس الإنسان أو جسمه، وهو في الحقيقة ليس إلا قصاصاً في المعنى فقط^(٣٨)،

(٣٣) ابن القيم الجوزية، الطرق الحكيمة في الشريعة الإسلامية، دار الفكر اللبناني للطباعة والنشر، طبعة ١٩٩١م، ص ٤٤٤.

(٣٤) الأحكام السلطانية، الماوردي، ص ٢٢٣.

(٣٥) المبسوط، مطبعة السعادة، الطبعة الأولى، الجزء التاسع، ص ٣٦.

(٣٦) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، الجزء الأول، ص ٧٩.

(٣٧) بدائع الصنائع، الجزء السابع، ص ٢٣٣.

(٣٨) الجريمة والعقوبة، للإمام محمد أبو زهرة، طبعة دار الفكر العربي، الجزء الأول، ص ٧٩.

وجرائم القصاص محددة أيضاً، وهي: القتل العمد، والقتل شبه العمد، والقتل الخطأ، والجنائية على ما دون النفس عمداً، والجنائية على ما دون النفس خطأ^(٣٩).

وهذا النوع من الجرائم تختلف أساليب الفقهاء في كيفية بحثه (أي في العنوان الذي يطلقونه عليه)، فجرائم القصاص يبحثها بعض الفقهاء تحت عنوان "أحكام الدم"؛ كون هذه الجرائم غالباً ما تقضي إلى جرح أو موت^(٤٠)، ويبحثها البعض الآخر تحت عنوان "الجراح"، معتبرين أن الجرح هو السبب الغالب في الاعتداء^(٤١)، وفريق ثالث يبحثها تحت عنوان "الجنائيات" على اعتبار أن الجنائية هي المعنى الأعم الذي يشمل الجرح والقتل^(٤٢).

جرائم التعزير: وقد عرّف الفقهاء التعزير بأنه العقوبة المشروعة على جنائية أو معصية على ذنوب لم تُشرّع فيها حدود ولا كفارات^(٤٣)، سواء كانت الجرائم المرتكبة تمثل اعتداء على حق الله تعالى أم على حقوق للعباد^(٤٤).

وتركت الشريعة لولي الأمر تحديد هذه الجرائم فيما لا يخالف مبادئ الشريعة ومقاصدها؛ حتى يمكن لولي الأمر معالجة ما قد يستجد أو يحدث من جرائم لم يسبق النص عليها^(٤٥)، كما تركت الشريعة لولي الأمر اختيار الجزاء المناسب بحسب خطورة الجريمة المرتكبة وظروف المجرم^(٤٦).

^(٣٩) مغني المحتاج، الجزء الرابع، ص ٣، المغني، الجزء الثامن، ص ٦٣٦.

^(٤٠) حاشية الدسوقي، الجزء الرابع، ص ٢٤٢.

^(٤١) مغني المحتاج، الجزء الرابع، ص ٣؛ المغني، الجزء السابع، ص ٦٣٥.

^(٤٢) بدائع الصنائع، الجزء السابع، ص ٣٣٣.

^(٤٣) تبصرة الحكام، طبعة القاهرة الحديثة للطباعة، الجزء الثاني، ص ٢١١؛ الأحكام السلطانية للماوردي، ص ٢٣٧.

^(٤٤) السياسة الشرعية، دار زهور الفكر، بدون، ص ٥٤؛ أعلام الموقعين دار الحديث، الجزء الثاني، ص ٦٦.

^(٤٥) عبد القادر عودة، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص ٨٠، ٨١؛ والدكتور/ عبد العزيز عامر، التعزير في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، الطبعة الرابعة، بدون، ص ٧٣.

^(٤٦) عبد القادر عودة، المرجع السابق، الموضوع السابق.

ومن أمثلة جرائم التعزير: السرقة التي لا تتوفر فيها شروط حد القطع، والسب، والتعامل بالربا، وغير ذلك من الجرائم التي لم يضع لها الشارع عقوبة مقدّرة. وفيما يأتي عرض مدى صلة البصمة الوراثية بإثبات كل نوع من هذه الجرائم، كل في مبحث مستقل، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول

حكم إثبات جرائم الحدود بالبصمة الوراثية

ذهب جمهور الفقهاء وأكثر أهل العلم من القدماء والمعاصرين إلى منع إثبات الحدود بالقرائن وحصر إثباتها في طريقتين لا ثالث لهما، وهما: الشهادة والإقرار، ولا تعويل في إثبات الحدود على سواهما من القرائن، سواء كانت قطعية أم ظنية، مادية كانت أم معنوية، قديمة أم تم اكتشافها حديثاً. وعلى هذا فلا تعد البصمة الوراثية دليل إثبات في جرائم الحدود، مهما كانت دقتها وقوة دلالتها على إثبات التهمة.

والأدلة على عدم جواز إثبات الحدود بالقرائن كثيرة، ومتشعبة، نذكر منها ما يأتي:

- قول رسول الله (صلى الله عليه وسلم): "ادروا الحدود بالشبهات"^(٤٧)، وهذا الحديث متفق عليه بين أهل العلم، وقد ثبت نحو هذا المعنى عن جمع غفير من السلف رضوان الله عليهم، ثم اشتهر الدرء بالشبهات بعدهم وشاع حتى صار محل اتفاق الأمة جيلاً بعد جيل إلا من شذ كالظاهرية، والحديث يدل على وجوب إسقاط العقوبة الحدية كلما وقع تردد في الإثبات، ولو تم بطريق الإقرار أو الشهادة، فكيف بالقرائن التي مبناها على الشبهة والظن؟! وهذا أبلغ في الدلالة على نفي إثبات الحدود بالقرائن، فلا يصلح بناء الحكم عليها في باب الحدود.

^(٤٧) رواه الترمذي في الجامع الصحيح، كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود، دار الكتب العلمية ببירות، ج ٤، ص ٢٥.

• قول رسول الله (صلى الله عليه وسلم): "لو كنت راجماً أحداً بغير بينة، لرجمت فلانة، فقد ظهر منها الريبة في منطقتها وهيئتها ومن يدخل عليها"^(٤٨).

ووجه الدلالة من الحديث ظاهر في عدم جواز الأخذ بالقرائن في إثبات جريمة الزنا وإقامة الحد، مهما كانت واضحة وقوية وقاطعة.

كما أن جمهور الفقهاء قد استدلوا على رأيهم بأدلة من المعقول لعل من أهمها ما يأتي:

- أن الشارع الحكيم رغب في تحقيق الستر فيما يتعلق بجرائم الحدود، وأكد على ذلك بنصوص صحيحة وصریحة، وتجوز إثبات هذه الجرائم بالقرائن يخالف قصد الشارع في سترها، فلا يعتد بها في الإثبات موافقة لقصد الشارع.
- أن قصد الشارع الحكيم فيما يتصل بالحدود يميل إلى التقليل من تنفيذ العقوبات المقدّرة لها وذلك لشدتها، ولأن الهدف منها يتحقق بمقاومة الدوافع والردع العام، ويتحقق ذلك بتأكيد صرامتها وعدم التنازل عنها وشيوع ذلك بين الناس، فلا يجوز إذاً مخالفة قصد الشارع بتكثير طرق إثباتها بالقرائن، ومنها "البصمة الوراثية".
- بملاحظة أن الشارع الحكيم مع حصره طرق الإثبات في الشهادة والإقرار، فنجد أنه قد عاد عليهما بضوابط وقيود كثيرة تحد من إعمالهما إلا في النادر القليل.

ومن ذلك مثلاً جريمة الزنا بالشهادة، فإنها لم تثبت مرة واحدة خلال خمسة عشر قرناً من الزمان، أما الإقرار بها فمع التوجيه النبوي بالإعراض عن المقر والتعريض له بالرجوع واشتراط تعدده في مجالس القضاء، فقد ترك أيضاً الحرية للمقر بالرجوع عنه حتى في أثناء التنفيذ، فإذا كان هذا حال طرق الإثبات المقررة شرعاً، فكيف يعتد بالقرينة وهي ليست من طرق الإثبات في الحدود، ومنها "البصمة الوراثية".

^(٤٨) رواه ابن ماجة في باب من أظهر الفاحشة، وصححه محمد ناصر الألباني، وقال: الحديث صحيح. انظر: صحيح سنن ابن ماجه، مكتب التربية العربي لدول الخليج، الطبعة الثانية ١٤٠٨ هـ، ج ٢/٨٢.

المبحث الثاني

حكم إثبات جرائم الاعتداء على النفس وما دونها بالبصمة الوراثية

تتشترك جرائم الاعتداء على النفس وما دونها مع جرائم الحدود في كونها جرائم محددة الفعل مقدرة العقوبة، وتختلف عنها في نسبة الحق فيها، فهي ليست من حقوق الله الخالصة، بل الغالب فيها حق العبد.

ولذلك فهي لا تتفق مع جرائم الحدود في كل الوجوه، ومن تلك الوجوه التي تفارق فيها جرائم الحدود طرق الإثبات، فهي تثبت بما تثبت به جرائم الحدود، وتزيد عليها بصحة إثبات جريمة القتل منها بالقسامة.

ولكي نتعرف على حكم إثبات جرائم الاعتداء على النفس وما دونها بالبصمة الوراثية ننظر في حكم إثباتها بالقرائن، فهل تُعد القرائن دلائل إثبات في جريمة القتل والقطع والجرح أو لا أثر لها في ذلك؟

في هذا الأمر رأيان نعرض لهما على النحو الآتي:

الرأي الأول: يرى أصحاب هذا الرأي جواز إثبات جرائم الاعتداء على النفس وما دونها بالقرائن، ويرى هذا الرأي كل من أجاز الاعتداد بها في إثبات جرائم الحدود؛ لأن القائل بذلك هو من قال بإثبات جرائم القصاص بها من باب أولى، ومنهم ابن القيم -رحمه الله- وغيره^(٤٩)، وبه قال أيضاً بعض الباحثين والمفكرين المعاصرين، وقد صرح بعضهم بصحة الاعتماد على البصمة الوراثية في إثبات جرائم القتل ونحوها، فكل من قال بصحة اعتماد القرائن دلائل إثبات في جرائم الحدود والقصاص، فإنه يقول حتماً باعتماد البصمة الوراثية دليل إثبات في ذلك، لو أدركها وعرف قوتها ودقتها، وهناك من لم يعتد بالقرائن في إثبات جرائم الحدود، لكنه يراها دليل إثبات في جرائم الاعتداء على النفس وما دونها للفرق عنده بين جرائم الحدود وجرائم القصاص؛ إذ الأولى تُعد من حقوق الله الخالصة، بينما الثانية حق الفرد فيها غالب.

(٤٩) راجع في ذلك: ابن الغرس في الفواكه البدرية، طبعة ١٩٨٢م، ص ٨٣-٨٤.

ويمكن الاستدلال لمن قال بجواز الاعتماد على البصمة الوراثية في إثبات جرائم القصاص بما يأتي^(٥٠):

- ثبت بالكتاب والسنة والإجماع الاعتداد في الإثبات بالقرائن في الجملة، ولا فرق بين حق وحق.

- جرى العمل بثبوت عقوبة جرائم القصاص على من وجد وحيداً في مسرح الجريمة وهو قائم وفي يده سكين تقطر دمًا، وأمامه قتيلٌ غارقٌ في دماءه.

- ثبت بالسنة الصحيحة العمل في قتل النفس بالقسامة، وما القسامة إلا أيمان تضمُّ إلى القرينة؛ إذ لا بد للاعتداد بالقسامة من وجود اللوث، وما اللوث إلا قرينة من القرائن، والبصمة الوراثية تحل محل اللوث المعروف قديمًا، فهي أقوى في الإثبات من الشبه التي بني عليها الإثبات بالقسامة.

الرأي الثاني: يرى أصحاب هذا الرأي أنه لا فرق بين جرائم الحدود وجرائم الاعتداء على النفس وما دونها.

فقد ذهب الجمهور قديمًا وحديثًا إلى منع إثبات الجناية على النفس وما دونها بالقرائن عدا القسامة في قتل النفس خاصة.

وعليه، فهذا الرأي لا يصح عنده اعتماد البصمة الوراثية في إثبات جرائم الاعتداء على النفس وما دونها، وبهذا الرأي صدر قرار المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، وإليه مال جمع كبير من الباحثين المعاصرين^(٥١).

ويمكن الاستدلال لمن قال بعدم جواز الاعتماد على البصمة الوراثية في إثبات جرائم القصاص بما يأتي:

(٥٠) د. محمد المدني بوساق، موقف الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية من استخدام البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، بحث مقدم إلى مؤتمر بعنوان: الجوانب الشرعية والقانونية لاستخدام الوسائل العلمية الحديثة في التحقيق الجنائي، عمان في الفترة من ٦-٨/٤/١٤٢٨هـ الموافق ٢٣-٢٥/٤/٢٠٠٧م، ص ٣١.

(٥١) البند أولاً من القرار السابع من قرارات الدورة السادسة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي المنعقد ما بين ٢١-٢٦/١٠/١٤٢٢هـ في مكة المكرمة.

• الأصل في الدماء هو الأخذ بالأحوط، والأخذ بالقرائن ينافي الاحتياط لخفائها وكثرة الاحتمالات التي ترد عليها^(٥٢).

والبصمة الوراثية من القرائن العلمية التي لا يتوصل إلى التأكد من نتائجها إلا بسلوك طريق طويل من التحاليل والتجارب، وعن طريق خبراء متخصصين لا يتأتى التثبت إلا بقبول خبرهم والقناعة به.

• جميع ما استدل به المانعون من إثبات جرائم الحدود بالقرائن، إذ لا فرق عندهم بين جرائم الحدود والقصاص فيما يتصل بطرق الإثبات، فكلاهما حد مقدر وطرق إثباتها محصورة في الشهادة والإقرار، وتتفرد الدماء بجواز إثباتها بالقسامة ولا شيء غير ذلك.

بعد عرض هذين الرأيين، رأي من يصح عنده الاستدلال بالقرائن ومنها "البصمة الوراثية" في جرائم الاعتداء على النفس وما دونها، والرأي المعاكس له والمانع من الاعتماد على القرائن بصفة عامة و"البصمة الوراثية" بصفة خاصة في إثبات جرائم الاعتداء على النفس وما دونها، يجب أن نشير إلى الاختلاف بين جرائم الحدود وجرائم القصاص فيما يتعلّق بالإثبات في كل منهما، فنجد أن الشارع الحكيم يميل بوضوح إلى تغليب جانب الستر في جرائم الحدود، وقد انعكس ذلك على طرق الإثبات كما في الشهادة على واقعة الزنا، وما يتصل بها من مطابقة أقوال الشهود فيها، وتقرير عقوبة الفرية، إذا لم يكتمل عددهم أربعة، وكما في الإقرار وما يتصل به من إعراض عن المقر والتعريض له بالإنتكار، ومنع استدراجه للإقرار أو التحايل عليه أو الضغط عليه والتدقيق معه.

في حين أن كل ذلك غير معمول به في جرائم الاعتداء على النفس وما دونها، ففي طرق إثبات القتل ونحوه نجد الشارع الحكيم قد جعل شهادة الواحد شبيهة يعوّل عليها في الإثبات مع الأيمان في القسامة، ولا مجال في القتل للإعراض عن المقر، بل المطلوب اتخاذ الوسائل الممكنة كافة؛ للتعرف على الجاني وحمله على الاعتراف بكل

^(٥٢) إبراهيم محمد الفانز، الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي، المكتب الإسلامي ببيروت، الطبعة الثانية ١٩٨٣م، ص ٢٧٢.



الطرق المشروعة، وعلى هذا جرى العمل في عهد الخلفاء الراشدين ومن بعدهم من التابعين وأتباع التابعين والأمراء والقضاة.

ومن ذلك ما ذكره ابن القيم الجوزية رحمه الله أن شابًا شكّا إلى علي بن أبي طالب -رضي الله عنه- عن نفر خرجوا مع أبيهم فعدوا ولم يعد معهم، وزعموا أن والد الشاب قد مات وكان معه مال، فأمر علي -رضي الله عنه- فورًا بعزلهم عن بعضهم البعض، وبدأ في استجواب كل واحد منهم عن القصة كلها من يوم خروجهم إلى يوم عودتهم، وكيف مات صاحبهم وأين ومتى؟ وأخذ يوهم كل واحد منهم أن أصحابه قد أقرّوا، فلم يزل بهم كذلك حتى اعترفوا وتبين الأمر بأنهم قتلوه^(٥٣).

وعليه، فلا مجال للمساواة بين جرائم الحدود وجرائم القصاص مطلقًا، والأدلة التي استند إليها المانعون للاعتداد بالقرائن في إثبات جرائم الحدود هي خاصة بالحدود ولا يعوّل عليها في تعميم المنع في إثبات الجناية على النفس وما دونها.

وبناء على ما تقدم نرى أنه لا يوجد مانع من العمل بالقرائن لمحاولة التعرّف إلى الجاني والاستعانة في ذلك "بالبصمة الوراثية"؛ لتضييق الخناق على الجاني، وحمله في النهاية على الاعتراف؛ لأن الإثبات بالبصمة تقطع حججه وتفضح كذبه ومراوغاته، فلا يجد مفرًا من الاعتراف، أو تُعد البصمة في ذاتها بعد التأكد من صدق دلالتها بما لا يدع مجالًا للشك والاحتمال قرينة تقوم مقام اللوث وتثبت الجناية بعد القسامة^(٥٤).

المبحث الثالث

حكم إثبات الجرائم التعزيرية بالبصمة الوراثية

تعد جميع الجرائم التي ليست لها عقوبة مقدّرة ولا كفارة من الجرائم التعزيرية، وهي ما سوى الجرائم الحدية وجرائم الاعتداء على النفس وما دونها، كما تشتمل أيضًا هذه الجرائم على جميع الأفعال والتصرفات التي تقتضي المصلحة العامة تجريمها، ومعظم الجرائم في التشريع الجنائي الإسلامي ينتمي إلى هذا النوع.

^(٥٣) ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية، المرجع السابق، ص ٦٠.

^(٥٤) د. محمد المدني بوساق، المرجع السابق، ص ٣٤.

ويمكن التفريق بين الجرائم التعزيرية وجرائم الحدود والقصاص من نواحي عدة، منها على سبيل المثال: أن الأولى يمكن تفويض تقدير عقوباتها للاجتهاد الفقهي أو القضائي على عكس الجرائم الحدية التي حددت عقوباتها من قبل الشارع الحكيم، ولا يمكن التفاوض بشأن تقدير عقوباتها لا بالزيادة ولا بالنقصان، كما تختلف عقوبات الجرائم التعزيرية باختلاف المجتمعات واختلاف ظروف الناس، ودوافعهم، وحالتهم النفسية، والاجتماعية، والاقتصادية ونحوها بما يحقق الردع العام.

كما يجوز في العقوبات التعزيرية العفو الكلي أو الجزئي، كما تجوز الشفاعة والترك والصلح حسبما تقتضي المصلحة العامة؛ وذلك لغلبة قصد العلاج والإصلاح والتأديب عليها، ولا يبلغ بها الاستئصال إلا في حدود ضيقة، وبضوابط صارمة^(٥٥).

كما يميز الجرائم التعزيرية أنه يمكن إثباتها بأي وسيلة من وسائل الإثبات، بما فيها القرائن القديمة والحديثة ومنها "البصمة الوراثية"، فقد ثبت عن النبي (صلى الله عليه وسلم) وأصحابه العمل بالقرائن، ولم يطلب غيرها من البيّنات في غير الحدود كالقيافة ونحوها، ولا شك أن "البصمة الوراثية" أقوى حجة وأقطع في الإثبات من القيافة ونحوها، وعليه فلا شك في جواز إثبات الجرائم التعزيرية "بالبصمة الوراثية"، ولو كانت من حقوق الله الخالصة، فإن التساهل في إثباتها هنا يقابله التساهل في كون عقوبتها مفوّضة وغير مقدّرة، وجواز العفو والصلح والشفاعة والترك فيها، واستحباب إقالة عثرات ذوي الهيئات منها والقصد فيها إلى الإصلاح والعلاج وصولاً إلى الأصلاح والأنسب بقدر الإمكان، كل ذلك يُغني عنه التساهل في الإثبات، إن جاز لنا أن نقول إن في اعتماد "البصمة الوراثية" دليلاً للإثبات تساهلاً، والصحيح أن العمل بها غاية في التثبت والتأكد للوصول إلى الحقيقة، وذلك بعد إحاطتها بضوابط وقيود دقيقة تنفي عنها كل احتمالات الغموض والأوهام والإساءة^(٥٦).

(٥٥) د. هلاي عبدالله أحمد، النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية، دار النهضة العربية بالقاهرة، طبعة ١٩٨٧م، ص ١٨٨.

(٥٦) د. محمد المدني بوساق، المرجع السابق، ص ٣٦.

وقد جرى الاعتماد على البصمة الوراثية في إثبات الجرائم التي لا حد فيها ولا قصاص لدى المحاكم الشرعية في المملكة العربية السعودية وغيرها، وقد أيد المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة اعتماد البصمة الوراثية في التحقيق الجنائي، وعدها وسيلة إثبات في الجرائم التعزيرية؛ معللاً موقفه ذلك بالقول: لأنها تحقق العدالة والأمن للمجتمع، وتؤدي إلى نيل المجرم عقابه وتبرئة المتهم، وهذا مقصد من مقاصد الشريعة^(٥٧).

الفصل الثاني

حجية البصمة الوراثية في الإثبات في القانون الجنائي الوضعي

تمهيد وتقسيم:

لا أحد ينكر أن العلوم الجنائية لها مكانة عظيمة وبارزة في مجال مكافحة الجريمة، وازدادت أهميتها في العصر الحديث نتيجة التطور العلمي والتقني، ومن الحقائق التي لا جدال عليها أن هناك تناسباً طردياً بين التقدم العلمي وأسلوب ارتكاب الجريمة، ففي الماضي كان المجرم يرتكب جريمته بأسلوب بدائي يتناسب مع إمكانيات عصره، في حين أنه في هذا العصر تطور الأسلوب الإجرامي باستخدام وسائل التقنية الحديثة، مما دفع العلماء والباحثين في هذا المجال إلى بذل المزيد من الجهد والدراسة والتعمق؛ لاكتشاف ما هو باطن من علم ومعرفة، وبما يحقق التفوق والسيطرة على المجرم، مهما كانت درجة خطورته الإجرامية، ولهذا فإن أهم المجالات التي يستخدم فيها الحامض النووي أو "البصمة الوراثية" التي تميز كل إنسان عن الآخر هو مجال الطب الشرعي، إذ يستغل هذا التفرد في "البصمة الوراثية" لكل إنسان والتي لا تتشابه مطلقاً مع أي شخص آخر إلا التوائم المتماثل من حيوان منوي واحد وبويضة واحدة.

ونقتضي دراستنا لمدى حجية "البصمة الوراثية" في الإثبات في القانون الجنائي الوضعي أن نبيّن أولاً موقف الفقه الجنائي من البصمة الوراثية في مجال الإثبات

^(٥٧) القرار السابع من قرارات الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي المنعقد بمكة المكرمة خلال الفترة من ٢١ وحتى ٢٦/١٠/١٤٢٢هـ.

الجنائي، ثم نتبع ذلك ببيان موقف القانون المقارن من البصمة الوراثية في مجال الإثبات الجنائي، وأخيراً نستعرض موقف القضاء من البصمة الوراثية في مجال الإثبات الجنائي، كل في مبحث مستقل وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول

موقف الفقه الجنائي من البصمة الوراثية في مجال الإثبات الجنائي

اختلف الفقه الجنائي حول "البصمة الوراثية": أئد من أعمال التفتيش^(٥٨) أم من أعمال الخبرة الطبية^(٥٩)؟ وانقسم الفقه في ذلك إلى رأيين:

الرأي الأول: يرى غالبية الفقهاء في الفقه الجنائي الفرنسي - ويؤيده جانب من الفقه المصري - إلى القول بأن تحليل الدم والبول (البصمة الوراثية) بغرض الإثبات يعد عملاً من أعمال التفتيش، وأن جوازه في هذا المجال مؤسس على هذا التعليل، ويعللون ذلك بأن النتائج المترتبة على هذا التحليل هي أقرب إلى التفتيش من غيره، ومن ثم فإن غسيل المعدة وفحص الدم والبول، وكذا كل إجراء يستهدف التوصل إلى دليل مادي في جريمة يجري البحث عن أدلتها، ويتضمن الاعتداء على سر الإنسان يعد تفتيشاً ويدخل في نطاق التفتيش^(٦٠).

الرأي الثاني: ويرى أصحاب هذا الرأي من الفقه الجنائي إلى القول بأن تحليل الدم أو البول بغرض الإثبات الجنائي يُعد عملاً من أعمال الخبرة الطبية^(٦١).

(٥٨) د. مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار النهضة العربية بالقاهرة، طبعة ١٩٩٢م، الجزء الأول، ص ٥٠٣.

(٥٩) د. أمال عبدالرحيم عثمان، الخبرة في المسائل الجنائية، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٦٤م، ص ٢٥٦.

(٦٠) د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية بالقاهرة، طبعة ١٩٨٥م، الجزء الأول، ص ٤٥٨.

(٦١) محمد عابدين، الأدلة الفنية للبراءة والإدانة في المواد الجنائية، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، ص ٩٥.

وبناء على ذلك، يمكن أن يمتد الخلاف إلى مصادر البصمة الوراثية الأخرى، كالمني، والعرق، واللعاب، والشعر، والجلد، والأظافر؛ لكون جميع هذه المصادر عيّنات بيولوجية، ولأنها من إفرازات الجسم البشري.

وأياً ما كان الخلاف في هذا الشأن، سواء أكانت البصمات الوراثية تُعد عملاً من أعمال التفتيش أم تُعد عملاً من أعمال الخبرة الطبية، فإنها في كلتا الحالتين تعد من قبيل الأدلة المادية، ومن ثم تعد من قبيل القرائن القضائية، إذ إن فقهاء القانون الجنائي يعدون الأشياء المادية التي توجد بمسرح الجريمة، أو التي يتم العثور عليها مع المتهم أو بجسمه من قبيل القرائن القضائية^(١٢) المعتمد بها كوسيلة من وسائل الإثبات.

وعلى الرغم من ذلك فإنه من المسلّم به أنه لا يجوز للقاضي الجنائي أن يؤسس عقيدته واقتناعه على القرائن أو الدلائل بمفردها.

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام هو: هل يكفي أن يؤسس حكم الإدانة على البصمة الوراثية بمفردها؟ أم أنه لا بد أن تعززها أدلة أخرى ولا تصلح بذاتها كدليل إدانة؟

يذهب جانب كبير من الفقه الجنائي إلى أن البصمة الوراثية لا يمكن عدها دليلاً كاملاً يكفي وحده لتكوين قناعة المحكمة، وإنما هي لا تعدو أن تكون مجرد قرينة ولا ترتقي إلى مستوى الدليل الكامل، مما يستوجب تعزيزها بأدلة أخرى على اعتبار أنها وإن كانت تقطع بثبوت وجود المتهم على مسرح الجريمة، لكنها في المقابل ليست حاسمة في اقتراح المتهم للجريمة المنسوبة إليه، وإنما هي ترجّح احتمال وقوعها ليس إلا^(١٣)، وطالما أن الأصل في المتهم البراءة (وهي مفترضة في حقه) ولا تثبت إدانته إلا بناء على دليل قاطع ويقيني لا يتطرق إليه أدنى شك، وما دام احتمال البراءة وارد ولو بنسبة ضئيلة، فهذا من شأنه أن يورث الشك ويزعزع قناعة المحكمة، الأمر الذي

(١٢) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية بالقاهرة، الطبعة الثانية ١٩٨٨م، ص ١٥١ وما بعدها.

(١٣) د. فواز صالح، دور البصمات الوراثية في القضايا الجزائية - دراسة مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (٢٣)، العدد الأول ٢٠٠٧م، ص ٢٨٧-٣٢٠.

يوجب عليها الحكم بالبراءة لا الإدانة تأسيساً على قاعدة أن الشك يُفسر دائماً لمصلحة المتهم، وهو ما تؤكدته محكمة النقض في العديد من أحكامها، من ذلك ما ورد على لسانها بأنه: "يكفي في المحاكمة الجنائية أن يتشكك القاضي في صحة إسناد التهمة إلى المتهم لكي يقضي له بالبراءة"^(٦٤).

فالقاعدة أن القرائن والدلائل التي لا ترقى إلى مرتبة الدليل لا يجوز الاستناد إليها بمفردها في الحكم إلا إلى جانب دليل أو أدلة متعددة، فذلك ضماناً للوصول إلى الاقتناع القضائي بالعقل والمنطق، ذلك أن دور القرائن والدلائل هو تدعيم الأدلة التي طرحت بالجلسة، وبناء على ذلك قضي بأنه لا جناح على الحكم إذا استند إلى استعراف كلب الشرطة كقرينة يعزز بها أدلة الثبوت التي أوردها، ما دام أنه لم يتخذ من هذا الاستعراف دليلاً أساسياً في ثبوت الاتهام قبل المتهمين، ذلك أن استعراف الكلب البوليسي لا يعدو أن يكون قرينة يصح الاستناد إليها في تعزيز الأدلة القائمة في الدعوى دون أن يؤخذ به كدليل أساسي على ثبوت التهمة^(٦٥).

المبحث الثاني

موقف القانون المقارن من البصمة الوراثية في مجال الإثبات الجنائي

نستعرض معاً من خلال هذا المبحث موقف بعض التشريعات التي أخذت بالبصمة الوراثية كوسيلة من وسائل الإثبات الجنائي، وذلك على النحو الآتي:

١. موقف القانون الفرنسي من البصمة الوراثية:

لقد أجاز المشرع الفرنسي اللجوء إلى البصمة الوراثية في القانون المدني، وحدد قواعدها، حيث نصت المادة (١١-١٦) من القانون المدني الفرنسي الصادر في ٢٩/٧/١٩٩٤م على أنه: "لا يمكن التعرف إلى الشخص، أو تحديد شخصيته ببصمته

(٦٤) د. محمد محيي الدين عوض، الإثبات بين الأزواج والوحدة في الجنائي والمدني في السودان - دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة القاهرة بالخرطوم، طبعة ١٩٧٧م، ص ٩٦.

(٦٥) د. محمد عيد الغريب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الجزء الثاني، طبعة ١٩٩٦/١٩٩٧م، ص ١٣٤١.

الوراثية إلا في إطار تنفيذ إجراءات تحقيق، قد أمر بها القاضي المختص، وأثناء نظر الدعوى القضائية".

أما في المجال الجنائي فقد أقر المشرع الفرنسي الإثبات الجنائي بالبصمة الوراثية في قانون العقوبات الجديد الصادر في (١٩٩٤م) ضمن سياق ما عرف بقوانين الأخلاق الحيوية، أو البيوأخلاقية، وأفرد لها باباً كاملاً أسماه "الاعتداء على الشخص الناتج عن الدراسة الجينية، لكشف شخصيته عن طريق بصمته الوراثية"، حيث نصت المادة (٢٦-٢٢٦) على أن: "كشفت شخصية الإنسان عن طريق بصمته الوراثية، يجب ألا يتم إلا في إحدى حالات ثلاث هي: الكشف عن هوية الشخص لأغراض طبية، أو علاجية، والكشف عنه لأهداف البحث العلمي، وفي نطاق إجراءات جنائية صحيحة".

وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد أسس شرعية العمل بالبصمة الوراثية في المجال الجنائي، وأجاز بوضوح للقائمين على الدعوى الجنائية اللجوء إليها في جميع مراحلها سواء في مرحلة جمع الاستدلالات، أم مرحلة التحقيق، أم مرحلة المحاكمة. فضلاً عما تقدم، فإن البحث عن الشخص ببصماته الوراثية في غير الحالات المذكورة في المادة سالفة الذكر يعاقب فاعلها بالسجن لمدة سنة، وغرامة قدرها مائة ألف فرنك فرنسي، كما قضى المشرع الفرنسي بالعقوبة نفسها على كل من يفشي معلومات متعلقة بالتعرف إلى شخص ببصماته الوراثية، أو يشرع في التعرف إليه بهذه الوسيلة دون أن يكون لديه الترخيص المذكور في المادة (١٦-١٤٥) من قانون الصحة العامة الفرنسي.

٢. موقف القانون الإنجليزي من البصمة الوراثية:

أجاز القانون الإنجليزي الصادر عام (١٩٩٥م)، والمتعلق بالعدالة الجنائية والنظام العام استخدام اختبارات البصمة الوراثية، من أجل تحديد الهوية الوراثية بصورة واسعة في نطاق الدعاوى القضائية، ولم تكن نصوص القوانين السابقة على هذا القانون تسمح بأخذ عيّنات، وإجراء الاختبارات الجينية إلا في نطاق ضيق يقتصر على الأشخاص المتهمين بجنايات، أو بجنح معاقب عليها بعقوبات حبس شديدة، ولكن رجال الشرطة

يطالبون باستمرار توسيع نطاق تطبيق الاختبارات الوراثية مستندين في ذلك إلى الإحصائيات، التي كانت تثبت أن عددًا لا بأس به من المحكوم عليهم بجرائم خطيرة كانوا قبل ذلك، قد اقترفوا جرائم قليلة الأهمية.

وقد نص القانون المذكور على إنشاء بنك مركزي للمعلومات الوراثية، يحتوي على البصمات الوراثية للأشخاص المحكوم عليهم بجنحة معاقب عليها بالحبس، وكذلك البصمات الوراثية للعينات البيولوجية، التي تم العثور عليها بمسرح الجريمة، ولم يتم التعرف إلى أصحابها، وفي حالة ثبوت براءة المتهم يتم إتلاف العينة، وكذلك مسح بصماته الوراثية من ملفات السجل الآلي، ويقتصر إجراء اختبارات البصمة الوراثية على الجرائم الجنسية، وجرائم الاعتداء على الأشخاص، وجرائم السطو، وذلك للتكلفة الباهظة لهذه الاختبارات^(٦٦).

٣. موقف القانون الأمريكي من البصمة الوراثية:

أجاز قانون الجينوم البشري الأمريكي الصادر في (١٩٩٠م) اللجوء إلى البصمات الوراثية في مجال الإثبات الجنائي، شريطة أن تكون المعلومات الجينية لازمة للوصول إلى حقيقة في دعوى أو تحقيق جنائي، وفي هاتين الحالتين يجب أن يكون الأمر بالكشف عن المعلومات الجينية الخاصة صادرًا من محكمة مختصة، وبعد سماع أو تقدير وجود أسباب تبرر صدور هذا الأمر، وهذا التقدير من المحكمة يوجب عليها أن تتبين ما إذا كان هناك طريق آخر متاح للحصول على مثل هذه المعلومات، وأن تقدير الفائدة المرجوة من كشف هذه المعلومات مع الضرر الناتج من المساس بحق الشخص في خصوصية معلوماته الجينية.

فضلاً عما تقدم، فقد أجاز قانون الخصوصية الجينية لولاية أليوي الأمريكية في فقرته الثانية من الفصل الخامس عشر، الحصول على العينات البيولوجية بغرض التحقيق أو الاتهام في الدعوى الجنائية، وأنه يجوز كشف المعلومات الناتجة عن التحليل الجيني من هذه العينة بغرض مضاهاتها لمساعدة سلطات التحقيق والاتهام في

(٦٦) د. الهاني طابع، المرجع السابق، ص ٢٧٣.

تطبيق القانون، وقد أجاز القانون أخذ العينة أثناء سير التحقيق أو الاتهام بغير رضا المتهم، وأنه يجوز أن يعتد بها كدليل مقبول للإدانة أمام المحكمة الجنائية المختصة^(٦٧).

كما أقامت الولايات المتحدة الأمريكية قواعد بيانات مخزنة على أجهزة الحاسب الآلي أو الكمبيوتر تحتوي على ما تم تسجيله من بيانات ناتجة عن الاختبارات الجينية، وتستخدم هذه البيانات في العديد من الأغراض المختلفة، غير أن الاستخدامات الأكثر هي ما يتعلق بجانب الطب الشرعي، والمعلومات الجينية يمكن الحصول عليها مباشرة من مسرح الجريمة بأخذ عينة من الدماء، وذلك في جرائم القتل وجرائم العنف، أو من السائل المنوي في جرائم الاعتداء على العرض والشرف^(٦٨).

٤. موقف القانون الألماني من البصمة الوراثية:

أجاز المشرع الألماني قبول الدليل المستمد من الفحوصات الطبية، واستند إليه في مجال الإثبات الجنائي قبل أن تُعرف البصمة الوراثية كدليل إثبات، حيث نصت المادة (٨١/أ) من قانون "الإجراءات الجنائية الألماني" الصادر عام (١٩٣٣م) بأنه: "يجوز إجراء الاختبارات الجسدية وتحليل دم المتهم، إذا كان ذلك لازماً لإثبات وقائع متعلقة بالجريمة، ويجب أن يقوم بذلك طبيب أو خبير تتدبه المحكمة أو بأمر من النائب العام أو من وكلائه في الحالات التي يلزم فيها إجراء فحص فوراً، وليس للمتهم أن يرفض التحليل إلا إذا كان ذلك ضاراً بصحته".

كما أجازت الفقرة (ج) من المادة ذاتها إجراء هذا النوع من الفحوصات على غير المتهم، ولو بغير رضائه، متى كان ذلك مفيداً في إثبات واقعة معينة متصلة بإثبات

(٦٧) عواد يوسف الشمري، المرجع السابق، ص ١٤٤.

(٦٨) د. أشرف توفيق شمس الدين، الجينات الوراثية والحماية الجنائية للحق في الخصوصية، دار النهضة العربية بالقاهرة، طبعة ٢٠٠٦م، ص ١٣٠.

الجريمة، ويستطيع الشخص أن يرفض الفحص للسبب المذكور في الفقرة (أ)، مع ملاحظة أن المحكمة إذا لم تقبل هذا الرفض، تعين عليه الرضوخ لذلك الإجراء^(٦٩).

أما فيما يتعلق باختبارات وفحص البصمة الوراثية، فإنه من المستقر عليه في الفقه الجنائي والقضاء الألماني، دخول هذه الوسيلة تحت الفقرتين (أ، ج) من المادة (٨١) من "قانون الإجراءات الجنائية الألماني"^(٧٠).

وبالرغم من ذلك فقد اقترحت لجنة تقصي الحقائق الألمانية عام (١٩٨٧م) المكلفة من البرلمان الألماني، وضع قاعدة تشريعية خاصة بها؛ حتى لا يساء استعمالها، أو لكي لا يستخدم في غير المجالات المخصصة لها، وقد أوصت بالمبادئ الآتية:

- ألا تتم هذه التحاليل إلا بإذن قضائي مسبب.
- أن تتم فحوصات البصمة الوراثية في مختبرات مصلحة الطب الشرعي.
- أن يكون الفحص ضرورياً لحسم موضوع الدعوى.
- ألا تتم هذه الاختبارات والفحوصات إلا على خلايا وأنسجة جسم المتهم.

٥. موقف القانون السويسري من البصمة الوراثية:

أجاز المشرع السويسري اللجوء إلى البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، حيث أصدر القانون السويسري الصادر عام (٢٠٠٠م)، الذي يقرر إجراء اختبارات البصمة الوراثية، وينص القانون على إجراء مثل هذه الاختبارات في جميع الجنايات التي تستوجب عقوبة الحبس.

وقد نص القانون على استخدام نظام المعلومات الوراثية الخاص بالبصمات الوراثية، وذلك على سبيل التجربة من ١/٧/٢٠٠٠م، حتى نهاية ٢٠٠٤م، ويقوم على معالجة المخططات الوراثية للحامض النووي، ويتم تخزين البصمات الوراثية للأشخاص المحكوم عليهم بعقوبة سالبة للحرية، وكذلك بصمات المشتبه فيهم، ولكن في حالة البراءة، أو في حالة تعليق الدعوى يجب مسح بصماتهم من السجل، كما يجيز القانون

(٦٩) د. محمد سامي الشوا، الحماية للحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق - جامعة عين شمس، عام ١٩٨٦م، ص ١٨٦.

(٧٠) د. محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص ١٨٧.

إزالة البصمات في حالة الإدانة، ولكن بعد فترة زمنية معينة تختلف باختلاف خطورة الجريمة المرتكبة^(٧١).

٦. موقف القانون المصري من البصمة الوراثية:

لم يتطرق المشرع المصري إلى موضوع إجراء الفحوصات الطبية عند الاشتباه في المتهم، باستثناء ما قرره المشرع في قانون المرور رقم (٦٦) لسنة (١٩٧٣م) الذي يقرر من خلاله جواز إجراء الفحص الطبي على قائد المركبة، الذي يشتبه في قيادته، وهو تحت تأثير الخمر، أو المخدر، ويمكن الكشف عن موقفه من خلال إجراء الفحوصات الطبية، التي تعد البصمة الوراثية نوعًا متطورًا منها، حيث نص المشرع المصري في المادة (٦٦) من قانون المرور على أنه: "يحظر قيادة أية مركبة على من كان واقعًا تحت تأثير خمر، أو مخدر وإلا سحبت رخصة قيادته إداريًا لمدة تسعين يومًا، ولضباط، وأمناء، ومساعدى الشرطة والمرور عند الاشتباه، فحص حالة قائد المركبة بالوسائل الفنية التي يحددها وزير الداخلية بالاتفاق مع وزير الصحة، أو إحالته إلى أقرب مقر شرطة مرور؛ لإحالاته إلى أقرب جهة طبية مختصة لفحصه".

فمن خلال استقراءنا لهذا النص إذا كان المشرع المصري لم يشر إلى أخذ عينات من جسم المتهم صراحة إلا أن النص على فحص قائد المركبة بالوسائل الفنية، أو الطبية، عند الاشتباه به لبيان نسبة الكحول في الدم، وتحديد كمية المسكر الذي تناوله، يقتضي وجوب سحب عينة من دمه؛ لإجراء تلك الفحوصات عليها سواء رضى الشخص المشتبه فيه، أم رفض الخضوع والمثول للفحص.

كما أنه يمكن تأسيس مشروعية العمل بالبصمة الوراثية كوسيلة من وسائل الإثبات الجنائي بناء على ما نصت عليه المادة السابقة، حيث جاء المعنى واضحًا في عبارة (فحص قائد المركبة بالوسائل الفنية)، وتعد البصمة الوراثية من الوسائل الفنية لإجراء الفحص، والتحليل بالإضافة إلى أن البصمة الوراثية من الوسائل الفنية المتقدمة، التي يمكن من خلالها معرفة المخدر الذي تعاطاه قائد المركبة من حيث نوعه، وكذلك كميته، ومعرفة المدة الزمنية التي كان يتعاطى فيها المخدر، وهذا أشمل وأعم.

(٧١) د. فواز صالح، المرجع السابق، ص ٧١.

وبناء على ما تقدم، ولما كان الاعتماد على البصمة الوراثية يثير مشكلات عدة، مثل مبدأ حرية الإثبات، وهل يجوز إلزام القاضي بالأخذ بها؛ حيث إن العبرة في الإثبات دائماً هي اقتناعه واطمئنانه إلى الأدلة المطروحة عليه، والقاعدة هي عدم جواز إجبار المتهم على أن يقدم دليلاً على نفسه، لكن الضرورة اقتضت وجود استثناءات على هذه القاعدة، ونصت على ذلك محكمة النقض المصرية في أحكامها، حيث قررت أنه: "متى كان الدفاع عن الطاعن قد تمسك بطلب استكمال التحاليل لتعيين فصيلة الحيوانات المنوية، وكانت الحقائق العلمية المسلّم بها في الطب الحديث تفيد بإمكانية تعيين فصيلة الحيوان المنوي، فقد كان متعيّناً على المحكمة أن تحقق هذا الدفاع الجوهري عن طريق المختص فنيًا، أما وهي لم تفعل اكتفاء بما قالته من أن فوات مدة طويلة تمنع بحث الفصائل؛ فإنها بذلك تكون قد أخلت نفسها محل الخبير، ويكون حكمها معيباً"^(٧٢).

المبحث الثالث

موقف القضاء من البصمة الوراثية في مجال الإثبات الجنائي

سوف نستعرض من خلال هذا المبحث موقف القضاء المقارن من البصمة الوراثية في مجال الإثبات الجنائي، وذلك على النحو الآتي:

١. موقف القضاء الأمريكي من البصمة الوراثية:

عدّ القضاء الأمريكي البصمة الوراثية لها القوة نفسها التي تحظى بها بصمة الأصابع في الإثبات الجنائي، وذلك من خلال إظهار أن العينتين المستمدتين من مسرح الجريمة، والمأخوذتين من المشتبه فيه، لهما النمط الجيني ذاتها^(٧٣).

(٧٢) نقض جنائي مصري رقم ١٠٦٨ لسنة ٣٣ قضائية، جلسة ٢٦/١١/١٩٦٣م، مجموعة أحكام النقض، س ١٤، رقم ١٥٢، ص ٨٥٣، والطعن رقم ٤٣ للسنة القضائية ٤١، جلسة ١٤/٤/١٩٧١م.

(٧٣) د. رمسيس بهنام، البوليس العلمي أو فن التحقيق، منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة ١٩٩٦م، ص ١٥١.

كما استخدمت البصمة الوراثية في القضاء الأمريكي ليس فقط في إثبات الجرائم، وإنما يتم استخدامها أيضاً في التوصل إلى إثبات براءة بعض المتهمين الذين كانت أدلة الإدانة تحيط بهم من كل جانب، بل إن هناك من الحالات ما حكم فيها بالإدانة، ثم ألغي الحكم وبُريّ المتهم بعد الاستعانة بالبصمة الوراثية كدليل إثبات جنائي.

ولعل من أبرز القضايا التي تم استخدام البصمة الوراثية فيها كدليل إثبات أمام القضاء الأمريكي، تلك القضية التي رفعتها "مونيكا لوينسكي" المتدربة السابقة في البيت الأبيض، ضد الرئيس الأمريكي الأسبق "بيل كلينتون"، والمعروفة بقضية "مونيكا جيت" في عام (١٩٩٨م)، وكانت من أشهر القضايا الجنائية في هذا المجال، فقد اتهمت المدعية الرئيس الأمريكي بمواقعتها جنسياً بالإكراه، وهو ما أنكره المتهم جملة وتفصيلاً، وأصر على إنكاره، حتى قدمت المدعية فستانها الأزرق وعليه بعض السوائل المنوية الخاصة بالمتهم، وبإجراء اختبارات البصمة الوراثية على تلك الآثار، ومقارنتها مع البصمة الوراثية الخاصة بالمتهم، وجد تطابق تام بين البصمتين، وبمواجهته بتلك النتائج ما كان أمامه سوى الاعتراف بحقيقة الواقعة، وقدم اعتذاراً رسمياً للشعب الأمريكي عما اقترفه من جرم.

كذلك من أهم الأحكام التي صدرت في هذا المجال ما قضت به محكمة ولاية فلوريدا الأمريكية في قضية، تتلخص وقائعها في أن شخصاً يدعى "روبرت هيس"، قد وجهت إليه تهمة الاغتصاب، والقتل العمد لامرأة تدعى "بامبلا"، ولم يكن هناك أية أدلة تدينه في هذه القضية سوى بقايا من سائل منوي عثر عليه في مسرح الجريمة، وباستخدام تقنية تحليل الحامض النووي تم مطابقة البصمة الوراثية الناتجة من هذا السائل المنوي، مع البصمة الوراثية الخاصة بالمتهم، وبناء على هذا حكم عليه بالموت صعباً بالكهرباء، فتم استئناف الحكم من قبل دفاع المتهم، وشككت محكمة الاستئناف في دقة التحليل، نظراً لإجرائه في مختبر خاص، وظلت القضية متداولة حتى عام (١٩٩٥م)، حينها أمرت المحكمة بإعادة فحص الحامض النووي بالتقنيات الحديثة،

والذي جاءت نتيجته بعدم التطابق بين البصمتين، ومن ثم قضت المحكمة ببراءة المتهم من التهمتين المسندتين إليه^(٧٤).

٢. موقف القضاء الإنجليزي من البصمة الوراثية:

عدّ القضاء الإنجليزي اختبار البصمة الوراثية من أهم وسائل الكشف عن الجرائم، ونزع القناع عن وجه مرتكبيها، وقد تم اللجوء إلى هذا النوع من الاختبارات لأول مرة في نطاق القضايا الجنائية في إنجلترا عام (١٩٨٧م)، فقد استطاعت النيابة العامة القبض على شخص، تم تحديد هويته، والتعرف إليه عن طريق عيّنة من الحامض النووي التابع له، والذي عثر عليه على جسد ضحايا جرائم الاغتصاب، وأوضح اختبار الحامض النووي بأن مرتكب جرائم الاغتصاب الثلاث هو شخص واحد، وحكم القضاء الإنجليزي عليه بالسجن^(٧٥).

وكان أول الأحكام الصادرة عن المحاكم الإنجليزية في هذا الصدد حكم محكمة "بريستول (Bristol)" في لندن، وذلك في قضية اغتصاب يمكن إيجاز وقائعها في أن شخصاً قام بالاعتداء الجنسي على سيدة معوقة، فوجهت سلطة التحقيق الاتهام إلى شخص يدعى "روبرت ميلاس (Robert Melas)" البالغ من العمر اثنين وثلاثين عاماً، وبإجراء اختبارات بصمة الحمض النووي لبعض آثار السائل المنوي المرفوعة من على جسد الضحية، ومقارنته مع بصمته وجد تطابق كامل بينهما، وكذلك تطابقت نتائج تحليل آثار الدماء المأخوذة من مسرح الجريمة مع فصيلته، وبتاريخ ١٣ نوفمبر ١٩٨٧م أصدر قاضي محكمة "بريستول (Bristol)" حكمه بالسجن ثمان سنوات على المتهم "روبرت ميلاس (Robert Melas)" لإدانته بجريمة الاغتصاب المذكورة^(٧٦).

(٧٤) د. إبراهيم صادق الجندي، د. حسين بن حسن الحصيني، البصمة الوراثية كدليل فني أمام المحاكم، بحث منشور في مجلة البحوث الأمنية، كلية الملك فهد للعلوم الأمنية بالرياض، طبعة ٢٠٠١م، ص ٥٥.

(٧٥) د. الهاني طابع، المرجع السابق، ص ٢٩٦.

(٧٦) د. إبراهيم صادق الجندي، د. حسين بن حسن الحصيني، المرجع السابق، ص ٥٧.

٣. موقف القضاء المصري من البصمة الوراثية:

لقد تم إنشاء معمل للطب الشرعي والبيولوجيا الجزئية في مصر وذلك لإجراء اختبارات الحامض النووي في الجرائم المختلفة، وقد تم ذلك منذ عام (١٩٩٥م)، وقد قام هذا المعمل حتى الآن بالكشف عن العديد من القضايا الخاصة بإثبات النسب، وكذلك التعرف إلى الأشخاص المفقودين بواسطة دراسة العظام المتبقية منهم، وكذلك العديد من القضايا الأخرى في هذا الشأن^(٧٧).

أما فيما يتعلق بدور البصمة الوراثية في الإثبات أمام القضاء الجنائي المصري فإنه طبقاً لمبدأ حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته، يجوز له أن يستند في الحكم بالإدانة إلى البصمة الوراثية باعتبارها قرينة أو دلائل متى وصل إلى قناعة تامة بارتكاب المتهم للجريمة، وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على أن القرينة القضائية تصلح دليلاً كاملاً يجوز أن يستمد منها القاضي اقتناعه الذي يعتمد عليه في حكمه، ويعني ذلك أن الإدانة يمكن أن تبنى على قرائن فحسب، ومنها البصمة الوراثية ولكن شريطة أن تكون نتائجهما يقينية^(٧٨).

نستخلص مما تقدم أن القضاء المصري قد اعتمد على مسألة القرائن والأدلة الفنية، ومن ثم جعل أمرها متروكاً لقناعة القاضي وبقيته الوجداني من حيث القبول والرفض، كما تدل أقوال الباحثين على اهتمامهم البالغ بهذا الدليل الجديد، ومن ذلك مطالبة كثير منهم اعتمادها وقبولها دليلاً مادياً في القضاء المصري في الإثبات الجنائي وقضايا النسب، كما أقرته محكمة شمال القاهرة في العديد من أحكامها، وكذلك أقرته دار الإفتاء المصرية^(٧٩).

٤. موقف القضاء اللبناني من البصمة الوراثية:

(٧٧) د. لمياء فتحي عوض، البصمة الوراثية للحامض النووي كأحد الأساليب العلمية الحديثة في مكافحة الجريمة، بحث مقدم للمركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية بالقاهرة، برنامج الكشف عن الجريمة بالوسائل العلمية الحديثة، الدورة الثانية والأربعون، عام ٢٠٠٣م، ص ٥.

(٧٨) د. أبو الوفا محمد أبو الوفا، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص ٧٢١.

(٧٩) عواد يوسف الشمري، المرجع السابق، ص ١٥٩.

استخدم القضاء اللبناني البصمة الوراثية كوسيلة من وسائل الإثبات الجنائي، فقد جاء في قرار قاضي التحقيق الأول في جبل لبنان بتاريخ ١٩٩٩/٢/٥م، في قضية وفاة الطفلة "نالتالي دباس"، ما يؤيد اللجوء إلى البصمة الوراثية، والاعتداد بنتائجها في تلك المجالات، حيث نص قرار القاضي على أن تحليل الحامض النووي في حالتنا الحاضرة قد أثبت بشكل جازم أن "نالتالي" هي ابنه "وديع دباس"، حيث إن التحليل قد أثبت أيضاً في مختبرات مكتب التحقيقات الفيدرالي، أن العينات التي أخذت من "نالتالي" بعد رفعها من المدفن، تتمتع بمميزات وراثية واحدة، وتتفق مع العينات التي استخدمها الدكتور عند تشريح جثة "نالتالي" أي أنه لم يبق أي شك لدينا بأن الابنة التي جرى تشريحها هي "نالتالي دباس".

وحيث إن التحقيق تناول عدة نواحٍ، وأن الاتجاه نحو الناحية الطبية، لم يوقف النواحي الأخرى، التي ظلت مستمرة، وحيث تم الاستماع إلى عدد كبير من الشهود والأطباء، وكذلك إلى الجهة المدعية والمدعى عليهم، وحيث إن تقرير الخبير الذي ورد من واشنطن، كان بتاريخ ١٩٩٩/١/٢١م، فقد تبين من كافة ما ورد في أعلاه عدم وجود أي اعتداء جنسي حصل على "نالتالي دباس" (٨٠).

الفصل الثالث

مجالات استخدام البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي

تتعدد مصادر البصمة الوراثية في جسم الإنسان، إذ يمكن الحصول على البصمة الوراثية من الأجزاء التي تحتوي على خلايا الجسم، وتختلف العينة التي يراد الحصول عليها حسب نوع الجريمة المرتكبة، فكل عينة طريقة محددة لأخذها، وكذلك تحتاج إلى معاملات خاصة، وطرق حفظ معينة حتى لا تحدث تغييرات في الطبيعة الكيميائية لها، كما أن هذه العينات التي تؤخذ من مسرح الجريمة، يقوم بها خبير فني ذو كفاءة

(٨٠) القاضي وليد العاكوم، البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون بدولة الإمارات العربية المتحدة في الفترة من ٢٢-٢٤ صفر ١٤٢٣ هـ الموافق ٥-٧ مايو ٢٠٠٢م، ص ٥٤٣.

عالية يتقن التعامل معها، فضلاً عن أنه لابد أن يكون الخبير مرتدياً قفازاً وحذاءً؛ كي لا تختلط العينات الموجودة بمسرح الجريمة مع بصمات الخبير.

لذلك كان من الطبيعي أن تصبح البصمة الوراثية لأي من الآثار البيولوجية التي يتم العثور عليها بمسرح الجريمة دليلاً مادياً قوياً في إثبات علاقة الجاني بمسرح الجريمة، متى ما كانت نتائج هذه التحليلات يقينية.

من جميع ما تقدم يتضح لنا أن بصمات الحامض النووي ثابتة، ويمكن بواسطتها التعرف إلى الأشخاص، مثل بصمات الأصابع؛ لذلك فإن استخدام البصمة الوراثية في الوصول إلى معرفة الجاني يمثل وسيلة مهمة من وسائل الإثبات الجنائي، وبهذا تكون البصمة الوراثية في مجال الإثبات الجنائي قرينة قوية، بل من أقوى القرائن التي يستدل بها في معرفة الجناة ومرتكبي الجرائم الخطيرة^(٨١).

وسوف نتناول من خلال هذا الفصل إلقاء الضوء على مجالات استخدام البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في أهم الجرائم وأكثرها خطورة، وسوف نفرّد لكل منها مبحثاً مستقلاً على النحو الآتي:

المبحث الأول

استخدام البصمة الوراثية في إثبات جرائم القتل

لقد اختلف الفقه الجنائي في إمكانية الاعتماد على القرائن القضائية، أو المادية، التي تعد البصمة الوراثية منها، للحكم بإدانة المتهم في جريمة القتل، فيرى جانب منهم، أنه لا يجوز الاستناد إلى هذه القرائن للحكم بالإدانة، وإن جاز تعزيز الأدلة بها لأن القرائن المادية لا ترقى إلى مرتبة الدليل؛ لأنها دليل تحوطه الشبهة، ومن ثم لا تصلح بذاتها لأن تكون أساساً منفرداً للأحكام الجنائية، التي يجب أن تكون مبنية على الجزم واليقين وليس على الشك والاحتمال. ووجه الشبهة أن الاستنتاج فيها لا يكون لازماً، بل

(٨١) د. عبد الباسط الجمل، قواعد البيانات الوراثية، دار العلم للجميع بالقاهرة، طبعة ٢٠٠٩م، ص ١٧٤.

قد تفسر على أكثر من وجه، وتفيد أكثر من احتمال ومن ثم لا تكفي وحدها للإدانة، وإن كانت تكفي لاتخاذ بعض إجراءات الاستدلال والتحقيق الابتدائي^(٨٢).

إلا أن جانباً آخر من الفقه الجنائي يرى أنه لا يجوز الحكم بالإدانة على قرينة واحدة، إذ إن القرينة الواحدة، مهما كانت دلالتها، فتعد ناقصة؛ لكونها غير مباشرة في الإثبات، ويصعب استخلاص الواقعة المجهولة من الواقعة المعلومة على وجه القطع واليقين، وافترض حول دون الاستناد إليها وحدها في حكم الإدانة، أما إذا تعددت القرائن، وكانت متسقة مع بعضها البعض، فإنها حينئذ تكون متسادة، ويصح للمحكمة أن تستند إليها، وتسبب حكمها عليها بشرط أن تؤدي إلى استخلاص الواقعة المجهولة وفقاً لمقتضيات العمل والمنطق، ألا تكون مستفادة من سلوك المتهم^(٨٣).

ووفقاً للاتجاه الأخير فإن القاضي إذا استند في حكمه بالإدانة على مجرد القرينة المادية، أو الدليل الفني وجعل ذلك مصدراً وحيداً لاقتناعه، كان هذا الاقتناع فاسداً، والحكم الذي انتهى إليه باطلاً^(٨٤)، فالبصمة الوراثية تفيد وجود المتهم في مسرح الجريمة، ولا تفيد ارتكابه لها بطريق القطع واليقين، وإنما على سبيل الشك والاحتمال^(٨٥).

إلا أن هناك جانباً آخر من الفقه الجنائي، ويمثل الغالبية منهم^(٨٦) يرى أن القرائن القضائية، والأدلة العلمية، ومنها البصمة الوراثية يجوز الاستناد عليها وحدها في حكم الإدانة، إذا اقتنع بها القاضي، فطبقاً لمبدأ حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته

(٨٢) د. رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، دار الجيل للطباعة، طبعة ١٩٨٩م، ص ٧٢٨.

(٨٣) د. مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، المرجع السابق، ص ٩١٢.

(٨٤) د. علي محمود علي حمودة، النظرية العامة في تسبب الحكم الجنائي في مراحل مختلفة - دراسة مقارنة، طبعة ١٩٩٤م، ص ٤٨٥.

(٨٥) د. الهاني طابع، المرجع السابق، ص ٣٠٨.

(٨٦) د. حسن صادق المرصاوي، أصول الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة ١٩٦٤م، ص ٦٩٢؛ د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٨م، ص ٨٦٧؛ د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، طبعة ١٩٩٣م، الجزء الأول، ص ٣٤٨.

واقتراعه، تكون له حريته الكاملة في الاستعانة بطرق الإثبات كافةً، التي يراها موصلة للكشف عن الحقيقة بشأن الجريمة المرتكبة، فجعل القانون باب الإثبات مفتوحاً أمامه على مصراعيه، يختار من كل طريق ما يراه موصلاً للكشف عن هذه الحقيقة. وبناء على ما تقدّم يتضح لنا أن القاضي الجنائي يمكن له أن يؤسس حكمه بالإدانة في جرائم القتل بناء على ما توصلت إليه نتائج فحص البصمة الوراثية، إذا ما اقتنع بها القاضي، وكانت هذه النتائج يقينية لا تحتمل الظن أو الشك، فلا ريب أن يستخدم هذه البصمة في الإثبات الجنائي، والحكم بموجب هذه النتائج يؤدي إلى الكشف عن شخصية الجاني، وإثبات الفعل الإجرامي عليه.

وقد استقرت محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها على أن القرائن المادية أو القضائية، ومنها البصمة الوراثية تعد دليلاً كاملاً يجوز للقاضي أن يستمد اقتناعه منها للحكم بالإدانة، ومن أحكامها في هذا المجال أن القرائن من طرق الإثبات الأصلية في المواد الجنائية، فللقاضي أن يعتمد عليها دون غيرها، ولا يصلح الاعتراض على الرأي المستخلص منها ما دام سائغاً مقبولاً^(٨٧).

كما قضت أيضاً بأن القانون لا يشترط في الأدلة التي تقام عليها الأحكام أن تكون مباشرة، أي شاهدة بذاتها، ومن غير واسطة على الحقيقة المطلوب إثباتها، بل يكفي بأن يكون من شأنها أن تؤدي إلى الحقيقة بعملية منطقية تجربها المحكمة^(٨٨)، وقضت أيضاً بأن الدليل المستمد من تطابق البصمات هو دليل مادي له قيمته وقوته الاستدلالية القائمة على أسس علمية وفنية^(٨٩).

فمن خلال استقرائنا لهذه الأحكام الصادرة من محكمة النقض المصرية، يتضح لنا أن القضاء الجنائي لا يتقيد لإثبات الواقعة محل الدعوى المنظورة أمامه بنوع معين من الأدلة، وبناء على ذلك فإن القاضي الجنائي له أن يؤسس حكمه بالإدانة في جرائم

(٨٧) نقض جنائي مصري ٣٠ مايو ١٩٦٧م، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١٨ رقم ١٤٧، ص ٧٣٨؛ ونقض ٤ يوليو ١٩٧٣م، س ٢٤ رقم ١٤٦، ص ٧٠٦.

(٨٨) نقض جنائي مصري ٢٢ يناير ١٩٦٢م، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٢٣ رقم ١٣٣، ص ٥٩٦.

(٨٩) نقض جنائي مصري ٢٢ يناير ١٩٦٢م، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١٣ رقم ١٩، ص ٧٤.

القتل على نتائج فحص البصمة الوراثية متى اطمأن لها واقتنع بها، وهو ما ذهب إليه المشرع الفرنسي أيضاً، حيث أجاز للقاضي العمل بالبصمة الوراثية في المجال الجنائي.

المبحث الثاني

استخدام البصمة الوراثية في إثبات جرائم الزنا والاعتصاب

حصر المشرع المصري إثبات جريمة الزنا بالنسبة إلى شريك الزوجة الزانية بوسائل وأدلة إثبات حددها في المادة (٢٧٦) من قانون العقوبات على سبيل الحصر حينما قررت هذه المادة أن: "الأدلة التي تقبل، وتكون حجة على المتهم بالزنا، هي القبض عليه حين تلبسه بالفعل، أو اعترافه، أو وجود مكاتيب أو أوراق أخرى مكتوبة منه، أو وجوده في منزل مسلم في المحل المخصص للحريم".

وبناء على ما ورد بهذه المادة، فإن القاضي الجنائي يكون مقيداً في إثبات جريمة الزنا بهذه الوسائل دون سواها، ومن ثم لا يكون له الحق في أن يثبت حصول الزنا بأي وسيلة إثبات أخرى غير الوسائل المنصوص عليها حصراً في المادة (٢٧٦) من قانون العقوبات، حتى ولو كان مقتنعاً بها، واطمأن إليها وجدانه، وإلا كان حكمه معيباً يستوجب نقضه.

ويعد هذا القيد المنصوص عليه في المادة (٢٧٦) من قانون العقوبات قيد خاص بالنسبة إلى إثبات جريمة الزنا لشريك الزوجة الزانية، أما بالنسبة إلى الزوجة نفسها، وكذلك الزوج الزاني أو شريكته، وغيرهم من الأشخاص، فإن إثبات جريمة الزنا والاعتصاب يخضع بالنسبة إليهم للقواعد العامة في الإثبات الجنائي، ومن ثم يجوز إثبات جميع الجرائم الجنسية من: زنا، واعتصاب، ولواط بطرق الإثبات كافة، بما فيها القرائن القضائية أو المادية التي تعد من بينها البصمة الوراثية.

أما بالنسبة إلى موقف المشرع الفرنسي فقد أجاز إثبات هوية مرتكب الجريمة بالبصمة الوراثية في جميع الجرائم الجنائية، ومنها جرائم الزنا والاعتصاب، وذلك ما نصت عليه المادة (٢٢٦/٢٨) من قانون العقوبات الجديد التي نصت على أن:

"البحث في تحديد هوية الشخص أو التعرف عليه ببصماته الوراثية؛ لا يجوز إلا لأغراض طبية، أو علمية، أو في نطاق الإجراءات الجنائية أو التحقيقات القضائية".
وتطبيقاً لنص هذه المادة قضت محكمة نيم "Nimes" الفرنسية بإدانة المدعو "إبراهيم. م" من أصل مغربي في قضيته اغتصاب وقتل، وتتلخص وقائعها في أن فتاة تدعى "إيمانويل (Emmanuelle)" تبلغ من العمر خمسة عشر عاماً، عثر على جثتها ملقاة على أحد جانبي موقف بلدية "جارون" بتاريخ 19/1/1996م، وبإجراء الفحوصات التقليدية، تبين أنها قد تعرضت لجريمة اغتصاب في المهبل، والشرح، ثم خنقت بالوشاح، التي كانت تضعه المجني عليها حول عنقها، وقد كشفت التحقيقات الأولية أن المتهم الذي يدعى "إبراهيم. م" من أصل مغربي يبلغ من العمر سبعة عشر عاماً، وبعد إجراء فحص بصمة الحامض النووي على أجزاء من جسده، ومقارنتها مع نتائج اختبارات الآثار المرفوعة من على جسد الضحية، وجد تطابق تام بينهما، بتاريخ 6/11/1998م، وبناء على ما ورد بنتائج هذا الفحص، قضت المحكمة بإدانة المتهم بجريمتي الاغتصاب والقتل⁽⁹⁰⁾.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية عُدَّت البصمة الوراثية أيضاً من أهم وسائل الإثبات في جرائم الزنا والاعتصاب، ومن أشهر القضايا التي أثرت في هذا الصدد، قضية الرئيس الأمريكي الأسبق "بيل كلينتون" الذي اتهمته متدربة البيت الأبيض "مونيكا لوينسكي" باغتصابها وإجبارها على ممارسة الجنس، فأنكر المتهم في بداية الأمر، حتى قدمت المدعية فستانها الأزرق وعليه بعض الآثار المنوية العالقة عليه من علاقتها الجنسية مع "كلينتون"، فما كان منه إلا أن اعترف بجريمته الجنسية عندما أُحيل الفستان إلى المعامل الجنائية بمكتب التحقيقات الفيدرالية لإجراء فحص البصمة الوراثية عليه، وقدم اعتذاراً رسمياً للشعب الأمريكي.

(90) Christian Dourtremepuich : 10 ANS d'empreintes Génétiques. Op. cit., p. 156-157.

المبحث الثالث

استخدام البصمة الوراثية في إثبات جرائم السرقة

جريمة السرقة كغيرها من الجرائم الجنائية التي تخضع لحرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته في الإثبات، فلقد منحت غالبية التشريعات الجنائية الحديثة - ومنها التشريع الجنائي المصري - القاضي الجنائي سلطة واسعة في قبول ما يراه من الأدلة مناسباً للوصول إلى الحقيقة، ولم تلزمه بقبول دليل دون غيره، ومن ثم فإن القاضي الجنائي له الحق في أن يستند إلى ما يطمئن إليه من أدلة، كما له الحق أيضاً في أن يطرح ما لا يطمئن إليه من دليل.

وقد نص على ذلك صراحة المشرع المصري في المادة (٣٠٢) من قانون الإجراءات الجنائية، حينما نص على أنه: "يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته"، وقد أكدت على ذلك أيضاً محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها حينما قررت أن: "لمحكمة الموضوع بما لها من حق التقدير كامل الحرية في الأخذ بما تطمئن إليه من التقارير الفنية، والالتفات عما لا تطمئن إليه منها"^(٩١).

كما قضت أيضاً بأن: "لمحكمة الموضوع أن تستخلص صورة الواقعة، كما ارتسمت في وجدانها بطريق الاستنتاج، والاستقراء، وكافة الممكنات العقلية، مادام ذلك سليماً متفقاً مع حكم العقل والمنطق"^(٩٢).

وجريمة السرقة كغيرها من الجرائم يجوز إثباتها بطرق الإثبات كافة، ومنها البصمة الوراثية، فارتكاب شخص سرقة منزل، ولا يوجد شهود على ارتكابه الجريمة، ولم يعترف بجريمته، وضبطت المسروقات في حوزته، وثبت أن البصمات التي تركها على باب المنزل له هو، فهذه قرينة على أنه هو الذي ارتكب جريمة السرقة، وقد اتجهت محكمة

(٩١) نقض جنائي مصري ١٤ فبراير ١٩٥٦م، مجموعة أحكام محكمة النقض، س٢٥ رقم ١٢٣٥، ص١٧٨.

(٩٢) نقض جنائي مصري ٢٧ مارس ١٩٦٦م، مجموعة أحكام محكمة النقض، س١٧ رقم ٥٣، ص٢٦٦.

النقض المصرية في العديد من أحكامها إلى تأكيد هذا الرأي، فقضت بأن: "تطابق البصمات دليل له قيمته وقوته الاستدلالية مبنية على أسس علمية"^(٩٣).

وقضت أيضاً بأن: "أساس الأحكام الجنائية إنما هو حرية قاضي الموضوع في تقدير الأدلة القائمة في الدعوى، فما دام يبين في حكمه أنه لم يقض بالبراءة إلا بعد أن ألم بتلك الأدلة ووزنها، فلم يقتنع وجدانه بصحتها، فلا يجوز مصادرته في اعتقاده، ولا المجادلة في حكمه أمام محكمة النقض، كما أنه لا يحكم بالإدانة إلا إذا اطمأن ضميره إليها، بشرط أن يكون الاطمئنان مستنداً إلى أدلة قائمة في الدعوى، يصح في المنطق أن تؤدي إلى ما اقتنع به القاضي"^(٩٤)، أما بالنسبة إلى موقف المشرع الفرنسي فقد أجاز إثبات هوية مرتكب الجريمة بالبصمة الوراثية في جميع الجرائم الجنائية، ومنها جرائم السرقة، وذلك ما نصت عليه المادة (٢٢٦/٢٨) من قانون العقوبات الجديد التي نصت على أن: "البحث في تحديد هوية الشخص أو التعرف عليه ببصماته الوراثية؛ لا يجوز إلا لأغراض طبية، أو علمية، أو في نطاق الإجراءات الجنائية أو التحقيقات القضائية"، كما أن المشرع الألماني قد استقر أيضاً على دخول البصمة الوراثية ضمن وسائل الإثبات الجنائي في جرائم السرقة، وأيده في ذلك الفقه الجنائي والقضاء، فنص المشرع في المادة (٨١) من قانون الإجراءات الجنائية الألماني على أنه: "يجوز إثبات هوية المتهم بموجب نتائج الاختبارات الجسدية أو التحاليل الطبية في الجرائم التي يحتمل أن يوقع عليه عقاب فيها بعد إدانته بها".

الخاتمة

لا أحد يجادل اليوم في أهمية البصمة الوراثية ودورها الفاعل في مجال الإثبات الجنائي، إذ أمكن بفضلها رفع النقاب عن الكثير من الجرائم الغامضة وتقديم مقترفيها إلى العدالة، فضلاً عن أنها أسهمت في إنقاذ كثير من المتهمين من أحكام الإعدام أو السجن والذين كانوا ضحية أخطاء أجهزة البحث الجنائي.

^(٩٣) نقض جنائي مصري ٢٩ مارس ١٩٤٥م، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١٤٤٥، ص ٤٢٨.

^(٩٤) نقض جنائي مصري ٨ يونيو ١٩٥٣م، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٤ رقم ٣٤١، ص ٩٤٨.

ومع ذلك، فهي -وإن كانت تكفي لتبرئة المتهم- لا تعدو أن تكون مجرد قرينة لإثبات الإدانة ليس إلا، ولا يجوز التعويل عليها بمفردها كدليل قائم بذاته وخصوصاً في جرائم الحدود والقصاص، ذلك أن حقيبتها في الإثبات غير قاطعة، بل تتأرجح بين القوة والضعف، إلا إذا كانت نتائجها يقينية، وذلك راجع لظروف التقاط العينات وحفظها، ودقة عملية التحليل، وكفاءة المختبرات التي يُجرى فيها التحليل، وكذا أهلية القائمين على الاختبار، واستخلاص النتائج وتفسيرها، وما إلى ذلك من العوامل الأخرى التي قد تؤثر على مصداقية نتائجها، ومن ثم قوتها في الإثبات الجنائي.

نتائج البحث:

- تتلخص أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال هذه الدراسة فيما يأتي:
- تعد البصمة الوراثية لها دور كبير في تطور وسائل الإثبات الجنائي وتحقيق العدالة الجنائية وسرعة الكشف عن الجريمة.
- تعد البصمة الوراثية ذات أهمية جنائية في مسرح الجريمة كدليل جنائي، فضلاً عن كونها أسهمت بصورة كبيرة في تطوير العمل الجنائي.
- تتميز البصمة الوراثية بأنها لا تتشابه بين اثنين إلا في حالة التوأم المتماثلة فقط مما يجعل التشابه مستحيلاً، فهي تختلف من شخص إلى آخر فلا يوجد شخصان على وجه الأرض يتشابهان في هذه البصمة ما عدا التوأم المتطابقة الحقيقية، على العكس من فصائل الدم التي تعد وسيلة نفي فقط لاحتمال التشابه بين البشر في هذه الفصائل.
- تتميز البصمة الوراثية كذلك بأنه يستحيل مسحها ولا يمكن تزويرها فهي تعد بمنزلة بطاقة توجد في كل خلية من خلايا جسم الإنسان، في حين أن سائر الآثار الأخرى كبصمات الأصابع واليدين والأقدام تتأثر بالمسح والمحو والطمس.
- يتوقف مدى الاستفادة من البصمة الوراثية الموجودة في مسرح الجريمة على مدى المحافظة عليها.
- يُعد استخدام البصمة الوراثية في المجال الجنائي تطوراً علمياً كبيراً في مجال الأدلة الجنائية، ومساهمة الأدلة الجنائية في حل كثير من القضايا الجنائية المعقدة والغامضة.

