



مَهْضَةُ مُجَلَّدَاتٍ



المجلة القضائية

مجلة علمية دورية متخصصة
تُعنى بالفقه والقضاء

العدد الثامن ٢٠٢٠م





مجلة الفقهية

مجلة علمية دورية متخصصة
تُعنى بالفقه والقضاء

العدد الثامن

٢٠٢٠م

تُوجه المراسلات باسم المكتب الفني بالمحكمة العليا

سلطنة عمان - مسقط - الغبرة

ت: ٢٤٢٣٣٥٥٩ - ٢٤٢٣٣٥٠٢ ، فاكس: ٢٤٢٣٣٥٣٠ ، ص.ب: ٢٥١٦ ، ر.ب: ١١٢

البريد الإلكتروني: mojsctb@hotmail.com



حَضْرَةُ حَبِيبِ الْحَالَةِ
السَّيِّدُ السُّلْطَانُ هَيْثَمُ بْنُ طَارِقِ الْمُعَظَّمِ
- حَفِظَهُمُ اللَّهُ وَرَعَاهُ -



حَضْرَةُ حَبِيبِ الْحَالَةِ
السَّيِّدُ السُّلْطَانُ قَابُوسُ بْنُ سَعِيدِ الْمُعَظَّمِ
طَيْبَ اللَّهِ ثَرَاهُ

فهرس العدد

7	كلمة العدد/ السيد خليفة بن سعيد بن خليفة البوسعيدي
11	شخصية العدد/ المكرم الشيخ د. عبدالله بن راشد بن عزيز السيابي
19	قسم البحوث
21	سرية محاكمة الحدث الجانح في القانون العماني في ضوء أحكام القانون الدولي والشرعية الإسلامية / د. بدر بن خميس بن سعيد اليزيدي
43	الحق في الصورة / أ.د. محمد محمد واصل
57	الحماية الجنائية للأخلاق والآداب العامة في نطاق قانون الجزاء العماني / د. حمدي محمد محمود حسين
81	الحماية القانونية لحائز المعلومات غير المفصح عنها في مجال صناعة الدواء / د. مصطفى راتب حسن
103	سلطة القاضي في توجيه اليمين وأثارها - دراسة فقهية قانونية مقارنة / محمد بن سيف بن دويم الشعيلي
133	قراءة في بعض الأحكام
135	قراءة في قرار المحكمة العليا - الطعن رقم ٢٠١٧/٣٠٦ م الدائرة العمالية فضيلة القاضي / سليمان بن محمد بن سيف السيابي
145	قراءة في قرار المحكمة العليا- الطعن رقم ٢٠١٨/٣١٦ م الدائرة التجارية (ب) فضيلة القاضي / عوض بن محمد بن عوض الشحري
153	قيم وتقاليد القضاء/ المكرم الشيخ د. عبدالله بن راشد بن عزيز السيابي
157	ضوابط النشر في المجلة القضائية

كلمة العدد

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين أما بعد:

فلقد حظي القضاء العماني برعاية شاملة كريمة من لدن مولانا حضرة صاحب الجلالة السلطان هيثم بن طارق المعظم-حفظه الله ورعاه-رئيس المجلس الأعلى للقضاء، ليواكب القضاء كافة مجالات الدولة الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والأمنية ويكون ركنا مهماً في بناء دولة المؤسسات والقانون، التي شمرت عن ساعد الجد وتسارعت فيها عجلة التنمية والعمران والعمل والتحديث مستندة في ذلك إلى إرث حضاري يضرب في جذور الزمن، فكانت الدولة العصرية الحديثة ذات الإرث الحضاري العريق والتي تستشرف آفاق المستقبل المشرق وتطلعاته.

إن المكتسبات الكبيرة والتطورات المتسارعة التي شهدتها القضاء في السلطنة هي دليل على سياسة مرسومة بدقة وتخطيط سليم لبناء مؤسسة قضائية عمانية الجوهر وعالمية المعايير، تحقق متطلبات التنمية والتطوير وتنسجم مع تميز المجتمع العماني الأصيل، شادها باني نهضة عمان الحديثة، جلالته السلطان قابوس-طيب الله ثراه.

ونحن اليوم على عتبات مرحلة جديدة من عمان المستقبل التي يقودها مولانا حضرة صاحب الجلالة السلطان هيثم بن طارق-حفظه الله ورعاه- رئيس المجلس الأعلى للقضاء،تتطلب منا بذل المزيد من الجهد وتحمل المسؤوليات الجسام، والحفاظ على مكتسبات المنظومة القضائية،التي صاغها من سبقنا قيمة، ولنقف اليوم مقدمين لهم الشكر والعرفان والتقدير على ما بذلوه من جهود في خدمة المنظومة القضائية ورفعتها، وعلى رأسهم فضيلة الشيخ إسحاق بن أحمد البوسعيدي، الذي قدم خلال مسيرته الكثير للمنظومة القضائية، سائلين المولى عز وجل أن يمتعه بموفقور الصحة والعافية، وأن يكتب له التوفيق في قادم حياته.

وإننا إذ نؤكد على مكتسبات المنظومة القضائية، فإننا سنسعى بكل جهد إلى التجديد والتطوير والبناء، وأداء الأمانة بكل اقتدار وتфан مستلهمين الكلمات السامية لمولانا

حضرة صاحب الجلالة السلطان هيثم بن طارق- حفظه الله ورعاه- حين قال: «ومن أجل توفير الأسباب الداعمة لتحقيق أهدافنا المستقبلية فإننا عازمون على اتخاذ الإجراءات اللازمة لإعادة هيكلة الجهاز الإداري للدولة، وتحديث منظومة التشريعات والقوانين، وآليات العمل وبرامجه وإعلاء قيمه ومبادئه وتبني أحدث أساليبه وتيسير الإجراءات وحوكمة الأداء والنزاهة والمساءلة والمحاسبة؛ لضمان المواءمة الكاملة والانسجام التام مع متطلبات رؤيتنا وأهدافها».

إن هذه الكلمات ستكون بمنزلة خارطة لطريق عملنا في المستقبل، والتي سنسعى إلى تبنيها من أجل بناء منظومة قضائية قادرة على مواكبة التطورات التي تشهدها السطنة، باعتبار السلطة القضائية مكوناً أساسياً في استقامة الشعوب وتطورها وتقدمها، حيث سنعمل على تطوير آليات العمل والإجراءات، بما يسهم في وضع القضاء العماني في مصاف المؤسسات القضائية في العالم، ويحقق العدالة الناجزة، وإلى بناء شراكات فاعلة مع مختلف المؤسسات بما يخدم مسيرة العمل القضائي.

إن التكليف الذي حظينا به من لدن مولانا حضرة صاحب الجلالة السلطان هيثم بن طارق- أعزه الله- هو تكليف لكافة المنتسبين إلى المنظومة القضائية سواء في العمل القضائي أم الإداري، لأن نجاحنا في هذه المهمة هو مسؤولية مشتركة، ولا يستثنى أحد من القيام بدوره فيها، كل في مجاله وبقدر استطاعته، حيث إن الجميع شريك في وضع التطلعات المستقبلية وتحقيقها، وإذ إننا نعتد على كوادرننا البشرية في تحقيق تطلعات المؤسسات القضائية، فإننا نؤكد على أننا سنعمل معهم شركاء، وسنعمل على توفير كافة السبل لتوفير بيئة عمل تساعدنا في أداء مهامهم.

وفي الختام ندعو الله جلّت قدرته أن يعيننا على حمل الأمانة، وأن يوفقنا في خدمة هذا الوطن الغالي، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

السيد/ خليفة بن سعيد بن خليفة البوسعيدي

رئيس المحكمة العليا

رئيس مجلس الشؤون الإدارية للقضاء

شخصية العدد

إعداد المكرّم الشيخ /
د. عبد الله بن راشد بن عزيز السيابي

هو الشيخ العلامة القاضي

محمد بن شامس بن خنجر بن شامس

ولادته ونشأته

ولد الشيخ محمد بن شامس في الثاني من شهر صفر من عام ١٣٣٠هـ/١٩١٢م في بلدة المسفاة من أعمال ولاية قريات، وهو رابع إخوته وأصغرهم سنًا وتوفي والده وهو رضيع ابن أربعة أشهر، فكفله وإخوته عمه المهنا بن خنجر، وأخوه الأكبر عدي بن شامس، ونشأ في قريته التي ولد فيها على مكارم الأخلاق وحسن التربية.

تلقية العلم

بدأ الشيخ محمد حياته العلمية بوصوله السنة السابعة من عمره، فقرأ القرآن الكريم على أخيه الأكبر منه أحمد بن شامس، فما مضت إلا أشهر وأكمل قراءته، ثم تعلم الخط، وقرأ في كتاب «تلقين الصبيان» للشيخ العلامة نور الدين السالمي، وهو الكتاب الذي يبدأ به العمانيون منذ تأليفه تعليمهم بعد القرآن الكريم، ففيه من علم الشريعة والآداب ما يغذي المبتدئين، فله الفضل على جل المتعلمين إن لم أقل كلهم، جزي الله مؤلفه خير الجزاء، ثم إن الشيخ ابن شامس قرأ الأشعار والقصاص وحفظ منها الكثير وهو في سن الصبا، ولما بلغ الثالثة عشرة من عمره التحق بنزوى وانضم إلى المدرسة الخليلية حيث الإمام العدل الرضي محمد بن عبد الله الخليلي، الذي تضرب إلى مدرسته أكباد الإبل وتحط الرحال في حماه، فهو يومئذ حاكم وأستاذ بل رئيس جامعة، وقد سبق الشيخ محمد بن شامس أخوه أحمد بن شامس إلى هذه المدرسة، وجاء في عام ١٣٤٣هـ/١٩٢٤م لزيارة وطنه «المسفاة» واصطحب عند عودته أخاه محمداً.

ولما كان في «نزوى» وهو ابن أربع عشرة سنة واستقر به المقام في كنف الإمام الخليلي قال مخاطباً قومه:

يا رائحاً لليجمات وغادي

يطوي المفاوز من ربى وهاد

أبلغ بني بطاش أن محمداً

ساع إلى كسب العلوم وغاد

من كان يسعى لاكتساب معيشة

ويبيت فوق أرائك ووساد

فأنا إلى طلب المكارم لم أزل

أسعى بهمة ماجد نقاد

ما إن تراني والمهيمن مغرماً

بجبين فاطمة وعين سعاد

سأحالف الخلوات في ظلماتها

وأواصل الإرقال بالإسار

وأهين هذي النفس في طلب العلاء

حتى أحصل بغيتي ومرادي

شيوخه:

أخذ الشيخ محمد العلم عن كبار علماء عمان، التي كانت تزخر بهم "نزوى" آنذاك، ومنهم:

- الإمام محمد بن عبد الله الخليلي (١٢٩٩هـ/١٨٨٢م - ١٣٧٣هـ/١٩٥٤م)، ولد في بلدة «محرم» من أعمال «سمائل» ونشأ في أسرة لها قدم راسخ في العلم والقيادة والمجد والشرف، قرأ النحو على يد الشيخ محمد بن عامر الطيواني، ودرس على يد أبيه وعمه الشيخ أحمد بن سعيد بن خلفان مختلف فنون العلم، ثم رحل لطلب العلم إلى الشرقية حيث نور الدين السالمي فدرس معه التفسير والحديث والأصول وغيرها، كان أحد المناصرين لدولة الإمام

سالم بن راشد الخروصي، وبعده بويح بالإمامة في ١٣ ذو القعدة ١٣٣٨ هـ ٢٩ يوليو ١٩٢٠م، فقام بمهمته خير قيام، وصار مضرب المثل في العدل والفضل ونشر الأمن والصدر الرحب والخلق العالي وحسن السياسة، كما كان أعلم أهل زمانه، والمرجع في حل المشكلات وفضّ العويصات، توفّي في الساعة الأولى من يوم الإثنين ٩٢ شعبان ١٣٧٣ هـ ٣ مايو ١٩٥٤م.

- الشيخ العالم حامد بن ناصر بن وَجْد الشكلي، ولد ونشأ في بلدة «بسيا» من أعمال «بهاء»، ثم انتقل إلى «نزوى» لطلب العلم، فلما بلغ الدرجة التي تؤهله إلى أن يكون معلماً أوكلت إليه هذه المهمة في عهد الإمام سالم بن راشد الخروصي، واستمر بها حتى تخرج على يديه جملة ممن صاروا بعد ذلك علماء وقضاة، وتوفّي في عصر الإمام الخليلي بنزوى سنة ١٣٦٤ هـ / ١٩٤٥م
- الشيخ العلامة عبد الله بن عامر العزري، وهو من القضاة البارزين، وترجمته موجودة في معجم القضاة، توفّي بعد صلاة فجر الإثنين ١٦ شوال ١٣٥٨ هـ / ٢٩ / ١١ / ١٩٣٩م وصلى عليه الإمام الخليلي ودفن بنزوى.
- أبو مالك الشيخ العلامة عامر بن خميس المالكي (و: ١٢٨٠ - ١٢٨٢ هـ / ١٨٦٣ - ١٨٦٥م ت: ليلة ٥ رمضان ١٣٤٦ هـ / ٢٦ / ٢ / ١٩٢٨م)، وهو من العلماء والقضاة البارزين، وترجمته موجودة في المعجم.
- الشيخ العلامة سعيد بن ناصر الكندي، وترجمته موجودة في المعجم.

مكانته العلمية :

يحتل الشيخ محمد بن شامس مكانة علمية بارزة بين العلماء، ولا أدل على ذلك من أن ينال شرف القرب من الإمام الخليلي، لما رأى فيه من النجابة والفضيلة والبدية، وكان يستعين به في معرفة أنساب العرب، وأطلق عليه لقب «نسابة عمان».

وفي عام ١٣٦٨ هـ / ١٩٤٦م أصاب عمان جَدْب شديد وقحط، وخرج الإمام الخليلي ومعه أهل نزوى لصلاة الاستسقاء في أول يوم من ربيع الأول وفي اليوم الثاني والثالث وهكذا مدة ثمانية أيام ولم يسقوا، وبعد ذلك كتب الإمام رسائل ثلاث واحدة للشيخ البطاشي وأخرى للشيخ سفيان بن محمد الراشدي والثالثة للشيخ زاهر العثماني وأرسل بهنّ خادمه مبروك، ونصّ كتابه للشيخ البطاشي: «إلى الشيخ الولد محمد بن شامس البطاشي أما بعد: فقد كان نبي الله داؤد عليه السلام يخرج في الليل متنكراً يسأل الناس عن سيرته وعمّا ينقم عليه، وأريد منك أن تبين لي إن كان ينقم عليّ شيء من الأمور وتبينه لي، وسيأتيك الخادم مبروك بكرة الصباح وأعطه الكتاب»، فردّ إليه الشيخ البطاشي بما يلي: «إلى حضرة سيّدنا إمام المسلمين محمد بن عبد الله سلام عليك ورحمة الله، كتابك وصلني وفهمت ما ذكرته، وأقول: أيها الإمام إنا لا نغيب عليك في حكم ولا في قسم، ولقد سرت في هذا الزمان سيرة أصبحت غرة في جبين الدهر، ولكن الذي يقوله الناس: إن القصور جاء من قبل العمّال، وإنك إذا رفع إليك قصور من عامل ما عاقبته بل ولا عاتبته، فتجرّأ العمّال، واقتدى الأول بالآخر واتسع الخرق، وظنوا أن هذه السيرة لا تجرحهم عندك، ولقد قال قائل: إنَّ عمر بن عبدالعزيز ليس بدون عمر بن الخطاب في ورعه وفضله، ولكن رجاله ليس كرجال عمر بن الخطاب، فأجاب مجيب أن لو كان عمر مثل عمر لكن رجاله كرجال عمر، لأنَّ الأمير كالسوق تجلب إليه البضاعة التي تروج فيه، فانظروا في الأمر، والله يوفقكم لصالح الأمة والسلام»، وأجابه الشيخ زاهر بما يقرب من هذا الكلام، ثم عقد الإمام اجتماعاً بالثلاثة ومعهم الشيخان طالب بن علي الهنائي ويوسف بن سعيد الرواحي، واستقرّ الأمر على بعض التغييرات في الأمور المالية وتشديد الرقابة عليها وعلى ما يهمّ أمر المسلمين، وفي ذلك دليل على مكانة الشيخ البطاشي العالية التي يحتلها في المجتمع من حيث العلم والمنزلة الاجتماعية.

في مضمونها جواباً لمسألة فقهية وقع فيها الخلاف بين العلماء ويريد الشيخ البطاشي منهم الاتفاق على رأي موحد فيها، لكونها قضية واقعة في المحاكم وكثير حصولها في ذلك الأوان، وسأكتفي من الرسالة بمقدمتها تدليلاً على المكانة العلمية للشيخ البطاشي: «هذا جوابنا للأخ العلامة محمد بن شامس البطاشي، قائلين بعد حمد الله والثناء عليه بما هو أهله والصلاة والسلام على نبي الهدى والرحمة محمد وعلى آله وصحبه، إنه لا يخفى عليك ما قاله علماء المذهب وغيرهم في هذه المسألة من إجمال وتفصيل

آثاره :-

أفاد الشيخ البطاشي المكتبة الإسلامية بكثير من إنتاجه العلمي، طبع بعضه والآخر ينتظر، فعسى أن يمن الله بنشره لينتفع به .
ومن مؤلفاته :

١. سلاسل الذهب في الأصول والفروع والأدب.

فهو موسوعة ضخمة في عشرة مجلدات تحتوي على مائة ألف بيت وأربعة وعشرين ألف بيت من بحر الرجز، مطبوع إلا الجزء الأخير منه.

٢. غاية المأمول في الفروع والأصول .

في الفقه وأصوله وأصول الدين، يقع في عشرة أجزاء .

٣. إرشاد الحائر في أحكام الحاج والزائر.

كتاب يبحث في مسائل الحج والعمرة وأحكامهما، وصار هذا الكتاب سنوات عديدة زاد الحاج العماني ومرجه في أمور المناسك .

٤. كشف الإصابة في اختلاف الصحابة.

يبحث في اختلاف الصحابة إثر مقتل الخليفة عثمان بن عفان ومبايعة الإمام علي بن أبي طالب وما صاحب ذلك من حروب وفتن، ويبحث في قضية تحكيم الحكمين وأهل النهروان .

يقول الشيخ محمد بن راشد الخصيبي في كتابه شقائق النعمان: ويعدُّ الشيخ البطاشي من الحفاظ الأذكياء، ومن الأشخاص البارزين بمكارم الأخلاق ومعالي الأمور، كما أنه يعدُّ من أعيان قومه ومن أكابرهم، بل هو الوحيد المنظور إليه بشرف علمه وحسبه، وقد استطاع أن ينفع المسلمين بكل خدمة وعمل حتى بالتأليف لأهليته، ولأنه راسخ القدم طويل الباع في العلوم ذو ملكة فيها، وذو اقتدار على النظم، فضلاً عن النثر، فناهيك بكتابه «سلاسل الذهب في الأصول والفروع والأدب»، رجز في عشرة أجزاء.

ويقول الشيخ سعيد بن خلف الخروصي سائلاً له في قالب شعري مشيداً بمكانته العلمية ومعتزفاً له بالمرجعية في ذلك:

تربّع في دست القضا علم الهدى

بها فغدت تسخو بعلم وحكمة

محمد بن الزاكي خلافاً ومحتداً

إلى آل بطاش علا عرش عزة

أعلامه القطر العماني جُدلنا

بنظم جواب فيه هدي الشريعة

يفضّله منك البيان بحكمة

تنير سبيل الرشد كشفاً لحيرة

كما تتجلى لنا مكانته العلمية من خلال الرسالة التي كتبها الشيخ العلامة إبراهيم بن سعيد العبري مفتي عام السلطنة السابق، فقد أطلق عليه لقب «العلامة»، وهذه شهادة لها مكانتها الكبيرة من رجل شهد له علماء عصره بالصدارة في العلم الشرعي والتبحر فيه والتحقيق، ووقع على هذه الرسالة كوكبة من العلماء والقضاة بمسقط في ذلك الوقت، وإن كانت هي

٥. تحفة الأصحاب على ملحة الإعراب.

منظومة في النحو والصرف اختصر فيها ملحة الإعراب للحريري في نظم سهل سلس .

٦. نبذة عامة عن ولاية قريات.

تكلم فيها عن ولاية قريات وأهم قراها وبلدانها، وذكر العلماء الذين تخرجوا منها وقادتها ورجالها البارزين، والأبراج والقلاع والحصون الموجودة فيها، وتكلم عن الأفلاج والحيوان والأشجار والأودية والجبال وغير ذلك .

٧. رسالة في صلاة الجمعة .

تطرق في هذه الرسالة إلى بعض المسائل المختلف فيها في صلاة الجمعة من نحو موضع إقامتها وشروط وجوبها.

٨. مجموعة جوابات .

وهي جوابات لأسئلة فقهية وردت إليه من العامة والخاصة، نظم ونثر.

٩. ديوان شعر.

يتألف من مجموعة قصائد في أغراض متعددة .

١٠. رسائل صغيرة .

وهي رسائل عديدة في موضوعات متنوعة في الفقه والسير والأنساب والتاريخ وغير ذلك .

١١. سيرة ذاتية .

كتبها عن نفسه وحياته ومراحل تعليمه وشيوخه والأعمال التي تقلدها والصعاب التي واجهها.

١٢. منظومة في النحو والصرف . (مفقودة)

مجموعة أراجيز في الفقه، وفي تاريخ بعض الأحداث المعاصرة، وفي وصف بعض الأسفار التي قام بها (مفقودة).

١٤. قصائد عديدة في الرثاء والاستنهاض والإخوانيات،

وكثير منها كان أيام قيامه بنزوى (مفقودة).

١٥. مجموعة بحوث فقهية وخطب ورسائل (مفقودة).

١٦. فهرسة شعرية لكتب المصنف، ولباب الآثار، ومنهج الطالبين، وبعضها يزيد على خمسمائة بيت .

١٧. كتاب في أنساب أهل عمان، ألفه بالاشتراك مع بعض أهل العلم

تولى الشيخ محمد القضاء فترة طويلة بدأت بعام ١٣٥٦هـ/١٩٣٧م إلى ١٤١٦هـ/١٩٩٦م وهي ستون سنة ، ولكن تخللتها فترات انقطاع .

وبيان أعماله كالتالي :

١. ولي قضاء قريات في عام ١٣٥٦هـ/١٩٣٧م وبقي بها شهراً.

٢. عمل قاضياً بولاية الحمراء .

٣. عمل قاضياً ووالياً على بدبد عام ١٣٦١هـ/١٩٤٢م .

٤. عمل قاضياً بجعلان بني بوحسن في حدود عام ١٣٦٨هـ/١٩٤٩م لمدة شهر، حيث إنه اعتذر للإمام عن مواصلته للعمل فيها وعاد إلى بلده. عمل قاضياً بمحكمة الاستئناف بمسقط في الفترة من ١٣٩٠هـ/١٩٧٠م وإلى ١٤١٦هـ/١٩٩٦م ، حيث أحيل إلى التقاعد بناء على رغبته.

يومه الاعتيادي حافل بالعمل الأخرى

والدنيوي :

يروى ابنه الشيخ حارث بن محمد كيف يقضي والده يومه الاعتيادي فيقول: «يبدأ الوالد يومه من ساعات الصباح الأولى وقبل تباشير الفجر الأول فيتوضأ ويصلي ما شاء الله، ثم يطالع كتب الأثر ويكثر من التسبيح والاستغفار

ويبدأ ورده اليومي من القرآن الكريم، وكان قد اتخذ ورداً يومياً يقرأ فيه عشرة أجزاء من القرآن الكريم،

حتى إذا ما أذن للفجر قام وصلى سنة الفجر بالبيت ثم يذهب للمسجد ويصلي بالناس الفجر، وبعد الصلاة يعقد حلقة لقراءة جزء واحد من القرآن مع مجموعة من المصلين، ثم يعود للبيت ويطلع في الكتب إلى شروق الشمس، فيفد عليه أصحاب الحاجات من مستفتين ومن خصوم ومن متعلمين ثم يدعو بالإفطار فيشاركه الحاضرون الأكل، ثم يغتسل ويتوضأ ويستعد للذهاب إلى المحكمة.

وفي الطريق من البيت إلى المحكمة يقرأ جزءاً من القرآن الكريم، وكذلك في طريق العودة ويظل بالمحكمة حتى يصلي الظهر، ولا يقتصر وجوده بالمحكمة على فصل القضاء، بل يرد على أسئلة المستفتين من القضاة وطلبة العلم وعامة الناس.

ثم يعود للبيت ويطلع في الكتب، ثم يتناول الغداء ويضطجع قليلاً، وأحياناً يزعهج الناس عن الراحة، بعدها يخرج لصلاة العصر، ثم يعود للبيت فإن كان ثمت أناس استمع إليهم أو أنه يشتغل بورده وبالمطالعة، ولا يخلو هذا الوقت غالباً من الناس.

فإذا كان وقت المغرب خرج للمسجد ثم يعود للبيت وهذا

الوقت مزحوم بالناس ونادراً ما يجد فراغاً للمطالعة، وأعجب منه. رحمه الله. ومن سعة صدره، فإنه على هذا العمر وقد أضر به الشيب ما رأيته اعتذر عن استقبال أحد رغم ما يسببه ذلك له من مشقة، فإن بعض الناس لا يراعون أحوال الوالد، وربما يقصدونه في لحظة راحة أو نوم فلا يتوانى عن قضاء حوائجهم، ولم يكن وقته بالمواعيد فمن بدت له الحاجة قصده في مجلسه، فإذا راعه كثرة الحاضرين طلب النجوى فيلبي له الوالد طلبه، وربما تواصل المجلس إلى ما بعد صلاة العشاء، فإذا انفضّ سامر القوم قام الوالد وصلى النوافل وأتبعها الوتر، ثم يطلع في الكتب، ويكمل ورده اليومي من القرآن وينام في ساعة متأخرة من الليل، ويصحو في الساعات الأولى من الصباح، ومجمل ما ينامه في اليوم واللييلة ثلاث ساعات هـ.

هكذا كان مشايخنا القضاة، جمعوا بين العلم والعمل والفضل والورع والنزاهة.

وكانوا مرجعاً للناس في أمور دينهم من إرشاد وتعليم وإفتاء وتوجيه، وكانوا قدوة مثلى في جميع أمور الخير والبر والفضل والإحسان، رحمهم الله وأكرم نزلهم.

والله ولي التوفيق،،،

قسم الحج

**سرية محاكمة الحدث الجانح في القانون العماني
في ضوء أحكام القانون الدولي
والشريعة الإسلامية**

**د. بدر بن خميس بن سعيد اليزيدي
قاضي محكمة الاستئناف بمسقط**

المقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله..

إن بناء الأمم لا يكون إلا من خلال بناء الإنسان الذي هو صانع الحضارة وقطب رحاها، وتزداد أهمية هذا الكائن عندما يكون في مراحل حدوثه وصباه لما تشكله هذه المرحلة من أهمية قصوى في تشكيل نفسيته وفكره وسلوكه، ونظراً إلى ما يكتنف فترة الحداثة من طاقة وعنفوان؛ فإن ذلك يدفع بعضهم إلى الجنوح عن جادة الصواب والخروج عن مسار القانون بارتكاب الجرائم أو التعرض لحالات الجنوح، ولا يكون ذلك غالباً لنزعة إجرامية كامنة في نفسية الحدث، وإنما نتيجة لظروف اجتماعية وأسرية قاسية وقاهرة، الأمر الذي يستدعي أن تكون معاملتهم الجنائية تتسم بكافة الوسائل التي تحفظ لهم سمعتهم وكرامتهم وتصونهم من أية تأثيرات سلبية عليهم لأجل عودتهم الحميدة إلى المجتمع بعد تأهيلهم وإصلاحهم.

وقد أحاطت القوانين - الوطنية منها والدولية - نفسية الحدث الجانح وشخصيته بسياج من ضمانات الحماية الإجرائية التي تضمن معاملة جنائية تتسم - قدر الإمكان - بالبعد عن أية تأثيرات سلبية نتيجة الإجراءات القضائية المتخذة ضده، ومن بين هذه الوسائل؛ سعي القوانين إلى الحيولة دون التشهير بالحدث الجانح أو فضح خبيثة أفعاله الجرمية عن طريق جعل المحاكمات في سرية بعيداً عن أعين الرقباء حتى تكون المحاكمة وسيلة للإصلاح لأجل عودة الحدث الجانح إلى جادة الصواب وليس هدفها العقاب والإيلام، وكل ذلك لأجل بناء شخصية إنسانية قوية تسهم في البناء الحضاري للبشرية.

ورغم أن سرية محاكمة الحدث الجانح تبدو للوهلة الأولى مسألة بديهية حسمها التشريع العماني بالنص عليها صراحة، إلا أن التطبيقات العملية والتفريعات القانونية تظهر الكثير من الإشكاليات التي تستدعي الوقوف عليها ودراستها بشكل معمق. وعليه فإن إشكالية الدراسة تكمن في بيان مدى شمولية النصوص القانونية في التشريع

العماني لتغطية كافة جوانب سرية محاكمة الحدث الجانح وخصوصاً عندما تتقاطع هذه السرية مع مبدأ علانية جلسات المحاكمة للبالغين عند اشتراك الحدث الجانح مع بالغين في مشروع جرمي واحد، كما أن القضاء يقف حائراً أمام غموض بعض النصوص القانونية في بيان مدى السرية في بعض مراحل المحاكمة كما في مرحلة النطق بالحكم ومرحلة التحقيقات التي تسبق المحاكمة. والسؤال المحوري في هذا البحث: هل أحاط القانون العماني محاكمة الحدث الجانح بما يكفي لتحقيق سرية محاكمته؟ وسيفترض البحث عدة أسئلة فرعية أهمها: ما هو مفهوم سرية محاكمة الحدث الجانح وهدفه؟ وما مدى نطاق سريان هذه السرية على المرحلة التي تسبق المحاكمة أو جلسة النطق بالحكم؟ وما هي الاستثناءات على قاعدة سرية محاكمة الحدث الجانح؟ وما مدى توافق القانون العماني مع أحكام القانون الدولي والشريعة الإسلامية؟ وترتكز الدراسة على المنهج الاستقرائي، والمنهج التحليلي والمنهج المقارن.

والبحث في الموضوع استدعى تقسيم الدراسة إلى ثلاثة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: مبدأ سرية محاكمة الحدث الجانح في القانون العماني والقانون الدولي والشريعة الإسلامية.

المبحث الثاني: نطاق سريان سرية محاكمة الأحداث في القانون العماني والقانون الدولي والشريعة الإسلامية.

المبحث الثالث: الحالات الخاصة والاستثنائية في سرية محاكمة الحدث الجانح في القانون العماني.

المبحث الأول:

مبدأ سرية محاكمة الحدث الجانح في القانون العماني والقانون الدولي والشريعة الإسلامية:

لأجل فهم سرية محاكمة الحدث الجانح نحتاج بداية إلى الوقوف على مفهوم هذه السرية في النظام التشريعي

العماني، كما يستدعي بيان أهداف هذه السرية وأثرها في الواقع العملي لقضاء الأحداث في سلطنة عمان، والتعرف على موقف القانون الدولي والشرعية الإسلامية من مبدأ سرية محاكمة الحدث الجاني.

المطلب الأول:

مفهوم سرية محاكمة الحدث الجاني في القانون العماني وأهدافها وأثرها:

مفهوم سرية محاكمة الحدث الجاني في القانون العماني:

لا تهتم التشريعات القانونية عادة بتعريف كافة المصطلحات الواردة فيها تاركة المجال للفقه القانوني لإبداء رأيه في ذلك، وهذا ما حصل بالنسبة لمفهوم سرية محاكمة الحدث الجاني، حيث أن القانون العماني لم يتعرض إلى تعريفها بشكل صريح، إلا أنه بدراسة نصوص مواد القانون يستخلص الباحث أن المقصود بسرية المحاكمة هو منع حضور عامة الناس عند القيام بإجراءات المحاكمة والاقتصار على الأشخاص الذين أباح القانون حضورهم حصراً وفي الحالات المحددة قانوناً.

وتجب الإشارة بأن الأصل في المحاكمات بشكل عام سواء كانت شرعية أم مدنية أم تجارية أم جزائية أن تكون بشكل علني تطبيقاً للمبدأ الدستوري الذي نص عليه النظام الأساسي للدولة حين قرر بأن «جلسات المحاكم علنية إلا إذا قررت المحكمة جعلها سرية مراعاة للنظام العام أو الآداب».

وفي جميع الأحوال يكون النطق بالحكم في جلسة علنية،^(١) وأكد هذا المبدأ قانون الإجراءات الجزائية بالنص على أن «جلسات المحاكم علنية، ويجوز للمحكمة مراعاة للنظام العام أو محافظة على الآداب أن تقرر نظر الدعوى كلها أو بعضها في جلسة سرية أو أن تمنع فئات معينة من الحضور

(١) النظام الأساسي للدولة، الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٦/١٠١) بتاريخ ١٩٩٦/١١/٦م، منشور في ملحق الجريدة الرسمية العدد (٥٨٧) بتاريخ ١٩٩٦/١١/١٦م، المادة (٦٣).

فيها»^(٢) ويظهر من هذه القواعد القانونية أن الأصل العام في المحاكمات أن تكون بصورة علنية،^(٣) وأن سرية المحاكمات هي الاستثناء عند توفر جملة من الشروط التي حددها القانون.