التوصيات:

- بناء على ما جاء من نتائج فقد خلصت الدراسة إلى توصيات عدة لعل من أهمها:
- زيادة الاهتمام بدراسة البصمة الوراثية ضمن المقررات الدراسية والدراسات العليا.
- التوصية لإدارة الأدلة الجنائية بأن تضع ضمن خططها الاستراتيجية العامة إنشاء معهد لدراسات وبحوث البصمة الوراثية بمشاركة الخبراء والمتخصصين.
- زيادة الوعي بأهمية البصمة الوراثية في المجال الجنائي، وتوفير الدعم الكامل للتطوير المهني والعلمي في هذا المجال.
- العمل على تجهيز مختبرات مرجعية خاصة بالتقنية الحيوية؛ أسوة بالدول المتقدمة التي سبقتنا في هذا المجال، فتكون هذه المختبرات تابعة لوزارة العدل، وتعهده رئاستها إلى أحد الأطباء الشرعيين أو أحد الخبراء المشهود لهم بالكفاءة في مجال الكيمياء الحيوية.
- السعي الجاد نحو ربط الإدارة العامة للأحوال المدنية وشبكة إدارة المعلومات والتسجيل الجنائي لتبادل المعلومات ومتابعة معتادي الإجرام وشديدي الخطورة الإجرامية.
- العمل على تكوين قاعدة بيانات خاصة بالبصمة الوراثية للمحكوم عليهم، وللمتهمين للاستفادة منها عند الحاجة على غرار ما هو معمول به في كثير من الدول المتقدمة التي قطعت شوطاً كبيراً في هذا الميدان، فضلاً عن الاستفادة منها في عملية المقارنة والمضاهاة بين البصمات الوراثية المحفوظة وما يمكن العثور عليه في مسرح الجريمة.

قائمة الكتب والمراجع

- (١) د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية بالقاهرة، طبعة ١٩٨٥م.
- (٢) د. إبراهيم صادق الجندي، د. حسين بن حسن الحصري، البصمة الوراثية كدليل فني أمام المحاكم، بحث منشور في مجلة البحوث الأمنية، كلية الملك فهد للعلوم الأمنية بالرياض، طبعة ٢٠٠١م.
- (٣) إبراهيم محمد الفائز، الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي، المكتب الإسلامي ببيروت، الطبعة الثانية ١٩٨٣م.

- (٤) ابن القيم الجوزية، الطرق الحكيمة في الشريعة الإسلامية، دار الفكر اللبناني للطباعة والنشر، طبعة ١٩٩١م.
- (٥) د. أبو الوفا محمد أبو الوفا إبراهيم، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، بحث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون . جامعة الإمارات العربية المتحدة.
- (٦) د. أشرف توفيق شمس الدين، الجينات الوراثية والحماية الجنائية للحق في الخصوصية، دار النهضة العربية بالقاهرة، طبعة ٢٠٠٦م.
- (٧) د. السيد محمود عبد الرحيم مهران، أحكام تقنيات الوراثة الهادفة إلى تعديل الخصائص الوراثية، بحث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون . جامعة الإمارات العربية المتحدة.
- (٨) د. آمال عبد الرحيم عثمان، الخبرة في المسائل الجنائية، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق . جامعة القاهرة، ١٩٦٤م.
- (٩) د. الهاني طابع، تكنولوجيا بصمة الحامض النووي D.N.A في المجال الجنائي، دار النهضة العربية بالقاهرة، الطبعة الأولى ٢٠١٤م.
- (١٠) د. أوان عبد الله الفيضي، الإطار الشرعي والقانوني لعقد البصمة الوراثية، دار الفكر والقانون بالمنصورة، طبعة ٢٠١٨م.
- (١١) د. جميل عبد الباقي الصغير، أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، دار النهضة العربية بالقاهرة، طبعة ٢٠٠١م.
- (١٢) د. حسن صادق المرصفاوي، أصول الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة ١٩٦٤م.
- (١٣) د. رمسيس بهنام، البوليس العلمي أو فن التحقيق، منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة ١٩٩٦م.
- (١٤) د. رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، دار الجيل للطباعة، طبعة ١٩٨٩م.
- (١٥) د. سعد الدين مسعد الهلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، مكتبة الكويت الوطنية بالكويت، الطبعة الأولى ٢٠٠١م.
- (١٦) د. عائشة سلطان المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، رسالة دكتوراه بكلية العلوم - جامعة الأزهر، ٢٠٠٠م.

- ١٧) د. عبد الرحمن أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، ٢٠٠٥م.
- ١٨) د. عبد الهادي مصباح، الاستتساخ بين العلم والدين، الدار المصرية اللبنانية، الطبعة الأولى ١٩٩٧م.
- ١٩) د. عبد الواحد إمام مرسى، البصمة الوراثية ورياح التغيير في مجال الكشف عن الجرائم، بحث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة.
- ٢٠) د. علي محمود علي حمودة، النظرية العامة في تسيب الحكم الجنائي في مراحلها المختلفة. دراسة مقارنة، طبعة ١٩٩٤م.
- ٢١) عواد يوسف الشمري، دلالة البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ٢٠١٨م.
- ٢٢) د. فواز صالح، دور البصمات الوراثية في القضايا الجزائية. دراسة مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (٢٣)، العدد الأول ٢٠٠٧م.
- ٢٣) د. لمياء فتحي عوض، البصمة الوراثية للحامض النووي كأحد الأساليب العلمية الحديثة في مكافحة الجريمة، بحث مقدم للمركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية بالقاهرة، برنامج الكشف عن الجريمة بالوسائل العلمية الحديثة، الدورة الثانية والأربعون، عام ٢٠٠٣م.
- ٢٤) د. مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار النهضة العربية بالقاهرة، طبعة ١٩٩٢م.
- ٢٥) د. محمد الأشقر، إثبات النسب بالبصمة الوراثية، ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري الجيني، المنعقدة بمدينة الكويت في الفترة من ٢٥.٢٣ جمادى الآخرة ١٤١٩هـ الموافق ١٥.١٣ أكتوبر ١٩٩٨م.
- ٢٦) د. محمد المدني بوساق، موقف الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية من استخدام البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، بحث مقدم إلى مؤتمر بعنوان: الجوانب الشرعية والقانونية لاستخدام الوسائل العلمية الحديثة في التحقيق الجنائي، عمان في الفترة من ١٤٢٨/٤/٨.٦هـ الموافق ٢٥.٢٣/٤/٢٠٠٧م.
- ٢٧) د. محمد حسين الحمداني، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل.

- ٢٨) د. محمد سامي الشوا، الحماية للحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق . جامعة عين شمس، عام ١٩٨٦م.
- ٢٩) د. محمد سعيد رمضان البوطي، موقف الشريعة الإسلامية من التحكم بنوع وأوصاف الجنين والإسقاط عند ظن التشوه، بحث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون . جامعة الإمارات العربية المتحدة.
- ٣٠) د. محمد عيد الغريب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الجزء الثاني، طبعة ١٩٩٦/١٩٩٧م.
- ٣١) د. محمد محيي الدين عوض، الإثبات بين الازدواج والوحدة في الجنائي والمدني في السودان . دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة القاهرة بالخرطوم، طبعة ١٩٧٧م.
- ٣٢) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية بالقاهرة، الطبعة الثانية ١٩٨٨م.
- ٣٣) د. ناصر عبد الله الميمان، البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٢م.
- ٣٤) د. نجم عبد الله عبد الواحد، البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب إثباتاً ونفيًا، بحث مقدم للمجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي في دورته السادسة عشرة التي انعقدت بمقر رابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة في الفترة من ٢٦.٢١ شوال ١٤٢٢هـ.
- ٣٥) د. هدى حامد قشقوش، مشروع الجينوم البشري والقواعد العامة للقانون الجنائي، بحث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون . جامعة الإمارات العربية المتحدة.
- ٣٦) د. هلالى عبدالله أحمد، النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية، دار النهضة العربية بالقاهرة، طبعة ١٩٨٧م.
- ٣٧) القاضي وليد العاكوم، البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون بدولة الإمارات العربية المتحدة في الفترة من ٢٤.٢٢ صفر ١٤٢٣هـ الموافق ٧.٥ مايو ٢٠٠٢م.

اعتماد عقوبة العمل للنفع العام في الجزائر

(نحو إرساء سياسة عقابية جديدة)

الدكتورة/ مونة حواس أحمد مقلاتي *

الدكتورة/ راضية السعيد زيدان مشري *

الملخص:

تقوم هذه الورقة البحثية على تفصيل الاتجاه إلى اعتماد عقوبة العمل للنفع العام؛ باعتبارها إجراءً قضائياً يهدف إلى إعادة تأهيل وإدماج المحكوم عليهم دون سلب حريتهم، خصوصاً وقد اتضح أنها آلية فاعلة تساعد على تفادي احتكاكهم بالجناة الخطرين خلال فترة الحبس، والتقليل من اكتظاظ السجون، بما يجعلها عقوبة رديعة وإصلاحية في آن واحد، تتيح الاندماج في المجتمع عند الانتهاء من تنفيذها، وجعلهم أفراداً منتجين وفاعلين، وهو مسار يجري التشجيع على اتباعه في عدد من الدول بشكل متزايد، والاهتمام بتكريس هذا النمط من العقوبة يقتضي ضبطاً قانونياً، وتحديدًا لمجال التطبيق وكذا المستفيدين منها.

يجب أن يتعدى النقاش حول عقوبة العمل للنفع العام حدود التعريف، إلى جعلها في صميم النشاط الاقتصادي، وترقية العمل للصالح العام، وبناء شبكة من العلاقات والأجهزة تتيح الاستفادة من مخرجات هذه العقوبة، مع الاحتياط بشأن مقتضيات السلامة والأمن، وهذا تجنباً لتحويلها إلى مجال لتهديد سلامة المجتمع، أو إهدار موارده، أو أن تكون سبباً في تشجيع السلوك الإجرامي، أو التقليل من هيبة القضاء وجدوى أحكامه، وعلى هذا النحو فإنه حري بالمشرع الجزائري -ومن ورائه باقي التشريعات العربية- استغلال التقدم الحاصل في مجال تطبيق عقوبة العمل للنفع العام، ضمن استراتيجية تقليل نسبة الإجرام، والعمل بالموازاة مع ذلك على تهذيب سلوك عدد معتبر من الجناة وإصلاحهم بتوسيع التدريب على حرف ومهن ذات عوائد ربحية لهؤلاء وللمجتمع، ودمجهم في مسار علاقات اجتماعية تغير سلوكهم، وتحسن قدرتهم على الاندماج المجتمعي.

الكلمات المفتاحية: النظام العقابي - النفع العام - إعادة التأهيل - التشريع الجزائري - القانون الجنائي - مجانية العمل.

* مخبر الدراسات القانونية البيئية - جامعة ۸ ماي ۱۹۴۵ قالمة - الجزائر.

** مخبر الدراسات القانونية البيئية - جامعة ۸ ماي ۱۹۴۵ قالمة - الجزائر.



The Adoption of Punishment of Working for Public Benefit in Algeria: Towards Establishing a New Punitive Policy

Dr. Mouna Hawess Ahmed Meguellati*

Dr. Radia Saïd Zidenne Mecheri**

Abstract :

This research paper is based on the definition The Adoption of punishment of Working for Public Benefit as an alternative within the penalties issued by the judiciary; and as a measure aimed at rehabilitating and reintegrating the convicts into society without depriving their liberty. The punishment of working for public benefit is an effective mechanism in avoiding contact with dangerous perpetrators during the period of incarceration, as well as efficiently deal with the phenomenon of overcrowding in prisons, making a deterrent punishment and a reform of the offender's behavior at the same, it also helps its beneficiaries in reintegration into society upon completion of the punishment. It is a path that is encouraged to follow in an increasing number of countries, but interest in devoting this type of penalties requires legal control, the indication to the scope of application as well as those who benefit from it.

The debate about the penalty of working for the public benefit must go beyond aspects of definition, to research in making it useful for economic activity, and promotion of work for the public good, and building a network of relationships and devices that allow taking advantage of the outcomes of this punishment, while reserving safety and security requirements, this is to avoid turning it into a scope to threaten the safety of society, or waste its resources, or to be a motive in encouraging criminal behavior, or reduce the prestige of the judiciary and the value of its rulings. In this way, it is necessary for the Algerian legislator, and the rest of the Arab legislations, to take advantage of the progress made in the application of the punishment for working for public benefit globally, within the strategy of reducing the crime rate, also to refine the behavior of perpetrators and reform them, by expanding training on trades and professions with profitable returns for these and society, and they integrate into the path of natural social relations.

Keywords: Penal System - Public Benefit - Rehabilitation - Algerian Legislation - Criminal Law - Work without Pay.

*Environmental Legal Studies Laboratory, Eight May 1945, University of Guelma, Algeria.

**Environmental Legal Studies Laboratory, Eight May 1945, University of Guelma, Algeria.

المقدمة

يمثل الردع والعقاب آلية راسخة في تقويم السلوك البشري، والتقليل من الإجرام وأشكال الانحراف المختلفة، وفي هذا الإطار اتجهت إرادة المشرع الجزائري إلى مراجعة نطاق تطبيق العقوبات السالبة للحرية، انسجاماً مع التطور الذي عرفتته السياسة العقابية الحديثة في العالم، والتي تهدف إلى إصلاح وتأهيل المحكوم عليهم، بعيداً عن الاكتفاء بالزج بهم في المؤسسات العقابية، على نحو قد يعزز السلوكيات الإجرامية لديهم، وعلى هذا النحو يجري استحداث أنظمة بديلة للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، التي قد يكون من شأنها التأثير السلبي على شخصية المحكوم عليه.

إنّه واستكمالاً للأحكام المنصوص عليها في قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين رقم (4/5) سنة ٢٠٠٥م، الذي نص على العقوبات البديلة لعقوبة الحبس، قام المشرع الجزائري بإصدار القانون رقم (٩-١)^(١)، لينص على عقوبة العمل للنفع العام في المادة (٥) مكرر (١ إلى ٥) مكرر (٦)، وقد كان غرض المشرع من استحداث هذه العقوبة البديلة، تهذيب الجاني وإصلاحه، دون اللجوء لسلب حريته، خاصة وأنّ هناك العديد من الحالات التي تتطوي على جرم بسيط، ويكون من الأفضل فيها أن يُقدّم المحكوم عليه خدمة لصالح النفع العام، ولذا يشكّل هذا النظام الذي أطلق عليه المشرع الجزائري "عقوبة"، نقطة تحول مهمة في السياسة العقابية بالجزائر.

أهداف البحث وأهميته:

تتجلى أهداف هذا البحث في استجلاء موضوع عقوبة العمل للنفع العام، ومجال تطبيقها في الجزائر، وتبرز أهمية الموضوع المتناول في النقلة البارزة لنظام العقوبات الجزائري، باتجاهه إلى جعل عقوبة العمل للنفع العام بديلاً للعقوبة سالبة الحرية، من أجل تكريس سياسة جنائية حديثة، وفاعلة في إصلاح الجاني، من خلال تعليمه حرفة يمنهها في إطار المنفعة العامة، فيخدم بذلك نفسه ويخدم المجتمع في آن واحد، كما

(١) القانون رقم (٠١-٠٩) المؤرخ في ٢٥ فبراير ٢٠٠٩م المعدل والمتمم للأمر رقم ٦٦-١٥٦ المتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد ١٥ المؤرخة في ٠٨ مارس ٢٠٠٩م.

يتجنب مساوئ الحبس قصير المدة، وللحفاظ على توافقه النفسي والاجتماعي، بعدم عزله عن المجتمع، مما يسهم في تحقيق الصحة النفسية له، كما يعود هذا النظام بالفائدة على الدولة، حيث يقلل تطبيقه جزءاً مهماً من النفقات الموجهة لقطاع السجون.

إشكاليات البحث:

بناء على هذه الميزات الإيجابية المشار إليها، تثار الإشكالية المحورية لهذه الورقة البحثية متصلة بمدى فعالية عقوبة العمل للنفع العام بالجزائر، كعقوبة حديثة في التطبيق وبديلة للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، وهو ما يمكن صياغته في التساؤل الآتي:

كيف يمكن إرساء تطبيق فعال لعقوبة العمل للنفع العام في الجزائر، على نحو يسهم في الحد من السلوك الإجرامي وفي الآن ذاته يقدم خدمة للمجتمع وعوائد للدولة؟

للإجابة على هذه الإشكالية المطروحة؛ جرى الاعتماد على المنهج التحليلي والمقارن، الذي يتيح الاطلاع على النصوص القانونية المرتبطة بالموضوع، وترشيد السياسة العقابية المتبعة في الجزائر، حيث يمكن من خلال هذا الوضع أن تحصل مضاهاة مع تجارب دول أخرى، بهدف التعديل المستمر، وتثمين الجوانب الإيجابية في التطبيق، وعلى هذا النحو فإنّ المقارنة التي تعتمدها هذه الدراسة، تعطي متانة للطرح القائم على المطالبة بضرورة إحداث تغيير جذري في السياسة العقابية في الجزائر.

إنّ انجاز هذا البحث استند إلى الاطلاع على عدد من الدراسات السابقة، والتي أفردت الاهتمام بهذه العقوبة وإمكانية إدراجها وتطبيقها في الجزائر، ويمكن في هذا الإطار ذكر ما يلي:

- دراسة الباحث ميروك مقدم بعنوان: أحكام تطبيق عقوبة العمل للنفع العام على ضوء التشريع الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، عدد ٣٦ ديسمبر ٢٠١١م، وهو الإسهام الذي استعرض في الجزء الأكبر منه جانب شرح هذه العقوبة، في وقت لم يكن مستساغاً بعد إجراء تعديل لقانون العقوبات بالشكل الذي يدفع المنظومة القضائية لاعتمادها، كما أنه كان من الممكن إضافة اقتراحات ضمن الدراسة تنتقل بها إلى الإضافة الفعلية في الموضوع.

- دراسة أمحمدي بوزينة آمنة بعنوان: بدائل العقوبات السالبة للحرية في التشريع الجزائري، عقوبة العمل للنفع العام نموذجاً، مجلة المفكر، المجلد (١١)، العدد (١٣)، فيفري ٢٠١٦م، وهي الدراسة التي أرادت الباحثة فيها التأصيل أكثر للموضوع، بعد سنوات من طرحه، بعد أن صار أكثر تطبيقاً في دول العالم، والمطالبة الواسعة به في الجزائر ضمن منظور إصلاح العدالة الجزائرية.

- أما الدراسة الثالثة فكانت أكثر اتساعاً وشمولاً، وجرى إخراجها ضمن أطروحة الدكتوراه للباحث جوهر قوادي صامت بعنوان: عقوبة العمل للنفع العام في القانونين الجزائري والمقارن، مقدمة بجامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، ٢٠١٧م، فقد كانت بحق أكثر اتساعاً وشمولاً وتحليلاً، وأفادت جداً هذا العمل المقدم.

استناداً وإفادة من هذه الدراسات، سيجري تقديم العمل ضمن مسعى فهم عقوبة العمل للنفع العام، وتبيان دورها في تعزيز المبادئ الأساسية للسياسة الجنائية المعاصرة، وذلك لتحقيق مصلحة مزدوجة بين مصلحة المجتمع في الردع، ومصلحة المحكوم عليه في الإدماج والتأهيل.

خطة البحث:

ارتأينا تقسيم هذه الورقة البحثية إلى مبحثين، خصصنا المبحث الأول للأحكام الموضوعية لعقوبة العمل للنفع العام، أما المبحث الثاني فتّمت فيه معالجة الأحكام الإجرائية لعقوبة العمل للنفع العام.

المبحث الأول

الأحكام الموضوعية لعقوبة العمل للنفع العام

استعمل المشرع الجزائري مصطلح العمل للنفع العام، وهو نفس مصطلح العمل للمنفعة العامة، أو العمل للصالح العام أو العمل لخدمة المجتمع، والذي يعد شكلاً جديداً من أشكال العقاب التي تعمل على الحد من تقييد حرية المحكوم عليهم، والعمل على إصلاحهم خارج أسوار المؤسسات العقابية، وقد قامت وزارة العدل وبعد مرور أقل من شهرين على صدور القانون رقم (٩-١)، وبغرض تسهيل أليات تنفيذ عقوبة العمل

للنفع العام، بإصدار المنشور الوزاري رقم (٢) المؤرخ في ٢١ أبريل ٢٠٠٩م؛ والمتعلق بكيفيات تطبيق هذه العقوبة^(٢)، حيث اعتبر هذه العقوبة تعزيزاً للمبادئ الأساسية للسياسة الجنائية والعقابية، وتحقيق إعادة الوضع الاجتماعي للمحكوم عليه^(٣).

المطلب الأول

ماهية عقوبة العمل للنفع العام

سنعمد من خلال هذا المطلب إلى تحديد المقصود بعقوبة العمل للنفع العام، ثم إبراز قيمتها القانونية وتوضيح خصائصها، وهذا ما سيتم إنجازه عبر ثلاثة فروع، وفقاً لما يلي:

الفرع الأول

تعريف عقوبة العمل للنفع العام

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى إعطاء تعريف معين لعقوبة العمل للنفع العام، مكتفياً فقط بذكر شروط النطق بها، وتحديد مدتها ضمن القانون (٩-١)، تاركاً الأمر للفقهاء في تعريفها، ومن التعاريف المقدّمة بشأنها، نذكر ما يلي:

"العمل للمصلحة العامة، أو النفع العام هو نظام يطبق على المحكوم عليهم خارج المؤسسات العقابية ويقوم على إلزام المحكوم عليه بالقيام بأعمال معينة، لخدمة المجتمع وذلك لدى هيئة أو مؤسسة عمومية وبدون مقابل خلال المدة المقررة، في حكم

(٢) المنشور الوزاري رقم ٠٢ المؤرخ في ٢١ أبريل ٢٠٠٩م المتعلق بكيفيات تطبيق العمل للنفع العام، وزارة العدل، الجزائر، ٢٠٠٩م.

(٣) أمانة أمحمدي بوزينة، "بدائل العقوبات السالبة للحرية في التشريع الجزائري، عقوبة العمل للنفع العام نموذجاً"، مجلة المفكر، العدد ١٣، جامعة بسكرة، ٢٠١٦م، ص ١٢٧.

الإدانة أو هو قيام الجانح بعمل يعود بالفائدة على المجتمع تكفيراً عن الخطأ المرتكب من طرفه، ودون مقابل^(٤).

كما عرّفت أيضاً بأنها: "حالة القضاء بالزام المحكوم عليه بالقيام، بعمل مجاني يحقق نفعاً عاماً، وذلك لفائدة مؤسسات ذات طابع معنوي خاضعة للقانون العام، أو جمعية مرخص لها في ذلك؛ كما عرفت على أنها:

"الجهد المشروط والبديل لعقوبة الحبس، والمقدم من المحكوم عليه شخصياً لدى مؤسسة عامة، لحساب النفع العام غايته إصلاح المكلف به وتأهيله وإعادة إدماجه في المجتمع"^(٥).

نستخلص من هذه التعاريف أنّ عقوبة العمل للنفع العام، هي عقوبة صادرة عن جهة قضائية مختصة، تلزم المحكوم عليه بالقيام بعمل -بعد موافقته- لفائدة المجتمع لدى مؤسسات عامة، أو ما يُعبّر عنه قانوناً بالشخص المعنوي، ويكون هذا العمل بدون أجر، وذلك بدلاً من إدخاله مؤسسة عقابية لقضاء عقوبة سالبة للحرية قصيرة المدة، وتختلف تسمية هذه العقوبة حسب البلدان التي تأخذ بها، ومنها:

"***العمل للنفع العام**: وهي تسمية معمول بها في الجزائر وتونس، وفي فرنسا تم

اعتمادها رسمياً منذ ١٠ جوان ١٩٨٣م ضمن ما اصطلح عليه ب Le travail d'intérêt général (TIG)^(٦).

***الخدمة للمنفعة العامة**: هذه التسمية معمول بها في بريطانيا.

***الأعمال المشتركة**: وهي التسمية معمول بها في كندا وهولندا.

(٤) زيدومة درياس، "عقوبة العمل للنفع العام بين اعتبارات السياسة العقابية المعاصرة والواقع الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد ٤٨، العدد ٤، ديسمبر ٢٠١١م، ص ١٣٩.

(٥) ظريف شعيب، "عقوبة العمل للنفع العام في السياسة العقابية الجزائرية"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد الثالث، العدد الثاني، سبتمبر ٢٠١٩م، ص ٣٨٢.

(٦) Loi n° 83-466 du 10 juin 1983 portant abrogation ou révision de certaines dispositions de la loi n° 81-82 du 2 février 1981 et complétant certaines dispositions du code pénal et du code de procédure pénale, JORF du 11 juin 1983, p.1755.

***الخدمة الاجتماعية أو البيئية:** وهي التسمية المعمول بها في بعض الدول العربية كالمملكة العربية السعودية^(٧).

تتطوي عقوبة العمل للنفع العام كنظام عقابي على صفات عدة، منها ما هو عقابي يتمثل في حرمان المحكوم عليه من وقت الفراغ الخاص به، لاستغلاله في تأدية عمل بدون مقابل، الأمر الذي يحول دون استمتاعه بحريته، ومنه ما هو اجتماعي، حيث تبقى العقوبة الخاضع لها تقريباً من أسرته وعمله، فضلاً عما تؤديه من خدمة لفائدة المجتمع، ومنها ما هو إصلاحي يتجسد فيما يتضمنه هذا النظام من إعادة إصلاح المحكوم عليه، وتجنب عزله عن المجتمع بإيداعه لدى إحدى المؤسسات العقابية^(٨). من استقرائنا لمجمل التعاريف سالفة الذكر، نجدها تحمل دلالة موحدة، وتشمل معنى واحداً، يتمثل في تقديم المحكوم عليه لخدمة مجانية لصالح المجتمع لدى أحد الأشخاص المعنوية، بغرض إصلاحه وتأهيله، وتقديراً لإدخاله السجن، الأمر الذي يساعده على تنمية شعوره بالمسؤولية، وبقيد حريته على نحو يجعله يفكر جيداً في السلوك الإجرامي الذي أقدم عليه، ومن ثم إدراكه بأن سلوكه منبوذ وغير مقبول اجتماعياً.

الفرع الثاني

القيمة القانونية لعقوبة العمل للنفع العام

تظهر القيمة القانونية للعمل للمصلحة العامة فيما يلي:

١- تجنّب المحكوم عليه مساوئ الحبس قصير المدة، ومن أهمها الاختلاط بالمجرمين الخطرين، ومن ثم فهو يطبق على المجرمين قليلي الخطورة

(٧) أمزيان وناس، سعاد بن عبيد، "عقوبة العمل للنفع العام" الحل البديل لظاهرة العود الإجرامي والحفاظ على الصحة النفسية المجتمعية" قراءة نفسية، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد ٣٣ ديسمبر ٢٠١٥م، ص ٢٣١.

(٨) ظريف شعيب، مرجع سابق، ص ٣٨٢.

الإجرامية، الذي يكفي لتأهيلهم مجرد تقييد حريتهم، مع إلزامهم بتأدية أعمال لخدمة المجتمع تحت الإشراف والرقابة^(٩).

٢- يمنح نظام العمل للمصلحة العامة الجاني، كثيراً من الحرية مع حماية المجتمع في ذات الوقت، من أي سلوك غير سوي للجاني مما يحقق مصلحة المجتمع والجاني في أن واحد.

٣- يخفّض نظام العمل للمصلحة العامة تكاليف مكافحة الإجرام الواقعة على المجتمع، مقارنة بتكاليف حبس الجاني، وتحمل عبء مصاريفه داخل السجن.

٤- يساعد نظام العمل للمصلحة العامة، الجاني في سرعة تأهيله اجتماعياً بتركه يعيش بين أرجاء المجتمع العادي ويتصل به مباشرة.

٥- يعلم نظام العمل للمصلحة العامة الجاني حرفة جديدة، وبالتالي يوسع أمامه فرص إيجاد مهنة يكتسب منها ما يقلل فرص ارتكابه للجرائم، ويساعد على تأهيله اجتماعياً.

٦- يؤمن للمؤسسات اليد العاملة المهنية المجانية، ذلك أن المحكوم عليه يتم تشغيله في المهنة التي يتقنها وبالمجان^(١٠).

نخلص إلى القول بأنّ هذه السياسة الجنائية الحديثة، والتي قوامها إعادة الإدماج الاجتماعي للمحكوم عليه، وتجنب سياسة الحبس وما تخلفه من آثار سلبية على مختلف جوانب حياته، بغية جعله فرداً صالحاً تقوم على مناهج الردع والإصلاح، وذلك بناءً على فكرة استثمار العقوبة من خلال تعويض الضرر، الذي يسببه السلوك الإجرامي للمجتمع، بتكاليف المتسبب في الضرر بعمل يعود بالفائدة على المجتمع، مما يجعل هذه العقوبة مقلّصة لحرية المحكوم عليه، لا سالبة لها كما هو الشأن بالنسبة

(٩) أحمد علي خالدة، بدائل عقوبة الحبس قصيرة المدة في القانون الأردني، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد ٤٢، العدد ٣، ٢٠١٥م، ص ١٠١٤.

(١٠) محمد سعداوي، البدائل العقابية في السياسة الجنائية المعاصرة : "عقوبة العمل للنفع العام في القانون الفرنسي" مجلة البدر، بشار، جانفي ٢٠١٢م، ص ٧، ٨.

إلى الحبس والسجن، ومن ثم إعادة التوافق بينه وبين المجتمع، وتغيير وتصحيح سلوكه للأحسن.

الفرع الثالث

خصائص عقوبة العمل للنفع العام

تتفرد عقوبة العمل للنفع العام، ببعض الخصائص التي تميّزها عن العقوبات الأخرى، كونها تتطلب خضوع ملف المحكوم عليه بها لفحص شامل ودقيق، ولا يتم النطق بها إلا بموافقة الصريحة بالخضوع لها، وسنحاول من خلال هذا الفرع التطرق لهذه الخصائص على النحو الآتي:

أولاً- خضوع المحكوم عليه لفحص شامل ودقيق:

تعد هذه الخاصية من أهم ما يميز عقوبة العمل للنفع العام، وتتمثل في خضوع المحكوم عليه لفحص شامل ودقيق، يسبق قيامه بأداء العمل المسند إليه، حيث يوضح المنشور الوزاري (٢) الصادر في ٢١ أبريل ٢٠٠٩م، والمتضمن كليات تطبيق عقوبة العمل للنفع هاته الخاصية، وهذا في الدور الموكل لقاضي تطبيق العقوبات بناءً على نص المادة (٥) مكرر (٣) من قانون العقوبات، والتي نصها كما يلي: "يسهر قاضي تطبيق العقوبات على تطبيق عقوبة العمل للنفع العام".

من ضمن الإجراءات التي يقوم بها القاضي بمجرد توصله بالملف من طرف النيابة العامة، أنه يقوم باستدعاء المعني، وعند مثوله أمامه، يتأكد من هويته كما هي مدونة في الحكم أو القرار الصادر بالإدانة، ثم يشرع في التعرف على وضعيته الاجتماعية والمهنية والصحية والعائلية، مستعيناً في ذلك بالنيابة العامة وطبيب المؤسسة العقابية بمقر المجلس، أو بمقر المحكمة حسب الحالة، ويُقدّم الطبيب تقريراً عن حالته الصحية^(١١)، وبتخاذ مثل هذه الإجراءات، سيكشف ما إذا كان المحكوم

(١١) أحمد سعود، "شروط الحكم بعقوبة العمل للنفع العام في التشريع الجزائري"، مجلة العلوم القانونية

والسياسية، عدد ١٣ جوان ٢٠١٦م، ص ١٦٨.

عليه قادراً من الناحية العقلية والسلوكية على أداء هذه العقوبة، دون أن يُسبب أي ضرر للمجتمع.

ثانياً- ضرورة موافقة المحكوم عليه بالخضوع للعمل للنفع العام:

من الخصائص المميزة لعقوبة العمل للنفع العام أيضاً، أنها لا تتفقد إلا إذا أبدى المحكوم عليه موافقته الصريحة بالخضوع لها، حيث أنه لا مجال لإكراهه على قبولها، وتطبيقاً لذلك فإن جميع التشريعات التي تأخذ بعقوبة العمل للنفع العام، تشترط حضور المتهم بالجلسة، وإبدائه لرضاه بقبولها، لكي يتم النطق بها من طرف القاضي، ولقد اهتم المشرع الجزائري بهذه الميزة، وأعدّها من بين الشروط الأساسية لتطبيق هذه العقوبة^(١٢)، ولأجل ضمان نجاح عقوبة العمل للنفع العام يجب مراعاة أنّ النص القانوني وحده، لا يكفي لجعل هذه العقوبة تؤدي دورها في إصلاح الجاني المبتدئ، وإنما يتطلب نجاحها أيضاً توفر عوامل عدة أهمها:

- أن يكون العمل متناسباً من حيث طبيعته ومدته مع حجم الجريمة.
- أن تتوفر لدى المحكوم عليه القدرة على القيام بالعمل للنفع العام، فإذا كان غير قادر على ذلك فيعاقب بعقوبة أخرى.
- أن يقوم المجتمع بدوره، في المشاركة في إنجاح عقوبة العمل للنفع العام.
- أن تتوفر الرغبة لدى المؤسسات، في التعامل مع هذا النوع من العقود بغرض المشاركة في إصلاح وتأهيل المحكوم عليهم.
- أن يتم تنظيم حملات توعية، في فائدة الهيئات المهنية المعنية التي خصها المشرع بالتعامل مع المحكوم عليهم بعقوبة العمل للنفع العام.

(١٢) محمد لخضر بن سالم، عقوبة العمل للنفع العام في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، ٢٠١١م، ص ١٩.

- أن يتوفر حسن التنسيق بين المؤسسات والجهات القضائية، لمراقبة صيرورة العمل للنفع العام الذي يقوم به المحكوم عليه^(١٣).

المطلب الثاني

شروط إصدار عقوبة العمل للنفع العام

وردت في المادة (٥) مكرر من قانون العقوبات الجزائري؛ مجمل الشروط الواجب توافرها لإصدار عقوبة العمل للنفع العام، كما تضمن المنشور الوزاري رقم (٢) المؤرخ في ٢١ أبريل ٢٠٠٩م كيفية تطبيق هذه العقوبة وشروطها، ومن خلال نص المادة والمنشور، يمكن القول أنّ هناك شروطاً تتعلق بالمحكوم عليه، وأخرى بالعقوبة المقررة وكذا بحكم أو قرار الإدانة.

الفرع الأول

الشروط المتعلقة بالمحكوم عليه

يشترط في المحكوم عليه ألا يكون مسبقاً قضائياً، وأن لا يقل سنه عن ١٦ سنة وقت ارتكاب الجريمة، وأن يسمع منه القاضي الموافقة الصريحة بقبول العمل للنفع العام.

أولاً- أن يكون المحكوم عليه غير مسبقاً قضائياً:

لكي يستفيد المحكوم عليه من عقوبة العمل للنفع العام كبديل عن عقوبة الحبس، اشترط المشرع الجزائري حسب نص المادة (٥) مكرر (١) بأن لا يكون قد سبق صدور حكم نهائي بالإدانة بعقوبة سالبة للحرية ضد الشخص، ويتم التأكد من كون المحكوم عليه مسبقاً قضائياً أو لا عن طريق صحيفة السوابق القضائية الخاصة به،

(١٣) بن السيمو محمد المهدي، محمد لخضر بن سالم، "إجراءات الحكم بعقوبة العمل للنفع العام وأليات تنفيذها في القانون الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد الأول، ٢٠١٩م،

طبقاً لما حددته المادة (٦٣٠) من ق إ ج، هذا ويستوي الأمر إذا كانت العقوبة التي سبق صدورها نافذة، أو موقوفة النفاذ، وسواء تعلقت بجناية أو جناحة، طبقاً للمادة (٥٣) مكرر (٥) من قانون العقوبات^(١٤)، فإذا ثبت أنه غير مسبوق قضائياً مكنه القاضي، من فرصة استبدال عقوبة الحبس بالعمل للنفع العام، أما إذا ثبت غير ذلك، فإنّ هذه الفرصة تسقط، ويكون القاضي عندئذ مجبراً على الحكم بعقوبة الحبس الأصلية، إلا أنّ المحكوم عليه الذي سبق وأن صدر ضده حكم بالإدانة، لكنه استفاد من رد الاعتبار، فلا مانع من أن يستفيد من العمل للنفع العام كبديل لعقوبة الحبس، مادام رد الاعتبار يمحو كل آثار الإدانة، كما هو منصوص عليه في المادة (٦٧٦) من ق إ ج، وذلك على خلاف المشرّع الفرنسي الذي أتاح للقاضي الجزائي الحكم بعقوبة العمل للنفع العام، على المجرمين العائدين للإجرام، شريطة ألا يكونوا مصدر تهديد للنظام الاجتماعي^(١٥).

إنّ غالبية التشريعات لم تساير الموقف الذي أخذ به المشرّع الفرنسي، بشأن تمكين المحكوم عليهم العائدين للإجرام من الاستفادة من عقوبة العمل للنفع العام، لأنّ الغرض من وراء إقرار هذه العقوبة هو محاولة الحد من ظاهرة العود، وإصلاح الجانحين الذين أبدوا استعدادهم للتأهيل والإصلاح، بهدف إبعادهم عن دائرة الإجرام، ومنحهم فرصة لمراجعة أنفسهم، وتغيير سلوكهم بعيداً عن البيئة العقابية المغلقة، التي من شأنها أن تسبب لهم أضراراً، أما بشأن فئة الجانحين الذين أعادوا الكرة بارتكاب جرائم مرة أخرى، فلا طائل من تطبيق عقوبة العمل للنفع العام؛ لأنّ حالة العود تعكس

^(١٤) تنص المادة (٥٣) مكرر ٥ من ق ع على أنه: "يعد مسبوقاً قضائياً كل شخص طبيعي محكوم عليه، بحكم نهائي بعقوبة سالبة للحرية مشمولة أو غير مشمولة بوقف التنفيذ، من أجل جناية أو جناحة من القانون العام دون المساس بالقواعد المقررة لحالة العود".

^(١٥) حمر العين لمقدم، الدور الإصلاحية للجزاء الجنائي، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، ٢٠١٥م، ص ١٥٢، ١٥٣.

فشل شخصية المحكوم عليه في تقبل برامج المعاملة العقابية، التي خضع لها من قبل داخل المؤسسة العقابية^(١٦).

ثانياً- ألا يقل سن المحكوم عليه على ١٦ سنة وقت ارتكاب الوقائع المجرمة:

اشتترطت المادة (٥) مكرر(١) إضافة إلى الشرط الأول، كي يستفيد المتهم من عقوبة العمل للنفع العام كبديل للعقوبة السالبة للحرية، بألا يقل سن المحكوم عليه عن ١٦ سنة، وقت ارتكاب الوقائع المجرمة المنسوبة إليه، ويعد سن ١٦ سنة هو الحد الأدنى لسن العمل في الجزائر، وهذا ما أقره المشرع بموجب القانون رقم (٩٠-١١) المتعلق بعلاقات العمل ضمن المادة (١٥) والتي نصها كالتالي: "لا يمكن في أي حال من الأحوال أن يقل العمر الأدنى للتوظيف عن ١٦ سنة، إلا في الحالات التي تدخل في عقود التمهين"^(١٧).

ثالثاً- الموافقة الصريحة للمحكوم عليه:

لقد نصّ على هذا الشرط في الفقرة الأخيرة من المادة (٥) مكرر (١) بقولها: "... ويتعين على الجهة القضائية قبل النطق بهذه العقوبة إعلامه بحقه في قبولها أو رفضها والتتويه بذلك في الحكم".

يتضح بأنه لا يمكن النطق بهذه العقوبة البديلة، إلا في حالة حضور المحكوم عليه جلسة النطق بالحكم ورضاه بالخضوع لهذه العقوبة؛ لأنه يتطلب منه القيام بعمل طوعي، ومن ثمّ لا يمكن ضمان حسن تنفيذه إلا إذا كان موافقاً عليه وقابلاً لتنفيذه^(١٨)، وتجدر الإشارة إلى أنّ هذا الشرط يثير إشكالاً أثناء التطبيق؛ لأنّه غالباً ما يتم وضع القضية في النظر لمدة أسبوع، وفي كثير من الأحيان يتغيب المتهمون عن جلسة النطق بالعقوبة البديلة، وبالتالي لا يحصل على موافقته؛ لأنّه متغيب؛ ومن ثم يكون

(١٦) شعيب ظريف، مرجع سابق، ص ٣٨٩.

(١٧) القانون رقم ٩٠-١١، المؤرخ في ٢١ أبريل ١٩٩٠م، المتعلق بعلاقات العمل، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، رقم ١٧، الصادرة بتاريخ ٢٥ أبريل ١٩٩٠م.

(١٨) أحمد سعود، مرجع سابق، ص ١٦٩.

الحكم حضورياً غير وجاهي، وتعد هذه الحالة إحدى عوائق تطبيق عقوبة العمل للنفع العام^(١٩).

ضمن متابعة اجتهادات المحكمة العليا في هذا الشأن، يمكن العودة إلى قرارها الصادر بتاريخ ٢٠١٥/٠٩/٠٣م؛ إذ جاء فيه، أنه يتم النطق بعقوبة العمل للنفع العام في حضور المحكوم عليه، ويتعين على الجهة القضائية قبل النطق بها، إعلام المتهم بحقه في القبول أو الرفض^(٢٠).

بعد تعرفنا على شروط العمل للنفع العام المتعلقة بالمحكوم عليه، التي اشترطها المشرع الجزائري تجدر الإشارة إلى أنّ المشرع التونسي أضاف إليها شرطاً آخر، يتمثل في ضرورة تعبير المحكوم عليه، عن ندمه عن الفعل الذي اقترفه في حق المجتمع، وهو ما أعده البعض شرطاً غير مجدي، كون التعبير عن الندم بالقول لا يكون صادقاً دائماً^(٢١).

الفرع الثاني

الشروط المتعلقة بالعقوبة الأصلية

إضافة إلى الشروط المتعلقة بالمحكوم عليه، هناك شروط أخرى تتعلق بالعقوبة، وهي كالتالي:

أولاً- أن لا تتجاوز مدة الحبس للعقوبة المقررة قانوناً الثلاث (٣) سنوات:

بقراءة نص المادة (٥) مكرر (١)، ومما جاء في المنشور المتعلق بكيفيات تطبيق عقوبة العمل للنفع العام، يجب أن تكون عقوبة الجريمة المرتكبة لا تتجاوز ٣ سنوات،

^(١٩) زيدومة درياس، مرجع سابق، ص ١٥٠.

^(٢٠) قرار المحكمة العليا رقم ٠٦٩٧٠٧٠، الصادر بتاريخ ٢٠١٥/٠٩/٠٣م، غرفة الجناح والمخالفات، مجلة المحكمة العليا، العدد ٠٢، ٢٠١٥م، ص ٣٤٠-٣٤٤.

^(٢١) محمد لخضر بن سالم، مرجع سابق، ص ٦٠.

مما تقدم يتضح بأنّ المشرّع حصر تطبيق عقوبة العمل للنفع العام كبديل في جرائم محددة، وهي الجرائم التي لا تتجاوز عقوبتها ثلاث سنوات^(٢٢).

باستقراء نص المادة (٥) من قانون العقوبات؛ نجد أنّ مجال تطبيق عقوبة العمل للنفع العام في القانون الجزائري، يتضمن ما يلي:

* كل العقوبات الأصلية في مواد المخالفات.

*العقوبات الأصلية في مواد الجرح التي لا تتجاوز ٣ سنوات.

*العقوبات الأصلية في مواد الجرح المرتبطة بالأفعال الموصوفة جنائيات، التي تختص بها محكمة الجنائيات التي لا تتجاوز ٣ سنوات، والتي نصت عليها المادة (٢٤٨) من ق إ ج^(٢٣)، وبذلك يستبعد تطبيق هذه العقوبة في الجنائيات والجرح المشددة، في حين لا يشترط المشرّع الفرنسي سقفاً معيناً للعقوبة، بل يكفي أن تكون جريمة معاقباً عليها بالحبس بصرف النظر عن حداها الأقصى، والحكمة من استبعاد المشرّع الجزائري استفادة المحكوم عليهم من عقوبة العمل للنفع العام، فيما يخص الجرائم التي تتجاوز مدتها ٣ سنوات هو كون هذه الأخيرة من الجرائم الخطرة، فحتى لو استفادوا من العقوبات بإمكانهم ارتكاب جرائم أخطر، لذا يرى المشرع الجزائري أنّه من الأفضل وضع المحكوم عليهم الذين تزيد عقوبتهم عن ثلاث سنوات بالحبس^(٢٤)، مخالفاً بذلك المنحى الذي ذهب إليه المشرع الفرنسي في هذا السياق، والذي جعل المجال مفتوحاً للمحكوم عليه، بغض النظر عن طبيعة الجريمة، ونحن من جانبنا نؤيد ما ذهب إليه المشرّع الجزائري؛ والذي وُفق بوضع هذا التسقيف الخاص بالعقوبة، وذلك لتفادي خطورة مثل هؤلاء.

ثانياً- ألا تتجاوز العقوبة المنطوق بها سنة حبس نافذ:

حتى يتمكن القاضي من استبدال عقوبة الحبس بعقوبة العمل للنفع العام، يجب أن لا تتجاوز العقوبة المنطوق بها سنة حبس نافذ، أما إذا كانت تتجاوز السنة أو موقوفة

(٢٢) أحمد سعود، مرجع سابق، ص ١٦٩.

(٢٣) بن السيجمو محمد المهدي، محمد لخضر بن سالم، مرجع سابق، ص ١٨٦.

(٢٤) حمر العين لمقدم، مرجع سابق، ص ١٥٢.

النفاذ، فلا مجال لاستبدالها بعقوبة العمل للنفع العام، وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كانت العقوبة المنطوق بها لا تتجاوز سنة حبس نافذ، لكنها تتضمن جزءاً موقوف النفاذ، فإنّ المنشور الوزاري رقم (٢) الذي يوضح كيفية تطبيق عقوبة العمل للنفع العام، أجاز للقاضي أن يستبدل الجزء النافذ منها بعقوبة العمل للنفع العام^(٢٥)، وقد حدّد المشرع في نص المادة (٥) مكرر (١) مدة العمل للمصلحة العامة، إذ حددها بمدة دنيا ومدة قصوى، وقد أحسن المشرع صنعاً عندما فرّق بين الأشخاص البالغين والقصر في مدة العمل، حيث حدّد الحجم الساعي بالنسبة إلى المحكوم عليهم البالغين، ما بين ٤٠ ساعة و ٦٠٠ ساعة بمعدل ساعتين عن كل يوم حبس في أجل أقصاه (١٨) ثمانية عشر شهراً، وما بين ٢٠ ساعة وأن لا تزيد عن ٣٠٠ ساعة بالنسبة إلى الأشخاص القصر، وذلك لعدم تكافؤ قدرات كل منهما في أداء العمل بالدرجة نفسها من القوة^(٢٦).

إنّ عقوبة العمل للنفع العام في القانون الفرنسي، بالنسبة إلى لبالغين كانت محدّدة من ٤٠ إلى ٢٤٠ ساعة بموجب المادة (٠٨-١٣١) من قانون العقوبات المعدل بالقانون رقم (١٤٣٦-٢٠٠٩)، يتم تنفيذها خلال ثمانية عشر شهراً، بينما في المخالفات من ٢٠ إلى ١٢٠ ساعة، وقد تم تخفيض المدة حيث أصبحت من ٤٠ ساعة إلى ٢١٠ ساعة بالنسبة إلى البالغين، وبالنسبة إلى الأحداث ما بين ٢٠ إلى ١٢٠ ساعة، يتم تنفيذها خلال ١٢ شهراً، وبمقارنة مدة عقوبة العمل للنفع العام في القانون الجزائري مع نظيرتها في القانون الفرنسي يتبين لنا أن الحد الأقصى لمدة العقوبة في الجزائر مرتفع جداً، إلا أن ذلك لا يحسب عليه وإنما يحسب له^(٢٧)، وتبرير ذلك من وجهة نظرنا أنّ المشرّع حوّل للقاضي سلطة تقديرية واسعة، في تقدير مدة العقوبة حسب ما يتلاءم مع ظروف المحكوم عليه، ومدى جسامة الفعل المرتكب منه، وهذا ما يستدل من نص المادة (٥) مكرر (١) بقولها: "يمكن للجهة القضائية أن تستبدل العقوبة المنطوق بها، بقيام المحكوم عليه بعمل للنفع العام بدون أجر".

(٢٥) بن السيمو محمد المهدي، محمد لخضر بن سالم، مرجع سابق، ص ١٨٧.

(٢٦) أحمد سعود، مرجع سابق، ص ١٧٠.

(٢٧) زيدومة درياس، مرجع سابق، ص ١٥٠.

لقد استهلّ المشرّع نص المادة بقيد، مفاده إخضاع تطبيق عقوبة العمل للنفع العام للسلطة التقديرية الواسعة للقاضي، أمّا بخصوص مسألة توزيع ساعات العمل، التي يلتزم بها المحكوم عليه بعقوبة العمل للنفع العام بأدائها يومياً أو أسبوعياً، فإنّ المشرع الجزائري لم يضبط معياراً في توزيعها، أو جدولتها وترك مطلق الحرية للقاضي تطبيق العقوبات الذي يقوم بتوزيعها في أجل لا يتعدى ثمانية عشر شهراً، مراعيّاً في ذلك ظروف المحكوم عليه ومؤهلاته وقدراته وأوقات فراغه، وكذا ظروف المؤسسة المستقبلية له، ومدى توفر العمل فيها ونوعها ومدى تناسبه مع مؤهلات المحكوم عليه.

تجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري لم ينص صراحة على شرط جدوى عقوبة العمل للنفع العام، وهذا على عكس ما أخذ به المشرع التونسي صراحة في الفقرة الأولى من الفصل ١٥ ثالثاً من المجلة الجزائرية، والتي أضيفت بالقانون عدد (٦٨) لسنة ٢٠٠٩م المؤرخ في ١٢ أوت ٢٠٠٩م، وتتص على أنه: "لاستبدال السجن بعقوبة العمل للفائدة المصلحة العامة... أن يثبت للمحكمة من خلال ظروف الفعل الذي وقع من أجله التتبع، جدوى هذه العقوبة للحفاظ على إدماج المتهم في الحياة الاجتماعية".

يتبيّن من نص هذه الفقرة، والمتعلقة بجدوى عقوبة العمل للنفع العام، أنها شرّعت أساساً لتكون ذات بعد إصلاحي وإدماجي، وقد اشترط المشرّع التونسي لبيّتم الحكم بعقوبة العمل لفائدة المصلحة العامة، أن يثبت للمحكمة جدوى هذه العقوبة في إبقاء المتهم على اتصال بالحياة الاجتماعية، لكي يشعر بأنه لازال مواطناً صالحاً قابلاً للإصلاح، وعليه فإنّ المشرع الجزائري لم ينص عند النطق بالعقوبة البديلة على شرط تأكد المحكمة من جدوى عقوبة العمل للنفع العام، في النصوص القانونية ذات الصلة في قانون العقوبات، إلا أنّه ضمنه في المنشور الوزاري المتعلق بكيفيات تطبيق العقوبات في فقرته الأولى، والتي تؤكد على أنّ القانون (٩-١) جاء بإمكانية استبدال العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة بعقوبة العمل للنفع العام، وهذا لتعزيز المبادئ الأساسية للسياسة الجنائية والعقابية، التي تركز بالأساس على احترام حقوق الإنسان، وتحقيق إعادة الإدماج الاجتماعي للمحكوم عليهم، وهو المبتغى الذي لم يعد يرتكز على حبس الأشخاص فقط، بل أضحي تحقيقه يتوقف من ناحية على مدى احترام مبدأ

تشخيص العقوبة عند النطق بها، ومن ناحية أخرى على إمكانية مساهمة العقوبة في إصلاح المحكوم عليهم نهائياً^(٢٨)، ومن ثم توفير معاملة عقابية للمحكوم عليه، قائمة على التهذيب والإصلاح خاصة بالنسبة إلى المجرمين غير الخطرين وغير المسبوقين، مما يستوجب اتباع هذه الآلية اتجاههم، لتجنب اختلاطهم بغيرهم من المجرمين، وتقويم سلوكهم على نحو يحقق منفعة لهم وللمجتمع في آن واحد، بحيث قد توحى شخصية المحكوم عليه أنّ تكليفه بالعمل مع فرض بعض الالتزامات عليه، كاف لإصلاحه وإعادة تأهيله اجتماعياً، وهو ما يُحقّق استفادة للدولة من هذه الطاقات بدلاً من حبسها في المؤسسات العقابية.

ثالثاً- الشروط المتعلقة بالحكم:

إلى جانب الشروط الشكلية والبيانات الجوهرية الأخرى، الواجب توفرها في الحكم أو القرار القضائي بصفة عامة، فإنّه يجب أن تتوفر في الحكم أو القرار القضائي الناطق بعقوبة العمل للنفع العام الشروط الآتية:

١- يجب أن يصدر الحكم أو القرار حضورياً، والعبارة هنا بجلسة النطق بالحكم وليس بجلسة المحاكمة.

٢- يجب النطق بعقوبة الحبس النافذ الأصلية.

٣- يجب النطق بعقوبة العمل للنفع العام، والقول أنّها بديلة لعقوبة الحبس النافذ الأصلية.

٤- يجب التأكيد على أن المحكوم عليه، قد مكن من حقه في قبول أو رفض العقوبة البديلة، وأنه وافق على عقوبة العمل للنفع العام كعقوبة بديلة لعقوبة الحبس النافذ المنطوق بها ضده.

(٢٨) أحمد سعود، بدائل العقوبات السالبة للحرية "عقوبة العمل للنفع العام نموذجاً" أطروحة دكتوراه تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، ٢٠١٦ / ٢٠١٧م، ص ١٨٩.

- ٥- يجب التنويه على أن المحكوم عليه، قد نبه بأنه إذا خالف الالتزامات المفروضة عليه، عند تنفيذه لعقوبة العمل للنفع العام، فإن عقوبة الحبس النافذ الأصلية المنطوق بها ضده ستنفذ ضده.
- ٦- ضرورة ذكر الحجم الساعي لعقوبة العمل للنفع العام في الحكم^(٢٩).

المبحث الثاني

الأحكام الإجرائية لتنفيذ عقوبة العمل للنفع العام

يتطلب تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام، دوراً تقوم به جهات قضائية ودوراً آخر تقوم به المؤسسة المستقبلية للمحكوم عليه بهذه العقوبة، لذلك سنعالج ضمن هذا المبحث دور الجهات القضائية في تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام، ثم دور المؤسسة المستقبلية في تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام من خلال مطلبين وفقاً لما يلي:

المطلب الأول

دور الجهات القضائية في تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام

أوكل القانون الجزائري صلاحيات تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام، على مستوى الجهات القضائية لكل من النيابة العامة وقاضي تطبيق العقوبات، لذا سنتناول في هذا المطلب دور النيابة العامة ضمن الفرع الأول، ودور قاضي تطبيق العقوبات ضمن الفرع الثاني، وذلك على النحو الآتي:

^(٢٩) مبروك مقدم، "أحكام تطبيق عقوبة العمل للنفع العام على ضوء التشريع الجزائري"، مجلة العلوم الإنسانية، عدد ٣٦ ديسمبر ٢٠١١م، ص ٢٠٦.

الفرع الأول

دور النيابة العامة في تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام

تطبيقاً لأحكام قانون الإجراءات الجزائية لاسيما المواد: (٦١٨، ٦٢٦، ٦٣٠، ٦٣٢) من الأمر ١٥٥/٦٦ المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدلة والمتممة بموجب المواد (٤، ٣، ٢) من القانون (٦/١٨)^(٣٠)، وأحكام المنشور الوزاري رقم (٢) المؤرخ في ٢١ أبريل ٢٠٠٩م، فقد عهدت مهمة القيام بإجراءات تنفيذ الأحكام والقرارات المتعلقة بعقوبة العمل للنفع العام للنائب العام المساعد على مستوى المجلس، وبذلك تقوم النيابة العامة بما يلي:

أولاً- التسجيل في صحيفة السوابق القضائية:

* تقوم النيابة العامة بإرسال القسيمة رقم (١)، تتضمن العقوبة الأصلية مع الإشارة في الهامش إلى أنها استبدلت بعقوبة العمل للنفع العام، فإذا تضمنت العقوبة الأصلية إلى جانب الحبس عقوبة الغرامة، فإنّ هذه الأخيرة تنفّذ بكافة الطرق المقررة قانوناً، وكذلك الشأن بالنسبة إلى لمصاريف القضائية.

* يجب أن تتضمن القسيمة رقم (٢) العقوبة الأصلية، وعقوبة العمل للنفع العام.

* تسلم القسيمة رقم (٣) خالية من الإشارة إلى العقوبة الأصلية، وعقوبة العمل للنفع العام المستبدلة، وهذا بهدف تسهيل عملية إعادة إدماج المحكوم عليهم في المجتمع، دون أن يكون لهم سوابق قضائية مسجلة في الصحيفة الخاصة بهم، والتي قد تحول دون تمكينهم من الولوج في عالم الشغل، الأمر الذي لا يساير أهداف السياسة العقابية المُنْبَعَة في الجزائر، ويؤدي إلى انتكاس المحكوم عليه.

* عند إخلال المحكوم عليه بالالتزامات المفروضة عليه في مقرر العمل للنفع العام، الذي يصدره قاضي تطبيق العقوبات، ترسل بطاقة أخرى لتعديل البطاقة رقم (١)

(٣٠) قانون رقم (٦-١٨) مؤرخ بتاريخ ١٠ يونيو ٢٠١٨م، يعدّل ويتمّم الأمر رقم (٦٦-١٥٥) المؤرخ في ٨ يونيو سنة ١٩٦٦م، والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية.

للمعني، لتتفد بصورة عادية كعقوبة حبس نافذ، مع تقييد ذلك على هامش الحكم أو القرار القضائي^(٣١).

تجدر الإشارة إلى الحالة التي تتضمن فيها العقوبة الأصلية عقوبة الحبس والغرامة، بالإضافة إلى المصاريف القضائية، فإنها تتفد طبقاً للقانون، ويطبق عليها الإكراه البدني طبقاً للمادة (٦٠٠) وما يليها من ق إ ج، حيث إن عقوبة الغرامة لا يمكن استبدالها بعقوبة العمل للنفع العام في القانون الجزائري.

ثانياً- التعديلات والآثار المترتبة بصحيفة السوابق القضائية:

إن المحكوم عليه قضاء بعقوبة العمل للنفع العام إما أن ينفذ العمل للمصلحة العامة الملزم به، وفي هذه الحالة تطراً على البطاقة رقم (١) الخاصة به تعديلات، هذه الأخيرة يرتب على البطاقة رقم (١) أثر قانوني يتمثل في رد الاعتبار القانوني، وإما قد لا يكمل العمل المكلف به أي يخل بالتزاماته، وفي هذه الحالة كذلك تطراً تعديلات على بطاقة رقم (١) وهو تنفيذ العقوبة الأصلية ولا يستفيد من رد الاعتبار الخاصة بعقوبة العمل للنفع العام وهي رد الاعتبار العادي.

١- التعديلات والآثار في حالة تنفيذ العمل للنفع العام:

عند قيام المحكوم عليه المستفيد من عقوبة العمل للنفع العام بتنفيذ كل العقوبة بصفة عادية، تتولى المؤسسة المستقبلية له بإخطار قاضي تطبيق العقوبات بنهاية تنفيذ المحكوم عليه لالتزاماته المحددة في مقررة الوضع، وبعد تلقي القاضي الإخطار؛ يقوم بتحرير إشعار بانتهاء تنفيذ العقوبة، والتي تسمى ببطاقة تعديل تعدّل بطاقة رقم (١) ويرسله إلى النيابة العامة، والتي تقوم بدورها بإرسال نسخة منه إلى أمين الضبط المكلف بمصلحة السوابق القضائية، ليتولى هذا الأخير التأشير على صحيفة السوابق القضائية طبقاً للمادة (٢) من القانون (٦/١٨) للمستفيد من عقوبة العمل، كما يقوم بإدخال تاريخ انتهاء ساعات العمل للنفع العام على مستوى تطبيق صحيفة السوابق

^(٣١) عمر جبارة، دور النيابة العامة في تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام، محاضرة ضمن فعاليات الملتقى التكويني حول موضوع العمل للنفع العام: التجربة الفرنسية، يومي ٥ و ٦ أكتوبر ٢٠١١م، بفندق مزفران زرالدة، الجزائر، ص ٣.

القضائية، لكي يبدأ حساب مدة رد الاعتبار القانوني المتعلقة بهذه العقوبة وهي أربع (٤) سنوات من تاريخ انتهاء تنفيذ كل العقوبة، ويسمى هذا بأثار صحيفة السوابق القضائية^(٣٢).

٢- التعديلات والآثار في حالة الإخلال بالالتزام بالعمل للنفع العام:

في حالة إنهاء عقوبة العمل للنفع العام بسبب إخلال المحكوم عليه بالالتزامات المفروضة عليه في مقرر العمل للنفع العام الذي يصدره قاضي تطبيق العقوبات، بحيث يقوم هذا الأخير بتبليغ النائب العام المساعد، والذي يقوم بإرسال بطاقة أخرى لتعديل البطاقة رقم (١) للمعني إلى مصلحة السوابق القضائية، للتنفيذ بصورة عادية كعقوبة حبس نافذة، مع تقييد ذلك على هامش الحكم أو القرار القضائي، وتجدر الإشارة إلى أنه في حالة الإخلال بالالتزامات، تطبق عليه مدد رد الاعتبار القانوني العادي، المنصوص عليها في المادة (٣٣٦) من قانون الإجراءات الجزائية، والمقدرة بست (٦) سنوات اعتباراً من انتهاء العقوبة، أو مضي أجل التقادم طبقاً للمادة (٦) من القانون (٦/١٨)، والتي تعد مدة طويلة مقارنة برد الاعتبار في عقوبة العمل للنفع العام، وهذا بمنزلة عقاب له لعدم قيامه بالتزاماته^(٣٣).

الفرع الثاني

دور قاضي تطبيق العقوبات في تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام

نص المشرع الجزائري ضمن المادة (٥) مكرر (٣) من قانون العقوبات، على مهام قاضي تطبيق العقوبات المتعلقة بعقوبة العمل للنفع العام، وجاء ذلك كما يلي: "يسهر قاضي تطبيق العقوبات على تطبيق عقوبة العمل للنفع العام، والفصل في الإشكالات

^(٣٢) خيرة لعبيدي، عقوبة العمل للنفع العام كبديل للعقوبة السالبة للحرية، قصيرة المدة في التشريع الجزائري، دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، المجلد ١٢، العدد ٢٠، جوان ٢٠٢٠م، ص ٣٨.

^(٣٣) المكان نفسه.

الناجمة عن ذلك، ويمكنه وقف تطبيق عقوبة العمل للنفع العام لأسباب صحية أو عائلية أو اجتماعية".

بناءً على ذلك سنتطرق في هذا الفرع للإجراءات التي يقوم بها قاضي تطبيق العقوبات، فيما يتعلق باستدعاء المحكوم عليه بعقوبة العمل للنفع العام، وكذا الحالات التي يتم فيها إيقاف تنفيذ هذه العقوبة، إضافة إلى الإشعار بانتهائها تلقائياً، أو عند إخلال المحكوم عليه بتنفيذ التزاماته.

أولاً- استدعاء المحكوم عليه بعقوبة العمل للنفع العام:

بعد وصول ملف المحكوم عليه بعقوبة العمل للنفع العام إلى قاضي تطبيق العقوبات، يقوم هذا الأخير بعدة إجراءات لتطبيق العقوبة، نوردها كما يلي:

يقوم قاضي تطبيق العقوبات باستدعاء المحكوم عليه، حسب العنوان المحدد بالملف، ويكون الاستدعاء عن طريق المحضر القضائي، ويتضمن البيانات الآتية:

* تحديد تاريخ وساعة حضور المحكوم عليه.

* الإشارة إلى الموضوع، وهو تطبيق حكم قضائي يتعلق بعقوبة العمل للنفع العام.

* التنويه إلى أنه في حالة عدم حضور المحكوم عليه في التاريخ المحدد، تطبق عليه عقوبة الحبس الأصلية ويمكن لقاضي تطبيق العقوبات عند الاقتضاء كبعد المسافة مثلاً، أن ينتقل إلى مقر المحكمة التي يقيم بدائرة اختصاصها المحكوم عليه، لاتخاذ الإجراءات الضرورية التي تسبق شروع المحكوم عليه في تطبيق عقوبة العمل للنفع العام، ويكون ذلك وفق رزنامة محددة مسبقاً^(٣٤)، وبعد استدعاء المعني فإن قاضي تطبيق العقوبات أمام حالتين:

١- حالة امتثال المعني للاستدعاء:

يقوم قاضي تطبيق العقوبات باستقبال المحكوم عليه، ليتأكد من:

* هويته كما هي مدونة في الحكم أو القرار الصادر بإدانته.

^(٣٤) محمد بن لخصر سالم، مرجع سابق، ص ٧٤، ٧٥.

* التعرف على وضعيته الاجتماعية والمهنية والصحية والعائلية، ويمكن لقاضي تطبيق العقوبات الاستعانة بالنيابة العامة، للتأكد من صحة المعلومات التي يدلي بها المعني.

* عرض المعني على طبيب المؤسسة العقابية، بمقر المجلس القضائي أو بمقر المحكمة، حسب الحالة لفحصه وتحليل تقريره عن حالته الصحية، لتمكين قاضي تطبيق العقوبات من اختيار طبيعة العمل الذي يتناسب وحالته البدنية، وعند الاقتضاء ولنفس الغرض، يمكن عرض المعني على طبيب آخر، بناءً على ذلك يُحرر قاضي تطبيق العقوبات بطاقة معلومات شخصية، تضم إلى ملف المعني.

* بعد أن يكون قد كوّن فكرة عن شخصية المعني ومؤهلاته، يختار له عملاً من بين المناصب المعروضة التي تتلاءم وقدراته، والتي ستسهم في اندماجه الاجتماعي، دون التأثير على السير العادي لحياته المهنية والعائلية^(٣٥)، وفيما يخص فئتي النساء والقصر ما بين ١٦ و١٨ سنة، فإنه يتعيّن على قاضي تطبيق العقوبات مراعاة الأحكام التشريعية والتنظيمية، المتعلقة بتشغيلهم كعدم إبعاد القصر عن محيطهم الأسري، والاستمرار في مزاولة دراستهم عند الاقتضاء، وتجنّبهم العمل ليلاً، وتجدر الإشارة أنّه بالنسبة للمحكوم عليه بعقوبة العمل للنفع العام، والذي كان رهن الحبس المؤقت وعملاً بأحكام المادة (١٣) من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، تُخصم مدة الحبس المؤقت التي قضاها بحساب ساعتين عمل عن كل يوم حبس، ثم تستبدل المدة المتبقية من عقوبة الحبس الأصلية ليؤديها عملاً للنفع العام^(٣٦)، بعد ذلك يقوم قاضي تطبيق العقوبات بإصدار مقرر وضع، يحدد فيه المؤسسة المستقبلية وكيفيات أداء عقوبة العمل للنفع العام، ويتضمن هذا المقرر ما يلي:

* الهوية الكاملة للمعني.

* طبيعة العمل المسند إليه.

(٣٥) أمنة أمحمدي بوزينة، "بدائل العقوبات السالبة للحرية في التشريع الجزائري، عقوبة العمل للنفع العام نموذجاً"، مجلة المفكر، العدد ١٣، جامعة بسكرة، ٢٠١٦م، ص ١٤٤.

(٣٦) مبروك مقدّم، مرجع سابق، ص ٢٠٩.

* التزامات المعني.

* عدد الساعات الإجمالية للعمل والبرنامج الزمني المتفق عليه مع المؤسسة المستقبلية.

* وضعية المحكوم عليه تجاه الضمان الاجتماعي، فإذا كان غير مؤمن، يقوم قاضي تطبيق العقوبات بإرسال هويته الكاملة للمديرية العامة لإدارة السجون وإعادة الإدماج، قصد تأمينه اجتماعياً.

* الإشارة إلى أنّه في حالة إخلال المعني بالالتزامات والشروط المدونة في مقرر الوضع، ستنتفد عليه عقوبة الحبس الأصلية.

* الإشارة في الهامش على ضرورة موافاة قاضي تطبيق العقوبات من طرف المؤسسة المستقبلية، ببطاقة مراقبة أداء عقوبة العمل للنفع العام، وتبليغه عند نهاية تنفيذ العقوبة، أو عند إخلال المعني بأحد التزاماته، بعد ذلك يتم إبلاغ مُقرر الوضع لكل من المعني والنيابة العامة والمؤسسة المستقبلية، وكذا المصالح الخارجية لإدارة السجون^(٣٧).

بعد ما تبين لنا أنّ مقرر الوضع الذي يضعه قاضي تطبيق العقوبات، يكتسي أهمية بالغة في تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام، حيث إنّه يحدد نوع ومكان وحجم ساعات العمل التي يؤديها المحكوم عليه، بعد ما يتأكد قاضي تطبيق العقوبات من سلامته الصحية، وقدرته على أداء العمل المسند إليه، لكن يثار التساؤل التالي: ماذا لو استحال تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام؛ لأنّ الفحص الطبي أظهر أنّ المحكوم عليه مصاب بمرض معدي، أو غير قادر ذهنياً أو عقلياً على القيام بالعمل، فما هو النهج الذي يسلكه قاضي تطبيق العقوبات في هذه الحالة؟

لم ينطرق المشرع الجزائري، لمثل هذه الحالة، لكنّ بعض التشريعات الأخرى نصّت عليها، كالتشريع التونسي حيث مكنّ الفصل (٣٣٦) فقرة (٥١) من مجلة الإجراءات الجزائية، لقاضي تنفيذ العقوبات من إحالة الأمر على المحكمة التي أصدرت حكم

^(٣٧) أحمد سعود، دور قاضي تطبيق العقوبات في تطبيق عقوبة العمل للنفع العام، مجلة القانون والمجتمع، مجلد ٥، عدد ١، جوان ٢٠١٧م، ص ٣٩.

عقوبة العمل للنفع العام، للنظر في الإشكال طبقاً لأحكام الفصل (٣٤٠) من مجلة الإجراءات الجزائية^(٣٨).

٢- حالة عدم امتثال المعني للاستدعاء:

بحلول التاريخ المحدد وعدم حضور المعني، رغم ثبوت تبليغه شخصياً بالاستدعاء، ودون تقديم عذر جدي من قبله أو ممن ينوبه، يقوم قاضي تطبيق العقوبات بتحرير محضر بعدم المثول، يتضمن عرضاً للإجراءات التي تم إنجازها "تبليغ الشخص، عدم تقديم عذر جدي" يرسله إلى النائب العام المساعد، الذي يقوم بإخطار مصلحة تنفيذ العقوبات التي تتولى باقي الإجراءات التنفيذ، بصورة عادية بالنسبة إلى عقوبة الحبس الأصلية^(٣٩).

ثانياً- الإشعار بانتهاء تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام:

يندرج ضمن هذا الإشعار مسألتان أساسيتان؛ تتعلق الأولى بمسألة انتهاء عقوبة العمل للنفع العام تلقائياً من خلال أداء المحكوم عليه لالتزاماته، أما المسألة الثانية فتتمثل في انتهاء هذه العقوبة لإخلال المحكوم عليه بالالتزامات، وهذا ما سيتم توضيحه من خلال نقطتين، كما يلي:

١- انتهاء عقوبة العمل للنفع العام تلقائياً بأداء المحكوم عليه لالتزاماته:

تنتهي عقوبة العمل للنفع العام تلقائياً بأداء المحكوم عليه لالتزاماته، المترتبة على هذه العقوبة، وعند إنهاء المحكوم عليه لعقوبة العمل للنفع العام، يتلقى قاضي تطبيق العقوبات إخطاراً من المؤسسة المستقبلية، حينها يقوم بدوره بتحرير إشعار بانتهاء تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام، ويرسله للنيابة العامة لتقوم بدورها بإرساله لمصلحة صحيفة السوابق القضائية، للتأشير على القسيمة رقم (١)، وكذا الحكم أو القرار^(٤٠).

^(٣٨) محمد لخضر بن سالم، مرجع سابق، ص ٧٨.

^(٣٩) زيدومة درياس، مرجع سابق، ص ١٥٧.

^(٤٠) سمير أمرار، عقوبة العمل للنفع العام في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ألكلي محند أولحاج، البويرة، ٢٠١٧م، ص ٦٢.

٢- انتهاء عقوبة العمل للنفع العام بسبب إخلال المحكوم عليه بالتزاماته:

في حالة إخلال المحكوم عليه بالتزامات المفروضة عليه بموجب مقرر الوضع، وذلك بعدم احترامه لتوقيت العمل دون عذر جدي، والتقصير في تنفيذ العمل المسند إليه على الوجه المطلوب، والقيام بتصرفات مشينة داخل المؤسسة، تقوم هيئة المؤسسة بإخطار قاضي تطبيق العقوبات فوراً، وفي هذه الحالة وضمن سياسة إعادة إدماج المحكوم عليهم، يقوم هذا الأخير باستدعاء المحكوم عليه، وتبنيه بمغبة التقاعس عن القيام بالأعمال والتزامات المفروضة عليه، وضرورة الالتزام بمقرر الوضع في العمل للنفع العام، وقد يلجأ قاضي تطبيق العقوبات إلى تعديل مقرر الوضع بتغيير ساعات العمل، أو استبدال المؤسسة المستقبلة لتفادي تنفيذ العقوبة الأصلية، إلا أنه وفي حال استمرار المحكوم عليه في رعونته، وعدم مبالاته بتوجيهات قاضي تطبيق العقوبات دون عذر جدي، يقوم هذا الأخير بإخطار النيابة العامة، لاتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ العقوبة الأصلية السالبة للحرية، ويؤثر بذلك على مضمون الحكم أو القرار القاضي بعقوبة العمل للنفع العام^(٤١)، وهذا ما يستدل من نص المادة (٥) مكرر (٤) بقولها: "في حالة إخلال المحكوم عليه بالتزامات المترتبة على عقوبة العمل للنفع العام، دون عذر جدي يُخطر قاضي تطبيق العقوبات النيابة العامة، لاتخاذ الإجراءات اللازمة؛ لتنفيذ عقوبة الحبس المحكوم بها عليه".