والغاية من مبدأ العلانية هو تمكين الرأي العام من مراقبة إجراءات المحاكمة مما يبعثه على الثقة في النظام القضائي وعدالته، وهذا بدوره يعطي الخصوم طمأنينة في قضيتهم عندما يشعرون أنها مراقبة من الرأي العام، كما أن المحاكمة العلنية تحقق بُعداً وقائياً لردع من تسول له نفسه الإقدام على ارتكاب الجريمة، فالعلانية ضمانات من ضمانات حقوق الإنسان وهي أحد المبادئ العامة في القانون^(٤).

وتفترض العلانية أن تعرض الدعوى في الجلسة بصوت شفوي مرتفع، فيتحقق للحاضرين العلم بها وتتصل الشفوية بمبدأ الاقتناع القضائي الذي يفترض أن يستمد القاضي اقتناعه من حصيلة المناقشات التي تجري أمامه في الجلسة، ويمثل مبدأ شفوية المرافعة رقابة المحكمة على أعمال التحقيق الابتدائي فما تولد من أدلة يعرض من جديد على المحكمة وتدور في شأنه المناقشات فيتاح تقدير قيمته ومراقبة التقدير الذي كانت سلطة التحقيق قد خلصت إليه^(٥).

(٢) قانون الإجراءات الجزائية، الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٩/٩٧) بتاريخ ١٩٩٩/١٢/١م، نشر في الجريدة الرسمية العدد (٦٦١) بتاريخ ١٩٩٩/١٢/١٥م، المادة (١٧٧).

(٣) العلانية هي عكس السرية، وتعني السماح للكافة بمتابعة المحاكمة، وهي مبدأ متعلق بحسن سير العدالة وسلامة إجراءات المحاكمة، وقد نصت عليها قواعد القانون الدولي. International Covenant on Civil and Political Rights. Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution ٢٢٠٠A (XXI) of March ٢٣ entry into force ١٩٦٦ December Article ٤٩ in accordance with Article (١٤-١)

(٤) حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، (القاهرة: دار النهضة العربية، ط٢، ١٩٨٨م)، ص٨٠٣، وعوين، زينب أحمد، قضاء الأحداث، (عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، ٢٠٠٩م)، ص٢٠٩.

(٥) مبدأ رقم (٢٥) في الطعن رقم (٢٠٠٤/٤٠) جزائي عليا جلسة

أما التشريع العماني فقد نص بأن «تكون محاكمة الحدث سرية، ولا يجوز أن يحضرها إلا والداه أو وليه أو وصيه أو المؤتمن عليه والمحامون والشهود والمراقبون الاجتماعيون ومن تأذن له المحكمة»^(٥).

ويلاحظ الباحث أن القانون العماني أورد لفظ «السرية» بشكل صريح، بخلاف بعض التشريعات التي تفادت هذا اللفظ معرضة بعبارة «عدم العلانية»، ويرجع الباحث هذا التباين في الصياغة التشريعية إلى أن من أسماها بالسرية نظر إلى المصطلح الوارد في القواعد العامة التي تقضي بجواز فرض السرية لدواعي المحافظة على النظام العام والآداب، ومن وضع مصطلح عدم العلانية فإنه يقصد الخروج من المعنى الحرفي للسرية نظراً إلى أن المحاكمة يحضرها والذي الحدث أو القائمين على شأنه وغيرهم من الشهود والخبراء والمحامين والباحث الاجتماعي ومن تأذن له المحكمة، فالسرية في حقيقتها ليست مطلقة، غير أن ذات المعنى يرد في معنى السرية بمفهومها في القواعد العامة، إذ إنه حتى ولو قررت المحكمة فرض السرية للجلسة فإنه لا بد من حضور الشهود والخبراء والمحامين ومن تأذن له المحكمة، وعليه فإن الباحث يرى أن مفاد المصطلحين واحد ولا مشاحة فيهما.

– أهداف سرية محاكمة الحدث الجانح وآثارها:

يهدف مبدأ سرية المحاكمة في محاكم الأحداث إلى المحافظة على نفسية الحدث وسمعته من أن تتأثر في الحال أو الاستقبال - نتيجة مناقشة ملابسات الجريمة التي ارتكبها على الملأ، فهي أحد الضمانات الحمائية المقررة لأجل صون نفسية الحدث الجانح جراء مناقشة دعواه أمام القضاء. وفي الحقيقة؛ فإن هذه الحماية لا تشمل الحدث الجانح وحده، بل إنها تمتد لتشمل أسرة الحدث كذلك، إذ إنهم يتأثرون سلباً بسمعة ابنهم إذا ذاع صيتها في المجتمع، وربما أثر ذلك في مدى تجاوبهم مع الحدث

المادة (٢٢٣)، ٢٠١٥/٢/٢٠م.

(٥) قانون مساءلة الأحداث، الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٨/٣٠) بتاريخ ٢٠٠٨/٣/٩م، نشر في الجريدة الرسمية العدد (٨٥٩) بتاريخ ٢٠٠٨/٣/١٥م، المادة (٤٠).

إلا أن هذا المبدأ جرت عليها عدة استثناءات منها إجراءات محاكمة الأحداث التي تقوم على مبدأ معاكس تماماً وهو سرية المحاكمة، وجعل ذلك الأصل في الإجراءات واستثنى جملة أشخاص من هذا الأصل، وقد ذهب إلى هذا النهج جملة من التشريعات القانونية مع تباين بينها في صراحة النص على السرية،^(١) أو النص على عدم العلانية،^(٢) أو النص على عدم جواز حضور جلسات محاكمة الحدث إلا من الأشخاص المصرح لهم تحديداً،^(٣) وبعضها جعل نظر دعوى الحدث في غرفة المشورة بعيداً عن قاعات المحاكمة.^(٤)

الثلاثاء ٢٠٠٤/٣/٣٠م، مجموعة الأحكام الصادرة عن هيئة توحيد المبادئ والدائرة الجزائية مع المبادئ المستخلصة منها لسنة ٢٠٠٤م، مسقط ٢٠٠٦م، ص ١٢٨.

(١) من القوانين التي نصت على سرية المحاكمة: قانون المسطرة الجنائية المغربي، الصادر بموجب ظهير شريف رقم ١٠٢،٢٥٥ بتاريخ ٢٥/رجب/١٤٢٣ه الموافق ٣/أكتوبر/٢٠٠٢م، نشر في الجريدة الرسمية عدد (٥٠٧٨) بتاريخ ٢٧/ذو القعدة/١٤٢٣ه الموافق ٣٠/يناير/٢٠٠٣م، المادة (١/٤٧٨)، وقانون الأحداث الأردني، القانون رقم (٢٢) لسنة ٢٠١٤م الصادر بتاريخ ١٠/٢/٢٠١٤م، المادة (١٧)، وقانون الأحداث الجانحين السوري، الصادر بالمرسوم رقم (١٨) لعام ١٩٧٤م بتاريخ ٣/٧/١٣٩٤ه الموافق ٣/٣٠/١٩٧٤م، المادة (١/٤٩)، وقانون حماية الأحداث المخالفين للقانون أو المعرضين للخطر اللبناني، قانون رقم (٤٢٢) الصادر بتاريخ ٢٠٠٢/٦/٦م، منشور في الجريدة الرسمية رقم (٢/٣٤) بتاريخ ٢٠٠٢/٦/١٣م، المادة (٤٠)، وقانون رعاية الأحداث العراقي، قانون رقم (٧٦) لسنة ١٩٨٣م الصادر بتاريخ ٢٠/٧/١٩٨٣م، منشور في الجريدة الرسمية بتاريخ ١/٨/١٩٨٣م، المادة (٥٨).

(٢) ذهب إلى ذلك كل من التشريع القطري والإماراتي. قانون الأحداث القطري، قانون رقم (١) لسنة ١٩٩٤م الصادر بتاريخ ٢٩/١/١٩٩٤م، منشور في الجريدة الرسمية رقم (٢) لسنة ١٩٩٤م، المادة (٢٩)، وقانون الأحداث الجانحين والمشردين الإماراتي، قانون اتحادي رقم (٩) لسنة ١٩٧٦م الصادر بتاريخ ٦/١١/١٩٧٦م، المادة (١/٢٩).

(٣) ذهب لذلك كل من التشريع المصري والتونسي والبحريني. قانون الطفل المصري، قانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٦م المعدل بالقانون رقم (١٢٦) لسنة ٢٠٠٨م، المادة (١/١٢٦)، ومجلة حماية الطفل التونسي، قانون رقم (٩٢) لسنة ١٩٩٥م بتاريخ ٩/١١/١٩٩٥م، منشور في الرائد الرسمي العدد (٩٠) بتاريخ ١٠/١١/١٩٩٥م، الفصل (٢/٩٦)، وقانون الأحداث البحريني، مرسوم بقانون رقم (١٧) لسنة ١٩٧٦م الصادر بتاريخ ٢٨/٣/١٩٧٦م، المادة (٢٧).

(٤) تقدر بذلك المشرع الليبي. قانون الإجراءات الجنائية الليبي، (بدون رقم)، منشور في عدد خاص بالجريد الرسمية بتاريخ

الجانح وتفاعلهم مع وسائل الإصلاح والتوجيه التي تقوم بها المؤسسة القضائية في سبيل عودة الحدث للمجتمع. ورغم أن المشرع العماني قد أجاز لعدد قليل من الأشخاص حضور المحاكمة، إلا أن الباحث يلاحظ أن هؤلاء الأشخاص لهم صلة مباشرة بالحدث أو أنهم ممن يعملون لمصلحته أو أن إجراءات الدعوى تقتضي حضورهم تحقيقاً للعدالة والوصول إلى الحقيقة، وعليه فإن إطار العلنية في الدعوى يكون محصوراً جداً لغاية تحقيق مبدأ السرية في المحاكمة.

والجدير بالذكر أنه إذا كان مبدأ العلنية في محاكمة البالغين أمراً متعلقاً بالنظام العام، فإن سرية الجلسات أمام محكمة الأحداث هو الآخر مبدأ متعلق بالنظام العام، وعلى ذلك فإن مخالفته يترتب عليها بطلان الإجراءات التي اتخذت في الجلسة، ويترتب عليه ما يترتب على البطلان المتعلق بالنظام العام من نتائج وآثار^(١).

وفي هذا السياق قررت المحكمة العليا العمانية أن محاكمة الحدث الجانح حسبما تقرره المادة (٤٠) من قانون مساءلة الأحداث «تكون سرية وجوباً، والحكمة من وراء الحد من العلانية عند محاكمة الحدث هو الحفاظ على سمعته ونفسيته وحصر العلم بجريمته على من أجاز لهم المشرع حضور الجلسة حصراً وحتى لا يعلم بها الجمهور كافة مما قد يقف عقبة أمام مستقبل الحدث بل قد يمتد الأمر إلى حماية أسرة الحدث، فالابتعاد عن العلانية يبعث الاطمئنان في نفس الحدث لما كان ذلك وكان المشرع قد أقر مبدأ عاماً في محاكمة الحدث وهو أن تنعقد الجلسة سرية ولم يترك ذلك لتقدير المحكمة بحيث يترتب على مخالفة ذلك البطلان. ولما كان ذلك، وكان البين من مدونات حكم محكمة الاستئناف ومحاضر الجلسات أن محاكمة الطاعن الحدث لم تكن سرية مما يصم الحكم بالبطلان لمخالفته

للقانون وإخلاله بحق الدفاع وهو متعلق بالنظام العام لتعلقه بأحد المبادئ العامة بمرحلة المحاكمة القانونية بالنسبة للحدث مما استوجب نقض الحكم مع الإعادة»^(٢).

- (١) سلامة، مأمون محمد، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، القاهرة: دار النهضة العربية، ط ١، ١٩٧١م)، ج ٢، ص ٨١.
- (٢) الحكم القضائي الصادر في الطعن رقم (٢٠١٧/٦٣١) الدائرة

ويستلزم مبدأ سرية محاكمة الحدث أن يثبت القاضي في محضر الجلسة أنها انعقدت سرية وذلك في أول جلسة للمحاكمة ويمضي على غرارها في سائر المحاكمات، وعلى من يدعي عدم الالتزام بالسرية إثبات ذلك، والأصل في الإجراءات أنها قد رُوِّعَت وعلى من يدعي أنها قد خولفت إقامة الدليل على ذلك^(٣)، ولا عبرة بما هو مدون بالنماذج المطبوعة لمحاضر الجلسات والأحكام عن علنية الجلسات كأصل عام إذا لم يصادف واقع الحال في إجراءات نظر الدعوى^(٤).

ويرى اتجاه أن النص في نسخة الحكم الأصلية بأن الجلسات انعقدت في سرية لا يكفي لذلك ما لم تكن محاضر الجلسات منصوصاً فيها على هذه السرية، إذ اعتماد الحكم في اعتبار الجلسات سرية ليس له ما يسند في الأوراق^(٥).

ومن الممارسات العملية التي لاحظها الباحث من دراسته الأحكام القضائية الصادرة عن محاكم الأحداث، النص في أسباب الحكم على أن جلسات المحاكمة تمت في سرية على النحو الثابت بمحاضر جلسات المحاكمة،^(٦) وذلك لقطع

الجزائية (أ) بالمحكمة العليا، بتاريخ ٢٠١٧/١١/٧م (غير منشور).
(٣) قررت كثير من المبادئ القضائية هذا المبدأ منها: مبدأ رقم (٢/٦١) في الطعن رقم (٢٠١٣/٤٢٧) جزائي عليا جلسة الثلاثاء ٢/ نوفمبر ٢٠١٣م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، للسنتين القضائيتين الثالثة عشرة والرابعة عشرة، ص ٢٤٧، ومبدأ رقم (١/٢٦) في الطعن رقم (٢٠٠٨/٢١٦) جزائي عليا جلسة ٢٤/١١/٢٠٠٨م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، للفترة من ١/١٠/٢٠٠٨م وحتى ٣٠/٦/٢٠٠٩م، السنة القضائية التاسعة، ص ٢٢٥.

(٤) عبدالعزيز، نهلة سعد، المسؤولية الجنائية للطفل، (المنصورة: دار الفكر القانوني، ط ١، ٢٠١٣م)، ص ٢٠٩ - ٢١٠، وسويقات، بلقاسم، الحماية الجزائية للطفل في القانون الجزائري، «رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة - الجزائر، العام الأكاديمي ٢٠١٠/٢٠١١م»، ص ٤٤.

(٥) جواب لفضيلة القاضي السيد/ خليفة بن محمد بن خليفة البوسعيد «نائب رئيس المحكمة العليا، رئيس الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا، مقابلة بتاريخ ١٨/١٠/٢٠١٨م.

(٦) الحكم القضائي رقم (١٠/ج/٢٠١٦م) الصادر عن محكمة جنيات

المطلب الثاني:

سرية محاكمة الحدث الجانح في القانون الدولي والشرعية الإسلامية:

- سرية محاكمة الحدث الجانح في القانون الدولي:

ذهبت قواعد القانون الدولي إلى ترسيخ مبدأ علانية جلسات المحاكمة كأصل عام وجعلت استثناءات لمصلحة العدالة والاعتبارات الخاصة، فقد أوضح العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية أن من حق كل فرد لدى الفصل في أية دعوى جزائية أو مدنية أن تكون قضيته محل نظر منصف وعلني من قبل محكمة مستقلة ومحيدة ومنشأة بحكم القانون، ويجوز منع الصحافة والجمهور من حضور المحاكمة كلها أو بعضها شريطة أن يكون ذلك لظروف استثنائية مراعاة لدواعي الآداب العامة أو النظام العام أو الأمن القومي في مجتمع ديمقراطي أو لحرمة الحياة الخاصة لأطراف الدعوى وفي أدنى الحدود التي تراها المحكمة ضرورية حين يكون من شأن العلانية في بعض الظروف الاستثنائية أن تخل بمصلحة العدالة⁽¹⁾.

وأكدت قواعد القانون الدولي على مبدأ سرية محاكمة الحدث الجانح حفاظاً على سمعة الحدث ونفسيته وحماية لهم من أية إجراءات تعسفية يمكن أن تؤثر فيه نتيجة المحاكمة، وتندرج هذه المبادئ في شكلها العام تحت حماية الخصوصية، فقد جاءت اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩م مؤكدة على تأمين احترام حياة الحدث الجانح الخاصة أثناء جميع مراحل الدعوى⁽²⁾، وهذا الاحترام لا يكون إلا

الطريق لأي تشكيك في الأخذ بمبدأ سرية المحاكمة، ويرى الباحث وجاهة هذا الاتجاه مما يوصي معه قضاة الأحداث بالأخذ بهذا المسلك الحميد.