في مثل هذه الحالة فإنّ انتهاء عقوبة العمل للنفع العام، تعتبر كجزء لإخلال المحكوم عليه بالتزاماته وتقاعسه في تنفيذها، مما يوحي أنّه غير جدير بهذه الاستفادة، وضرورة تطبيق العقوبة الأصلية المفروضة عليه وحرمانه من هذا الامتياز، إلا أنّ هذا الحرمان لا يطبقه القاضي بمجرد أول تقاعس، بل الأمر مرهون بالاستمرار في الإخلال، وعدم الامتثال لتوجيهات قاضي تطبيق العقوبات دون عذر جدي ومبرر.

(٤١) شعيب ظريف، آليات تنفيذ العقوبة السالبة للحرية في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون العام، تخصص قانون جنائي وعلم الإجرام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سعيد حمدين، جامعة الجزائر ١، ٢٠١٩م، ص ٧٨.

الفرع الثالث

الإشكالات المتعلقة بتنفيذ عقوبة العمل للنفع العام

قد يعترض تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام بعض الإشكالات التي تحول دون التنفيذ الحسن لهذه العقوبة، وسنتعرض للإشكالات من طرف المحكوم عليه بعقوبة العمل للنفع العام، ثم الإشكالات التي تواجهها النيابة العامة ضمن نقطتين وفقاً لما يلي:

أولاً- الإشكالات التي يثيرها المحكوم عليه:

تعرض جميع الإشكالات التي تطرأ بمناسبة تطبيق عقوبة العمل للنفع العام، والتي من شأنها أن تعيق التطبيق السليم لعقوبة العمل للنفع العام، على قاضي تطبيق العقوبات طبقاً لأحكام المادة (٥) مكرر (٣) من قانون العقوبات، أي يمكن لقاضي تطبيق العقوبات في هذا الصدد، اتخاذ أي إجراء مناسب لحل الإشكال، لا سيما فيما يتعلق بتعديل برنامج العمل أو تغيير المؤسسة المستقبلة، ويمكن أن تؤدي الإشكالات التي تعترض طريق تطبيق عقوبة العمل للنفع العام، إما إلى وقف تطبيقها مؤقتاً لسبب جدي، وإما إلى النجاح في إزالة الإشكال، ويتم الاستمرار في تطبيقها^(٤٢).

نستشف من ذلك أنه خول لقاضي تطبيق العقوبات صلاحيات لحل هذه الإشكالات، بناءً على سلطته التقديرية، لاتخاذ ما يراه مناسباً وملائماً لرفع هذا الإشكال.

١- حالة الوقف المؤقت لعقوبة العمل للنفع العام:

يمكن لقاضي تطبيق العقوبات من تلقاء نفسه، أو بناءً على طلب المعني، أو من يمثله أن يصدر أمراً بوقف تطبيق العقوبة أو تأجيل تنفيذها إلى حين زوال السبب الجدي، متى استدعت تلك الظروف الاجتماعية أو الصحية أو العائلية للمعني، على أن يتم إبلاغ النيابة العامة بنسخة من هذا المقرر، وللتأكد من جدية المبررات المقدمة، يمكن لقاضي تطبيق العقوبات عند الاقتضاء إجراء تحقيق بمعرفة النيابة أو يندب

^(٤٢) مقدم مبروك، مرجع سابق، ص ٢١٠.

طبيباً^(٤٣)، ويتم استكمال تطبيق عقوبة العمل للنفع العام، بعد انتهاء السبب الذي تم توقيفها من أجله، ونقول إنّه على المحكوم عليه العمل للنفع العام، تقديم الأسباب الجدية لتبرير وقف تنفيذ العقوبة، ولقاضي تطبيق العقوبات اتخاذ كل إجراءات التحري بمعرفة النيابة العامة، للتأكد من صحتها وإبلاغ المعني والمؤسسة المستقبلية والمصلحة الخارجية، لإدارة السجون المكلفة بإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين بنسخة من هذا المقرر^(٤٤).

يمكن القول إنّ المشرع الجزائري ربط الوقف المؤقت لتنفيذ عقوبة العمل للنفع العام، بوجود سبب جدي يحول دون ذلك، وهذا أمر منطقي مهما كانت الأسباب التي تحول دون ذلك، من اجتماعية أو عائلية أو صحية؛ لأن توقّف سبب من هذه الأسباب الجدية يعيق تطبيق العقوبة، والاستمرار في تنفيذها مرهون بزوال هذا الطارئ، حتى لا يتم إنقال كاهل المحكوم عليه، وتحقق هذه العقوبة الجدوى والمبتغى منها.

٢- إشعار بانتهاء تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام:

بعد أن يستلم قاضي تطبيق العقوبات إخطاراً من المؤسسة المستقبلية بنهاية تنفيذ المحكوم عليه للالتزامات التي حددها مقرر الوضع، يُحرّر إشعاراً بانتهاء تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام، يرسله إلى النيابة العامة لنقوم بدورها بإرسال نسخة منه إلى مصلحة صحيفة السوابق القضائية رقم (١)، وعلى هامش الحكم أو القرار القضائي الناطق بتلك العقوبة، على أنّ الهيئة التي يعمل بها المحكوم تلتزم بمراقبة مدى التزامه بالعمل، وكذا احترامه للتوقيت، وإعداد تقارير القاضي المشرف على تنفيذ العقوبات، وذلك لاتخاذ ما يراه مناسباً بشأن استمرار العقوبة من عدمه، وتشمل التقارير أيضاً سلوك الشخص داخل المؤسسة العقابية في فترات العمل، ويكون العمل الذي يُكلّف به المحكوم عليه مقابل أجر، يتناسب مع طبيعته كعقوبة، وتخصص منه نسبة ٥٠% توضع في صندوق خاص؛ وتوجه بالأساس إلى إصلاح الأضرار التي نجمت عن الجريمة،

(٤٣) أمانة أمحمدي بوزينة، مرجع سابق، ص ١٤٥.

(٤٤) أمرار سمير، مرجع سابق، ص ٦٩.

وتعويض ضحايا تلك الجريمة، وجزء آخر يخصص لتمويل البرامج الإصلاحية لإصلاح وتأهيل المحكوم عليهم^(٤٥).

إنّ ثبوت التزام المحكوم عليه بتنفيذ العمل الموكول له بجدية، يجعله في نهاية المطاف يستفيد من وضع حد لهذه العقوبة المقيدة لحريته، والتي وإن طال مساسها بهذه الحرية إلا أنه استفاد بموجبها من خبرات، فرغم الشق السلبي لهذا التقييد، إلا أنه سيصبح فرداً مندمجاً ومؤهلاً لإعادة التوافق والتكيف الاجتماعي، بناءً على البرامج الإصلاحية التي هيأت لتكوينه، وبمن ثم جعله فرداً منتجاً لذاته وغيره.

ثانياً- الإشكالات التي تواجهها النيابة العامة:

هناك بعض الإشكالات القانونية والقضائية التي تواجهها النيابة العامة في الميدان العملي، وتعرض تنفيذ الحكم، منها ما يتعلق بصدور الحكم، ومنها ما يتعلق بمضمون الحكم.

١- إشكالات تتعلق بصدور الحكم:

تتجسد هذه الإشكالات وفق ثلاثة أنماط، نوضحها وفق السياق التالي:

* الإشكال المتعلق بصدور حكم بعقوبة العمل للنفع العام، من محكمة الدرجة الأولى بعقوبة شهرين حبس نافذ ثم استبدلت بعقوبة النفع العام، بحيث يفرج على المحكوم عليه بعد استنفاد العقوبة الأصلية، وتصبح عقوبة العمل للنفع العام لا جدوى منها، فما هو مصير الحكم القاضي بعقوبة العمل؟

* صدور حكمين قضائيين، يتضمنان عقوبة العمل للنفع العام، في فترات متقاربة من جهتين قضائيتين على أساس أن المحكوم عليه، غير مسبوق قضائياً لكن عند التنفيذ تواجه النيابة العامة، وجود حكمين قابلين للتنفيذ، فأى الحكمين واجب التنفيذ؟ هل يتم تنفيذ الحكم الأول؟ أم الثاني؟ أم دمجها معاً؟

* إشكال آخر بعد إرسال الملف لقاضي تطبيق العقوبات، والشروع في تنفيذ عقوبة العمل، بتراجع المحكوم عليه عن قبول عقوبة العمل، فما هو حكم القانون في مثل هذه

(٤٥) أمانة أمحمدي بوزينة، مرجع سابق، ص ١٤٦.

الحالات؟ هل يعد مخرلاً بالالتزامات؟ أم تكيف هذا العمل على أنه جريمة جديدة؟ ومن ثم يمكن تحريك الدعوى العمومية ضده ومتابعته بجنة عدم مراعاة الالتزامات الناشئة عن العمل للصالح العام؟، وهذا مثلاً ذهب إليه التشريع الفرنسي في المادة (٤٣٤-٤٢) ق ع، التي يقرر لها عقوبة السجن لمدة عامين وغرامة مقدارها ٣٠ ألف يورو^(٤٦).

* صدور أحكام وقرارات بعقوبة العمل حضورياً وجاهياً، أو حضورياً غير وجاهي^(٤٧)، فإنّ تبليغ هذه القرارات من شأنه أن يؤدي إلى تأخير تنفيذ عقوبة العمل

(46) Sylvain Jacopin, Droit pénal général: Cours, exercices corrigés, (France: Paris, éditions Bréal, Collection : Grand Amphi, 3^e édition, 2015), p.407.

(٤٧) يطلق على الحكم الحضورى غير الوجاهى فى التشريعات العربية الحكم الوجاهى الاعتبارى، باعتباره الحكم الذى يصدر فى غيبة المدعى أو المدعى عليه الذى حضر جلسة أو أكثر من جلسات المحاكم، ثم تغيب بعد ذلك عن باقى جلسات المحاكمة، أو الجلسة الأخيرة التى صدر الحكم فيها. انظر: أيمن ممدوح محمد الفاعورى، أسباب انقضاء الخصومة، (الأردن: عمان، دار زهران للنشر والتوزيع، ٢٠١٢)، ص ٢٠٣.

صدرت فى شأن الأحكام الحضورية غير الوجاهية عدة قرارات من المحكمة العليا الجزائرية، تفسر تطبيق مقتضيات المادة ٣٤٥ من ق إ ج منها:

- غياب المتهم المبلغ شخصياً يعد متغيباً عمداً ويقضى فى حضوره. ملف رقم ٦١٣٩٢، القرار الصادر فى ١٣/٠٢/١٩٩٠م المنشور فى المجلة القضائية العدد ٣ لسنة ١٩٩٢م، ص ٢٢٧-٢٢٩.

جاء فى القرار أنه إذا كانت ورقة التكليف بالحضور قد سلمت الى المتهم شخصياً، ولم يقدم هذا الأخير الى المحكمة عذراً مقبولاً يبرر عدم حضوره، اعتبر متعمد الغياب، لذلك يجوز للمحكمة أن تقضى فى غيبته، ويكون الحكم الصادر حضورياً بالنسبة إليه، ومتى كان القانون يجيز للمحكمة أن تقضى بحكم حضورى على المتهم الذى تسلم شخصياً التكليف بالحضور، فإنه يجوز لها بمفهوم المخالفة أن تقضى بحكم غيابي.

- إخبار الأطراف بتاريخ النطق بالحكم. ملف رقم: ٢٣٨٠٥١، القرار الصادر بتاريخ: ٢٠/٠٢/٢٠٠١ المجلة القضائية، قسم الوثائق للمحكمة العليا، العدد الأول، ٢٠٠٢م، ص ٤٠٨-٤١٠.

للنفع العام، وهذا ما يتعارض مع أحكام المادة (٥) مكرر(٦) التي تنص على أنه لا تنفذ عقوبة العمل إلا بعد صيرورة الحكم نهائياً، بالإضافة إلى ذلك أن المادة (٥) مكرر (١) تشترط تنفيذ العقوبة، في مدة أقصاها ١٨ شهراً في حين أن تبليغ الأحكام والقرارات تقتضي مدة طويلة قد تستغرق ١٨ شهراً فأكثر^(٤٨).

٢- إشكالات تتعلق بمضمون الحكم:

يعد مضمون الحكم المتضمن عقوبة العمل للنفع العام، أهم أجزاء الحكم القضائي باعتباره الجزء المعني بتنفيذ العقوبة، وبالتالي فإن أي خلل يشوب منطوق الحكم، سيُعَرِّضُ كلا من النيابة العامة وقاضي تطبيق العقوبات لإشكالات في تنفيذ العقوبة، وسنوضح مثلاً عن ذلك:

حكمت المحكمة حال فصلها، في قضايا الجرح ابتدائياً علنياً وحضورياً بإدانة المتهم بجنحة طبقاً للقانون، بـ٠٣ أشهر حبساً نافذة وغرامة نافذة، مع مصادرة المحجوز وتحميل المدان المصاريف القضائية، وتحديد مدة الإكراه البدني بعدها الأقصى مع استبدال عقوبة الحبس النافذ، بعقوبة العمل للنفع العام مع الإفراج على المتهم، مالم يكن محبوساً لسبب آخر -انتهى منطوق الحكم- الإشكال الذي يعترض تنفيذ منطوق الحكم، هو أن منطوق الحكم لم يشر إلى تحديد ساعات العمل التي يلتزم المحكوم عليه بتأديتها لصالح النفع العام، وهو ما يضع النيابة العامة أمام إشكال في

= اعتبر القرار أنه يتعين على رئيس الجلسة أن يخبر أطراف الدعوى الحاضرين باليوم الذي سينطق فيه بالحكم، وفي غياب ذلك يعد الحكم قد صدر حضورياً غير وجاهي، ويستوجب التبليغ لسريان آجال الاستئناف، وعليه فالقضاء بخلاف ذلك يؤدي إلى النقض.
- النطق بالحكم في جلسة علنية.

طعن رقم ٥٤٩٦٤، قرار صادر بتاريخ: ١٩٨٩/٥/٢٣، القسم الأول للغرفة الجنائية، المجلة القضائية، قسم الوثائق للمحكمة العليا، العدد ٢، ١٩٩١م، ص ٢٢١-٢٢٣.

يجب النطق بالحكم في جلسة علنية، حتى ولو كانت الدعوى قد نظرت في جلسة سرية، طبقاً لمقتضيات المادة (٢/٣١٤ ق إ ج)، بالنسبة لمحكمة الجنايات، والمادة (٣/٤٦٨) بالنسبة لمحكمة الأحداث.

^(٤٨) عمر جبارة، مرجع سابق، ص ٦.

تنفيذ العقوبة، ما يتعين عليها اللجوء إلى جدولة الملف مجدداً أمام الجهة المصدرة للحكم للفصل في ما تم إغفال الإشارة إليه، أو مراسلة قاضي تطبيق العقوبات للفصل في الإشكال^(٤٩)، حسب ما نصت عليه المادة (٥) مكرر (٣) من قانون العقوبات.

المطلب الثاني

دور المؤسسات المستقبلية في تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام

خوّلت المادة (٥) مكرر (١) الأشخاص المعنوية من القانون العام باستقبال المحكوم عليهم بعقوبة العمل للنفع العام، لذا سنتناول في هذا المطلب تعريف المؤسسة المستقبلية للمحكوم عليه، والمهام المنوط بها القيام بها ثم المسائل القانونية والتنظيمية الواجب مراعاتها، عند قيام قاضي تطبيق العقوبات بإبرام اتفاقيات معها بخصوص استقبال المحكوم عليهم بعقوبة العمل للنفع العام.

الفرع الأول

تعريف المؤسسة المستقبلية للمحكوم عليه

تشمل المؤسسات التي منحها المشرع الجزائري، الحق في استقبال المحكوم عليهم بعقوبة العمل للنفع العام؛ كل الأشخاص المعنوية العامة، أي الدولة أو الأشخاص المعنوية التي تتبع الدولة، ويمكن تعريفها بأنها: "مجموعة الأشخاص والأموال التي تنشأ من قبل الدولة بموجب نظام، ويكون لها هدف مشروع مثل المؤسسات العامة والهيئات العامة، ومجالس الإدارة المحلية، أما الأشخاص المعنوية الخاصة فقد استثنأها المشرع الجزائري من استقبال المحكوم عليهم بالعمل للنفع العام"^(٥٠).

يقوم قاضي تطبيق العقوبات بالاتصال بمؤسسات القانون العام، على أساس إبرام اتفاقيات معهم تخصص قيامهم باستقبال المحكوم عليه بعقوبة العمل للنفع العام، وعلى

(٤٩) سمير أمرار، مرجع سابق، ص ٧٢.

(٥٠) محمد سالم بن لخضر، مرجع سابق، ص ٨٧.

هذه المؤسسات من جهة أخرى موافاته باحتياجاتها في هذا المجال^(٥١)، ولم يتطرق المشرع الجزائري إلى كيفية تعيين المؤسسات، التي ترغب في استقبال المحكوم عليهم بعقوبة العمل للنفع العام، بخلاف القانون الجنائي الفرنسي، الذي تطرق لهذه المسألة حيث أوجب على المؤسسات العمومية، والجمعيات الراغبة في الاستفادة من استقبال المحكوم عليهم بهذه العقوبة، بأن تقوم بتحرير طلب يتضمن نوع العمل المعروف، ويتم تسليم هذا الطلب إلى قاضي تطبيق العقوبات للنظر فيه دون أي إجراء آخر، ماعدا أخذ رأي وكيل الجمهورية، ويكتسي هذا الإجراء الذي تعرّض له القانون الجنائي الفرنسي أهمية بالغة، من حيث إنّه يضمن تنفيذ الأحكام المتعلقة بعقوبة العمل للنفع العام في أسرع وقت، دون التعرض للوضع الذي يتم فيه صدور حكم قضائي يتعلق بالعمل للنفع العام، ثم يجري البحث عن المؤسسات التي يمكنها استقبال المحكوم عليه بهذه العقوبة، بما يؤدي إلى تأخير تنفيذ هذا الحكم^(٥٢)، لذا تعد هذه المؤسسات البيئية التي سيقضي فيها المحكوم عليه محكوميته لإعادة إصلاحه وتأهيله وإدماجه من جديد في المجتمع، لذا يقع على عاتقها إعطاء المعنى الحقيقي لعقوبة العمل للنفع العام.

الفرع الثاني

مهام المؤسسة المستقبلية للمحكوم عليه

تقوم المؤسسة بعد استقبالها للمحكوم عليه بعقوبة العمل للنفع العام بما يلي:

- * وضع المحكوم عليه، ضمن فريق مستعد لاستقباله.
- * الحرص على تنفيذ الالتزامات الواردة في مقرر قاضي تطبيق العقوبات، بخصوص تنفيذ المحكوم عليه لعقوبة العمل للنفع العام، داخل المؤسسة كاحترام أوقات العمل وحجم ساعات العمل المحددة في مقرر الوضع.

^(٥١) أميرة بداني، عقوبة العمل للنفع العام في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر تخصص علم الإجرام والعلوم الجنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، ٢٠١٥ / ٢٠١٦م، ص ٦٣.

^(٥٢) بن لخضر محمد سالم، مرجع سابق، ص ٨٨.

* تكليف مندوب عنها ليقوم بمهمة موافاة قاضي تطبيق العقوبات، بالمحضر الخاص بالحضور اليومي للمحكوم عليه بعقوبة العمل للنفع العام، وكذا ببطاقة مراقبة أدائه لهذه العقوبة.

* إخطار قاضي تطبيق العقوبات، فوراً في حالة تعرض المحكوم عليه، بعقوبة العمل للنفع العام لحادث عمل، وذلك كي يتسنى له القيام بإجراءات التصريح أمام مصالح الضمان الاجتماعي.

* إخطار قاضي تطبيق العقوبات عند إخلال المحكوم عليه بأي من الالتزامات الواردة في مقرر الوضع.

* إخطار قاضي تطبيق العقوبات عند إنهاء المحكوم عليه، للالتزامات الواردة في مقرر الوضع^(٥٣).

بناءً على جملة الالتزامات الملقاة على عاتق هذه المؤسسة، يمكن القول إنّ المحكوم عليه -باعتباره الركيزة الأساسية في نظام عقوبة العمل للنفع العام- أولى به أن يلتزم بأداء العمل المكلف به على أكمل وجه، ليس فقط بناءً على التعليمات الموجهة له من قاضي تطبيق العقوبات، بل ومن المؤسسة المستقبلية له أيضاً، لما لهذه الهيئة من دور في إعادة تأهيله من جديد في المجتمع، لذا فإنّ هذا الأخير يخضع لرقابتها حول كيفية أدائه وتنفيذه للعمل المكلف به، خاصة وأنّ أداء هذا العمل هو جوهر عقوبة العمل للنفع العام.

الفرع الثالث

المسائل الواجب مراعاتها عند إبرام اتفاقيات

مع المؤسسة المستقبلية للمحكوم عليه بعقوبة العمل للنفع العام

تنص المادة (٥) مكرر (٥) على أنه: "يخضع العمل للنفع العام، للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل والضمان الاجتماعي".

^(٥٣) محمد المهدي بن السيمحو، محمد لخضر بن سالم، مرجع سابق، ص ١٩٣.

سنبرز في هذا الفرع الأحكام المتعلقة بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل، ثم الأحكام المتعلقة بالضمان الاجتماعي.

أولاً- الأحكام المتعلقة بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل:

يجب على المؤسسات المستقبلية للمحكوم عليهم بعقوبة العمل للنفع العام، مراعاة الوقاية الصحية والأمن وطب العمل لهذ الفئة، ففي مجال الوقاية الصحية والأمن يجب مراعاة ما يلي:

* تجنب المحكوم عليهم التعرض للدخان الأبخرة الخطيرة، والغازات السامة والضجيج وأي أضرار أخرى.

* ضمان أمن المحكوم عليهم أثناء تنقلهم.

* ضمان الإجلاء السريع للمحكوم عليهم، في حالة حدوث حادث أو خطر وشيك، أمّا في مجال طب العمل، فيتعين توفير الفحوصات الوقائية والعلاجية، اللازمة للمحكوم عليهم بعقوبة العمل للنفع العام، وذلك بغرض الحفاظ على صحة المحكوم عليهم البدنية والعقلية، وحمايتهم من الأخطار والأمراض المهنية لرفع مستواهم الإنتاجي والإبداعي^(٥٤).

إنّ خضوع العمل للمنفعة العامة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالوقاية الصحية، والأمن وطب العمل والضمان الاجتماعي، والتزام المؤسسة المستقبلية بهذه الأحكام ومراعاتها لمصلحة المحكوم عليه، يجسّد حماية واسعة تشمل هذا الأخير من مختلف الجوانب، خاصة بعد إشراك هذه المؤسسات العمومية في عملية إعادة الإدماج. إنّ الإطار القانوني للتأمين على المساجين، جاء به المرسوم رقم (٣٤-٨٥) المؤرخ في ٩ فبراير ١٩٨٥م، الذي يحدد اشتراكات الضمان الاجتماعي لأصناف خاصة من المؤمن لهم اجتماعياً، حيث ينص على أنّ المحبوسين يؤمّن عليهم، على أن تفرض الالتزامات الخاصة بالتأمين على وزارة العدل، وتعد الإجراءات التنظيمية المتبعة

(٥٤) أميرة بداني، مرجع سابق، ص ٦٥.

للتأمين على تشغيل المحبوسين، بأنها نفس الإجراءات المتبعة لتأمين المحكوم عليهم بعقوبة العمل للنفع العام^(٥٥)، وتتمثل هذه الإجراءات في:

* استحداث رقم تأمين خاص بكل مؤسسة عقابية، حيث يعد هذا الرقم بمنزلة مرجع تستند إليه المؤسسة، عند قيامها بالتصريح بقائمة محبوسيها المعنين بالعمل بشكل عام، لدى الضمان الاجتماعي.

* تقوم المؤسسة العقابية بتصريح جماعي، للمحبوسين المعنين بالعمل لدى وكالة صندوق التأمينات الاجتماعية الولائية التابعة لها إقليمياً، ويشترط أن تتوفر بالملف الشخصي للمصرح به شهادة الميلاد رقم (١٢) حيث يسمح بتلقيه، أي وضع رقم الضمان الاجتماعي الشخصي الخاص به، لكن في حالة التأمين على المحكوم عليهم بعقوبة العمل للنفع العام، فإنّ التصريح لدى وكالات الضمان الاجتماعي تتولاها مصلحة إدارة الإدماج، بعد أن يقوم قاضي العقوبات بمراسلة وكالة التأمين بقائمة الأشخاص المحكوم عليهم بعقوبة العمل للنفع العام.

* يمكن لقاضي تطبيق العقوبات إسناد عملية التأمين للمصالح الخارجية لإعادة الإدماج، وتجدر الإشارة أنّه في حالة تعرض المحكوم عليه بعقوبة العمل للنفع العام، لحادث معين يتعين على المؤسسة المستقبلية إخطار قاضي تطبيق العقوبات، فوراً بوقوع حادث حتى يتسنى له القيام بإجراءات التصريح أمام مصالح الضمان الاجتماعي، وذلك على خلاف المشرع الفرنسي الذي أتاح للقاضي الجزائي الحكم بعقوبة العمل للنفع العام، على المجرمين العائدين للإجرام شريطة ألا يكونوا مصدر تهديد للنظام الاجتماعي^(٥٦).

إنّ غالبية التشريعات لم تسير الموقف الذي أخذ به المشرع الفرنسي، بشأن تمكين المحكوم عليهم العائدين للإجرام من الاستفادة من عقوبة العمل للنفع العام؛ لأنّ الغرض من وراء إقرار هذه العقوبة هو محاولة الحد من ظاهرة العود، وإصلاح

^(٥٥) محمد سالم بن لخضر، مرجع سابق، ص ٩١.

^(٥٦) أميرة بداني، مرجع سابق، ص ٦٦.

الجانحين الذين أبدوا استعدادهم للتأهيل والإصلاح بهدف إبعادهم عن دائرة الإجرام، ومنحهم فرصة لمراجعة أنفسهم وتغيير سلوكهم بعيداً عن البيئة العقابية المغلقة، التي من شأنها أن تسبب لهم أضرار، أما بخصوص فئة الجانحين الذين أعادوا الكرة بارتكاب جرائم مرة أخرى فلا طائل من تطبيق عقوبة العمل للنفع العام؛ لأن حالة العود تعكس فشل شخصية المحكوم عليه في تقبل برامج المعاملة العقابية، التي خضع لها من قبل داخل المؤسسة العقابية^(٥٧).

إن جل هذه التدابير المفروضة على المحكوم عليه، تتخذ بغرض التنفيذ السليم والحسن لعقوبة العمل للنفع العام والتي تهدف بدورها إلى تمكين المحكوم عليه، من إيجاد مكان له داخل المجتمع من جديد خاصة وأن هذه العقوبة هي عقوبة رضائية، لا يمكن القضاء بها ما لم يبد المحكوم عليه موافقته الصريحة بشأنها، وهو ما يدل على أنّ هذا الأخير سيقوم بأداء العمل المكلف به بحماس وإيجاب؛ لأنه هو من اختاره، ويوحي بعودته لحالته الطبيعية في المجتمع كفر منتج وفعال.

الخاتمة

تتجه الدول أكثر نحو ضبط منظوماتها العقابية على نحو يعطي الأثر الإيجابي لتطبيقاتها، والواقع أنّ دعوات الإصلاح لهذه المنظومات، جاء الاطار الأبرز في تجسيدها من خلال الوقوف على بعض الآثار السلبية في ربط العقوبة بالمؤسسات العقابية، بصرف النظر عن مدد العقوبة والمعنيين بها، وقد اتضح أنّه بالإمكان الانتباه إلى طريقة تنفيذ العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة، والتي كثرت عيوبها وأصبحت تسهم في نشر الجريمة بدلاً من أن تحد منها، لذا اهتمت السياسة العقابية المعاصرة بالبحث عن بدائل عقابية تحلّ محلّها، وتعدّ عقوبة العمل للنفع العام من أهم هذه البدائل، حيث تبناها المشرّع الجزائري بموجب القانون رقم (٩-١)، لاقتناعه بأنّ تنفيذ العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة، لم يجد نفعاً لردع المحكوم عليهم، وحماية

^(٥٧) شعيب ظريف، مرجع سابق، ص ٣٨٩.

المجتمع، بل زاد معدّل الجريمة، وهدف المشرع من تطبيق هذه الآلية هو تحقيق السياسة العلاجية وترشيد العقاب، للتقليل من اكتظاظ السجون بالمحبوسين، وما ينجر عن ذلك من أثار سلبية لصيانة كرامة المحكوم عليه، ومواصلة الإصلاحات التي يشهدها قطاع العدالة، لمواكبة التطور الذي تشهده مختلف التشريعات المقارنة، لذا نصل في نهاية هذه الورقة البحثية إلى جملة من النتائج والاقتراحات نجملها على النحو التالي:

أولاً- النتائج المستخلصة:

١- سائر المشرّع الجزائري التشريعات العالمية، التي تعمل على تفادي تقييد حرية المحكوم عليهم بالخصوص مع المجرمين المبتدئين وغير الخطرين، وذلك باستحداث عقوبة العمل للنفع العام كبديل عن عقوبة الحبس تحقيقاً لسيادة إعادة الإدماج الاجتماعي للمحكوم عليهم، دون تقييد حريتهم ودون إبعادهم عن المجتمع وعن وسطهم، مع قيامهم بعمل يفيد في إصلاحهم، من حيث عدم اختلاطهم بغيرهم من المجرمين، وإبعادهم عن الأثار السلبية التي قد تتركها الحياة، داخل المؤسسة العقابية من جهة، وأنّ هذا العمل يفيد أيضاً في تقليص المصاريف على خزينة الدولة من جهة أخرى.

٢- تُجنّب عقوبة العمل للنفع العام المحكوم عليهم وصمة السجن، وأثارها السلبية على نفسية المدانين وشخصياتهم والمشكلات الاجتماعية الناتجة عنها، وكذلك ما يتعرضون له من صعوبات تحول دون استمرار حياتهم بشكل طبيعي، بسبب وصمة سجين سابق التي تلتصق بهم.

٣- تنمية شعور المحكوم عليه بإمكانياته وقدراته، على تأدية عمل نافع ومفيد لمصلحة المجتمع الذي خرق قوانينه، والذي سيعمل على إتاحة الفرصة له من جديد، للتآلف مع أفراد المجتمع بصورة جدية، وهو جوهر عملية التأهيل التي تهدف إلى إعادة إدماج المحكوم عليه بمجتمعه.

٤- يُعدّ نظام عقوبة العمل للنفع العام، من أهم العقوبات البديلة للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة؛ لأن تنفيذه يعتمد بشكل أساسي على مساهمة الأفراد في تحقيق

أغراضه، كما أنه يعدّ تعويضاً عن الضرر الذي سببته الجريمة لأمن المجتمع، كونه يؤدي بصورة مجانية.

٥- قصر المشرع تطبيق عقوبة العمل للنفع العام، على المخالفات التي لا يتمتع

أصحابها بالروح الإجرامية الخطرة وكذلك الجرح، إلا أنّ المشرع لم يترك الباب مفتوحاً لكل الجرح، وإثماً حدّدها بتلك التي لا تتجاوز عقوبتها الأصلية ٠٣ سنوات، وعقوبتها المنطوق بها لا تتجاوز سنة، والتي لا تكتسي وفق نظره خطورة كبيرة على المجتمع، ولا يكون لدى مرتكبها نزعة إجرامية متأصلة.

٦- أحسن المشرع الجزائري صنعا، بعدم حصر الجرائم المشمولة بتطبيق عقوبة العمل للنفع العام، وإثماً ذكر مدة العقوبة بشكل عام، وهو بذلك لم يحل دون اجتهاد القاضي الجزائري في إعمال سلطته التقديرية حالة ورودها على سبيل الحصر، على عكس ما أخذ به المشرع التونسي فقد تم ذكر هذه الجرائم على سبيل الحصر في الفصل (١٥) مكرر من المجلة الجزائرية.

٧- تساعد عقوبة العمل للنفع العام، المحكوم عليه من الاندماج في المجتمع، وشعوره بأهمية الحرية التي كان سيهدرها لو تم إدخاله السجن، وهو ما سيدفعه لأن يكون فرداً صالحاً وفعالاً في المجتمع.

٨- من بين عيوب هذه العقوبة هو عدم تحديد الجهة، التي تتحمل مسؤولية الأخطاء التي يمكن للمستفيد أن يرتكبها، هل هي المؤسسة الأصلية أم المؤسسة المستقبلية؟ وهو ما يجعل القضاة والمؤسسات العقابية مترددة في تعاملها مع هذا النظام الجديد.

٩- تلقى هذه الآلية كبديل للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، تقبلاً وتأبيداً من طرف عدد كبير من رجال القانون، من منطلق أنّ هناك تطلعاً واسعاً وكبيراً لنجاحها وتحقيقها للمبتغى منها، وهو تأهيل المحكوم عليه وإصلاحه اجتماعياً، خاصة وأنّها تطبق -في غالب الأحيان- على ذوي الجرح البسيطة وغير المسبوقين قضائياً.

١٠- يُجنّب العمل للنفع العام المحكوم عليه من مساوئ الحبس، ويُقلّل من اكتظاظ السجون، والمشاكل الناتجة عن الحبس من أمراض جسدية وعقلية، ومكافحة العود إلى الجريمة، وتُمنح للمحكوم عليه فرصة ثانية لتدارك أخطائه، وبالتالي تغيير نظرة

المجتمع إليه، على أنه إنسان ارتكب خطأ ثم تدارك ذلك، وقام بتصحيحه، بدلاً من نظرة المجتمع له على أنه صاحب سوابق ومجرم.

بناءً على هذه النتائج يمكن أن نقترح بعض الاقتراحات على النحو الآتي:

ثانياً- الاقتراحات:

1- تمديد دائرة الجرائم القابلة لتطبيق هذه العقوبة، وكذا شروط الاستفادة منها، بإمكانية إتاحة الفرصة للأشخاص المسبوقين في جرائم غير خطيرة، للاستفادة من هذه العقوبة.

2- نهيب بالمشروع الجزائري أن يشمل منطوق الحكم بذكر وتعيين المؤسسة العمومية، التي يوضع فيها المحكوم عليه، بحكم أنّ أغلبية المتهمين وعند استشارتهم بشأن قبول أو رفض هذه العقوبة البديلة، يتسألون عن المؤسسة التي يمكن أن يعملوا فيها، ومكان تواجدها، وهذا ما يجعل أغلبية المحكوم عليهم يترددون في قبول هذه العقوبة والعدول عنها.

3- إنّ غياب النص القانوني عن مصير المحكوم عليه بعد النطق بالعقوبة البديلة، فيما إذا يفرج عنه أم لا؟ حيث نجد معظم التشريعات المختلفة سكنت عن مصير المحكوم عليه بعقوبة العمل للنفع العام، إلا أنّ الناحية العملية اقتضت الإفراج عن المحكوم عليه مباشرة بعد النطق بالعقوبة، رغم الاستئناف أو الطعن بالنقض، على أساس أنّ عقوبة العمل للنفع العام تعتبر جزاءً جنائياً، لذلك نقترح تعديل نص المادة (٣٦٥ من ق إ ج)، وإدراج ضمنها حالة عقوبة العمل للنفع العام، لحل هذا الإشكال القانوني بسبب سكوت المشروع عن ذلك.

4- توسيع دائرة المؤسسات المستقبلية للأشخاص المحكوم عليهم، بعقوبة العمل للنفع العام لتشمل المؤسسات الخاصة التي تُقدّم خدمات للجمهور، وذلك باعتبار أنّ عقوبة العمل للنفع العام عقوبة تشاركية.

5- لتحقيق العقوبات البديلة -ومنها عقوبة العمل للنفع العام- فعاليتها يتوجب مراعاة التدرج في تطبيق هذه العقوبات البديلة عن السجن، وتقبلها من المجتمع، وهذا

بخلق ثقافة توعوية للمجتمع، بإبراز فوائدها والإيجابيات التي تحققها مقارنة بسلبيات عقوبة الحبس.

٦- ضرورة السعي نحو تطوير خبرات وتكوين العاملين المؤهلين على تطبيق عقوبة العمل للنفع العام، لتحقيق عملية إصلاحية للمتهم المحكوم عليه، والنجاح في تأهيله كي لا يعود للإجرام مرة أخرى.

المراجع

أولاً- النصوص القانونية:

- ١- القانون رقم ٩٠-١١ المؤرخ في ٢١ أبريل ١٩٩٠م، المتعلق بعلاقات العمل، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، رقم ١٧، الصادرة بتاريخ ٢٥ أبريل ١٩٩٠م.
- ٢- القانون رقم ٠٩-٠١ المؤرخ في ٢٥ فبراير ٢٠٠٩م المعدل والمتمم للأمر رقم ٦٦-١٥٦ المتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد ١٥ المؤرخة في ٠٨ مارس ٢٠٠٩م.
- ٣- المنشور الوزاري رقم ٠٢ المؤرخ في ٢١ أبريل ٢٠٠٩م المتعلق بكيفيات تطبيق العمل للنفع العام، وزارة العدل، الجزائر، ٢٠٠٩م.
- ٤- قانون رقم ١٨-٠٦ مؤرخ بتاريخ ١٠ يونيو ٢٠١٨م، يعدّل ويتمّ الأمر رقم ٦٦ - ١٥٥ المؤرخ في ٨ يونيو سنة ١٩٦٦م، والمتضمن قانون. الإجراءات الجزائية.
- 5- Loi n° 83-466 du 10 juin 1983 portant abrogation ou révision de certaines dispositions de la loi n° 81-82 du 2 février 1981 et complétant certaines dispositions du code pénal et du code de procédure pénale, JORF du 11 juin 1983.

ثانياً- الاجتهادات القضائية:

- ١- ملف رقم: ٦١٣٩٢، القرار الصادر في ١٣/٢/ ١٩٩٠م المنشور في المجلة القضائية العدد ٣ لسنة ١٩٩٢م، ص ٢٢٧-٢٢٩.
- ٢- ملف رقم: ٢٣٨٠٥١، القرار الصادر بتاريخ: ٢٠/٢/٢٠٠١م، المجلة القضائية، قسم الوثائق للمحكمة العليا، العدد الأول، ٢٠٠٢، ص ٤٠٨-٤١٠.

٣- ملف رقم: ملف رقم ٥٤٩٦٤، القرار الصادر بتاريخ: ٢٣/٠٥/١٩٨٩م، القسم الأول للغرفة الجنائية، المجلة القضائية، قسم الوثائق للمحكمة العليا، العدد ٠٢، ١٩٩١، ص ص ٢٢١-٢٢٣.

٤- ملف رقم: ٠٦٩٧٠٧٠، الصادر بتاريخ ٠٣/٠٩/٢٠١٥م، غرفة الجرح والمخالفات، مجلة المحكمة العليا، العدد ٢، ٢٠١٥، ص ص ٣٤٠-٣٤٤.

ثالثاً- الكتب:

١- الفاعوري (أيمن ممدوح محمد)، أسباب انقضاء الخصومة، (الأردن: عمان، دار زهران للنشر والتوزيع، ٢٠١٢).

2- Sylvain Jacopin, Droit pénal général: Cours, exercices corrigés, (France: Paris, éditions Bréal, Collection: Grand Amphi, 3e édition, 2015).

رابعاً- الدوريات:

١- أمحمدي بوزينة (أمنة)، "بدائل العقوبات السالبة للحرية في التشريع الجزائري، عقوبة العمل للنفع العام نموذجاً"، مجلة المفكر، العدد ١٣، جامعة بسكرة، ٢٠١٦م، ص ص ١٢٥-١٥٠.

٢- أمزيان (وناس)، بن عبيد(سعاد)، "عقوبة العمل للنفع العام الحل البديل لظاهرة العود الإجرامي والحفاظ على الصحة النفسية المجتمعية: قراءة نفسية"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد ٣٣ ديسمبر ٢٠١٥م، ص ص: ٢٢١-٢٤٨.

٣- بن السبحو (محمد المهدي)، بن سالم (محمد لخضر)، "إجراءات الحكم بعقوبة العمل للنفع العام وأليات تنفيذها في القانون الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد الأول، ٢٠١٩م، ص ص: ١٧٩-١٩٨.

٤- خوالدة (أحمد علي)، بدائل عقوبة الحبس قصيرة المدة في القانون الأردني، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد ٤٢، العدد ٣، ٢٠١٥م، ص ص: ١٠٠٧-١٠٢٣.

- ٥- درياس (زيدومة)، "عقوبة العمل للنفع العام بين اعتبارات السياسة العقابية المعاصرة والواقع الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد ٤٨، العدد ٠٤، ديسمبر ٢٠١١م، ص ص: ١٣٥-١٦٧.
- ٦- سعداوي (محمد)، "البدائل العقابية في السياسة الجنائية المعاصرة: " عقوبة العمل للنفع العام في القانون الفرنسي" مجلة البدر، بشار، جانفي ٢٠١٢م، ص: ٠٧-١٣.
- ٧- سعود (أحمد)، "شروط الحكم بعقوبة العمل للنفع العام في التشريع الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد ١٣ جوان ٢٠١٦م، ص ص: ١٦٥-١٧٥.
- ٨- سعود (أحمد)، دور قاضي تطبيق العقوبات في تطبيق عقوبة العمل للنفع العام، مجلة القانون والمجتمع، مجلد ٠٥، عدد ٠١، جوان ٢٠١٧م، ص ص: ٢٧-٥٦.
- ٩- ظريف (شعيب)، "عقوبة العمل للنفع العام في السياسة العقابية الجزائرية"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد الثالث، العدد الثاني، سبتمبر ٢٠١٩م، ص ص: ٣٧٨-٣٩٩.
- ١٠- لعيدي (خيرة)، عقوبة العمل للنفع العام كبديل للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة في التشريع الجزائري، دفاثر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، المجلد ١٢، العدد ٢٠، جوان ٢٠٢٠م، ص ص: ٢٧-٤٥.
- ١١- مقدم (مبروك)، "أحكام تطبيق عقوبة العمل للنفع العام على ضوء التشريع الجزائري"، مجلة العلوم الإنسانية، عدد ٣٦ ديسمبر ٢٠١١م، ص ص: ٢٠٤-٢٢٥.

خامساً- الرسائل والمذكرات:

أ-الرسائل العلمية:

- ١- حمر العين (لمقدم)، الدور الإصلاحية للجزاء الجنائي، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، ٢٠١٥م.

٢- سعود (أحمد)، بدائل العقوبات السالبة للحرية: عقوبة العمل للنفع العام نموذجاً" أطروحة دكتوراه تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، ٢٠١٧م.

٣- ظريف (شعيب)، آليات تنفيذ العقوبة السالبة للحرية في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون العام، تخصص قانون جنائي وعلم الإجرام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سعيد حمدين، جامعة الجزائر ١، ٢٠١٩م.

ب- مذكرات الماجستير:

١- أمرار (سمير)، عقوبة العمل للنفع العام في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ألكلي محند أولحاج، البويرة، ٢٠١٧م.

٢- بداني (أميرة)، عقوبة العمل للنفع العام في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر تخصص علم الإجرام والعلوم الجنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، ٢٠١٦م.

سادساً- التظاهرات العلمية:

١- جبارة (عمر)، دور النيابة العامة في تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام، محاضرة ضمن فعاليات الملتقى التكويني حول موضوع: العمل للنفع العام: التجربة الفرنسية، يومي ٥ و ٦ أكتوبر ٢٠١١م، بفندق مازفران زرالدة، الجزائر.



مظاهر حماية الطفل المحضون في الاتفاقيات الدولية وقانوني الطفل والأحوال الشخصية العمانيين

الدكتور/ صالح بن سعيد بن خلفان المعمرى *

فهد بن يوسف بن سيف الأغبري **

الملخص:

أكد النظام الاساسي للدولة في سلطنة عُمان أن الأسرة أساس المجتمع، ويشكل بناء الأسرة أهم الأولويات التي بنى المشرع العُماني عليها تشريعاته، ومن أهم أفراد الأسرة الذين أخذوا المكان الأول في هذه المكانة من العناية والاهتمام هو الطفل المحضون، إذ أولى المشرع العُماني عناية بالغة في حماية الطفل المحضون في تشريعاته وفي تطبيقاته على هذه التشريعات. وبناء على ذلك يبرز هذا البحث مظاهر هذه الحماية التي أكدت عليها التشريعات العُمانية كقانوني الطفل والأحوال الشخصية والاتفاقيات الدولية المعنية بالطفل التي انضمت لها السلطنة. ونظراً لارتفاع عدد حالات الطلاق، وأثرها السلبي على الطفل المحضون، يأتي دور هذا البحث في إبراز وإظهار الحماية المطلوبة لهذا الطفل وكيف تصدت الدولة لكل مظاهر الإهمال والإغفال بين الزوجين أو بين عائلتيهما في حال الفرقة التي ربما قد تقع تجاه الطفل المحضون، ودور الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية في حمايته، بالإضافة لتسليط الضوء على الإجراءات والآليات المتبعة في حماية حق الطفل المحضون بسلطنة عمان. وعبر المنهج التحليلي الوصفي والمنهج المقارن، يحاول الباحثان أن يجيبا على تساؤلات عدة ولعل أهمها: هل عالجت التشريعات العمانية مبدأ حماية الطفل المحضون؟ وإلى أي مدى التزمت السلطنة بتنفيذ ما التزمت به من اتفاقيات دولية في حماية حقوق الطفل المحضون؟ وهل وافق هذا التنفيذ ما هو مشرع في قانون الأحوال الشخصية العُماني؟ وما هي أبرز الآليات والتدابير التي قدمها قانون الطفل في عمان؟

الكلمات المفتاحية: حقوق الطفل - الطفل المحضون - قانون الطفل - الأحوال الشخصية - الحضانة.

* عميد كلية الحقوق جامعة الشرقية - سلطنة عُمان.

** محاضر في القانون العام بكلية الحقوق جامعة الشرقية - سلطنة عُمان.



Aspects of the Protection of a Child in Custody in the International Conventions, the Omani Personal Status Law and the Omani Child Law

Dr. Saleh Said Khalfan Al-Mamari*
Fahad Yusuf Saif Al-Aghbari**

Abstract:

The Basic Statute of the State in the Sultanate of Oman has affirmed that the family is the basis of the society. Building a family is a key tool on which the Omani legislator has built its legislation. One of the most significant family members, who has taken the first place in this position of care and attention, is child in custody. A considerable attention has been paid by the Omani legislator to the protection of child in custody in its legislation and in application of these legislations as well. Accordingly, this research highlights the aspects of this protection affirmed by Omani legislation, such as the Child and Personal Status Laws and the international agreements on children to which the Sultanate has acceded. In view of the rise number in divorce, and their impacts on child in custody, the role of this research is to highlight and reveal the required protection for such child and how the Sultanate of Oman has responded to all manifestations of negligence and omission between spouses or between their families in the event of separation that may involve child in custody. The research also demonstrates the role of international conventions and national laws in protecting the child. It also substantiates the procedures and mechanisms used to protect the right of a child in custody in the Sultanate of Oman. Through the descriptive analytical and the comparative approach, the researchers attempt to answer several queries, perhaps the most relevant of which are: Did Omani legislation address the principle of child protection? To what extent is the Sultanate committed to implementing the international conventions in protecting children's right in custody? Was this implementation consistent with what is legislated in the Omani Personal Status Law? What are the most prominent mechanisms and measures provided by the Child Law in Oman?

Keywords: Children's Rights - Child in Custody - Child Law - Personal Status - Custody.

* Dean of the College of Law, A'Sharqiyah University, Sultanate of Oman.

** Lecturer in Public Law, College of Law, A'Sharqiyah University, Sultanate of Oman.

المقدمة

يشكل بناء الأسرة أهم الأولويات التي بنى المشرع العُماني عليها قوانينه، فكانت قوانينه منسجمة وواضحة في حماية الأسرة والذود عنها، ومن أهم أفراد الأسرة الذين أخذوا المكان الأول في هذه المكانة من العناية والاهتمام هو الطفل المحضون، فقد أولى المشرع العُماني عناية بالغة في حماية الطفل المحضون في تشريعاته وفي تطبيقاته على هذه التشريعات أيضاً، وتظهر نية المشرع في ذلك بادئ ذي بدء في النظام الأساسي للدولة حيث أكد في المادة (١٥) منه على التزام الدولة برعاية الطفل وحمايته، وبناء على ذلك سيعتني هذا البحث بإظهار مظاهر هذه الحماية التي أكدت عليها التشريعات العُمانية من خلال: (الاتفاقيات الدولية التي انضمت لها السلطنة - قانون الطفل - قانون الأحوال الشخصية).

أهمية البحث:

تبرز أهمية هذا البحث في كثرة حالات الطلاق التي تسجلها الإحصاءات الوطنية والدولية، والتي يكون -غالباً- الطفل المحضون ضحيتها، فيأتي دور هذا البحث في إبراز وإظهار الحماية المطلوبة لهذا الطفل، وكيف تصدت الدولة (سلطنة عُمان) لكل مظاهر الإهمال والإغفال بين الزوجين أو بين عائلتيهما في حال الفرقة التي ربما قد تقع تجاه الطفل المحضون.

إشكالية البحث:

يحاول الباحثان في هذا البحث أن يجيبا على تساؤلات عدة، ولعل أهمها الذي يدور عليه البحث هو: هل عالجت التشريعات العمانية مبدأ حماية الطفل المحضون، وإلى أي مدى التزمت السلطنة بتنفيذ ما التزمت به من اتفاقيات دولية في حماية حقوق الطفل المحضون؟ وهل وافق هذا التنفيذ ما هو مشروع في قانون الأحوال الشخصية العُماني؟

منهج البحث:

في محاولة لحل هذه الإشكالات والإجابة على هذه التساؤلات والوصول للأهداف المطلوبة وظف الباحثان المنهج التحليلي لتحليل القضايا والنصوص القانونية التي تنظم الموضوع محل الدراسة، كما استعانا للبحث عن الحلول بالمنهج المقارن لتحليل

ومعرفة الخلل والقصور في النصوص القانونية التي تنظم الإشكالية محل الدراسة إن وجدت.

أهداف البحث:

يهدف البحث للوصول للنتائج الآتية:

- 1- إبراز اهتمام السلطنة بالطفل المحضون من خلال التوقيع على الاتفاقيات الدولية الخاصة ومن خلال التشريعات الوطنية.
- 2- إظهار أن النصوص القانونية العُمانية تهدف من حيث أساسها إلى حماية الطفل المحضون.
- 3- أن الإجراءات والآليات المتبعة في حق الطفل المحضون في سلطنة عمان جاءت لضمان حمايته.

خطة البحث:

ولأجل تحقيق ذلك فقد تم تقسيم البحث إلى مبحثين وخاتمة كالاتي:

المبحث الأول: حماية حقوق الطفل المحضون في الاتفاقيات الدولية وقانون الطفل العُماني.

ويحتوي هذا المبحث على مطلبين:

المطلب الأول: حماية حقوق الطفل المحضون في الاتفاقيات الدولية.

المطلب الثاني: حقوق الطفل المحضون في قانون الطفل العُماني وتدابير وآليات حمايتها.

المبحث الثاني: حماية الطفل المحضون في قانون الأحوال الشخصية العُماني.

ويحتوي هذا المبحث على أربع مطالب:

المطلب الأول: ماهية الحضانة والفرق بينها وبين الولاية.

المطلب الثاني: حماية المحضون بتقدير مصلحته وتقديمها.

المطلب الثالث: حماية المحضون بوضع شروط للحاضن تحقق مبدأ الحماية.

المطلب الرابع: حماية المحضون بإسقاط حضانة من لا يصلح للحضانة.

الخاتمة: وتحتوي على أهم النتائج والتوصيات.

المراجع: وتحتوي على أهم المراجع والمصادر.



المبحث الأول

حماية حقوق الطفل المحضون في الاتفاقيات الدولية وقانون الطفل العماني

جاءت الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية لتراعي احتياجات الطفل المحضون وتضمن له التمتع بحقوقه، وتضع الحماية اللازمة لمنع انتهاكها، أو تعرضه للعنف، أو الاستغلال، أو الإساءة، خاصةً وهو يعيش في وضع اجتماعي يختلف عن الوضع الطبيعي الذي يعيشه غيره من الأطفال في ظل وجود أسرة متكاملة^(١)، وهو ما يستدعي وضع مزيد من الآليات التي تضمن تمتعه بحقوقه وتحميه من أي حرمان أو انتهاك لما كفه له القانون من حقوق.

وقد أشار قانون الأحوال الشخصية العماني^(٢) للطفل المحضون في عدد من موادها عبر تعريفه للحضانة بأنها حفظ الطفل وتربيته ورعايته^(٣)، محددًا الكثير من الأوضاع والحقوق المقررة للطفل المحضون وللمن تؤول الحضانة وفقا لما يحقق المصالح الفضلى للمحضون وإمكانية انتقالها بين الأبوين متى ما تحققت مصلحة الطفل^(٤)،

(١) هذا في حال انفصال الأبوين عنه بسبب وفاة أو طلاق، فالأطفال دون سن البلوغ والذين لا يتمتعون برعاية الأبوين معاً عادة ما يواجهون عقدا نفسية تلجئ بعضهم للتشرد والانحراف في حياتهم المستقبلية، وقد ينعكس ذلك على أسرهم والمجتمع. انظر: حميدو، زكية، "مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة"، (كلية الحقوق - جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان - الجزائر - ٢٠٠٤-٢٠٠٥م)، ص ٣.

(٢) هو القانون الذي يتحدث عن قضايا الأسرة وأحكامها مقسما على خمسة أبواب: الزواج، الفرقة بين الزوجين، الأهلية والولاية، الوصية، الميراث، وقد صدر بالمرسوم السلطاني رقم ٩٧/٣٢.

(٣) المادة رقم (١٢٥) من قانون الأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٧/٣٢)، وقد عرفها الفقهاء بأنها: حفظ الولد في نفسه ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه. انظر: اطفيش، محمد بن يوسف، شرح كتاب النبل وشفاء اللليل، جدة، مكتبة الإرشاد، الطبعة الثالثة، ١٩٨٥م، ج ٧، ص ٤٠٧، السالمي: نور الدين، جوهر النظام في علمي الأديان والأحكام، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، الطبعة الثانية ٢٠١٨م، ج ٢، ص ٣٤٣.

(٤) الأمم المتحدة، لجنة اتفاقية حقوق الطفل، قائمة المسائل المتعلقة بالتقرير الجامع للتقريين الدوريين الثالث والرابع لعمان، ٢٠١٦م:

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/293/75/PDF/G1529375.pdf?OpenElement>

آخر دخول ٩ مارس ٢٠٢١م.

وشروط الحاضن، وغيرها من التفاصيل التي سيتم التطرق لها في المبحث الثاني من هذا البحث.

وعلى الرغم من أن الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل^(٥) لم تضع تعريفاً للطفل المحضون إلا أنها في جميع موادها تكفل للطفل المحضون تمتعه بجميع الحقوق المقررة بموجب هذه الاتفاقية، حيث عرّفت في مادتها الأولى بأن الطفل: "هو كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة، ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه"^(٦).

وهذا ما سار عليه قانون الطفل بتعريفه للطفل بأنه: كل إنسان لم يكمل الثامنة عشرة من العمر بالتقويم الميلادي^(٧) مع شمول الحقوق المنصوص عليها في القانون للطفل المحضون في مختلف الأوضاع التي يكون فيها.

وعبر هذا المبحث سوف نتطرق لحماية الطفل المحضون في الاتفاقيات الدولية وقانون الطفل، مع الإشارة للحقوق التي كفلها القانون، وآليات وتدابير حماية حقوق الطفل المحضون، وذلك عبر مطلبين:

المطلب الأول: حماية حقوق الطفل المحضون في الاتفاقيات الدولية.

المطلب الثاني: حقوق الطفل المحضون في قانون الطفل وتدابير وآليات حمايتها.

المطلب الأول

حماية حقوق الطفل المحضون في الاتفاقيات الدولية

تبرز من بين الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالطفل، اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل والتي تعد الاتفاقية الأهم في مجال حقوق الإنسان نظراً لكونها الاتفاقية الدولية الأكثر

^(٥) هي اتفاقية دولية لضمان حقوق الطفل واعتمدت سنة ١٩٨٩م ودخلت حيز النفاذ سنة ١٩٩٠م ويبلغ عدد الدول الأطراف فيها ١٩٦ دولة وقد انضمت لها السلطنة في ١١ يونيو ١٩٩٦م بموجب المرسوم السلطاني رقم (٩٦/٥٤)، وأبدت ٥ تحفظات عليها ثم قامت بسحب تحفظاتها جميعاً عدا تحفظ واحد يتعلق باختيار الطفل لديانته وذلك بموجب المرسوم السلطاني رقم (٢٠١١/٨٦).

^(٦) وقد قضى قانون الطفل السوداني بذات الأمر، انظر: صالح، عبد الفتاح خليل محمد، "دور القضاء السوداني في حماية مصلحة المحضون - دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير - جامعة النيلين، الخرطوم، ٢٠١٨م، ص ١٩، مسترجع من:

<http://search.mandumah.com.masader.idm.oclc.org/Record/987808>

^(٧) المادة رقم (١) من قانون الطفل الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٢/٢٠١٤.

من حيث عدد الدول الأطراف فيها، والتي بلغت (١٩٦) دولة^(٨)، وهو العدد الذي يفوق عدد الدول الأطراف في منظمة الأمم المتحدة.

ولقد جاءت هذه الاتفاقية الدولية لتشمل جميع حقوق الطفل مع اختلاف أوضاعهم وظروفهم المختلفة، فهي جامعة للحقوق ومطلّة للأطفال في مختلف الأوضاع الاجتماعية، وتكفل حقوق الطفل المحضون في الجوانب الاجتماعية والتعليمية والاقتصادية والصحية والثقافية وغيرها، مع ضرورة مراعاة مصالحه الفضلى في مختلف الإجراءات والقرارات المتصلة به، وحمايته من العنف أو الاستغلال أو الإساءة أو تعريضه للخطر، واتخاذ التدابير اللازمة لضمان تمتعه بحقوقه، والحياة والبقاء والنماء^(٩).

وبالطبع فإن الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل، تكون بقوة القانون وفقاً للنظام الأساسي للدولة في سلطنة عمان^(١٠)، ما يعني التزامها وتطبيقها ووجوب تنفيذ أحكامها، مما يعزز من حماية حقوق الطفل المحضون، ويضمن وفاء الدولة بتعهداتها الدولية، علاوة على أن السلطنة بانضمامها^(١١) لهذه الاتفاقية تعلن بشكل رسمي ودولي لتوجهها في الاهتمام بحقوق الطفل ورعايته، وفقاً للتوجهات العالمية لحماية الطفولة، وفقاً لأسس مدروسة^(١٢).

(٨) الأمم المتحدة، مجلس حقوق الإنسان، لجنة اتفاقية حقوق الطفل:

https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/OHCHR_Map_CRC.pdf

آخر دخول ١٠ مارس ٢٠٢١م.

(٩) انظر: صالح، عبد الفتاح خليل محمد، "دور القضاء السوداني في حماية مصلحة المحضون:

دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة النيلين، الخرطوم، ٢٠١٨م، ص ١٩، مسترجع من:

<http://search.mandumah.com.masader.idm.oclc.org/Record/987808>

(١٠) المادة (٩٣) من النظام الأساسي للدولة الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٢١/٦).

(١١) يعتبر "التصديق" و "الانضمام" إجراء تُقر الدولة بمقتضاه -على المستوى الدولي- رضاها الالتزام بالمعاهدة، وفقاً للمادة (٢) الفقرة (ب) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات المعتمدة في سنة ١٩٦٦م، ودخلت حيز النفاذ عام ١٩٨٠م، وانضمت إليها السلطنة سنة ١٩٩٠م بموجب المرسوم السلطاني ٩٠/٦٣.

(١٢) د. فاطمة اليافعية، الآليات الوطنية للحد من الإساءة إلى الطفل العماني، اللجنة الوطنية لحقوق

الإنسان، ٢٠١٤م، ص ٥٠.

وإلى جانب تمتع الطفل المحضون بجميع الحقوق المقررة لجميع الأطفال في الدولة الطرف بالاتفاقية الدولية، يبرز من بين مواد الاتفاقية المادتين (٩) و(١٠) التي تتصل بأوضاع الطفل المحضون الحالات التي يقع فيها انفصال بين الزوجين أو فصل للطفل عن والديه، حيث تسلم الاتفاقية الدولية الأمر في مسائل فصل الطفل عن والديه للاختصاص القضائي للدولة، وفقاً للقوانين والنظم المعمول بها في الدولة، مع أهمية الاستماع لآراء الاطراف، وأن يكون هذا الفصل لصون مصالح الطفل الفضلى، ورهنأً للمراجعة الدائمة، وفقاً لأوضاع الطفل أو في حالة إساءة الوالدين معاملة الطفل أو إهمالهما له.

كما ألزمت الفقرة (٢) من المادة (٩) الدول الأطراف أن تضمن حق الطفل المنفصل عن والديه أو عن أحدهما في الاحتفاظ بصورة منتظمة بعلاقات شخصية واتصالات مباشرة بكلا والديه، إلا إذا تعارض ذلك مع مصالح الطفل الفضلى.

وتكفل المادة العاشرة من الاتفاقية الظروف والأوضاع المتعلقة التي يمكن أن ينتفع منها الطفل المحضون عن رغبته في دخول دولة يوجد فيها أحد والديه من أجل لم شمل الأسرة، مع ضرورة التأكيد على ضمان حقه في الاحتفاظ بعلاقات شخصية واتصالات مباشرة في حال كان الوالدين يقيمان في دولتين منفصلتين.

وتؤكد الاتفاقية في الكثير من موادها على الدور الذي يقوم به من الحاضن من ضمان جميع حقوق الطفل المقررة بموجب هذه الاتفاقية، والتي تلزمه العمل بها وحمايته، وتهيئة مختلف الظروف لتمتع بها.

وبالطبع فإن الاتفاقية الدولية تحيل للتشريع الداخلي مسألة وضع العقوبات الرادعة عند مخالفة حقوق الطفل المحضون، إلى جانب التأثير الذي يلحق بالدولة في حال عدم وفائها بالتزاماتها المقررة في هذه الاتفاقية، والبروتوكولات الملحقة بها، والتي انضمت السلطنة لاثنتين منها^(١٣)، ولم تتضمن للبروتوكول الثالث بعد^(١٤)، حيث يعنى

(١٣) انضمت السلطنة للبروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن اشترك الأطفال في النزاعات المسلحة والبروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلال الاطفال في البغاء وفي المواد الإباحية وذلك بموجب المرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٢/٤١).

(١٤) يبلغ عدد الدول الأطراف في البروتوكول الاختياري الثالث الملحق بالاتفاقية (١٦) دولة فقط، ووفقاً لاتفاقية فيينا لقانون المعاهدات؛ فإن الدولة لا تلزم أحكام البروتوكول الملحق بالاتفاقية ما لم تصدق أو تنضم إليه وفقاً للمادة (٤٠) الفقرة (٤).

البروتوكول الثالث بإجراء تقديم البلاغات عند مخالفة أحكام هذه الاتفاقية، وإعطاء الولاية للجنة الدولية لمباشرة الإجراءات اللازمة عند ورود بلاغ حول انتهاك أي حق من حقوق الطفل المنصوص عليها في الاتفاقية.

وحمايةً لحق الطفل المحضون، وتنفيذاً للاتفاقية الدولية التي تعد بقوة القانون الوطني، فقد أشار التقرير الوطني المقدم من سلطنة عمان للجنة الدولية لاتفاقية حقوق الطفل (٢٠١٣م)^(١٥) على الحقوق المقررة بقانون الأحوال الشخصية في الجوانب المرتبطة بمسؤولية الوالدين المشتركة في تربية الطفل المحضون، وتقديم خدمات الرعاية لهم لتمكينهم من تربية وتنشئة الطفل، بالإضافة إلى مراعاة مصلحة الطفل في حال انفصال الوالدين فيما يتعلق بالحضانة، وتحديد لمن يؤول إليه حضانة الطفل، مع التأكيد على أهمية مراعاة البعد الاجتماعي في تحديد ذلك، في ظل وجود باحثين اجتماعيين في المحاكم يمكنهم تقديم التقارير المساندة للقضاء في تحديد أحكام الحضانة والنفقة، مع التأكيد على أهمية احتفاظه بحق الزيارة والتواصل المباشر، ووجود حماية الحاضن لحق المحضون، وعدم انتهاك أي من حقوقه المقررة بموجب الاتفاقية الدولية والتشريعات الوطنية^(١٦).

كما أوصت اللجنة الدولية لاتفاقية حقوق الطفل في ملاحظاتها الختامية بانضمام السلطنة لاتفاقية لاهاي^(١٧) بشأن تحصيل نفقة الطفل وغيرها من أشكال إعالة

(١٥) تم تقديم التقرير الوطني عام ٢٠١٣م وهو العام الذي يسبق صدوره قانون الطفل الذي صدر في عام ٢٠١٤م.

(١٦) الأمم المتحدة، لجنة اتفاقية حقوق الطفل، التقرير الوطني الجامع للتقريرين الثالث والرابع لعمان (٢٠١٢م)، ص ٤٧:

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/011/84/PDF/G1501184.pdf?OpenElement>

تاريخ النشر ٢٨ يناير ٢٠١٥م، آخر دخول ٨ مارس ٢٠٢١م.

(١٧) اتفاقية دولية باسم "اتفاقية لاهاي الخاصة بتحصيل نفقة الطفل وغيرها من أشكال الإعالة الأسرية على المستوى الدولي"، تم اعتمادها بمؤتمر لاهاي في ٢٣ نوفمبر ٢٠٠٧م، ولم تتضمن لها السلطنة بعد حتى تاريخ اليوم.

الأسرة^(١٨)، وبالطبع فإن الاتفاقيات الدولية وإجراءات الانضمام لها تخضع لقانون الدولة الداخلي وفقاً لإرادتها الحرة، وبما يتفق مع دستورها وقوانينها.

المطلب الثاني

حقوق الطفل المحضون في قانون الطفل وتدابير وآليات حمايتها

صدر قانون الطفل بموجب المرسوم السلطاني رقم (٢٠١٤/٢٢) ليكرس الحقوق الأساسية للطفل في سلطنة عمان، ويضع الكثير من الآليات والاجراءات التي تعنى بحماية وضمان تمتعه بحقوقه، مستنداً في ديباجة المرسوم على (١٦) قانوناً وطنياً يرتبط بالطفل بالإضافة للاتفاقية الدولية لحقوق الطفل التي انضمت لها السلطنة عام ١٩٩٦م - قبل إصدار النظام الأساسي للدولة بسلطنة عام ١٩٩٦م - بالإضافة للبروتوكولين الاختياريين الملحقين بالاتفاقية.

ويظهر بشكل جليّ تأثير المشرع العماني بشكل كبير ببنود الاتفاقية، وهو ما يمكن اعتباره ترجمة للتعهدات الدولية بتنفيذ أحكام الاتفاقية، ودمجها في القوانين الوطنية، ومن ثم وضع العقوبات الرادعة في حال انتهاك حقوق الطفل أو الإساءة إليه^(١٩). وقد كانت من أبرز الجوانب التي تضمنها القانون هو تخصيص فصلين من فصوله الثلاثة عشر لحماية الطفل، وهما الفصل العاشر (تدابير الحماية) والفصل الحادي عشر (آليات الحماية)، إلى جانب الفصل الثاني عشر، والذي ينص على العقوبات والتعويضات المدنية.

وهو ما يضمن للأطفال في مختلف الظروف الاجتماعية -بمن فيهم الطفل المحضون- من الاستفادة من الحقوق المنصوص عليها في هذا القانون، وحمايتها عبر

(١٨) الأمم المتحدة، اتفاقية حقوق الطفل، الملاحظات الختامية بشأن التقرير الجامع للتقاريرين الثالث والرابع لعمان، الصفحة ١٣:

<file:///C:/Users/lenovo/Downloads/G1604957.pdf>

تاريخ النشر ١٤ مارس ٢٠١٦م، آخر دخول ٨ مارس ٢٠٢١م.
(١٩) الاتفاقيات الدولية تضع المبادئ والحقوق والالتزامات، ولكنها لا تضع العقوبات عند مخالفة المواد القانونية، وهي مهمة التشريع الداخلي في دمج مواد الاتفاقية بقانون وطني، ومن ثم وضع العقوبات عند مخالفة الأحكام بالسجن أو الغرامة وغيرها.



عدد من الآليات التي تكفل تمتعه بحقوق وضمان عدم انتهاكها، إلى جانب عددٍ من المواد التي أشارت لحقوق لا يستفيد منها عدا الطفل المحضون. وسنستعرض عبر فرعين حقوق الطفل المحضون وآليات حمايتها عبر قانون الطفل، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: حقوق الطفل المحضون المنصوص عليها في قانون الطفل.

الفرع الثاني: آليات وتدبير حماية حقوق الطفل المحضون في ضوء قانون الطفل.

الفرع الأول

حقوق الطفل المحضون المنصوص عليها في قانون الطفل

عرّف الطفل -وفقاً لقانون الطفل- بأنه كل إنسان لم يكمل الثامنة عشرة من العمر بالتقويم الميلادي^(٢٠)؛ ونظراً لكون الطفل المحضون ضمن الفئة العمرية التي يفرض لها الحماية القانونية المقررة في هذا القانون والقوانين الوطنية الأخرى، فإنه من الواجب ضمان تمتعه بالحقوق المنصوص عليها، وحمايته، وعدم انتهاكها أو حرمانه منها. وبالنظر إلى ما أرسته المادة الثانية من قانون الطفل، فإننا نجد بأن مصلحة الطفل المحضون يجب مراعاتها في مختلف الأحكام والقرارات التي تتعلق بالطفل المحضون، وأن من حقه إيلاء مصالحه الفضلى الأولوية عند اتخاذ أي قرار يتعلق بالطفل سواء من الأجهزة الإدارية للدولة أم الجهات القضائية أم الجهات المنوط بها رعايته^(٢١)، وتتمثل الحقوق التي يتمتع بها الطفل المحضون في ضوء قانون الطفل: الحقوق المدنية والحقوق الصحية والحقوق الاجتماعية والحقوق التعليمية والحقوق الثقافية والحقوق الاقتصادية.

وتبرز ضمن الحقوق المدنية للطفل المحضون أهمية الحماية من العنف، أو الاستغلال، أو الإساءة، وفي معاملة إنسانية كريمة تحفظ له كرامته وسمعته وشرفه^(٢٢)،

(٢٠) المادة (١) من قانون الطفل.

(٢١) الأمم المتحدة، لجنة اتفاقية حقوق الطفل، قائمة المسائل المتعلقة بالتقرير الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع لعمان، ٢٠١٦م:

[https://documents-dds-](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/293/75/PDF/G1529375.pdf?OpenElement)

[ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/293/75/PDF/G1529375.pdf?OpenElement](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/293/75/PDF/G1529375.pdf?OpenElement)

(٢٢) المادة (٧) من قانون الطفل.

وهو ما يستدعي رعايته، وحسن معاملته، وعدم تعريضه لأي عنف أو إساءة أو إهمال، كما أن من حقوقه المنصوص عليها في القانون هو حقه في الحصول على الجنسية وفقاً لقانون الجنسية العمانية^(٢٣)، وأهمية عدم تأخير تمتعه بها؛ نظراً للجوانب القانونية التي سنترتب على حصول الطفل المحضون على حقوقه الأخرى كالتعليم والرعاية الصحية وغيره.

وفي الحقوق التعليمية للطفل المحضون، فإنه يستوجب أن يلتزم ولي الأمر (وقد عرفه القانون بأنه الشخص المسؤول عن رعاية وتربية ونمو الطفل) بأن يقوم بتسجيل الطفل، وانتظامه في المدرسة، والحيلولة دون تسربه منها. وأوجد القانون مادة تعاقب عن عدم الالتزام بهذه الفقرة من المادة (٣٦) من القانون بعقوبة قد تصل للسجن ٣ أشهر أو غرامة قد تصل إلى (١٠٠٠) ألف ريال أو إحداها عند مخالفة هذا الالتزام^(٢٤)، إلى جانب حق الطفل المحضون في الحصول على تعليم مجاني، وإلزامه تعليمه حتى إتمام مرحلة التعليم الأساسي.

كما تشمل حقوق الطفل المحضون "الحق في الرعاية الصحية الوقائية والعلاجية"، وتكفل له الدولة التمتع بأعلى مستوى يمكن بلوغه من الرعاية الصحية المجانية إلى جانب كفالة اتخاذ المؤسسات الصحية لمختلف الإجراءات والتدابير لحماية صحته، ومكافحة الأمراض، وخفض الوفيات، والأخطار الناتجة عن التلوث أو المواد الضارة، والألعاب الخطرة وغيره.

ولضمان تمتعه بصحة جيدة وحصوله على الأمصال والتطعيمات اللازمة، فقد ألقى القانون على عاتق ولي الأمر أهمية الالتزام بتطعيم الطفل وفقاً للنظم، وفي المواعيد المقررة بجدول التطعيم الصادرين من وزارة الصحة من أجل ضمان حصول الطفل المحضون على حقه في التطعيم بالأمصال، واللقاحات الوقائية من الأمراض المعدية مجاناً بالمؤسسات الصحية، إلى جانب حظر القيام بممارسات ضارة بالطفل المحضون، والتي أشارت لها اللائحة التنفيذية لقانون الطفل، والتي من بينها: تشويه الأعضاء التناسلية أو الكي بالنار، وممارسة طقوس تضر بصحة الطفل أو إلزامه

(٢٣) صدر قانون الجنسية العمانية الجديد بموجب المرسوم السلطاني رقم (٢٠١٤/٣٨)، وألغى القانون السابق، حيث أضاف عدد من المواد تتعلق بمنح الجنسية، واكتسابها وفقاً للمدد والاشتراطات الموجودة بالقانون.

(٢٤) المادة (٧٠) من قانون الطفل.



بتناول ما يضر صحته^(٢٥)، وأوردت في حال مخالفة هذه المادة عقوبة السجن لمدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد عن ثلاث سنوات^(٢٦).

كذلك فإنه من حقوق الطفل المحضون إجراء الفحوصات الطبية اللازمة، وإدخاله المؤسسات الصحية الحكومية، أو المرخص لها من وزارة الصحة، لتلقي العلاج، أو الرعاية الطبية، وعدم إخراجه منها ما لم تكن حالته الصحية تسمح بذلك حسبما يقرره الطبيب المختص^(٢٧).

كما أكد قانون الطفل على حق الطفل المحضون بأن يحتفظ بعلاقات شخصية واتصالات مباشرة، وبصورة منتظمة معها في حال كان منفصلاً عن والديه أو عن أحدهما، وتكفل له الدولة التمتع بهذا الحق بكل السبل المتاحة، وهو الأمر الذي يستدعي عدم حرمانه من هذا الحق، وتسخير الظروف الملائمة لرؤية الطفل أو الزيارة أو الاضطحاب، خاصة الأحوال التي تحدد فيها الأحكام القضائية لمن تكون الحضانة، وبالتالي أهمية أن تكون هناك ساعات لقيام الطفل بزيارة لأحد والديه ممن لم تكن الحضانة لديه أو لعائلته^(٢٨).

وإلى جانب ما تقدم ذكره من حقوق مدنية وتعليمية وصحية واجتماعية، توجد حقوق ثقافية واقتصادية للطفل المحضون، وتظهر حقوقه الثقافية في إشباع حاجاته الثقافية في شتى المجالات، إلى جانب الحق في الراحة ووقت الفراغ، ومزاولة الألعاب، والاستمتاع والمشاركة في الأنشطة الاجتماعية والثقافية والرياضية^(٢٩).

وبالإضافة للحقوق الاقتصادية للطفل المحضون في رعاية أمواله وتميئتها، وعدم استخدامه في التسول أو تشغيله في غيرها الأحوال التي يجيزها القانون، وهو بلوغه سن الخامسة عشرة من العمر وفقاً لضوابط خاصة تم النص عليها في قانون العمل، ويستثنى من ذلك عمله لدى منشأة محصورة لأفراد الأسرة في المهن ذات العلاقة

(٢٥) المادة (٤) من اللائحة التنفيذية لقانون الطفل الصادرة بالقرار الوزاري رقم (٢٥٠١٩/١٢٥).

(٢٦) المادة (٦٧) من قانون الطفل.

(٢٧) المرجع السابق، المادة (٢١).

(٢٨) الأمم المتحدة، لجنة اتفاقية حقوق الطفل، قائمة المسائل المتعلقة بالتقرير الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع لعمان، ٢٠١٦م.

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/293/75/PDF/G1529375.pdf?OpenElement>

(٢٩) قانون الطفل، الفصل الخامس.

بالصيد أو الزراعة أو الأعمال الصناعية والحرفية والإدارية^(٣٠). ويمكن القول -بشكل عام- بأن أحد أسباب عمل الأطفال حول العالم هو مساعدة الأسرة، وخاصة الأسر التي تتكون من الأم والأبناء لتحسين دخل الأسرة^(٣١)، وهو ما قد يظهر في حالة وجود طفل محضون في الأسرة.

ومما تقدم نجد أن القانون قد كفل للطفل المحضون العديد من الحقوق التي تستوجب الحماية وعدم انتهاكها إلى جانب اتخاذ الاجراءات والتدابير اللازمة عند مخالقات أو حرمان الطفل من التمتع بها، وهو ما يقودنا للحديث عن الآليات المتخذة لحماية الطفل المحضون في ضوء قانون الطفل والتشريعات الوطنية.

الفرع الثاني

آليات وتدابير حماية الطفل المحضون في قانون الطفل

جاء قانون الطفل ليترجم عبر مواده التسعة والسبعون الكثير من المبادئ والإجراءات التي أكدت عليها الاتفاقية للدولية لحقوق الطفل، ويبرز من بين فصول هذا القانون الفصل العاشر والحادي عشر والثاني عشر كونها تشير لتدابير وآليات لحماية الطفل، بالإضافة للعقوبات المقررة عند مخالفة أحكام القانون.

وعملاً بما جاء في المادة (٥٥) من الفصل العاشر؛ فإنه يحظر إشراك الطفل المحضون في أي نزاع مسلح أو إجباره على الانضمام للقوات المسلحة أو أية جماعة مسلحة، ويسمح بالتطوع بعد إتمام سن السادسة عشرة من العمر، وقد غلظت العقوبة في حال مخالفة أحكام هذه المادة لتصل لعقوبة السجن ١٥ سنة، في ترجمة للالتزامات التي وافقت عليها السلطنة بانضمامها للبروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل.

ووفقاً للمادة (٥٦) من ذات الفصل، فإن هناك طائفة من الأعمال التي يحظر أن تمارس بحق الطفل المحضون، والتي تعد من الجنايات التي تبدأ عقوبتها بالسجن من

^(٣٠) المادة (٤٦) من قانون الطفل.

^(٣١) محمد عبده الزغير، ظاهرة عمل الأطفال في العالم الإسلامي وسبل التحدي لها، دار الغشام،

٢٠١٨م، الصفحة ١٠١.

خمس سنوات^(٣٢)، نظراً لجسامة الجرائم وارتكابها على الطفل، والتي من بينها: عدم التحرش به أو اغتصابه أو هتك عرضه أو حمله على ممارسة أو فعل جنسي أو عرض محتوى يخاطب غريزته، إلى جانب حظر استغلاله أو إجباره على العمل القسري أو ممارسة أي شكل من أشكال العنف بحقه^(٣٣)، ولا شك أن هذه الأفعال المجرمة بموجب القانون العماني، تستدعي التدخل لوضع آليات لحماية الطفل المحضون، والقيام بإجراءات لضمان عدم تعرضه للعنف أو الإساءة أو الاستغلال أو أي انتهاك للحقوق التي تمت الإشارة إليها في الفرع السابق، وهو الجانب الذي أفرد له القانون فصله الحادي عشر لوضع آليات الحماية، وهي الآليات التي تمكن الطفل المحضون من التمتع بحقوقه، وتحميه من أشكال العنف أو الإساءة أو الاستغلال أو انتهاك أي حق من حقوقه المنصوص عليها في هذا القانون.

وستنعرّض لذكر أربع آليات مطبقة في سلطنة عمان، والتي تعزز من حماية حقوق الطفل المحضون، وتضمن عدم انتهاك حقوقه أو تعرضه للعنف أو الاستغلال أو الإساءة، وهي على النحو الآتي:

أولاً- لجان حماية الطفل:

وهي اللجان التي أشارت لها المادة (٦٠) من قانون الطفل، والتي تختص بالحماية من أي عنف أو استغلال أو إساءة، وتصدر بقرار من وزير التنمية الاجتماعية، ويكون لأعضائها صفة الضبطية القضائية، وقد صدر القرار رقم (٢٠١٥/١٦٨) من وزير التنمية الاجتماعية لتشكيل لجان حماية الطفل في جميع محافظات السلطنة الإحدى عشر، بتشكيل يضم مختصين من الادعاء العام ووزارات: التنمية الاجتماعية والتربية والتعليم والصحة وشرطة عمان السلطانية، وتمثيل للجمعيات الأهلية والمجتمع المحلي^(٣٤).

^(٣٢) تبدأ عقوبة الجناية في قانون الجزاء العماني بالسجن من ٣ سنوات فأكثر، بينما في قانون الطفل تبدأ من ٥ سنوات في تشديد يتناسب مع ما تتطلبه العقوبة عند ارتكابها بحق طفل.

^(٣٣) د. فاطمة اليافعية، الآليات الوطنية للحد من الإساءة إلى الطفل العماني، اللجنة الوطنية لحقوق الإنسان، ٢٠١٤م، ص ٥٢.

^(٣٤) الأمم المتحدة، لجنة اتفاقية حقوق الطفل، قائمة المسائل المتعلقة بالتقرير الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع لعمان، ٢٠١٦م.

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/293/75/PDF/G1529375.pdf?OpenElement>

وهو ما يمكن الطفل المحضون، أو أي أفراد أسرته، أو أقرابه، أو المتعاملين معه من الإبلاغ عن أي واقعة قد تنتهك حقوقه المدنية، أو الصحية، أو الاجتماعية، أو التعليمية، أو الثقافية، أو الاقتصادية، أو تعرضه لأي عنف، أو استغلال أو إساءة، ويكون ذلك عبر تقديم بلاغ أو شكوى للجنة وستباشر اللجنة القيام بأدوارها المنصوص عليها في القانون واللائحة، وكذلك في القرار المنظم لاختصاصاتها، إذ يمكن اللجنة عند تلقي أي انتهاك لحق من حقوق الطفل المحضون القيام بالإجراءات التالية:

التواصل مع الطفل وأسرته للاستماع إلى أقوالهم وردودهم حول الشكوى أو البلاغ، كما يمكن للجنة إيفاد مندوب حماية الطفل أو أحد المختصين في الوزارة، لزيارة إلى منزل الأسرة للبحث في الشكوى أو البلاغ، علاوة على التدخل إذا استدعى الأمر لإخراج الطفل من المكان الموجود فيه؛ كالمنزل أو المؤسسة التعليمية أو غيرها، لتقديم الحماية اللازمة له، وذلك بعد التنسيق مع الجهات المعنية، وإعداد تقرير حول حالته^(٣٥).

والمتابع لجهود هذه اللجان يجد بأنها قد قامت بجهود كبيرة لبحث العديد من حالات العنف أو الاستغلال أو الإساءة قياساً بالأرقام، سجلتها خلال الأعوام المنصرمة، حيث بلغ إجمالي الحالات التي تعاملت معها لجان حماية الطفل خلال عام ٢٠١٩م (٤٨٨) حالة، يفوق عدد حالات الإهمال منها ٣٠٠ حالة^(٣٦).

فلو تعرض الطفل المحضون لأي عنف، أو إساءة، أو استغلال، أو أي انتهاك لأي حق من حقوقه؛ فإنه يحق لأي شخص رفع بلاغ بذلك للجنة حماية الطفل، وكذلك لو علم أحد المعلمين أو الأطباء أو المحامين أو أي متعامل مع الطفل بحكم وظيفته أو مهنته أو عمله؛ فإنه من الواجب عليه المبادرة بالإبلاغ عن ذلك عبر الطرق المختلفة، وإيصال هذا البلاغ للجنة حماية الطفل، ويعطي القانون واللائحة الصلاحية للجنة عبر مندوب حماية الطفل من اتخاذ الإجراءات المناسبة للتعامل مع وضع الطفل المحضون المعرض للعنف أو الاستغلال أو الإساءة؛ كالمبادرة بإخراجه من المكان الموجود فيه، وله في سبيل ذلك الاستعانة بشرطة عمان السلطانية.

^(٣٥) المادة (١٢٠) من اللائحة التنفيذية لقانون الطفل الصادرة بالقرار الوزاري رقم (٢٠١٩/١٢٥)

^(٣٦) التقرير السنوي الإحصائي لوزارة التنمية الاجتماعية (٢٠١٩)، إصدار ٢٠٢٠م، ص ١١٢.

وفي حالة ثبوت تعرض الطفل للعنف أو الاستغلال أو الإساءة بعد فحص الشكوى أو البلاغ، فعلى مندوب حماية الطفل اتخاذ أحد التدابير الآتية: إبقاء الطفل في الأسرة، مع تعهد الوالدين أو القائمين على رعايته بحمايته من أي خطر، علاوة على وضع خطة مناسبة للتدخل، وتقديم التأهيل للطفل والوالدين أو القائمين على رعايته بالتعاون مع المختصين، بالإضافة لاتخاذ الاحتياطات والتدابير اللازمة لمنع التأثير سلباً على صحة الطفل، وسلامته^(٣٧)، كما تلتزم لجنة حماية الطفل بإحالة الشكوى إلى الادعاء العام، إذا ثبت لها بعد بحث الشكوى أو البلاغ وجود انتهاك لحقوق الطفل^(٣٨). وتبرز من بين الممارسات -التي كثيراً ما يعرض لها الطفل المحضون- الإهمال، والتي يعدها قانون الطفل من ضمن أنواع الإساءة إلى جانب الإساءة الجنسية أو النفسية أو الجسدية؛ ولأن قانون الطفل الصادر قد أوجد العقوبات الرادعة للإساءة الجنسية أو الجسدية (باعتبار الإساءة الجسدية عنفاً)، فقد جاء قانون الجزاء العماني الصادر في ٢٠١٨م ليضع عقاباً رادعاً للإهمال عبر النص على عقوبة لإهمال الطفل، وكذلك تسييب القاصر، والتي تصل للسجن من ١٠ أيام إلى ٦ ستة أشهر والغرامة أو أحدهما^(٣٩).

ثانياً- دار الرعاية المؤقتة:

أعطى القانون لمندوب حماية الطفل الصلاحية للتدخل في حماية الطفل عبر منحه صفة الضبطية القضائية التي تتيح له اتخاذ عدد من الإجراءات المنصوص عليها بقانون الإجراءات الجزائية العماني، وقد صدر قرار من وزير التنمية الاجتماعية بتعيين عدد من مندوب حماية الطفل بمحافظات السلطنة^(٤٠).

^(٣٧) المرجع السابق، المادة (١٢٤).

^(٣٨) المرجع السابق، المادة (١٢٦).

^(٣٩) المادة (٢٧٨) قانون الجزاء الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠١٨/٧).

^(٤٠) الأمم المتحدة، لجنة اتفاقية حقوق الطفل، قائمة المسائل المتعلقة بالتقرير الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع لعمان، ٢٠١٦ م:

والى جانب اختصاصاتهم الأخرى، فقد أوجد قانون الطفل داراً للرعاية المؤقتة، وهي الدار التي تخصص لإيداع الأطفال المعرضين للعنف أو الاستغلال أو الإساءة بغرض تقديم الرعاية والتأهيل اللازمين لحين زوال سبب الإيداع وآثاره^(٤١).

ففي حال تعرض الطفل المحضون لأي عنف أو استغلال أو إساءة فيمكن بقرار من الادعاء العام بعد صدور توصية من مندوب حماية الطفل أن يتم إيداعه في دار الرعاية المؤقتة، وذلك حفظاً لسلامته، وحمايةً له من أسباب العنف التي يتعرض إليها، وكذلك من أجل تهيئة الظروف له من أجل عدم تأثر تعليمه وصحته بأسباب العنف أو الإساءة التي تعرض لها، بالإضافة لإعطاء الجهات ذات العلاقة وقتاً لبحث واقعة العنف، ومراجعة ظروفها وأطرافها واتخاذ الإجراءات اللازمة في هذه الواقعة^(٤٢).

كما يمكن عند زوال أسباب الإيداع أن يتم إخراج الطفل المحضون من دار الرعاية المؤقتة بقرار من الادعاء العام بناء على توصية مندوب حماية الطفل، مع وجوب التعهد برعاية الطفل المحضون وفقاً لأحكام القانون^(٤٣).

كما يبرز دور دائرة الحماية الأسرية بعد ذلك في التأهيل الذي يشمل الأسر والمربين ممن يقومون بعنف موجه ضد الأطفال، أو الاستغلال أو الإساءة، واقتراح الحلول المناسبة، ووضع الخطط للعلاج والتأهيل النفسي والاجتماعي، وخلال عام (٢٠١٩م) تم إيداع عدد (٤٤) طفل في هذه الدار نتيجة تعرضهم للإساءة والإهمال^(٤٤).

ثالثاً- أماكن مخصصة لرؤية الصغير:

مثلما تمت الإشارة سابقاً إلى أن أحد حقوق الطفل المحضون هو حقه في الاحتفاظ بعلاقات شخصية وأسرية وزيارة والديه المنفصلين أو عائلتهما، وهو ما يلزم اتخاذ الإجراءات اللازمة للحفاظ على هذا الحق، وتنفيذاً لحكم المادة (١٣٧) من قانون الأحوال الشخصية التي تعطي الحق في الزيارة والاستزارة والاصطحاب لأحد الأبوين أو أقاربه بحسب الأوضاع، فقد أشار قانون الإجراءات المدنية والتجارية (٢٠٠٢/٢٩) في مادته رقم (٢٨٩) إلى الأحوال المتعلقة برؤية الصغير، وأهمية تحديد الأماكن التي يمكن من خلالها تسليم الطفل من قبل الحاضن لمن صدر لصالحه الحكم برؤية الطفل

(٤١) المادة (١) من قانون الطفل، الفقرة (ل).

(٤٢) المادة (١٢٤) من اللائحة التنفيذية لقانون الطفل الصادرة بالقرار الوزاري رقم (٢٠١٩/١٢٥).

(٤٣) المادة (٦٥) من قانون الطفل.

(٤٤) التقرير السنوي الإحصائي لوزارة التنمية الاجتماعية (٢٠١٩م)، إصدار ٢٠٢٠م، ص ١١٣.

أو زيارته أو اصطحابه، بما يشيع الطمأنينة ولا يضع الطفل المحضون في وضع غير مناسب أو مكان يسبب له الخوض وعدم الاطمئنان؛ كالذهاب لمراكز الشرطة لتسليم الطفل المحضون لأحد والديه أو في الأماكن العامة والشوارع، وهو ما صدر بشأنه قرار وزاري لتنظيم هذه الأماكن بما يضمن للطفل المحضون خصوصيته، وإيجاد أماكن ملائمة للقاء أحد والديه، والحديث بكل أريحية دون وضعه في أماكن غير مناسبة.

ولأن مصلحة الطفل المحضون تقتضي حق الرؤية والزيارة له تمكيناً لوالديه من الإشراف عليه ورعايته؛ نظراً لضعفه وصغره وحاجته إلى من يتدبر أحواله^(٤٥)، وتنفيذاً لحكم المادة المشار إليها فقد صدر القرار الوزاري رقم (٢٠٠٦/٢٧١) من وزير العدل بتحديد أماكن تنفيذ الأحكام الصادرة برؤية الصغير، والإجراءات الخاصة بتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو رؤيته ومن يناط به ذلك، بأنه يمكن رؤية الصغير في المكان الذي يتفق عليه الحاضن والمحكوم لصالحه، وفي حال عدم الاتفاق يمكن أن تكون الرؤية في مكان يخصص لذلك في المحكمة أو مكتب الوالي أو جمعيات المرأة العمانية، إذا كان الحكم لصالح المرأة أو في بيت أحد أصول المحضون أو المحكوم لصالحه.

وقد أضاف القرار الوزاري رقم (٢٠١٧/٢٦) دائرة الحماية الأسرية وأقسام التنمية الأسرية في المحافظات كأماكن يمكن فيها رؤية الصغير، بالإضافة لأماكن تخصص في لجان التوفيق والمصالحة.

وقد كان لهذه الأماكن أثر إيجابي في تهيئة الجو الملائم للطفل المحضون، ولقائه مع أحد والديه أو ذويه، وقضاء وقت معها أو اصطحابه للزيارة، ومن إعادته مرة أخرى لهذا المكان الذي يضمن الخصوصية، ويبعد الخوف والحرص عن الطفل ليذهب مرة أخرى للحاضن.

وبمطالعة الأرقام المسجلة بوزارة التنمية الاجتماعية حول عدد الأطفال المستفيدين من قاعات الوفاق المخصصة لهذا الغرض حوالي (٦٩) حالة، (٩) حالات منها لغير عمانيين^(٤٦).

(٤٥) د. عادل موسى عوض، حق المحضون على الحاضن وحق النفقة، دراسة فقهية، ندوة أثر متغيرات العصر على احكام الحضانة، جامعة أم القرى، ١٤٣٦هـ، ص ٥٤.

(٤٦) التقرير السنوي الإحصائي لوزارة التنمية الاجتماعية (٢٠١٩م)، إصدار ٢٠٢٠م، ص ١١٤.

رابعاً- خط حماية الطفل:

إن حماية حقوق الطفل المحضون تستدعي القيام بعدد من الإجراءات والتدابير لضمان عدم انتهاكها، والتدخل السريع عند وجود أي إساءة أو عنف أو استغلال للطفل المحضون، وهو ما يعني أهمية إيجاد وسيلة حديثة وسريعة، تمكن الجهات المختصة بحماية حقوق الطفل من التدخل في أي وقت قد يتعرض فيه الطفل المحضون للخطر أو لانتهاك حقوقه المختلفة.

ولأن الكثير من دول العالم قد دشنت خطأً هاتفيًا لتلقي البلاغات حول أي انتهاك لحقوق الطفل، فإن سلطنة عمان قد سلكت ذات المسار باستحداث خط يختص بحماية الطفل برقم سهل وبسيط وهو (١١٠٠) مما يمكن الطفل المحضون في حال تعرضه للخطر أن يتصل مباشرة عبر هذا الخط، ويقدم بلاغه أو شكواه، وسيتم عبر مندوب حماية الطفل متابعة ذلك، واتخاذ الإجراءات المنصوص عليها في القانون واللائحة لضمان حماية الطفل، وحفظ حقوقه.

كما يمكن لأي شخص أن يقدم بلاغاً عبر هذا الخط، مع كفالة القانون بحفظ خصوصيته، وعدم الكشف عن هويته مما يزيل أي حرج عند تقديم بلاغ من أجل سلامة الطفل وحمايته، وقد بلغت إجمالي الحالات الواردة لخط حماية الطفل خلال عام ٢٠١٩م حوالي ٧٠٧ حالة للتبليغ عن إساءة بحق الطفل^(٤٧).

ومما تقدم نجد أن قانون الطفل قد وقر الحماية لحقوق الطفل المحضون في الجوانب المختلفة مراعيًا بذلك الحقوق الاجتماعية بالدرجة الأولى؛ نظراً لوضعه الاجتماعي الخاص إلى جانب ضمان تمتعه بباقي الحقوق التعليمية والصحية والمدنية وعدم انتهاكها، علاوة على وضع الآليات والتدابير اللازمة لحمايته والتبليغ عن أي عنف أو استغلال أو إساءة عبر مجموعة من الآليات التي جاءت لحمايته والتدخل لمنع انتهاك حقوقه التي كفلها القانون سواء كان ذلك عبر اللجان المختصة أم عبر الاتصال أو الوصول لجهات إنفاذ القانون.

(٤٧) المرجع السابق، ص ١١٨.



المبحث الثاني

حماية الطفل المحضون في قانون الأحوال الشخصية العُماني^(٤٨)

برز مبدأ حماية الطفل المحضون في قانون الأحوال الشخصية العُماني في عدة مظاهر يستعرضها الباحثان؛ للخروج بنتائج عن مدى انضباط التشريعات العُمانية بهذا المبدأ، ومن تلك الظواهر التي بنى عليها قانون الأحوال الشخصية العُماني حماية الطفل المحضون وحقوقه:

١- أنه قضي بتقديم مصلحة المحضون إن تشاكرت في القضية بين حقوق الحاضن والمحضون.

٢- أنه قنن الأهلية المستحقة للحاضن التي تهدف لحماية المحضون.

٣- أنه قنن إسقاط الحضانة إن ظهرت في الحاضن أمور تهدد حياة الطفل المحضون وحقوقه.

وقبل أن يستعرض البحث هذه المظاهر؛ فإنه سيفصل في تمهيد ماهية الحضانة، وما الفرق بينها وبين الولاية والوصاية.

المطلب الأول

ماهية الحضانة والفرق بينها وبين الولاية

نصت المادة (١٢٥) من قانون الأحوال الشخصية العُماني على تعريف للحضانة مفرقة فيها بين الحضانة والولاية، فعرفت المادة الحضانة بأنها: حفظ الولد وتربيته ورعايته بما لا يتعارض مع حق الولي في الولاية على النفس^(٤٩)، والذي يظهر من التعريف السابق أن هناك أموراً قد تتشابه فيها بين الحضانة والولاية، ولذا بينت المادة أن الأعلى مقاماً حق الولاية.

^(٤٨) هو القانون الذي يتحدث عن قضايا الأسرة وأحكامها مقسماً على خمسة أبواب: الزواج، الفرقة

بين الزوجين، الأهلية والولاية، الوصية، الميراث، وقد صدر بالمرسوم السلطاني رقم ٩٧/٣٢.

^(٤٩) انظر: اطفيش، محمد بن يوسف، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، جدة، مكتبة الإرشاد، الطبعة

الثالثة، ١٩٨٥، ج٧، ص٤٠٧، السالمي: نور الدين، جوهر النظام في علمي الأديان والأحكام، وزارة

الأوقاف والشؤون الدينية، الطبعة الثانية ٢٠١٨م، ج٢، ص٣٤٣.

وحتى يستبين الأمر علينا أن نعلم بالمقصود من الولاية التي جعلها القانون حداً للحضانة، ففي المادة (١٥٨) من القانون ذاته جعل القانون الولاية ولايتين، ولاية على النفس وولاية على المال، ويعرّف القانون الولاية في ذات المادة بأنها العناية، فقد تكون العناية عناية بشخص ما سمّاه القانون بالقاصر، وهذا القصور قد يكون بسبب أمر حَجَرَ عليه تصرفاته كصغر أو جنون أو أنوثة أو سفه، فيعتبر القاصر بسبب هذه الأشياء عاجزاً غير معتبر، لا يحق له التصرف بأمر يخص شخصه كزواج أو طلاق أو بيع أو غيره، ولا يحق له كذلك التصرف في ماله، فيأتي دور الولي الذي يكون أقرب ذَكَر لمن فيه هذه الصفات أو أحدها (وهو القاصر) مسؤولاً عن شخصه وماله، فيكون الولي مسؤول عن هذا القاصر فيما يتعلق بزواجه وطلاقه وجميع تصرفاته، ويكون مسؤول كذلك عن ماله ما كان فيه النفع المحض أو ما اختلط فيه بالضرر على خلاف بين العلماء في سلطة الولي في التصرف بمال القاصر، فالولي بناء على القانون مالك أمر القاصر، وقائم بشؤونه بقوة الشرع والقانون رضي أم لم يرض، إلا إن أسقط حقه فيها مع وجود غيره، فإن لم يكن غيره لزمه الأمر^(٥٠).

بينما الوصاية فهي غير ملزمة على الوصي، وإنما هي وظيفة يعينه فيها الولي أو القاضي إن عدم الأولياء لرعاية أموال القاصرين، يجوز للوصي أن يكون أنثى، ويجوز له كذلك عدم قبول الوظيفة، ويجوز له التراجع إن وافق من عينه، ويجوز أن يتعدد الأوصياء، بل للوصي أخذ الأجرة على وصايته، وهذه أمور لا تحدث في الولاية كما رأينا سابقاً.

أما الحضانة فهي رعاية للطفل الصغير وحفظه والاهتمام بشؤونه ووقايته عما يهلكه أو يضره حتى يكبر^(٥١)، ولعل سبب الخلط بين الحضانة والولاية هو أن بعض الفقهاء أطلق اسم المحضون على القاصر، ليشمل الكبير القاصر كالمجنون والمعتوه والسفيه والمرأة، حيث عرفوا المحضون بمن لا يستقل عن غيره في تسيير أموره بسبب صغر أو جنون أو عته، فلما كانت الولاية شاملة للصغير والكبير القاصر، أراد القانون استبعاد مبدأ أن تعد الحضانة ولاية ففقدتها بالصغر فقط، بأن جعل لها سنّاً محددة،

(٥٠) طعن المحكمة العليا العُمانية رقم ٢٠٠١/٣ جلسة ٢٠٠٣/١٠/١١م شرعي عليا، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة العليا، سنة ٢٠٠٤م، ص١٠٥.

(٥١) المعولي، المعتصم بن سعيد، المعتمد في فقه النكاح، بيروت، ط٢، ٢٠١٤م، ص٤٩٢.



ففي المادة (١٢٩) حدّ حضانة الذكور بسنّ السابعة وحضانة النساء بسنّ البلوغ فقط، ولا يعد محضوناً من تجاوز هذه المدة.

فالحضانة هي القيام بشؤون الصغير، بحيث يحصل على الرعاية ما احتاج إلى غيره حتى يستقل بنفسه ويدير شؤونه^(٥٢)، وقد قررت المحكمة العليا ذلك في الطعن رقم ٢٠٠٢/٤٤ حيث نصت أن الحضانة تتمثل في حفظ الولد وتربيته ورعايته بما لا يتعارض مع حق الولاية على النفس^(٥٣).

والطفل المحضون هو من تقع عليه الحضانة، وهذا المبحث يبحث في مظاهر حماية المحضون من كل أمر قد يخرق أمر الرعاية والاهتمام به ويؤدي إلى تعكير صفو حياته، والمطالب الآتية في ذكر هذه المظاهر.

المطلب الثاني

حماية المحضون بتقدير مصلحته وتقديمها

ليبيان هذا الأمر ولإظهار حماية القانون للطفل المحضون بتقدير مصلحته، وتقديمها على أي مصلحة تعارضها، علينا أولاً معرفة المقصود بالمصلحة التي يبني عليها القانون حماية المحضون.

فالمصلحة في اللغة هي المنفعة، وتُجمع على المصالح، وقد تكون المصلحة هي المنفعة ذاتها، وقد تكون ما يؤدي إليها، فتطلق عليها مجازاً باعتبار ما سيكون، وقد تكون المصلحة منفعة مادية أو معنوية، فكل ما حسن به الحال فهو مصلحة.

^(٥٢) ولذا قرر المشرع العُماني جعل حضانة الطفل المحضون في يد النساء أسوة بالتشريع الإسلامي، ينظر: المادة (١٣٠) من قانون الأحوال الشخصية العُماني؛ محي الدين، نور محمد، أفضية الخلفاء الراشدين، دار السلام، الرياض، ط١، ٢٠٠٣م، ج١، ص٢٩٣؛ الخليفي، أحمد، فتاوى النكاح، الأجيال، مسقط، ط٢، ٢٠٠٣م، ص:٢٢٨؛ المعولي، المعتصم بن سعيد، المعتمد في فقه النكاح، بيروت، ط٢، ٢٠١٤م، ص٤٩٣؛ السباعي، مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الوراق، بيروت، ط٩، ٢٠٠١م، ج١، ص٢٦٩؛ العوتبي، سلمة، كتاب الضياء، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، سلطنة عمان، ط١، ٢٠١٥م، ج١٦، ص٣٥٣.

^(٥٣) طعن المحكمة العليا العُمانية رقم ٢٠٠٢/٤٤ جلسة ٢٠٠٣/٦/١٤م شرعي عليا، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة العليا، سنة ٢٠٠٤م، ص٧٥.

أما في اصطلاح الفقهاء فالمصلحة هي كل ما جلب منفعة أو دفع مفسدة، فالشريعة مصلحة محضة؛ لأنها تجلب النفع وتدفع المفسد؛ وأيضاً لأنها تسعى لحفظ النفس والدين والعقل والنسل والمال، فكل ما يضمن حفظ هذه الأشياء فالمصلحة في إبقائه وجلبه، وكل ما يؤدي إلى فوات هذه الأشياء فهو مفسدة، فالمصلحة في دفعه، وعليه فالسعي في مصالح المحضون هو في جلب كل ما يضمن حفظ دينه ونفسه وماله ونسله وعقله، ودفع كل ما يؤدي لفساد دينه أو نفسه أو ماله أو نسله أو عقله^(٥٤)، فأصل تشريع الحضانة في الشريعة الإسلامية هو من أجل رعاية مصالح المحضون وعدم تضييع وإهلاكه^(٥٥).

ولما كانت قضايا الحضانة من الأحكام الاجتهادية القابلة للتغيير باختلاف الأزمنة والأمكنة^(٥٦)، والواقع الذي يعيشه الطفل المحضون والمجتمع، واختلاف الحاجات والضرورات باختلاف الحال؛ لما كان هذا كله أعطى المشرع العماني القاضي مساحة واسعة باعتبار تقديم مصلحة المحضون على أي مصلحة أخرى، وعدم تقييده بأحكام ثابتة، وهذا ما نلاحظه صراحة في المواد (١٢٧)^(٥٧)، (١٢٨)^(٥٨)، (١٢٩)^(٥٩)، (١٣٠)^(٦٠)،

(٥٤) الخليبي، أحمد، فتاوى النكاح، الأجيال، مسقط، ط ٢، ٢٠٠٣م، ص ٢٣١.

(٥٥) المعولي، المعتصم بن سعيد، المعتمد في فقه النكاح، بيروت، ط ٢، ٢٠١٤م، ص ٤٩٢.

(٥٦) بينت المحكمة العليا أن دعاوى الحضانة من الدعاوى المتجددة بتجدد ظروفها وملابساتها، فلا تشملها قاعدة رفض الدعوى لسبق الفصل فيها، كما هو في طعن المحكمة العليا العُمانية رقم ٢٠٠٦/٩٨ جلسة ٢٠٠٧/٤/٢٨م شرعي عليا، مجموعة القواعد القانونية التي قررت المحكمة العليا، سنة ٧ق ٧، ص ٧٧.

(٥٧) مادة (١٢٧): يشترط في الحاضن زيادة على الشروط المذكورة في المادة السابقة:

أ- إذا كانت امرأة: أن تكون خالية من زوج أجنبي عن المحضون دخل بها، إلا إذا قدرت المحكمة خلاف ذلك لمصلحة المحضون.

ب- إذا كان رجلاً:

١- أن يكون عنده من يصلح للحضانة من النساء.

٢- أن يكون ذا رحم محرم للمحضون ان كان أنثى.

(٥٨) مادة (١٢٨): إذا كانت الحاضنة على غير دين أبي المحضون، سقطت حضانتها بإكمال المحضون السنة السابعة من عمره إلا إذا قدر القاضي خلاف ذلك لمصلحة المحضون.

(٥٩) مادة (١٢٩): تستمر الحضانة حتى يتم المحضون الذكر السابعة من عمره وتستمر حضانة البنات حتى البلوغ إلا إذا قدر القاضي خلاف ذلك لمصلحة المحضون.

(٦٠) مادة (١٣٠): الحضانة من واجبات الأبوين معاً مادامت الزوجية قائمة بينهما، فإن افترقا فهي للأُم، ثم للأب، ثم لأُم الأم، ثم لأقرباء المحضون وفق الترتيب التالي: خالته، ثم جدته لأبيه وإن =

١٣١^(٦١) حينما نص القانون باعتبار مصلحة المحضون في أحكامه، وأعطت المواد (١٣٢)^(٦٢)، (١٣٣)^(٦٣)، (١٣٧)^(٦٤) القاضي تقدير المصلحة حسبما يراها، ليحفظ بتقديره مصلحة المحضون، ويحميه من كل سوء.

وقد سارت على ذلك أحكام القضاة، فقررت المحكمة العليا في الطعن رقم ٢٠٠٢/٤٤ أن الأولوية الممنوحة لحضانة الأم لوليدها لا تجري على إطلاقها، بل هي مقيدة بمصلحة المحضون بالدرجة الأولى^(٦٥)، وقد قضت في موضع آخر بأن الحضانة حق للمحضون، وأن مصلحة الطفل المحضون يجب مراعاتها عند القضاء بها^(٦٦)، وقضت في موضع آخر ببقاء الحضانة للأم، ولو تجاوز ذلك مدة الحضانة المقررة قانوناً، لأنها رأت بقاءهم في حضانة أمهم هو الأصح لهم^(٦٧)، وقد سارت

=علت، ثم أخته ثم خالة أمه، ثم عمه أمه ثم عمته، ثم عمه أبيه، ثم خالة أبيه، ثم بنت أخيه، ثم بنت أخته، ويقدم في الجميع الشقيق، ثم لأم، ثم لأب مالم يقدر القاضي خلافه لمصلحة المحضون. (٦١) مادة (١٣١): إذا لم يوجد الأبوان، ولم يقبل الحضانة مستحق لها، يختار القاضي من يراه صالحاً من أقارب المحضون، أو غيرهم، أو إحدى المؤسسات المؤهلة لهذا الغرض. (٦٢) مادة (١٣٢): إذا تركت الأم بيت الزوجية لخلاف أو غيره، فتكون الحضانة لها ما لم يقدر القاضي خلاف ذلك، وإذا كان المحضون صغيراً لا يستغنى عن أمه تلزم بحضانتها. (٦٣) مادة (١٣٣): يجب على الأب أو غيره من أولياء المحضون، النظر في شؤونه وتأديبه، وتوجيهه، وتعليمه، ولا يبيت إلا عند حاضنته مالم يقدر القاضي خلاف ذلك. (٦٤) مادة (١٣٧): أ- إذا كان المحضون في حضانة أحد الأبوين، فيحق للأخر زيارته واستزارته واستصاحبه حسبما يقرره القاضي.

ب- إذا كان أحد أبوي المحضون متوفى أو غائباً، يحق لأقارب المحضون المحارم زيارته حسبما يقرره القاضي.

ج- إذا كان المحضون لدى غير أبويه، يعين القاضي مستحق الزيارة من أقاربه المحارم. (٦٥) طعن المحكمة العليا العُمانية رقم ٢٠٠٢/٤٤ جلسة ٢٠٠٣/٦/١٤ م شرعي عليا، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة العليا، سنة ٢٠٠٤م، ص ٧٥. (٦٦) طعن المحكمة العليا العُمانية رقم ٢٠٠٢/٨ جلسة ٢٠٠٣/٥/١٧ م شرعي عليا، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة العليا، سنة ٢٠٠٤م، ص ٦٤؛ طعن المحكمة العليا العُمانية رقم ٢٠٠١/٨ جلسة ٢٠٠٣/٧/٧ م شرعي عليا، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة العليا، سنة ٢٠٠٤م، ص ٦٨. (٦٧) طعن المحكمة العليا العُمانية رقم ٢٠٠٢/٧١ جلسة ٢٠٠٣/١٠/١١ م شرعي عليا، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة العليا، سنة ٢٠٠٤م، ص ١٠١.

الفتاوى الفقهية في سلطنة عمان على ذلك، فإن مصلحة المحضون مقدمة على أي مصلحة أخرى ولو تعلقت بأبيه وأمه^(٦٨).

وربما نستطيع القول بعد هذا السرد بأن المشرع العماني جعل محور أحكام الحضانة مراعاة مصلحة المحضون^(٦٩)، بل جعله المعيار الأساسي لأحكامه، فالقانون كما رأيناه وكذا تطبيقاته قائم على هذا الأساس، فأحكام الحضانة تستمد شرعيتها متى ما كانت قائمة على اعتبار مصلحة الطفل المحضون، وهذا المبدأ الذي سار عليه القضاء العماني يؤكد المنهج الذي سار عليه في الحماية الكلية للطفل المحضون الذي سارت عليه التشريعات الدولية والعالمية^(٧٠).

المطلب الثالث

حماية المحضون بوضع شروط للحاضن تحقق مبدأ الحماية

بعد أن أدرکنا أن الحضانة ليست حقاً لأبوة أو حقاً شخصياً ثابتاً بعد الفرقة لأحد الأبوين أو لأقاربهما، وإنما تستحق على أساس مصلحة الطفل المحضون، بمعنى أنه لا تسند الحضانة لأي من الأبوين أو لأي مترشح للحضانة كحق شخصي لازم له ما لم يكن ذلك الإسناد مبني على مصلحة المحضون، وتماشياً مع هذا المبدأ الذي كفله المشرع العماني لحماية الطفل المحضون، فقد وضع شروطاً في الحاضن أو المترشح للحضانة تضمن حماية الطفل المحضون لدينه ونفسه وماله وعقله وعرضه، بأن يكون

(٦٨) المعولي، المعتمد بن سعيد، المعتمد في فقه النكاح، بيروت، ط ٢، ٢٠١٤م، ص ٤٩٦.
(٦٩) قضت المحكمة العليا بأن مدار الحكم بالحضانة هو مصلحة المحضون ولو خالف ذلك مصلحة الأب أو الحاضنة، فقدمت حق المحضون على حقهما رعاية له وحماية من بطشهم عليه. ينظر: طعن المحكمة العليا العمانية رقم ٢٠٠٦/٦٦ جلسة ٢٠٠٦/١١/١١م شرعي عليا، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة العليا، سنة ق ٧، ص ٣٠. وأبطلت المحكمة كذلك اتفاقاً بين الأبوين مؤداه ضرر بالمحضون كما هو في طعن المحكمة العليا العمانية رقم ٢٠٠٦/٩٨ جلسة ٢٠٠٧/٤/٢٨م شرعي عليا، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة العليا، سنة ق ٧، ص ٧٧.

(٧٠) وقد سار على ذلك القضاء المغاربي في تونس والجزائر والمغرب، انظر: حميدو، زكية، "مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة"، (كلية الحقوق - جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان - الجزائر - ٢٠٠٤/٢٠٠٥م)، ص ٢٠.

الحاضن أهلاً للقيام بهذه المهمة من غير أن يوقع المحضون في مفسدة أو يُتوقع منه ذلك.

فقد نصت المواد (١٢٦)^(٧١) و (١٢٧)^(٧٢) و (١٢٨) من قانون الأحوال الشخصية العُماني على الشروط الواجب توفرها في الحاضن لتحقيق الحماية المطلوبة للمحضون، واهتمام المشرع بهذه الشروط وإيجابها في الحاضن يرجع في حقيقته إلى المحافظة على الطفل المحضون، والسعي في توفير سبل الراحة والصحة والحماية له؛ ليضمن المشرع سلامة دين المحضون ونفسه وعقله وماله وعرضه، فكانت الشروط كالتالي:

- ١- أن يكون الحاضن عاقلاً: فلا حضانة لمجنون ولا معتوه ولا ناقص عقل؛ لأن ناقص العقل والمجنون يحتاج إلى من يقوم بشؤونه وفاقد الشيء لا يعطيه، ثم إن المجنون لا تؤمن تصرفاته فقد يسيء للطفل وقد يضره ويؤذيه، ولا يُتصور من حيث الأصل أن يقوم بالحضانة من كانت به هذه الصفة، وهذا مما لا خلاف فيه^(٧٣).
- ٢- أن يكون الحاضن بالغاً: فالصغير لا يقوم بشؤون نفسه فمن باب أولى أن لا يقوم بشؤون غيره، فحماية للطفل المحضون لا يصح أن يكون الحاضن إلا كبيراً بالغاً

(٧١) مادة (١٢٦): يشترط في الحاضن:

١-العقل.

٢-البلوغ.

٣-الأمانة.

٤-القدرة على تربية المحضون وصيانته ورعايته.

٥-السلامة من الأمراض المعدية الخطيرة.

(٧٢) مادة (١٢٧): يشترط في الحاضن زيادة على الشروط المذكورة في المادة السابقة:

أ-إذا كانت امرأة:

أن تكون خالية من زوج أجنبي عن المحضون دخل بها، إلا إذا قدرت المحكمة خلاف ذلك لمصلحة المحضون.

ب-إذا كان رجلاً:

١-أن يكون عنده من يصلح للحضانة من النساء.

٢-أن يكون ذا رحم محرم للمحضون إن كان أنثى.

(٧٣) اطفيش، محمد بن يوسف، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، جدة، مكتبة الإرشاد، الطبعة الثالثة، ١٩٨٥، ج: ٧، ص: ٤٠٩، الهاشمي، محمد بن عبدالله، الطلعة البهية في قانون الأحوال الشخصية (الطلاق)، سلطنة عمان، العنان، الطبعة الأولى، ٢٠١٩م، ص ٣٦٨.

قادراً على أن يتصرف لمصلحة المحضون، فيجب أن يكون الحاضن ذا سن يمكنه من أن يعتني بغيره^(٧٤).

٣- أن يكون الحاضن أميناً: فلا يصلح للحضانة من خُرقت أمانته لا يأمن المحضون من بطشه وأذاه، سواء كانت الأمانة في نفسه ودينه، أم كانت الأمانة في سلوكه بالمحافظة على المحضون ورعايته، ولا يُعدّ أميناً من كانت صفته الإهمال والتقصير، وحماية الطفل المحضون لا تتأتى إذا كان الحاضن غير أمين، وتظهر الأمانة التي تؤدي لحماية المحضون في الاستقامة في الأعمال والتصرفات البعيدة عن الحيف والجور، المتمثلة بأداء أوامر الدين واجتناب نواهيه^(٧٥)، فإن كان الحاضن ظاهر الفسق مشتهراً به فلا يصلح للحضانة لعدم تحقق مبدأ الحماية فيه للمحضون^(٧٦)، وقد أسقطت المحكمة العليا بدائرتها الشرعية حضانة أم لأولادها حينما ثبت لها عدم أمانتها في أداء واجبات الحضانة^(٧٧)، وقضت في الطعن ٢٠٠٣/٦ بإسقاط الحضانة لفساد الأب وردّها للأُم^(٧٨).

(٧٤) اطفيش، محمد بن يوسف، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، جدة، مكتبة الإرشاد، الطبعة الثالثة، ١٩٨٥م، ج٧، ص٤٠٩، الهاشمي، محمد بن عبدالله، الطلعة البهية في قانون الأحوال الشخصية (الطلاق)، سلطنة عمان، العنان، الطبعة الأولى، ٢٠١٩م، ص٣٦٧، الراشدي، مبارك، شرح قانون الأحوال الشخصية العماني، مكتبة الضامري للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ٢٠١٩م، ص: ٣٥٠.

(٧٥) المعولي، المعتصم بن سعيد، المعتمد في فقه النكاح، بيروت، ط٢، ٢٠١٤م، ص٤٩٥؛ السباعي، مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الوراق، بيروت، ط ٩، ٢٠٠١م، ج١، ص٢٧٣.

(٧٦) ويرى سماحة الشيخ الخليلى -المفتي العام لسلطنة عمان- أنه إذا كان بقاء الطفل المحضون في حضانة أمه يترتب عليه فساد خلقه، فإن إخراجها من هذه البيئة يُعد من واجبات الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر حماية لهذا الطفل المحضون، ينظر: الخليلى، أحمد، فتاوى النكاح، الأجيال، مسقط، ط ٢، ٢٠٠٣م، ص٢٣٢؛ العوتبي، سلمة، كتاب الضياء، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، سلطنة عمان، ط١، ٢٠١٥م، ج١٦، ص٣٤٩.

(٧٧) طعن المحكمة العليا العُمانية رقم ٢٠٠٢/٦٦ جلسة ٢٠٠٣/٦/١٤م شرعي عليا، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة العليا، سنة ٢٠٠٤م، ص٧٥.

(٧٨) طعن المحكمة العليا العُمانية رقم ٢٠٠٣/٦/٨ جلسة ٢٠٠٣/١١/٨م شرعي عليا، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة العليا، سنة ٢٠٠٤م، ص١١٧.

٤- أن يكون الحاضن قادراً على تربية المحضون وصيانته ورعايته: فإذا كان الحاضن عاجزاً عن تربية المحضون ورعايته لكبر سنّ أو مرض أو اشتغال بأمر آخر غير الحضانة يؤدي لجلب مفسدة للمحضون، ولا يحقق الحماية المطلوبة له؛ فإن هذا الحاضن لا يصلح أن يتولى هذه المهمة، فإذا كانت من أهم واجبات الحاضن حماية حياة المحضون وصحته فلن يتحقق ذلك وهو عاجز، وقد اشترطت المحكمة العليا قدرة الحاضن على تربية المحضون كأساس للحكم لقبول الحضانة^(٧٩).

٥- أن يكون الحاضن سليماً من الأمراض المعدية: فإن كان في الحاضن مرضاً معدياً ينتقل إلى المحضون بالمخالطة فلا يستحق الحضانة، وكل مرض معدٍ يؤدي لضرر في المحضون فهو مسقط للحضانة، فإن مراعاة مبدأ حماية الطفل المحضون تقتضي إبعاده عن الأمراض ومواقع الهلكة لا أن يكون الحاضن هو نفسه أصل المرض وموطنه^(٨٠).

٦- أن يكون الحاضن مسلماً: فإن خيف على المحضون بأن يفتن بدين الحاضن فالحضانة تمنع في حقه؛ إلا إن كان الحاضن أمّا ثبتت أمانتها في حق أولادها فتبقى الحضانة لها مراعاة لمصلحة المحضون لاستحقاقه في صغره للحنان والعاطفة^(٨١).

٧- أن لا تكون الحاضنة متزوجة بأجنبي عن المحضون: لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم "أنت أحق به مالم تتكحي"^(٨٢)، وهذا الشرط يجسد مبدأ حماية المحضون في اشتراط أن يكون من حوله من الناس غير مؤذنين له، فإن وُجد الشك في ذلك أبعاد المحضون عنه، فإن خيف على المحضون تعرضه لمذلة أو مهانة من الزوج الأجنبي فتمنع الحاضنة من الحضانة، وقد يكون زواج الحاضنة يبعدها عن الاشتغال بأمر

^(٧٩) طعن المحكمة العليا العُمانية رقم ٢٠٠٢/٦٦ جلسة ٢٠٠٣/٦/١٤م شرعي عليا، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة العليا، سنة ٢٠٠٤م، ص ٧٥.

^(٨٠) الراشدي، مبارك، شرح قانون الأحوال الشخصية العماني، مكتبة الضامري للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ٢٠١٩م، ص ٣٥٠. الهاشمي، محمد بن عبدالله، الطلعة البهية في قانون الأحوال الشخصية (الطلاق)، سلطنة عمان، العنان، الطبعة الأولى، ٢٠١٩م، ص ٣٧٦.

^(٨١) وقد سار القضاء المصري على ذلك، انظر: الهاشمي، محمد بن عبدالله، الطلعة البهية في قانون الأحوال الشخصية (الطلاق)، سلطنة عمان، العنان، الطبعة الأولى، ٢٠١٩م، ص ٣٦٨.

^(٨٢) رواه أبو داود برقم: ١٩٣٨.

الطفل المحضون لاشتغالها بالزوج، فيتعرض الصغير للتقصير والإهمال^(٨٣)، واستثنى المشرع الزوج القريب ذا الرحم الذي من حيث العادة عطفاً على قريبه قائماً على رعايته وتربيته لا يمقته ولا يبغضه^(٨٤).

المطلب الرابع

حماية المحضون بإسقاط حضانة من لا يصلح للحضانة

اشتراط المشرع العُماني كما أسلفنا في المطلب السابق شروطاً ومعايير لمن يطلب الحضانة أو يستحقها، والتي بتأمل بسيط يظهر اهتمام المشرع فيها بحماية الطفل المحضون، والعمل على مصلحته واعتباره قبل أي اعتبار، ولذا سار القضاء بإعطاء الحضانة من يسعى لمصلحة المحضون وينزعها إذا انتقت المصلحة؛ درءاً لاحتمال زعزعة أمن المحضون واستقراره، ولهذا قضت المادة (١٣٥) من قانون الأحوال الشخصية العُماني بإسقاط حق الحاضن في الحضانة في حالات تحرص في أساسها حماية الطفل المحضون، فليس المناط في إسقاط الحضانة بعد استحقاقها وجود العاهة أو المرض أو الضعف وإنما المناط في ذلك الخوف على ضياع الولد وإهماله، فتسلب الحضانة من الحاضن ولو أباً أو أمماً إذا ثبت أنه غير مأمون على الطفل المحضون^(٨٥)، وسنحاول إظهار ذلك ببسط الأمر في الحالات الأربع التي ذكرها القانون كمسقطات للحضانة إن وقعت.

الحالة الأولى: إذا اختلّ أحد شروط الحضانة المذكورة في المواد (١٢٦ و ١٢٧) والتي ذكرناها في المطلب السابق. فإذا لم يف الحاضن بالشروط الواجب توفرها في

^(٨٣) المعولي، المعتمد بن سعيد، المعتمد في فقه النكاح، بيروت، ط٢، ٢٠١٤م، ص٤٩٥.

^(٨٤) طعن المحكمة العليا العُمانية رقم ٢٠٠٢/٦٦ جلسة ٢٠٠٣/٦/١٤م شرعي عليا، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة العليا، سنة ٢٠٠٤م، ص٧٥؛ السباعي، مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الوراق، بيروت، ط٩، ٢٠٠١م، ج١، ص٢٦٩، الهاشمي، محمد بن عبدالله، الطلعة البهية في قانون الأحوال الشخصية (الطلاق)، سلطنة عمان، العنان، الطبعة الأولى، ٢٠١٩م، ص٤٠٩.

^(٨٥) السباعي، مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الوراق، بيروت، ط٩، ٢٠٠١م، ج١، ص٢٧١.

الحاضن أو تغيير حاله بعد أن كان مستوفياً لها فإن الحضانة تسلب منه حفاظاً على سلامة المحضون وحماية له، فإن جُنَّ الحاضن بعد أن كان عاقلاً، أو انخرمت أمانته بفسق أو فجور، أو أهمل المحضون ولم يراع حقه في الحفاظ عليه، أو أصيب بعجز بدني يمنعه أو يحول دون تربية المحضون ومتابعته أو أصيب بمرض معدٍ يؤثر على سلامة المحضون، أو كبرت سنّ الحاضن وهرم بحيث لا يقوى على متابعة حق المحضون، أو تزوجت الحاضنة فاشتغلت بزواج بعد أن كانت متفرغة للحضانة، أو كان الزوج أجنبياً عن المحضون خاصة الأنثى فصار في اجتماعهما شبهة وجود أو شبهة احتمال وجود الخطر^(٨٦)، فإن خرقت هذه الشروط أو لم تتوفر في الحاضن بعد أن كانت متوفرة فيه فقد قضى المشرع العُماني بسلب الحضانة وإسقاطها عن الحاضن، لما في ذلك من الحفاظ على مصلحة المحضون وحمايته وسلامته^(٨٧).

وقد قضت المحكمة العليا بإسقاط حضانة الأم التي لم تنقيد بشرط الزواج بالقرب، فتزوجت بأجنبي عن المحضون فأسقطت المحكمة حضانتها^(٨٨).

الحالة الثانية: إذا استوطن الحاضن بلداً يعسر معه على ولي المحضون القيام بواجباته، وقد سبق الحديث بوجود ارتباط بين الحضانة والولاية، وأن الولي هو الشخص المسؤول عن حياة المحضون وماله، ومن ضمن مسؤوليته متابعة الحاضن والحضانة وتحقيق الحماية في المحضون، فإن خرج الحاضن بالمحضون في موطن لا يستطيع فيه الولي بالإشراف على سلامة المحضون والتحقق من حمايته والمحافظة عليه فقد قضى المشرع بسلب الحضانة عن الحاضن، واستبداله بحاضن آخر يستطيع معه

(٨٦) الخليلي، أحمد، فتاوى النكاح، الأجيال، مسقط، ط ٢، ٢٠٠٣م، ص ٢٣٠.

(٨٧) الهاشمي، محمد بن عبدالله، الطلعة البهية في قانون الأحوال الشخصية (الطلاق)، سلطنة عمان، العنان، الطبعة الأولى، ٢٠١٩م، ص ٤١٦.

(٨٨) طعن المحكمة العليا العُمانية رقم ٢٠٠٢/٥٢ جلسة ٢٠٠٢/١٢/٢١ م شرعي عليا، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة العليا، سنة ٢٠٠٤م، ص ١٢، طعن المحكمة العليا العُمانية رقم ٢٠٠١/١٢ جلسة ٢٠٠٣/٤/١٢ م شرعي عليا، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة العليا، سنة ٢٠٠٤م، ص ٣٨.

الولي القيام بواجباته لتحقيق مبدأ الحماية المطلوبة، وأجازت المادة (١٣٤) من هذا المنطلق للحاضن السفر بالمحضون إذا كان ذلك تحت إشراف الولي وموافقته^(٨٩).

الحالة الثالثة: إذا سكت مستحق الحضانة عن المطالبة بها مدة سنة من غير عذر، ويقصد المشرع بذلك تنازل الحاضن عن حقه في الحضانة والتخلي عنه، فإن فعل ذلك سواء كان التنازل عن الحضانة صراحةً أم ضمناً سقطت حضانتها، واستبدل بحاضن آخر وانتقلت الحضانة لمن يليه من الحاضنين^(٩٠)، ولكن ما أثر ذلك في حماية الطفل المحضون والحفاظ عليه؟ ولعل المادة (١٣٦) من قانون الأحوال الشخصية يجيب على جزء من هذا التساؤل حيث قضت المادة بعودة الحضانة لمن سقطت عنه إذا زال سبب سقوطها فإذا زال المانع عاد الممنوع، فإن كان سقوطها بتنازل مستحقها عن الحضانة ثم طالب بها مرة أخرى جاز له قانوناً استحقاقها^(٩١)، وهو الذي سارت عليه الفتوى في سلطنة عمان^(٩٢)، إلا أن سقوط الحضانة لمستحقها بسبب تنازله عنها فيه حماية للطفل المحضون من مخاطر الإهمال والإضرار والأذى أن لو أُجبر الحاضن على الحضانة، خاصة وأن مبدأ الحضانة مؤسس على العطف بالمحضون والرأفة به والسهر على عنايته والاهتمام بصحته وتغذيته، وهذا لا يتأتى إلا مع وجود عاطفة جياشة في الحاضن تدفعه لذلك، فإذا انتفت هذه العاطفة ولم تكن موجودة من الحاضن تجاه الطفل المحضون فأكره عليها انعكس ذلك سلباً على المحضون، خاصة وأن مدار الحضانة مصلحة الصغير وجلب النفع له ودفع الضرر والمفسدة عنه، فكان حرياً أن يُبعد عنه الحاضن الكاره له حماية له وحفظاً لسلامته^(٩٣).

(٨٩) الهاشمي، محمد بن عبدالله، الطلعة البهية في قانون الأحوال الشخصية (الطلاق)، سلطنة عمان، العنان، الطبعة الأولى، ٢٠١٩م، ص ٤١٦.

(٩٠) طعن المحكمة العليا العُمانية رقم ٢٠٠٧/١٧ جلسة ٢٠٠٧/٥/١٩م شرعي عليا، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة العليا، سنة ق ٧، ص ٨٣.

(٩١) الخليلي، أحمد، فتاوى النكاح، الأجيال، مسقط، ط ٢، ٢٠٠٣م، ص ٢٢٨.

(٩٢) المعولي، المعتمد بن سعيد، المعتمد في فقه النكاح، بيروت، ط ٢، ٢٠١٤م، ص ٤٩٨.

(٩٣) الهاشمي، محمد بن عبدالله، الطلعة البهية في قانون الأحوال الشخصية (الطلاق)، سلطنة عمان، العنان، الطبعة الأولى، ٢٠١٩م، ص ٤١٧.

الحالة الرابعة: إذا سكنت الحاضنة الجديدة مع من سقطت حضانتها لسبب غير العجز البدني: ويقصد المشرع بهذه الحالة أن بقاء الخطر على المحضون ببقاء مصدره، فلو قرر المشرع سلب حضانة من أصيب بجنون أو ارتكب ما يخرم الأمانة كالمجاهرة بالفسق أو بدّل دينه وأظهر شعائره جهاراً أو أصيب بمرض معدٍ، أو خرج من موطن الولي؛ فإنّ المشرع حفاظاً على سلامة المحضون الذي أخرجه من هذه البيئة لا يقبل برده مرة أخرى في البيئة ذاتها ما لم تتغير، ولذا قضى بإسقاط الحاضن البديل الذي يصر على البقاء مع الحاضن المسلوب حضانته، حيث يظهر حرص المشرع في تقنين هذه الحالة على مصلحة المحضون، إذ يخشى من إلحاق الضرر به من الحاضن القديم، فعد سكنى الحاضن الجديد معه سبباً مبرراً لفقدان حقه في الحضانة^(٩٤).

الخاتمة

تناول هذا البحث دراسة حماية الطفل المحضون في التشريعات العُمانية وكيف استطاعت القوانين العُمانية بسط الحماية المطلوبة للطفل المحضون، حيث وضح في المبحث الأول تحقيق الحماية من خلال انضمام السلطنة لاتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل، وإصدار قانون خاص للطفل يضمن حقوقه ويحميه. ثم انتقل البحث للحديث عن دور قانون الأحوال الشخصية العُماني فيما يتعلق بأحكام الحضانة بتحقيق حق حماية الطفل المحضون، وكيف طبقت المحاكم العمانية ذلك في أحكامها.

وقد توصل الباحث بعد ذلك لكثير من النتائج والتوصيات تفصيلها على الآتي:

أولاً- النتائج:

- الطفل هو كل إنسان لم يُكمل الثامنة عشرة من عمره.

^(٩٤) الراشدي، مبارك، شرح قانون الأحوال الشخصية العُماني، مكتبة الضامري للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ٢٠١٩م، ص ٣٦٤، الهاشمي، محمد بن عبدالله، الطلعة البهية في قانون الأحوال الشخصية (الطلاق)، سلطنة عمان، العنان، الطبعة الأولى، ٢٠١٩م، ص ٤١٩.

- الاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها السلطنة أو صدّقت عليها تحوز قوة القانون في التنفيذ والتطبيق.
- انضمت السلطنة لاتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل منذ ١٩٩٦م وجددت ذلك بموجب المرسوم السلطاني رقم (٢٠١١/٨٦).
- أصدرت السلطنة "قانون الطفل" بموجب المرسوم السلطاني رقم (٢٠١٤/٢٢) يُعنى بحماية الطفل وضمان حقوقه.
- اتبعت السلطنة أربع آليات لتعزيز حماية الطفل المحضون، وهي كالاتي:
 - وجود لجان خاصة تعنى بحماية الطفل.
 - وجود دور رعاية مؤقتة تحمي الأطفال المعرضين للعنف.
 - تحديد أماكن مخصصة لرؤية الصغير في حال اختلف أصحاب الحق.
 - تدشين خط هاتفي خاص لتلقي البلاغات المتعلقة بانتهاكات حقوق الطفل.
- قضى المشرع العُماني بتقديم مصلحة المحضون إن تشاكرت في القضية حقوق الحاضن والمحضون.
- قنن المشرع العُماني الأهلية المستحقة والشروط اللازمة للحاضن التي تهدف لحماية المحضون.
- قنن المشرع العُماني إسقاط الحضانة إن ظهرت في الحاضن أمور تهدد حياة الطفل المحضون وحقوقه.

ثانياً- التوصيات:

- التأكيد على أهمية مراعاة مصلحة الطفل المحضون في القرارات والأحكام القضائية المتعلقة بحضانته
- تعزيز الوعي بحقوق الطفل المحضون وأهمية حمايتها من أي انتهاك أو إساءة.
- تهيئة الوسائل التي يمكن أن يلجأ إليها الطفل المحضون لحماية حقوقه ومنع تعرضه للإهمال أو الإساءة.
- متابعة الجهات ذات العلاقة بالطفل المحضون لأوضاعه والتدخل لضمان تمتعه بحقوقه وعلاقات جيّدة وتواصل مع أفراد الأسرة.

المراجع

- النظام الأساسي للدولة (٢٠٢١/٦).
- قانون الطفل (٢٠١٤/٢٢).
- قانون الأحوال الشخصية (٩٧/٣٢).
- قانون الجزاء العماني (٢٠١٨/٧).
- اللائحة التنفيذية لقانون الطفل (٢٠١٩/١٢٥).
- الخليلي، أحمد، فتاوى النكاح، الأجيال، مسقط، ط ٢، ٢٠٠٣م.
- الراشدي، مبارك، شرح قانون الأحوال الشخصية العماني، مكتبة الضامري للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ٢٠١٩م.
- الزغير، محمد عبده، ظاهرة عمل الأطفال في العالم الإسلامي وسبل التحدي لها، دار الغشام، ٢٠١٨م.
- السالمي: نور الدين، جوهر النظام في علمي الأديان والأحكام، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، الطبعة الثانية ٢٠١٨م.
- السباعي، مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الوراق، بيروت، ط ٩، ٢٠٠١م.
- اطفيش، محمد بن يوسف، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، جدة، مكتبة الإرشاد، الطبعة الثالثة، ١٩٨٥م.
- العوتبي، سلمة، كتاب الضياء، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، سلطنة عمان، ط ١، ٢٠١٥م، ج ١٦.
- المعولي، المعتصم بن سعيد، المعتمد في فقه النكاح، بيروت، ط ٢، ٢٠١٤م.
- الهاشمي، محمد بن عبدالله، الطلعة البهية في قانون الأحوال الشخصية (الطلاق)، سلطنة عمان، العنان، الطبعة الأولى، ٢٠١٩م.
- اليافعية، فاطمة، الآليات الوطنية للحد من الإساءة إلى الطفل العماني، اللجنة الوطنية لحقوق الإنسان، ٢٠١٤م.

- بجاق، محمد، "مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة القضائية"، مجلة البحوث والدراسات: جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي ع ١٧ (٢٠١٤م): ١٨١ - ٢٢٠.
- عوض، عادل موسى، حق المحضون على الحاضن وحق النفقة، دراسة فقهية، ندوة أثر متغيرات العصر على احكام الحضانه، جامعة أم القرى، ١٤٣٦هـ.
- غريسي، جمال، "السلطة التقديرية للقاضي في مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة آفاق علمية: المركز الجامعي أمين العقال الحاج موسى أوق أموك بتامنغت مج ١٣، ع ٢ (٢٠٢١م): ٤٩٩ - ٥١٨.
- محي الدين، نور محمد، أفضية الخلفاء الراشدين، دار السلام، الرياض، ط ١، ٢٠٠٣م.
- التقرير السنوي الإحصائي لوزارة التنمية الاجتماعية (٢٠١٩)، إصدار ٢٠٢٠م.
- مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة العليا، سنة ٢٠٠٤م.
- اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل (١٩٧٩م).
- اتفاقية فينّا لقانون المعاهدات.
- الأمم المتحدة، لجنة اتفاقية حقوق الطفل، التقرير الوطني الجامع للتقريين الثالث والرابع لعمان (٢٠١٢م).
- الأمم المتحدة، لجنة اتفاقية حقوق الطفل، قائمة المسائل المتعلقة بالتقريين الدوريين الثالث والرابع لعمان، ٢٠١٦م.
- الأمم المتحدة، اتفاقية حقوق الطفل، الملاحظات الختامية بشأن التقرير الجامع للتقريين الثالث والرابع لعمان ٢٠١٦م.



مسئولية الدولة عن أعمال السلطات العامة دراسة مقارنة بين سلطنة عُمان ومصر

الدكتور/ محمد بن عبد الله بن سعيد الجهوري*

المخلص:

تناولت هذه الدراسة موضوع مسؤولية الدولة عن أعمال السلطات العامة في النظام القانوني المصري والنظام القانوني في سلطنة عُمان بشيء من الإجمال ودون التطرق للتفاصيل وبما يحقق متطلبات الدراسة، وتوصلنا إلى أن معظم الدول تقرر مبدأ مسؤولية الدولة، إلا أنه يوجد ما يشبه الاتفاق العام على عدم مسألتها - كقاعدة عامة تتخللها استثناءات قليلة - عن أعمالها التشريعية والقضائية، وإنما تُسأل عن أعمالها الإدارية باستثناء أعمال السيادة. وأن المشرع العربي لازال أمامه الكثير في مجال تقرير مسؤولية الدولة عن أعمالها التشريعية والقضائية، وذلك من خلال خطة بحث مقسمة إلى ثلاثة مباحث، تسبقها مقدمة، وتليها خاتمة تحوي ما توصل إليه الباحث من نتائج ومقترحات.

الكلمات المفتاحية: مسؤولية الدولة عن أعمال سلطاتها العامة - مبدأ عدم مسؤولية الدولة - التعويض عن الخطأ - مبدأ الفصل بين السلطات - أعمال السيادة.

*أمين سر - عضو فريق عمل مكتب متابعة تحقيق أهداف رؤية عمان ٢٠٤٠ بمجلس الشؤون الإدارية للقضاء.



State Responsibility for the Function of Public Authorities A Comparative Study between Sultanate of Oman and Egypt

Dr. Mohammed Abdallah Said Al-Jahwari*

Abstract:

This study dealt with the issue of State Responsibility for the Function of Public Authorities in the Egyptian legal system and the legal system of Sultanate of Oman in general without addressing the details and in a way that fulfills the requirements of the study. However, there is something like a general agreement not to question it, as a general rule with few exceptions, about its legislative and judicial work, it is asked about its administrative work, with the exception of acts of sovereignty. The Arab legislator still has a lot in front of him in determining the state's responsibility for its legislative and judicial work, through a research plan divided into three investigations, preceded by an introduction, followed by a conclusion containing the researcher's findings and proposals.

Keywords: State Responsibility for the Function of Public Authorities - The Principle of Non-Responsibility of the State - Compensation for Error - The Principle of Separation of Powers - Acts of Sovereignty.

* Secretary, Member of the Work Team of the Office of Follow-up to Achieving the Objectives of Oman Vision 2040 in the Council of Administrative Affairs for the Judiciary.

المقدمة

تخضع الدولة الحديثة في أدائها لاختصاصاتها للقواعد المنظمة لهذه الاختصاصات، لذا لم يُعد مقبولاً -كما كان السائد قديماً- القول بأن تقرير مسؤولية الدولة عن أعمالها يتنافى مع سيادتها، ذلك لأن ازدياد نشاط الدولة الماس بحقوق الأفراد وحررياتهم جعل النقد يوجه إلى مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمالها لما ينطوي عليه من منافاة للعدالة وإجحاف بحقوق الأفراد ومبالغة في مفهوم سيادة الدولة^(١).

وتصدر عن الدولة ثلاثة أنواع من الأعمال؛ أعمال تشريعية وأعمال قضائية وأعمال إدارية، ورغم أن معظم الدول تقرر مبدأ مسؤولية الدولة، إلا أنه يوجد ما يشبه الاتفاق العام على عدم مسألتها - كقاعدة عامة - عن أعمالها التشريعية والقضائية، وإنما تُسأل عن أعمالها الإدارية^(٢).

أولاً- أهداف البحث:

يسعى الباحث من خلال هذه الدراسة إلى إبراز:

- ١- مدى مسؤولية الدولة عن أعمال سلطاتها العامة في مصر وسلطنة عمان.
- ٢- بيان مبررات مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمالها التشريعية والقضائية وموقف القانون العماني منه مقارنة بالقانون المصري.
- ٣- بيان المجهودات والفقهية والقضائية للحد من مبدأ عدم مسؤولية الدولة.
- ٤- عرض لمسؤولية الدولة عن أعمالها الإدارية، وبيان دور القضاء الإداري العماني رغم حداثة في حماية حقوق الأفراد وحررياتهم.

ثانياً- إشكالات البحث:

يدور البحث حول بيان النظام القانوني والقضائي الذي يحكم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطات العامة وتتمثل أهم إشكالات الدراسة في الإجابة عن التساؤلات الآتية:

(١) د. ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠م، ص ٤٤٠. د. عبد الناصر عبد الله: مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة، دراسة تحليلية تطبيقية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠١٤م، ص ٢٢.

(٢) د. سليمان محمد الطماوي: القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦١م، ط ٣، ص ٨١٥. د. حسين عثمان محمد عثمان، النظم السياسية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠م، ص ٢٨٣.

١- بفرض تقرير مبدأ مسؤولية الدولة، هل ستكون الدولة مسؤولة عن جميع

تصرفاتها؟ أم تقتصر المسؤولية على بعض التصرفات دون الآخر؟

٢- هل تكفي القواعد والضوابط المتعلقة بمسؤولية الدولة عن أعمال سلطاتها

الثلاث لحماية الأفراد في مواجهة تعسف السلطة أم أنها لازالت قاصرة عن

تحقيق تلك الحماية؟

٣- ما مدى التطور القضائي بصدد مسؤولية الدولة عن أعمال السلطات العامة

في النظام القانوني العماني والمصري؟

ثالثاً- منهج البحث:

يعتمد الباحث على المنهج الوصفي التحليلي بالإضافة إلى المنهج المقارن،

وذلك من خلال وصف المبادئ التي تحكم مسؤولية الدولة وفق القواعد العامة ثم

استعراض ما عليه الحال في سلطنة عُمان، وتحليل ومقارنة ذلك مع الوضع السائد في

مصر، وذلك كله باختصار وبدون التطرق إلى التفاصيل الدقيقة، وبما يحقق

متطلبات الدراسة.

رابعاً- خطة البحث:

اعتمد الباحث خطة بحث مقسمة إلى ثلاثة مباحث، تسبقها مقدمة، وتليها

خاتمة تحوي ما توصل إليه الباحث من نتائج ومقترحات، وذلك على التفصيل الآتي:

المبحث الأول: مدى مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية.

المطلب الأول: قاعدة عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية.

المطلب الثاني: الحد من مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية.

المبحث الثاني: مدى مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية.

المطلب الأول: قاعدة عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية.

المطلب الثاني: الحد من مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية.

المبحث الثالث: مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التنفيذية.

المطلب الأول: القواعد المتعلقة بمسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التنفيذية.

المطلب الثاني: عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السيادة.

الخاتمة:

النتائج:

التوصيات:

المبحث الأول

مدى مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية

تمهيد وتقسيم:

يقصد بأعمال السلطة التشريعية كل ما يصدر عن البرلمان من أعمال، سواء تعلق الأمر بالتشريعات التي يقرها، أو بالأوامر التي يصدرها ويطلق عليها اصطلاح الأعمال البرلمانية^(٣) كالإجراءات واللوائح الداخلية والقرارات الخاصة بتعيين موظفي البرلمان، وقد قسم مجلس الدولة المصري الأعمال التي تصدر عن البرلمان إلى أربعة أقسام، الأول هي الأعمال التشريعية المحضة الخاصة بتقرير القوانين، والثاني يتمثل في التصرفات التي أوجب الدستور عرضها على البرلمان للموافقة عليها، إما لأهميتها الخاصة، وإما لتأثيرها على أموال الدولة أو لمساسها بالمصالح العامة، والقسم الثالث يمثل الأعمال المتعلقة بالنظام الداخلي لكل مجلس وبحقوق الأعضاء وبواجباتهم ومكافآتهم وفصلهم وبالمحافظة على النظام في داخل كل مجلس. وأخيراً القسم الخاص بتصرفات كل مجلس في رقابته للسلطة التنفيذية. بينما درج الفقه على تقسيم تلك الأعمال جميعها إلى قسمين التشريعات والأعمال البرلمانية^(٤)، وعلى ضوء ذلك نتناول في هذا المبحث مدى مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية، في مطلبين، كالآتي:

(٣) د. ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٤٤٢.

(٤) د. سليمان محمد الطماوي: القضاء الإداري، الكتاب الثاني، قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام، القسم الأول، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٦م، ص ٢٦. د. إبراهيم عبد العزيز شيجا، وضع السلطة التنفيذية (رئيس الدولة - الوزارة) في الأنظمة السياسية المعاصرة، دراسة تحليلية بين النصوص والواقع، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٦م، ص ٣٣.

المطلب الأول

قاعدة عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية

نظراً لما أنطوى عليه جمود مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال سلطاتها من إجحاف لحقوق الأفراد، قرر مجلس الدولة الفرنسي التحول تدريجياً نحو اعتبار مسؤولية الدولة^(٥)، فقرر في البداية تلك المسؤولية فيما يتعلق بأعمال الإدارة العادية فقط دون أعمال السلطة التي تمارسها الدولة بما لها من سيادة^(٦)، كما قرر مسؤولية الدولة عن أعمالها المتعلقة بمرفق الشرطة^(٧)، وتتابعت أحكامه في هذا الاتجاه، حتى تدخل المشرع للاعتراف بمسؤولية الدولة عن أعمالها في بعض الحالات، ورغم أن الدولة أصبحت مسئولة عن كل أعمالها الإدارية إلا أنها لم تصل إلى شمول كافة أعمالها وإنما توقفت عن حد الأعمال التشريعية والقضائية، ونبين في هذا المطلب قاعدة عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية في فرعين كالاتي:

الفرع الأول

قاعدة عدم مسؤولية الدولة عن القوانين

يقصد بالقوانين تلك القواعد العامة التي يضعها المشرع لتنظيم المجتمع ويفرض على الأفراد احترامها وتحمل ما تتضمن من أعباء، والقاعدة هي عدم مسؤولية الدولة عما تصدر من قوانين^(٨)، فليس للفرد أن يطالب الدولة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة لصدور قانون معين أضر بمصالحه الشخصية، وذلك تفضيلاً للصالح العام على الصالح الخاص، ويقصد بالتعويض في هذا المجال، التعويض الذي يطالب به مضرور لا تربطه بالدولة علاقة تعاقدية، أما المتعاقد مع الدولة الذي أضررت به

(٥) Jean-Paul Jacqué, Droit constitutionnel et institutions politiques, D., 12 éd., 2018, p.150.