وتحقيقاً لأهداف سرية محاكمة الحدث الجانح، فإن هناك جملة من الملاحظات العملية التي يجب التنبيه لها عند محاكمة الحدث، يلخصها الباحث في التالي:

- عدم النداء العلني على الدعوى: حيث جرت العادة في المحاكمات أن يتم النداء على الخصوم لأجل مثلهم أمام المحكمة، إلا أن ذلك يجب تجنبه في محاكمة الأحداث نظراً إلى أن محاكمة الحدث يجب أن تحاط بسياج من السرية تتعارض مع النداء العلني، فهو مبدأ ينبغي أن يصاحب كافة الإجراءات ما أمكن ذلك حفاظاً على سمعة الحدث وحماية له من التأثيرات السلبية، ويقترح الباحث تنظيم عملية النداء بحيث لا يكشف فيها عن اسم الحدث، أو الاستعاضة عنها بنظام الترقيم الذي يجعل لكل دعوى رقماً دون إشارة إلى المتهم فيها.

- فصل محاكم الأحداث عن محاكم البالغين: حيث إن محاكم الأحداث في سلطنة عمان تتم في ذات المحاكم المخصصة للبالغين، وهذا الوضع يخشى منه في خرم مبدأ السرية وتحقيق هدفها، ويرى الباحث ضرورة فصل محاكم الأحداث عن محاكم البالغين فصلاً تاماً في المباني والأنظمة والموظفين، وإن حال دون ذلك عقبة الأعباء المالية؛ فليس أقل من تخصيص قاعات محاكمة خاصة بالأحداث تصمم في محاكم الأحداث الملحقه بالمحاكم العادية.

الأحداث بصحار بتاريخ ٢٠١٧/١١/٨م، والحكم القضائي رقم (٢٠١٧/ج/١٥) الصادر عن محكمة جنايات الأحداث بصحار بتاريخ ٢٠١٨/١/٢٢م، والحكم القضائي رقم (٢٠١٧/ج/١٢) الصادر عن محكمة جنايات الأحداث بصحار بتاريخ ٢٠١٨/١/٢٤م، والحكم القضائي رقم (٢٠١٦/ج/١) الصادر عن محكمة جنايات الأحداث بصحار بتاريخ ٢٠١٦/٦/٢١م.

(1) International Covenant on Civil and Political Rights. Article (١٤-١)

(2) Convention on the Rights of the Child. 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. Article (40-2-B-7)

يجب أن تخدم مصلحة من مصالح الحدث حتى تكون مبررة.

وأياً كانت الاتجاهات التي خالفت القواعد الدولية إلا أن سرية محاكمة الحدث الجانح تبقى ضماناً من ضمانات الحماية التي قررتها القواعد الدولية وسارت على منوالها القوانين الوطنية محققة بذلك مصالح فضلى للأحداث الجانحين، وهذا يدعو الباحث إلى القول بكل ارتياح بأن قواعد التشريع العماني في مجال سرية محاكمة الحدث الجانح جاءت مستوفية للمعايير الدولية المقررة في ذلك بشكل مناسب، وفيما خلا الملاحظات التي أوردتها الباحثة فإنه يمكن اعتبار أن التشريع العماني يُعدّ أنموذجاً يمكن الإشادة به والسير على منواله، إلا أن هذا لا يمنع قطعاً من مراجعة التشريعات بين الفينة والأخرى وتعديلها توافقاً مع خطى التحديث والتطوير التي يجب أن تواكب المعطيات المعاصرة.

- سرية محاكمة الحدث الجانح في الشريعة الإسلامية:

لا مرأى في اتساع الشريعة الإسلامية وشموليتها لجميع مناحي الحياة المختلفة سيما الجوانب القانونية منها، وفي مجال محاكمات الحدث الجانح؛ فإنه من خلال استقراء كتب فقهاء الشريعة الإسلامية يجد الباحث أن القاعدة العامة أن تكون المحاكمة في علانية، وهذا يظهر من خلال وصفهم لمكان الحكم الذي يشترطون فيه أن يكون في مكان عام يعرفه الناس ولا يمنع عنه أحد ويمكن الوصول إليه ببسر مثل المسجد، كما يلزم القاضي أن

لا ينفرد بأحد أطراف الخصومة فيسأره بالحديث دون الطرف الآخر، أو أن يسأراً طرفي الخصومة فحسب، بل يجب أن تكون المرافعة في علانية تامة، يقول ابن فرحون: «ولا يسارهما جميعاً ولا أحدهما فإن ذلك يجريهما عليه ويطمعهما فيه، وما جرّ إلى التهاون بحدود الله تعالى فممنوع... ولأن الحكم لا يكون إلا بالإعلان وذلك (أي سرية المحاكمة) مما يهون الحكم ويضعف نفس

بصون خصوصية الحدث الجانح بعدم جعل محاكمته على الملأ.

وقد جاءت القاعدة الثامنة من قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لإدارة شؤون الأحداث والتي تُعرف بـ(قواعد بكين) مرسخة لمبدأ الخصوصية؛ حيث أكدت على احترام حق الحدث في حماية خصوصيته مما قد يضر بسمعته أو نتيجة الأوصاف الجنائية التي يمكن أن يوصف بها،⁽¹⁾ وجاء في التعليق عليها: أن هذه القاعدة تشدد على أهمية حماية حق الحدث في احترام خصوصياته، إذ إن الأحداث يشعرون بحساسية مفرطة إزاء الأوصاف التي يوصمون بها، وقد وفرت بحوث علم الإجرام التي تناولت عمليات إطلاق الأوصاف الجنائية براهين على الآثار الضارة والمختلفة الأنواع التي تنجم عن الأحداث دائماً بأنهم «جانحون» أو «مجرمون»⁽²⁾.

غير أن هناك من يذهب إلى عكس ذلك، فإن Nijnatten يجادل في شأن السرية المطلقة لمحاكمة الحدث الجانح ويرى أن القرارات ذات العواقب العميقة على الأحداث وأسرههم يجب أن تكون مفتوحة أمام التحقيق العام،⁽³⁾ ومقصوده من ذلك أن تكون في علنية حتى يتمكن عموم الناس من مراقبة مدى صحتها واتفاقها مع الواقع والقانون.

ويذهب Prof. Bueren إلى أن أي استثناء من مبدأ العدالة المفتوحة «العلانية» لا يمكن أن يُستمد إلا بالاعتماد على المصالح الفضلى للحدث⁽⁴⁾، ويعني ذلك أن السرية

(1) 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. Rule (8-1)

(2) (8) Ibid.. Commentary to Rule

(3) Nijnatten. Carol Van. Behind Closed Door: Juvenile Hearings in the Netherlands'. "Oxford University Press: International Journal of Law, Policy and the Family. Volume 3. Issue 2. 1 October 1989". Pages 177-184

(4) Bueren. Geraldine Van. The International Law on the Rights of the Child. (London: Martinus

الآخر ويوهنه ويوقع الظنة بالقاضي^(١).

ورغم ذلك، فإنه يجوز للقاضي أن يجعل نظر الدعوى في جلسة سرية متى اقتضت المصلحة وظروف الدعوى ذلك مراعاة للأداب العامة والأخلاق الإسلامية وحفاظاً على حرمة الأسرار الأسرية، ومن ذلك ما ذكره الفقهاء من جواز سرية المحاكمة إذا كان التحاكم بين رجل وامرأة^(٢)، وحدث أن تقدمت إلى القاضي شريح امرأة فقالت: أيها القاضي إني جئت مخاصمة، فقال لها: وأين خصمك؟ فقالت: أنت خصمي، فأخلى المجلس وقال لها تكلمي، ثم حدثته عن موضوع حياتها الجنسية حيث إنها كانت خنثى^(٣).

ويستخلص الباحث مما سبق، أن العلانية هي الأساس في المحاكمات الشرعية، غير أن الفقه الإسلامي يتسع لجعل بعض المحاكمات في سرية عن الكافة مراعاة للأداب العامة والأخلاق الإسلامية وخصوصية الأفراد، وهذه القواعد العامة يمكن تطبيقها على محاكمة الحدث الجانح مراعاة لنفسيته وحفاظاً على خصوصيته، وعليه يمكن القول بأن القواعد القانونية الواردة في القانون العماني تتفق مع ما هو مقرر في الأحكام الفقهية.

المبحث الثاني:

نطاق سريان سرية محاكمة الأحداث في القانون العماني والقانون الدولي والشرعية الإسلامية:

تقرر لدينا أن القانون العماني جعل محاكمة الحدث الجانح قاعدة أساسية في عدالته الجنائية أمام القضاء،

(١) ابن فرحون، برهان الدين إبراهيم بن علي المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، (القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية، ط١، ١٤٠٦هـ)، ج١، ص٤٦.

(٢) الكاساني، علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (بيروت: دار الكتاب العربي، ط٢، ١٩٨٢م)، ج٧، ص١٣، وابن فرحون، تبصرة الحكام، ج١، ص٤١.

(٣) وكيع، محمد بن خلف بن حيان، أخبار القضاة، تحقيق: عبدالعزيز مصطفى المراغي، (مصر: المكتبة التجارية الكبرى، ط١، ١٣٦٦هـ/١٩٤٧)، ج٢، ص١٩٧.

إلا أن التساؤل ينهض عن مدى سريان هذه السرية في مراحل المحاكمة المختلفة سواء في مراحل جمع الاستدلالات والتحقيقات الابتدائية أو خواتيم المحاكمة عند النطق بالحكم، كما يلزم بيان موقف القانون الدولي والشرعية الإسلامية من سريان مبدأ السرية في مراحل محاكمة الحدث الجانح المختلفة.

المطلب الأول:

سرية التحقيق الابتدائي مع الحدث الجانح وجلسة النطق بالحكم في القانون العماني:

- سرية التحقيق الابتدائي مع الحدث الجانح في القانون العماني:

أوضح فقهاء القانون المقصود بسرية التحقيقات الابتدائية بأنها عدم السماح لجمهور الناس بالدخول في الأماكن التي يجري فيها التحقيق، وعدم السماح لهم كذلك بالاطلاع على محاضر التحقيقات، ولا يجوز لوسائل الإعلام تناقلها أو إذاعتها للكافة^(٤). وقد نهجت أغلب التشريعات الإجرائية العامة على جعل التحقيق الابتدائي يتم في سرية بين أطراف الخصومة دون أن يتعداه إلى غيرهم، وذلك إما بالنص صراحة عليها أو الإشارة إلى مواضع لها في مراحل التحقيق، وإذا كانت هذه السرية مقررّة للبالغين، فإنها تكون أدهى وأولى في حق الحدث الجانح لما له من أثر بالغ في مستقبله.

وعلة مبدأ سرية إجراءات التحقيق يكمن في المحافظة على المصلحة العامة وتحقيق العدالة لما تحتاجه هذه المرحلة من المحافظة على أدلة الجريمة وسرية البحث والتنقيب عنها وصولاً إلى الحقيقة الكامنة، كما يهدف إلى حماية المتهم من أن تصير هذه التحقيقات وصمة عار تؤثر في سمعته واعتباره في ظل استصحاب أصل البراءة.

(٤) حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ص٦٣١، وإمام، هالة محمد، الجوانب الموضوعية والإجرائية للمسؤولية الجنائية للأطفال، (القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠١٥م)، ص٣٣٣.

وعند النظر في القانون العماني يجد الباحث أن قانون مساءلة الأحداث لم يتعرض لمسألة سرية التحقيقات الابتدائية مكتفياً بجعل السرية في مرحلة المحاكمة، وإن كان يفهم من ذلك أن السرية تطال أيضاً ما يسبق المحاكمة على اعتبار أن الأخيرة يجب أن تكون في علانية ومع ذلك جعلت سرية نظراً إلى الوضعية الخاصة للحدث.

وبالرجوع إلى الأصل العام في قانون الإجراءات الجزائية، فإن الباحث لا يجد نصاً صريحاً يدل على سرية التحقيقات الابتدائية في جميع مراحلها، بيد أن الإشارات الواردة في بعض مواده في مراحل التحقيق الابتدائي المختلفة تفيد أن هناك سياجاً منيعاً يحول بين هذه التحقيقات ووصولها إلى غير أطراف الدعوى.

فعلى سبيل المثال، المادة (٧٤) جعلت حضور التحقيق الابتدائي حقاً للمتهم والمجنى عليه والمدعي بالحق المدني والمسؤول عنه ومن يدافع عن أي منهم من المحامين أو غيرهم ممن يصح توكيلهم قانوناً^(١) دون غيرهم من الكافة، وجعلت المادة (٩٣) كل شخص اتصل بعلمه معلومات عن الأشياء التي تناولها التفتيش الذي يجريه مأمور الضبط القضائي أو عضو الادعاء العام للأمكنة والأشياء والأشخاص وأفضى بها إلى شخص غير ذي صفة أو انتفع بها بأية طريقة كانت فإن ذلك يعتبر بمثابة جريمة إفشاء الأسرار^(٢) ويعاقب عليها بذات العقوبة^(٣)، وجعلت المادة (١٠٧) سماع شهود الدعوى كل

على انفراد حفاظاً على سرية التحقيق ويجوز لعضو الادعاء إذا اقتضت ضرورة التحقيق أن يواجه الشهود بعضهم ببعض وبالمتهم^(٤) غير أن ذلك يبقى في إطار الشهود وأطراف الدعوى دون أن يتعداه إلى غيرهم، أما محاضر التحقيقات فإنه لا يطلع عليها الكافة وإنما يتاح ذلك لمحامي المتهم^(٥) وكل هذه القواعد وغيرها تشير أن إجراءات ومعلومات التحقيق الابتدائي يجب أن تحاط بسياس من السرية في حق المتهم بشكل عام، ويتأكد ذلك في حق الحدث، غير أنها تبقى إشارات متناثرة لا تشمل جميع إجراءات التحقيق الابتدائي.

ويتفق الباحث مع الرأي القائل بأن هذه السرية تطال أيضاً مرحلة جمع الاستدلالات التي يقوم بها مأمورو الضبط القضائي^(٦) إذ إن الحكمة واحدة في كلتا الحالتين، بل إن التحقيقات الابتدائية هي امتداد لمرحلة جمع الاستدلالات فكأنهما كيان واحد عبر سلسلة متدرجة من الإجراءات المنظمةة قانوناً.

وعلى سبيل المقارنة، نجد أن قانون الإجراءات الجنائية المصري نص بشكل صريح على سرية التحقيقات الابتدائية، حيث نص على أن «تعتبر إجراءات التحقيق ذاتها والنتائج التي تسفر عنها من الأسرار، ويجب على قضاة التحقيق وأعضاء النيابة العامة ومساعدتهم من كتاب وخبراء وغيرهم ممن يتصلون بالتحقيق أو يحضرونه بسبب وظيفتهم أو مهنتهم عدم إفشائها، ومن يخالف ذلك يعاقب طبقاً لنص المادة (٣١٠) من قانون العقوبات»^(٧).

ويرى الباحث ضرورة وجود مثل هذا النص في التشريع العماني لما له من أهمية بالغة في الإفصاح بشكل واضح

(١) قانون الإجراءات الجزائية، المادة (٧٤).

(٢) تنص المادة (٢٠١) من قانون الجزاء العماني على أنه «يعاقب بالسجن مدى لا تقل عن شهر ولا تقل على (٣) ثلاث سنوات، وبغرامة لا تقل عن (٢٠٠) مائتي ريال عماني ولا تزيد على (١٠٠٠) ألف ريال عماني كل موظف عام أفشى سرا يعلمه بحكم وظيفته، ولا يحول انتهاء الخدمة أو زوال الصفة دون تطبيق حكم هذه المادة». قانون الجزاء العماني، الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠١٨/٧) بتاريخ ٢٠١٨/١١/١١م، نشر في ملحق الجريدة الرسمية العدد (١٢٢٦) بتاريخ ٢٠١٨/١١/١٤م.

(٣) قانون الإجراءات الجزائية، المادة (٩٣).

(٤) المرجع نفسه، المادة (١٠٧).

(٥) المرجع نفسه، المادة (١١٥).

(٦) إمام، الجوانب الموضوعية والإجرائية للمسؤولية الجنائية للأطفال، ص ٣٢٤.

(٧) قانون الإجراءات الجنائية المصري، قانون رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠م وتعديلاته الصادر بتاريخ ١٢/٣/١٩٥٠م، منشور في الوقائع المصرية العدد (٩٠) بتاريخ ١٥/١٠/١٩٥١م، المادة (٧٥).

المسلك المشرع السوري بالنص صراحة على جعل النطق بالحكم في جلسة علنية^(٣).

ولم يتطرق المشرع العماني لهذه المسألة بشكل حاسم، إلا أنه عند التمعن في المواد الواردة في النظام الأساسي للدولة وقانون الإجراءات الجزائية وقانون مساءلة الأحداث يتبادر للباحث اتساع المواد لكلا الرأيين، فرأي سرية النطق بالحكم يستند لصريح نص المادة (٤٠) من قانون مساءلة الأحداث والتي جعلت الأصل في محاكمة الحدث السرية وليس العلنية، وهذا يسري على جلسات المحاكمة كما يسري على جلسة النطق بالحكم على اعتبار أنها إحدى مراحل محاكمة الحدث الجانح.

غير أن الرأي الذي يذهب إليه الباحث ويؤيده، أن النطق بالحكم يجب أن يكون في جلسة علنية^(٤)، ذلك لأنه وإن كان الأصل في محاكمة الحدث أن تكون سرية إلا أنه يظل استثناءً من الأصل في المحاكمات وهو العلنية، ولا يتوسع في الاستثناء إلا بقدر الحاجة، كما أن قانون مساءلة الأحداث ذكر بأن السرية تكون في جلسات المحاكمة فقط وسكت عن النطق بالحكم وبالتالي يرجع في ذلك إلى القواعد العامة التي تقضي بأن يكون النطق بالحكم في جلسة علنية، فضلاً على أن المادة (٦٣) من النظام الأساسي للدولة جعلت العلنية الأصل في المحاكمات ثم وضعت الاستثناء بجعلها سرية في حالات خاصة مراعاة للنظام العام والآداب، ثم نصت في عجزها على أنه «في جميع الأحوال يكون النطق بالحكم في جلسة علنية»، وهو نص صريح لا يحتمل التأويل يقضي بأن

عن سرية جميع مراحل إجراءات التحقيق بدلاً من الإشارات المتناثرة، ولذا يقترح إضافة مادة في قانون مساءلة الأحداث تحمل رقم (٧ مكرراً) يكون نصها التالي: (تكون إجراءات جمع الاستدلالات والتحقيقات الابتدائية في سرية تامة، ويجب على موظفي الضبطية القضائية وأعضاء الادعاء العام ومساعدتهم وكل ممن يتصلون بالتحقيق أو يحضرونه بسبب وظيفتهم أو مهنتهم عدم إفشائها، ومن يخالف ذلك يعاقب طبقاً لنص المادة (٢٠١) من قانون الجزاء).

- سرية جلسة النطق بالحكم في القانون العماني:

لا خلاف في أن جلسات محاكمة الحدث تكون سرية على النحو السالف تفصيله، غير أن التساؤل يثور في النطق بالحكم، هل يكون في جلسة سرية أم علنية؟

تباينت آراء فقهاء القانون في المسألة، وذهبوا في ذلك إلى رأيين:

الرأي الأول: يرى وجوب التزام السرية في جميع إجراءات محاكمة الحدث بما فيها النطق بالأحكام والقرارات على اعتبار أن السرية يجب أن تلازم جميع إجراءات محاكمة الحدث الجانح بما فيها النطق بالحكم، ومن التشريعات التي أخذت بهذا المسلك المشرع المغربي الذي حسم المسألة بالنص صراحة على سرية النطق بالحكم في قضايا الأحداث^(١).

الرأي الثاني: يرى أن السرية المقصودة تكون في جميع الإجراءات عدا النطق بالحكم الذي يجب أن يكون في جلسة علنية، ومستندهم أن جلسة النطق بالحكم يجب أن تكون دائماً في علانية إذ أنها لا تتضمن سوى تلاوة منطوق الحكم دون أنه تكون ثمة مسائل يتم نشرها على الملأ^(٢)، وعلى عكس المشرع المغربي، ذهب إلى هذا

عوض، دراسة في معاملة الأحداث المنحرفين وفقاً لقانون الأحداث الكويتي رقم ٣ لسنة ١٩٨٣م، «بحث منشور في مجلة الحقوق، تصدر عن كلية الحقوق بجامعة الكويت، العدد الأول، السنة الحادية عشرة، رجب ١٤٠٧/هـ ١٩٨٧م»، ص ٢٢٢.

(٣) قانون الأحداث الجانحين السوري، المادة (٤٩/ج).

(٤) وهذا الرأي ذهب إليه جملة من الباحثين بل أنهم يكتفون بذكره دون الرأي الأول، ينظر: الديبسي، مدحت، محكمة الطفل والمعاملة الجنائية للأطفال، (الإسكندرية: المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١١م)، ص ١٢٤، وإمام، الجوانب الموضوعية والإجرائية للمسؤولية الجنائية للأطفال، ص ٤٤٠، والمحلاوي، أنيس حسيب السيد، نطاق الحماية الجنائية للأطفال، (مصر: دار الكتب القانونية، ٢٠١١م)، ص ٥٤٢.

(١) قانون المسطرة الجنائية المغربي، المادة (٤٧٨).

(٢) في بيان الرأيين ينظر: سويقات، الحماية الجزائية للطفل في القانون الجزائري، ص ٤٤، والعدوان، ثائر سعود، العدالة الجنائية للأحداث، (عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط ١، ٢٠١٢م)، ص ٢٠١، وعطية، حمدي رجب، الإجراءات الجنائية بشأن الأطفال الجانحين والمعرضين للخطر في تشريعات الدول العربية، (القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠١٣م)، ص ٢٩٤، ومحمد، فاضل نصر الله

الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية أجاز منع الصحافة والجمهور من حضور جلسات محاكمة الحدث حفاظاً على الآداب العامة أو النظام أو الأمن القومي في مجتمع ديمقراطي أو لحرمة الحياة الخاصة لأطراف الدعوى، إلا أنه نص بشكل واضح على أن يكون النطق بالحكم بصورة علنية إلا إذا كان الأمر يتصل بأحداث تقتضي مصلحتهم خلاف ذلك^(٢).

وهذا يعني أن القانون الدولي يجعل الأصل المقرر في النطق بالحكم أن يكون في جلسة علنية؛ ويستثنى من ذلك ما لو كانت الدعوى تتصل بمحاكمة حدث جانح تقتضي مصلحته أن تكون جلسة النطق بالحكم في سرية، وهو رأي يخالف ما سار عليه التطبيق العملي في واقع محاكم الأحداث العمانية كما أنه يخالف الرأي الراجح في الموضوع على نحو ما تقدم، ومع ذلك فإنه يظل رأي له وجهته ما لو دعت إليه ضرورة التشريع في مرحلة من المراحل.

وفي مجال سريان مبدأ السرية، فقد أكدت قواعد القانون الدولي على مبدأ سرية محاكمة الحدث الجانح في جميع مراحل المحاكمة حفاظاً على سمعة الحدث ونفسيته وحماية لهم من أية إجراءات تعسفية يمكن أن تؤثر عليه نتيجة لذلك، وتندرج هذه المبادئ في شكلها العام تحت حماية الخصوصية التي قررتها القواعد الدولية.

فقد دعت اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩م إلى اعتراف الدول الأطراف بحق كل طفل يُدعى أنه انتهك قانون العقوبات أو يُتهم بذلك أو يثبت عليه ذلك في أن يعامل بطريقة تتفق مع رفع درجة إحساس الطفل بكرامته وقدره، وتعزز احترام الطفل لما للآخرين من حقوق الإنسان والحريات الأساسية وتراعي سن الطفل، ونصت بشكل صريح على تأمين احترام حياته الخاصة تماماً أثناء جميع مراحل الدعوى^(٣) وهذا الاحترام لا

المحاكمات مهما كانت سرية فإن النطق بالحكم يجب أن يكون في جلسة علنية.

وحسباً للخلاف الدائر في المسألة، فإن الباحث يقترح النص الصريح على ذلك في قانون مساءلة الأحداث وذلك بإضافة فقرة خاتمة للمادة (٤٠) من القانون يكون نصها التالي: (... على أن يكون النطق بالحكم في جلسة علنية).

وعلى المستوى التطبيقي، فمن خلال دراسة الباحث للأحكام القضائية الصادرة عن محاكم الأحداث، يجد أنها تذهب إلى جعل النطق بالحكم في جلسة علنية كما يظهر ذلك نصاً في الكثير الأحكام القضائية، حيث تنص في ديباجة الحكم الصادر في الدعوى أن جلسة النطق بالحكم هي جلسة علنية^(١).

المطلب الثاني:

نطاق سريان سرية محاكمة الأحداث في القانون الدولي والشرعية الإسلامية:

- نطاق سريان سرية محاكمة الأحداث في القانون الدولي:

جاءت قواعد القانون الدولي مرسخة لمبدأ سرية محاكمة الحدث الجانح عندما يكون ذلك في مصلحته ومن أجل تحقيق عدالته الجنائية، فقد مربنا أن العهد

(١) من أمثلة هذه الأحكام: الحكم القضائي رقم (٤١/ج/٢٠١٦م) الصادر عن محكمة جنايات الأحداث بصحار بتاريخ ٢٠١٧/٥/٩م، والحكم القضائي رقم (١٤/ج/٢٠١٦م) الصادر عن محكمة جنايات الأحداث بصحار بتاريخ ٢٠١٧/٥/٢م، والحكم القضائي رقم (١١/ج/٢٠١٦م) الصادر عن محكمة جنايات الأحداث بصحار بتاريخ ٢٠١٧/٤/١٨م، والحكم القضائي رقم (١٥٤١/ج/٢٠١٧م) الصادر عن محكمة الأحداث الابتدائية بالسبب بتاريخ ٢٠١٧/١٠/١٠م، والحكم القضائي رقم (٢٠١٦/٢٢٠٩/ج/٢٠١٦) الصادر عن محكمة الأحداث الابتدائية بمسقط بتاريخ ٢٠١٦/١٢/١م، والحكم القضائي رقم (٢٠١٧/٥٣٠١/٩٣٦) الصادر عن محكمة الأحداث الابتدائية بمسقط بتاريخ ٢٠١٧/١٠/٥م، والحكم القضائي رقم (٢٠١٦/١٦٨٨م) الصادر عن محكمة جنح الأحداث المستأنفة بمسقط بتاريخ ٢٠١٧/١/٢٩م، وغيرها من الأحكام.

(2) International Covenant on Civil and Political Rights. Article (14-1)

(3) Convention on the Rights of the Child. Article (40-2-B-7)

كما أن حديث الفقهاء عن قيام القاضي بالإشهاد على نفسه بالحكم وقراءة ما كتبه على شاهدين كأن يقول: أشهدكم أنني حكمت بكذا،^(٣) يستدل منه على أن جلسة النطق بالحكم يلزم أن تكون في علانية.

ومن خلال ما تقدم يظهر أن أحكام القانون العماني فيما يتعلق بسريان مبدأ السرية جاءت متفقة مع أحكام الفقه الإسلامي وبما لا يتصادم معها.

المبحث الثالث:

الحالات الخاصة والاستثنائية في سرية محاكمة الحدث الجانح في القانون العماني:

هناك حالات خاصة واستثنائية يجب أخذها بعناية وحذر عند محاكمة الحدث الجانح لوجود خشية حقيقة من خرم مبدأ سرية المحاكمة، فقد يرتكب بالغون جرائم متصلة بالأحداث، أو يشترك الحدث الجانح مع بالغين في مشروع جرمي واحد الأمر الذي يؤثر ذلك على تطبيق سرية محاكمة الحدث الجانح، وفي المقابل، فإن سرية محاكمة الحدث الجانح في حقيقتها ليست مطلقة، إذ جعل القانون العماني جملة من الأشخاص الذين يحق لهم حضور جلسة المحاكمة على سبيل الاستثناء، وهذا ما يتناوله هذا المبحث.

المطلب الأول:

سرية محاكمة الحدث الجانح عند اشتراك بالغين:

لا مشاحة بين التشريعات القانونية ذات النهج الحديث أن محاكمة الحدث الجانح تكون في جلسة سرية بعيداً

يكون إلا بصون خصوصية الحدث الجانح بعدم جعل محاكمته على الملأ في جميع مراحل المحاكمة سواء في مرحلة جمع الاستدلالات أو التحقيق الابتدائي أو التحقيق النهائي أمام المحكمة.

كما أوضحت قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لإدارة شؤون الأحداث (قواعد بكين) بأن يحترم حق الحدث في حماية خصوصياته في جميع المراحل تفادياً لأي ضرر قد يناله من جراء دعاية لا لزوم لها أو بسبب الأوصاف الجنائية،^(١) وهذا الاحترام للخصوصية يقتضي السرية في جميع مراحل المحاكمة بما فيها مرحلتا جمع الاستدلالات والتحقيق الابتدائي، ولا شك أنه يشمل التحقيق النهائي.

ومن هذا يخلص الباحث أن قواعد القانون العماني في مجال سريان سرية محاكمة الحدث الجانح جاءت متفقة مع المعايير المقررة دولياً ومتسقة معها لأجل توفير حماية كافية لخصوصية الحدث الجانح.

- نطاق سريان سرية محاكمة الأحداث الشريعة الإسلامية:

إن اتساع وشمولية الشريعة الإسلامية السمحة يسمح بأن يأخذ بنظام سرية مرحلة ما قبل المحاكمة وسرية النطق بالحكم طالما يحقق ذلك مصلحة شرعية مقصودة، فليس في أحكام الفقه الإسلامي ما يمنع من جعل مرحلة جمع الاستدلالات والتحقيق الابتدائي في سرية لأجل الحفاظ على حسن سير هذه الإجراءات وصون سمعة الحدث الجانح من أن تنتشر على الملأ، إذ إن قواعد الشريعة السمحة صانت سمعة الإنسان بشكل عام ومنعت كشف خبيأة من قارف ذنباً أو السعي في التشهير به تطبيقاً للقاعدة الأخلاقية (من ستر مسلماً ستره الله في الدنيا والآخرة)^(٢).

(٣) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج ١، ص ١٣٤، والطرابلسي، علاء الدين بن الحسن علي بن الخليل، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، (طبعة مصطفى البابي الحلبي، ط ٣، ١٩٧٣م)، ص ٥٣، والدمياطي، السيد البكري بن السيد محمد شطي، إعانة الطالبين، (بيروت: دار الفكر، د.ت)، ج ٤، ص ٢٤٣.

(١) United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (The Beijing Rules), Rule (8-1)
(٢) رواه البخاري، صحيح البخاري، رقم (٢٤٤٢)، ومسلم، صحيح مسلم، رقم (٢٦٩٩).

عن أنظار الكافة، غير أن هناك جدلاً يثور في حالتين:

الحالة الأولى: ما لو تمت محاكمة بالغين أمام محكمة الأحداث وذلك عندما يرتكبون جرائم تتصل بالحدث، فقد أورد قانون مساءلة الأحداث العماني ثلاث جرائم يرتكبها البالغون وتنظرها محكمة الأحداث على وجه الاستثناء، وهذه الجرائم هي:

١. جريمة إهمال رعاية الحدث: وهي الإهمال في أداء الواجبات قبل الحدث مما يترتب عليه تعرض الحدث للجنوح أو ارتكابه جريمة، ويستثنى الأبوان من حكم هذه المادة^(١).

٢. جريمة تعطيل عمل دور الرعاية: وذلك بتحريض الحدث على الهرب من إحدى دور الرعاية أو مساعدته على ذلك، أو أنه آوى أو أخفى من هرب منها أو منعه من الرجوع إليها وهو عالمٌ بذلك، غير أنه إذا وقع فعل الإيواء أو الإخفاء أو المنع من أحد أبوي الحدث أو أحد الأصول حتى الدرجة الثانية فإنه يعفى من العقوبة^(٢).

٣. جريمة تعريض الحدث للجنوح: وذلك عن طريق مساعدة الحدث أو تسهيل وقوعه في أحد حالات التعرض للجنوح التي نص عليها قانون مساءلة الأحداث، وتشدد العقوبة إذا استعمل الجاني مع الحدث وسائل الإكراه أو التهديد أو كان من أصوله أو المؤتمنين عليه أو ممن تسلمه طبقاً لأحكام القانون^(٣).

ففي هذه الجرائم، فإن الأصل أن تكون محاكمة البالغين في جلسة علنية وفق ما تقضي به القواعد العامة لكن الوضع يختلف هنا لأنهم أمام محكمة الأحداث التي يجب أن تكون جلساتها سرية.

الحالة الثانية: إذا تمت محاكمة الحدث الجاني أمام محكمة البالغين في حال اشتراكه مع أحدهم في مشروع

جرمي واحد^(٤) فإن الأصل أن تكون المحاكمة علنية لأن الدعوى تنظر أمام محكمة البالغين، إلا أن وجود الحدث يغير من موازين المعادلة.

وفي الحالتين يظهر تعارض قاعدتين من قواعد المحاكمة

هما على طريقتي نقيض، الأولى تقضي بعلنية جلسات

المحاكمة للبالغين أمام المحاكم التي تنظر دعاوهم، والثانية؛ سرية محاكمة الأحداث والمحكمة التي تنظر دعاوهم، وقد تباينت أنظار فقهاء القانون في تحديد مدى سرية جلسة المحاكمة من عدمها، ومن خلال البحث والتقصي يظهر للباحث وجود اتجاهين^(٥):

الاتجاه الأول: يأخذ بأن العبرة في تحديد السرية من عدمها هو نوع المحكمة التي تنظر الدعوى بصرف النظر عن الأشخاص الذين يحاكمون أمامها، فإن كانت محكمة للبالغين فإن العلنية هي الأصل والسرية هي الاستثناء عند انطباق شرطها ولو كان الذي يحاكم أمامها حدثاً اشترك مع بالغين في مشروع جرمي واحد، وإن كانت الدعوى تنظر أمام محكمة الأحداث فإن السرية هي واجبة التطبيق ولو كان المتهم الذي يحاكم أمامها بالغاً ارتكب جريمة تتعلق بحدث.