(٦) المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم ٢٠٦٣٥ لسنة ٥٨ بتاريخ: ٢٣/٦/٢٠١٣م.

(٧) المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم ٧٧٠٥ لسنة ٥٣ بتاريخ: ٢٧/٩/٢٠٠٩م.

(٨) د. ماجد راغب الطلو: القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١٦م، ص ٢٧٠.

بعض القوانين الجديدة فإن علاقته بالدولة تخضع لنظرية فعل الأمير أو نظرية الظروف الطارئة حسب الأحوال^(٩).

ويقوم مبدأ عدم مسئولية الدولة عن القوانين على حجج متعددة أهمها:

أولاً- فكرة سيادة الدولة:

بما أن السلطة التشريعية تمثل سيادة الأمة فيجب ألا تسأل عما تصدره من تشريعات، فالتشريع يمثل السيادة في المجتمع فضلاً عن أن السماح بمبدأ المسئولية عن القوانين يشل يد المشرع^(١٠)، ويبدو أن هذه الحجة لم تعد مقبولة؛ لأن السيادة للشعب وما البرلمان أو الهيئات الأخرى إلا ممثلة له، كما أن السيادة لا تتنافى مع الخضوع للقانون ولا تتناقض مع إمكانية إلزام الدولة بالتعويض عن الأضرار التي تلحق بالأفراد^(١١).

ثانياً- عدم خصوصية الضرر الذي تسببه القوانين:

يقول البعض^(١٢) بعدم مسئولية الدولة عن التشريعات على أساس انتفاء صفة الخصوصية التي يجب أن تتوفر في الضرر حتى يمكن طلب التعويض عنه، وذلك لأن القوانين تضع قواعد عامة مجردة، وهذه الحجة محل نظر من الناحية العملية؛ لأن بعض القوانين يقتصر ضررها على عدد قليل من الأفراد وذلك كالقانون الذي يحرم صناعة من الصناعات أو يجعل منها احتكاراً للدولة^(١٣).

(٩) د. ماجد راغب الطلو: القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٤٤٢. د. عادل أبو النجا: دور رئيس

الدولة في النظم السياسية المعاصرة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٧م، ص ١٣٥.

(١٠) د. سامي جمال الدين: النظم السياسية، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠م،

ص ٢٩٤، د. شعبان أحمد رمضان: الوجيز في الأنظمة السياسية والقانون الدستوري، دون طبعة، دار

النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٨م، ص ٢٢٨.

(١١) د. محمد رفعت عبد الوهاب، القانون الدستوري المبادئ الدستورية العامة، دراسة في النظام

الدستوري المصري، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، ٢٠٠٧م، ص ٣٩٩.

(١٢) د. سامي جمال الدين: اللوائح الإدارية التنفيذية، وضمانات الرقابة القضائية، دراسة تحليلية

لسلطة الإدارة في إصدار اللوائح الإدارية التنفيذية، ومدى سلطة القضاء في الرقابة عليها بالمقارنة مع

فرنسا، كمؤسسة حورس الدولية، ٢٠١٥م، ص ٥٦.

(١٣) د. محمد رفعت عبد الوهاب: رقابة دستورية القوانين، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٢م، ص ٣٢.

ثالثاً- عدم مسئولية أعضاء السلطة التشريعية:

يرى البعض أن عدم مسئولية السلطة التشريعية مستمدة من عدم مسئولية أعضاء هذه السلطة فالدساتير تقرر عدم مسئولية الأعضاء ضمناً لاستقلالهم فيما يبدونه من آراء وإذا كان لا يمكن مؤاخذة الجزء فإنه لا يمكن مساءلة المجموع^(١٤)، وهذه الحجة بالرغم من قوتها ظاهرياً إلا أنها غير مقنعة موضوعياً؛ لأن حكمة المسئولية لعضو البرلمان كفرد ليست متوافرة في البرلمان كمجموعة، كما أن عدم مسئولية الأعضاء فيما يعلنونه من آراء وأفكار مقررة بالنصوص صراحة وليس هناك نصوص فيما يتعلق بعدم المسئولية عن القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية^(١٥).

رابعاً- الخطأ لا يمكن إسناده إلى المشرع:

يقول البعض^(١٦) أن أساس المسئولية هو الخطأ ولا يمكن تصور وقوع السلطة التشريعية في أخطاء؛ لأنها هي التي تحدد الخطأ والصواب، ولكن الواقع أن الخطأ ليس هو الأساس الوحيد للمسئولية، كما أنه لا يمكن تنزيه المشرع الوضعي بصورة دائمة عن الوقوع في الخطأ، فالمشرع الوضعي هو مجموعة من البشر قد تصيب وقد تخطئ، وإلا لما كان هناك ضرورة لتقرير حق القضاء في رقابة دستورية القوانين.

خامساً- تقرير التعويض قد يثبط عزيمة المشرع:

بيد أن إجازة التعويض عن الأضرار التي تسببها القوانين يثبط من عزيمة المشرع في المضي بطريق الإصلاح، وهذا الادعاء يمكن دحضه باعتبار أن الضرر

^(١٤) د. رمضان بطيخ: قضاء الإلغاء، ضمانات للمساواة وحماية للمشروعية، دراسة تأصيلية في نظم

القضاء الإداري المقارن، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦م، ص ١١.

^(١٥) د. علي يوسف الشكري: الوسيط في الأنظمة السياسية المقارنة ط ١، مؤسسة دار صفاء للنشر

والتوزيع عمان، ٢٠١٢م، ص ١٩٧.

^(١٦) د. محمد رفعت عبد الوهاب: رقابة دستورية القوانين، المرجع السابق، ص ٣٥. د. أشرف إبراهيم

سليمان: مبادئ القانون الدستوري، دراسة موجزة عن القانون الدستوري والنظم السياسية، المركز

القومي للإصدارات القانونية، ٢٠١٥م، ص ٦٣.

الذي يعوض عنه هو الضرر الخاص الذي يصيب عدداً محدداً من الأشخاص وقيمة التعويض في هذه الحالة لا تكون كبيرة لدرجة تؤدي إلى تثبيط همة المشرع^(١٧).

الفرع الثاني

قاعدة عدم مسؤولية الدولة عن الأعمال البرلمانية

الأعمال البرلمانية هي تصرفات مغايرة تماماً لطبيعة العمل التشريعي، لذا تعرف بأنها الأعمال غير التشريعية الصادرة من البرلمان فيما يتعلق بوظيفته الرقابية أو بترتيب نظامه الداخلي، كالإجراءات واللوائح الداخلية والقرارات الخاصة بتعيين موظفي البرلمان والعقود التي يجريها البرلمان مع بعض الأفراد.

ويقوم مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن الأعمال البرلمانية على حجج متعددة أهمها:

أولاً- مبدأ الفصل بين السلطات:

يقتضي هذا المبدأ استقلال السلطة التشريعية عن السلطة القضائية^(١٨)، وقيل إن في مسؤولية الدولة عن الأعمال البرلمانية قرابة قضائية تمثل اعتداء على هذا المبدأ، غير أن هذا الكلام لا يستقيم في ظل النظام البرلماني الذي يبني على تعاون سلطات الدولة^(١٩)، كما أن مبدأ الفصل بين السلطات لا يعارض رقابة القضاء على أعمال السلطة التنفيذية، فلما القول بمعارضته لرقابة أعمالاً السلطة التشريعية^(٢٠).

(١٧) د. إبراهيم عبد العزيز شبحا: رقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة مبدأ المشروعية، ٢٠١٨م، ص ٧ و ص ٨.

(١٨) د. منى رمضان محمد بطيخ: طبيعة نظام الحكم في مصر في ضوء دستور الجمهورية الثانية (٢٠١٢-٢٠١٤) دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، دار النهضة العربية، ط ١، ٢٠١٤م، ص ٧١.

(١٩) د. سامي جمال الدين: القانون الدستوري والشرعية الدستورية، وفقا لدستور ٢٠١٤م، منشأة المعارف، ٢٠١٨م، ص ٣٢.

(٢٠) د. رفعت عيد سيد: النظرية العامة للقانون الدستوري، الكتاب الثاني، نظام الحكم لدستور ١٩٧١، الأحزاب السياسية. سلطات الحاكم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩م، ص ٥٧٠.

ثانياً- عدم مسئولية البرلمان نتيجة لعدم مسئولية أعضائه:

تلك الحجة أيضاً لا تصح؛ لأن الدساتير لا تنص على عدم مسئولية البرلمان عن أعماله، وإنما تقرر عدم مسئولية أعضاء البرلمان عما يبدونه من آراء في تأدية وظائفهم^(٢١).

ثالثاً- البرلمان هو صاحب السيادة:

تلك الحجة مردودة لسببين، الأول إنها غير سليمة فالبرلمان ما هو إلا ممثلاً عن الشعب، والثاني أن السيادة ليست مطلقة ولا تتنافى مع المسئولية.

رابعاً- عدم اختصاص القضاء الإداري:

يقول البعض^(٢٢) أن القضاء الإداري لا يختص بنظر المنازعات المتعلقة بالأعمال البرلمانية وإنما ينحصر اختصاصه في نظر المنازعات الإدارية، ولكن الأعمال البرلمانية إذا كانت تشريعية طبقاً للمعيار الشكلي الذي يقوم على أساس الجهة التي أصدرتها، إلا أنها تعد أعمالاً إدارية إذا أخذنا بالمعيار الموضوعي الذي يعتد بطبيعة العمل ذاته، إلا أن محكمة القضاء الإداري المصرية قضت بأنه حتى بالنسبة " للأعمال الإدارية التي يصدرها البرلمان في صورة قوانين ومنها قانون ربط الميزانية فترى المحكمة الأخذ بالرأي الذي يأخذ بالمعيار الشكلي، ومقتضى ذلك ولازمه أن يكون لقانون ربط الميزانية حصانات القوانين العادية ومن ثم لا يقبل الطعن فيه"^(٢٣).

(٢١) د. ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٤٤٩. د. حازم صادق، سلطة رئيس الدولة بين النظامين البرلماني والرئاسي - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩م، ص ٣٥٩.

(٢٢) د. شريف أحمد بعلوثة: إجراءات التقاضي امام القضاء الإداري، دراسة تحليلية مقارنة، مركز الدراسات العربية، ٢٠١٧م، ص ١٠٩.

(٢٣) القضية رقم ٣٧١ لسنة ١٦ ق، مجموعة مجلس الدولة، السنة السابعة، ص ١٠٠٠، مشار إليه لدى د. ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٤٤٨.

المطلب الثاني

الحد من مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية

أدى تدخل الدولة المتزايد في المجالات المختلفة إلى إصابة العديد من الأفراد بالأضرار متنوعة الجسامة، بحيث أصبح من اللازم التخفيف من حدة مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية^(٢٤)، لذا حاول كل من الفقه والقضاء التصدي لهذه المشكلة بالبحث عن سبل للتخفيف من حدة هذا المبدأ.

الفرع الأول

محاولات التخفيف من مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن القوانين

تعددت النظريات التي قال بها الفقه للتخفيف من حدة هذا المبدأ، فنفق نظرية سيل بين القوانين الأصولية التي يقتصر دور المشرع فيها على صياغة القواعد الموجودة في ضمير الجماعة، وهي القوانين التي لا ترتب مسؤولية، وبين القوانين المنشئة التي يصنعها المشرع وبالتالي يُسأل عنها، غير أنها نظرية يصعب تحقيقها على أرض الواقع، وتقرر نظرية هوريو تحقق المسؤولية عن القوانين في الحالات التي يمكن فيها تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب، غير أنه من الصعب تطبيق هذه النظرية في مجال القانون العام^(٢٥)، وأخيراً نجد نظرية ديجي التي تفرق بين طائفتين من القوانين، طائفة تتصل بالنظام العام وتحرم الأعمال الضارة بالمجتمع، وهذه القوانين لا يعوض عن الأضرار التي تقع بسببها، والطائفة الأخرى هي القوانين التي تحرم أنشطة لا تضر بالمجتمع ولا تتأفي الأخلاق العامة، وهنا يجب تعويض المضرورين بسبب هذه القوانين

(٢٤) د. محمد إبراهيم درويش: الرقابة الدستورية، دراسة تحليلية لنماذج الرقابة في فرنسا، الولايات المتحدة الأمريكية، مصر، دار النهضة العربية، ٢٠١٦م، ص ١٩٠. د. عماد محمد محمد أبو حليلة: الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥م، ص ٣٦.

(٢٥) د. أندريه هوريو: القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، ترجمة علي مقلد وآخرين، ج ١، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٧٧م، ص ٢٠١ وما بعدها.

على أساس المساواة أمام الأعباء العامة واقتداء بحالة نزع الملكية للمنفعة العامة التي يعرض فيها صاحب الشأن^(٢٦).

أما القضاء فكان له الدور الأكثر فعالية في التخفيف من حدة مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن القوانين^(٢٧)، فبداية إذا قرر المشرع عدم تعويض الضرر المترتب على القانون؛ يحترم القضاء ذلك، كما يحترم حالة تقرير المشرع للتعويض، ولكن كثيراً ما نجد المشرع يترك مسألة التعويض ولا يتخذ فيها موقفاً محدداً، هنا يتدخل القضاء بدوره الإيجابي مقررًا التعويض عن الضرر الحادث نتيجة القوانين وفقاً للشروط الآتية:

١- سكوت المشرع عن منح أو منع التعويض عن الضرر الذي يحدثه تنفيذ أحكام القانون.

٢- درجة خصوصية الضرر المترتب على تطبيق القانون، بحيث يطبق على الضرر الخاص الذي يمكن التعويض عنه دون الضرر العام الذي يرهق التعويض عنه خزينة الدولة.

٣- ألا يكون التعويض عن الضرر الذي أصاب مصالح تخالف النظام العام في أي عنصر من عناصره الثلاثة، أو تخالف الآداب العامة.

أما موقف مجلس الدولة المصري فإنه ينكر مسؤولية الدولة عن القوانين فقد جاء في حكم لمحكمة القضاء الإداري المصرية أن: " المبدأ المسلم به كقاعدة عامة هو عدم مساءلة الدولة عن أعمالها التشريعية؛ لأن التشريع يجب أن تكون له الكلمة العليا في تنظيم المجتمع عن طريق وضع القواعد العامة المجردة، فإذا ما ترتب على التشريع ضرر لبعض المواطنين، فإن الصالح العام يقتضي أن يتحملوا عبء ذلك، ومبدأ عدم مسؤولية الدولة عن النشاط التشريعي و عما تسببه القوانين من أضرار هو مبدأ تقليدي يقوم على مبدأ سيادة الدولة، ومن خصائص السيادة أنها تفرض سلطتها على الجميع

(٢٦) د. ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٤٤٥. وسيم حسام الدين الأحمد، رئيس الدولة في الدول العربية والأجنبية، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١١م، ص ١٨٣.

(٢٧) د. عزة مصطفى حسني عبد المجيد: مسؤولية رئيس الدولة، دراسة مقارنة، (فرنسا، مصر، النظام الإسلامي)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨م، ص ٧٤.

دون أن يكون لأحد أي حق في التعويض عنها، إذ أن الضرر الذي تسببه القوانين لا تتوفر فيه الشروط اللازمة للحكم بالتعويض، وأهمها الخصوصية ولأن القوانين وهى قواعد عامة مجردة يقتصر أثرها على تغيير المراكز العامة، فإذا ترتب عليها ضرر عام لا يصيب أشخاصاً بذواتهم، فإن مثل هذا الضرر لا يعوض عنه، ما لم يقرر القانون صراحة منح تعويض لمن يضر من صدوره، فإذا سكت المشرع عن تقرير هذا التعويض، كان ذلك قرينة على أنه لا يرتب على التشريع أي تعويض^(٢٨).

الفرع الثاني

محاولات التخفيف من مبدأ عدم مسئولية الدولة عن الأعمال البرلمانية

في البداية أضفت قواعد الاختصاص على الأعمال البرلمانية حماية كبيرة فقد كان مجلس الدولة الفرنسي يلحق هذه الأعمال بالقوانين من حيث عدم مسئولية الدولة عنها لكن بدأ يحد من قاعدة عدم مسئولية الدولة عن الأعمال البرلمانية، فبعد أن كان يعتمد المعيار الشكلي للترقية بين ما يعد عملاً إدارياً وبين ما لا يعد كذلك، أخذ بالمعيار الموضوعي الذي يقوم على طبيعة العمل ومضمونه دون الأخذ بعين الاعتبار السلطة التي صدر عنها أو الإجراءات التي اتبعتها في إصداره، فقد عد أن القرارات التي يصدرها البرلمان بشأن موظفيه هي قرارات إدارية يمكن التعويض عنها، ويمكن القول إن محاولات مجلس الدولة الفرنسي حصر مبدأ عدم مسئولية الدولة عن الأعمال البرلمانية جاءت على النحو الآتي^(٢٩).

أولاً- احتفاظ العمل بصفته الإدارية:

اتجه القضاء إلى تحديد معنى العمل البرلماني وذلك بما يُمكن من استبعاد الأعمال المشابهة من مجاله، فقد تحاول الإدارة الحصول على تأييد البرلمان لعمل

(٢٨) محكمة القضاء الإداري المصرية: حكمها الصادر بتاريخ ٣ مارس سنة ١٩٥٧م، مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري، السنة ١١، ص ٢٢٩.

(٢٩) د. عبد العظيم عبد السلام: تطور الأنظمة الدستورية الكتاب الأول، التطور الدستوري في فرنسا، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م، ص ٢٤٣.

إداري تجريبه بقصد الاستفادة من الحصانة التي تتمتع بها الأعمال البرلمانية^(٣٠)، لذا فقد اخذ القضاء في الفرنسي وكذلك المصري باعتبار العمل إدارياً على الرغم من إبداء البرلمان رأيه فيه وبالتالي أخضعه لرقابته.

ثانياً- التقدير القضائي في خضوع الأعمال البرلمانية للرقابة:

يخضع القضاء الأعمال البرلمانية لرقابته إذا وجد أساساً معقولاً لذلك، ومن أحكام مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد، حكمه الصادر في فبراير سنة ١٨٩٩م، والذي تتلخص وقائعه في أن مجلس النواب الفرنسي عهد إلى مهندس بوضع تصميم قاعة جديدة للجلسات، فلما أنجز مهمته طالب بأجر إضافي عن هذا العمل، فرفضت هيئة مراقبة المجلس طلبه بحجة أن إجراء التصميم يدخل في عمله الأصلي الذي يتقاضى عنه مرتباً، فاضطر ورثته إلى المطالبة بالتعويض أمام القضاء، وللخروج من مأزق عدم الاختصاص، كيف المجلس الدعوى تكييفاً يبعدها عن الأعمال البرلمانية، فاعتبر دار المجلس من المباني العامة المملوكة للدولة، والمخصصة لمجلس النواب، وبالتالي تكون أعمال البناء والترميم والإصلاح من قبل الأشغال العامة التي يختص القضاء الإداري بنظر المنازعات المتعلقة بها^(٣١).

ثالثاً- الفصل بين العمل البرلماني وبين تنفيذه:

يفصل القضاء أحياناً بين العمل البرلماني وبين تنفيذه، فيرجع أساس التعويض إلى الخطأ في تنفيذ العمل البرلماني، لا إلى العمل البرلماني نفسه، باعتبار أن الإدارة قد أساءت فهم قصد البرلمان، وهو الاتجاه نفسه الذي سلكه القضاء الإداري المصري. وكانت نتيجة تلك الجهود أن تدخل المشرع الفرنسي وحد من مبدأ عدم المسؤولية عن الأعمال البرلمانية فقد أجاز بمقتضى المادة (الثامنة) من الأمر النظامي الصادر

(٣٠) د. وليد جمعة: القضاء الإداري وفقاً للقانون العماني (قضاء الإلغاء والتعويض) - دراسة مقارنة،

دار الكتاب الجامعي، ٢٠٢٠م، ص ١١٣.

(٣١) د. سليمان محمد الطماوي: القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٣٥.

في ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٨م رفع التعويض في حالتين^(٣٢)، الأولى مسئولية الدولة عن الأضرار التي تترتب على نشاط مجلسي البرلمان في مواجهة المواطنين وذلك أمام جهة القضاء المختصة وفقاً للمبادئ العامة في توزيع الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والإداري، والحالة الثانية هي اختصاص القضاء الإداري بالفصل في المنازعات ذات الطابع الفردي المتعلقة بموظفي البرلمان.

وفي مصر فقد أخذ القضاء بالمعيار الموضوعي في تحديد قرارات البرلمان المتعلقة بشئون موظفيه، واعترف لنفسه بالاختصاص بنظر قضايا التعويض المتعلقة بهذه القرارات.

المبحث الثاني

مدى مسئولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية

تمهيد وتقسيم:

أكد النظام الأساسي للدولة في سلطنة عمان على استقلالية القضاء فنص في المادة (٦٠) منه على أن: "السلطة القضائية مستقلة وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وتصدر أحكامها وفق القانون". وبهذا شهد القضاء في سلطنة عمان نقلة نوعية نحو الاستقلال التام خاصة عندما صدر المرسوم السلطاني رقم ٢٠١١/٢٥م باستقلال الادعاء العام إدارياً ومالياً، وتولي المدعي العام صلاحيات المفتش العام للشرطة والجمارك المنصوص عليها في قانون الادعاء العام، ثم بعد فترة قصيرة صدر المرسوم السلطاني رقم ٢٠١٢/١٠م بشأن تنظيم شئون القضاء والذي استقل فيه القضاء استقلالاً تاماً، وذلك بنقل تبعية المحاكم والإدارة العامة للنيقش القضائي، والإدارة العامة للمحاكم وموظفيها والاعتمادات المالية المقررة لها من وزارة العدل، إلى مجلس الشؤون الإدارية المنصوص عليه في قانون السلطة القضائية، على أن يكون لرئيس المجلس الاختصاصات والصلاحيات المعقودة لوزير العدل بموجب

(٣٢) د. محمد إبراهيم خيرى الوكيل: الدستور الفرنسي " دستور ٤ أكتوبر ١٩٥٨" وفقاً لتعديلات ٢٣ يوليو ٢٠٠٨م، دار النهضة العربية، ص ٢٤.

القوانين والمراسيم السلطانية النافذة على أصول وحقوق وسجلات وموظفي تلك الجهات، كما نص المرسوم ذاته في مادته السادسة، على أن يمارس رئيس محكمة القضاء الإداري الاختصاصات والصلاحيات المعقودة لوزير ديوان البلاط السلطاني، المنصوص عليها في قانون محكمة القضاء الإداري، وبهذا أصبح القضاء مستقلاً استقلالاً تاماً دون خضوعه لأي جهة إدارية أو تنفيذية، وتبعاً لذلك تم تعديل تشكيل المجلس الأعلى للقضاء بموجب المرسوم السلطاني رقم ٢٠١٢/٩م^(٣٣).

ونظراً لكل هذه الضمانات التي أحاط المشرع بها القضاء مرفق القضاء بغرض تحقيق نزاهة القضاء واستقلال السلطة القضائية، من أجل ضمان استقلاليته ونزاهته، فقد اتجه المشرع في غالبية الدول إلى أنه لا يجوز مساءلة القضاء مدنياً بسبب ما يصدر عنهم من أحكام، وقد استقر المشرع على هذه القاعدة لفترة طويلة رغم خطورة ما يترتب على ذلك من آثار ضارة بالمتقاضين وذلك رغبة في تمكين القضاة من أداء واجباتهم بحرية وأمان، ومع ذلك لا بد من الوضع في الاعتبار أن القضاة ليسوا إلا بشرًا قد يحالفهم الصواب وقد يقعوا في الخطأ، وقد تؤدي هذه الأخطاء في الغالب إلى الإضرار بالمتقاضين، الأمر الذي يتطلب تعويضهم عما لحقهم من ضرر^(٣٤)، كل ذلك أدى إلى تغيير موقف المشرع وتبنى مبدأ انحسار عدم مسئولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، نوضح ذلك تفصيلاً في مطلبين كالآتي:

(٣٣) د. هلال بن محمد بن ناصر الراشدي: استقلالية القضاء في سلطنة عمان، ورقة عمل، مقدمة في المؤتمر السادس لرؤساء المحاكم العليا للدول العربية، الذي نظمه مجلس الشؤون الإدارية للقضاء بسلطنة عمان، بتاريخ ١٢/٩/٢٠١٥م.

(٣٤) د. المهدي محمد حمد حسين: مدى مسئولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠١٩م، ص ١.

المطلب الأول

قاعدة عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية

القاعدة العامة في مسألة المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية هي عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية؛ إلا إذا نص المشرع صراحة على خلاف ذلك، ويدخل في مفهوم الأعمال القضائية كلاً من الأحكام القضائية والأعمال اللوائية والتحضيرية وكذلك الأعمال الصادرة من النيابة العامة فيما يتعلق بالاتهام والتحقيق كالقبض والتفتيش والحبس الاحتياطي وأعمال الضابطة القضائية الهادفة إلى الكشف عن المجرمين وتعقبهم، وذلك بخلاف أعمال النيابة العامة الأخرى ذات الطابع الإداري كالتفتيش على السجون؛ فإن الدولة تسأل عنها، أيضاً فإن أعمال الضابطة الإدارية التي يقوم بها رجال الأمن للمحافظة على النظام العام لا تدخل في أعمال السلطة القضائية وبالتالي تكون الدولة مسؤولة عنها^(٣٥).

وهنا يثور التساؤل حول مبررات قاعدة عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية؟ ونجد الإجابة في الآتي:

أولاً- استقلال السلطة القضائية وخصوصية مرفق القضاء:

إن القضاء مرفق عام لكنه ليس ككل مرافق الدولة الأخرى، ذلك لأن نظام الوظيفة القضائية محاط بمنظومة إجرائية خاصة به، تعد بمثابة وسيلة وقائية تحفظه من الوقوع في الخطأ، كما يعتبر حياد القاضي واستقلاله من المبادئ الأساسية^(٣٦)، التي تضمن صدور حكم عادل محايد تماماً عن كل المؤثرات الداخلية والخارجية^(٣٧)،

(٣٥) د. منصور محمد أحمد: دور مجلس الدولة في المجال التشريعي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧م، ص ٧٣.

(٣٦) د. عدنان عاجل عبيد: أثر استقلال القضاء عن الحكومة في دولة القانون، دراسة دستورية مقارنة بالأنظمة القضائية العربية والعالمية، المركز العربي للنشر والتوزيع، ٢٠١٨م، ص ٣٩.

(٣٧) د. دعاء محمد إبراهيم بدران: نفاذ أحكام المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، ٢٠١٧م، ص ١١٩.

فليس لأي سلطة التدخل في عمل القاضي، وكل ذلك يجعل البعض يؤيد عدم المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية^(٣٨).

لكن هذه الحجة مردودة لعدة أسباب؛ فبالنسبة إلى حجة أن الحكومة لا تُسأل عن أعمال القضاة؛ لأن القضاة مستقلين لا سلطان عليهم لغير القانون، هذه الحجة لا محل لها؛ لأن الأمر لا يتعلق بمسئولية الحكومة أو السلطة التنفيذية عن أعمال القضاة، وإنما يتعلق بمسئولية الدولة بما تضم من سلطات ثلاث^(٣٩).

أما بالنسبة إلى القواعد التي تضمن حياد القاضي ونزاهته، فلا يمكن التسليم بها في ظل وجود قواعد مخاصمة القضاة وردهم؛ وذلك لأن القاضي بشر يصيب ويُخطأ.
ثانياً - عرقلة سير القضاء:

ذهب بعض الفقه للقول بأن تقرير مسؤولية الدولة عن أعمال القضاء سيؤدي إلى عرقلة سير القضاء على الوجه الأكمل لما سينجم عنه من خوف وتردد القاضي في إصدار الأحكام القضائية نتيجة شعوره بالمسئولية المحيطة به^(٤٠)، ولكن ذلك القول مردود لأننا لسنا بصدد مسئولية القضاة الشخصية، حيث يتعرضون لدفع التعويض الشخصي من مالهم الخاص، إنما نحن بصدد مسئولية الدولة، لذا لا توجد قيمة واقعية أو قانونية لهذه الحجة^(٤١).

ثالثاً - حجية الأحكام وقوة الشيء المقضي به:

يرى البعض أن الأحكام القضائية تحتاج في مرحلة معينة إلى الاستقرار؛ لأنها تصبح عنواناً للحقيقة وبالتالي إذا سمحنا للأفراد بالمطالبة بتعويض من أحكام استقرت،

(٣٨) د. ميادة عبد القادر إسماعيل: الرقابة السابقة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٥م، ص ٢٣ وما بعدها.

(٣٩) د. ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٤٥٧.

(٤٠) مصطفى محمد خلف: جريمة تضليل العدالة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الكتب القانونية، ٢٠١١م، ص ٣٣.

(٤١) د. محمد رضا النمر: مسؤولية الدولة عن أخطاء القضاء، دراسة تحليلية مقارنة في النظام القضائي المصري والإسلامي، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، ٢٠١٠م، ص ٧٧.

نتيجة أن تلك الأحكام صدرت خاطئة، فإن ذلك سيكون بمثابة إثارة النزاع من جديد وهذا ما يتعارض تماماً وحجية الشيء المقضي به^(٤٢).

لكن هذا المبرر لا يكفي فهو قاصر على الأحكام دون الأعمال القضائية الأخرى كالحبس الاحتياطي وإجراءات التفتيش، ناهيك أن قوة الشيء المقضي به لا تحول دون المسؤولية في بعض الحالات، كما هو الشأن بالنسبة إلى الأحكام الصادرة بالبراءة في القضايا الجزائية، كذلك لا يمكن التسليم بحجية الشيء المقضي به حتى لو كان خطأً، فقد يقضي القاضي المدني لغير المالك بالملكية ويصبح الحكم حائزاً لحجية الشيء المقضي به لتأييده من المحكمة الأعلى أو لفوات مواعيد الطعن، فيضيع على المالك الحقيقي ملكه، وقد يقرر القاضي الجنائي إدانة متهم وبحكم عليه بعقوبة قد تصل إلى الإعدام، ثم يتضح فيما بعد أن المحكوم عليه بريء مما نسب إليه^(٤٣).

رابعاً- حداثة قاعدة مسؤولية الدولة:

كانت القاعدة فيما مضى هي عدم مسؤولية الدولة؛ نظراً لاندماج مفهوم الدولة بشخصية الملك الحاكم، ولما كان هذا الأخير معصوماً عن الخطأ فإن الدولة لا تخطئ، ويرى بعض الفقه^(٤٤) أن هذا الأساس هو الأساس السليم لقاعدة عدم مسؤولية الدولة عن أعمالها القضائية، وهو الأساس الذي يسمح بتغيير الوضع بحيث يؤثر تطور مفهوم مسؤولية الدولة على ترتيب مسؤوليتها عن الأعمال القضائية^(٤٥)، ولو تعارض ذلك مع قاعدة حجية الشيء المقضي به، إذ إن الرجوع إلى الحق فضيلة وحجية الأحكام تظل حجر الأساس ما اتفقت مع العدالة فحسب.

(٤٢) د. حسن بن أحمد الحمادي: نظرية حجية الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية، دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٣م، ص ٢٠١.

(٤٣) د. سليمان محمد الطماوي: القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٢١.

(٤٤) د. ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٤٥٨.

(٤٥) د. محمد رضا النمر: مسؤولية الدولة عن أخطاء القضاء، المرجع السابق، ص ٨٠.

المطلب الثاني

الحد من مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية

إن طبيعة مسؤولية الدولة عن الخطأ القضائي هي المسؤولية المدنية للدولة وذلك لتعويض الأضرار التي يرتكبها القضاة أو مرفق القضاء وتندرج هذه المسؤولية في نطاق القانون الإداري الذي يحكم علاقات الأفراد بالدولة حينما تتصرف هذه الأخيرة بصفاتها ذات سيادة وسلطة، لذا تصبح الدولة مسؤولة عن أخطاء القضاء في حالات استثنائية ومحصورة بنصوص قانونية وهو ما يعد تضييقاً لنطاق مسؤولية الدولة، حيث جاءت في التشريع على سبيل الحصر وهي حالة إصدار حكم جنائي بالإدانة وحالة الحبس المؤقت غير المبرر وحالة ارتكاب القاضي لخطأ شخصي مرتبط بالمهنة، كذلك تترتب مسؤولية الدولة عن الأخطاء التي يرتكبها ضباط الشرطة القضائية أثناء أداءهم لعملهم باعتبارهم ممثلين للسلطات العامة في حدود وظيفتهم وصفتهم.

وقد أدخل المشرع على قاعدة عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية بعض الاستثناءات أهمها ما يأتي:

أولاً- مسؤولية الدولة في حالة مخاصمة رجال القضاء:

رسم المشرع الطريق الذي يمكن به الرجوع على رجال القضاء شخصياً في حالة خطئهم، فبين قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري كيفية وحالات مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة، بخلاف رجال الضبط القضائي الذين ترفع عليهم الدعاوى كغيرهم من موظفي الدولة، كما نظم قانون الإجراءات المدنية والتجارية في سلطنة عُمان الصادر بالمرسوم سلطاني رقم ٢٩ / ٢٠٠٢^(٤٦)، في الباب الثامن منه حالات عدم صلاحية القضاة وردهم وتنحيهم في المواد من (١٤٢ إلى المادة ١٦١)، لكن لم يتعرض لمخاصمة القضاة^(٤٧).

^(٤٦) نُشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية لسلطنة عُمان رقم ٧١٥ الصادرة في ١٧ / ٣ / ٢٠٠٢م.

^(٤٧) لمزيد من التفصيل يُنظر: عبد العزيز بن أحمد بن محمد الصقري: نطاق الحصانة القضائية،

بحث منشور بالموقع الإلكتروني لمحكمة القضاء الإداري بسلطنة عُمان، يونيو ٢٠١١م، ص ١٨.

<http://admincourt.gov.om/index.php/2013-01-07-00-36-39/2013-01-07-01-49-56>

ولا تقبل المخاصمة إلا لأسباب حددها المشرع على سبيل الحصر فيما يلي:

- ١- وقوع غش أو خطأ مهني جسيم.
- ٢- الامتناع عن الفصل في قضية صالحة أو الإجابة على عريضة مقدمة رغم سبق الإعذار مرتين على يد محضر.
- ٣- في الأحوال التي ينص فيها القانون صراحة على مسؤولية القاضي كما هو الشأن في المادة (١٧٩) من قانون المرافعات التي تلزم رئيس الجلسة بتوقيع نسخة الحكم الأصلية خلال مدة محددة وإلا كان ملزماً بالتعويض.

فإذا حكم على القاضي بالتعويض في دعوى المخاصمة كانت الدولة مسئولة عما يحكم به من ضمانات، ومسئولية الدولة في هذه الحالة تعد من قبيل مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع^(٤٨). وتعد مخاصمة القاضي مدنيا إحدى الوسائل القانونية التي يستطيع بمقتضاها المتضرر من عمل القاضي أن يرفع دعوى مدنية ضده يطالب فيها بالتعويض عن الضرر الذي نزل به جراء عمله الخطأ وإبطال عمل القاضي، سواء اتخذ عمل القاضي صفة الحكم أو الإجراء أو التصرف، شريطة أن يكون هذا العمل ناتجا عن خطأ القاضي الجسيم، أو غشه، أو تدليسه، أو غدره، أو إنكاره العدالة، أو أي شيء آخر نص عليه القانون، وأن يؤدي هذا العمل إلى إلحاق الضرر بالمدعي^(٤٩).

ورغم أن المشرع العماني لم يتعرض لمخاصمة القضاة إلا انه نص في الفصل السادس من قانون السلطة القضائية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٠/٩٩م)^(٥٠) على آلية التفتيش القضائي، حيث نصت المادة (٦٢) منه على أن " تتشأ بوزارة العدل إدارة عامة للتفتيش القضائي تؤول من رئيس يتم اختياره بطريق الندب من بين قضاة المحكمة العليا وعدد كاف من الأعضاء يندبون من بين قضاة المحكمة العليا ومحاكم

^(٤٨) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم ٦٠٧١ لسنة ٥٥ بتاريخ: ٢٧/١٢/٢٠١٦م.

^(٤٩) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم ٢٥٤٢٠ لسنة ٥٥ بتاريخ: ٣/١/٢٠١٢م.

^(٥٠) هذا القانون منشور على الموقع الإلكتروني لوزارة العدل والشئون القانونية في سلطنة عُمان، على العنوان الإلكتروني التالي:

الاستئناف، ويكون نديهم لمدة سنة قابلة للتجديد بقرار من وزير العدل، بعد موافقة مجلس الشؤون الإدارية. ويصدر وزير العدل لائحة للتفتيش القضائي، بعد موافقة المجلس، ويجب أن يحاط القضاة علماً بكل ما يودع في ملفاتهم السرية من ملاحظات أو أوراق أخرى".

فيتبين أن تشكيل الإدارة العامة للتفتيش القضائي تتكون من قضاة يندبون من بين قضاة المحكمة العليا وقضاة محاكم الاستئناف، كما أن القانون اشترط موافقة مجلس الشؤون الإدارية على من يندب للإدارة، وفي هذا ضمان لعدم تدخل غير القضاة في العمل القضائي، بل ذهب القانون أبعد من ذلك فأوجب إحاطة القاضي بكل ما يودع في ملفه السري من ملاحظات أو أوراق، كما أعطى القاضي حق التظلم من أي قرار يؤثر على وضعه الوظيفي إلى مجلس الشؤون الإدارية، وفقاً للمادة (٦٨) من قانون السلطة القضائية، كما نظم قانون السلطة القضائية آلية مساءلة القضاة، في الفصل الثامن المواد من (٧٣ إلى ٨٥) منه، والتظلم من القرارات التي تصدر عنها، وبذلك وازن بين الحقوق والواجبات، ليضمن التزام القاضي بالنزاهة وتطبيق القانون، ويضمن له عدم اتخاذ مساعلته وسيلة للحياد عن الحق.

فكل خطأ مرتكب من طرف السلطات العامة يعرض صاحبه للمسئولية بحيث تتعدد أنواع المسئولية التي يخضع لها، لذا فقد يخضع لمسئولية إدارية، إذا كان الخطأ الصادر من تابع للمرفق وقد يخضع لمسئولية مدنية أو جزائية، إذا كان الخطأ شخصي، وللمدعي الحق في اختيار إحدى الدعويين فإذا اختار طالب التعويض أن يقاضي الشخص المتسبب في الضرر أو طلب التعويض من الدولة، وتطبق قواعد المسئولية الإدارية في غالب الأحيان في هذا النوع من المنازعات، حيث ينعقد الاختصاص بنظر النزاع للقاضي العادي أو القاضي الإداري، وذلك حسب ما إذا كان

الخطأ مرفقي أو شخصي أو صادر عن جهة القضاء العادي أو القضاء الإداري، أو كان الخطأ متصل بالوظيفة أو منفصل عنها^(٥١).

ثانياً- مسؤولية الدولة في حالة براءة المحكوم عليه بحكم نهائي:

نص قانون ٨ يونية سنة ١٨٩٥م الفرنسي الخاص بالتماس إعادة النظر في بعض الأحكام الجنائية النهائية في حالات معينة على إلزام الدولة بتعويض من قضي ببراءته^(٥٢)، ومن هذه الحالات، حالة ظهور وقائع أو مستندات لم تكن معلومة وقت المحاكمة، وهذا النص لا مقابل له في التشريع المصري ولا نظيره العُماني.

المبحث الثالث

مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التنفيذية

تمهيد:

من أركان الدولة القانونية مبدأ الشرعية أو المشروعية أو سيادة القانون الذي يعنى التزام الدولة بالخضوع للقانون وخاصة إلزام السلطة الإدارية بأن تكون تصرفاتها في إطار القانون وعلى أساس منه، وإلا كان جزاء عدم التزامها قيام القضاء بإلغاء قراراتها المخالفة للقانون وتعويض الأفراد عن أضرارها إن كان لذلك مقتضى^(٥٣)، وتتبع أهمية ذلك من كونه يضع التنظيم الصحيح للعلاقة بين الحكام والمحكومين حيث يسعى إلى إيجاد التوازن بين امتيازات الحكام وسلطانهم وبين حقوق وحرية الأفراد التي تمثل قيداً على الدولة من ناحية ومن كونه المظل الذي تستظل به المؤسسات

(٥١) د. محمد رضا النمر: مسؤولية الدولة عن أخطاء القضاء، دراسة تحليلية مقارنة في النظام القضائي المصري والإسلامي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط١، ٢٠١٠م، ص١٠٤ وما بعدها.

(52) PRELOTM et Autres: Institutions politiques et droit constitutionnel, Paris, D. 2006, P.36.

(٥٣) م. سعيد بن خلف التوبي: مبدأ المشروعية ودور القضاء الإداري في تأكيد سيادة القانون، بحث منشور بالموقع الإلكتروني لمحكمة القضاء الإداري بسلطنة عُمان، يونيو ٢٠١١م، ص٦.

<http://admincourt.gov.om/index.php/2013-01-07-00-36-39/2013-01-07-01-49-56>

الدستورية في الدولة بوصفه المظهر العملي لوجود الحكم الديمقراطي من ناحية أخرى^(٥٤)، وهناك تلازم طبيعي بين مبدأ الشرعية وخضوع الدولة للقانون حتى تتصف تصرفات سلطاتها بالمشروعية^(٥٥). لذا نجد أنه على عكس الحال بالنسبة لمسئولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية والقضائية حيث القاعدة السائدة والمستقرة هي عدم مسئولية الدولة عن أعمال هاتين السلطتين، فإن القاعدة السائدة والمستقرة بخصوص مدى المسئولية عن أعمال السلطة التنفيذية، هي مسئولية الدولة عن هذه الأعمال، ونتناول بالبيان في هذا المبحث القواعد المنظمة لتلك المسئولية والاستثناءات الواردة عليها في مطلبين، على التفصيل الآتي:

المطلب الأول

القواعد المتعلقة بمسئولية الدولة عن أعمال السلطة التنفيذية

تتعدد في الواقع أعمال السلطة التنفيذية وهي ما يقال لها أعمال الإدارة، وهذه الأعمال رغم تعددها لا تخرج عن أن تكون إما أعمالاً قانونية تتم سواء بإرادة منفردة وهي القرارات الإدارية اللائحية والفردية وتهدف إلى أحداث تغيير في المراكز القانونية القائمة^(٥٦)، أو تتم بتقابل أو توافق إرادتين وهي العقود الإدارية، وإما أن تكون أعمالاً مادية تتم في شكل وقائع أو حوادث مثل قيام الإدارة بإنشاء المرافق العامة، أو قيام أحد رجال الإدارة بتصرف ينطوي على اعتداء على أحد الأفراد، أو ارتكاب موظف عام لجريمة في حق أحد أفراد بسبب تأديته لوظيفته، فمثل هذه الأعمال ليس من شأنها أن

^(٥٤) د. مدحت احمد يوسف غنايم، الديمقراطية في اختيار رئيس الجمهورية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١م، ص ٣٤٢.

^(٥٥) د. ثروت عبد العال أحمد، د. عبد المحسن ريان: قانون القضاء الإداري، ٢٠٠٩م، بدون دار نشر، ص ١٤٥.

^(٥٦) د. دانا عبد الكريم سعيد: دور البرلمان في الأنظمة البرلمانية المعاصرة، ضعف الأداء التشريعي والرقابي للبرلمان وهيمنة السلطة التنفيذية، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٣م، ص ٢٦٣.

تعدل في المراكز القانونية القائمة للأفراد^(٥٧)، وفي إطار دراستنا لمدى مسئولية الدولة عن أعمال السلطة التنفيذية نستبعد منها الأعمال التي تتم بتوافق إرادتين وهي العقود الإدارية؛ لأنها تخضع لقواعد المسئولية العقدية، أما بقية أعمال السلطة التنفيذية فهي التي تخضع لقواعد المسئولية التقصيرية، وهي مجال هذا البحث، والمسئولية التقصيرية هنا تنقسم إلى نوعين: المسئولية عن القرارات الإدارية^(٥٨)، الفردية منها واللائحية، والمسئولية عن الأعمال المادية، وهنا يثور تساؤل حول القاعدة المستقرة في هذا الشأن؟ هل هي مسئولية الدولة عن هذه الأعمال؟ أم أن القاعدة هي عدم المسئولية عنها؟

يُلاحظ أن مسئولية الدولة عن أعمالها المادية وقراراتها الإدارية لم تكن مبدأ مسلماً به منذ البداية، حيث كانت القاعدة من قبل هي عدم المسئولية، إلا أنه نظراً لتطور الحياة وتدخل الدولة في مختلف المجالات الفردية، وزيادة المرافق العامة، ومن ثم زيادة اتصال الأفراد بهذه المرافق، إضافة إلى أن أعمال السلطة التنفيذية تختلف عن أعمال كل من السلطتين التشريعية والقضائية حيث لا تحاط بالضمانات الكافية لصالح الأفراد، فقد كان من نتيجة ذلك أن امتدت الرقابة القضائية لتشمل هذه الأعمال كافة سواء بإلغائها إذا كانت مخالفة لمبدأ المشروعية أو بتقرير التعويض عن آثارها الضارة، أو بالأمرين معاً؛ وبالتالي فقد أصبحت القاعدة هي مسئولية الدولة عن أعمال السلطة التنفيذية غير التعاقدية^(٥٩).

(٥٧) د. صلاح الدين فوزي: واقع السلطة التنفيذية في دساتير العالم، دون سنة طبع، مركزية السلطة المركزية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣م، ص ٥٦.

(٥٨) د. أيمن فتحي محمد عفيفي: الوجيز في العقود الإدارية "دراسة لنظرية العقد الإداري وتطورها في مصر وفرنسا"، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ٢٠١٧م، ص ١٠٣.

(٥٩) د. عبد الغني بسيوني: القانون الدستوري (المبادئ العامة للقانون الدستوري والنظام الدستوري في دستور سنة ١٩٧١م بعد تعديلاته سنة ٢٠٠٥م، وسنة ٢٠٠٧م)، ط ٣، أبو العزم للطباعة، مصر، ٢٠٠٩م، ص ٣١٨. د. محمد على سويلم: الرقابة على دستورية القوانين وتطور الأنظمة السياسية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية ٢٠١٣م، ص ٤٩٣.

وقد ذهب بعض الفقه للقول بأنه إذا كان في تصور رقابة التعويض بالنسبة إلى أعمال السلطتين التشريعية والقضائية مساس بإحدى الضمانات المهمة للأفراد، إلا أن هذا المساس من حيث الواقع أقل خطورة على الأفراد من تصور تلك الرقابة بالنسبة إلى بعض الأعمال الإدارية^(٦٠)، فالسلطة التشريعية يفترض فيها أنها ممثلة لأفراد الشعب، فإرادتها التي تظهر في وضع قواعد عامة تعد هي إرادة الأفراد أنفسهم، فضلاً عن أن القضاء بالفعل يراقب القوانين الصادرة عنها، وبيحث في مدى دستورتها^(٦١)، ليمتنع عن تطبيقها، إذا كانت مخالفة لأحكام الدستور أو يلغيها، وكذلك الأمر بالنسبة إلى أعمال السلطة القضائية، إذ المفروض أنها تطبق القانون، فضلاً عن وجود درجات للتقاضي، مما يحقق للأفراد كثيراً من الضمانات، أما بالنسبة إلى أعمال السلطة التنفيذية^(٦٢)، فالأمر على خلاف ذلك، فليست إرادتها هي إرادة الشعب، فضلاً عن أنه لا تتوفر لها الضمانات التي تتوفر في أعمال السلطة القضائية، ولذلك كان من الطبيعي أن تمتد الرقابة القضائية إلى أعمالها سواء بتقرير التعويض عن آثارها الضارة بالأفراد أو بإلغائها إذا كانت مخالفة للقانون^(٦٣).

وفي هذا المجال أرسى النظام الأساسي للدولة الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٩٦/١٠١ دعائم القضاء الإداري بسلطنة عُمان ليكون رقيقاً على مشروعية تصرفات الإدارة وضمناً لتطبيق مبدأ سيادة القانون، فبداية أقرت المادة (٢٥) من ذلك النظام أن التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ثم أكدت المادة (٥٩) على أن: "سيادة

(٦٠) د. رأفت دسوقي: هيمنة السلطة التنفيذية على أعمال البرلمان، منشأة المعارف، ٢٠٠٦م، ص ١٣٢.

(٦١) د. صبري محمد السنوسي: الدور السياسي للبرلمان في مصر، دراسة مقارنة في ضوء نظم الحكم المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م، ص ٨٨.

(٦٢) د. كريم لفته مشاري: المسؤولية السياسية للوزارة في النظام البرلماني، دراسة مقارنة، مكتبة السنهوري، ٢٠١٦م، ص ٢٨١.

(٦٣) د. رمزي طه الشاعر، قضاء التعويض مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية نطاق المسؤولية على أساس الخطأ، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩م، ص ٣٢، ٣٣.

القانون أساس الحكم في الدولة"، وانتهت المادة (٦٧) إلى إنشاء جهة قضائية تختص بالفصل في الخصومات الإدارية إما بواسطة دائرة أو محكمة خاصة يبين القانون نظامها وكيفية ممارستها للقضاء الإداري، وهو ما توج بإنشاء محكمة القضاء الإداري وإصدار قانونها بالمرسوم السلطاني رقم ٩٩/٩١، كجهة قضائية مستقلة تختص بالفصل في الخصومات الإدارية التي حددها قانونها، والمتعلقة بشؤون الموظفين العموميين، والقرارات الإدارية، ودعاوى التعويض والعقود الإدارية، وغيرها من المسائل. كما قررت محكمة القضاء الإداري في سلطنة عُمان في حكم لها بأن: "تقوم مسؤولية الدولة على أساس عناصر ثلاثة هي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما"^(١٤). فعلى عكس مدى مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية، والسلطة القضائية في مصر وعُمان، حيث القاعدة السائدة والمستقرة هي عدم مسؤولية الدولة عن أعمال هاتين السلطتين، نجد القاعدة السائدة والمستقرة فيما يتعلق بالسلطة التنفيذية هي مسؤولية الدولة عن هذه الأعمال، بل ويعد أن كانت تطبق على المسؤولية التقصيرية للإدارة؛ قواعد القانون المدني.

وقد كان القضاء الإداري في بداية الأمر يتشدد فيما يتعلق بتحقيق شروط المسؤولية الإدارية، وذلك مراعاة للصالح العام، وحتى لا يشل القلق من المسؤولية عمل جهة الإدارة، ولذلك كان يتطلب لقيام هذه المسؤولية أكثر من شروطها العادية، فكان يشترط الخطأ الجسيم وليس مجرد أن يكون هناك خطأ، ولكن مع تطور المبادئ الديمقراطية وخاصة مبدأ المساواة بين المواطنين أمام الأعباء العامة، بدأ القضاء الإداري يخفف من حدة تلك الشروط، بل وبدأ يوازن بين اعتبارات الصالح العام واعتبارات العدالة في تعويض الأفراد عما يصيبهم من أضرار نتيجة ممارسة جهة الإدارة للنشاط الإداري، ومن هنا فقد أقام القضاء الإداري المسؤولية التقصيرية للإدارة على أساس المخاطر أو تحمل التبعة، وليس على أساس الخطأ، والمسؤولية على

(١٤) محكمة القضاء الإداري في سلطنة عُمان، الدعوى رقم ٢/٨ق، بتاريخ ٢٤/٦/٢٠٠٢م، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في العامين الأول والثاني (٢٠٠٠ إلى ٢٠٠٢)، المكتب الفني، ص ٢٥٢.

أساس المخاطر تعنى أن مسئولية الإدارة عن أعمالها غير التعاقدية تقوم بمجرد حدوث ضرر سببه إحدى هذه الأعمال حتى ولو كان هذا العمل مشروعاً أو غير خاطئ. وبالتالي يرتب القضاء الإداري هذه المسئولية على ركني الضرر وعلاقة السببية بين هذا الضرر وبين تصرفات الإدارة فقط^(٦٥).

ومن ذلك حكم لمحكمة القضاء الإداري المصرية الذي قضت فيه بإلزام وزارة الداخلية، بتعويض ١٠٠ ألف جنيه مصري لمواطن قُبض عليه اشتباه دون وجه حق، لتشابه اسمه مع شخص آخر، محكوم عليه بحكم قضائي نهائي في جريمة سرقة تيار كهربائي، وجرى إيداعه سيارة الترحيلات وتعطيله عن عمله، وإجباره على ترك سيارته في الشارع، التي سُرقت محتوياتها، ما أصابه بأضرار مادية ونفسية، تستوجب التعويض، ثم قررت النيابة العامة إخلاء سبيله بعد التأكد أن الجنحة مقيدة ضد شخص آخر، وليس المدعي، واستندت المحكمة في حيثيات حكمها، إلى نص المادة (٥٤) من الدستور، التي تضمنت "أن الحرية الشخصية مصونة ولا تمس، فيما عدا حالات التلبس، لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو تقييد حريته، إلا بأمر قضائي مسبب". وإلى أن أجهزة الكمبيوتر التي تستخدمها الوزارة، أجهزة قديمة ولا تحتوي على بيانات دقيقة، حيث إنه لا يتصور أن يكون الكشف عن الأشخاص بالأسماء الثلاثية فقط، دون الرقم القومي أو اسم الأم، وأن الاعتماد في الكشف على الأسماء الثلاثية فقط، قد يؤدي بالزج بأبرياء داخل السجن، في جرائم لا علاقة لهم بها، لتشابه الأسماء، في دولة يقترب تعداد سكانها من المائة مليون نسمة، وقررت التعويض على أساس أن الخطأ الذي ثبت في حق جهة الإدارة، كان هو السبب المنتج والمباشر، في الأضرار التي أصابت الطاعن، ما يوجب تعويضه^(٦٦).

ورغم أن القاعدة أصبحت مسئولية الدولة عن جميع أعمالها غير التعاقدية بمعنى أنه يتحتم على جهة الإدارة أن تقوم بتعويض الأفراد عن الأضرار التي تصيبهم

(٦٥) د. محمد محمد عبد اللطيف: قانون القضاء الإداري، الكتاب الثالث، مسؤولية السلطة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤م، ص ٣٠٨.

(٦٦) محكمة القضاء الإداري المصرية: الدعوى رقم ٤٧٨٧٧ لسنة ٦٧ ق، بتاريخ ٢٦/١/٢٠٢٠م.

من جراء تلك الأعمال سواء أكان ذلك على أساس فكرة الخطأ أم على أساس فكرة المخاطر أو تحمل التبعية^(٦٧)؛ إلا أن هناك استثناء على هذا المبدأ، وهو الاستثناء الخاص بأعمال السيادة، تلك الأعمال التي تباشرها السلطة التنفيذية ولا تخضع في مباشرتها لأية رقابة قضائية سواء من جانب القضاء العادي أو من جانب القضاء الإداري، فهذه الأعمال لا تخضع جهات الإدارة في خصوصها للرقابة القضائية سواء لرقابة الإلغاء في حالة مخالفة مبدأ المشروعية أم لرقابة التعويض لجبر ما يترتب عليها للمواطنين من ضرر، الأمر الذي يعنى حرمان هؤلاء المواطنين من أهم ضمانات فعالة لحماية حقوقهم وحررياتهم التي تمسها تلك النظرية، ومن ثم يقف القضاء أمامها عاجزاً، معلناً فقط عدم اختصاصه بنظرها حتى ولو كانت تمس حقوق الأفراد وحررياتهم^(٦٨).

وقد تعددت المعايير التي قيل بها لتمييز أعمال السيادة؛ ومنها معيار الباعث السياسي، وطبقاً له يعد العمل الذي تتخذه السلطة التنفيذية من أعمال السيادة إذا كان الباعث عليه، أو الدافع إليه سياسياً^(٦٩)، وكذلك معيار طبيعة العمل الذاتية، والذي مؤداه أنه يجب النظر - لتحديد طبيعة أعمال السيادة - إلى العمل في ذاته أو في موضوعه دون اعتداد بالدافع أو الباعث عليه، ومنها معيار العمل المشترك أو الأعمال المختلطة، وطبقاً له أعمال السيادة هي الأعمال التي تقوم بها السلطة التنفيذية بمناسبة علاقتها بسلطة أخرى لا تخضع لرقابة القضاء الإداري، وأخيراً معيار القائمة القضائية وهي المعيار المعتمد الآن في مختلف دول العالم، ويقصد به أن أعمال السيادة هي تلك الأعمال التي يضافي عليها القضاء هذه الصفة، فالمرجع إذن في هذا المعيار -

(٦٧) د. محمد محمد عبد اللطيف: التطورات الحديثة في مسؤولية الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص ١٠٣.

(٦٨) د. حافظ هريدي: أعمال السيادة في القانون المصري والمقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٥٢م، ص ٢٣٣ وما بعدها. د. وليد محمود محمد ندا: دور المحكمة الدستورية العليا في حماية الحريات السياسية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٥م، ص ٢٦٢.

(٦٩) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية: الطعن رقم ٢٠٦٣٥ لسنة ٥٨ بتاريخ: ٢٣/٦/٢٠١٣م.

لتحديد ما إذا كان العمل من أعمال السيادة أم من الأعمال الإدارية- هو القضاء، فيملك القاضي وحده وصف العمل المطعون فيه بأنه من أعمال السيادة أو أنه ليس كذلك، وأنه عمل معدوم أو أنه ليس كذلك، وهكذا يستطيع أن يضيق من دائرة أعمال السيادة التي لا يختص بنظرها وأن يوسع فيها، أما المشرع فلا يملك حتى بقانون أن يصف عملاً ما تصدره السلطة التنفيذية بأنه من أعمال السيادة^(٧٠).

المطلب الثاني

عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السيادة

حدد قانون محكمة القضاء الإداري في سلطنة عُمان في المادة (٧) المعدلة بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٩/٣) بعض المسائل التي لا تختص المحكمة بنظرها، وهذه المسائل هي:

- ١- الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة أو بالمراسيم أو الأوامر السلطانية.
- ٢- الدعاوى الخاصة بأعمال الوحدات الأمنية والعسكرية عدا ما يتعلق منها بقرارات متصلة بأداء خدمات عامة لذوي الشأن المتعاملين معها.
- ٣- الدعاوى المتعلقة بالجنسية والشؤون القبلية.

وهنا يثور التساؤل حول مبررات عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السيادة؟

اعترف المشرع في مصر وسلطنة عُمان صراحة بوجود نظرية أعمال السيادة، ولذا اتجه الفقه إلى البحث عن مبررات لعدم مسؤولية الدولة عن تعويض الأضرار الناجمة عن هذه الأعمال، بل وعلى البحث عن مبررات لعدم خضوعها لولاية للرقابة القضائية بحيث يستحيل إلغاء تلك الأعمال أو التعويض عنها^(٧١)، في حين ذهب

(٧٠) د. أنور أحمد رسلان: مسؤولية الدولة غير التعاقدية، القاهرة، ١٩٨٢م، ص ١٣٢ وما بعدها.

(٧١) د. كامل ليلة: الرقابة على أعمال الإدارة، بيروت، ١٩٧٠م، ص ٦٧٥ وما بعدها. د. رجب محمود أحمد: القضاء الإداري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥م، ص ٨٣.

جانب آخر من الفقه إلى محاولة إخضاعها لقضاء التعويض دون الإلغاء باعتبار أن ذلك يمثل أخف الضررين.

الفرع الأول

مبررات استبعاد أعمال السيادة عن مجال الإلغاء والتعويض

اتجه جانب من الفقه إلى البحث عن مبررات لعدم خضوع أعمال السيادة للرقابة القضائية بحيث يستحيل إلغاء تلك الأعمال أو التعويض عنها^(٧٢)، ومن هذه المبررات ما يلي:

أولاً- الأوضاع التاريخية لظهور نظرية أعمال السيادة:

أن أعمال السيادة إنما وجدت كأداة للتصالح بين كل من السلطتين القضائية والتنفيذية، بحيث يباح لهذه السلطة الأخيرة أن تأتي هذه الأعمال ولا تصبح مسئولة عنها، في مقابل الحفاظ على بقاء واستمرار مجلس الدولة، فكما هو معروف أن مجلس الدولة الفرنسي وعلى أثر الإطاحة بإمبراطورية نابليون وعودة الملكية عام ١٨١٤م، عمل من جانبه على مهادنة الحكومة ومحاولة استرضائها حتى يتجنب الغدر من جانبها، ويحافظ على بقائه كثمره من ثمار نابليون، من هنا فقد اتبع سياسة قضائية مرنة تمثلت في تنازله عن رقابة طائفة من أعمال السلطة التنفيذية، هي ما عُرفت بأعمال السيادة، مقابل أن يراقب بقية الأعمال الأخرى، وهكذا أعدت أعمال السيادة بمثابة الفدية التي افتدى بها مجلس الدولة بقاءه من ناحية، ومباشرته لباقي اختصاصاته الرقابية من ناحية أخرى^(٧٣).

(٧٢) د. عبد الفتاح ساير داير: نظرية أعمال السيادة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٥٥م، ص ٢١٥ وما بعدها. د. محمد فؤاد عبد الباسط: ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية، منشأة المعارف، ٢٠٠٢م، ص ٣٨٩.

(73) André Hauriou et Jean Gicquel et Patrice Gélard: Droit constitutionnel et institutions politiques, Montchrestien, 1985, P.970.

"تتكون هذه المحكمة من ٢٤ من أعضاء البرلمان منهم ١٢ من النواب، و ١٢ من مجلس الشيوخ".

وهذا المبرر مردود حيث لا يمكن أن تكون المرحلة التاريخية التي ظهرت فيها نظرية أعمال السيادة مبرراً حقيقياً لعدم التعويض عن الأضرار التي تسببها السلطة التنفيذية للمواطنين، ذلك أن مجلس الدولة الفرنسي لم يعد الآن في حاجة إلى مهادنة الحكومة بعد أن قويت شوكته واستقام عوده واستقر وضعه، بل لا نبالغ إذا قلنا إن الحكومة تخشى الآن مجلس الدولة وتعمل دائماً على مهادنته والتقرب منه بعد أن أصبح حامياً حقيقياً لحقوق الأفراد وحررياتهم، إضافة إلى أن فكرة التصالح بين السلطتين التنفيذية والقضائية ينبغي ألا تكون على حساب الأفراد وذلك بحرمانهم من تعويض الأضرار التي تتسبب فيها بعض أعمال السلطة التنفيذية^(٧٤).

أما بالنسبة إلى الوضع في مصر وفي سلطنة عُمان، فإن حال القضاء الإداري لم يكن أبداً في حاجة لمثل هذه المهادنات، لذا فإن هذه الحجة التاريخية لا تصلح لتكون معتبره في النظام القانوني المصري والعُماني.

ثانياً- الأعمال السياسية لا تصلح محلاً للمخاضات القضائية:

يرى البعض أن أعمال السيادة تعد من قبيل الأعمال السياسية التي تباشرها الدولة، والتي لا يجب أن تكون محلاً لمخاضات قضائية^(٧٥)، ومن ثم إذا كان لا بد من خضوعها للرقابة، فلا يمكن أن تخضع إلا لرقابة من قبل هيئة سياسية كالبرلمان^(٧٦)، ومعنى ذلك أن أعمال السيادة بصفتها أعمالاً سياسية لا تخضع ولا يجب أن تخضع لرقابة القضاء الإداري، بما تتطلبه هذه الرقابة من إعادة تقدير وتقييم للوقائع وما ترمى إليه من أغراض وأهداف؛ خاصة أن مسألة التمييز بين ما يعد من الأعمال السياسية وتلك التي يعد من الأعمال الإدارية، تعد مسألة سياسية لا يصلح

(٧٤) د. أيمن محمد شريف: الأزواج الوظيفي والعضوي بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في الأنظمة السياسية المعاصرة، دراسة تحليلية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥م، ص ٢٥.
(٧٥) د. محمد رفعت عبد الوهاب: أصول القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١٢م، ص ٣١٩. د. محمد ماهر أبو العينين: الموسوعة الشاملة في القضاء الإداري، ج ٤، ٢٠١٥م، ص ٤٨١.

(٧٦) د. محمد باهي أبو يونس: الرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة في النظامين المصري والكويتي، دون طبع، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٧م، ص ١٣ وما بعدها.

القضاء لتحديدها^(٧٧)، لكن هذا المبرر يمكن رده أيضاً، فكيف يمكن أن نحتج بأن عملية تحديد ما يمكن اعتباره من أعمال السيادة لا يصلح أن يقوم بها القضاء كمبرر لعدم التعويض عن أعمال السيادة، في حين أن الواقع ينطق بغير ذلك، فمن المعروف أن المشرع لا يحدد أعمال السيادة وإنما القضاء الإداري هو من يحدد تلك الأعمال التي يختار ألا تخضع لرقابته، وفي ذلك قضت محكمة القضاء الإداري في عُمان بأن: "للمحكمة أن تقرر بسلطتها التقديرية ما يعد من أعمال السيادة وما لا يعتبر كذلك"^(٧٨)، كما ذهبت محكمة استئناف مصر في ١٩٤٥/٥/٢٨م للقول بأن: "وإن كانت أعمال السيادة ليست محددة في فقه القانون الإداري على سبيل الحصر، إلا أن طبيعة هذه الأعمال هي التي تحددها بمراعاة ظروف الأحوال"^(٧٩).

كما أنه ليس هناك ما يمنع من تقرير هذا التعويض دون إعادة تقدير وتقييم لوقائع تلك الأعمال، وذلك في حالة ما إذا كان مبنى أو أساس هذا التعويض فكرة المخاطر أو تحمل التبعة، إذ في هذه الحالة يكتفى فقط بأن يتبين أن هناك ضرراً أصاب أحد المواطنين، وأن سبب هذا الضرر عمل من أعمال السيادة، وهكذا يمكن القول في مثل هذه الحالة أن القضاء -عند إقراره للتعويض عن أعمال السيادة- لا يتعرض لتلك الأعمال في ذاتها، وإنما فقط لما تحدثه من ضرر للمواطنين؛ فهو لا يتدخل في الواقع في مضمونها وفحواها أو في مدى سلامتها أو عدم سلامتها^(٨٠).

(٧٧) د. محمد جمعة يوسف الحلاق: خصوصية الدعوى أمام القضاء الإداري (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٢٠م، ص ١١٣. د. محمد باهي أبو يونس: انقضاء الخصومة الإدارية بالإرادة المنفردة للخصوم في المرافعات الإدارية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٦م، ص ١١.

(٧٨) محكمة القضاء الإداري في سلطنة عُمان، الدعوى رقم ٥/٦ ق. س، بتاريخ ٢٥/٦/٢٠٠٥م، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في العامين الخامس والسادس (٢٠٠٤ إلى ٢٠٠٦)، المكتب الفني، ص ٢٢٨.

(٧٩) د. عبد الغني بسيوني عبد الله: القضاء الإداري، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٦م، ص ٥٣.

(٨٠) د. صلاح الدين فوزي: التوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في الدستور الفرنسي.... إلى أين؟، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١م، ص ١٤٣.

ثالثاً - سلامة الدولة فوق القانون:

يقول البعض^(٨١) بأن سلامة الدولة فوق القانون، وبما أن القانون وسيلة لا غاية، وسيلة للمحافظة على سلامة الدولة وبقاء كيانها، فإنه يجب الاعتراف للحكام بالخروج على القانون كلما اقتضت الظروف ذلك، مادام في هذا الخروج تحقيقاً للغاية التي وجد القانون لتحقيقها وهي سلامة الدولة.

وهذا المبرر أيضاً مردود، فهو لا يكفي لمنع التعويض عن أعمال السيادة، إذ المطلوب هو تعويض الأضرار المترتبة على هذه الأعمال لما في ذلك من تحقيق لصالح الأفراد الذين أضرروا من جراء تلك الأعمال ولا علاقة لذلك بالحفاظ على سلامة الدولة، فهذا أمر آخر لا يؤثر فيه دفع مثل هذا التعويض.

رابعاً - نصوص القانون التي تمنع التعويض عن أعمال السيادة:

برر البعض عدم التعويض عن أعمال السيادة استناداً إلى نص المادة رقم (٢٦) من قانون مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ ٢٤ مايو ١٨٧٢م، ونص المادة (٤٧) من قانون ٣ مارس ١٨٤٩م التي تقرر حق الوزراء في أن يحيلوا القضايا التي تخرج من اختصاص مجلس الدولة إلى محكمة التنازع، فقد ذهبوا في تفسيرهم لهذا النص بأن المقصود بالقضايا التي لا تدخل في اختصاص مجلس الدولة هي أعمال السيادة، ويمكن أن تدخل ضمن ذلك أيضاً النصوص التي تحرم التعويض عن أعمال السيادة في القانون المصري مثل نص المادة رقم (١٧) من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢م، ونص المادة (١١) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م^(٨٢). وفي هذا الشأن يرى بعض الفقه أن النص المذكور لا يقصد به أعمال السيادة، وإنما يقصد به تحقيق التوازن بين جهتي القضاء العادي والإداري، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن نصوص القانون وحدها لا تعد سنداً حقيقياً لتبرير عدم المسؤولية عن

(٨١) د. سامي جمال الدين: القانون الدستوري والشرعية الدستورية، وفقاً لدستور ٢٠١٤م، منشأة

المعارف، ٢٠١٨م، ص ٨٩.

(٨٢) د. رمزي طه الشاعر: قضاء التعويض، المرجع السابق، ص ٢١٦.

أعمال السيادة، إذ أن تعديل هذه النصوص أمر ممكن وجائز طالما أن طبيعة العلاقة لا تتنافى مع هذا التعديل^(٨٣).

الفرع الثاني

مبررات فكرة التعويض عن أعمال السيادة دون إلغائها

نادى كبار فقهاء القانون العام في فرنسا من أمثال "هوريو Hauriou"^(٨٤)، بضرورة التعويض عن أعمال السيادة في حالة ما إذا ترتب على هذه الأعمال نزع ملكية خاصة، ونادي البعض الآخر مثل "جيز Jéze" بضرورة التعويض عن كافة أعمال السيادة سواء ترتب عليها نزع ملكية خاصة من عدمه، مع استبعاد كل طعن بالإلغاء في هذه الأعمال؛ وقال "دويز Duez" أنه ليس هناك نص في تشريع، أو هناك مبدأ من المبادئ العامة للقانون يمنع من تعويض الأفراد عن الأضرار التي تحيق بهم بسبب أعمال السيادة، بل أن مثل هذا التعويض إنما هو ما يتفق مع مبادئ العدالة والتي تحتم ضرورة المساواة بين المواطنين أمام التكاليف والأعباء العامة، بشرط أن يكون الضرر في هذه الحالة ذا طابع مادي ومباشر وغير عادي وخاص^(٨٥).

وذلك أمام التسليم بوجود نظرية أعمال السيادة كواقع فعلى وقانوني في غالبية الأنظمة القانونية، وأمام التسليم كذلك بضرورة تحصين مثل هذه الأعمال ضد رقابة الإلغاء، لما في هذه الرقابة من إمكانية مناقشة هذه الأعمال وفحصها وتقدير مدى سلامتها من عدمه، وهو ما يتنافى مع مصالح الدولة العليا، لذا اتجه كثير من الفقه - كما رأينا - للقول بضرورة تعويض الأفراد عن الأضرار التي تصيبهم بسبب أعمال

(٨٣) د. أنور أحمد رسلان: وسيط القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص ٦٦٣.

(٨٤) د. أندريه هوريو: القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، المرجع السابق، ص ٢٣٤ وما بعدها.

(٨٥) د. عبد الفتاح ساير داير: نظرية أعمال السيادة، المرجع السابق، ص ٢٥٥ وما بعدها.

السيادة، فإذا كان بقاء أعمال السيادة دون إلغائها هو كل ما يهتم الحكومة، فما الذي يضيرها إذن من تعويض الأفراد الذين نالهم ضرر من جرائها.

بل وتأكيداً لعدم المساس بأعمال السيادة في ذاتها سواء من ناحية الحكم على مسلك الإدارة حيالها، أي من ناحية فحص مشروعيتها لمعرفة ما إذا كانت الدولة قد أخطأت في خصوصها أم لم تخطيء، أم من ناحية مدى ملاءمتها، يقرر الفقه أن أساس التعويض في هذه الحالة ليس هو فكرة الخطأ، وإنما فكرة المخاطر أو تحمل التبعة، تلك الفكرة التي تعنى أن مساواة الجميع أمام التكاليف والأعباء العامة تحتم أن ينال المضرور تعويضاً عما يصيبه من ضرر من جراء تلك الأعمال، والتي يجب أن يتحمل نتائجها وتبعاتها كافة أفراد المجتمع، إذ لا يعقل أن من يصاب بضرر نتيجة تصرف لجهة الإدارة، تهدف من ورائه تحقيق الصالح العام أو صالح المجموع، أن يتحمل بمفرده نتائج هذا التصرف، بل يجب أن يشاركه الجميع في تحمل تلك النتائج^(٨٦).

وهكذا يمكن التوفيق -من خلال ما انتهى إليه الفقه- بين ضرورة عدم التعرض لأعمال السيادة بالإلغاء وإنما فقط بالتعويض عن تلك الأعمال على أساس فكرة المساواة أمام التكاليف أو الأعباء العامة وفقاً لنظرية المخاطر وتحمل التبعة، وبين الحماية اللازمة لتحسين أعمال السيادة أو أعمال الحكومة ضد تقدير القاضي لها وفحصه لمدى مشروعيتها، إذ يكفي في هذه الحالة فقط بمجرد التحقق من توفر ركن الضرر وعلاقة السببية بينه وبين عمل السيادة أو عمل الحكومة.

(٨٦) د. رأفت فودة: دروس في قضاء المسؤولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤م، ص ١٩٤.