الاتجاه الثاني: يرى أن العبرة بالأشخاص الذين يحاكمون وليس بالمحكمة، فإن كان المتهم حدثاً فإن الجلسة يجب أن تكون في سرية لأن علنتها متوفرة وهي

(٤) ذهبت التشريعات القانونية مذهب مختلفة في تحديد المحكمة المختصة بنظر الدعوى في هذه الحالة، هل هي محكمة البالغين أم محكمة الأحداث، وقد اهتدى المشرع العماني بالمعيار الشخصي في تحديد المحكمة المختصة بالاعتماد على سن الحدث وقت ارتكاب الجريمة، فالحدث الذي لم يبلغ السادسة عشر وجب إحالته لمحكمة الأحداث، أما إذا بلغ هذا السن أحيل إلى محكمة الجنايات أو الجنح بحسب الأحوال وفي هذه الحالة تطبق عليه أحكام قانون مساءلة الأحداث. قانون مساءلة الأحداث، المادة (٣٧).

(٥) ينظر في بيان الاتجاهين: سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، ج٢، ص٨١، وسرور، أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، (القاهرة: دار النهضة العربية، ط٧، ١٩٩٦م)، ص٧١٨، وعطية، الإجراءات الجنائية بشأن الأطفال الجانحين والمعرضين للخطر في تشريعات الدول العربية، ص٢٩٣.

(١) قانون مساءلة الأحداث، المادة (٢٩).

(٢) المرجع نفسه، المادة (٣٠).

(٣) المرجع نفسه، المادة (٣١).

بأن يكون متهماً في دعوى جنائية، أو في حالة تعلق الدعوى الجنائية بالحدث عندما يرتكب بالغ جريمة تتعلق بحدث.

ويمكن إجراء معالجة أخرى، وهي إبقاء الأصل المقرر بسرية محكمة الأحداث ولو كان الذين يحاكمون أمامها من البالغين - كما في الحالة الأولى- ونقل محاكمة الحدث الجانح الذي اشترك مع بالغين - في الحالة الثانية - إلى محكمة الأحداث دون عرضها على محكمة البالغين، ذلك لأن نقل محاكمة الحدث الجانح إلى محكمة البالغين فيه تشبث للدعوى وفصم مكوناتها بما تحتويه من أدلة وبيّنات وتقارير فنية وما يترتب على ذلك من احتمالية تباين الأحكام القضائية وتعارضها من حيث الإدانة أو البراءة، وتحقيقاً لذلك يرى الباحث تعديل المادة (٣٧) من قانون مساءلة الأحداث ليكون نصها التالي: (إذا تعدد المتهمون وكان بينهم حدث لم يتم الثامنة عشرة من العمر أحيل الجميع إلى محكمة الأحداث على أن يطبق على البالغين الأحكام الجزائية العامة).

المطلب الثاني:

استثناءات من سرية المحاكمة:

لا يسري مبدأ السرية في محاكمة الأحداث بشكل مطلق، إذ عمّد قانون مساءلة الأحداث العماني إلى تحديد فئات من الأشخاص بعينهم يسمح لهم حضور جلسات محاكمة الحدث السرية^(٢) لاعتبارات مختلفة تتعلق بحسن سير العدالة وكشف ملابسات الدعوى وكفالة حق الدفاع عن الحدث وحمايته، وهذه الفئات هي:

الفئة الأولى: والدا الحدث أو وليه أو وصيه أو المؤمن عليه: وهؤلاء هم من يتولون شؤون الحدث ومتابعته والقيام على رعايته، ولذا فإن حضورهم جلسات المحاكمة له أهمية خاصة.

(٢) قانون مساءلة الأحداث، المادة (٤٠).

المحافظة على سمعة الحدث وعدم التأثير في شخصيته، وعليه فإنه لو تمت محاكمة الحدث أمام محكمة البالغين فإنها يجب أن تكون سرية، وأما إن كان المتهم بالغاً فإن الأصل في محاكمته هو العلنية إلا عند تحقق ظرف السرية، وعليه فإنه لو تمت محاكمة بالغ أمام محكمة الأحداث فإن المحاكمة يجب أن تكون في علانية ما لم يقرر القاضي جعلها سرية لاعتبارات النظام العام والآداب.

وبدراسة الباحث للواقع العملي لمحاكم الأحداث في السلطنة، يجد أن العمل يمضي على الاتجاه الثاني مع وجود بعض الآراء المخالفة لذلك،^(١) ورغم أن الباحث يميل إلى الاتجاه الثاني، إلا أن القول به يجعل محاكمة البالغ أمام محكمة الأحداث لجريمة تتعلق بحدث يجعل سمعة الحدث معرضة للنشر على الملأ، وهو ما يتعارض والسياسية الجنائية الحديثة التي تهدف إلى حماية الحدث من التأثيرات السلبية على سمعته والحفاظ على كينونته وقيمه الإنسانية، وعليه فإن الباحث يخطط لنفسه اتجاهاً ثالثاً يقضي بأن تكون العبرة في سرية المحاكمة بتعلقها بشخص الحدث الجانح بشكل مباشر أو غير مباشر، وبناء على هذا الاتجاه فإن محاكمة الحدث الجانح أمام محاكم البالغين يجب أن تكون في سرية نظراً إلى أن الدعوى متعلقة مباشرة بالحدث، كما تكون محاكمة البالغ أمام محكمة الأحداث في سرية كذلك لتعلقها بجريمة وقعت على حدث، فهي مرتبطة به بشكل غير مباشر إلا أنها تتعلق بشخصه وتؤثر على سمعته.

ويستند الباحث في هذا الرأي إلى أن السياسة الجنائية جاءت لتحمي سمعة الحدث من التأثيرات السلبية عند جعل محاكمته على العلن، وهي الغاية أيضاً من سن قوانين الأحداث وتشريعها وتخصيص محاكم للأحداث، وبالتالي فإن تحقيق هذه الغاية لا يكون إلا بفرض السرية عند وجود دعوى تتعلق بالحدث مباشرة

(١) أسئلة موجهة إلى أصحاب الفضيلة القضاة: د. محمد بن سيف السعدي، وسيف بن عبدالله الحوسني، ويحيى بن سالم الخروصي.

شهود نفي فإن حضورهم جائز أمام محكمة الأحداث طالما أن المحكمة رأت الحاجة إلى سماع شهادتهم.

الفئة الرابعة: المراقبون الاجتماعيون: وهم الموظفون الذين يُعيّنون بقرار من وزير التنمية الاجتماعية وتكون لهم صفة الضبط القضائية في تطبيق أحكام قانون مساءلة الأحداث^(٣).

ويقوم المراقب الاجتماعي بالعمل التمهيدي للإجراء الذي سوف يتخذه القاضي في مواجهة الحدث الجانح وللتعرف على شخصيته وتقرير الوسائل الكفيلة لتهدئته، ولذا فإن حضوره له أهمية كبيرة لما يقدمه من تقارير اجتماعية عن شخصية الحدث ووضعه الاجتماعي والأسري مما يكشف الطريق أمام قاضي الأحداث لإصدار الحكم العادل واتخاذ التدبير المناسب.

الفئة الخامسة: من تأذن لهم المحكمة: أوجد القانون مجالاً للمحكمة في إحضار من ترى ضرورة إحضاره لجلسة محاكمة الحدث السرية، إذ قد يقتضي الحال حضور بعض الأشخاص الجلسة من غير الفئات السابقة، وبالتالي يحتاجون لإذن خاص من المحكمة، ومن أمثلة ذلك حضور الطبيب الشرعي أو الخبير المختص عند وجود تقارير خبرة يريد القاضي أن يستجلي ما يعتريها من إبهام أو غموض، كما يمكن حضور الباحثين لأغراض الدراسة والبحث العلمي.

ومن خلال العرض السابق، يلاحظ الباحث حرص المشرع على حضور أقارب الحدث الجانح والشهود والمحامين لما لهم من أهمية في الحد من السرية المطلقة في الحدود التي لا تضر بالحدث حتى يتمكن هؤلاء من متابعة إجراءات سير المحاكمة ومراقبتها، تحقيقاً للعدالة والوصول إلى الحقيقة. كما أن حضورهم يضيف بُعداً آخر يتمثل في تقديم العون للمحكمة في التعرف على شخصية الحدث ودوافعه لارتكاب الجريمة والبيئة التي يعيشها حتى تأخذها المحكمة بعين الاعتبار

(٣) قانون مساءلة الأحداث، المادة (١/ل).

ويستظهر الباحث من صياغة نص المادة أن الحضور يكون لأحد هؤلاء حسب الترتيب الذي أوردته المادة، فالأولوية لوالدي الحدث، فإن عُدما تكون لولي الحدث ثم وصية ثم المؤتمن عليه، والسبب في ذلك أن الحرص والعناية على مصلحة الحدث تتوفر في الوالدين أكثر من البقية ثم تتدرج بعد ذلك كما أن المادة رتبتهن حسب درجة قرابتهن من الحدث وبالتالي يجب أخذ ذلك في الاعتبار.

ويبدو للباحث - كذلك - من صياغة المادة أنه لا يصح حضورهم جميعاً عند تعددهم وإنما يُكتفى بحضور أحد هذه الفئات لأجل المحافظة على مبدأ السرية وعدم التوسع في حضور أشخاص لا يلزم حضورهم خشية من خرم مبدأ السرية.

الفئة الثانية: المحامون: وهم من يتولون الدفاع عن الحدث، وحضورهم فيه تقرير حماية جنائية للحدث الجانح تتمثل في تمكينه من حق الدفاع عن نفسه، وقد أوجب القانون العماني^(١) على والدي الحدث أو وصيه أو وليه أو المؤتمن عليه بتوكيل محام للدفاع عن الحدث الجانح، وفي حال تعذرهم لأي سبب من الأسباب فإن هذا الواجب ينتقل إلى المحكمة التي يجب عليها أن تنتدب أحد المحامين ليتولى هذه المهمة.

كما يمكن للمجنى عليه والمسؤول عن الحق المدني توكيل محام عنهم لحضور جلسات المحاكمة ويكون مستثنى من السرية كذلك، غير أنه لا يحق لهم إقامة مطالبة مدنية أمام محكمة الأحداث كما نص على ذلك القانون العماني^(٢).

الفئة الثالثة: الشهود: إذ قد يستدعي الأمر إثبات الواقعة بسماع الشهود فهو مما تقتضيه إجراءات المحاكمة العادلة.

وغاية حضور الشهود هو كشف الحقيقة والتقصي عن وقائع الدعوى وملاساتها، وسواء كانوا شهود إثبات أم

(١) المرجع نفسه، المادة (٣٩).

(٢) نصت المادة (٣٦) من قانون مساءلة الأحداث على التالي: «لا تقبل

الدعوى المدنية أمام محكمة الأحداث».

بسرية محاكمة الحدث الجانح في القانون العماني على ضوء المواثيق الدولية، ويمكن تلخيص ذلك في عنصرين، النتائج والتوصيات.

النتائج:

من خلال هذه الدراسة فقد توصل الباحث إلى جملة من النتائج، أهمها:

- أن المقصود بسرية المحاكمة هو منع حضور عامة الناس عند القيام بإجراءات المحاكمة والاقتصار على الأشخاص الذين أباح القانون حضورهم حصراً وفي الحالات المحددة قانوناً.
- الأصل في المحاكمات بشكل عام أن تكون بشكل علني وأن سرية المحاكمات هي الاستثناء عند توفر جملة من الشروط التي حددها القانون.
- مبدأ علانية الجلسات جرت عليها عدة استثناءات منها إجراءات محاكمة الأحداث التي تقوم على مبدأ معاكس تماماً وهو سرية المحاكمة.
- يهدف مبدأ سرية المحاكمة في محاكم الأحداث إلى المحافظة على نفسية الحدث وسمعته من أن تتأثر - في الحال أو المستقبل - نتيجة مناقشة ملابسات الجريمة التي ارتكبها على الملأ.
- لم ينص القانون العماني على سرية جمع الاستدلالات والتحقيقات الابتدائية إلا أنه توجد نصوص متناثرة تشير إليها.
- يرجح الباحث أن يكون النطق بالحكم ضد الحدث الجانح في جلسة علنية لاتساقها مع نصوص قانون مساءلة الأحداث والنظام الأساسي للدولة.
- يرى الباحث بأن العبرة في سرية المحاكمة عند اشتراك الحدث مع بالغين بتعلقها بشخص الحدث الجانح بشكل مباشر أو غير مباشر.
- استثنى القانون العماني خمس فئات من الأشخاص الذين يحق لهم حضور جلسات المحاكمة السرية

عند تقرير التدبير المناسب^(١). فرغم أن حضور هؤلاء جاء على سبيل الاستثناء إلا أنهم يلعبون دوراً جوهرياً في تحقيق العدالة الجنائية وتوفير الحماية القانونية التي يحتاجها الحدث الجانح عند محاكمة، وبالتالي فإن ذلك يقود إلى الحفاظ على شخصية الحدث وتحقيق أقصى درجات الحماية.

ومن خلال دراسة بعض الأحكام القضائية الصادرة عن محاكم الأحداث، يلاحظ الباحث حرص محكمة الأحداث على حضور أولياء الحدث الجانح والباحث الاجتماعي والمحامي الذي يدافع عن الحدث، فضلاً عن حضور الشهود والخبراء الذين تحتاج المحكمة سماعهم إثباتاً للدعوى وتحقيقاً للعدالة^(٢)، وكل ذلك يصب في مصلحة الحدث الجانح وما يحققه ذلك من حماية جنائية تتصف بالسرية وتحقق بها العدالة.

وبالمقارنة، فإن قانون الطفل الماليزي حظر حضور أي شخص أثناء محاكمة الحدث الجانح فيما عدا ثلاث فئات هي: (١) أعضاء وضباط المحكمة. (٢) الأطفال الذين هم أطراف في القضية أمام المحكمة وأباؤهم وأولياء أمورهم والمحامون والشهود وغيرهم من الأشخاص المعنيين مباشرة بهذه القضية. (٣) أية أشخاص آخرين لهم صلة بالدعوى ممن تأذن لهم المحكمة^(٣).

الخاتمة

بعد هذا التطواف بين خمائل العلم وبساتين المعرفة، نرجع وأيدينا ملأى بثمار يانعة من المعارف المتعلقة

- (١) قصير، علي، الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري، «بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في علوم القانون، جامعة الحاج لخضر - باتنة - الجزائر، كلية الحقوق، ٢٠٠٨م»، ص ١٩٣.
- (٢) من أمثلة هذه الأحكام: الحكم القضائي رقم (١/ج/٢٠١٦م) الصادر عن محكمة جنايات الأحداث بصحار بتاريخ ٢١/٦/٢٠١٦م، والحكم القضائي رقم (٢٠٨٦/ج/٢٠١٦م) الصادر عن محكمة الأحداث الابتدائية بمسقط بتاريخ ١٢/١/٢٠١٧م، والحكم القضائي رقم (٢٢٨٨/ج/٢٠١٧م) الصادر عن محكمة الأحداث الابتدائية بالسبب بتاريخ ٦/٢/٢٠١٨م.
- (3) Malaysain Child Act 2001, Act 611, Section (12-3)

للحدث الجانح، ويصب حضورهم في تحقيق العدالة الجنائية وتوفير الحماية القانونية التي يحتاجها الحدث الجانح عند محاكمته.

- رسخت قواعد القانون الدولي مبدأ العلانية في المحاكمات العامة، وأتاحت أن تكون محاكمات الحدث في سرية، بل أجازت أن تكون جلسة النطق بالحكم في سرية إذا اقتضت مصلحة الحدث ذلك.
- يستنتج الباحث أن قواعد التشريع العماني في مجال سرية محاكمة الحدث الجانح جاءت مستوفية للمعايير الدولية المقررة في ذلك بشكل مناسب.
- جاءت الشريعة الإسلامية بقواعد مرنة تسمح بجعل محاكمة الحدث الجانح في سرية بعيداً عن الكافة مراعاة للآداب العامة وخصوصية الأفراد.