الخاتمة

بيد إن القضاء الإداري في سلطنة عمان يعد قضاءً حديثاً مقارنةً بالدول الأخرى مثل مصر، إذ لم يتم إنشاء هذا القضاء وتنظيمه إلا بموجب قانون محكمة القضاء الإداري الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٩٩/٩١، والذي عُمل به اعتباراً من ٢٠٠٠/١٢/١م، بناءً على نص المادة (٦٧) من النظام الأساسي للدولة الذي وضع حجر الأساس في السلطنة لقضاء إداري يكفل حماية الحقوق والحريات العامة، ويساهم في تعميقها وإرساء المبادئ القضائية في هذا المجال، ورغم ذلك فقد تطرق في بعض أحكامه لمسئولية الدولة عن أعمال السلطات العامة، مقررًا مسؤوليتها عن أعمال السلطة التنفيذية طبقاً للقواعد الذي تنظم التعويض عن الضرر، وفي ختام بحثنا توصلنا إلى النتائج والتوصيات الآتية:

أولاً- النتائج:

- القاعدة العامة التي تحكم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطات العامة، هي عدم مسألتها عن أعمال السلطة التشريعية والسلطة القضائية، أما القاعدة العامة التي تحكم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التنفيذية، فهي مسألتها والتزامها بتعويض الضرر.
- تُسأل الدولة عن أعمال السلطة التشريعية والسلطة القضائية في حالات معينة يُحددها القضاء، وقد يحددها المشرع بقانون، بينما لا تُسأل مطلقاً عن أعمال السيادة التي تصدر من السلطة التنفيذية وهو الاستثناء الوحيد فيما يتعلق بمسئولية الدولة عن أعمالها الإدارية.
- لا زال كلاً من القضاء المصري والقضاء العماني ينكر مسؤولية الدولة عن القوانين ولا يقرر التعويض عن الأضرار الناجمة عنها إلا إذا نص المشرع صراحةً على ذلك ويستند القضاء العربي في هذا الموقف إلى أساس أنه يختص في النظر بالمنازعات الإدارية الواردة في صلب قانون تنظيم مجلس الدولة.

- أن القضاء الإداري في مصر وسلطنة عمان لا يختص بنظر طلبات التعويض عن الأعمال القضائية؛ وذلك لأن مثل هذه الطلبات تخرج عن نطاق المنازعات الإدارية التي يختص بنظرها.

ثانياً- التوصيات:

- نوصي المشرع بإعادة النظر في نظرية أعمال السيادة، حيث كما رأينا في الدراسة لا يوجد مانع من تعويض الأفراد عن الضرر الذي قد يصيبهم بسبب قيام الإدارة بأعمال السيادة.
- نوصي كلاً من القضاء المصري والقضاء العماني بالأخذ بمسئولية الدولة عن القوانين، حتى لو لم يصرح المشرع بذلك، وذلك احتراماً لمبدأ مساواة المواطنين أمام الأعباء العامة، حيث لا يوجد مانع حقيقي من ذلك.
- القانون الفرنسي الخاص بالتماس إعادة النظر قد رتب على الدولة ضرورة دفع التعويض للشخص الذي قضى ببراءته نتيجة إعادة المحاكمة لكن المشرع المصري والعُماني لم يرتب على الحكم الصادر بالبراءة مسؤولية الدولة مديناً عن التعويض للمحكوم عليه مما لحقه من جراء الحكم الصادر بالإدانة، لذا نوصي المشرع بإعادة النظر في موقفه في هذا الشأن.
- باعتبار إن علاقة الدولة بالسلطة القضائية، من ناحية المسؤولية قد تولد عنها آثاراً من بينها إرساء نظام قانوني يحكم مسؤولية الدولة عن الأضرار التي تسببها الأخطاء القضائية المنسوبة لمرفق القضاء، وذلك للتوفيق بين الصالح العام وضمان حقوق الأفراد، وباستبعاد فكرة أن التعويض يتقل كاهل الخزينة العامة، وهذا وفق مبدأ كل من سبب ضرر للغير ملزم بالتعويض، وهذا النص صار من العموم بالشكل الذي يسمح بتطبيقه حتى على الدولة، ونوصي المشرع بإعادة النظر في هذه المسألة فلا يضيق من نطاق مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية إلى الحد الذي يجعل تلك المسؤولية لا تؤتي ثمارها.



قائمة المراجع

أولاً- المراجع القانونية:

أ- المراجع العامة:

- (١) إبراهيم عبد العزيز شيجا: رقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة مبدأً المشروعية، ٢٠١٨م.
- (٢) وضع السلطة التنفيذية (رئيس الدولة - الوزارة) في الأنظمة السياسية المعاصرة، دراسة تحليلية بين النصوص والواقع، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٦م.
- (٣) أشرف إبراهيم سليمان: مبادئ القانون الدستوري، دراسة موجزة عن القانون الدستورية والنظم السياسية، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠١٥م.
- (٤) أنور أحمد رسلان: وسيط القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م.
- (٥) مسئولية الدولة غير التعاقدية، القاهرة، ١٩٨٢م.
- (٦) ثروت عبد العال أحمد، عبد المحسن ريان: قانون القضاء الإداري، ٢٠٠٩م، بدون دار نشر.
- (٧) حسين عثمان محمد عثمان: النظم السياسية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠م.
- (٨) رأفت فودة: دروس في قضاء المسؤولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤م.
- (٩) رجب محمود أحمد: القضاء الإداري، مطبعة دار النهضة العربية، ٢٠٠٥م.
- (١٠) رفعت عيد سيد: النظرية العامة للقانون الدستوري، الكتاب الثاني، نظام الحكم لدستور ١٩٧١، الأحزاب السياسية . سلطات الحاكم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩م.
- (١١) رمزي طه الشاعر: قضاء التعويض مسئولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية نطاق المسؤولية على أساس الخطأ، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩م.
- (١٢) رمضان بطيخ: قضاء الإلغاء، ضمانات للمساواة وحماية للمشروعية، دراسة تأصيلية في نظم القضاء الإداري المقارن، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦م.
- (١٣) سامي جمال الدين: القانون الدستوري والشرعية الدستورية، وفقاً لدستور ٢٠١٤، منشأة المعارف، ٢٠١٨م.

- ١٤) اللوائح الإدارية التنفيذية، وضمانات الرقابة القضائية، دراسة تحليلية لسلطة الإدارة في إصدار اللوائح الإدارية التنفيذية، ومدى سلطة القضاء في الرقابة عليها بالمقارنة مع فرنسا، كمؤسسة حورس الدولية، ٢٠١٥م.
- ١٥) النظم السياسية، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠م.
- ١٦) سليمان محمد الطماوي: القضاء الإداري، الكتاب الثاني، قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام، القسم الأول، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٦م.
- ١٧) القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦١م، ط ٣.
- ١٨) شعبان أحمد رمضان: الوجيز في الأنظمة السياسية والقانون الدستوري، دون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٨م.
- ١٩) شريف أحمد بعلوشة: إجراءات التقاضي امام القضاء الإداري، دراسة تحليلية مقارنة، مركز الدراسات العربية، ٢٠١٧م.
- ٢٠) عبد العظيم عبد السلام: تطور الأنظمة الدستورية الكتاب الأول، التطور الدستوري في فرنسا، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م.
- ٢١) عبد الغني بسيوني: القانون الدستوري (المبادئ العامة للقانون الدستوري والنظام الدستوري في دستور سنة ١٩٧١ بعد تعديلاته سنة ٢٠٠٥، وسنة ٢٠٠٧)، ط ٣، أبو العزم للطباعة، مصر، ٢٠٠٩م.
- ٢٢) القضاء الإداري، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٦م.
- ٢٣) عبد الناصر عبد الله: مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة، دراسة تحليلية تطبيقية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠١٤م.
- ٢٤) علي يوسف الشكري: الوسيط في الأنظمة السياسية المقارنة ط ١، مؤسسة دار صفاء للنشر والتوزيع عمان، ٢٠١٢م.
- ٢٥) كامل ليلة: الرقابة على أعمال الإدارة، بيروت، ١٩٧٠م.
- ٢٦) ماجد راغب الحلو: القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١٦م.
- ٢٧) القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠م.
- ٢٨) محمد إبراهيم درويش: الرقابة الدستورية، دراسة تحليلية لنماذج الرقابة في فرنسا، الولايات المتحدة الأمريكية، مصر، دار النهضة العربية، ٢٠١٦م.



٢٩) محمد رفعت عبد الوهاب: أصول القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١٢م.

٣٠) رقابة دستورية القوانين، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٢م.

٣١) القانون الدستوري المبادئ الدستورية العامة، دراسة في النظام الدستوري المصري، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، ٢٠٠٧م.

٣٢) محمد على سويلم: الرقابة على دستورية القوانين وتطور الأنظمة السياسية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١٣م.

٣٣) محمد ماهر أبو العينين: الموسوعة الشاملة في القضاء الإداري، ج ٤، ٢٠١٥م.

٣٤) محمد محمد عبد اللطيف: قانون القضاء الإداري، الكتاب الثالث، مسؤولية السلطة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤م.

٣٥) التطورات الحديثة في مسؤولية الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م.

٣٦) وليد جمعة: القضاء الإداري وفقاً للقانون العماني (قضاء الإلغاء والتعويض) - دراسة مقارنة، دار الكتاب الجامعي، ٢٠٢٠م.

ب- المراجع المتخصصة:

١) أيمن محمد شريف: الازدواج الوظيفي والعضوي بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في الأنظمة السياسية المعاصرة، دراسة تحليلية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥م.

٢) أيمن فتحي محمد عفيفي: الوجيز في العقود الإدارية "دراسة لنظرية العقد الإداري وتطورها في مصر وفرنسا"، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ٢٠١٧م.

٣) حازم صادق: سلطة رئيس الدولة بين النظامين البرلماني والرئاسي - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩م.

٤) حسن بن احمد الحمادي: نظرية حجية الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية، دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٣م.

٥) دانا عبد الكريم سعيد: دور البرلمان في الأنظمة البرلمانية المعاصرة، ضعف الأداء التشريعي والرقابي للبرلمان وهيمنة السلطة التنفيذية، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٣م.

- ٦) دعاء محمد إبراهيم بدران: نفاذ أحكام المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، ٢٠١٧م.
- ٧) رأفت دسوقي: هيمنة السلطة التنفيذية على أعمال البرلمان، منشأة المعارف، ٢٠٠٦م.
- ٨) صبري محمد السنوسي: الدور السياسي للبرلمان في مصر، دراسة مقارنة في ضوء نظم الحكم المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م.
- ٩) صلاح الدين فوزي: واقع السلطة التنفيذية في دساتير العالم، دون سنة طبع، مركزية السلطة المركزية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣م.
- ١٠) التوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في الدستور الفرنسي..... إلى أين؟، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١م.
- ١١) عادل أبو النجا: دور رئيس الدولة في النظم السياسية المعاصرة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٧م.
- ١٢) عدنان عاجل عبيد: أثر استقلال القضاء عن الحكومة في دولة القانون، دراسة دستورية مقارنة بالأنظمة القضائية العربية والعالمية، المركز العربي للنشر والتوزيع، ٢٠١٨م.
- ١٣) عزة مصطفى حسني عبد المجيد: مسؤولية رئيس الدولة، دراسة مقارنة، (فرنسا، مصر، النظام الإسلامي)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨م.
- ١٤) كريم لفته مشاري: المسؤولية السياسية للوزارة في النظام البرلماني، دراسة مقارنة، مكتبة السنهوري، ٢٠١٦م.
- ١٥) محمد إبراهيم خيرى الوكيل: الدستور الفرنسي "دستور ٤ أكتوبر ١٩٥٨" وفقاً لتعديلات ٢٣ يوليو ٢٠٠٨م، دار النهضة العربية.
- ١٦) محمد باهي أبو يونس: الرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة في النظامين المصري والكويتي، دون طبع، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠١٧م.
- ١٧) انقضاء الخصومة الإدارية بالإرادة المنفردة للخصوم في المرافعات الإدارية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٦م.
- ١٨) محمد جمعة يوسف الحلاق: خصوصية الدعوى أمام القضاء الإداري (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٢٠م.

- ١٩) محمد رضا النمر: مسئولية الدولة عن أخطاء القضاء، دراسة تحليلية مقارنة في النظام القضائي المصري والإسلامي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط١، ٢٠١٠م.
- ٢٠) محمد فؤاد عبد الباسط: ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية، منشأة المعارف، ٢٠٠٢م.
- ٢١) مدحت احمد يوسف غنايم: الديمقراطية في اختيار رئيس الجمهورية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١م.
- ٢٢) مصطفى محمد خلف: جريمة تضليل العدالة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الكتب القانونية، ٢٠١١م.
- ٢٣) منصور محمد أحمد: دور مجلس الدولة في المجال التشريعي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧م.
- ٢٤) منى رمضان محمد بطيخ: طبيعة نظام الحكم في مصر في ضوء دستور الجمهورية الثانية (٢٠١٢-٢٠١٤) دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، دار النهضة العربية، ط١، ٢٠١٤م.
- ٢٥) ميادة عبد القادر إسماعيل: الرقابة السابقة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٥م.
- ٢٦) وسيم حسام الدين الأحمد: رئيس الدولة في الدول العربية والأجنبية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١١م.
- ثانياً- الرسائل العلمية (رسائل الدكتوراه):**
- ١) حافظ هريدي: أعمال السيادة في القانون المصري والمقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٥٢م.
- ٢) عبد الفتاح ساير داير: نظرية أعمال السيادة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٥٥م.
- ٣) عماد محمد محمد أبو حليلة: الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥م.

- ٤) المهدي محمد حمد حسين: مدى مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠١٩م.
- ٥) وليد محمود محمد ندا: دور المحكمة الدستورية العليا في حماية الحريات السياسية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٥م.

ثالثاً- المنشورات والمجلات والدوريات:

- ١) سعيد بن خلف التويي: مبدأ المشروعية ودور القضاء الإداري في تأكيد سيادة القانون، بحث منشور بالموقع الإلكتروني لمحكمة القضاء الإداري بسلطنة عُمان، يونيو ٢٠١١م.
- ٢) عبد العزيز بن أحمد بن محمد الصقري: نطاق الحصانة القضائية، بحث منشور بالموقع الإلكتروني لمحكمة القضاء الإداري بسلطنة عُمان، يونيو ٢٠١١م.
- ٣) هلال بن محمد بن ناصر الراشدي: استقلالية القضاء في سلطنة عمان، ورقة عمل، مقدمة في المؤتمر السادس لرؤساء المحاكم العليا للدول العربية، الذي نظمه مجلس الشئون الإدارية للقضاء بسلطنة عمان، بتاريخ ١٢/٩/٢٠١٥م.

رابعاً- الكتب المترجمة:

- ١) أندرية هوريو: القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، ترجمة علي مقلد وآخرين، ج ١، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٧٧م.

خامساً- المواقع الإلكترونية:

- 1) <http://admincourt.gov.om/index.php/2013-01-07-00-36-39/2013-01-07-01-49-56>
- 2) <https://mola.gov.om/legislation/laws/details.aspx?id=70>

سادساً- المراجع الأجنبية:

- 1) André Hauriou et Jean Gicquel et Patrice Gélard: Droit constitutionnel et institutions politiques, Montchrestien, 1985, P.970.
- 2) Jean-Paul Jacqué: Droit constitutionnel et institutions politiques, D. 12 éd., 2018, P.150.
- 3) PRELOTM et Autres: Institutions politiques et droit constitutionnel, Paris, D. 2006, P.36.



حماية النظام القضائي للأراضي المحتلة في ضوء قواعد القانون الدولي الإنساني

الدكتور/ عيسى حميد زويد العنزي*

الدكتورة/ ندى يوسف محمد الدعيج**

المخلص:

تلتزم دولة الاحتلال -بصفتها المؤقتة- بالمحافظة على الوضع القائم في الأراضي المحتلة، وتسيير أمور سكان هذه الأراضي، وتوفير الخدمات لهم، ومن أهم الخدمات التي لا يستغني عنها الأفراد في السلم وفي النزاعات المسلحة اللجوء إلى القاضي الطبيعي، ومن هذا المنطلق نصّت المادة (٤٣) والمادة (٦٤) من اتفاقية "جنيف" الرابعة الخاصة بحماية السكان المدنيين على ضرورة حماية مرافق القضاء وضمان استمرار أدائه لخدماته أثناء الاحتلال، وفرضت على سلطة الاحتلال عدم التعرض للقوانين السارية قبل الاحتلال بتعديلها أو إلغائها، إلا إذا كانت تشكل تهديداً حقيقياً لسلامة سلطة الاحتلال وأفرادها، أو كانت تحول دون تنفيذ سلطة الاحتلال؛ لتنفيذ التزاماتها الواردة في اتفاقية "جنيف" الرابعة، وحماية النظام القضائي لا يشمل حصانة القوانين السارية من الإلغاء والتعديل فحسب، بل يشمل كذلك حماية الأشخاص القائمين على إنفاذ هذه القوانين من قضاة ومن في حكمهم، وذلك بعدم التعرض لأشخاصهم، أو لأسرهم، أو للمزايا التي يتمتعون بها، أو بإخضاعهم لعقوبات، أو إسائه معاملتهم، أو التضييق عليهم في ممارستهم لمهام عملهم، بل ويشمل حماية النظام القضائي العمل على استمرار ضمانات التقاضي، إذ إن سلطة الاحتلال، وإن كانت تملك الحق في استبدال هذه المحاكم بأخرى عسكرية تتشكل من قضاة يتبعون قواتها المسلحة، إلا أنها ملزمة باستمرار العمل بضمانات التقاضي التي يكفلها القانون، وتجد حماية القضاة أساسها في حقيقة كونهم موظفين في الأراضي المحتلة يتمتعون بالحماية التي يتمتع بها كل موظف، ولضمان تفعيل هذه القواعد الحمائية يمكن اللجوء إلى قواعد القانون الدولي الإنساني من خلال تقديم الشكاوى أمام اللجنة الدولية للصليب الأحمر، أو تشكيل لجان تحقيق مشتركة في حال الاحتلال الجزئي بين دولة الاحتلال ودولة الأراضي المحتلة، كما يمكن اللجوء إلى المحكمة الجنائية الدولية بالنسبة إلى الانتهاكات الجسيمة فقط، وهي تلك الانتهاكات التي تشكل تداعيات للاعتداء على النظام القضائي كالقتل والتعذيب، أو اللجوء إلى النظام القضائي لدولة الاحتلال، (وهو ما أثبت عملياً عدم فاعليته)، أو إلى النظام الوطني للأراضي المحتلة بعد تحريرها لملاحقة الجناة من جنود الاحتلال الذين أحقوا الأذى بالنظام القضائي للأراضي المحتلة.

الكلمات المفتاحية: الاحتلال - النظام القضائي - القانون الإنساني - القضاة - المحاكم.

*أستاذ القانون الدولي المشارك بكلية الحقوق جامعة الكويت - عضو لجنة القانون الدولي الإنساني العرفي باللجنة الدولية للصليب الأحمر.

**أستاذ القانون الدولي المشارك بكلية الحقوق جامعة الكويت.



The Protection of the Judicial System in the Occupied Territory in the Light of the Rules of International Humanitarian Law

Dr. Issa Hamid Zuwaid Al-Anzi*
Dr. Nada Yousef Mohamed Al-Duaij**

Abstract:

The occupation Army – as a temporary status – should maintain the status facto in the occupied territories, fulfill the needs of the civilians and provide them with all services. The right to recur to the natural judge (justice) is a primordial need. Accordingly, article 43 and 63 of the Fourth Geneva Convention Relating to the protection of civilians provide the protection and the continuance of the judicial system in the occupied territory, prevent the occupied army from targeting the legislation in effect, by amend or abolish them, unless they cause a serious threat to safety of the occupation, its armed forces or prevent them from complying with the obligations provided in the convention.

The protection of the judicial system is not limited to the current legislations, but also include all individuals who run the show, such as judges and their assistants. They and their families should not be subject to any mistreatment, humiliation, minimize their advantages, or worsen their work circumstances. The protection of the judicial system includes the continuance of the judicial guarantees to the individuals. The authority of the occupied armed forces, to replace the running civil courts with military courts from its own armed forces personnel, does not prevent its responsibility to assure the continuance of the judicial guarantees. As provided in articles 39 and 54 of the fourth Geneva Convention, the protection of the judges and their assistants find its roots in the fact that they are considered as employee of the occupied territory, side to side with their position as judicial team. In order to enforce such protection, the IHL provides the right to member state to submit a complain to the ICRC, or, in case of partial occupation, form a committee of investigation by the approval of both parties. The ICC may examine only sever violations of the IHL, which may result from the ignorance of the protection of the judicial system such as killing, rape and torture. The occupied armed forces have the authority to prosecute its individuals who are involved in crimes against the judicial system and individuals of the occupied territory, which the practice proved its inefficiency. Finally, the occupied territory, after its liberation, may prosecute individuals who are involved in such crimes.

Keywords: Occupation - Judicial System - Humanitarian Law - Judges - Courts.

* Associate Professor of International Law, College of Law, Kuwait University, Member of the International Committee of the Red Cross Customary International Humanitarian Law.

** Associate Professor of International Law, College of Law, Kuwait University.

المقدمة

الاحتلال هو وضع قانوني استثنائي، تقوم من خلاله دولة الاحتلال بالإعلان عن تمام شل القدرة القتالية للأراضي المحتلة، وخلال فترة الاحتلال لا يجب أن يكون السكان المدنيون رهن أية أعمال تعسفية من جهة قوات الاحتلال، فتلتزم دولة الاحتلال باستمرار توفير الخدمات كافة للسكان المدنيين الرازحين تحت الاحتلال، ومن أهم الخدمات التي يجب أن يستمر السكان المدنيون بالتمتع فيها -رغم الاحتلال- الحق في اللجوء إلى القاضي الطبيعي تحت ظل نظام قضائي عادل.

وعليه تلتزم سلطات الاحتلال بعدم المساس بالنظام القضائي السائد قبل الاحتلال، طالما كان لا يشكل تهديداً على قواتها أو يهدد سلامتها، ويحظر على سلطات الاحتلال المساس بالقائمين على النظام القضائي من قضاة وأعضاء نيابة ومساعدتهم من خبراء ومحققين، والذين يخضعون للقواعد العامة التي يخضع لها باقي موظفي الدولة، إلى جانب قواعد وامتيازات خاصة بحكم الطبيعة الخاصة لوظائفهم، ومن ثم حقهم في الاستمرار بالقيام بأعمالهم أو الامتناع عن ذلك، مما قد يوقعهم -في الحالتين- ضحايا للإجراءات التعسفية التي قد تفرضها عليهم قوات الاحتلال، ويخضع القضاة ومن في حكمهم -دون سواهم- لقواعد قانونية حامية خاصة ورد النص عليها في ثنايا نص المادة (٥٤) والمادة (٦٤) من اتفاقية "جنيف" الرابعة.

ولاستعراض هذا الموضوع سيتم التطرق إلى الموضوع في فصول أربعة وخاتمة، أما الفصول الأربعة فسنتناول فيها تعريف الاحتلال في الفصل الأول، وفي الفصل الثاني النظام القانوني محل الحماية أثناء الاحتلال، وفي الفصل الثالث الأساس القانوني لحماية القضاة ومن في حكمهم، وفي الفصل الرابع ضمانات حماية النظام القضائي أثناء الاحتلال، وأخيراً الخاتمة والتوصيات.

وقد تم استعمال المنهج الاستعراضى التحليلي النقدي للقواعد القانونية الخاصة بموضوع الحماية من خلال استعراضها وتحليلها ونقدها، متى كان لهذا النقد وجه، مع التركيز على الجانب العملي؛ لكشف التوافق بين النظرية والواقع.

الفصل الأول: تعريف الاحتلال.

الفصل الثاني: النظام القانوني محل الحماية أثناء الاحتلال.

الفصل الثالث: حماية القضاة ومن في حكمهم أثناء الاحتلال كونهم موظفي دولة.

الفصل الرابع: ضمانات حماية النظام القضائي أثناء الاحتلال.

التوصيات.

الفصل الأول

تعريف الاحتلال

تعددت تعريفات الاحتلال بحسب مصدر هذا التعريف، فيمكن تعريف الاحتلال لغة وقانوناً وقضاءً:

المبحث الأول

تعريف الاحتلال لغة

يأتي مصدر كلمة احتلال من الفعل احتلَّ؛ إذ يُقال احتلَّ المكانَ بمعنى حَلَّه، وزلَّ به، وأخذه، ويُعرَّف الاحتلال اصطلاحاً بأنه سيطرةُ جيشٍ دولةٍ مُعينة، على جميع أراضي دولةٍ أخرى أو جزءٍ منها، خلال فترة غزوٍ أو حرب، أو بعد انتهاء تلك الحرب^(١).

أن المصطلح المستعمل في اللغة الإنجليزية هو "Occupation"، أما في اللغة الفرنسية "Occupation"، في كلتا الحالتين يقصد به شغل المكان أو ملئه، وتستخدم الكلمة للتعبير عن شغل القوات المحتلة للأراضي (محل الاحتلال)؛ لأنها لم تعد مشغولة أو فارغة من السلطة أو الحكم، ومن ثم تقوم قوات الاحتلال بملء هذا الفراغ.

(١) فاطمة مشعلة، مفهوم الاحتلال، <https://mawdoo3.com>، عام ٢٠١٦م، آخر زيارة ٢٥

أكتوبر ٢٠١٨م.

ويرتبط مصطلح الاحتلال بالعديد من المصطلحات كالفكري والتجاري والسكاني والعمراني، إلا أن الاحتلال (محل الدراسة) هو ذلك المقتزن بالقوات العسكرية (الاحتلال العسكري).

الاحتلال لا يعد حالة قانونية، بل حالة فعلية أوجدتها القوة القاهرة، والنتيجة عن وجود القوات المسلحة الأجنبية في الأراضي المحتلة بعد هزيمتها للقوات من جهة القوات المعادية، وشل قدرتها القتالية، والاحتلال وضع غير دائم، تقوم خلاله القوات المحتلة بإدارة الإقليم المحتل بصفة مؤقتة^(٢).

المبحث الثاني الاحتلال قانوناً

عرفت اتفاقية "لاهاي" الرابعة الاحتلال بأنه: "تعتبر أرض الدولة محتلة حين تكون تحت السلطة الفعلية لجيش العدو، ولا يشمل الاحتلال سوى الأراضي التي يمكن أن تمارس فيها هذه السلطة بعد قيامها"^(٣)، مما يتضح معه وجود شرطين لتحقيق الاحتلال: (١) الوجود الفعلي لقوات دولة الاحتلال على إقليم الدولة المحتلة.

(٢) ممارسة دولة الاحتلال لسلطتها الفعلية على هذه الأقاليم المحتلة^(٤). كما عرف الاحتلال على أنه السيطرة الفعلية لقوة ما (قد تكون دولة احتلال أو منظمة دولية مثل الأمم المتحدة) على أراضي دولة ذات سيادة من غير ممارسة

(٢) سلسلة القانون الدولي الإنساني (٥)، الوضع القانوني لدولة الاحتلال الحربي ومسئوليتها في الأراضي المحتلة، ٢٠٠٨م، ص ٥.

(٣) الاتفاقية الخاصة باحترام قوانين وأعراف الحرب البرية، ١٨-١٠-١٩٠٧ معاهدات، لاهاي في ١٨ أكتوبر/ تشرين الأول ١٩٠٧م، مادة ٤٢.

(٤) Dana Wolf, Transitional Post-Occupation Obligations under the Law of Belligerent Occupation, 2018 Minnesota Journal of International Law, Winter, 2018, Minnesota Journal of International Law, 27 Minn. J. Int'l L. 5, at 13.

الاحتلال لأي نوع من أنواع الأعمال السيادية عليها ومن غير الانتقاص من سيادة هذه الأراضي المحتلة^(٥).

كما أن إعلان "بروكسل" عرف الاحتلال بأنه: "وضع الأراضي تحت سلطة جيش الاحتلال، وله أن يمارس فيها سلطته"^(٦).

والتعريف العملي للاحتلال أنه "مرحلة من مراحل الحرب، تلي الغزو مباشرة وتتمكن فيها القوات المحاربة من دخول إقليم العدو، ووضعها للإقليم تحت سيطرتها الفعلية بعد أن ترجح كفتها بشكل لا منازعة فيه، ويتوقف النزاع المسلح، ويسود الهدوء تماماً الأراضي التي جرى عليها القتال"^(٧). ومن شأن الأخذ بهذا التعريف أن ينقل التزامات الدولة القائمة بالاحتلال من دول مقاتلة تطبق اتفاقيات "جنيف" الثلاث لعام (١٩٤٩م)، إلى سلطة احتلال تلتزم بتطبيق اتفاقية "جنيف" الرابعة.

ويسعى جميع الناشطون في المجال الإنساني إلى توسيع مفهوم الاحتلال؛ لأن في مثل هذا التوسيع إطلاق لمجموعة من قواعد الحماية الإنسانية لا تطبق إلا وقت الاحتلال^(٨)، ومنها حماية النظام القضائي.

ومن ثم قد تكون أرض الدولة خاضعة للاحتلال كلياً، كما في احتلال العراق لدولة الكويت بين (١٩٩٠-١٩٩٢م)، أو جزئياً كما في الاحتلال الإسرائيلي لفلسطين من غير قطاع غزة، وقد أكدت على ذلك نص المادة (٤٢) من لائحة "لاهاي" لأعراف

(٥) Eyal Benvenisti, The International Law of Occupation 4 (1993).

(٦) Final Protocol and Project of an International Declaration Concerning the Laws and Customs of War, Aug. 27, 1874, reprinted in The Laws of Armed Conflict: A Collection of Conventions, Resolutions and other Documents 26-34 (Dietrich Schindler & Jiri Toman eds., 3d ed. 1988).

(٧) صلاح عبد البديع شلبي، حق الاسترداد في القانون الدولي "دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي وتطبيق مبادئه في العلاقة بين الدول العربية وإسرائيل"، ص ٤٥، الطبعة الأولى ١٩٨٣م.

(٨) Orna Ben-Naftali et Al, Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territory, 23 Berkeley J. Int'l L. 551 (2005).

الحرب البرية التي نصت على أنه" لا يمتد الاحتلال إلا إلى الأقاليم التي تقوم فيها هذه السلطة، وتكون قادرة على تدعيم نفوذها".

المبحث الثالث الاحتلال قضاءً

في حكماً من أحكامها ورأياً استشاري من آرائها، تعرضت محكمة العدل الدولية لتعريف الاحتلال، الرأي الاستشاري الخاص ببناء الجدار العازل لعام (٢٠٠٤م) ^(٩)، وحكم محكمة العدل الدولية الخاص بالأنشطة المسلحة في "أراضي الكونغو" ^(١٠). بداية، أكدت المحكمة في رأيها الاستشاري التزام إسرائيل بقواعد القانون الدولي الإنساني؛ لأنها قواعد عرفية، تلزم الجميع، ولا تحتاج إلى تصديق أو موافقة، وذلك على الرغم من أن إسرائيل ليست طرفاً في اتفاقية "لاهاي" الخاصة بقواعد الحرب التي عرفت الاحتلال، وكما يتضح في المادة (٤٢) من القواعد المتصلة بقوانين وأعراف الحرب البرية التي ضُمَّت إلى اتفاقية "لاهاي" الرابعة في ١٨ تشرين الأول/ أكتوبر ١٩٠٧م، وهو أن: "الأرض تعتبر محتلة حينما تكون فعلاً تحت سلطة جيش معادٍ، وأن الاحتلال يمتد فحسب إلى الأراضي التي أرسيت فيها مثل هذه السلطة، ويمكن ممارستها فيها" ^(١١).

ولكي تكتمل صورة الاحتلال، تشترط المحكمة وجود قوات أجنبية مسلحة على الأرض تمهيداً لتصنيفه على أنه احتلال، وسلطة الاحتلال هذه لا بد أن تمارس

^(٩) الرأي الاستشاري الخاص بالجدار العازل، تقارير محكمة العدل الدولية ٢٠٠٤م.

^(١٠) حكم محكمة العدل الدولية الخاص بالأنشطة المسلحة في أراضي الكونغو (جمهورية الكونغو الديمقراطية ضد أوغندا)، تقارير محكمة العدل الدولية ٢٠٠٥م.

^(١١) قضية جمهورية الكونغو الديمقراطية ضد أوغندا، المرجع السابق، فقرة ١٧٢، والرأي الاستشاري الخاص بالجدار العازل، مرجع سابق، الفقرتان ٧٨ و ٨٩.

سلطتها فوق الأرض المحتلة، ويدخل ضمن اختصاص المحكمة فحص ما إذا كانت توجد أدلة كافية تُظهر ممارسة السلطة على الأراضي المحتلة من عدمه^(١٢).

الفصل الثاني

النظام القانوني محل الحماية أثناء الاحتلال

في القانون الدولي يتم التعامل مع نظام الاحتلال على أنه نظام مؤقت، وعليه فإن سلطة الاحتلال تتولى تسيير العاجل من الأمور وفقاً للنظام القضائي السائد بقدر الإمكان، ما لم تكن هناك حاجة لتغيير هذا النظام، ومن ثم فإن النظام القانوني السائد في البلاد يجب - من حيث الأصل - أن يسود، سواء من حيث القانون الجزائي أم المدني بمن فيه القائمين على تطبيق هذا النظام - القضاة ومن في حكمهم - ومن الاتفاقيات الدولية التي أكدت على التزام السلطة المحتلة بنصوص التشريعات النافذة في البلاد قبل الاحتلال، المادة (٤٣) من قواعد "لاهاي" لعام (١٩٠٧م)، التي تنص على أنه: "إذا انتقلت سلطة القوة الشرعية بصورة فعلية إلى يد قوة الاحتلال، يتعين على هذه الأخيرة، قدر الإمكان تحقيق الأمن والنظام العام وضمانه، مع احترام القوانين السارية في البلاد، إلا في حالات الضرورة القصوى التي تحول دون ذلك"^(١٣)، وكذلك نص المادة (٦٤) من اتفاقية "جنيف" الرابعة لعام (١٩٤٩م) الذي جاء ليؤكد على تحصيل التشريعات السارية من التعديل أو التغيير، حيث نص على أن: "تبقى التشريعات الجزائرية الخاصة بالأراضي المحتلة نافذة، ما لم تلغها دولة الاحتلال أو

^(١٢) قضية جمهورية الكونغو الديمقراطية ضد أوغندا، مرجع سابق، فقرة ١٧٣.

^(١٣) The foreword to the US Army 1956 Field Manual expressly recognizes that, in case of dispute, the French text of the 1907 Hague Regulations is authoritative and prevails over the English version. The official French version reads: "[I]l]autorité du pouvoir légal ayant passée de fait entre les mains de l'occupant, celui-ci prendra toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays".

تعطلها، إذا كان فيها ما يهدد أمنها، أو يمثل عقبة في تطبيق هذه الاتفاقية، ومع مراعاة الاعتبار الأخير، ولضرورة ضمان تطبيق العدالة على نحو فاعل، تواصل محاكم الأراضي المحتلة عملها فيما يتعلق بجميع المخالفات المنصوص عليها في هذه التشريعات، على أنه يجوز لدولة الاحتلال إخضاع سكان الأراضي المحتلة للقوانين التي تراها لازمة لتمكينها من الوفاء بالتزاماتها بمقتضى هذه الاتفاقية، وتأمين الإدارة المنتظمة للإقليم وضمان أمن دولة الاحتلال، وأمن أفراد وممتلكات قوات أو إدارة الاحتلال وكذلك المنشآت وخطوط المواصلات التي تستخدمه".

من الملاحظ أن كلا النصين التقيا على عدم التطرق إلى التشريعات المدنية، مما يوحي بسرئانهما في جميع الأحوال باستثناء المادة (٤٦) التي زادت على امكانية سلطة الاحتلال تطبيق ما تشاء من قوانين؛ لتمكين هذه السلطة من تنفيذ التزاماتها كسلطة احتلال ليس إلا، أما بالنسبة إلى التشريعات الجزائية فلم تشر لها المادة (٤٣) إلا أنها تتدرج تحت مظلة الضرورة القصوى التي تحول دون تحقيق الأمن والأمان، أما بالنسبة إلى القوانين الجزائية وفقاً لنص المادة (٦٤) فالأصل أنها تسري مع القوانين المدني - جنباً إلى جنب - إلى أن يثبت تهديد الاستمرار بتطبيقها على أن سلطة الاحتلال أو يمثل عقبة في تطبيق اتفاقية "جنيف" الرابعة.

وقد تواجه محاولات التلاعب بالنظام القانوني السائد قبل الاحتلال ردود أفعال شرسة من جهة سكان الأراضي المحتلة، والقائمين على تطبيق النظام القضائي أنفسهم، ومن ذلك وأثناء الاحتلال الألماني لبلجيكا، واحتجاجاً على محاولة تغيير القانون الجنائي السائد قبل الاحتلال، علقت محكمة الاستئناف العليا البلجيكية جلساتها^(١٤).

(14) LARRY ZUCKERMAN, THE RAPE OF BELGIUM: THE UNTOLD STORY OF WORLD WAR I 13 (2001) (citing GREAT BRITAIN, COLLECTED DIPLOMATIC DOCUMENTS RELATING TO THE OUTBREAK OF THE EUROPEAN WAR: THE BELGIAN GREY BOOK, 197-8 (1915)).

ويشمل النظام القضائي محل الحماية المحافظة على كل من التشريعات والقوانين السارية قبل الاحتلال والضمانات القضائية.

المبحث الأول

المحافظة على التشريعات السارية

كما أسلفنا أن سلطة الاحتلال تلتزم بقدر الإمكان بالمحافظة على التشريعات الجزائية والمدنية السارية قبل الاحتلال، حيث إن سكان الأراضي المحتلة ألقت نفوسهم هذه التشريعات التي تشكل هويتهم وانتمائهم إلى الأراضي المحتلة، ومن شأن تغيير هذه القوانين أو إيقاف تطبيقها أن يفسر على أنه تهديد لهذه الهوية أو الانتماء، كما أن سلطة الاحتلال هي سلطة مؤقتة، وصفة التوقيت لا يترتب عليها الحاجة إلى تغيير القوانين والتشريعات السارية قبل الاحتلال، ومن شأن هذا التغيير أو التوقف عن التطبيق أن يوحي بأن هذه السلطة المؤقتة تبحث عن الدوام والاستقرار، مما قد يوجب مساعرة سكان الأراضي المحتلة، ويزيد من معاناتهم تحت الاحتلال.

من الملاحظ في نص المادتين (٤٣ و ٦٤) أنهما اجتمعا على قصر الحصانة على التشريعات الجزائية دون سواها، إذ تملك سلطات الاحتلال إلغاء أو تعطيل التشريعات غير الجزائية من غير قيود، أما الجزائية فتعطيلها أو الغاؤها رهن كونها: (أ) تهدد أمن قوات الاحتلال، (ب) كونها تشكل عقبة أمام تطبيق نصوص اتفاقية "جنيف" الرابعة، (ج) ضرورة لتطبيق العدالة على نحو فاعل.

إلا أن نص المادة (٦٤) فقرة (١) كانت تحظر على سلطات الاحتلال إلغاء أو تعطيل القوانين الجزائية السارية قبل الاحتلال ما لم تتوفر ظروف تسمح بذلك، ثم جاءت الفقرة (٢) من المادة (٦٤) لتجيز لسلطات الاحتلال إخضاع سكان الأراضي المحتلة للقوانين التي تراها، من غير أن تقصر ذلك على القوانين الجزائية، في جميع الأحوال لا يمكن تطبيق هذه القوانين إلا بعد نشرها بوقت كاف، وإعلام المدنيين بنشرها.

بل حتى التشريعات العسكرية لبعض القوات العسكرية تفرض عليها أثناء الاحتلال العمل على المحافظة على النظام العام أثناء قيامها بالاحتلال، مع حظر هذه القوانين العسكرية أفراد قواتها المسلحة من القيام بأية تعديلات على القوانين النافذة قبل الاحتلال، ومن تلك القوانين القانون البريطاني العسكري^(١٥).

وأية تجاوزات على هذه الصلاحيات تشكل انتهاكاً لقواعد القانون الدولي الإنساني غير جسيم، ما لم يرتب هذا الانتهاك تداعيات وخروقات جسيمة للقانون الدولي الإنساني، فإنها تخضع للمحاكم المختصة.

وعلى الرغم من ورود هذا النص، إلا أن قوات الاحتلال الألماني لبلجيكا قامت أثناء الحرب العالمية الأولى بحل ثلاث محاكم استئناف بلجيكية، ومنعت قضاة من متابعة قضايا منظورة أمام دوائرهم، وإحلالها بمحاكم جنائية ومدنية ألمانية^(١٦).

كما أن انتهاكات عملية تمت بواسطة قوات الاحتلال الأمريكي للعراق، نذكر منها على سبيل المثال قيام الحكومة العراقية الخاضعة للاحتلال الأمريكي، بمجرد إلقاء القبض على صدام حسين، بعمل الترتيبات لبدء عمل المحكمة الخاصة، ودعت من خلال المجلس الحاكم -الذي كان يقوم عليه آنذاك الحاكم العسكري الأمريكي جون بريمر- عدد (٩٦) شخصية من القضاة وأعضاء النيابة والمحامين العراقيين المحسوبين على حكومة الاحتلال والداعمين لها^(١٧)، لدراسة وإبداء الملاحظات على

(15) Para. 11.19 of the 2004 UK Manual of the Law of Armed Conflict, JSP 383 (which replaced the 1958 Military Manual) speaks of a 'responsibility' for administering the occupied territory, while para. 11.25 regulates an 'obligation' to respect the laws in force in the occupied territory.

(16) The courts were run by German judges and staff and even the court language became German. ZUCKERMAN, supra note, at 198

(17) وفقاً لإحدى الروايات، بأن المجتمعين حين جاءهم تأكيد خبر اعتقال صدام حسين، عجت الغرفة بالفرح والاحتفال، وهو ما يؤكد أن المشاركين في مراجعة النظام الأساسي للمحكمة كانوا منتقين وفقاً لتوجه معين ومحدد مسبقاً، مما يفقدهم جميعاً الحياد.

Ali Adnan Alfeel, supra note, at 13.

النظام الأساسي لهذه المحكمة⁽¹⁸⁾، ويعد مثل هذا التصرف شكلاً من أشكال تدخل سلطة الاحتلال في سير النظام القانوني الجزائي الساري على الأراضي المحتلة، وذلك من خلال استبعاد من لا يناسب سلطة الاحتلال من القضاة والمحامين وأعضاء النيابة من المشاركة في هذه المراجعة، ضماناً لتمرير التعديل من خلال هذه المراجعة وبواسطة شخصيات قانونية محسوبة على سلطة الاحتلال.

وكما توجد حرب بالوكالة، يوجد -أحياناً- ممارسة المحتل لمهام القضاء على الأراضي المحتلة بالوكالة، فيمكن للمحتل أن يقوم بتشكيل محاكم، تبدو في ظاهرها أنها محاكم وطنية من أبناء الأراضي المحتلة، وتطبق قوانين الأراضي المحتلة السارية قبل الاحتلال، أو المعدلة بواسطة الاحتلال، إلا أن أحكامها مناصرة ومساندة لسلطة الاحتلال، بشكل ربما يتجاوز ما قد يحققه لسلطة الاحتلال أبناء جلدتها أنفسهم. ويمكن ضرب القضاء الوطني للأراضي المحتلة بمقتل، ليس من خلال إيقاف أو إلغاء القوانين والتشريعات السارية فحسب، بل حتى من خلال اهدار الضمانات القضائية، إذ لا يعود للقضاء المكانة العليا في الفصل في النزاعات.

المبحث الثاني

المحافظة على ضمانات التقاضي

تنص المادة (٣) من اتفاقية "جنيف" الرابعة على أنه: "في حالة قيام نزاع مسلح ليس له طابع دولي في أراضي أحد الأطراف السامية المتعاقدة، يلتزم كل طرف في النزاع بأن يطبق كحد أدنى الأحكام الآتية: الأشخاص الذين لا يشتركون مباشرة في الأعمال العدائية. . . يعاملون في جميع الأحوال معاملة إنسانية، دون أي تمييز ضار. . . ولهذا الغرض، تحظر الأفعال الآتية. . . (د) إصدار الأحكام وتنفيذ العقوبات

(18) Ali Adnan Alfeel, Islamic World and International Law: The Iraqi Special Tribunal under International Humanitarian Law, Journal of East Asia & International Law, 2 JEAIL 11 (Spring, 2009), at 13.

من غير إجراء محاكمة سابقة أمام محكمة مشكلة تشكيلاً قانونياً، وتكفل جميع الضمانات القضائية اللازمة في نظر الشعوب المتمدنة"، ومن ثم فإنه يحظر:
أولاً- إصدار الأحكام أو تنفيذها من غير محاكمة سابقة:

لا يجوز اصدار الأحكام أو تنفيذها أثناء الاحتلال من غير محاكمة سابقة من جهة محاكم مشكلة تشكيلاً قانونياً وبمحاكمة تتوفر فيها كافة ضمانات التقاضي، فالحكم هو عنوان الحقيقة، ولا يمكن الوصول إلى هذه الحقيقة دون محاكمة، فعلى سبيل المثال صدرت أحكام من غير محاكمات، ونفذت هذه الأحكام على الرغم من ما يشوبها من عيوب أثناء الاحتلال العراقي لدولة الكويت عام (١٩٩٠-١٩٩١)، حيث تم اعدام عدد من أبناء الكويت أمام العامة ومن غير محاكمات^(١٩)، وأثناء غزو اليابان لبعض مناطق الصين قتل أسرى الحرب من المدنيين بشكل جماعي بواسطة القوات اليابانية من غير أي محاكمات تحقق لهم فيها الضمانات القضائية، والممارسات نفسها وقعت في مانيتا وأثناء الاحتلال الياباني للفلبين^(٢٠).

ولأهمية مثل هذا النوع من الانتهاكات، فقد تم تجريمه في النظام الأساسي لمحكمة "راوندا"^(٢١)، و"يوغسلافيا السابقة"^(٢٢).

وإجراءات المحاكمة قد لا يكون كل الهم، وإنما الهم جله في المحاكم التي تقوم بإجراء هذه المحاكمات، ومدى صفاء ذهنها في فحص أركان الدعوى، ومدى وجود

(١٩) محمد عبدالهادي جمال، الكويت وأيام الاحتلال، مجلة العلوم الاجتماعية، ١٩٩١م، مج ١٩ ع ٣، ٤، ص ٢٠٠.

(20) Facing History and Ourselves, Holocaust and Human Behavior, [https://www.facinghistory.org/holocaust-and-human-behavior/chapter-10/tokyo-trials], last visited April 14, 2019.

(٢١) قرار مجلس الأمن الدولي رقم ١٩٩٤/٩٥٥، ٨ نوفمبر ١٩٩٤، النظام الأساسي لمحكمة راوندا، مادة ٣ (ز).

(22) The Statute of the ICTY, SC Resolution as updated of July 7, 2009, article 2 (f).

توجهات أو تراكمات سابقة على بدء إجراءات النظر بالدعوى، وعليه لا بد من التشكيل المناسب للمحاكم التي تتصدى لهذه المحاكمات.

ثانياً- تشكل المحاكم التي تصدر الأحكام والعقوبات تشكيلاً مخالفاً للقانون:

الكل متفق على أن يكون تشكيل المحاكم تشكيلاً قانونياً يكفل للمتقاضين أن تنظر قضاياهم بعدالة، وهذا الأمر يتحقق في المحاكم التي تشكل قبل خضوع الأراضي المحتلة للاحتلال؛ لأن تشكيلها كان يقوم على أساس أهليتها في تحقيق العدالة وخدمتها، أما المحاكم التي تشكل بعد تمام الاحتلال، فإن المحتل يسعى من إعادة هذا التشكيل فقط إلى حماية سلطة الاحتلال واضفاء المظلة الشرعية على ما يمكن أن تتخذه من قرارات، الأمر الذي يصعب معه قدرتها على تحقيق العدالة للمتقاضين تحت مظلة الاحتلال.

وإن كانت المادة (٦٤) من اتفاقية "جنيف" الرابعة سمحت، وفي أضيق الحدود، لسلطة الاحتلال إلغاء أو وقف تطبيق قانون الجراء، فقط عندما يشكل تهديداً على سلطات الاحتلال، إلا أن المادة (٦٦) أكدت على أن تطبيق هذه القوانين الجزائية البديلة لا يمكن أن يتم إلا من خلال محاكم، قد تكون عسكرية غير سياسية مشكّلة تشكيلاً قانونياً.

وتلجأ سلطات الاحتلال عادة إلى إسناد كرسي القضاء لمحاكم عسكرية تتشكل من أفراد قواتها المسلحة، لأن قضاتها يساندون الادعاء العام ضد بقية الخصوم في أغلب الأحوال^(٢٣).

ولكل دولة من الدول نظامها وتشكيلها القضائي الذي يتناسب ومتطلبات الأفراد الخاضعين لسلطة الدولة، إلا أنها لا تخرج عن كون النظام القضائي على درجات، إذ تتولى الأعلى درجة المراقبة على أحكام المحاكم الأقل درجة، والمحاكم الأقل درجة أو تلك التي تنتظر القضايا الأقل أهمية تتكون من عدد من القضاة أقل من تلك الأعلى

⁽²³⁾ADDAMEER PRISONER SUPPORT & HUMAN RIGHTS ASS'N, PRESUMED GUILTY: FAILURES OF THE ISRAELI MILITARY COURT SYSTEM: AN INTERNATIONAL LAW PERSPECTIVE (2009).



درجة، أو التي تنظر القضايا الأكثر أهمية، أما إذا جاءت سلطة الاحتلال وعانت بالنظام القضائي فساداً، فحصرت كل القضايا أمام دوائر تتكون من قاض عسكري واحد، ومن غير أن يكون للمتقاضين الحق في اللجوء إلى محكمة أعلى درجة، فإن هذه المحاكمات لا تصل إلى المعايير الدولية المنشودة، ومن ثم تكون أحكامها على المحك.

والى جانب حسنة التشكيل للهيئات القضائية، لا بد أن تلتزم هذه الهيئات بتوفير الضمانات القضائية الأساسية للمتقاضين.

ثالثاً- حرمان المتقاضين من الضمانات القضائية:

تعد المحافظة على الجسد القضائي في الأراضي المحتلة ضرورة لتحقيق كل هذه المتطلبات، مما يحقق مصلحة الأفراد محل الحماية في اتفاقية "جنيف" الرابعة، ويوفر الضمانة والاستقلال لأعضاء الجسد القضائي.

ومن الوقائع التي تشكل مساساً بالضمانات القضائية المترتبة على ممارسة محاكم وقضاة قوات الاحتلال لوقائع تقع على اقليم الدولة المحتلة ما نسب إلى المحاكم الإسرائيلية التي أطلقت سراح المستوطنين الثلاثة قتلة الطفل محمد بوخضير، وامتناع الادعاء العام الإسرائيلي عن رفع دعوى بحقهم لحرمان ذوي الشهيد من حقهم بالتعويض بحجة أن الجناة من الفقراء!!^(٢٤) الأمر الذي يتعارض من المبدأ القانوني الثابت بشأن كون العدالة عمياء، لا تنظر إلى المتخاصمين وإنما إلى ما نسب إليهم.

كما أن صدام حسين -وأثناء إجراءات محاكمته، أمام المحكمة العراقية الخاصة- وجه حديثه إلى القاضي الذي يتولى محاكمته مذكراً إياه بأنه كان قد قتل والده، ولم ينكر القاضي ذلك، وهو الأمر الذي إن صح، فإن هذه المحكمة فقدت حيادها، وتم توجيهها لاتخاذ حكمها في الاتجاه المرسوم لها، خاصة بعد أن ثبت فقدان القاضي

(٢٤) دنيا الوطن الإلكترونية، (هأرييتس): قتلة الطفل أبو خضير لن يدفعوا تعويضاً لعائلته لأنهم فقراء،

٢٠١٨/٦/٤م،

<https://www.alwatanvoice.com/arabic/news/2018/06/04/1149746.html>

آخر زيارة ٢٠١٩/٤/١٤م.

لحياده، ووجوب تنحيه عن منصبه وفقاً لقواعد العدالة المرسومة في كل النظم القانونية⁽²⁵⁾.

وكما نرى فإن القضاة يشكلون حجر الزاوية بالنسبة إلى النظام القضائي، إذ يقوم النظام القضائي عليهم، ويستقيم باستقامتهم، وينهار بانهيار حصاناتهم، وهناك مجموعة من الموظفين الذين يأخذون حكم القضاة كأعضاء النيابة العامة إلى جانب أعوان القضاة من أعضاء الادعاء العام والخبراء، فهذه المجموعة تندرج تحت مجموعة واحدة وتتمتع بالحماية التي يتمتع بها القضاة وجوداً وعدماً، فيثور التساؤل: ما هو الأساس القانوني لحماية القضاة ومن في حكمهم؟

الفصل الثالث

حماية القضاة ومن في حكمهم أثناء الإحتلال كونهم موظفي دولة

من الضروري التأكيد على أن القضاة، وعلى الرغم من الخصوصية التي يتمتعون بها، إلا أنهم يظلون موظفي دولة مدنيين، ويتمتعون بما يتمتع به هؤلاء الموظفون العاديون في الدولة من حماية، إلى جانب الحماية التي يتمتعون بها بصفتهم القضائية والتي سبق الإشارة إليها.

وقبل الخوض في سمات هذه الحماية لا بد من التفريق بين الحرص على استمرار تسيير المرفق العام والتعاون مع العدو، ثم نستعرض أهم أسس هذه الحماية من حظر اتخاذ بعض الإجراءات التضييقية على الموظفين عموماً والقضاة خصوصاً، والتزام دولة الإحتلال بتوفير فرص عمل عادلة ومناسبة، وحظر الإلزام بالعمل القسري.

(25) Alfeel, supra note, at 13.

المبحث الأول

التمييز بين تسيير المرفق العام والتعاون مع العدو

أثناء النزاعات المسلحة، وبالذات في أوقات الاحتلال، يكون الموظف أمام نارين، إما الاستمرار في تسيير المرفق العام الذي يقوم على تسييره لخدمة المواطنين من أبناء بلده الخاضعين تحت الاحتلال، ورغبته في التعبير عن عدم قبول هذا الاحتلال، ورفض التعاون مع سلطات الاحتلال من خلال الامتناع عن التعاون مع سلطات الاحتلال، والتوقف عن أداء مهام عمله؛ لما قد يكيف أحياناً على أنه تعاون مجرم مع العدو، خاصة وأن بعض الدول تجرم في قوانينها التعاون مع العدو وتعد ذلك أحياناً نوع من أنواع الخيانة العظمى التي تكون عقوبتها الإعدام^(٢٦)، أما إذا كان التعاون مع العدو لم يصل إلى مستواً يهدد سلامة الدولة أو عملياتها العسكرية، وكان في غير النطاق العسكري كاستمرار تسيير مرفق التعليم أو الصحة أو الكهرباء والماء، فإنه لا يندرج تحت مظلة التعاون المجرم مع العدو.

وفي دولة الكويت، وأثناء الاحتلال العراقي لدولة الكويت، وجهت أصابع الاتهام إلى بعض من استمر في تسيير مهام العمل في بعض مرافق الدولة بتهمة التعاون مع

(٢٦) "يعاقب بالإعدام: كل من ارتكب عمداً فعلاً يؤدي إلى المساس باستقلال البلاد أو وحدتها أو سلامة أراضيها. - كل كويتي رفع السلاح على الكويت، أو التحق بأي وجه بالقوات المسلحة لدولة في حالة حرب مع الكويت. - كل من سعى لدى دولة أجنبية، أو تخابر معها أو مع أحد ممن يعملون لمصلحتها للقيام بأعمال عدائية ضد الكويت. - كل من سعى لدى دولة أجنبية معادية، أو تخابر معها أو مع أحد ممن يعملون لمصلحتها؛ لمعاونتها في عملياتها الحربية أو للإضرار بالعمليات الحربية لدولة الكويت". مادة ١ من قانون الجزاء الكويتي رقم ٣١ لعام ١٠٧٠. كما تنص المادة (١٤١) من قانون الجزاء العماني على أنه: "يعاقب بالإعدام، كل شخص عمانياً كان أم غير عماني دس الدسائس لدى دولة أجنبية، أو اتصل بها لدفعها إلى مباشرة العدوان على الدولة العمانية، أو لتوفير الوسائل لها إلى ذلك، تكون العقوبة السجن المطلق إذا لم يفض العمل إلى نتيجة".

المحتل، وقد حوكم آخرون وصدرت في حق بعضهم أحكام قضائية قاسية (أفراد جريدة النداء وأفراد الحكومة الكويتية المؤقتة المكلفة من سلطات الاحتلال)^(٢٧).

وفي الجزائر وأثناء الاحتلال الفرنسي، طلقت امرأة جزائرية من زوجها، فأبدت رغبتها في اعتناق المسيحية، وأن تجعل نفسها تحت حماية القوانين الفرنسية، فذهبت إلى الكنيسة، وكان رئيسها دي لارن "Delarne"، فأقام لها مراسيم التمسح، فنتج عن ذلك توقف المحاكم الإسلامية بالجزائر العاصمة واستقالة القضاة المسلمين وأحدث ذلك ضجة كبيرة في أوساط المجتمع الجزائري^(٢٨)، الأمر الذي قررت سلطات الاحتلال على أنه خيانة عظمى، بينما نظر إليه الجزائريون والعرب المسلمون منذ ذاك الحين وحتى اليوم أنه عمل بطولي.

المبحث الثاني

حماية القضاة ومن في حكمهم باعتبارهم موظفين عاديين

خصصت اتفاقية "جنيف" الرابعة لحماية السكان المدنيين تحت الاحتلال، والمدنيين وصف يشمل كل من لا يعد عسكرياً، ولا يحمل السلاح. فقد نصت المادة (٥٤) من اتفاقية "جنيف" الرابعة على أنه: "يحظر على دولة الاحتلال أن تغير وضع الموظفين أو القضاة في الأراضي المحتلة، أو أن توقع عليهم عقوبات، أو تتخذ ضدهم أي تدابير تعسفية أو تمييزية، إذا امتنعوا عن تأدية وظائفهم بدافع من ضمائرهم".

ولا شك أن موظفي الدولة، من غير العسكريين يعدون من السكان المدنيين، ومن بين هؤلاء الموظفين فئة القضاة ومن في حكمهم، فالحماية التي يتمتع بها الموظفون

(٢٧) حكم محكمة التمييز الدائرة الجزائرية، الطعن ٢٠٠١/١٩٦، ٣٠، جزء ١، ص ٦٧٥.

(٢٨) شاوش حباسي: من مظاهر الروح الصليبية للاستعمار الفرنسي في الجزائر، ١٨٣٠ - ١٩٦٢م، دار هومة، الجزائر، ١٩٨٩م، ص ١٩ و ٢٠، مذكور في بنعاس خليفة و بوازني فاطمة، ردود الفعل الوطنية تجاه سياسة فرنسا القضائية في الجزائر ١٨٣٠-١٨٧٠، جامعة الجليلي أبو نعامة، أطروحة الماجستير، لعام ٢٠١٧-٢٠١٨م، ص ١٠، هامش ٥.

تتسحب تلقائياً على القضاة؛ ليستفيدوا منها كونهم موظفي دولة، ومن الملاحظ أن المادة (٥٤) قد منحت حماية خاصة للقضاة، ولم تدمجهم في مصطلح الموظفين، وذلك للأهمية الخاصة التي تقوم عليها مهام أعمالهم، فحظرت المادة ٥٤ تغيير وضع الموظفين عموماً، والقضاة خصوصاً، أو إيقاع العقوبات عليهم، أو اتخاذ أية تدابير تعسفية في حقهم أو أية تدابير تمييزية، حال امتناعهم عن أداء وظائفهم بدافع من ضمائرهم، ومن ثم لا بد من التأكيد على أن الموظفين عموماً والقضاة خصوصاً متى ما استمروا في أداء أعمالهم ولم يتوقفوا عن أدائها، لا تملك سلطات الاحتلال المساس بأشخاصهم أو بأوضاعهم الوظيفية، أما إذا امتنعوا عن أداء مهامهم الوظيفية وبدافع من ضميرهم، من منطلق حب الوطن، وعدم الرغبة في التعاون مع قوات الاحتلال للحيلولة دون إضفاء الصفة الشرعية عليها، عندها يحظر على قوات الاحتلال اتخاذ أي من الإجراءات الآتية:

أولاً- تغيير وضع الموظفين أو القضاة:

يقصد بتغيير أوضاع الموظفين أو القضاة نقلهم من مقار أعمالهم، أو تغيير مراكزهم الوظيفية، أو تغيير المهام المسندة إليهم، أو إدخال أي تغيير يتعلق بظروف أعمالهم أو مهامهم أو مراكزهم الوظيفية، ويدخل تحت هذه المظلة اعفاء القضاة من مهام عملهم، وإسناد مهام إدارية لا علاقة لها بالقضاء، أو أن يتم حرمان القضاة من ممارسة اختصاصهم القضائي الذي يليق بدرجةهم أو خبراتهم، وإسناد قضايا أقل أهمية إليهم، أو أن يتم حرمان القضاة من بعض المزايا النقدية أو العينية أو الإدارية التي يتمتعون بها كسحب ميزة السكن أو الانتقال أو حرمانهم من الحصانات التي يتمتعون بها.

ثانياً- إخضاعهم لأي نوع من أنواع العقوبات:

العقوبات التي تدخل في هذا الإطار ولا يجوز إيقاعها على الموظفين عموماً أو القضاة خصوصاً في مثل هذه الأحوال هي تلك العقوبات الإدارية (كالإنذار، والخصم، وإنزال المرتبة الوظيفية، أو الحرمان من الترقيات المستحقة، أو الخصم من الراتب، أو

حتى العزل من الوظيفة) أو الجزائية (كالغرامة أو الحبس أو ربما الإعدام)، طالما أن هذه العقوبات ما كانت لتطبق لو أن الاحتلال لم يكن له مكان، ومن تلك الإجراءات ما اتخذته سلطات الاحتلال الأمريكية من خلال القيام "بعزل قضاة عراقيين في إجراء تحقيقات سرية ومحاكمات تأديبية غير وجاهية خارج الهيئات القضائية المخولة، لا تمكن القاضي المتهم من الدفاع عن نفسه"^(٢٩)، كما قامت السلطات الفرنسية أثناء احتلالها للجزائر بإلقاء القبض على المفتي ابن العنابي وحبسه توجبه تهمة المؤامرة ضد الحكم الفرنسي، وإعادة الحكم الإسلامي إلى الجزائر^(٣٠)، كما قامت السلطات الفرنسية آنذاك بسجن ونفي جل القضاة الذين لم يقبلوا بالتعاون معها، ومنهم القاضي محمد العزرولي قاضي عنابة، والقاضي سي أحمد خيارى^(٣١).

ثالثاً - اتخاذ أية تدابير تعسفية بحقهم:

يقصد بالتدابير التعسفية أي تدابير تتخذ بحق الموظف أو القاضي لا تجد لها سند بالقانون، وتحمل في مضمونها عقوبة مبطنة، كالنقل إلى أماكن بعيدة عن مكان السكن، أو اسناد مهام وظيفية تفوق بكثير قدرات الموظف أو قد تمتد إلى ساعات عمل فوق الساعات المقررة قانوناً، أو الحرمان من الإجازات المقررة قانوناً، أو الحرمان من ساعات الراحة، أو غير ذلك من الإجراءات التي يمكن وصفها بالتعسفية، ومن ذلك ما ورد بنص المادة (٥٢) من اتفاقية "جنيف" الرابعة من تقييد إمكانيات عملهم بقصد حملهم على العمل في خدمة دولة الاحتلال^(٣٢)، كسحب السكرتارية والحجاب، وإغلاق قاعات الجلسات، والتضييق على القضاة في الوصول إلى المحكمة أو الخروج

^(٢٩) محمد صلاح، تقرير للمنظمة العربية لحقوق الإنسان: الاحتلال يوجب (الفتنة الطائفية) باستهداف العشائر السنية، ٢٠ مارس ٢٠٠٤م.

^(٣٠) أبو القاسم سعد الله، رائد التجديد الإسلامي محمد ابن العنابي، ط٢، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ١٩٩٠م، ص ٤٤. مذكور في بنعاس خليدة وبوازني فاطمة، مرجع سابق.

^(٣١) بشير بلاح، تاريخ الجزائر المعاصر، ج١، دار المعرفة، الجزائر، ٢٠٠٦م، ص ١٤٥.

^(٣٢) "تحظر جميع التدابير التي من شأنها أن تؤدي إلى بطالة العاملين في البلد المحتل أو تقييد إمكانيات عملهم بقصد حملهم على العمل في خدمة دولة الاحتلال". اتفاقية جنيف الرابعة، مادة ٥٢.

منها، وغيرها من إجراءات لتعقيد وإرباك ظروف عمل القضاة، ومن ذلك ما تعرض له القاضي مصطفى ابن الكبابي بداية الاحتلال الفرنسي، وكان أشد المعارضين لسياسة فرنسا تجاه الأوقاف لذلك نفوه سنة ١٨٤٣م إلى الإسكندرية وتوفى بعدها^(٣٣).
رابعاً- اتخاذ أية تدابير تمييزية بحقهم:

يقصد بالإجراءات التمييزية أية إجراءات سلبية (تميز أقرانه، أو نظرائه من الموظفين عنه بالترقيات وتخفيف ساعات العمل والترقيات والعلاوات، أو أية مزايا وظيفية أو مالية أخرى) أو إيجابية (استقصاده هو بالذات دون سواه من أقرانه من الموظفين بزيادة مهام العمل أو نوعيته، أو سوء معاملته، أو أي نوع من المعاملات التمييزية الأخرى).

المبحث الثالث

التزام دولة الاحتلال بتوفير فرص عمل عادلة ومناسبة

تحظر قواعد القانون الدولي الإنساني التدابير التي من شأنها تؤدي إلى بطالة العاملين في الأراضي المحتلة بهدف إجبارهم على التعاون مع قوات الاحتلال^(٣٤)، فمن غير المقبول أن تأتي سلطات الاحتلال لتقرر حل الجسد القضائي، وعزل جميع القضاة (غير المتعاونين) من مهام عملهم.

لا شك أن اتفاقية "جنيف" الرابعة لعام (١٩٤٩م) تلقي الكثير من الأعباء على عاتق سلطات الاحتلال، من تلك المهام الاعتناء بالموظفين والعمال الذين فقدوا أعمالهم (مصدر رزقهم) بسبب الاحتلال، مع أن الأصل أن يبقى كل موظف أو قاضٍ في مركزه الوظيفي دون تغيير بسبب الاحتلال^(٣٥)، وبأجر منصف يتناسب وقدراته

(٣٣) عادل نويهض، معجم أعلام الجزائر من صدر الإسلام حتى العصر الحاضر، ج٢، ط١،

مركز الإمام الثعالبي للدراسات ونشر التراث الجزائري، ٢٠١١م، ص ٥٩.

(٣٤) اتفاقية جنيف الرابعة، مادة ٥٢.

(٣٥) اتفاقية جنيف الرابعة، مادة ٥١.

الجسدية أو العقلية، فالأصل ألا تتعرض رواتب وامتيازات القضاة للتغيير أو التعديل بسبب الاحتلال، إلا أنه وإن كان لا بد فيعطى عن العمل أجر منصف، ويكون العمل متناسباً مع قدرات العمال البدنية والعقلية. ويطبق على الأشخاص المحميين المكلفين بالأعمال المشار إليها في هذه المادة (مادة (٥١) من اتفاقية "جنيف" الرابعة) التشريع الساري في البلد المحتل فيما يتعلق بشروط العمل والتدابير الوقائية، وبخاصة فيما يتصل بالراتب، وساعات العمل، وتجهيزات الوقاية، والتدريب المسبق، والتعويض عن حوادث العمل والأمراض المهنية^(٣٦).

ولا شك بأن شريحة القضاة هم من الموظفين المتميزين كفاءة وبمقابل مادي مجزٍ يليق بالمهام الحساسة الملقاة على كواهلهم، تمنعهم من البحث عن أعمال جانبية أو خاصة لزيادة دخولهم، كل ذلك، بقدر الإمكان، لضمان حيادهم بالحد من اختلاطهم بأفراد المجتمع الذي سيتخاصم أفرادهم - لا سمح الله - أمامهم في يوم من الأيام.

وبسبب الاحتلال، لربما يحرم هؤلاء الموظفين أو العمال أو القضاة من مهام عملهم، مما قد يترتب عليه وقف مصدر دخلهم وأسرهم، الأمر الذي ألزمت معه اتفاقية "جنيف" الرابعة^(٣٧) سلطة الاحتلال بأن توفر لهم فرصة إيجاد عمل معه (مكسب)، خاصة إذا ما كان هؤلاء القضاة من جنسية دولة ثالثة، ولا شك أن القضاء في الدول العربية بمن فيها دولة الكويت وسلطنة عمان يستعين وبشكل كبير بقضاة من بعض

^(٣٦) اتفاقية جنيف الرابعة، مادة ٥١.

^(٣٧) تنص المادة ٣٩ من اتفاقية جنيف الرابعة على أن: "توفر للأشخاص المحميين الذين يكونون قد فقدوا بسبب الحرب عملهم الذي يتكسبون منه، فرصة إيجاد عمل مكسب، ويتمتعون لهذا الغرض بالمزايا نفسها التي يتمتع بها رعايا الدولة التي يوجدون في أراضيها، مع مراعاة اعتبارات الأمن وأحكام المادة ٤٠. إذا فرض أحد أطراف النزاع على شخص محمي تدابير مراقبة من شأنها أن تجعله غير قادر على إعالة نفسه، وبخاصة إذا كان هذا الشخص غير قادر لأسباب أمنية على إيجاد عمل مكسب بشروط معقولة، وجب على طرف النزاع المذكور أن يتكفل باحتياجاته واحتياجات الأشخاص الذين يعولهم. وللأشخاص المحميين في جميع الحالات أن يتلقوا الإعانات من بلدان منشئهم، أو من الدولة الحامية، أو جمعيات الإغاثة المشار إليها في المادة ٣٠".

الدول العربية. وليتحقق وصف (المكسب) يكون المعيار المتخذ هو مزايا العمل بالنسبة إلى الدولة التي يوجدون على أراضيها (وهي الأراضي المحتلة)، إلا أن الموظفين أو العمال أو القضاة الذين يتبعون دولاً ثالثة، غير دولة الاحتلال والأراضي المحتلة، يملكون الحق بتلقي المعونات من دولهم، كما يملكون تلقي المعونات الإغاثية شأن أقرانهم من أبناء دولة الاحتلال من الجمعيات الإغاثية^(٣٨).

أحياناً تفرض سلطات الاحتلال تدابير مراقبة تجعل العامل أو الموظف أو القاضي غير قادر على إعالة نفسه أو إيجاد فرصة عمل مناسبة (عمل مُكسب وبشروط معقولة)؛ لأسباب أمنية، هنا يقع العبء على سلطات الاحتلال للتكفل بكافة احتياجاته واحتياجات من يعولهم^(٣٩).

وفي جميع الأحوال لا تسند مهام العمل إلى القضاة إلا في حدود الأراضي المحتلة وليس خارجها، فلا يجوز اسناد مهام القضاء إلى قضاة الأراضي المحتلة في إقليم دولة الاحتلال^(٤٠).

حظر الالتزام بالعمل القسري:

العمل القسري يتعارض مع تشريعات القانون الدولي ومع معظم التشريعات الوطنية، وحتى القانون الدولي الإنساني، ويحظر في جميع الأحوال إلزام الأشخاص على القيام بأية أعمال ذات طبيعة عسكرية، أما الأعمال المدنية فلها خصوصيتها وظروفها.

فلا تملك سلطات الاحتلال إرغام مواطني دولة ثالثة بالعمل على إقليم الدولة المحتلة إلا وفقاً لما يتبع مع مواطني الدولة المحتلة، كأداء القسم، واحترام التخصص، والدرجات الوظيفية، وغيرها من خصوصيات العمل في سلك القضاء، وهنا قد يثور التساؤل بالنسبة إلى تباين النظم القضائية بين الدولتين، فإن النظام القضائي الذي

^(٣٨) اتفاقية جنيف الرابعة، مادة ٣٩.

^(٣٩) اتفاقية جنيف الرابعة، مادة ٣٩.

^(٤٠) اتفاقية جنيف الرابعة، مادة ٥١.

يسود هو ذلك الذي يخدم الأفراد الخاضعين للاحتلال، (وهو غالباً ما يكون نظام الأراضي المحتلة، أما بالنسبة إلى القسم لو تعارض بين ذلك الذي يؤديه قضاة الأراضي المحتلة)، وذلك الذي يؤديه قضاة دولة الاحتلال، فإن الأول هو الذي يسود، فلا يقبل من قاض مسلم أن يقسم على تطبيق الشريعة الإسلامية، والعكس صحيح، وبما أن القضاء وظيفة ذات خصوصية، لا يستطيع القيام بها سوى أشخاص يتبعون دولاً تتبع النظام القضائي للأراضي المحتلة ذاته، ومن ذوي السمعة الحسنة ممن لم يصدر في حقهم أحكام مخلة بالشرف والأمانة.

وقد سمحت المادة (٤٠) من اتفاقية "جنيف" الرابعة، إجبار بعض الأشخاص في بعض القطاعات على العمل القسري؛ وذلك لمصلحة الأفراد الخاضعين للاحتلال وضمان تسيير المرافق العامة الضرورية منها كتأمين تغذية السكان (خدمات التموين والزراعة وصيد السمك وسواها) وإيوائهم (كهيئات الإسكان والكهرباء والماء) ونقلهم (كمؤسسات النقل البري والسكك الحديدية والطيران والنقل البحري) وصحتهم (كالمستشفيات والمستوصفات ومراكز الرعاية الصحية الخاصة والعامة)^(٤١)، والتي على ما يبدو أن القضاء ليس من ضمنها، الأمر الذي يمنع سلطات الاحتلال من إجبار القضاة من مواطني الدولة المحتلة على ممارسة مهام عملهم.

إلا أنه من الملاحظ أن نص المادة (٥٤) لم يتطرق للإجراءات التعسفية أو التمييزية أو العقوبات التي قد تتخذ في حق أفراد أسر القضاة أو زوجاتهم وأبنائهم وأقربائهم من الدرجة الأولى، والذي غالباً مما يكون لها وقعاً على النفس يفوق وقع العقوبات والإجراءات التمييزية أو التعسفية التي تتخذ في حق القضاة أنفسهم، مع أن نص المادة (٣٩) في معرض توفير المساعدات في حال البطالة أخذ في اعتباره أقارب الموظف عموماً والقاضي خصوصاً ممن يعولون، وهو قصور لا بد من التطرق له،

(٤١) "ينتفع الأشخاص المحميون الذين يرغمون على العمل بنفس شروط العمل وتدابير الحماية التي تكفل للعمال الوطنيين، وبخاصة فيما يتعلق بالراتب، وساعات العمل، والملبس وتجهيزات الوقاية، والتدريب السابق، والتعويض عن حوادث العمل والأمراض المهنية". اتفاقية جنيف الرابعة، مادة ٤٠.

ومعالجته في أقرب فرصة ممكنة، ومما تعرض له أفراد الأسر من إجراءات بسبب قربانهم للقضاة هو ما خضع له أفراد أسرة مفتي الجزائر ابن العنابي أثناء الاحتلال الجزائري، حيث تعرضوا للإهانة والاحتقار من قبل بعض قوات الاحتلال الفرنسي^(٤٢).