التوصيات:

على ضوء ما توصلت إليه هذه الدراسة من نتائج، فإن الباحث يقترح التوصيات التالية:

- يوصي الباحث أن ينص قضاة الأحداث في أسباب الحكم على أن جلسات المحاكمة تمت في سرية على النحو الثابت بمحاضر جلسات المحاكمة.
- يوصي الباحث بعدم النداء العلني على دعوى الحدث الجانح أثناء محاكمته، واستعاضة عن ذلك بأنظمة تحول دون الكشف عن هوية الحدث.
- يوصي الباحث بضرورة فصل محاكم الأحداث عن محاكم البالغين فصلاً تاماً في المباني والأنظمة والموظفين، وإن حال دون ذلك عقبة الأعباء المالية؛ فليس أقل من تخصيص قاعات محاكمة خاصة بالأحداث تصمم في محاكم الأحداث الملحقه بالمحاكم العادية.
- يوصي الباحث بضرورة وجود نص صريح على سرية جمع الاستدلالات والتحقيقات الابتدائية، ويقترح لتحقيق ذلك إضافة مادة في قانون

مسائلة الأحداث تحمل رقم (٧ مكرراً) يكون نصها التالي: (تكون إجراءات جمع الاستدلالات والتحقيقات الابتدائية في سرية تامة، ويجب على موظفي الضبطية القضائية وأعضاء الادعاء العام ومساعدتهم وكل ممن يتصلون بالتحقيق أو يحضرونه بسبب وظيفتهم أو مهنتهم عدم إفشائها، ومن يخالف ذلك يعاقب طبقاً لنص المادة (٢٠١) من قانون الجزاء).

- حسماً للخلاف الدائر في مدى سرية جلسة النطق بالحكم، فإن الباحث يقترح النص الصريح على ذلك في قانون مسائلة الأحداث وذلك بإضافة فقرة خاتمة للمادة (٤٠) من القانون يكون نصها التالي: (... على أن يكون النطق بالحكم في جلسة علنية).
- تعديل المادة (٣٧) من قانون مسائلة الأحداث ليكون نصها التالي: (إذا تعدد المتهمون وكان بينهم حدث لم يتم الثامنة عشرة من العمر أحيل الجميع إلى محكمة الأحداث على أن يطبق على البالغين الأحكام الجزائية العامة).

المصادر والمراجع

- الكتب:

- ابن فرحون، برهان الدين إبراهيم بن علي المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، (القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية، ط١، ١٤٠٦هـ).
- حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، (القاهرة: دار النهضة العربية، ط٢، ١٩٨٨م).
- الديبسي، مدحت، محكمة الطفل والمعاملة الجنائية للأطفال، (الإسكندرية: المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١١م).
- الدمياطي، السيد البكري بن السيد محمد شطي، إعانة الطالبين، (بيروت: دار الفكر، د.ت)، ج٤.
- سرور، أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، (القاهرة: دار النهضة العربية، ط٧، ١٩٩٦م).

للمسؤولية الجنائية للأطفال، (القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠١٥م).

وكيع، محمد بن خلف بن حيان، أخبار القضاة، تحقيق: عبدالعزيز مصطفى المراغي، (مصر: المكتبة التجارية الكبرى، ط١، ١٣٦٦/٥١٩٤٧)، ج٢.

Bueren, Geraldine Van. The International Law on the Rights of the Child, (London: Martinus Nijhoff Publishers, 1998).

Nijnatten, Carol Van. Behind Closed Door: Juvenile Hearings in the Netherlands', "Oxford University Press: International Journal of Law, Policy and the Family. "Volume 3, Issue 2, 1 October 1989

- القوانين:

قانون الإجراءات الجنائية، الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٩/٩٧) بتاريخ ١٢/١/١٩٩٩م، نشر في الجريدة الرسمية العدد (٦٦١) بتاريخ ١٢/١٥/١٩٩٩م.

قانون الإجراءات الجنائية الليبي، (بدون رقم)، منشور في عدد خاص بالجريد الرسمية بتاريخ ٢٠/٢/١٩٥٤م.

قانون الإجراءات الجنائية المصري، قانون رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠م وتعديلاته الصادر بتاريخ ٣/١٢/١٩٥٠م، منشور في الوقائع المصرية العدد (٩٠) بتاريخ ١٥/١٠/١٩٥١م.

قانون الأحداث الأردني، القانون رقم (٣٢) لسنة ٢٠١٤م الصادر بتاريخ ٢/١٠/٢٠١٤م.

قانون الأحداث البحريني، مرسوم بقانون رقم (١٧) لسنة ١٩٧٦م الصادر بتاريخ ٢٨/٣/١٩٧٦م.

قانون الأحداث الجانحين السوري، الصادر بالمرسوم رقم (١٨) لعام ١٩٧٤م بتاريخ ٧/٣/١٣٩٤ الموافق ٣٠/٣/١٩٧٤م.

قانون الأحداث الجانحين والمشردين الإماراتي،

سلامة، مأمون محمد، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، (القاهرة: دار النهضة العربية، ط١، ١٩٧١م).

سويقات، بلقاسم، الحماية الجزائية للطفل في القانون الجزائري، «رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقله - الجزائر، العام الأكاديمي ٢٠١٠/٢٠١١م.

الطرابلسي، علاء الدين بن الحسن علي بن الخليل، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، (طبعة مصطفى البابي الحلبي، ط٣، ١٩٧٣م).

عبدالعزیز، نهلة سعد، المسؤولية الجنائية للطفل، (المنصورة: دار الفكر القانوني، ط١، ٢٠١٣م).

العدوان، ثائر سعود، العدالة الجنائية للأحداث، (عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، ٢٠١٢م).

عطية، حمدي رجب، الإجراءات الجنائية بشأن الأطفال الجانحين والمعرضين للخطر في تشريعات الدول العربية، (القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠١٣م).

عوين، زينب أحمد، قضاء الأحداث، (عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، ٢٠٠٩م).

قصير، علي، الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري، «بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في علوم القانون، جامعة الحاج لخضر - باتنة - الجزائر، كلية الحقوق، ٢٠٠٨م».

الكاساني، علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (بيروت: دار الكتاب العربي، ط٢، ١٩٨٢م)، ج٧.

المحلاوي، أنيس حسيب السيد، نطاق الحماية الجنائية للأطفال، (مصر: دار الكتب القانونية، ٢٠١١م).

محمد، فاضل نصر الله عوض، دراسة في معاملة الأحداث المنحرفين وفقاً لقانون الأحداث الكويتي رقم ٣ لسنة ١٩٨٣م، «بحث منشور في مجلة الحقوق، تصدر عن كلية الحقوق بجامعة الكويت، العدد الأول، السنة الحادية عشرة، رجب ١٤٠٧/١٩٨٧م».

وإمام، هالة محمد، الجوانب الموضوعية والإجرائية

.Malaysian Child Act 2001، Act 611

- المعاهدات الدولية:

Convention on the Rights of the Child. 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

International Covenant on Civil and Political Rights. 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

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

- مجموعات المبادئ القضائية:

مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، للسنتين القضائيتين الثالثة عشرة والرابعة عشرة.

مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، للفترة من ١/١٠/٢٠٠٨م وحتى ٣٠/٦/٢٠٠٩م، السنة القضائية التاسعة.

مجموعة الأحكام الصادرة عن هيئة توحيد المبادئ والدائرة الجزائية مع المبادئ المستخلصة منها لسنة ٢٠٠٤م، مسقط ٢٠٠٦م.

قانون اتحادي رقم (٩) لسنة ١٩٧٦م الصادر بتاريخ ١٩٧٦/١١/٦م.

قانون الأحداث القطري، قانون رقم (١) لسنة ١٩٩٤م الصادر بتاريخ ١٩٩٤/١/٢٩م، منشور في الجريدة الرسمية رقم (٢) لسنة ١٩٩٤م.

قانون الجزاء العماني، الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠١٨/٧) بتاريخ ٢٠١٨/١/١١م، نشر في ملحق الجريدة الرسمية العدد (١٢٢٦) بتاريخ ٢٠١٨/١/١٤م.

قانون الطفل المصري، قانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٦م المعدل بالقانون رقم (١٢٦) لسنة ٢٠٠٨م.

قانون المسطرة الجنائية المغربي، الصادر بموجب ظهير شريف رقم ١،٠٢،٢٥٥ بتاريخ ٢٥/رجب/١٤٢٣هـ الموافق ٣/أكتوبر/٢٠٠٢م، نشر في الجريدة الرسمية عدد (٥٠٧٨) بتاريخ ٢٧/ذو القعدة/١٤٢٣هـ الموافق ٣٠/يناير/٢٠٠٣م.

قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون أو المعرضين للخطر اللبناني، قانون رقم (٤٢٢) الصادر بتاريخ ٢٠٠٢/٦/٦م، منشور في الجريدة الرسمية رقم (٢/٣٤) بتاريخ ٢٠٠٢/٦/١٣م.

قانون رعاية الأحداث العراقي، قانون رقم (٧٦) لسنة ١٩٨٣م الصادر بتاريخ ١٩٨٣/٧/٢٠م، منشور في الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٨٣/٨/١م.

قانون مساءلة الأحداث، الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٨/٣٠) بتاريخ ٢٠٠٨/٣/٩م، نشر في الجريدة الرسمية العدد (٨٥٩) بتاريخ ٢٠٠٨/٣/١٥م.

مجلة حماية الطفل التونسي، قانون رقم (٩٢) لسنة ١٩٩٥م بتاريخ ١٩٩٥/١١/٩م، منشور في الرائد الرسمي العدد (٩٠) بتاريخ ١٩٩٥/١١/١٠م.

النظام الأساسي للدولة، الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٦/١٠١) بتاريخ ١٩٩٦/١١/٦م، منشور في ملحق الجريدة الرسمية العدد (٥٨٧) بتاريخ ١٩٩٦/١١/١٦م.

- الأحكام القضائية:

محكمة جنايات الأحداث ببحار بتاريخ ٢٠١٧/٥/٩ م.

الحكم القضائي الصادر رقم (٢٠١٧/٥٣٠١/٩٣٦) الصادر
عن محكمة الأحداث الابتدائية بمسقط بتاريخ
٢٠١٧/١٠/٥ م.

الحكم القضائي الصادر في الطعن رقم (٢٠١٧/٦٣١)
الدائرة الجزائية (أ) بالمحكمة العليا، بتاريخ
٢٠١٧/١١/٧ م.

الحكم القضائي رقم (١/ج/٢٠١٦) الصادر عن محكمة
جنايات الأحداث ببحار بتاريخ ٢٠١٦/٦/٢١ م.

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

الحكم القضائي رقم (١٠/ج/٢٠١٦) الصادر عن
محكمة جنايات الأحداث ببحار بتاريخ ٢٠١٧/١١/٨ م.

الحكم القضائي رقم (١١/ج/٢٠١٦) الصادر عن
محكمة جنايات الأحداث ببحار بتاريخ ٢٠١٧/٤/١٨ م.

الحكم القضائي رقم (١٢/ج/٢٠١٧) الصادر عن
محكمة جنايات الأحداث ببحار بتاريخ ٢٠١٨/١/٢٤ م.

الحكم القضائي رقم (١٤/ج/٢٠١٦) الصادر عن
محكمة جنايات الأحداث ببحار بتاريخ ٢٠١٧/٥/٢ م.

الحكم القضائي رقم (١٥/ج/٢٠١٧) الصادر عن
محكمة جنايات الأحداث ببحار بتاريخ ٢٠١٨/١/٢٢ م.

الحكم القضائي رقم (١٥٤١/ج/٢٠١٧) الصادر
عن محكمة الأحداث الابتدائية بالسبب بتاريخ
٢٠١٧/١٠/١٠ م.

الحكم القضائي رقم (١٦٨٨/ج/٢٠١٦) الصادر عن محكمة
جنايات الأحداث المستأنفة بمسقط بتاريخ ٢٠١٧/١/٢٩ م.

الحكم القضائي رقم (٢٠٨٦/ج/٢٠١٦) الصادر
عن محكمة الأحداث الابتدائية بمسقط بتاريخ
٢٠١٧/١/١٢ م.

الحكم القضائي رقم (٢٢٠٩/ج/٢٠١٦) الصادر
عن محكمة الأحداث الابتدائية بمسقط بتاريخ
٢٠١٦/١٢/١ م.

الحكم القضائي رقم (٢٢٨٨/ج/٢٠١٧) الصادر عن
محكمة الأحداث الابتدائية بالسبب بتاريخ ٢٠١٨/٢/٦ م.

الحكم القضائي رقم (٤١/ج/٢٠١٦) الصادر عن



الحق في الصورة

إعداد

أ.د. محمد محمد واصل

قاضي محكمة الاستئناف

وعلى هذا فإن الإنسان لا يتميز بين بني جنسه فقط من خلال الحق في الاسم ، وإنما أيضاً من خلال الحق في الصورة ؛ إذ يكون لكل شخص صورة خاصة بهيئته كإنسان تختلف عن غيرها من الصور كما تختلف بصمات الأصابع. فالحق في الصورة يقتضي تحديد المفهوم والمضمون والطبيعة، ومن ثم تحديد المجال الخاص لحماية هذا الحق وهذا ما سنده في المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: مفهوم الحق في الصورة ومضمونه.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للحق في الصورة ومدى حمايتها.

المبحث الأول:

مفهوم الحق في الصورة ومضمونه

يتمتع الحق بالصورة بمفهوم خاص قد يكون بعيداً عن المألوف بأنه وجه الإنسان أو قسماته ، لذلك سنعرض لتعريف الحق في الصورة ومضمونه في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: مفهوم الحق في الصورة.

المطلب الثاني: مضمون الحق في الصورة.

المطلب الأول:

مفهوم الحق في الصورة.

نقف على مفهوم الحق في الصورة من خلال التعريفات المتداولة له سواء كان ذلك في اللغة والمصطلح أم كان في القانون ونعرض ذلك وفق الآتي:

أولاً- تعريف الحق في الصورة في اللغة والمصطلح :

تعني الصورة في اللغة الشكل، وتستعمل بمعنى النوع

سهل التقدم التكنولوجي إمكانية التطفل على حياة الآخرين، بحيث لم يعد بإمكان أحد أن يبقى بعيداً عن عدسات التصوير التي يمكنها اختراق المسافات البعيدة، والظلام بواسطة الأشعة تحت الحمراء، وحتى الجدران.

لهذا؛ يجب حماية الصورة الإنسانية ضد النشر الذي يمكن أن يسيء إليها أو يشوهها ؛ إذ يمكن أن تؤخذ الصورة لإنسان في موقف معين مع جماعة من الناس في مكان لا يتردد عليه كثيراً، أو في ملابس لا يلبسها عادة، وقد يشكل مثل هذا الفعل خطراً على سلامة الإنسان النفسية من جراء اعتداء واقع عن طريق صورة، ويتفاقم هذا الخطر مع إمكانيات النشر المدهشة بفضل حجم وسائل الإعلام التي لم يعد لها حدود، سواء تم ذلك بواسطة الصحافة أو التلفزة التي يمكن أن تظهر صورة الإنسان بوضع مزاجي لا يمكن أن يظهر به في الأحوال العادية لو علم أن صورته يمكن أن يطلع عليها هذا العدد الهائل من القراء أو المشاهدين^(١).

فكيان الشخصية الإنسانية ووجودها لا يتجلى في الجسم والروح فحسب ، بل يظهر أيضاً بالشكل الآدمي الذي يعتبر من أجمل ما خلق في الطبيعة لقوله تعالى (لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ)^(٢).

فالصورة الإنسانية امتداد طبيعي لشخصية الفرد، وهي لا تقتصر على الوجه بل تمتد إلى كامل الجسم بكافة تقاسيمه، لأن هذه التقاسيم لا ترسم الصورة الخارجية له فقط لكنها تعكس أفكاره ورغباته. فنفس الإنسان وما بداخله ينعكس على شكله وصورته^(٣). ولأنه ((ما أضر أحد شيئاً إلا ظهر ، في فلتات لسانه وصفحات وجهه))^(٤).

(1) Potvin (Louise): La personne et la protection de son image - Québec : 1991 . P : 2 - 4 .

(٢) سورة التين : الآية /٤/ .

(٣) د. حسام الدين كامل الأهواني - الحق في احترام الحياة الخاصة (الحق في الخصوصية) - دار النهضة العربية - القاهرة - ص : ٨٦ ، د. ممدوح خليل بحر حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٣ - ص : ٢٣٦ .

((٤)) الإمام علي كرم الله وجهه - نهج البلاغة - منشورات مؤسسة الأعلمي لبنان - ج /٤/ - ص : ٧ .

مع هذا يمكننا القول إن الحق في الصورة من الحقوق الاجتماعية الملزمة للإنسان، وبموجبها يتميز الشخص عن غيره من الأفراد وهذا التمايز يمنح صاحب الصورة سلطة الاستثارة والمنع، فبمقتضى الاستثارة يمكنه أن يختص بصورته لوحده، وأن يمنح الغير من أن يشاركه فيها، بأية وسيلة من الوسائل، وبمقتضى المنع له الحق أن يصد كل تصوير أو نشر لها بأية وسيلة أو شكل دون رضاه^(٦).