الفصل الرابع

ضمانات حماية النظام القضائي أثناء الاحتلال

على فرض تم التعدي على النظام القانوني للدولة أثناء الاحتلال، سواء بالتعدي على المراكز القانونية للقضاة أو التعدي على أشخاصهم أو حتى ذويهم، أو إلغاء القوانين السارية من دون مبرر، أو إسناد مقعد القضاء إلى محاكم غير مؤهلة، أو الضرب بالضمانات القضائية عرض الحائط، أو أن تتم المحاكمات خارج الأراضي المحتلة، فما هي الوسائل القانونية لمواجهة مثل هذه التعديات؟

لا شك أن المخالفات التي تم الإشارة إليها بشأن النظام القضائي لا تتدرج ضمن المخالفات الجسيمة^(٤٣)، إلا أن من شأن التعدي على النظام القضائي للأراضي المحتلة أن يرتب انتهاكات جسيمة، فعلى سبيل المثال من شأن حل المحاكم وصرف القضاة من وظائفهم أن تقوم الدولة المحتلة بتعيين قضاة غير أكفاء قد يتسببون في حرمان

(٤٢) بنعاس خليدة و بوازني فاطمة، مرجع سابق، ص ١٢.

(٤٣) تنص المادة ١٤٧ من اتفاقية جنيف الرابعة على أن: "المخالفات الجسيمة التي تشير إليها المادة السابقة هي التي تتضمن أحد الأفعال التالية إذا اقترفت ضد أشخاص محميين أو ممتلكات محمية بالاتفاقية: القتل العمد، والتعذيب أو المعاملة اللاإنسانية، بما في ذلك التجارب الخاصة بعلم الحياة، وتعتمد إحداث آلام شديدة أو الإضرار الخطير بالسلامة البدنية أو بالصحة، والنفي أو النقل غير المشروع، والحجز غير المشروع، وإكراه الشخص المحمي على الخدمة في القوات المسلحة بالدولة المعادية، أو حرمانه من حقه في أن يحاكم بصورة قانونية وغير متحيزة وفقاً للتعليمات الواردة في هذه الاتفاقية، وأخذ الرهائن، وتدمير واغتصاب الممتلكات على نحو لا تبرره ضرورات حربية وعلى نطاق كبير بطريقة غير مشروعة وتعسفية".

الأشخاص محل الحماية من حقهم بالحاكمة بصورة قانونية وغير متحيزة وفقاً للتعليمات التي سبق الإشارة إليها سابقاً، أو يترتب على غياب النظام القضائي العادل سواء انعدام القانون بما يترتب على ذلك من جرائم تدخل ضمن الانتهاكات الجسيمة، وضمانات النظام القانوني أثناء الاحتلال تنقسم إلى ضمانات وفرتها اتفاقية "جنيف" الرابعة، وضمانات وفرها النظام القانوني الوطني لكل من سلطة الاحتلال، أو الأراضي المحتلة، أو التي وفرها النظام القانوني العالمي.

المبحث الأول

الضمانات القانونية التي وفرتها اتفاقية "جنيف" الرابعة لعام ١٩٤٩م

لا شك أن الضمانات القانونية التي وفرها القانون الدولي الإنساني أثناء النزاع المسلح هي ضمانات لا ترقى إلى مستوى الضمانات القانونية التي يوفرها القانون الدولي لحقوق الإنسان في وقت السلم، وتقتصر على تقديم ضحايا هذه الانتهاكات لشكواهم للدولة الحامية، إن وجدت، أو اللجنة الدولية للصليب الأحمر التي تلعب دور الدولة الحامية أو اللجنة الوطنية للصليب أو الهلال الأحمر^(٤٤).

وسمحت اتفاقية "جنيف" الرابعة لممثلي الدولة الحامية -اللجنة الدولية للصليب الأحمر- بالدخول إلى جميع المرافق التي يستفيد منها أو يستخدمها الأفراد المحميون بالاتفاقية، بما في ذلك مرفق القضاء، والتحدث إلى الأفراد بشأن هذه المرافق وتما

^(٤٤) تنص المادة (٣٠) من اتفاقية "جنيف" الرابعة على أنه: "تقدم جميع التسهيلات للأشخاص المحميين لينتقدوا بطلباتهم إلى الدول الحامية وإلى اللجنة الدولية للصليب الأحمر، والجمعية الوطنية للصليب الأحمر (أو الهلال الأحمر أو الأسد والشمس الأحمرين) التابعة إلى البلد الذي يوجدون فيه، وكذلك إلى أي هيئة يمكنها معاونتهم، وتمنح هذه الهيئات المختلفة جميع التسهيلات لهذا الغرض من جانب السلطات، وذلك في نطاق الحدود التي تفرضها المقننات العسكرية أو الأمنية. وبخلاف زيارات مندوبي الدول الحامية واللجنة الدولية للصليب الأحمر، المنصوص عنها في المادة (١٤٣)، تسهل الدول الحاضرة أو دول الاحتلال بقدر الإمكان الزيارات التي يرغب ممثلو المؤسسات الأخرى القيام بها للأشخاص المحميين بهدف تقديم معونة روحية أو مادية إلى هؤلاء الأشخاص".

الخدمة المقدمة إليهم ومدى تماشيها مع المعايير العالمية الخاصة بالعدالة^(٤٥)، ويمكن للجنة أن تتلقى الشكاوى بشأن الإخلال بهذه المعايير والانتقاص من الخدمات التي تقدمها هذه المرافق، وتتعامل اللجنة مع هذا النوع من الشكاوى بشكل سري، من غير محاولة مواجهة أو مجابهة دولة الاحتلال^(٤٦)، بحيث تحافظ على حيادها الذي يكفل لها الاستمرار في تلقي الشكاوى والاستمرار في زيارة الأراضي المحتلة للالتقاء بضحايا هذه الانتهاكات^(٤٧) - خاصة تلك التي تتعلق بسلامة النظام القضائي للدولة المحتلة - الأمر الذي يقلل من القيمة الفعلية لمثل هذا الإجراء في كثير من الأحيان.

فبالنسبة إلى أي طرف متعاقد، حتى لو لم يكن موضوعاً للانتهاك، فإنه يستطيع أن يطلب التحقيق بأي انتهاك لاتفاقية "جنيف" الرابعة، وإن لم يكن انتهاكاً جسيماً، وتتفق الدولة المتهمة بالانتهاك، والدولة موجهة هذا الاتهام على إجراءات التحقيق في هذا الادعاء، وحال عدم الاتفاق على الإجراءات، يتفق الأطراف على اختيار محكم محايد يتولى مهمة تحديد إجراءات التحقيق في التعدي على النظام القضائي للدولة المحتلة، وكنتيجة لهذا التحقيق، متى ثبت الانتهاك التزمت الدولة المتهمة بتصحيح الوضع في أسرع وقت ممكن، مع إمكانية فتح باب المسؤولية الدولية جراء هذا

^(٤٥) تنص المادة (١٤٣) من اتفاقية جنيف الرابعة على أنه: "يصرح لممثلي أو مندوبي الدول الحامية بالذهاب إلى جميع الأماكن التي يوجد بها أشخاص محميون، وعلى الأخص أماكن الاعتقال والحجز والعمل. ويكون لهم حق الدخول في جميع المرافق التي يستعملها الأشخاص المحميون، ولهم أن يتحدثوا معهم من غير رقيب، بالاستعانة بمرترجم عند الضرورة. ولا تمنع هذه الزيارات إلا لأسباب تقتضيها ضرورات عسكرية قهرية، ولا يكون ذلك إلا بصفة استثنائية ومؤقتة. ولا يجوز تحديد تواتر ومدة هذه الزيارات".

تعطى الحرية الكاملة لممثلي ومندوبي الدول الحامية فيما يتعلق باختيار الأماكن التي يرغبون زيارتها. وللدولة الحاجزة أو (دولة الاحتلال) أن تتفق مع الدولة الحامية، وعند الاقتضاء مع دولة منشأ الأشخاص المتوخى زيارتهم، على السماح لمواطني المعتقلين بالاشتراك في الزيارات.

Memorandum: The ICRC's Privilege of Non-Disclosure of Confidential Information, 97 Int'l Rev. Red Cross 433 at 435 (2016).

^(٤٧) ألكسندر ج. هيغنس، الصليب الأحمر الذي يتعرض للضغوط من أجل التكم علناً مقتنع بأن نهج الكتمان الذي يتبعه هو الأفضل، مقال 24-05-2004، وكالة أنباء أسوشيتد بريس.

الانتهاك^(٤٨)، إلا أن مثل هذا التصور لا يمكن تطبيقه إلا في حال الاحتلال الجزئي، حيث يتحاور الطرفان على قدم المساواة، أما لو أن الاحتلال كان كاملاً، فإن دولة الاحتلال -غالباً- لا تعترف بالسلطة التي كانت تحكم الدولة قبل الاحتلال، وترفض الجلوس معها على طاولة المفاوضات، كما حصل في احتلال العراق لدولة الكويت، وإعلانها المحافظة العراقية التاسعة عشر، أما بالنسبة إلى احتلال إسرائيل لهضبة الجولان واقتطاعها من الإقليم السوري، لا يمنع جلوس كلا الطرفين على طاولة المفاوضات بشأن الانتهاكات التي ترتكب من سلطة الاحتلال على الأراضي المحتلة.

المبحث الثاني

ضمانات النظام القانوني الوطني

عندما ترتكب المخالفات أثناء الاحتلال، فإنها تخضع للاختصاص القانوني لسلطة الاحتلال، وحال عدم المعاقبة عليها، فإنها تخضع للاختصاص القانوني للأراضي المحتلة بعد تحريرها.

أولاً- ضمانات سلطة الاحتلال:

درجت سلطات الاحتلال على الدفاع عن أفعالها، وتبرير انتهاكاتها أثناء الاحتلال، ومن ثم يصعب، إن لم يستحل، قيام دولة الاحتلال بمحاكمة أفراد قواتها المسلحة أو ممثليها في الأراضي المحتلة، على ما ينسب لهم من انتهاكات في حق النظام القضائي للدولة المحتلة، ولكن ليس هناك ما يمنع، قانوناً، سلطة الاحتلال من القيام بحاكمة مواطنيها أو ممثليها جراء التعدي على النظام القانوني للدولة المحتلة، إلا أن هذه المحاكمات لا بد أن تكون جدية وتتناسب وجسامته الانتهاكات محل المحاكمة، وغالباً ما تكون سلطات الاحتلال هيئة لينة في التعاطي مع الاتهامات التي توجه لأفراد

^(٤٨) تنص المادة (١٤٩) من اتفاقية جنيف الرابعة على أن: "يجرى، بناءً على طلب أي طرف في النزاع، وبطريقة تتقرر فيما بين الأطراف المعنية، تحقيق بصدد أي ادعاء بانتهاك هذه الاتفاقية. وفي حالة عدم الاتفاق على إجراءات التحقيق، يتفق الأطراف على اختيار حكم يقرر الإجراءات التي تتبع. وما أن يتبين انتهاك الاتفاقية، يتعين على أطراف النزاع وضع حد له وقمعه بأسرع ما يمكن".

قواتها العسكرية عما يوجه لهم من اتهامات، ومن ثم فإنها إما تماطل أو تتذرع في تجنب محاكمة الجناة أو أنها تحاكمهم محاكمات شكلية تتمخض عن عقوبات لا تتناسب البتة مع جسامته ما ينسب لأفراد قواتها من انتهاكات.

ثانياً- ضمانات الأراضي المحتلة بعد تحريرها:

تتعرض أركان الدولة المحتلة للشلل وتحول إلى أراضٍ محتلة، وتتوقف مؤسساتها عن العمل، بما في ذلك المؤسسات العقابية التي تقوم على تنفيذ القوانين، ما لم تختار سلطة الاحتلال استمرار هذه المؤسسات في العمل، خصوصاً القائمة على تطبيق العدالة (وهو أمر نادر الحدوث) ومن ثم فإن المجال الوحيد لمساءلة المسهمين في انهيار النظام القضائي للدولة المحتلة يكون بعد تحرير أراضيها، وانسحاب سلطات الاحتلال منها، وعودة الحياة لمؤسساتها، وتقوم الدولة المحررة بملاحقة الجناة عن طريق نظامها القانوني، بإلقاء القبض ومحاكمة من استمروا في الوجود على الأراضي المحتلة بعد تحريرها، وذلك بتوجيه الاتهام لهم وفقاً لنصوص القانون الوطني للدولة المحررة، أو بمحاكمتهم غيابياً عما ارتكبه من جرائم، خاصة المتعلقة بالتعدي على النظام القضائي، ومطالبة الدول الصديقة بتسليمهم لها؛ لاتخاذ الإجراءات القانونية بحقهم، ويعاقب القانون الكويتي على القيام بأية أعمال تمس المصلحة القومية للكويت وذلك بالحصول على مقابل من دولة أجنبية، إذا ما تم ذلك أثناء الحرب^(٤٩)، فكل من

^(٤٩) تنص المادة (٥) من القانون الكويتي لجرائم أمن الدولة الخارجي رقم (٣١) لعام (١٩٧٠م) على أن: "كل من طلب لنفسه أو لغيره أو قبل أو أخذ ولو بالواسطة من دولة أجنبية أو من أحد ممن يعملون لمصلحتها نقوداً أو أية منفعة أخرى أو وعد بشيء من ذلك بقصد ارتكاب عمل ضار بمصلحة قومية للبلاد يعاقب بالحبس المؤقت لمدة لا تقل عن خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن ألفي دينار ولا تزيد على ما أعطى أو وعد به، إذا كان الجاني موظفاً عاماً أو مكلفاً بخدمة عامة أو ذا صفة نيابية عامة، أو إذا ارتكب الجريمة في زمن حرب فتكون العقوبة الحبس المؤبد وغرامة لا تقل عن ألفي دينار ولا تزيد على ضعف ما أعطى أو وعد به. يعاقب على الوجه المبين بالفقرتين السابقتين من أعطى أو عرض أو وعد بشيء مما ذكر بقصد ارتكاب عمل ضار بمصلحة قومية للبلاد. ما يعاقب على هذا الوجه من توسط في ارتكاب جريمة من الجرائم السابقة، إذا كان الطلب أو القبول أو العرض أو الوعد أو التوسط كتابة فإن الجريمة تتم بمجرد تصدير الكتاب".

يقبل بتقلد منصب القضاء من غير الأكفاء أو المؤهلين أثناء الاحتلال بمقابل مادي يطلبه، أو تعرضه عليه قوات الاحتلال، يكون محلاً لهذه المسائلة الجزائية، كما يعاقب القانون الكويتي والقانون العماني كل من يسهم بمساعدة قوات الاحتلال في تعطيل مرفق القضاء، سواء بتعطيل نظام الجلسات الإلكتروني، أم النظام الإلكتروني للأرشيف، أم غيرها من الأعمال التي من شأنها أن تعطل مرفق القضاء من القيام بمهامه^(٥٠)، وتنتج سلطة الاحتلال في بعض الأحيان بزرع نظم قانونية تتناسب وتوجهاتها، كما تقوم بمحاربة أركان النظام القضائي الذين قد يشكلون تهديداً لها، وقد يسعون لإصدار أحكاماً ربما تسهم بعودة أو حرية أركان النظام الحاكم قبل الاحتلال، ومن ذلك ما حل بالنظام العراقي في أعقاب الاحتلال الأمريكي للعراق، حيث تتحى عدد من القضاة أمثال القاضي رازكار أمين الذي ترك المحكمة بسبب تسييسها، وتم استبعاد عدد آخر أمثال القاضي عبدالله الأميري الذي رفض ضغوطاً عليا، بينما فر عدد آخر إلى خارج البلد، مثل القاضي رائد جوهي الذي طلب اللجوء إلى أوروبا، بينما اختفى عدد آخر، مثل قاضي محكمة الاستئناف منير حداد، إلا أن فترات الاحتلال قد تطول، ويطول معها انتظار محاسبة الجناة من جهة النظم الوطنية لسلطة الاحتلال أو

^(٥٠) تنص المادة (٨) من قانون جرائم أمن الدولة الخارجي الكويتي رقم ٣١ لعام (١٩٧٠م) على أن: "يعاقب بالحبس المؤبد كل من أثلف أو عيب أو عطل عمداً أسلحة أو سفنا أو طائرات أو مهمات أو منشآت أو وسائل مواصلات أو مرافق عامة أو ذخائر أو مؤنا أو أدوية أو غير ذلك مما أعد للدفاع عن البلاد أو مما يستعمل في ذلك، يعاقب بالعقوبة ذاتها كل من أساء عمداً صنعها أو إصلاحها، كل من أتى عمداً عملاً من شأنه أن يجعلها غير صالحة ولو مؤقتاً للانتفاع بها فيما أعدت له أو أن ينشأ عنها حادث. تكون العقوبة الإعدام إذا وقعت الجريمة في زمن الحرب." كما تنص المادة (١٤٤) من قانون الجزاء العماني على أن "يعاقب بالإعدام كل شخص عماني كان أم غير عماني أقدم زمن الحرب أو عند توقع نشوبها، على هدم أو تخريب أحد المرافق العامة، أو المنشآت العسكرية أو سائر وسائل المواصلات والنقل وبصورة عامة كل الأشياء التي لها طابع عسكري أو المعدة لاستعمال القوات العامة، بقصد شل الدفاع الوطني أو تمكين قوات العدو من الانتصار على القوات العمانية. المادة (١٤٥): يعاقب بالسجن من ثلاث إلى خمس عشرة سنة أو بغرامة لا تقل عن خمسمائة ريال كل من لم ينفذ قصداً، في زمن الحرب أو عند توقع نشوبها، الموجبات والتعهدات التي ألتمتها لصالح الدفاع الوطني، أو لصالح الدولة، أو لتموين الأهليين، أو أرتكب غشاً فيها".

لسلطة ما بعد التحرير مثل الحالة الفلسطينية، مما يجعل للقانون الدولي المبرر للتدخل لضمان الحدود الدنيا من الضمانات القضائية.

المبحث الثالث

ضمانات النظام القانوني الدولي

النظام القانوني الدولي هو نظام قانوني احتياطي مكمل للقضاء الوطني، لا يدخل حيز النفاذ إلا عند فشل النظام القانوني الوطني^(٥١)، ولا يملك القضاء الدولي الاختصاص إلا إذا انهار النظام القضائي الوطني بشكل يحول دون تحقيق العدالة، ولا شك أن بعض أنواع الاحتلال وتدخله في النظام القضائي للدولة بطريقة فجأة، يضحى معه هذا النظام غير قادر على مواجهة الجرائم، ويعم انعدام القانون، فينتقل بموجبه الاختصاص للقضاء الدولي، وبالذات المحكمة الجنائية الدولية الدائمة^(٥٢).

فتختص المحكمة الجنائية الدولية بمعاينة الأفعال الداخلة في تهديد النظام القضائي لدولة الاحتلال في حالتين:

أولاً: إعلان أن حقوق ودعاوى رعايا الطرف المعادي ملغاة، أو معلقة، أو لن تكون مقبولة في أية محكمة: إن مجرد الإعلان بانهيار النظام القضائي لدى الخصم المعادي يعد جريمة تدخل ضمن الاختصاص القضائي للمحكمة الجنائية الدولية، ومن مؤشرات

^(٥١) تنص المادة (١) من ميثاق روما على أن: "تنشأ بهذا محكمة جنائية دولية، وتكون المحكمة هيئة دائمة لها السلطة لممارسة اختصاصها على الأشخاص إزاء أشد الجرائم خطورة موضع الاهتمام الدولي، وذلك على النحو المشار إليه في هذا النظام الأساسي، وتكون المحكمة مكملة للولايات القضائية الجنائية الوطنية، ويخضع اختصاص المحكمة وأسلوب عملها لأحكام هذا النظام الأساسي".

^(٥٢) تنص المادة (١٧) فقرة (٣) من ميثاق روما على أنه: "لتحديد عدم القدرة في دعوى معينة، تنظر المحكمة فيما إذا كانت الدولة غير قادرة، بسبب انهيار كلي أو جوهري لنظامها القضائي الوطني أو بسبب عدم توافره على إحضار المتهم أو الحصول على الأدلة والشهادة الضرورية أو غير قادرة لسبب آخر على الاضطلاع بإجراءاتها".

هذا الانهيار إلغاء، أو تعليق، أو عدم قبول حقوق أو دعاوى رعايا الخصم أمام أي محكمة من المحاكم.

ثانياً: إصدار أحكام وتنفيذ إعدامات من غير وجود حكم سابق صادر عن محكمة مشكلة تشكيلاً نظامياً تكفل جميع الضمانات القضائية المعترف بها عموماً بأنه لا غنى عنها: بما أن عقوبة الإعدام هي أشد العقوبات، فإنها وحدها دون سواها من العقوبات، تعد جريمة تدخل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية اصدار أحكامها أو تنفيذها، متى صدرت من محكمة غير مشكلة تشكيلاً نظامياً و/أو لم يراع فيها الحد الأدنى من الضمانات القضائية الأساسية، ومن ثم فلن يفلت الجناة الذين يهددون أو بالفعل يعتدون على النظام القضائي أثناء الاحتلال أو القائمين عليه خاصة في ظل تضايف الجهود الدولية والوطنية لمعاقبة وملاحقة الجناة.

الخاتمة

أولاً: قدسية النظام القضائي تنطلق من حقيقة أن القضاء هو ميزان العدالة والعدالة مشتقة من أحد أسماء الله الحسنى العدل، والعدل أساس الملك، متى صلح القضاء، صلحت المؤسسات كافة.

ثانياً: حماية النظام القضائي تشريعاً وأشخاصاً، ينعكس على الأفراد الذين يحتاجون على الدوام الدخول إلى قاضيهم الطبيعي في وقت السلم أو في وقت النزاعات المسلحة.

ثالثاً: أضفت اتفاقية "جنيف" الرابعة على عمل القضاء في أوقات الاحتلال قدسية تشمل القوانين السارية قبل الاحتلال، فتعمل قوات الاحتلال بقدر الإمكان على استمرار نفاذ القوانين السارية قبل الاحتلال، وأن يستمر القضاء في ممارسة أعمالهم والتمتع بكافة مزاياهم، طالما لا يتعارض ذلك مع سلامة قوات وأفراد دولة الاحتلال.

رابعاً: يمكن لسلطات الاحتلال تعطيل القوانين السارية فقط عندما تكون هناك حاجة حقيقية تتعلق بسلامة قوات وأشخاص قوات الاحتلال.

خامساً: قرار سلطة الاحتلال تعطيل أو إلغاء بعض القوانين السارية حماية لقواتها، لا يجب أن يحول دون استمرار الهيئات القضائية في عملها، كما لا يجب أن يحول دون استمرار تمتعهم بالضمانات القضائية.

سادساً: سلامة أفراد النظام القضائي من القضاة ومعاونينهم هي مسئولية دولة الاحتلال، التي تضمن استمرار مزاياهم السارية قبل الاحتلال، وإلا التزمت دولة الاحتلال كحد أدنى توفير حياة كريمة لهم ولمن يعيلون.

سابعاً: أي خروج على هذا حماية النظام القضائي، فإنه يكون محل مساءلة قانونية وفقاً لاتفاقية "جنيف" الرابعة والنظام الوطني لدولة الاحتلال والنظام القانوني للدولة المحررة، أو حتى من النظام الدولي.

التوصيات:

أما التوصيات التي نرى ضرورة وضعها موضع التنفيذ لتجاوز أي قصور يعتري نظام حماية النظام القضائي أثناء الاحتلال، فتمثل فيما يأتي:

أولاً: عدم جواز تعديل أو إلغاء أو تعطيل القوانين السارية في دولة الاحتلال إلا بعد تقديم طلب مذيل بالأسباب لإقناع اللجنة الدولية للصليب الأحمر أو لمحكمة العدل الدولية.

ثانياً: عند تعطيل أو إلغاء القوانين السارية، تكون هناك قوانين نموذجية معدة مسبقاً من لجنة القانون الدولي بالجمعية العامة للأمم المتحدة، لتكون هي محل التطبيق وليس قوانين دولة الاحتلال.

ثالثاً: عدم المساس بمزايا وحصانات القضاة وذويهم أثناء الاحتلال، حتى لو تم إغفائهم من أداء مهام عملهم، أو اعتذروا هم أنفسهم عن الاستمرار بأداء هذه المهام.

رابعاً: العمل على انشاء محكمة خاصة أو غرفة في محكمة العدل الدولية تتولى التحقيق بالانتهاكات التي توجه إلى النظم القضائية للدول المحتلة، وتتولى الحكم بالتعدييات على النظام القضائي الساري في الدول المحتلة.

المراجع

أولاً- الكتب والأبحاث العربية:

- ١) أبو القاسم سعد الله، رائد التجديد الإسلامي محمد ابن العنابي، ط٢، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ١٩٩٠م.
- ٢) بشير بلاح، تاريخ الجزائر المعاصر، ج١، دار المعرفة، الجزائر، ٢٠٠٦م.
- ٣) بنعاس خليفة وبوازني فاطمة، ردود الفعل الوطنية تجاه سياسة فرنسا القضائية في الجزائر ١٨٣٠-١٨٧٠، جامعة الجبالي أبو نعامة، أطروحة الماجستير، لعام ٢٠١٧-٢٠١٨م.
- ٤) شاوش حباسي من مظاهر الروح الصليبية للاستعمار الفرنسي في الجزائر، ١٨٣٠ - ١٩٦٢م، دار هومة، الجزائر، ١٩٨٩م.
- ٥) صلاح عبد البديع شلبي، حق الاسترداد في القانون الدولي " دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي وتطبيق مبادئه في العلاقة بين الدول العربية وإسرائيل"، الطبعة الأولى، ١٩٨٣م.
- ٦) عادل نويهض، معجم أعلام الجزائر من صدر الإسلام حتى العصر الحاضر، ج٢، ط١، مركز الإمام الثعالبي للدراسات ونشر التراث الجزائري، ٢٠١١م.
- ٧) فاطمة مشعلة، مفهوم الاحتلال، <https://mawdoo3.com>، عام ٢٠١٦، آخر زيارة ٢٥ أكتوبر ٢٠١٨م.
- ٨) محمد صلاح، تقرير للمنظمة العربية لحقوق الإنسان: الاحتلال يوجب (الفتنة الطائفية) باستهداف العشائر السننية، ٢٠ مارس ٢٠٠٤م.
- ٩) محمد عبدالهادي جمال، الكويت وأيام الاحتلال، مجلة العلوم الاجتماعية، ١٩٩١م، مج ١٩ ع ٤، ٣.



ثانياً- الكتب والأبحاث الأجنبية:

- 1) ADDAMEER PRISONER SUPPORT & HUMAN RIGHTS ASS'N, PRESUMED GUILTY: FAILURES OF THE ISRAELI MILITARY COURT SYSTEM: AN INTERNATIONAL LAW PERSPECTIVE (2009).
- 2) Ali Adnan Alfeel, Islamic World and International Law: The Iraqi Special Tribunal under International Humanitarian Law, Journal of East Asia & International Law, 2 JEAIL 11 (Spring, 2009), at 13.
- 3) Dana Wolf, Transitional Post-Occupation Obligations under the Law of Belligerent Occupation, Minnesota Journal of International Law, Winter, 27 Minn. J. Int'l L. 5 (2018).
- 4) Eyal Benvenisti, the International Law of Occupation (1993).
- 5) LARRY ZUCKERMAN, THE RAPE OF BELGIUM: THE UNTOLD STORY OF WORLD WAR I (2001).
- 6) Memorandum: The ICRC's Privilege of Non-Disclosure of Confidential Information, 97 Int'l Rev. Red Cross 433 (2016).
- 7) Orna Ben-Naftali et Al, Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territory, 23 Berkeley J. Int'l L. (2005).

ثالثاً- أحكام قضائية:

* وطنية:

- حكم محكمة التمييز الدائرة الجزائية، الطعن ١٩٦/٢٠٠١، ٣٠، جزء ١.
- The 2004 UK Manual of the Law of Armed Conflict.
- The US Army 1956 Field Manual.

* دولية:

- الرأي الاستشاري الخاص بالجدار العازل، تقارير محكمة العدل الدولية ٢٠٠٤م، ص ١٣٦.
- حكم محكمة العدل الدولية الخاص بالأنشطة المسلحة في أراضي الكونغو (جمهورية الكونغو الديمقراطية ضد أوغندا)، تقارير محكمة العدل الدولية ٢٠٠٥م.

رابعاً- تشريعات ومواد دولية:

-The Statute of the ICTY, SC Resolution as updated of July 7, 2009, article 2 (f).

- قرار مجلس الأمن الدولي رقم ١٩٩٤/٩٥٥، ٨ نوفمبر ١٩٩٤، النظام الأساسي لمحكمة راوندا، مادة ٣ (ز).

- الاتفاقية الخاصة باحترام قوانين وأعراف الحرب البرية، ١٨-١٠-١٩٠٧ معاهدات، لاهاي في ١٨ أكتوبر/ تشرين الأول ١٩٠٧.

- Final Protocol and Project of an International Declaration Concerning the Laws and Customs of War, Aug. 27, 1874, reprinted in The Laws of Armed Conflict: A Collection of Conventions, Resolutions and other Documents 26-34 (Dietrich Schindler & Jiri Toman eds., 3d ed. 1988).

*أخرى:

- الكسندر ج. هيغنس، الصليب الأحمر الذي يتعرض للضغوط من أجل التكم علناً مقتنع بأن نهج الكتمان الذي يتبعه هو الأفضل، مقال 24-05-2004، وكالة أنباء أسوشيند بريس.

- سلسلة القانون الدولي الإنساني (٥)، الوضع القانوني لدولة الاحتلال الحربي ومسئوليتها في الأراضي المحتلة، ٢٠٠٨م.

- دنيا الوطن الإلكترونية، (هآريتس): قتلة الطفل أبو خضير لن يدفعوا تعويضاً لعائلته لأنهم فقراء، ٢٠١٨/٦/٤،

<https://www.alwatanvoice.com/arabic/news/2018/06/04/1149746.html>

آخر زيارة ٢٠١٩/٤/١٤م.

- Facing History and Ourselves, Holocaust and Human Behavior, [<https://www.facinghistory.org/holocaust-and-human-behavior/chapter-10/tokyo-trials>], last visited April 14, 2019.

دور الادعاء العام في منازعات الحيابة

سالم بن جمعة بن سالم البلوشي*

المخلص:

الحيابة هي عبارة عن وضع مادي، فيه يسيطر الشخص سيطرة فعلية على حق من الحقوق سواء كان هذا الشخص هو صاحب الحق، أم لم يكن كذلك، وتختلف دعاوى الحيابة عن دعاوى الحق حيث أن الأولى تهدف إلى حماية وضع اليد بغض النظر عن أساس الحق ومشروعيته، أما الثانية ففيها يتناول صاحب الحق أساس الحق ومشروعيته، ولقد اعتمد المشرع العماني دعاوى الحيابة في قانون المعاملات المدنية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٩/٢٠١٣م)، وذلك بغية الحفاظ على مصلحة الاقتصاد الوطني للدولة، وذلك بتشجيع الحائز على استغلال استعمال حيابته، وعقاباً للمالك المهمل على إهماله، كما اعتمد المشرع دور الادعاء العام بشأنها تطبيقاً للمادة (٣٩) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني، وخول للحائز فيها سواءً كان الحائز الأصلي أم العرضي اللجوء إلى الادعاء العام طالباً رد هذا الاعتداء، وذلك بهدف تسكين المراكز القانونية المتنازع عليها مؤقتاً لحين إثبات أصل ملكية الحق محل الحيابة، وذلك لاعتبارات تتعلق بأمن المجتمع واستقراره، ويقتصر دور الادعاء العام فيها مسلك قاضي الأمور المستعجلة، وذلك من خلال اطلاعه على المستندات الدالة عليها دون الخوض في أصل ذلك الحق بهدف تسكين المراكز القانونية المتنازعة عليها لحين الفصل الملكية محل الحيابة.

الكلمات المفتاحية: منازعة الحيابة - الحائز الأصلي - الحائز العرضي - الحيابة العقارية - استثمار الحيابة.

*كاتب لجنة - وزارة الداخلية.



The Role of Public Prosecution in Tenure Disputes

Salim Juma Salim AL-Balushi*

Abstract:

A tenure, or non-owner occupancy, is a physical condition in which a person has effective control over a right, whether that person is the holder of it or not. Tenure lawsuits differ from the prosecution claims. The first one aims to protect the adverse possession regardless of the basis and legitimacy of the right whereas the second one the right holder addresses the basis and legitimacy of the right. Thus, the Omani legislator has adopted tenure lawsuits in the Civil and Commercial Procedures Law, promulgated by Royal Decree No. (29/2013), in order to preserve the interest of the national economy by encouraging the holder to exploit the use of the possession, and functions as punishment for the owner as a result of neglecting. The legislator has also adopted the role of the Public Prosecution related to it in accordance to Article 39 of the Civil and Commercial Procedures Law which entrusts the holder whether original or occasional to resort to the Public Prosecution to reclaim these locations under dispute in order to appease them temporarily until their ownership are being approved and also for considerations related to the community's security and stability. The role of the public prosecution is limited to the magistrate of summary justice by reviewing the documentary evidence of these alleged without prejudice to the right in order to appease the locations under dispute until they are being resolved.

Keywords: Tenure Disputes - Original Possessor - Incidental Possessor - Real Estate Tenure - Exploiting Possession.

* Committee Clerk, Ministry of Interior.

المقدمة

الحيازة: هي عبارة عن مركزاً قانونياً واقعياً يتمثل في سيطرة فعلية على شيء مادي يظهر صاحبها فيه بمظهر صاحب الحق^(١)، وتختلف دعاوى الحيازة عن دعاوى الحق^(٢)، فدعاوى الحق تهدف إلى حماية حق الملكية وما يتفرع عنها من حقوق سواء كانت أصلية أو عينية، كحق ارتفاق أو انتفاع، والتي يتناول المالك فيها أساس الحق وشروطه، أما دعاوى الحيازة فهي تهدف إلى حماية واضع اليد بغض النظر عن أساس ذلك الحق ومشروعيته^(٣).

(١) د. علي أبو عطية هيكل، شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني، دار الجامعة الجديدة لعام ٢٠١٢م، ص ٣٠٠. ولقد أورد الدكتور أحمد هندي: تعريفاً لدعاوى الحيازة بقوله: هي دعاوى عينية؛ لأن حيازة الحق قرينه على تملكه، فالدعاوى التي تحمي حيازته هي دعوى عينيه كالدعاوى التي تحمي الحق نفسه وهي عقاريه لان الحق العيني الذي تحميه يتعلق بالعقار. قانون المرافعات المدنية والتجارية وتعديلاته المستحدثة، دار الجامعة الجديدة، لعام ٢٠١٤م، ص ١٨٩.

ولقد عرف المشرع العماني في قانون المعاملات المدنية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٩/٢٠١٣م) تعريف الحيازة في الفقرة الأولى من المادة (٩٢١) بقوله: "الحيازة سيطرة فعلية من الشخص نفسه أو بواسطة غيره على شيء أو حق يجوز التعامل فيه"، ولقد استخدمت محكمة النقض المصرية تعبير وضع اليد كمرادفه لكلمة الحيازة، إذ ذهبت في الكثير من أحكامها إلى وضع اليد المدة الطويلة إذا توافرت فيه الشروط يعد بذاتها سبباً لكسب الملكية مستقلاً عن غيره من أسباب كسب الملكية. انظر للدكتور رمضان جمال كامل، الحماية القانونية للحيازة، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الثانية، لعام ٢٠٠٤م/٢٠٠٥م، ص ١٤.

(٢) يقصد بدعاوى الحق هي تلك الدعاوى التي تحمي حقاً عينياً أصلياً على عقار سواء كان حق الملكية، أو غيره كحق الارتفاق، أو الانتفاع. د. فتحي والي، المبسوط في قانون القضاء المدني علماً وعملاً، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، الجزء الأول لعام ٢٠١٧م، ص ٢٠١.

(٣) لقد وضع المشرع للدعاوى الحيازة عدة صور وهي دعوى الاسترداد، ودعاوى منع التعرض، ودعاوى وقف الاعمال الجديدة، وأساس التمييز بين هذه الدعاوى هو صورة المصلحة العملية التي تبرر قبولها وتتمثل في مدى جسامته الاعتداء على الحيازة، فإذا وصل الاعتداء على الحيازة إلى حد الفقد ترفع دعوى الاسترداد، وإذا لم تصل إلى حد الفقد ترفع دعوى المنع، وإذا وجد احتمالية الاعتداء ترفع دعوى وقف الأعمال الجديدة. د. علي أبو عطية هيكل، مرجع سابق، ص ٣٠٠.

فدعاوى الملكية لا تثير لنا إشكالية في هذه الدراسة، فهي تخضع لقواعد خاصة نظمها المشرع في قانون المعاملات المدنية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠١٣/٢٩م)، أما دعاوى الحيازة موضوع هذه الدراسة فقد قنن لها المشرع قواعد قانونية لقيامها، ولكي تكون هذه الحيازة صحيحةً جديرةً بالحماية استلزم شروطاً فيها، فإذا تخلف شرطاً واحداً عدت الحيازة معيبة وغير جديرة بالحماية القانونية^(٤).

وترد الحيازة دائماً على الملكية خاصة مثلاً كالعقار أو المنقول، أما الحيازة في المنقول فقد أخرجتها من موضوع هذه الدراسة، وذلك لأفراد المشرع لها باباً خاصاً في الفصل الثاني في الفرع الثالث في المواد (٩٣٩ ، ٩٤٠) من قانون المعاملات المدنية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠١٣/٢٩م)^(٥).

(٤) والشروط التي تطلبها المشرع في دعاوى هي: الوضوح ، والهدوء ، والظهور ، وعدم المنازعة فيها، وأن يمضي على الحيازة سنة ميلادية كاملة تبدأ من تاريخ الحيازة الفعلية والسند القانوني على العقار، وكذلك تتطلب المشرع توافر عنصري الحيازة وهو العنصر المادي والعنصر المعنوي. د علي أبو عطية هيكل، مرجع سابق، ص٣٠٤، د فتحي والي، مرجع سابق، ص ٢٠٢.

(٥) د أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية وتعديلاته المستحدثة، المرجع السابق، ص١٧٨، والقاعدة العامة في المنقول "الحيازة في المنقول سند الحائز"، فمن المعروف أن المنقول ينتقل بسهولة من يد إلى يد أخرى نظراً لطبيعته، كما من يتلقى المنقول لا يهتم بالحصول على سند ملكيته بل أنه قد يكتفي بالحيازة نظراً؛ لأنه إذا أرد التحقق من ملكية المتصرف المنقول لاقتضى منه وقت يؤدي الى تأخير حركة التعامل، وخصوصاً في الأمور التجارية وفي الأشياء ضئيلة القيمة؛ لذلك إذا حاز شخص منقولاً أو حقاً عينياً أو سنداً لحاملة كانت هذه الحيازة سببها صحيح فإن الشخص يصبح مالكاً لهذا الشيء بشرط أن يكون حسن النية، وقت الحيازة، انظر: أحمد المهدي وأشرف شافعي، منازعات الحيازة على العقار والمنقول والطرق القانونية لإنهائها، دار العدالة، الطبعة الأولى، لعام ٢٠٠٦م، ص ٧٠ وما بعدها، ولقد أورد المشرع في قانون المعاملات المدنية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠١٣/٢٩م) في المادة (٩٣٩) في الفقرة الثانية "تقوم الحيازة بذاتها قرينة على الملكية مالم يثبت غير ذلك".

أما بالنسبة إلى حيازة أملاك الدولة سواء العامة أم الخاصة أم الموقوفة لا تصلح أن تكون محلاً لدعاوى الحيازة؛ وذلك لانتهاء الشروط القانونية التي نص عليها المشرع لقيامها، وهذا ما صادف استقرار قضائي ثابت^(٦).

وعليه فإنه يجوز للحائز الأصلي أو العرضي اللجوء إلى الادعاء العام طالباً منه مباشرة دعاوى الحيازة التي تكفل المشرع له بحمايتها، إذا توفرت شروطها القانونية أثناء عرضها، فإذا تخلف شرطاً واحداً أصبحت غير جديدة بالحماية القانونية. لذا لا بد لنا من خلال هذه الدراسة أن نستوضح كيفية لجوء الحائز إلى الادعاء العام طالباً تسكين المراكز القانونية، وذلك أولاً بتحديد المحل الذي يرد عليه قرار الدعاء العام بشأن دعاوى الحيازة، ثانياً معرفة نوع المنازعات التي يختص بها الادعاء العام، ثالثاً بيان كيفية صدور القرار وطرق التظلم منه وتنفيذه.

المشكلة البحثية:

أن الطبيعة التضاريسية التي تمتاز بها السلطنة عن غيرها من الدول، قد يحوز الفرد فيها أملاك خاصة، لم يقوم بتقيدها في السجل العقاري ألت له من أسلافه قبل الأول من يناير ١٩٧٠م سواءً بالشراء أم الإرث، وتوفرت فيها الشروط التي نص عليها المشرع بالمرسوم السلطاني رقم (٨٠/٥)، فهل لحائز هذا الأرض أحقيه في طلب

(٦) وذلك فإن محكمة النقض المصرية بعد أن قررت عدم اكتساب الأموال العامة بالتقادم أضافت في حكم أصدرته في ١٤ مايو ١٩٣٦م أن دعاوى وضع اليد (الحيازة) على الأراضي التي لها صفة المال العام تكون غير مقبولة نقض مدني ١٩ مارس ١٩٧٠م، مجموعة أحكام النقض، لسنة ٢٠، ص ٤٨٠، نقض مدني ١٧ يناير ١٩٧٤م، مجموعة أحكام النقض لسنة ٢٥ ص ١٧٤، انظر في نفس المعنى تميز كويتي الطعن ١٢٦-١٩٩٢م جلسة ٥ أبريل ١٩٩٣م (انظر) د. جابر محجوب علي، د. فايز عبدالله الكندري، اكتساب الملكية بوضع اليد في العلاقة بين الدولة والأفراد - دراسة نظرية في القانونين الكويتي والمصري، جامعة الكويت، ٢٠٠٥م، ص ٢٢. ولقد نص المشرع العماني في قانون المعاملات المدنية رقم (٢٠١٣/٢٩م) في المادة (٩٣٣) الفقرة الثاني "لا يجوز تملك الأموال والعقارات المملوكة للدولة، والهيئات أو المؤسسات العامة التابعة لها كذلك الأموال والعقارات الموقوفة أو كسب أي حق عيني عليها بالتقادم".

الحماية القانونية لدى الادعاء العام وفقاً للمادة (٣٩) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني؟

تساؤلات الدراسة:

- ١- هل لعضو الادعاء لعام الإمكانيات الكافية في التعامل مع منازعات الحيابة بموجب المادة (٣٩) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية؟
- ٢- هل السلطة التي منحها المشرع في المادة (٣٩) لرئيس الادعاء العام في نظر دعاوى الحيابة تمتد لبقية أعضاء الادعاء العام في ذات الدائرة؟
- ٣- هل التحقيقات، والتوصيات، والمعاینات التي يجريها عضو الادعاء العام أقل من رئيس الادعاء عام وفقاً للمادة (٣٩) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية تعد بمثابة قرار نافذ في منازعات الحيابة؟
- ٤- هل السلطة المساعدة للقضاء ممثلة في الادعاء العام وضحت إجراءات مباشرة دعوى الحيابة وكيفية قيدها؟

أهداف الدراسة:

- يهدف الباحث من خلال هذه الدراسة إلى:
- أولاً: تسليط الضوء على الطبيعة الخاصة لمنازعات الحيابة وتوضيح مدى خطورتها على المجتمع.
- ثانياً: لفت انتباه الجهات التشريعية، والقضائية، والتنفيذية، والجمهور إلى طبيعة منازعات الحيابة وكيفية تقديمها.

منهجية الدراسة البحثية:

أولاً- الجانب النظري:

نهجت في هذه الدراسة المنهج الاستقرائي التحليلي، بهذه الوقوف على المشكلة موضوع الدراسة، والوصول إلى نتائج مقبولة تهدف لوضع الحلول المناسبة للمشكلة التي يُثيرها هذا البحث.

ثانياً - الجانب التطبيقي:

يتمثل في دراسة مجموعة الأحكام القضائية التي تعنى في منازعات الحيابة، وذلك بطريقة تحليل المحتوى والمضمون، وذلك من خلال المقارنة بين القانون العماني والقانون المصري.

أهمية البحث:

إن النمو الاقتصادي الذي تشهده السلطنة في شتى المجالات، قد يؤدي إلى ظهور العديد من الإيجابيات والسلبيات وخصوصاً في منازعات الحيابة، فمن هنا تكمن أهمية هذه الدراسة، والتي نسلط الضوء فيها على منازعات الحيابة التي يستطيع الحائز فيها -سواءً الأصلي أو العارضي- التقدم إلى الادعاء العام وفقاً المادة (٣٩) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية بطلب يهدف من خلاله تسكين المراكز القانونية، وذلك باعتبارها ظاهرة من الظواهر التي تحتاج إلى دراسة وبحث معمق يؤدي إلى فهم هذه الظاهرة فهماً علمياً سليماً ومتكاملاً.

هيكلية البحث:

لقد اقتضت دراسة موضوع البحث "دور الادعاء العام بشأن دعاوى الحيابة" أن يتم تقسيم البحث إلى مبحثين هما:

المبحث الأول: المحل الذي يرد عليه قرار الادعاء العام بشأن الحيابة.

- المطلب الأول: العقارات المملوكة للأفراد ملكية خاصة.

- المطلب الثاني: العقارات المملوكة للأفراد قبل الأول من يناير ١٩٧٠م.

المبحث الثاني: حماية الحيابة عن طريق الادعاء العام.

- المطلب الأول: منازعات الحيابة التي تعرض على الادعاء العام.

- المطلب الثاني: شروط صحة قرار الادعاء العام في منازعات الحيابة.

- المطلب الثالث: إجراءات الإعلان والتظلم وتنفيذ قرار الادعاء العام في منازعات

الحيابة.

المبحث الأول

المحل الذي يرد عليه قرار الادعاء العام بشأن الحيابة

لأحقية الحائز في مباشرة دعوى الحيابة، يجب توفر شروطها القانونية، لذا استبعدت في هذا المبحث العقارات التي لا تكون محلاً لقرار الادعاء العام بشأن دعاوى الحيابة؛ وذلك لانتهاء الشروط القانونية لقيامها ومنها:

استبعاد من يدعي حيابة عقار لا تتوفر فيه الشروط القانونية للحيابة، والتي تتطلبها المشرع فيها وهي: الهدوء، والوضوح، والظهور، والاستمرارية، وعدم المنازع فيها، والمدة الزمنية، بأن تكون محلاً لقرار الادعاء العام بشأن دعاوى الحيابة^(٧)، والعلة في ذلك أن جميع دعاوى الحيابة تقضي بالمحافظة على الوضع الظاهر للحائز سواء كان الحائز أم لا^(٨).

استبعاد من يدعي حيابة الحقوق المعنوية، والشخصية، والمالية بأن تكون محلاً لقرار الادعاء العام بشأن دعوى الحيابة كحق المؤلف، وحق التاجر في الاسم التجاري والعلامة التجارية، ومجموع الأموال كأموال التركة، وأموال المحل التجاري، ومؤدى ذلك

(٧) د. علي أبو عطية هيكل، شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية، المرجع السابق ص ٣٠٥ وما بعدها.

لقد أعطى المشرع بموجب المادة (١٢١) من قانون الإجراءات الجزائية العماني للادعاء العام سلطة إصدار عدة قرار منها: قرار الإحالة الي المحكمة المختصة، وقرار حفظ التحقيق، وقرار إذن التفتيش، كون أن الادعاء العام هو صاحب مباشرة الدعوى العمومية، والتي يتولى رفع الدعوى نيابة عن المجتمع، كما نص المشرع في المادة (٣٩) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية على أن يختص الادعاء العام بنظر دعاوى الحيابة سواء كانت مدنية أم جنائية. انظر: د طارق أحمد ماهر زغول، شرح قانون الإجراءات الجزائية العماني، الجزء الأول، دار الكتاب الجامعي، دولة الامارات العربية المتحدة، لعام ٢٠١٥م ص ٥٠٣ وما بعدها.

(٨) د. فتحي والي، المبسوط في قانون القضاء المدني علماً وعملاً، المرجع السابق، ص ٢٠٢.

أن دعاوى الحيابة لا ترد إلا على الأشياء المادية فقط، والأموال التي يمكن كسبها بأي نوع من أنواع التقادم^(٩).

استبعاد حيابة الأموال الموقوفة والخيرية العامة بأن تكون محلاً لقرار الادعاء العام بشأن دعاوى الحيابة، كالأماكن الخيرية المخصصة للتعليم، وللبر، والإحسان، والملاجئ، وعلّة ذلك أن هذه الأموال لا يمكن أن تكسب بالتقادم، وهذا ما أكدت عليه مادتي (٩)، (١١) من قانون الأراضي رقم (٨٠/٥) لعام ١٩٨٠م^(١٠).

استبعاد من يدعي ملكيته للعقارات المعتبرة من الأموال العامة للدولة كالطرق، والجسور، والمساجد، والمدارس، والمستشفيات، والحدائق، والموانئ، أن تكون محلاً لقرار الادعاء العام بشأن دعوى الحيابة، ومؤدى ذلك أن هذه العقارات لا يمكن تملكها بمضي المدة، فوضع اليد على الأموال العامة مهما طالبت مدتها لا تكسب ملكيته بالتقادم^(١١).

إلا أن المشرع العماني أورد نصاً استثنائياً في المادتين (١٣)، (١٤) من المرسوم السلطاني رقم (٨٠/٥) المتعلقة بإصدار قانون الأراضي لعام ١٩٨٠م، وذلك باعترافه

(٩) د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية (الملكية والحقوق المتفرعة عنها - أسباب كسب الملكية) دار الجامعة الجديدة، مصر، لعام ٢٠٠٧م، ص ٥٣٠. د رمزي سيف، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، لعام ١٩٥٠م، ص ١٧٩. محمد يحيى محمود المطرى، دور الحيابة في المنقول في القانون المدني المصري واليميني دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، لعام ١٩٩٨م، ص ٨٢.

(١٠) المادة (٩) يعتبر ملكاً موقوفاً كل ما صدر بوقفه حجة شرعية معتمدة من وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ومسجلة لدى وزارة شؤون الأراضي بالبلديات.

المادة (١١) لا يجوز التصرف في الأملاك الموقوفة بالبيع أو التأجير أو الاستيلاء أو أي نوع من أنواع التصرفات الأخرى كما لا يجوز نزع ملكيتها أو الاستيلاء المؤقت عليها من قبل الحكومة أو وحداتها الإدارية إلا بعد الرجوع الى وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، وطبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية السائدة في القانون.

(١١) د. رمزي سيف، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ١٧٩، د. جابر محجوب علي، د فايز عبدالله الكندري، إكتساب الملكية بوضع اليد في العلاقة بين الدولة والأفراد، ص ٢٢.

بملكية للأفراد في الأملاك الخاصة التي يجوزنها سواء شغلوها بأنفسهم أو أسلافهم شريطة أن تكون آلت اليهم قبل الأول من يناير ١٩٧٠م، وذلك بالنسبة إلى الأراضي التي أعدت لغرض السكنى، أما الأراضي التي أعدت لغرض الزراعة فتكون حيازتها قبل خمس سنوات من الأول من يناير ١٩٧٠م، شريطه أن تكون حيازتها هادئة وعلائية وغير متنازع فيها^(١٢)، وهذا ما صادف عليه استقرار قضائي ثابت^(١٣).

^(١٢) لقد أورد المشرع في قانون الأراضي الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ١٩٨٠/٨٠/٥ في المادة (٧) أنه: "لا يجوز التصرف في أملاك الدولة العامة بأي نوع من أنواع التصرفات إلا إذا زالت عنه صفة المنفعة العامة بقانون خاص"، إلا أن المشرع في المادة أورد استثناء في طلب التملك سواء في الأراضي السكنية أم الأراضي التي أعدت للزراعة. والمادة (١٣) قضت: كل عماني يثبت للوزارة أنه منذ تاريخ سابق على أول يناير سنة ١٩٧٠م كان يشغل أو شغل وسلفاؤه من قبله، دون انقطاع بين الإشغالين أرضاً مبنية لغرض السكن يحق له أن يمتلك الأرض والبناء القائم عليها مهما كان نوع المواد المستعملة في البناء، وذلك في حدود المساحة المشغولة فعلاً، شريطة أن يكون الإشغال هادئاً وعلنياً وغير متنازع فيه، وعليه أن يقدم للوزارة طلب إثبات ملكيته وتسجيلها طبقاً لأحكام هذا القانون. والمادة (١٤) قضت: كل عماني يثبت للوزارة أنه لمدة خمس أعوام على الأقل سابقة على الأول من يناير سنة ١٩٧٠م كان يشغل هو، أو شغل سلفائه من قبله بصفة متصلة أرضاً تستغل لأغراض غير سكنية يحق له أن يمتلك الأرض، وما أقيم عليها من منشآت شريطة أن يكون هذه الإشغال هادئاً، وعلنياً، وغير متنازع فيه وعليه أن يتقدم للوزارة بطلب إثبات ملكيته وتسجيلها طبقاً لأحكام هذا القانون.

^(١٣) ولقد أوردت المحكمة العليا في مجموعة المبادئ والقواعد القانونية التي أقرتها المحكمة العليا في الفترة من ٢٠٠١م إلى ٢٠١٠م الدائرة المدنية ١٠/١٠ (م) ص ٢٤٢. الطعن رقم ٢٠٠٨/٢ شرعي عليا جلسه ٢٥/١٠/٢٠٠٨م الحيازة شرطها " شروط حيازة الأراضي وما عليها من بناء والمستخلصة من المادة (١٣) من قانون الأراضي رقم ١٩٨٠/٥م التي نصت على أنه "كل عماني يثبت للوزارة انه منذ تاريخ سابق على الأول يناير سنة ١٩٧٠م كان يشغل أو شغل سلفاؤه من قبله دون انقطاع بين الإشغالين أرضاً مبنية لغرض السكنى يحق له ان يمتلك الأرض والبناء القائم عليها مهما كان نوع المواد المستعملة في البناء، وذلك في حدود المساحة المشغولة فعلاً شريطة أن تكون هادئاً وعلنياً وغير منازع فيها وعليه أن يقدم للوزارة بطلب إثبات ملكيته وتسجيلها طبقاً لأحكام القانون" والمتمثلة

ونستوضح من خلال استقراء هاتين المادتين (١٣،١٤) من قانون الأراضي، وما استبعدناه من العقارات التي لا تتوفر فيها الشروط القانونية التي تتطلبها، أن المحل الذي يرد عليه قرار الادعاء العام بشأن دعاوى الحيازة شرطه أن يكون شيئاً مادياً يجوز التعامل فيه، قابلاً أن ترد عليه ملكية خاصة، وأن يكون مما يمكن كسب ملكيته بالتقادم، فالأشياء التي لا يجوز التعامل فيها لا تصح أن تكون محلاً لقرار الادعاء العام في دعاوى الحيازة^(١٤)، وعليه فإن محل قرار الادعاء العام بشأن دعاوى الحيازة لا يكون إلا في العقارات التي تكون مملوكة للأفراد ملكية خاصة، أو في العقارات التي حازها الأفراد وآلت إليهم قبل الأول من يناير ١٩٧٠م سواء كانت لغرض السكنى، أم الأراضي الزراعية التي آلت للأفراد قبل خمس سنوات، قبل الأول من يناير ١٩٧٠م.

لذا لا بد لنا أولاً في هذه الدراسة أن نتطرق إلى دراسة طبيعة العقارات المملوكة للأفراد ملكية الخاصة أو التي آلت إليهم سواء إرثاً أم شراءً، ونوضح ما هي الحقوق والواجبات التي أعطاها القانون للمالك الأصلي أو الحائز العرضي؛ وذلك باعتباره كمطلب أول، ثم في المطلب الثاني نتحدث عن طبيعة العقارات المملوكة للأفراد ملكية الخاصة والتي آلت إليهم، وما هي الحقوق والواجبات التي أعطاها المشرع للمالك أو الحائز العرضي فيها.

لذا سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين هما:

المطلب الأول: العقارات المملوكة للأفراد ملكية خاصة.

المطلب الثاني: العقارات المملوكة للأفراد قبل الأول من يناير ١٩٧٠م.

في أن تكون الحيازة علنية وهادئة وأن تكون مستمرة دون انقطاع وأن تكون غير متنازع فيها، وانتفاء أحد هذه الشروط تنتفي معه الحيازة المكسبة للملكية.

^(١٤) انظر د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص ٥٢٤ وما بعدها.

المطلب الأول

العقارات المملوكة للأفراد ملكية خاصة

لقد منح المشرع للمالك العقار حق مباشرة حقوقه الواردة عليه، سواءً أكانت هذه الحقوق (أصلية أم عينية)^(١٥)؛ وذلك وفقاً للقانون، سواءً بأشراها بنفسه أو بواسطة غيره^(١٦)، لذلك يستطيع المالك درء التعرض لعقاره المملوك له بإحدى دعاوى الحيازة التي أوردها المشرع في قانون المعاملات المدنية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٩/٢٠١٣م)، أو اللجوء إلى الادعاء العام طالباً منه الحماية الوقتية لمنع التعرض لحيازته إذا توفرت لديه عنصري الحيازة وهما: المادي، والمعنوي.

(١٥) حق الملكية هو عبارة عن حق للمالك في الانتفاع بما يملكه والتصرف فيه بطريقة مطلقة بشرط ألا يستعمله استعمالاً مخالفاً للقوانين واللوائح، واعتبر أن حق الملكية هو حق جامع مانع مطلق. انظر د. محمد كامل مرسي باشا، (شرح قانون المدني، الحقوق العينية والأصلية الأموال، الحقوق، حق الملكية بوجه عام)، تتقيح المستشار/ محمد علي سكيكر، المستشار/ معتز كامل مرسي، الجزء الأول، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، الجزء الأول، سنة ٢٠٠٤م، ص ٢٤٥ وما بعدها، ولقد اعتبر المشرع أن حق الملكية لا يسقط بعدم الاستعمال بمعنى أن الملكية لا يلحقها التقادم، ولكن يجوز للحائز أن يكسبها بالتقادم المكسب لها، انظر د. محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، مكتبة الثقافة، عمان - الكتاب الأول، سنة ٢٠٠٩م، ص ٤١ وما بعدها. د. همام محمد محمود زهران، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، أحكام الملكية - دار الجامعة الجديدة، جمهورية مصر العربية، سنة النشر ٢٠١٠م، ص ٢٩ وما بعدها.

لقد أورد المشرع العماني تعريفاً للحقوق الأصلية والحقوق التبعية في المرسوم السلطاني رقم ٩٨/٢ بإصدار نظام السجل العقاري في المادة (١٠) والمادة (١١) فالمادة (١٠) والتي تقضي: يقصد بالحقوق العينية الأصلية في تطبيق أحكام هذا النظام ما يلي: ١- حق الملكية ٢- الحقوق المتفرعة عن حق الملكية وهي: حق الانتفاع، حق الاستعمال، حق السكنى، حق الحكر، حقوق الارتفاق كحق المجرى، وحق السيل، وحق المطل، وحق المرور، أما المادة (١١) قضت بأنه: يقصد بالحقوق العينية التبعية في تطبيق أحكام هذا النظام ما يلي: الرهن الرسمي، الرهن الحيازي، حق الاختصاص، حق الامتياز.

(١٦) د محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص ١٥.

فالعنصر المادي: يتمثل في سيطرة فعلية من جانب الشخص على شيء مادي يجوز التعامل فيه، والظهور عليه بمظهر صاحب ذلك الحق، والمالك له، بمعنى أن العبرة فيه بأن تكون للشخص سيطرة فعلية على حق سواء كان هو صاحب الحق أم لم يكن له^(١٧).

فمثلاً: حيازة الملكية تقتضي استثمارها مادياً، واستعمالها، واستغلالها والتصرف فيها، وفقاً لما تسمح به طبيعة ذلك الشيء المحاز كزراعة الأرض أو سكنى فيها أو البقاء فيها، وأما إذا كانت الحيازة لحق ارتفاق مثلاً فتكون مباشرته فيها بالمرور في أرض الجار، وإذا كانت الحيازة لحق ارتفاق بالمسيل فإن مظهر الحيازة المادية فيها فتكون بإرساله المياه من العقار إلى العقار المجاور^(١٨).

لذا لا تعد الأعمال التي يمارسها الفرد والتي تكون من قبيل التسامح أو عملاً من أعمال الإباحة كمرور شخص في أرض جاره لا يكون حائز لحق الارتفاق بالمرور؛ لأن ملازمة السيطرة المادية والفعلية على العقار معاً بمنزلة السيطرة الفعلية على العقار ذاته، وهذا ما بينته المادة (٩٢١) في الفقرة من قانون المعاملات المدنية رقم (٢٠١٣/٢٩م).

وعد المشرع أن العنصر المادي يمكن تمثله أيضاً بواسطة الحائز بنفسه، أو بواسطة غيره ممن يأترون بأمره أو يعملون لحسابه. كأحد عماله أو أحد أولاده، لذا فإنه يكفي في ذلك مكنة الحائز مباشرة سلطته الفعلية على العقار، ولو كان بعيداً عنها طالما أن السيطرة الفعلية للحائز الأصلي أو وازع اليد العرضي بمنزلة واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات^(١٩).

وفي حالة حدوث خلاف في تحديد العنصر المادي على العقار فإن للمحكمة أن تعتمد في ثبوت الحيازة بعنصرها على القرائن والدلالات التي تستنبطها من وقائع

^(١٧) د نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصدرها، دار الجامعة الجديدة، لعام ٢٠٠٦م، ص ٣٩٨.

^(١٨) د أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية وتحديثاته، المرجع السابق، ص ١٨٩-١٩٠.

^(١٩) د. فتحي والي، المبسوط في القضاء المدني علماً وعملاً، المرجع السابق، ص ٢٠٨.

الدعوى، بأن تأخذ في تحقيقها وضع اليد بشهادة الشهود أو على ظاهر الأوراق مثل إيصالات توريد التيار الكهربائي والغاز، ولمحكمة الموضوع سلطة تقديرية في ذلك دون رقابة عليها من المحكمة النقض، والتي تقابلها المحكمة العليا في التشريع العماني^(٢٠).
مؤداه أن ثبوت وضع اليد هو بمنزلة قرينة، فمباشرة الشخص السيطرة الفعلية على شيء مادي يقتضي أن يقوم بالأعمال التي يقوم بها عادة صاحب الحق، فإذا كان العمل المادي ليس من الأعمال التي يقوم بها صاحب الحق، والتي لا يمكن أن تكون العنصر المادي كمثل مرور الشخص بأرض جاره لا تجعله حائزاً لحق ارتفاق بالمرور، أي لا تعد بمنزلة حيازة قانونية.

وعليه فإن العنصر المادي في الحيازة يتطلب السيطرة الفعلية على العقار سواء قام بها الشخص بنفسه أم أوكله إلى غيره، فالشخص الموكل له القيام بأعمال المالك لا تتصرف له السيطرة الفعلية على العقار وإنما يعد بمنزلة نائباً له.

أما العنصر المعنوي: فهو يتمثل في نية الحائز في استعمال الحق العيني أو الظهور على الشيء بمظهر المالك أو صاحب الحق العيني، بمعنى أن تتوفر فيه نية الظهور على العقار بمظهر مالكة أو صاحب الحق الموضوعي في الحيازة^(٢١).
لذلك ليس شرطاً أن يكون الحائز مالكاً بالفعل لهذا العقار أو لهذا الحق العيني، بل يكفي أن يكون لديه نية تملك هذا الحق أو الظهور عليه بمظهر صاحب الحق، ولمحكمة الموضوع أن تستخلص من خلال الوقائع نية الحائز أثناء وضع يده، وذلك باعتبارها واقعة مما تستقل بتقديرها محكمة الموضوع^(٢٢).

(٢٠) والمحكمة تعتمد في ثبوت الحيازة على ظاهر الأوراق مثل إيصالات توريد التيار الكهربائي والغاز، انظر مستأنف مستعجل القاهرة في ١٨/٣/١٩٨٤م، في الدعوى رقم ١٤٦٨/١٩٨٣، د. أحمد هندي، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع سابق، ص ١٩٠.

(٢١) د. علي أبو عطية هيكل، شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٣٠٤.

(٢٢) نقض رقم ٢١/١/١٩٩٣م، لسنة ٤٤، ص ٢٧٢، رقم ٥٢، وفي ١٢/٣/١٩٨٧م، طعن ٨٢٥ لسنة ٥٣ ق، وفي ١٣/٣/١٩٨٤م، لسنة ٣٥، ص ٦٦٥ رقم ١٢٥. د. أحمد هندي، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع سابق، ص ١٩٣.

وبما أنه توفر هذين العنصرين تكون واقعة الحيازة واقعة قانونية، لذا أوجب القانون حمايتها وجعلها سبباً من أسباب كسب الملكية بالتقادم، أما إذا انتفى إحدى العنصرين فإن حيازته تكون مجرد حيازة مادية أو عرضية كحيازة المزارع، والمرتهن رهن حيازة، والحارس فكل من هؤلاء يعمل باسم غيره، وحيازتهم لا يحميها القانون، ولا تؤدي إلى اكتساب حقوقها بالتقادم المكسب للملكية، وهذا ما صادف استقرار قضائي ثابت^(٢٣).

إلا أن المشرع استثناء من ذلك أعطى للمستأجر الحق في مباشرة دعاوى الحيازة حال التعرض لحيازته حتى ولو فقد إحدى عنصري الحيازة^(٢٤).

(٢٣) وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة النقض المصرية في الطعن (١٩٧٩/٢/٦ رقم ٢٥٤ سنة ٤٥ ق) في ٢٣/يناير ١٩٥٨ السنة ٩، ص ١٠٦م بأن: "وضع يد المستحق في ريع العقار الموقوف لا يتيح له رفع دعوى منع التعرض لأن وضع اليد في هذه الحالة لا يقترن بينه التملك، وقضت بأن الحيازة العرضية هي حيازة الشيء دون أن يكون لدى الحائز نية استعمال حق من الحقوق العينية عليه"، أحمد أبو الوفاء (المرافعات المدنية والتجارية بمقتضى قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ وقانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨).

(٢٤) إلا هناك حيازة من نوع آخر هي الحيازة العرضية؛ إلا أن الحائز فيها وإن كان حائزاً لحساب غيره؛ إلا أنه يتمتع بقدر من المرونة في التصرف، بمعنى أنه يقصد من وراء هذه الحيازة استعمالها لحساب نفسه كما هو في حال المستأجر، لفته هامل العجيلي، أحكام دعاوى حماية الحيازة، دراسة في ضوء أحكام القانون وآراء الفقه وتطبيقات القضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لعام ٢٠١٥م، ص ١٢. لقد أورد المشرع المصري في القانون المدني رقم ١٣ لسنة ١٩٤٨م في المادة (٥٧٥) والتي قضت بأن: "١- لا يضمن المؤجر للمستأجر التعرض المادي إذا صدر من أجنبي مادام المتعرض لا يدعي حقاً، ولكن هذا لا يخل بما للمستأجر من الحق في أن يرفع باسمه على المتعرض دعوى المطالبة بالتعويض وجميع دعاوى وضع اليد. ٢- على أنه إذا وقع التعرض المادي لسبب لا يد للمستأجر فيه، وكان هذا التعرض من الجسامة بحيث يحرم المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة جاز له تبعاً للظروف أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة".

ويتضح لنا من ذلك أن للمستأجر أحقية مباشرة جميع دعاوى الحيازة حالاً محل صاحب الحق، وعلّة ذلك أن المستأجر له وضعيّة خاصّة بالنسبة إلى علاقته بالعين المؤجرة، مما يقتضي إفادته من جميع دعاوى الحيازة بهدف انتقاعه بهذه العين^(٢٥). فإذا استأجر الحائز العرضي العقار من المالك الأصلي؛ فإنه تثبت له جميع الحقوق القانونية التي أعطاها المشرع للمالك الأصلي حتى ولو كانت حيازته مادية أي توفر فيها عنصر القصد دون السيطرة الفعلية على العقار، لذا إذا تعرض له فإنه يحق له اللجوء إلى الادعاء العام طالباً منه الحماية الوقتية، ووقف التعرض للحق حالاً محل المالك الأصلي.

وهذا ما صادف استقرار قضائي ثابت^(٢٦)، ولقد أعطى المشرع للمستأجر الحق في أن يقيم دعوى الحيازة في مواجهة الملك الأصلي في حالة تغيير المستأجر لنيته في الحيازة، فصار يظهر بمظهر المالك الأصلي للعقار، فهنا له أن يباشر الدعوى باسمه ولحسابه، ولو كان ذلك في مواجهة المالك الأصلي، وهذا ما صادف استقرار قضائي ثابت^(٢٧).

^(٢٥) د. فتحي والي، المبسوط في القضاء المدني علماً وعملاً، المرجع السابق، ص ٢٠٩. ^(٢٦) هذا ما قرره محكمة النقض في الطعن ٤٨٩س-٥٠٠ ق جلسة ١١/٢٩/١٩٨٤م، والتي قضت بأن: "الحيازة العرضية هي حيازة لحساب الأصيل وحده الذي له عند فقدها أن يستردها ولو كان من سلبها منه الحائز العرضي ولئن كان لهذا الأخير أن يحمي حيازته العرضية باستردادها من الغير الذي سلبه إياها إلا أنه ليس له أن يلجأ إلى هذه الدعوى ضد الأصيل الذي يجوز لحسابه". د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية، المرجع السابق، ص ٥١٩.

^(٢٧) ولقد ورد لمحكمة النقض المصرية قول بأن: الحائز العرضي لا يستطيع كسب الملك بالتقادم على خلاف سنده إلا إذا تغيرت صفة حيازته، إما بفعل الغير وإما بفعل من الحائز يعد معارضة ظاهرة لحق المالك، ولا يكفي في تغيير الحائز صفة وضع اليد مجرد تغيير نيته، بل يجب وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن يكون تغيير النية بفعل إيجابي ظاهر يجابه حق المالك بالإنكار الساطع والمعارضة العلنية، ويدل دلالة جازمة على أصحاب اليد الوقتية ويزعم إنكار الملكية على صاحبها واستثنائه بما دونه". محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ٥٢١، ولقد أوردت محكمة

وعليه يلاحظ من استقراء النصوص القانونية التي أوردها المشرع المصري في قانون المرافعات والمشرع العماني في قانون المعاملات المدنية أن المستأجر له أحقيته في اللجوء إلى القضاء العادي أو إلى الادعاء العام، طالباً منه حماية حيازته حالاً محل المالك الأصلي، إذا كانت لدية السيطرة المادية أو المعنوية، ومنازعاً للحائز الأصلي في حيازته، إذا توفرت لدية الشروط القانونية التي تطلبها المشرع في دعاوى الحيازة. والهدف الذي من أجله من أعطى المشرع للمستأجر الحق في إقامة دعاوى الحيازة سواءً كان حالاً محل المالك الأصلي أو مواجهها له، هو أن المستأجر قام بعمارة الأرض فترة طويلة، في حين أن المالك الأصلي ليست لديه القدرة على ذلك، ومن ناحية أخرى فإن المشرع يهدف من إعطاء المستأجر الحق في مباشرة جميع دعاوى الحيازة إلى النمو الاقتصادي وغل يد مالكيها الأصلي لعدم استغلاله لها.

المطلب الثاني

العقارات المملوكة للأفراد قبل ١٩٧٠م

لقد منح المشرع للأفراد الذين يمتلكون أملاكاً خاصة سواءً كانت لغرض السكنى أو لغرض الزراعة بممارسة حقوقهم القانونية المترتبة عليها، شريطة أن تكون آلت إليهم قبل الأول من يناير لعام ١٩٧٠م، وعد ما دون ذلك من حوزات بمنزلة أملاك عامة

النقض المصرية في الطعن رقم ٣٨٤ سنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/١٢/٢١م، س ٢٢، ص ١٤٥٠ قولها: "الحائز العرضي لا يستطيع كسب الملك بالتقادم على خلاف سنده، إلا إذا تغيرت صفة حيازته إما بفعل الغير وإما بفعل منه يعتبر معارضة ظاهرة لحق الملك". المستشار/ سعيد أحمد شعله، قضاء النقض المدني في الملكية، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض خلال سبعين عاماً، دار الكتب القانونية، لعام ٢٠٠٤م.

للدولة لا يجوز حيازتها أو التصرف فيها^(٢٨)، وهذا ما صادف استقرار قضائي ثابت^(٢٩).

لذا ألزم المشرع على الأفراد تسجيل أملاكهم الخاصة سواء كانت لغرض السكنى أم لغرض الزراعة لدى وزارة الإسكان، ممثلة في لجنة إثبات الملك، وذلك وفقاً للمادة (١٨) الفقرة الثالثة من القرار الوزاري رقم (٢٠١٨/١٤م) والمتضمن إصدار لائحة إثبات وتسجيل الملك، والتي قضت بأن: "على دوائر إثبات وتسجيل الملك في

(٢٨) باستقراء المراسم السلطانية رقم (٧٢/٤) بإصدار قانون توزيع الأراضي الخصبة، والمرسوم السلطاني رقم (٧٢/٦) بإصدار قانون تنظيم الأراضي، والمرسوم السلطاني رقم (٨٠/٥) بإصدار قانون الأراضي والمعدل بالمرسوم السلطاني رقم (٩٥/٢٤) والمرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٧/٢٢) بتعديل بعض أحكام قانون الأراضي والمعدل بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠١٤/٥٦) بإصدار بعض تعديلات على بعض أحكام الأراضي، والقرار السلطاني رقم (٨٣/٥) بشأن الأراضي البيضاء، والقرار الوزاري رقم (٨٠/١٧) بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون الأراضي أن المبدأ العام للأراضي جميعها في السلطنة ملك للدولة والاستثناء هي ملكيتها للأفراد العمانيين أو تملك لهم وفق أحكام هذه القانون وكذلك الأملاك الموقوفة، ولقد حصر المشرع أسباب كسب الملكية للأفراد هي: ١- وجود صك شرعي صحيح نقره وزارة الإسكان. ٢- الأشغال التي تتوفر فيها الشروط الواضحة التي تتطلبها القانون. ٣- المنح من الدولة. ولقد قصد المشرع بالأثر الظاهر القديم وهو ما بينته المادة الثانية من القرار السلطاني رقم (٨٣/٥): "يقصد بالأثر الظاهر القديم المشار إليه في المادة السابقة البناء أو الساقية أو البئر أو النخل القائم". انظر بصفة خاصة للمستشار/ سيف بن محمد القاسمي، موقف القانون من الادعاءات بملكية الأراضي، مجلة المجتمع والقانون - إصدارات الادعاء العام - العدد (٨) جمادى الثاني لعام ١٤٣٩هـ، فبراير لعام ٢٠١٨م، ص ٢٧ وما بعدها.

(٢٩) وهذا ما أقرته المحكمة العليا في الطعن رقم ٢٠١٠/٣٤م الدائرة المدنية جلسة ٢٠١٠/١١/٢٨م: "الحيازة الطويلة للأراضي التابعة لوزارة الإسكان لا يعطي حائزها حق تملكها، عند ثبوت بطلان عقد التنازل عن الأرض يعاد الأطراف إلى الحال التي قبل التعاقد أثر ذلك على صاحب الأرض إعادة مقابل التنازل وله إيجار منفعة الأرض وفقاً لقيمة السوق والمباني المنشأة لمالكها أخذها، وتسليم الأرض خالية منها، وله تركها وعلى صاحبها دفع قيمتها"، مجموعة المبادئ والأحكام التي أقرتها المحكمة العليا من لعام ٢٠١٠م.

سبيل ممارسة اختصاصاتها القيام بمعاية الموقع على الطبيعة لبيان عمر ونوع الإشغال القائم عليه ودراسة الصكوك المقدمة من ذوي الشأن^(٣٠).
عليه سوف أسرد الضوابط القانونية التي تطلبها المشرع للأمالك التي آلت للأفراد قبل الأول من يناير ١٩٧٠م.
أولاً- الضوابط القانونية للأراضي التي أعدت لغرض السكنى حتى تكون محلاً لقرار الادعاء العام:

لقد أورد المشرع وفقاً للمادة (١٣) والتي قضت بأن: "كل عماني يثبت للوزارة أنه منذ تاريخ سابق على أول يناير سنة ١٩٧٠م كان يشغل أو شغل وسلفاؤه من قبله دون انقطاع بين الإشغالين أرضاً مبينه لغرض السكنى يحق له أن يملك الأرض والبناء القائم عليها مهما كان نوع المواد المستعملة في البناء وذلك في حدود المساحة المشغولة فعلاً شرطة أن يكون الإشغال هادئاً وعلنياً وغير متنازع فيه وعليه أن يتقدم للوزارة بطلب إثبات ملكيته وتسجيلها طبقاً لأحكام هذا القانون"^(٣١)، وهذا ما صادف استقرار قضائي ثابت^(٣٢).

ثانياً- الضوابط القانونية للأراضي الزراعية:

لقد عد المشرع وفقاً للمادة (٢٠) من قانون الأراضي ٨٠/٥ أن الأراضي الزراعية تنطبق عليها المادة (١٤) من القانون ذاته، والتي تقضي بأن: "كل عماني يثبت للوزارة أنه لمدة خمسة أعوام على الأقل سابقة على أول يناير سنة ١٩٧٠م كان يشغل أو شغل وسلفاؤه من قبله بصفه متصله أرضاً تستغل لأغراض غير سكنية يحق له أن يملك الأرض وما أقيم عليها من منشآت شريطة أن يكون الإشغال هادئاً وعلنياً وغير

(٣٠) المادة ١٨ الفقرة الثالثة من القرار الوزاري رقم (٢٠١٨/٤١) الصادر من وزارة الإسكان.

(٣١) قانون الأراضي لعام ١٩٨٠م الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٨٠/٥.

(٣٢) وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا في الطعن رقم ٢٦٣/٢٠٠٨م مدنية ثانية عليا جلسة السبت الموافق ٢٠٠٩/٢/١م بأن: "الحياسة المنصوص عليها بالمادة (١٣) من قانون الأراضي ٨٠/٥ ١٩٨٠م شرطها أن تكون علنية وهادئة ومستقرة وغير متنازع عليها، تنتفي الحياسة المكسبة للملكية إذا فقدت شرطها من شروطها". مجموعة المبادئ والأحكام التي أقرتها المحكمة العليا لعام ٢٠١٠م، ص ٢٣٥.

متنازع فيه وعليه أن يتقدم للوزارة بطلب إثبات ملكيته وتسجيلها طبقاً لأحكام هذا القانون^(٣٣).

ويتضح من خلال استقراءنا لنص المادتين أن للأفراد حق مباشرة حقوقهم القانونية التي أعطاهما القانون لهم شريطه أن تكون الإشغالات علنية وهادئة ولا منازعة فيها، والاستمرارية بين الإشغالين، وأن تعود هذه الإشغالات إلى ما قبل الأول من يناير عام ١٩٧٠م^(٣٤).

(٣٣) قانون الأراضي الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٨٠/٥.

المادة (٢٠) قضت بأن: "تعين الوزارة بالتنسيق مع وزارة الزراعة والأسماك الحد الأدنى لمساحة الأراض التي تعتبر زراعية حسب لائحة توزيع الأراضي الزراعية في السلطنة. ٢- تسري على الأراضي الزراعية كافة الأحكام الخاصة بإثبات ملكية الأراضي الزراعية وتسجيل ملكيتها كما وردت في القسم الأول من الفصل الثاني لهذا القانون".

ولقد أرست وزارة الشؤون القانونية في المجلد العشرون لعام ٢٠١٥ الصادر في ١٤٣٧هـ/٢٠١٦م ص١٦-١٧: المبدأ رقم ٢/١٢ والذي تضمن شروط وآلية تملك الأراضي، وطبقاً له: لا يعتد بملكية الأرض إلا إذا تم تسجيلها في أمانه السجل العقاري وفروعه أثره عدم التسجيل وصدور أكثر من سند ملكية لذات العقار، قرر المشرع بأن المواطن الذي يشغل أو يستغل هو وسلفاؤه (٥) الخمس السنوات السابقة على سنه ١٩٧٠م أرضاً تستخدم لأغراض غير سكنية بما فيها الأراضي الزراعية بصفة متصلة يستحق أن يملك هذه الأرض شريطة أن يكون إشغاله لها هادئاً وعلنياً وغير متنازع فيه وأن يقدم طلباً إلى الوزارة الإسكان لإثبات ملكية هذه الأرض وما أقيم عليها من بناء وأن يقوم باستخراج سند ملكيته لهذه الأرض وما أقيم عليها من بناء وأن يقوم باستخراج سند ملكية يفيد تسجيل ملكية الأرض وفقاً للإجراءات القانونية المتبعة في هذا الشأن، وقد أناط المشرع بلجان شؤون الأراضي المختصة في مديريات ودوائر الإسكان والكهرباء والمياه بالمحافظات والمناطق النظر في طلبات إثبات الملك وتعيين الحدود التي تقدم إليها، والبت فيها بعد تثبيتها وتأكيدها من صحة الادعاءات بكافة الطرق، وأوجب عليها ألا تقبل إلا الصكوك الأصلية وخولها سلطه الانتقال إلى الأراضي ومعايبتها على الطبيعة، والاستعانة بمن تراه من الخبراء والمختصين بكافة الجهات الإدارية ورفع التوصيات للوزير لاتخاذ اللازم بشأنها.

(٣٤) ووفقاً للمادتين (١٣) ، (١٤) من قانون الأراضي رقم (٨٠/٥) لعام ١٩٨٠م فإن الشروط التي تطلبها المشرع لصحة الحيازة هي: ١- أن تكون الأشغال هادئة وعلنية لا نزاع عليها. ٢- إذا كان

وبما أن لحائز هذه الأملاك -سواءً كانت بغرض السكنى أو بغرض الزراعة- ممارسة الحقوق الأصلية والتبعية على الأرض التي يحوزها، سواءً بنفسه أم بواسطة غيره، فله زراعتها أو بناءها أو استغلالها في أمور أخرى حددها القانون له. وعليه فإن للحائز سواءً الأصلي أم العرضي إذا تعرض أحد لحيازته كان له الحق في أن يلجأ إلى القضاء العادي، طالباً منه تسكين المراكز القانونية في الأرض المتنازع عليها، أو اللجوء إلى الادعاء العام طالباً منه الحماية الوقتية، وتسكين المراكز القانونية المتنازع عليها إلى حين الفصل في أصل الحق أمام قاضي الموضوع.

الإشغال بمعرفة المواطن استمراراً لإشغال أسلافه فإنه يشترط أن لا يكون بين الإشغاليين انقطاع طويل. ٣- أن يعود هذه الأشغال الى ما قبل الأول من يناير لعام ١٩٧٠م، وفي تطبيق هذا القانون يلحظ أن المشرع فرق الأراضي التي أعدت لغرض السكنى والأراضي الزراعية، فالأولى تكون قبل ١٩٧٠م، والثانية تكون قبل خمس سنوات سابقة لعام ١٩٧٠م، وبصدور القرار السلطاني رقم (٨٣/٥) اعتد بملكية الأراضي البيضاء شرط وجود الآثار القديمة، غير أن هذا القرار ألغى التفرقة بين المادتين سالفتا الذكر. وعلى ذلك فقد اعترف المشرع بالملكية للأفراد سواءً للأراضي الزراعية أم لأراضي السكنى إذا توفرت الشروط التي تطلبها. المستشار/ سيف بن محمد القاسمي، المرجع السابق، ص ٣٠. وهذا ما أكدت عليه المادة الثانية من المرسوم السلطاني رقم ٢٠٠٧/٣٢م بتعديل بعض أحكام قانون الأراضي الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٨٠/٥ التي قضت بأن: المباني القديمة والأموال الخضراء التي تسقى من الأفلاج وتلك التي تسقى من الآبار ويعود تاريخ الادعاء عليها إلى الأول من يناير ١٩٧٠م. وللوزير أن يحدد رسوم طلبات التملك بعد التنسيق مع وزارة المالية. القاضي/ بدر بن سيف الراجحي، اختصاص القضاء العماني بنظر دعاوى إثبات ملكية الأراضي، المجلة القضائية، العدد الرابع، والتي تصدر عن مجلس الشؤون الإدارية للقضاء، المحكمة العليا، إصدارات المكتب الفني ص ١١٤، لعام ٢٠١٥م.

المبحث الثاني

دور الادعاء العام في حماية دعاوى الحيازة

لقد انتشرت في الآونة الأخيرة منازعات الحيازة سواءً في الأملاك المملوكة ملكية خاصة أم الأملاك التي آلت للأفراد قبل ١٩٧٠م، سواءً كانت لغرض الزراعة أو لغرض السكنى، مما أدى إلى وقوع جرائم جزائية^(٣٥)، تعكر صفو المجتمع وهدوئه. ونظراً لخطورة الأمر، وحتى لا يقيم الحائز العدل بنفسه إخلالاً بالنظام العام في المجتمع وتعكر صفوه، فإن المشرع العماني أجاز للحائز الأصلي أو العرضي في الأملاك التي بها سنداً قانونياً أو الأملاك التي آلت للأفراد قبل الأول من يناير ١٩٧٠م وفقاً لقانون الأراضي الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٨٠/٥) لعام ١٩٨٠م، أن يلجأ إلى الادعاء العام طارحاً منازعته المتعلقة بالحيازة سواءً كانت هذه المنازعة مدنية أو جزائية، وذلك بغية حصوله على حماية قانونية سريعة، وذلك من خلال استصدار قرار وقتي مسبب واجب النفاذ من رئيس الادعاء العام، وفقاً للمادة (٣٩) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني^(٣٦).

^(٣٥) د. رمضان جمال كامل، الحماية القانونية للحيازة (الحماية القانونية للحيازة - قاعدة عدم الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية، دعوى الاسترداد الحيازة، دعوى منع التعرض - دعوى وقف الأعمال الجديدة، دور النيابة العامة في حماية الحيازة) المركز القانوني للإصدارات القانونية، الطبعة الثانية ٢٠٠٤/٢٠٠٥م، ص ٢٨١.

^(٣٦) قانون الإجراءات المدنية والتجارية رقم (٢٩/٢٠٠٣م) المادة (٣٩): "يجب على الادعاء العام متى قدمت إليه شكوى تتعلق بمنازعة من منازعات الحيازة، مدنية أو جزائية أن يصدر فيها قراراً وقتياً مسبباً واجب التنفيذ فوراً بعد سماع أقوال أطراف الشكوى وإجراء التحقيقات اللازمة ويصدر القرار المشار إليه من عضو الادعاء العام بدرجة رئيس ادعاء عام على الأقل وعلى الادعاء العام إعلان هذا القرار لذوي الشأن خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدوره وفي جميع الأحوال يكون التظلم من هذا القرار لكل ذي شأن أمام القاضي المختص بالأمر المستعجلة بدعوى ترفع بالإجراءات المعتادة في ميعاد خمسة عشر يوماً من يوم إعلانه بالقرار ويحكم القاضي بحكم وقتي بتأييد القرار أو تعديله أو إلغائه وله بناء على طلب المتظلم أن يوقف تنفيذ القرار المتظلم منه إلى أن يفصل في التظلم". د. على أبو عطية هيكيل، شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني، مرجع سابق، ص ٣٣٢.

وتكون الحماية القانونية في منازعة الحياة بمنزلة حل وقتي لتسكين المراكز القانونية المتنازع عليها، وذلك بغية عدم انتهاك طرفي النزاع حرمة قانونية قد رتب عليها المشرع عقوبة جزائية في قانون الجزاء العماني إذا ظل الخلاف قائماً مدة زمنية^(٣٧).

ويقتصر دور الادعاء العام في دعاوى الحياة على توفير الحماية الوقتية التي يسكن بها المراكز القانونية لطرفي النزاع دون التطرق إلى أصل الحق، فيحق لطرفي النزاع بعد تسكين مراكزهم القانونية اللجوء إلى المحكمة المختصة للفصل في أصل الحق، ويهدف المشرع من ذلك الوصول إلى استقرار المراكز القانونية إلى حين الفصل في أصل الحق أمام المحكمة المختصة^(٣٨).

ومؤدى ذلك أن لجوء الحائز الأصلي أو العرضي إلى أحد الطرق لا يعني ذلك غلق الطريق الآخر، وذلك لاختلاف وسيلة الحماية القانونية بين الطرفين، لذا يمكن للمتضرر رفع الدعاوى الي المحكمة المختصة مع اللجوء إلى الادعاء العام طالباً من منه إصدار قرار وقتي واجب النفاذ يسكن به المراكز القانونية إلى حين الفصل في أصل الحق أمام المحكمة المختصة^(٣٩).

(٣٧) د. أحمد هندي، أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ٣٣٢.

(٣٨) د. علي أبو عطية هيكل، شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني، المرجع السابق، ص ٣٣٣.

(٣٩) الطرفين مختلفان بين القضاء الموضوعي والادعاء العام ، فالقضاء الموضوعي دوره الفصل في أصل الحق المتنازع فيه، أما الادعاء العام دوره الاطلاع على المستندات دون أن يمس أصل الحق. ولهذا فقد يرى الخصم أن يلجأ أولاً إلى الادعاء العام طالباً الحصول على قرار وقتي واجب التنفيذ فوراً لحين أن يفصل القضاء الموضوعي في الخصومة، وقد يرى الخصم أن يلجأ الى الادعاء العام للحصول على حماية وقتية سريعة ثم يلجأ للقضاء الموضوعي للمطالبة لمحل النزاع بذات الحق المتنازع عليه وذلك لشعوره بأن قرار الادعاء العام قد لا يأتي لصالحه ولو كان هو المالك الحقيقي لمحل النزاع مادام خصمه هو الحائز الفعلي؛ لان المشرع يحمي الحائز ولو لم يكن مالكاً إلى أن يحصل صاحب الحق على حكم من القضاء الموضوعي. (انظر) لأمل بنت سالم المحرزية، دور الادعاء العام في المنازعات المدنية، المرجع السابق، ص ١٢٥.

وعليه فإن المشرع أعطى للدعاء العام تسكين المراكز القانونية للأطراف المتنازعة في دعاوى الحياة سواء كانت مدنية أم جزائية، وقد وسع المشرع من ذلك فأعطى للحائز الحق في اللجوء إلى الادعاء العام حتى ولو كان الحائز العرضي قد سبق له رفع الدعوى المتعلقة بالمنازعة أمام القضاء الموضوعي^(٤٠).

وترك للخصوم بعد صدور قرار الادعاء العام حرية اللجوء إلى القضاء الموضوعي طالبن استقرار مراكزهم القانونية حتى لو كان الحائز غير محق في طلبه، وذلك بغية تسكين المراكز القانونية، وحفظ الأمن العام في المجتمع، وعدم تعكير صفوه^(٤١).

وترتيباً لذلك، فإن المشرع قصر تدخل الادعاء العام في دعاوى الحياة، لفرض الحماية القانونية للأطراف المتنازعة، لتسكين المراكز القانونية المتنازعة عليها سواء كانت الحياة منازعة مدنية أو جزائية شرطه توفر الشروط القانونية التي تطلبها المشرع في دعاوى الحياة، وهي: الوضوح، والهدوء، والاستمرارية، والسند القانوني سواء كان الحائز الأصلي أم الحائز العرضي (المستأجر).

وعليه سوف اتطرق في هذا المبحث إلى دراسة المنازعة المدنية فقط دون شقها الجزائي، وذلك في ثلاثة مطالب نحدد فيها نوع المنازعة التي تعرض على الادعاء العام، ومن ثم شروط صحة القرار، وكيفية إعلان القرار، والتظلم منه في ثلاثة مطالب، وهي:

المطلب الأول: منازعات الحياة التي تعرض على الادعاء العام.

المطلب الثاني: شروط صحة قرار الادعاء العام بشأن الحياة المدنية.

المطلب الثالث: إجراءات إعلان القرار والتظلم منه وتنفيذه.

(٤٠) د أحمد هندي أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٤٠٣.

(٤١) د علي أبو عطية هيكل، شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية المرجع سابق ص ٣٣٢.

المطلب الأول

منازعات الحيابة التي تعرض لها الادعاء العام

إن منازعات الحيابة التي يتعرض لها الادعاء العام قد تكون منازعة مدنية أو جزائية^(٤٢)، وهذا ما صرحت به المادة (٣٩) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية

(٤٢) وتكون منازعة الحيابة جزائية - جنائية - إذا توفر فيها عناصر جريمة التعدي على الحيابة عندئذ يصدر الادعاء العام قرار وقتي لحماية الحيابة الظاهرة، والتي يشترط فيها أن تكون صحيحة متوفرة الشروط القانونية التي تطلبها المشرع في دعاوى الحيابة، وهي الهدوء والوضوح والاستمرار والمدة الزمنية والسند القانوني، على أنه لا يشترط في الحيابة التي يحميها الادعاء العام - النيابة العامة - أن يقع التعدي عليها باستعمال القوة بالفعل، بل يكفي أن يكون الجاني قد بدر منه ما يفيد أنه نيته استعمال القوة، وهذا ما أورده المشرع في قانون الجزاء العماني رقم (٢٠١٨/٧م) في المادة (٣٧٢) والتي نصت على: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد عن (٦) أشهر وبغرامة لا تقل عن (١٠٠) مائة ريال عماني ولا تزيد على (٥٠٠) خمسمائة ريال عماني كل من دخل عقاراً بوجه قانوني وبقي فيه بعد انتفاء الغرض الذي دخل من أجله، بالمخالفة لإرادة من له الحق في إخراجه". انظر إلى قانون الجزاء العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠١٨/٧م) والمستشار/ محمد أحمد عابدين والمستشار/ عمرو محمد عابدين، الحيابة والملكية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف بالإسكندرية، لعام ٢٠١٨م، ص ٦٩ وما بعدها.

المنازعة المدنية: تكون المنازعة مدنية بحته عندما تكون خالية من شبهة جريمة التعدي فيصدر الادعاء العام - عندئذ - قرار بفض الاشتباك بين الأشخاص المتنازعين على الحيابة، حماية للأمن العام والسكينة، وذلك ريثما يتم الفصل في أصل الحق من المحكمة المدنية المختصة بحكم نهائي، باعتبارها صاحبة الولاية العامة، وهذا ما بينه المادة ١/٥٠ مرافعات مصري: "في الدعاوى العينية ودعاوى الحيابة يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو أحد أجزائه إذا كان واقعاً في دوائر محاكم متعددة"، ويشترط فيها: أن تكون الحيابة خالية من العيوب ومستمرة وغير متقطعة ظاهرة غير خفية هادئة وبدون إكراه وبدون لبس. ولا يشترط في الحيابة أن تكون أصلية بل يصح أن تكون عرضيه أي أن الحائز يحوز لحساب غيره كمستأجر. انظر: د محمد المنجي، الحيابة (دراسة تأصيلية للحيابة من الناحيتين المدنية والجنائية، منشأة المعارف للنشر والتوزيع، الإسكندرية، الطبعة الثانية لعام ١٩٨٥م، ص ٢١٨. والمستشار/ محمد أحمد عابدين والمستشار/ عمرو محمد عابدين، مرجع سابق، ص ٦٩.

العماني، ولقد عرف الفقه منازعات الحيابة بأنها المشاكل القانونية أو المادية التي تتضمن إزعاج الحائز وتكدير صفو حياته، بحيث لا تكون هذه الحيابة مستقرة وهادئة^(٤٣).

إذاً فمعيار التفرة بين الحيابة المدنية الهادئة والتعدي على مال الغير، هو انتقاء قصد التعدي على المال المملوك للغير، والذي يعتبر جريمة من الجرائم التي نص عليها قانون الجزاء العماني تقادياً للإخلال بالنظام العام^(٤٤). ولا ينعقد اختصاص الادعاء العام في مباشرة نظر دعوى الحيابة إلا إذا كان الاعتداء حالاً ومادياً^(٤٥)، لذا فإن التعرض للحيابة سواء بالقول أم بأي طريق أخرى لا

(٤٣) علي أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص ٣٣٣. د. أحمد هندي، (أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية) دراسة في التنظيم القضائي، الاختصاص، الدعوى، الخصومة، الحكم والطعن فيه، دار الجامعة الجديدة، لعام ٢٠٠٢م، ص ٤٠٣.

(٤٤) يقصد بالتعدي: توفر ركني الجريمة وهو الركن المادي والركن المعنوي، والركن المادي ما نصت عليه المادة (٢٧) من قانون الجزاء العماني رقم (٢٠١٨/٨م) وهو عبارة عن نشاط مجرم قانوناً بارتكاب فعل أو الامتناع عنه، ويكون ذا طبيعة مادية وتلمسه الحواس، أما الركن المعنوي هو عبارة عن الأصول النفسية لماديات الجريمة والسيطرة النفسية عليها، فإذا لم يتوفر أحد هذين الركنين فلا قيام للجريمة الجزائية. انظر بصفة خاصة د. عادل عبد إبراهيم العاني، شرح قانون الجزاء العماني، القسم العام، دار الأجيال، مسقط، سلطنة عمان، الطبعة الأولى لعام ٢٠١٨م، ص ١١٤ وما بعدها.

(٤٥) ويقصد بالاعتداء المادي: هو كل واقعة مادية تتضمن ادعاء يتعارض مع حيابة، والحيابة المادية أي السيطرة المادية على الشيء، بأن يقوم الحائز بهذه الأعمال كأنه هو صاحب الحق، والقول بغير ذلك يسمح لأي مقول يقوم بأعمال بياض أو نقاشة أو نجارة أو سباكة في شقة أو يقوم بتركيب معدات الري في أرض تسلمها من حائزها بالامتناع عن الخروج منها، وقد يصدر الادعاء العام قراراً لصالحه، إذ له السيطرة الفعلية على الشيء عند وقوع النزاع، د. فتحي والي، المبسوط في القضاء المدني علماً وعملاً، البند ١٠٣، ص ٢٥٢-٢٥٣.

ويقصد بالتعرض القانوني: هو ما بينته المادة (٣٩٢) من قانون المعاملات المدنية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠١٣/٢٩م) والتي تقضي بأن: "يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل أجنبي يدعي أن له حقاً متعلقاً بالمبيع

يخول للدعاء العام نظر الدعوى؛ وذلك لعدم توافر الشروط التي تتطلبها المشرع في الحيابة^(٤٦).

ويستثنى من ذلك الاعتداء الاحتمالي على الحيابة، والذي يخول بموجبه للحائز أن يلجأ للدعاء العام طالباً منه وقف الاعتداء، وتسكين المراكز القانونية إلى حين اللجوء إلى المحكمة المختصة؛ كدعوى الحيابة بوقف الأعمال الجديدة، شريطة أن يكون ذلك الاعتداء محققاً بحيابته، أما مجرد دخول الشخص إلى حديقة وسرقة بعض ثمارها لا يعد اعتداءً حالاً يخول للحائز اللجوء إلى الادعاء العام طالباً رد الاعتداء على حيابته^(٤٧).

ويتضح من ذلك أنه يحق للحائز أن يلجأ إلى الادعاء العام طالباً تسكين المراكز القانونية في الحيابة التي يحوزها شريطه أن تكون هذه الحيابة بمنزلة حيابة فعلية جديرة بالحماية الوقتية، وذلك بأن تكون صحيحة خالية من العيوب على النحو الذي تتطلبه المشرع في شروط الحيابة، بمعنى أن تكون مستمرة غير متقطعة، وهادئة، وواضحة لا يشوبها لبس ولا غموض^(٤٨).

عليه فإن المشرع أعطى للحائز سواء كانت حيابته أصلية أم عرضية أن يلجأ إلى الادعاء العام طالباً حماية حيابته المادية، إلا أنه لا يعد للحارس الذي يحوز نيابة عن صاحب المال، والمزارع الذي يقوم بزراعة الأرض، والمقاول الذي يقوم ببناء المنزل أحقية اللجوء إلى الادعاء العام للمطالبة بالحماية الوقتية لحياباتهم؛ لأن الحماية القانونية لا تمنح إلا للحائز القانوني، غير أن المشرع أعطى المستأجر، والمرتهن رهناً

وقت البيع يحتج به على المشتري ويكون البائع ملزماً بالضمان أيضاً ولو ادعى الأجنبي حقاً نشأ بعد البيع إذا كان هذا الحق آل إليه نتيجة لفعل البائع".

(٤٦) د. فتحي والي، المبسوط في قانون المدني عملاً وعملاً، مرجع السابق، ص ٢٥٦.

(٤٧) د. أمل بنت سالم المحرزية، الادعاء العام واختصاصاته المدنية، ص ١٢٠، د فتحي والي، مرجع سابق، ص ٢٥٧.

(٤٨) د. علي أو عطية هيكل، شرح قانون المعاملات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٣٠٥ وما بعدها. د. أمل بنت سالم المحرزية، مرجع سابق، ص ١٢٢.

حيازياً حق اللجوء إلى الادعاء العام للمطالبة بالحماية القانونية، ولو كان ذلك في مواجهة الحائز الأصلي، إذ الحيازة المادية لا تكون لحسابه، فالحائز المادي يحوز لحساب نفسه^(٤٩).

نظر عضو الادعاء العام لدعوى الحيازة:

لقد منح المشرع بموجب المادة (٣٩) الادعاء العام الاختصاص الوجوبي في دعاوى الحيازة سواء المدنية أم الجزائية متى عرضت عليه مع توفر شروطها، أن يصدر قراراً وجوبياً مسبباً واجب النفاذ يسكن به المراكز القانونية، وذلك حفظاً للنظام العام، وعدم تعكير صفوه مستمد ذلك من القانون^(٥٠)، وهذا ما صادف استقرار قضائي ثابت^(٥١).

مؤدى ذلك أن على عضو الادعاء العام أن يسلك مسلك قاضي الأمور المستعجلة اثناء نظره لدعاوى الحيازة، فيقتصر نظره للحيازة مطالعة الأوراق الماثلة بين يديه دون التعرض لأصل الحق الذي يدعيه طرفي للحيازة، فالحق يعد مسألة خارجة عن القضية المعروضة عليه بدعوى الحيازة^(٥٢).

^(٤٩) د فتحي والي، المبسوط في قانون القضاء المدني علماً وعملاً، المرجع سابق، ص ٢٥.

^(٥٠) أمل بنت سالم المحرزية، الادعاء العام واختصاصاته المدنية، المرجع السابق، ص ١٢.

^(٥١) قضت محكمة النقض في الطعن رقم ٦٠ لسنة ١٣١٣ لجلسة ٢٤/٢/١٩٤٤م بأن: "دعاوي وضع اليد (الحيازة) أساسها الأصلي الحيازة المادية بشروطها القانونية، ولا محل فيها للتعرض لبحث الملكية وفحص ما يتمسك به الخصوم من مستنداتهما، فإذا وجدت المحكمة أن الحيازة المادية ثابتة كان هذا كافياً لبناء الحكم عليه وكان ما يأتي في الحكم بعد ذلك عن الملكية فضله لا تصلح أن تكون أساساً للطعن في الحكم بطرق الطعن انظر حسني مصطفى، أنواع الدعاوى في ضوء قضاء النقض، منشأة المعارف في الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م، ص ٨٥.

^(٥٢) د. علي أبو عطية هيكيل، شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني، ص ٣١٥، فيجب على المحكمة المختصة (الادعاء العام) أن يقتصر نظرها على الحيازة دون التعرض إلى أصل الحق، فالحق يعتبر مسألة خارجية عن القضية المعروضة عليها بدعوى الحيازة، انظر: الدكتور فتحي والي، مرجع السابق، ص ٢٤٣. وهذا ما صرحت المادة (٣٨) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية رقم (٢٩/٢٠٠٢م) في الفقرة الثالثة "لا يجوز الحكم في دعاوى الحيازة على أساس ثبوت الحق أو نفيه".

لأن القرار الذي يصدره عضو الادعاء العام هو بمنزلة قرار يعطي حلاً عاجلاً وقتياً يسكن به المراكز القانونية، وذلك حتى لا تشتعل المنازعة المدنية والجزائية بين الأطراف، وتتحول إلى جريمة جرمها المشرع في قانون الجزاء العماني^(٥٣).
إلا أن هذا المنع ليس معناه أنه ليس لعضو الادعاء النظر في سندات الملكية التي يقدمها طرفي النزاع في الدعوى، بل له أن يبحث في المستندات، وذلك على سبيل الاستئناس والاسترشاد بها، لمعرفة توفر شروط الحيابة التي يحميها القانون أو عدمها، فمثلاً إذا كان الحائز يدعي حق الانتفاع؛ فإن هذا الحق لا يمكن إثباته إلا بوجود عقد، فتقديم الحائز العقد واطلاع العضو لا يعد أنه فصل في الموضوع، وإنما نظر فقط من ناحية توفر الشروط التي تطلبها المشرع في دعاوى الحيابة^(٥٤)، وعليه، إذا رأى عضو الادعاء العام أن النزاع المعروض عليه هو نزاع ملكية وليس نزاع على الحيابة، ولكن الخصوم اصبغوه بصبغة نزاع على حيابة من أجل الحصول على قرار وقتي مسبب واجب النفاذ، وذلك بسبب بطلان التقاضي فعليه أن يصدر قراراً بحفظ الأورق لعدم توفر الشروط الموضوعية، وأن يطلب من المتضرر اللجوء إلى القضاء^(٥٥).

(٥٣) د. أحمد هندي، (أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية)، المرجع السابق، ص ٤٠٢.

(٥٤) وقد قضت محكمة النقض المصرية به في ٢ يولييه ١٩٢٩م، بمجلة القانون المدني ١٩٢٩م، ص ١١٢٤ بأن على المحكمة في دعاوى وضع اليد (الحيابة) أن تحصر أسباب حكمها فيما يتعلق بالحيابة المادية وتبحث في شروطها القانونية هل هي متوفرة أم لا أما إذا هي اشتمت أسباب حكمها من عقود الملكية وإقامتها عليها وحدها فإنها بذلك تكون قد جمعت بين دعوى الملكية ودعوى ضد اليد (الحيابة) وخالفت بذلك نص القانون وتعين نقض حكمها. انظر: بصفة عامة د. عبد المنعم أحمد الشراوي، المرجع السابق، ص ١٠١ وما بعدها.

(٥٥) في المنازعات المدنية التي تعرض عليه وتتفي فيها الشروط الموضوعية قوله: "المنازعات بين الخصوم على تفسير عقد أو مستند أو أعمال شرط جزائي في عقد لأن ذلك من اختصاص القضاء ولا دخل للادعاء العام في مثل هذه المنازعات وليس له إصدار قرار فيها"، وقد ثبت من الممارسة العملية أن كثيراً ما يلجأ الخصم الذي يبغى الحصول على الحيابة الى اصطناع دليل ليشد أزره، كأن يتوطأ مع الغير على استصدار حكم بأحقيته في الحيابة، وينفذ الحكم صورياً، وغالباً ما يتم تحرير محضر التسليم في مكتب المحضر أو المعلن خوفاً من إفتضاح أمره، ثم يدعي الحيابة بعد ذلك في

وعلة ذلك أن سلطة الادعاء العام في نظر دعوى الحيازة مقيدو بضرورة توفر شروطها التي نص عليها المشرع، فإذا فقدت الدعوى المعروضة على الادعاء العام شروط الحيازة القانونية التي أوجبها المشرع، فإن عليه أن يصدر قراراً يقضي بحفظ الأوراق دون أي إجراء قانوني آخر؛ لأن القضاء الموضوعي هو صاحب الولاية العامة في المنازعات ذات الطابع المدني، فإذا فقدت الدعوى المطروحة عليه الشروط التي تطلبها المشرع في دعاوى الحيازة؛ فإن سلطة الادعاء العام تنتفي في اتخاذ قرار الحماية القانونية للحيازة، ولا يكون أمام الأطراف إلا اللجوء إلى المحكمة المختصة.

المطلب الثاني

شروط صحة قرار الادعاء العام بشأن الحيازة المدنية

يصدر الادعاء العام قراراً وقتياً، واجب النفاذ في منازعة الحيازة المعروضة عليه بأي مضمون يراه، وفقاً لسلطته سواءً بحفظ الشكوى أم بقاء الحال على ما هو عليه أو بتمكين من انتزعت حيازته سواءً بتسليمها للمالك الأصلي أو العرضي أو وضع محل الحيازة المتنازع عليها تحت الحراسة أو تسليمها إلى شخص ثالث أو غير ذلك من القرارات التي تصل إليها سلطة الادعاء العام، وذلك وفق الفقرة الثانية من المادة (٣٩) إجراءات عماني، إلا أن صحة هذا القرار تطلب القانون فيه أمور جوهرية عدة منها^(٥٦):

مواجهة الحائز الحقيقي، متخذاً محضر التسليم سنداً له. انظر: أمل بنت سالم المحرزية، الادعاء العام واختصاصاته المدنية، ص ١٢٣.

^(٥٦) د. علي أبو عطية هيكل، شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني، ص ٣٣٤. د. فتحي والي، المبسوط في القضاء المدني علماً وعملاً، ص ٢٦٠، ويعرف قرار الادعاء العام بأنه: عبارة عن قرار وقتي صادر منه حماية للحيازة مؤقتاً سواء كان في منازعة مدنية أو جزائية، وذلك دون البحث في الملكية أو فحص العلاقة بين المتنازعين أياً كانت هذه الحيازة. انظر: محمد أحمد محمود النمر، الحماية الوقائية للحيازة، دار الكتب القانونية، لعام ٢٠٠٤م، ص ١٧٥، ولقد نص المشرع في المادة (١٢١) من قانون الإجراءات الجزائية عماني: "يكون قرار الحفظ مؤقتاً إذا كان المتهم مجهولاً أو

أولاً- أن يصدر القرار من رئيس ادعاء عام على الأقل:

لقد أعطى المشرع لعضو الادعاء العام سلطة حسم منازعة الحيازة المدنية، لذا أوجب فيمن يتولى إصداره أن يكون عضو ادعاء عام بدرجة رئيس ادعاء عام، ومن ثم فلا يجوز أن يصدر القرار من وكيل ادعاء عام أول أو ثاني أو من معاون ادعاء العام، وإلا كان ذلك القرار باطلاً لمخالفة قاعدة الاختصاص الوظيفي^(٥٧).

والهدف الذي من أجله قصر المشرع هذا الاختصاص على رئيس ادعاء عام على الأقل، هو أن عضو الادعاء العام عندما يصل لهذه الدرجة يكون مختصاً، وتكون له الدراية الكافية بالقضاء، ويتمتع بالخبرة والمعرفة، والفكر السليم والمتزن، فضلاً عن خطورة منازعات الحيازة، وما يصدر فيها من قرارات وقتية تشكل خطراً على مراكز الخصوم القانونية^(٥٨).

لذلك يعد القرار باطلاً حال صدوره من عضو ادعاء عام تقل درجته الوظيفية عن درجة رئيس ادعاء عام، إلا أن هذا البطلان لا يحول دون تنفيذ القرار الصادر من الادعاء العام؛ لأنه بمنزلة بطلان في الشكل، لذا يحق على من صدر ضده التمسك به بطريق التظلم منه أمام قاضي الأمور المستعجلة في المحكمة المختصة، فإن انقضى ميعاد التظلم امتنع النعي على القرار أو إلغاؤه، ولا يكون أمام المتضرر إلا رفع دعوى الحيازة أو دعوى أصل الحق أمام القضاء الموضوعي في دائرة موقع العقار، ولا يعتبر

كانت الأدلة غير كافية، أما بالنسبة لحفظ التحقيق نهائياً فإنه يكون في ما إذا كانت الوقائع المنسوبة إلى المتهم غير صحيحة أو لا يعاقب عليها القانون"، فقرار الحفظ المؤقت هو عبارة عن قرار قضائي من قرارات التصرف في التحقيق يصدر من عضو الادعاء العام في حالات محددة ليصرف به النظر مؤقتاً عن إقامة الدعوى الجنائية أمام محكمة الموضوع، ويحوز حجبية مؤقتة، أما قرار الحفظ النهائي هو عبارة عن قرار قضائي من قرارات التصرف في التحقيق يصدره المدعي العام ووكلاؤه في غير ذلك من الجرائم ليصرف به النظر عن إقامة الدعوى الجنائية أمام محكمة الموضوع لسبب من الأسباب التي بينها القانون، ويحوز حجبية مؤقتة. انظر: د. طارق أحمد ماهر زغلول، شرح قانون الإجراءات الجزائية العماني، ص ٥٠٥ وما بعدها.

^(٥٧) د. على أو عطية هيكل، شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية، مرجع السابق، ص ٣٣٤.

^(٥٨) د. أمل بنت سالم المحرزية، الادعاء العام واختصاصاته المدنية، المرجع السابق، ص ١٢٨.

القرار الذي أصدره عضو الادعاء العام مقيداً للمحكمة^(٥٩)؛ لأن البطلان الذي شاب قرار عضو الادعاء العام هو بمنزلة البطلان على مخالفة الاختصاص الذي أوردته المادة (٣٩) إجراءات عماني؛ لأن نص القانون جاء واضحاً بأن الاختصاص في إصدار هذا القرار لرئيس الادعاء العام^(٦٠).

ومؤدى ذلك إذا صدر القرار ممن له سلطة لإصداره وفقاً للقانون، فليس لأحد من رؤسائه في الادعاء العام حتى ولو كان مساعد المدعي العام أن يعدله أو يلغيه سواءً من تلقاء نفسه أم بناءً على تظلم ممن صدر ضده القرار. فتظل حجية القرار قائمة في

(٥٩) د. علي أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص ٣٣٤. د أحمد هندي، (أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية)، ص ٤٠٦.

(٦٠) محمد أحمد محمود النمر، الحماية الوقتية للحيازة، ص ١٨٨. لقد نص المشرع في المادة ١/٥٠ مرافعات مصري على أنه: في الدعاوي العينية العقارية ودعاوى الحيازة يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو أحد أجزاءه إذا كان واقعاً في دوائر محاكم متعددة، ويتضح من المادة أن المشرع استثنى دعاوى الحيازة، وجعل الاختصاص المحلي بها يعقد للمحكمة التي يقع في دائرتها العقار محل النزاع دون الاعتداد بموطن المدعي أو المدعى عليهم إذا كانوا أكثر من واحد، والذي يبرر بذلك جوازية جمع المدعى عليهم في دعوى واحدة أمام محكمة موقع العقار المحاز، وذلك بناء على وحدة موضوع الدعوى أي وحدة العقار، وقد يقتضي الأمر انتقال المحكمة للمعانية، ولمنع صدور أحكام متعارضة، ولحسن سير العدالة. انظر د. محمد المنجي، الحيازة من الناحية المدنية والجزائية، المرجع السابق، ص ٢١٨ وما بعدها.

لقد عد المشرع في قانون الإجراءات الجزائية أن الادعاء العام يلتزم بالاختصاص المكاني الذي وقعت فيه الجريمة دون تجاوز الاختصاص المكاني له، وعد ذلك من النظام العام؛ إلا أن المشرع قصر على الادعاء العام الخروج عن الاختصاص المكاني في حالات محددة. انظر: د. طارق أحمد ماهر زغلول، شرح قانون الاجراءات الجزائية العماني، المرجع السابق، ص ١٢٦ وما بعدها، وبالنظر إلى المادة (١٤١) من قانون الاجراءات الجزائية والتي نصت على أن: "يتحدد الاختصاص بالمكان الذي وقعت فيه الجريمة أو الذي يقيم فيه المتهم أو الذي يقبض عليه فيه"، ويستفاد من هذا النص أن اختصاص الادعاء العام يتحدد بالمكان الذي يقع بدائرته العقار محل الجريمة. انظر: أمل بنت سالم المحرزية، الادعاء العام وخصائصه المدنية، المرجع السابق ص ١٣١.



مواجهة طرفي النزاع، إلى أن يُزيلها حكم قضائي أو اتفاق بين طرفي النزاع بشأن استقرار الحقوق والمراكز القانونية^(٦١).

إلا أن المشرع اعتبر الرأي القانوني الذي يبديه المحقق في دعاوى الحيابة إذا كان أقل رتبة، وتأثيرته على المذكرة المتضمنة التحقيقات لا يعد بمنزلة قرار حاسم في الدعوى المطروحة^(٦٢)؛ وعلّة ذلك أن الإجراءات القانونية المتخذة في طلب الحماية القانونية التي تسبق إصدار قرار الحماية والتي يجريها من هو خلاف التسلسل القانوني ترفع مشفوعة بالرأي القانوني إلى من هو أعلى رتبة، وذلك لأخذ الموافقة عليها، فلا يعتد بها إلا وقعت بالموافقة^(٦٣).

وعليه نستوضح من خلال المادة (٣٩) إجراءات عماني أن المشرع عد صدور القرار من الادعاء العام بشأن دعاوى الحيابة المدنية بمنزلة انتهاء لسلطته في نظر النزاع، لذا فلا يمكن لعضو الادعاء العام معاودة نظر النزاع ذاته حتى وإن تم الطعن عليه أمام الجهة الرئيسية الأعلى منه، ويعد نظر عضو الادعاء العام الأعلى مسمى أو الأقل مسمى لطلبات الحماية القانونية في دعاوى الحيابة باطلاً؛ لأن استمداد السلطة من القانونية لمباشرها تكون وفقاً لنص المادة القانونية المقررة في قانون الإجراءات المدنية والتجارية، وليس التبعية الإدارية والقانونية التي جاء بها قانون الإجراءات الجزائية العماني، ومن ثم يكون هو صاحب الاختصاص الأصيل بإصدار القرار. لذا يعتبر قرار الحماية قراراً مستقلاً قانونياً مسكناً به المراكز القانونية، فلا يمكن تعديله أو تغييره لمن يعلوه سلطة في الهرم الرئاسي لعضوية الادعاء العام، وبهذا يكون لقراره حجية تمنع من العودة إليه^(٦٤).

(٦١) د فتي والي، المبسوط في القضاء المدني علماً وعملاً، ص ٢٦٠. د. أمل بنت سالم المحرزية، مرجع السابق، ص ١٢٩.

(٦٢) د. أمل بنت سالم المحرزية، المرجع السابق، ص ١٣٠ وما بعدها.

(٦٣) د فتي والي، المرجع السابق، المرجع السابق، ص ٢٦٠.

(٦٤) د. أمل بنت سالم المحرزية، الادعاء العام واختصاصاته المدنية، مرجع سابق، ص ١٢٩. د.

أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية، ص ٢١٤م.

ثانياً- تسبیب القرار الصادر من عضو الادعاء العام:

لقد اشترط المشرع على عضو الادعاء العام أثناء إصدار القرار في منازعة الحياة أن يكون قراره مسبباً تسبیباً كافياً، وذلك بأن يبين الوقائع والأسانيد القانونية التي يبني عليها قراره^(٦٥)، ويكون القرار بمجرد صدوره واجب النفاذ، ويكون إجراءات تنفيذ وفقاً لتنفيذ قرار الادعاء العام وليس وفقاً لإجراءات التنفيذ الجبري لقانون الإجراءات المدنية والتجارية، وعلّة المشرع في ذلك هي الاستفادة من الإجراءات السريعة الحاسمة التي يتمتع بها الادعاء العام في إصدار وتنفيذ قراراته^(٦٦).

المطلب الثالث

إجراءات إعلان القرار والتظلم منه وتنفيذه

لقد عد المشرع قرار الادعاء العام بأنه سند تنفيذي واجب النفاذ، فلا بد من الإسراع في تنفيذه وفقاً للقواعد القانونية التي يطلبها المشرع وهي:

^(٦٥) د. علي أبو عطية هيكل، شرح قانون المعاملات المدنية والتجارية العماني، ص ٣٣٥. والمقصود بتسبیب القرار هو عبارة عن الحجج والأسانيد التي ركنت أو استندت إليها النيابة العامة في إصدار قرارها في منازعات الحياة المدنية، وتشتمل على الوقائع والأسباب ومنطوق القرار، وبالنسبة إلى الواقعة فيجب أن تتضمن النقاط التالية: تحديد أطراف النزاع، وموضوع النزاع، وأقوال طرفي النزاع، وأقوال الشهود، وأقوال الجيران، والتحريات، ونتيجة المعاينة. انظر للمستشار/ محمد أحمد عابدين والمستشار/ عمرو محمد عابدين، الحياة والملكية في ضوء الفقه والقضاء، ص ٧١، ٧٠، ولقد أوردت محكمة النقض المصرية في مستعجل القاهرة في ٢٨/٥/١٩٩٤م - في القضية رقم ٢٢٨٦ لسنة ١٩٩٣م قولها بأنه: "لما كان البادي من ظاهر الأوراق أن الشهود والجيران الملاصقين لعين النزاع قد شهدوا بحياة المدعى عليه لعين التداعي، وتأييد ذلك بتحريات المباحث، وهو الأمر الذي يكون معه قرار النيابة العامة بالحفظ قد جاء صحيحاً ومصادفاً للواقع والقانون، وهو الأمر الذي تقضي معه المحكمة بتأييد قرار النيابة العامة المتظلم فيه". (انظر) د. أحمد هندي، التعليق على قانون المرافعات على ضوء أحكام النقض وآراء الفقهاء، الجزء الأول، دار الجامعة الجديدة، جمهورية مصر العربية، لعام ٢٠٠٨م، ص ٨٨١.

^(٦٦) د. علي أبو عطية هيكل، مرجع سابق، ص ٣٣٥.

أولاً- إعلان القرار الصادر من عضو الادعاء العام:

لقد أوجب المشرع على الادعاء العام أن يعلن قراره بشأن الحيازة إلى ذوي الشأن خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدوره وفقاً للمادة (٣٩) الفقرة (٢)^(٦٧)، غير أن هذه المدة الزمنية بمنزلة ميعاد تنظيمي، لذا فإذا لم يتم إعلانه خلال هذه المدة لا يترتب سقوط ميعاد التظلم، وعلة المشرع في ذلك أن هذا الإعلان يعد بمنزلة واقعة يبدأ منها احتساب المواعيد القضائية، وهو ميعاد التظلم من القرار^(٦٨).

لذا فالقرارات التي يصدرها عضو الادعاء العام والتي تكون بحفظ المنازعة المنظورة لعدم توافر الشروط القانونية فإنه لا يتم إعلانها، وإنما يجب على الأفراد المتنازعين أن يطرحوا موضوع منازعة الحيازة على محكمة الموضوع، لأن المشرع وفقاً للمادة (٣٩) في الفقرة الثانية بين لفظ إذا أصدر الادعاء العام قراراً بشأن الحيازة فإنه يجب أن يعلنه إلى ذوي الشأن، وهم الأطراف خلال ثلاثة أيام تبدأ احتسابها من تاريخ صدوره^(٦٩)، وهذا ما صادف استقرار قضائي ثابت^(٧٠)، وعليه فإن عدم احترام ميعاد

^(٦٧) ولقد أورد المشرع في قانون الإجراءات المدنية والتجارية رقم (٢٩/٢٠٠٢م) في المادة (٣٩) "وعلى الادعاء العام إعلان هذا القرار لذوي الشأن خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدوه".

^(٦٨) د. فتحي والي، المبسوط في القضاء المدني علماً وعملاً، المرجع السابق، ص ٢٦٥. ولقد حددت المادة (١٢٤) من قانون الإجراءات الجزائية طريقة الإعلان بقولها: "يعلن القرار لكل من المجني عليه والمدعي بالحق المدني وإذا كان قد توفي يكون الإعلان لورثة جملة دون ذكر أسماء وذلك في آخر موطن كان لمورثهم"، انظر د. طارق أحمد ماهر زغلول، المرجع السابق، ص ٥١٢م، ويتضح من خلال هذا النص أن الادعاء العام يقوم بالإعلان وفقاً للإجراءات التي يتبناها في تسليم الإعلان وقرارات الحفظ والإحالة، فمن خلال هذه المادة أولاً يتم تسليم القرار للمدعي شخصياً أو في موطن لأحد من أقاربه، وفي حالة تعذر ذلك يتم تسليمه إلى والي المنطقة ثم إلى شيخ القرية التي يقطن فيها المدعي أو المدعي عليه لأن دعاوى الحيازة هي عبارة عن دعاوى شخصية تتعلق بموطن المدعي أو محل العقار أو موطن المدعي عليه.

^(٦٩) د فتحي والي، مرجع سابق، ص ٢٢٦.

^(٧٠) لقد ورد لمحكمة النقض المصري (مستعجل الجيزة في ٢٦/٢/١٩٩٥م - القضية ١٧٩٦ لسنة ١٩٩٥م وكذلك في ٢٨/٢/١٩٩٤م للسنة ١٩٩٢م وأيضاً مستعجل القاهرة في ٢٤/١١/١٩٩٢م القضية ٢١٠ لسنة ١٩٩٢م) قولها بأنه: "لما كان إعلان المتظلم بقرار الحيازة المتظلم منه والمرفق بمحضر الحيازة أنه أعلن بتاريخ ١٦ أغسطس ١٩٩٣ لجهة الإدارة لرفضه استلام الإعلان وكان

الإعلان بقرار الادعاء العام خلال ثلاثة أيام لا يرتب أي جزاء قانوني يمكن توقعه على الأطراف، وكذلك لا يبدأ احتساب مدة سقوط التظلم منه إلا بعد الإعلان به، إلا إذا كان أحد طرفي النزاع سبباً في التأخير فإنه يفرض عليه جزاء إداري^(٧١).

ثانياً- التظلم من القرار:

وفقاً للفقرة الثالثة من (٣٩) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية والتي قضت بأنه: "وفي جميع الأحوال يكون التظلم من هذا القرار لكل ذي شأن أمام القاضي المختص بالأمر المستعجلة بدعوى ترفع بالإجراءات المعتادة في ميعاد خمسة عشر يوماً من يوم إعلانه بالقرار، ويحكم القاضي بحكم وقتي بتأييد القرار أو تعديله أو إلغائه، وله بناء على طلب المتظلم أن يوقف تنفيذ القرار المتظلم منه إلى أن يفصل في التظلم"، فإن مؤدى ذلك أن قرار الادعاء العام هو قرار قضائي له طبيعة خاصة، فلا يجوز الطعن فيه أمام الجهات القضائية التي حددها المشرع في قانون الإجراءات المدنية والتجارية، لأن الطعن مقصور على الأحكام القضائية، وإنما يمكن للمتضرر منه التظلم، وهو بذلك أقرب للأوامر على العرائض أو لأوامر الأداء التي تخضع لنظام التظلم^(٧٢).

وعليه فإنه يجوز لكل ذي شأن سواء صدر ضده القرار أو من أضر منه ولو لم يكن قد جرى سماعه في التحقيقات أو قدمت الشكوى للادعاء العام ضده أن يتظلم من هذا القرار، ويختصم المتظلم كل من صدر لصالحه القرار المتظلم منه، ولا يكون

المتظلم لم يقدم الدليل المرجح لمنازعته في صحة الإعلان من ناحية أنه كان خارج البلاد وقت حصل الإعلان، ومن ثم فإن إقامته الدعوى المائلة بتاريخ ٩ أكتوبر يكون معه التظلم قد أقيم بعد ميعاد الخمسة عشر يوماً والمقرر في المادة ٤٤ مكرر وهو الأمر الذي تقضي معه المحكمة بتأييد قرار النيابة العامة المتظلم منه"، د. أحمد هندي، المرجع السابق، ص ٨٨١.

(٧١) د. علي أبو عطية هيكل، شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٣٣٦.

(٧٢) د. أحمد هندي، (قانون المرافعات المدنية والتجارية وتعديلاته المستحدثة)، المرجع السابق،

الادعاء العام خصماً في ذلك التظلم إذ الأمر لا يتعلق بقرار إداري^(٧٣)، ويكون رفع التظلم من خلال المتضرر خلال خمسة عشر يوماً من إعلان المتظلم بهذا القرار سواء تم الإعلان من قبل الادعاء العام، أم بناء على طلب من صدر القرار لصالحه، فإذا لم يرفع التظلم خلال المدة التي رسمها المشرع؛ فإن المحكمة تقضي بعدم قبوله من تلقاء نفسها؛ لأنه يتعلق بالنظام العام^(٧٤)، وعد المشرع أن ميعاد التظلم لا يواجه به الغير الذي أضره به إلا من تاريخ إعلانه تطبيقاً للمادة (٣/٣٩) إجراءات مدنية^(٧٥)، ويكون تقديم التظلم لدى المحكمة المختصة بالموضوع، فلا يجوز تقديمه إلى مصدر القرار أو رئيسه الذي تولى نظر موضوع الحق المتنازع عليه، لأن المشرع حدد طريقاً واحداً خارج عن القواعد العامة في تحديد الجهة التي يتم التظلم أمامها من قرار الادعاء العام^(٧٦).

^(٧٣) لقد ثار خلاف في شأن طبيعة القرار الذي يصدره الادعاء العام هل هو قرار إداري أم هو قضائي، وفي تقديرنا أن قرار الادعاء العام بشأن الحيابة ليس قراراً إدارياً بالمعنى المعروف للقرار الإداري، وإنما هو قرار قضائي له طبيعة خاصة، ذلك أن القرار الإداري بتعريفه هو قرار تصدره السلطة الإدارية في قيامها بوظيفتها الإدارية، ويهدف أساساً إلى تحقيق مصلحة الإدارة، ويطبق قاعدة قانونية موجهة إلى جهة الإدارة، وقرار الادعاء العام يمنح حماية وقتية للحيابة، ولأن قرار الادعاء العام هنا ليس إدارياً فإن من يصدر ضده القرار عندما يتظلم منه لا يختصم الادعاء العام مصدر القرار، ولأن قرار الادعاء العام في منازعات الحيابة ليس عملاً قضائياً يفصل في خصومه، كما أنه ليس قراراً إدارياً بالمعنى الصحيح فإنه لا يخضع للقواعد القانونية التي تحكم العمل القضائي أو لتلك التي تخضع لها القرارات الإدارية فلأنه ليس عملاً قضائياً لا يجوز لرئيس مصدر القرار أن يعدله أو يلغيه، وتعد سلطة الادعاء العام في هذا الشأن سلطة ذات طبيعة خاصة، وما تصدره من قرارات في مباشرة سلطتها هذه تخضع للقواعد الخاصة التي نظمها المادة (٣٩)، (٤٤) مصري، وتكملها القواعد القانونية المنظمة لعمل الادعاء العام بما لا يتعارض معها. انظر: د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٢٦٣ وما بعدها.

^(٧٤) د فتحي والي، المبسوط في القضاء المدني علماً وعملاً، المرجع السابق.

^(٧٥) د. علي أبو عطيه هيك، شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٢٢٣.

^(٧٦) فينبغي تقديم التظلم إلى القاضي المختص بالأمر المستعجلة في المحكمة التي يقع في دائرتها العقار سواء كان أمام محكمة الموضوع المختصة أو موقع الادعاء العام المختص به محلياً، فإذا قدم القرار أمام قاضي الأمور المستعجلة غير المختص محلياً، ودفع الخصم بعدم الاختصاص المحلي

فيتم تقديم التظلم بإيداع صحيفة التظلم لدى قلم كتاب محكمة الأمور المستعجلة ليقوم بطلب ملف القرار المتظلم منه من الادعاء العام الذي أصدره، ويكون إعلان التظلم للمتظلم ضده على يد محضر، ولكل ذي شأن شريطة تقديم التظلم خلال (١٥) خمسة عشر يوماً، وذلك وفقاً لصراحة النص القانوني، أما من لم يكون طرفاً في الخصومة؛ فإنه يستطيع التظلم من قرار الادعاء العام في أي وقت من صدور القرار دون التقيد بالميعاد الذي حددته المادة ما لم يكن قد أعلن بالقرار فيبدأ ميعاد التظلم من تاريخ إعلانه^(٧٧).

وللمتظلم من القرار أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة الذي ينظر تظلمه أن يوقف تنفيذ القرار إلى الحين الفصل في تظلمه، ويمكن أن يقدمه في الطلب الأصلي أو يقدمه كطلب إضافي، على أنه لا يجوز تقديم طلب وقف التنفيذ إلى غير القاضي الذي يختص بنظر النزاع، كما لا يعد طلب وقف التنفيذ إشكالاً في التنفيذ، فلا يترتب على مجرد إبدائه وقف التنفيذ، وقرار القاضي المستعجل بوقف التنفيذ أو برفض التنفيذ يعد قراراً صادراً في طلب وقتي، ولهذا فإنه يجوز الطعن فيه بالاستئناف فوراً دون انتظار الحكم الصادر في قرار التظلم تطبيقاً للمادة (٢٠٣) إجراءات مدنية^(٧٨)، ويلتزم

لها، وثبت له صحه الدفع؛ فإنه يجب على المحكمة أن تقضي بعدم الاختصاص والإحالة إلى المحكمة المختصة. انظر د. فتحي والي، مرجع السابق، ص ٢٦٧، د. علي أبو عطية هيك، مرجع سابق، ص ٣٣٧. د أحمد هندي، (قانون المرافعات المدنية والتجارية وتعديلاته المستحدثة)، المرجع السابق، ص ٢١٧.

(٧٧) د أحمد هندي، (قانون المرافعات المدنية والتجارية وتعديلاته المستحدثة)، مرجع سابق، ص ٢١٧.

(٧٨) د فتحي والي، المبسوط في القضاء المدني علماً وعملاً، المرجع السابق، ص ٢٦٧، د. علي أبو عطية هيك، شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني، المرجع السابق، ص ٣٣٧. لقد أورد المشرع في قانون الإجراءات المدنية والتجارية رقم (٢٠٠٢/٢٩م) في المادة (٢٠٣): "يجوز الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة وذلك فيما عدا الأحكام الوقتية والمستعجلة والصادرة بوقف الدعوى والأحكام القابلة للتنفيذ الجبري والأحكام الصادرة بعدم الاختصاص والإحالة إلى المحكمة المختصة وفي الحالة الأخيرة يجب على المحكمة المحال إليها الدعوى أن توقفها حتى الفصل في الطعن".

قاضي الأمور المستعجلة بالفصل في التظلم من قرار الادعاء العام في جميع الأحوال، حتى لو تبين له أن النزاع قد طرح على قاضي الموضوع سواء كان قد رفع إليه بعد التظلم، أم كان معروضاً عليه قبل التظلم، وذلك عملاً بالمادة (٣/٣٩) إجراءات مدنية، وذلك لاختلاف الطريقتين فقاضي الأمور المستعجلة ينظر الموضوع دون أن يمس أصل الحق المتنازع عليه كما أن الخصم لا يلزم باللجوء إلى الادعاء العام بداية أو إلى القضاء الموضوعي بل له حرية الاختيار بين طرح المنازعة على الادعاء العام أو أمام القضاء الموضوعي^(٧٩)، وهذا ما صادف استقرار قضائي ثابت^(٨٠).

ولقاضي الأمور المستعجلة أن يفصل في طلب التظلم من القرار إما برفضه أو تأييده أو بقبوله أو إلغائه، وفقاً لما يراه محققاً لحماية من يستحق الحماية الوقتية، فيجب عليه تسبيب حكمه؛ لأنه يصدر حكماً في التظلم، وقد يكفي القاضي بالإحالة إلى قرار الادعاء العام في حالة تأييد القرار، أما إذا صدر حكمه بالتعديل أو الإلغاء فيجب عليه التسبيب نزولاً على حكم المادة (١٧٢) من قانون الإجراءات المدنية وإلا

(٧٩) د علي أبو عطيه هيكل، المرجع السابق، ص ٣٣٨. د. أحمد هندي، شرح قانون المرافعات، المرجع السابق، ص ٢١٨. ولابد من توفر شروط عدة في طلب وقف التنفيذ أولها الطلب في صحيفة الدعوى. ٢- أن يكون هناك ضرر قد يلحق به بسبب التنفيذ. ٣- أن لا يكون القرار قد تم تنفيذه. ٤- أن لا تكون الدعوى مهياً للفصل فيها. انظر: للمستشار/ عزالدين الدناصري، الأستاذ/ حامد عكاز، الحيازة المدنية وحمايتها الجنائية في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الرابعة، ص ٦٢٦.

(٨٠) ولقد أوردت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٤ لسنة ٢ ق - جلسة ١٧/٣/١٩٣٢. بقولها " لا يجوز لقاضي واطع اليد أن يجعل حكمه في دعوى وضع اليد - الحيازة - مبيناً على أسباب ماسة بأصل حق الملك بل يجب عليه أن تكون جوهر بحثه في هذه الدعوى منصباً على تبين ما هيتهما والنظر في توافر شروطها وعدم توفرها بحيث لو دعت ضرورة لهذا البحث الرجوع الى المستندات حق الملك فلا يكون ذلك مقصوراً لذاته بل يكون على سبيل الاستثناس وبالقدر الذي يقتضيه التحقيق من توافر شروط وضع اليد الامر الذي يجب ان يجعله القاضي مناط تقتضيه فإن تجاوز هذا فبحث في الملكية فنهاها وجعل أساس قضائه في دعوى اليد ما نفى به أصل الحق في امر الملك فانه يكون قد خالف القانون، حسني مصطفى، المرجع السابق، ص ٥٩.

كان حكمه الذي أصدره باطلاً^(٨١)، كما يمكن للمتضرر تقديم استشكال أمام قاضي التنفيذ، ويخضع هذا الاستشكال لحكم المواد (٣٦٣-٣٦٥) إجراءات مدنية^(٨٢).

ثالثاً- تنفيذ القرار:

إن قرار الادعاء العام بشأن منازعات الحيابة هو قرار واجب النفاذ، ولو كان ميعاد التظلم لم ينقضي بعد أو كان قد رفع تظلم عنه مالم يأمر قاضي التظلم بوقف التنفيذ مؤقتاً، إلا أن قرار الادعاء العام جرت العادة على تنفيذه وفقاً لقواعد عدة وهي: لا ينفذ قرار الادعاء العام إلا بعد وضع الصيغة التنفيذية عليه، ولا يصح تنفيذه إلا بعد إعلانه بالصيغة التنفيذية إلى المنفذ ضده، ولا يجوز التنفيذ إلا بعد مضي أربعة وعشرون ساعة على الأقل من تاريخ إعلانه، ويتم ذلك بواسطة محضري المحكمة أو عن طريق شرطة عمان السلطانية عند الاقتضاء لذلك وفقاً للقواعد العامة لتنفيذ السندات التنفيذية، ويجري تنفيذ القرار تحت إشراف قاضي التنفيذ، ولهذا يختص قاضي التنفيذ بنظر جميع العقبات المتعلقة بتنفيذ قرار الادعاء العام، ولا يجوز رفع إشكال بطلب وقف التنفيذ، كما أنه ليس لقاضي التنفيذ أن يحكم مؤقتاً بوقف التنفيذ، إذ لا اختصاص له بهذا الطلب، فالاختصاص بوقف التنفيذ يكون لقاضي الأمور الوقتية^(٨٣).

(٨١) د أحمد هندي، المرجع السابق، ص ٢١٩، ولقد أورد المشرع في قانون الإجراءات المدنية و التجارية في المادة (١٧١) "تحفظ مسودة الحكم المشتملة على منطوقه وأسبابه بالملف بعد النطق بهي ولا تعطى منها صورة ولكن يجوز للخصوم الاطلاع عليها الى حين امام نسخة الحكم الأصلي.
(٨٢) د علي ، أبو عطية هيكل، شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني، المرجع السابق، ص ٣٣٨.

(٨٣) د فتحي والي، المبسوط في القضاء المدني علماً وعملاً، المرجع السابق، ص ٢٧١ وما بعدها. د. محمد محمد واصل، دعاوى الحيابة ودعوى طرد الغاصب، المجلة القضائية العدد السادس، والتي تصدر عن مجلس الشؤون الإدارية للقضاء، المحكمة العليا، إصدارات المكتب الفني، ص ٦٤ وما بعدها.



الخاتمة

هكذا وصلت هذه الدراسة إلى نهايتها، ويمكننا إجمال أهم النتائج والتوصيات التي انتهت إليها:

أولاً- النتائج:

- الحيازة: هي عبارة عن مركز قانوني واقعي يتمثل في السيطرة الفعلية من قبل الحائز والظهور عليه بأنه هو صاحب الملك، لذا فإن دعوى الحيازة تختلف عن دعوى الحق، فالأولى تحمي مركزاً قانونياً، والثانية تحمي أصل الحق، ويهدف المشرع من دعاوى الحيازة إلى تنشيط الاقتصاد للبلد، وغل يد المالك الأصلي عن ملكة في حالة عدم مقدرته على استغلاله.

- دعاوى الحيازة تكون دائماً في العقارات المملوكة للأفراد ملكية خاصة، وكذلك للأفراد الذين يملكون أموال آلت إليهم من أسلافهم شريطة أن يتوفر فيها الهدوء والوضوح وعدم المنازعة فيها، وأن تكون آلت إليهم قبل الأول من يناير ١٩٧٠م.

- يهدف المشرع من تدخل الادعاء العام في دعاوى الحيازة إلى حفظ النظام العام وعدم تعكير صفو المجتمع، لذا يتطلب أن يكون قرار الحيازة صادراً من رئيس ادعاء عام، بالنظر إلى توفر الخبرة العلمية والعملية لديه، وعد المشرع قرار الحيازة باطلاً حال صدوره من عضو ادعاء عام بدرجة أقل من درجة رئيس ادعاء عام.

ثانياً- التوصيات:

إذا كانت النتائج المتقدمة تشكل المحصلة الإجمالية لهذه الدراسة، فإنه يتبقى مع ذلك نتيجة لا تقل في الأهمية، وهي التوصيات التي نوصي المشرع الأخذ بها، ومن هذه التوصيات:

١- تفعيل دور الادعاء العام بشأن دعاوى الحيازة وفقاً للمادة (٣٩) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني مع بيان الإجراءات القانونية المتبعة لتقديمها.

٢- وضع القواعد الإجرائية بالمتعلقة بإعلان قرار الحيازة الصادر من الادعاء العام خصوصاً ذات الشق المدني.

٣- وضع القواعد الإجرائية التي توضح كيفية نفاذ قرار الحيازة الصادر من الادعاء العام بشأن دعاوى الحيازة.

٤- وضع القواعد الإجرائية التي توضح طرق التظلم من قرار الحيازة الصادر من الادعاء العام بشأن دعاوى الحيازة.

المراجع

أولاً- المراجع العامة:

- د. علي أبو عطية هيكل - شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني - دار الجامعة الجديدة - لعام ٢٠١٢م.
- د. فتحي والي - المبسوط في قانون القضاء المدني علماً وعملاً - دار النهضة العربية - الجزء الأول - لعام ٢٠١٧م.
- د. أحمد هندي - قانون المرافعات المدنية والتجارية وتعديلاته المستحدثة - دار الجامعة الجديدة - لعام ٢٠١٤م.
- د. نبيل إسماعيل عمر - قانون أصول المحاكمات المدنية - منشورات الحلبي الحقوقية. لعام ٢٠٠٩م
- د أحمد هندي - التعليق على قانون المرافعات على ضوء احكام النقض وارهاء الفقهاء - الجزء الأول - دار الجامعة الجديدة - لعام ٢٠٠٨م.
- د. رمزي سيف - الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، لعام ١٩٨٥م.
- د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق الاصلية أحكامها ومصادرها - دار الجامعة الجديدة - لعام ٢٠٠٦م.
- د. عبد المنعم أحمد الشراوي - شرح المرافعات المدنية والتجارية - دار النشر للجامعات المصرية - لعام ١٩٥٠م.
- د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الاصلية (الملكية والحقوق المتفرعة عنها - أسباب كسب الملكية) - دار الجامعة الجديدة - لعام ٢٠٠٧م.
- د. همام محمد محمود زهران - الحقوق العينية الاصلية حق الملكية واحكام حق الملكية - دار الجامعة الجديدة - لعام ٢٠١٠م.
- حسني مصطفى - أنواع الدعاوى في ضوء قضاء النقض - دار منشأة المعارف - لعام ١٩٨٨م.
- د أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية بمقتضى قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م وقانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨م.
- د. طارق أحمد ماهر زغلول، شرح قانون الإجراءات الجزائية العماني، الجزء الأول والثاني، دار الكتاب الجامعي، لعام ٢٠١٥م.



- د. عادل عبد براهيم العاني، شرح قانون الجزاء العماني (الجرائم الواقعة على الأموال)، دار الأجيال، لعام ٢٠١٨م.
- المستشار / سعيد أحمد شعله، قضاء النقص المدني في الملكية، دار الكتب القانونية، لعام ٢٠٠٤م.
- د أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة لعام ٢٠٠٢م.
- د محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الحقوق العينية الاصلية، الاموال، الحقوق، حق الملكية بوجه عام، تنقيح، المستشار / محمد علي سكيكر، المستشار / معتز كامل مرسي. الجزء الاول، دار منشأة المعارف، سنة ٢٠٠٤ الطبعة الأولى.
- محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، مكتبة الثقافة، الكتاب الأول، لعام ٢٠٠٩م.

ثانياً- المراجع المتخصصة:

- محمد أحمد النمر، الحماية الوقتية للحيازة، بين النظرية والتطبيق العلمي - دار الكتب القانونية - لعام ٢٠٠٤م.
- د رمضان جمال كامل - الحماية القانونية للحيازة - المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٤/٢٠٠٥م.
- أمل بنت سالم المحرزية - الادعاء العام واختصاصاته المدنية في ضوء قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني مقارنة بالقانون المصري. دار الغندور - لعام ٢٠٠٩م.
- المستشار / عزالدين الدناصوري، حامد عجاز، الحيازة المدنية وحمايتها الجنائية في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الرابعة،
- د. محمد المنجي، الحيازة (دراسة تأصيله للحيازة من الناحيتين المدنية والجنائية، الطبعة الثانية، دار منشأة المعارف، لعام ١٩٨٥.
- د. جاير محجوب علي، د. فايز عبدالله الكندري، اكتساب الملكية بوضع اليد في العلاقة بين الدولة والافراد (دراسة مقارنة بين القانون الكويتي والمصري، جامعة الكويت، لعام ٢٠٠٥م.
- المستشار / محمد أحمد عابدين والمستشار / عمرو محمد عابدين، الحيازة والملكية في ضوء الفقه والقضاء - منشأة المعارف، لعام ٢٠١٨م.

• لفته هامل العجيلي، أحكام دعاوى حماية الحياة، دراسة في ضوء احكام القانون واره الفقه وتطبيقات القضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لعام ٢٠١٥م.

• أحمد المهدي، أشرف شافعي، منازعات الحياة على العقار والمنقول والطرق القانونية لإنهائها، دار العدالة، الطبعة الأولى لعام ٢٠٠٦م.

ثالثاً- المجالات القانونية:

• أ. د محمد محمد واصل، دعاوى الحياة ودعوى طرد الغاصب، المجلة القضائية العدد السادس، والتي تصدر عن مجلس الشؤون الإدارية للقضاء، المحكمة العليا، صادرات المكتب الفني لعام ٢٠١٧م.

• القاضي/بدر بن سيف الراجحي، اختصاص القضاء العماني بنظر دعاوى اثبات ملكية الاراضي المجلة القضائية العدد الرابع، والتي تصدر عن مجلس الشؤون الإدارية للقضاء، المحكمة العليا، صادرات المكتب الفني لعام ٢٠١٥م.

• المستشار / سيف بن محمد القاسمي، موقف القانون من الادعاءات بملكية الأراضي، مجلة المجتمع والقانون التي تصدر من الادعاء العام العدد ٨. لعام ٢٠١٨م.

رابعاً- رسائل الدكتوراه:

• محمد يحي محمود المطرى، دور الحياة في المنقول في القانون المدني المصري واليميني دراسة مقارنة، جامعة القاهرة- كلية القانون- لعام ١٩٩٨م.

خامساً- التشريعات:

- قانون الجزاء العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠١٨/٧).
- قانون المعاملات المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠١٣/٢٩).
- قانون الإجراءات المدنية والتجارية وتعديلاته الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٢/٢٩).
- القرار السلطاني بشأن تنظيم امتلاك الأراضي البيضاء الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٨٣/٥).
- قانون نظام الأراضي الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٨٠/٥ لعام ١٩٨٠م
- قانون اصدار نظام السجل العقاري الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٩٨/٢.
- القرار الوزاري رقم (٢٠١٨/٤١) لائحة تقديم طلبات اثبات الملك.









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:

- **Appeal of the Primary Court Award and Cassation in Juvenile Cases in Accordance with Omani Law in the Light of Islamic Jurisprudence and International Law**
Judge Dr. Badr Khamis Said Alyazidi
- **Legal Value of Preliminary Investigation Procedures (A Comparative Study in Lebanese and Omani Law)**
Dr. Assem Chakib Ali Saab
- **DNA and its Role in Criminal Evidence**
Dr. Osama Atia Mohamed Abdelall
- **The Adoption of Punishment of Working for Public Benefit in Algeria: Towards Establishing a New Punitive Policy**
Dr. Mouna Hawess Ahmed Meguellati - Dr. Radia Saïd Zidenne Mecheri
- **Aspects of the Protection of a Child in Custody in the International Conventions, the Omani Personal Status Law and the Omani Child Law**
Dr. Saleh Said Khalfan Al-Mamari - Fahad Yusuf Saif Al-Aghbari
- **State Responsibility for the Function of Public Authorities (A Comparative Study between Sultanate of Oman and Egypt)**
Dr. Mohammed Abdallah Said Al-Jahwari
- **The Protection of the Judicial System in the Occupied Territory in the Light of the Rules of International Humanitarian Law**
Dr. Issa Hamid Zuwaid Al-Anzi - Dr. Nada Yousef Mohamed Al-Duaij
- **The Role of Public Prosecution in Tenure Disputes**
Salim Juma Salim AL-Balushi