المطلب الثاني:

مضمون الحق في الصورة

فالتعريفات التي سبق بيانها لا تحدد مضمون الحق في الصورة تحديداً كافياً واضحاً لذلك سنستعرض فكرة التصوير والصورة والحق فيها في الشريعة الإسلامية والفقه والاجتهاد وفق الآتي:

أولاً- التصوير في الشريعة الإسلامية:

تعد الصورة البشرية من السمات الخلقية التي من الله بها على الإنسان باعتبارها من أحسن الصور التي خلق وأبهاها لقوله تعالى (خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ بِالْحَقِّ وَصَوَّرَكُمْ فَأَحْسَنَ صُورَكُمْ)^(٧).

كما جعل الله لكل إنسان صورة خاصة به يتميز بها عن بني جنسه تأكيداً على الحرمة والتكريم لقوله (يَأْتِيهَا الْإِنْسَانُ مَا غَرَّكَ بِرَبِّكَ الْكَرِيمِ)^(٨) الَّذِي خَلَقَكَ فَسَوَّاكَ فَعَدَلَكَ^(٩) فِي أَيِّ صُورَةٍ مَا شَاءَ رَكَّبَكَ^(١٠))^(٨).

هذا، وتباين المواقف في الفقه الإسلامي ما بين التحريم المطلق، والتحريم النسبي؛ إذ ذهب الشيخ عبد

(٦) جاء في قرار للمحكمة العليا في سلطنة عمان عن الدائر (أ) في الطعن رقم ٢٠١٤/٣ أنه « لا يستباح ولا يحق لأي جهة سواء كانت طبيعية أم اعتبارية أن تتخذ من الموافقة على تصوير الشخص ذريعة لنشر الصورة » - مجموعة الأحكام لعام ٢٠١٤.

(٧) سورة التغابن: الآية ٣/ .

(٨) سورة الانفطار: الآية ٨/ .

والصفة^(١)، وإن المعنى الاصطلاحي لا يختلف كثيراً عن المعنى اللغوي، لأن الصورة بالمعنى الواسع تعني الهيئة أو الشكل، ولكن ربط الحق في الصورة في الشخصية الإنسانية جعل من الصعوبة بمكان وضع تعريف جامع مانع لهذا الحق، أو تحديد مفهوم ثابت لفكرة الصورة ذاتها.

ثانياً- تعريف الحق في الصورة في الفقه القانوني:

عرّف بعض الفقهاء الصورة بأنها كل امتداد ضوئي للجسم البشري يدل دلالة واضحة على شخصية صاحبها، ويستوي في أن يكون هذا ناقلاً للصورة على حقيقتها أو يدخل عليها تحريفاً بحيث يعطيها مظهراً هزلياً^(٢).

يرى آخر أن الحق في الصورة هو الحق الذي يستطيع بموجبه الشخص صاحب الصورة أن يعترض على تصويره بإحدى الطرق الفنية، أو نشر صورته دون موافقته^(٣).

يقول ثالث إن حق الشخص في صورته يعني أنه لصاحب هذا الحق أن يمنع الغير من أن يرسمه أو يصوره مادام غير راغب في ذلك، وله الحق في أن يمنع نشر صورته في الصفحات المكتوبة أو المرئية^(٤).

كما يذهب غيرهم إلى القول إنه من الصعب وضع تعريف للحق في الصورة، لكنه يبقى حقاً مطلقاً بحيث يكون بمقتضاه لصاحب الحق في الصورة أن يمنع كل تصوير لصورته^(٥).

(١) القاموس المحيط - الفيروز بادي - ص: ٥٤٨ .

(٢) د. محمود نجيب حسني - جرائم الاعتداء على الأشخاص - دار النهضة العربية - ١٩٧٨ - ص: ٧٧ وعنه أ. أحمد جمعة شحاته - جرائم التنصت والتقاط الصور أ. أحمد جمعة شحاته - جرائم التنصت والتقاط الصور - مجلة المحاماة المصرية - العددان الأول والثاني - ١٩٩٢ - ص ٦٩ - ٨٣.

(٣) انظر : Kayser (Pierre) - Le secret de la vie privée et la jurisprudence civile . mélanges offerts à Rénésavatie - P. ٤٦٧ - ٤٦٨ .

(٤) انظر : Carbonnier : op . cit .P : ١٣٠ .

(٥) انظر : Tallon : op . cit .P : ١٠ .

العزیز بن عبد اللہ باز الرئيس العام لإدارة البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد في المملكة العربية السعودية سابقاً إلى القول بتحريم التصوير لكل ذي روح وأن ذلك من كبائر الذنوب المتوعد عليها بالنار، وأن «هذا التحريم عام ولكل أنواع التصوير سواء أكان للصورة ظل أم لم يكن، وسواء كان التصوير في حائط أم ستره وقميص أم مرآة أم قرطاس أو غير ذلك لأن النبي ﷺ لم يفرق بين ماله ظل وغيره، ولا ما جعل في ستر أم غيره بل لعن المصور وأخبر أن المصورين أشد الناس عذاباً يوم القيامة، وأن كل مصور في النار...»^(١).

بينما ذهب دائرة الإفتاء في المملكة العربية السعودية إلى القول إنه ((لا يجوز تصوير الأرواح مطلقاً، ولا الاحتفاظ بها لغرض إلا إذا كانت لتأبعية أو جواز سفر، أو نحو ذلك، فيرخص فيها تصويراً أو الإبقاء عليها للضرورة، وإنه لا يجوز النظر للمرأة الأجنبية بالنسبة للرجل والنظر للرجل بالنسبة للمرأة أثناء مشاهدة التلفزيون لأن الغالب على من يظهر في التلفزيون من النساء التبرج وكشف بعض العورات، ومن الرجال أن يكون مثال الزينة والجمال وذلك مثار فتنة وفساد غالباً))^(٢).

أما دار الإفتاء المصرية كان لها في ذلك موقفان؛ إذ يقول الأول إن ((١- تصوير ذوي الروح حرام كبرت الصورة أو صغرت، في ثوب كانت أو على بساط أو درهم أو دينار، على حائط كانت أو غيرها ٢- اقتناء الصورة الكبيرة التي تبدو للناس بدون تأمل وهي كاملة الأعضاء التي لا تعيش بدونها مكروه تحريماً إذا كانت لذي روح))^(٣)؛ أما الثاني فيقول إنه ((١- لا بأس باتخاذ الصورة التي لا ظل لها، وكذلك الصورة المرقومة في ثوب، ويلحق بها الصورة التي ترسم على الحائط أو الورق قياساً على جواز تصوير

مالأرواح له، كالنبات والأشجار ومناظر الطبيعة. ٢- يجوز التصوير الشمسي للإنسان أو الحيوان إذا كان لأغراض علمية مفيدة، تعود على المجتمع بالنفع، مع خلوها من مظاهر التعظيم))^(٤)، وتحليل ما سبق بيانه نخلص إلى الآتي:

١- المبدأ: تصوير الإنسان باعتباره ذا روح حرام، ومصدر هذه الحرمة التكريم من جهة، باعتبارها من المسائل الخلقية، الدالة على قدرة الإله ولا يجوز التعرض لهذه القدرة بالتقليد أو التحريف أو المضاهة عن طريق التصوير، وهي من جهة أخرى تحمل معنى الصنمية وعودة إلى الجاهلية، لما قد تظهره من تعظيم يشك معها بالإشراك والإلحاد.

٢- يجوز التصوير للإنسان بشكل مطلق في حالات الضرورة ومنها الصورة اللازمة لإثبات الشخصية بالهوية أو جواز السفر.

٣- يجوز التصوير لأغراض علمية تعود بالفائدة على الإنسان أو المجتمع وخاصة في مجالات الطب، والتاريخ والجغرافيا.

٤- يجوز التصوير إذ لم يكن للصورة ظل، أي إنها لا تكون مجسمة في تمثال أو نحوه.

٥- فالحق في الصورة في الشريعة والفقهاء الإسلامي لم يكن معروفاً كما هو عليه الآن باعتباره من حقوق الشخصية، وينظر إليه باعتباره حقاً من حقوق الله التي لا تجيز التعرض لصورة الإنسان تصويراً أو رسماً أو نحتاً أو غير ذلك وبذلك يكون تم وضع الأساس الذي يقوم عليه الفكر القانوني المعاصر في حماية الحق المذكور.

ثانياً- الحق في الصورة في الفقه والاجتهاد المقارن:

لترسم الصورة قسماً الإنسان الخارجية فحسب، بل يمكن أن تشبه المرأة التي تعكس ما في جوف صاحبها وما يدور في خلد من أفكار وما تعتريه من انفعالات^(٥).

- (٤) الفتوى رقم /١٠٦٦/ تاريخ ١٢/٥/١٩٦٣ - الفتاوى الإسلامية - دار الإفتاء الإسلامي - القاهرة ١٩٨١ - المجلد ٦/ - ص: ٢٤٩٦ .
(٥) د. ممدوح خليل بحر - د. عبد النبي ميكو - نظرية الحق في القانون

- (١) الشيخ عبد العزيز بن عبد الله باز - حكم التصوير - مجلة البحوث الإسلامية /١٩٨٦- العدد /١٧/ - ص: ٣٦٢ - ٣٧٤ .
(٢) الفتوى رقم /٤٩٦٢/ تاريخ ١٤٠٢/٩/٢٠ - مجلة البحوث الإسلامية - ١٩٨٨ - العدد /٢٢/ - ص: ٨٦ - ٨٩ .
(٣) الفتوى رقم /٦١٣/ تاريخ ١٩٢١/٧/٢٤ - الفتاوى الإسلامية - دار الإفتاء الإسلامي - القاهرة - ١٩٨١ المجلد ٤/ - ص: ١٢٧٩ .

تجعله أقدميته يسير جنباً إلى جنب مع الحق في احترام الحياة الخاصة، والحق في الصوت الإنساني، والحق في الشرف، والاعتبار^(١).

فالشخصية الإنسانية محمية ضد الاحتيايل وخاصة لجهة نشر صورتها، مثل كل حالات الدفاع عنها، وهذه الحماية خاصة، وإن تكن مؤمنة أحياناً عن طريق النص في قانون العقوبات، أو وفق قواعد المسؤولية التقصيرية، إلا أنها تستند بشكل خاص وأساسي إلى حقوق الشخصية، وقد تم تثبيتها في الفقه وفي العديد من القرارات القضائية^(٢).

فإذا كان صحيحاً القول بارتباط الحق في الصورة بالحق بالحياة الخاصة والحق في الشرف إلا أن هذا لا يمنع من القول بأنها محمية لذاتها، ولا يمكن لأحد، دون باعث مشروع ثابت، أن ينشر صورة أي إنسان أو يتصرف بها، وهذا الحق يتركز من حيث «مبدأ» بشكل أصيل إلى القانون الخاص الذي يؤمن هذه الحماية من أي اعتداء، وتشمل هذه الحماية كل أنواع التصوير سواء أكان فوتوغرافياً أو بواسطة الأفلام، ولا تقتصر الحماية على الغضب والاعتداء فحسب، بل تمتد إلى حالات التشويه، والتحريف، والاستغلال التعسفي لأغراض تجارية، أو إعلانية، أو سياسية^(٣).

لذا؛ نرى أن بعض فقهاء القانون يؤكدون مبدأ حرمة التصوير البشري دون رضا صاحب الصورة، أو دون باعث مشروع، ويؤكدون أقدمية الحق في الصورة واستنادها إلى قواعد الحماية المنصوص عنه في القانون الخاص، المكرسة لحماية الشخصية.

كما أن الاجتهاد القضائي قد كرس مبدأ حماية الحق في الصورة في العديد من القرارات؛ إذ ذهبت محكمة بداية السين إلى القول إن صورة كل إنسان طبعي تعد امتداداً لشخصيته، والحماية لا تقتصر على صورة الوجه، بل تمتد لتشمل الخيال إذا كان يدل على شخص صاحبه بالذات وذلك من خلال تفاصيل الجسم^(٤).

(٦) انظر: Tallon : op. cit. P. ١٠.

(٧) انظر: Goubeaux : op. cit. P. ٢٨٥.

(٨) انظر: Tercier : P. ٦٦.

(9) T. G.I. Seine: 23/6/1966. J. C. P. 1966 II No: 14875

كما أن حماية كيان الإنسان الأدبي تمتد إلى حق الشخص بالنسبة لصورته سواء تم الاعتداء عليها عن طريق المحاكاة المادية بالتصوير الفوتوغرافي أو بالرسم أم بالوصف، مشوهاً أو غير مشوه، في رواية أو مسرحية ويقع الاعتداء على امتداد لحق الشخص في الحرية ولذلك فلا يجوز نشر صورة الشخص دون موافقته^(٥).

لهذا؛ فإن الحق في الصورة يعطي صاحب الصورة إمكانيات أو سلطات قانونية ثلاثاً هي^(٦):

١. إمكانية الاعتراض على نشر الصورة تأسيساً على أن الشخص سيد صورته وما يجري عليها من استعمال.

٢. إمكانية الاعتراض على التقاط الصور لأن هذا يعد اعتداء على حرية الفرد.

٣. إمكانية الاعتراض على عرض الصورة في محيط خاص، لأن مركز صاحب الصورة يشبه مركز الدائن في الالتزام بالامتناع عن عمل.

بمعنى أن لكل شخص الحق في الصورة، وله أن يعترض على من يقوم برسم شكله أو تصويره دون الحصول على إذن صريح أو ضمني منه بذلك^(٧)، فالإنسان سيد جسمه وصورته، ويستوي أن يتم التصوير بالآلة العادية، أو السينمائية أو التلفزيونية، أو بالرسم أو الحفر أو التصوير الزيتي^(٨)، وأن من حقه المحافظة على هيئته والدفاع عنها، وصيانة صورته استناداً إلى مبدأ حق الشخص في المحافظة على ملامحه^(٩). فليكن معروفاً أن لكل إنسان حقاً مؤكداً على صورته يبيح له، دون غيره منع الآخرين من تصويره، وهذا الحق قديم

المغربي والمقارن - ج/٢ - الرباط - ١٩٧٤ - ص: ٢٣٦، ود. حسام الدين الأهواني - أصول القانون - ص: ٨٦.

(١) د. توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ص: ٤٨٢.

(٢) د. عبد الحميد الشواربي - والمستشار عز الدين الديناصور - المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء - ١٩٨٨ - ص: ١٢٨٠.

(٣) د. حسام الدين الأهواني - أصول القانون - المرجع السابق - ص: ٨٦، ود. رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص: ٥٢٢ - ٥٢٣.

(٤) د. أحمد فتحي سرور - الحق في الحياة الخاصة - المرجع السابق - ص: ٥٦.

(٥) د. عبد النبي ميكو - المرجع السابق - ص: ٦٣.

أولاً- الحق في الصورة حق ملكية:

تستدعي هذه الفرضية اعتبار الحق في الصورة ليس من حقوق الشخصية، وتذهب إلى القول بتقارب هذا الحق من الحقوق المادية، وهناك العديد من القرارات القضائية التي أخذت بهذا الاتجاه مؤكدة على استقلال هذا الحق عن حقوق الشخصية. فقد ذهبت محكمة السين في قرار لها إلى القول إن كل فرد له على صورته، وهيئته ورسمه حق ملكية لا يقبل التنازل، وهذا الحق حق مطلق مقصور على صاحبه، وبمقتضى هذا الحق فإن الشخص سيد صورته واستعمالها⁽²⁾، وبنفس المعنى قالت محكمة البداية في جراس⁽³⁾.

كما ذهبت محكمة بداية باريس إلى القول إن كل شخص له على صورته، واستعمالها حق مطلق مانع يسمح له بالمعارضة في نشرها دون إجازته⁽⁴⁾، كما أن محكمة استئناف باريس قد ذهبت أبعد من ذلك بالقول أن الشخص له على صورته واستعمالها حق ملكية مطلق إذ لا يمكن لأحد عرضها دون رضاه⁽⁵⁾.

فعلى هذا فإن بعض الاجتهاد القضائي يشير مؤكداً أن التصوير الفوتوغرافي من الغير دون إجازة صاحب الصورة ينشئ اعتداء حقيقياً على حق الملكية لأن كل شخص له حق حيازة صورته، وله وحده الحق في الانتفاع من المزايا التي تنتج عن استعمال هذه الصورة، ويرى بوتفان (Potvin) وجوب التفريق بالنسبة لحماية الحق في الصورة بين الحق في الصورة بوصفه من سمات الشخصية، إذ يدخل في هذه الحالة ضمن مفهوم حماية الحقوق المعنوية للشخصية وبالتالي يعد من حقوق الشخصية، وبين استغلال الصورة استغلالاً تجارياً حيث يدخل ضمن الحقوق المالية، وعليه فإن الحق في الصورة يهدف إلى حماية مصلحة مادية لصاحبها، فهو من طبيعة مالية في مثل هذه الحالة، لأن الاعتداء عليها يضر بمصلحة مالية محدودة، وهو

كما جاء في قرار لمحكمة بداية باريس أن لكل شخص حقاً مطلقاً على صورته واستعمالها، وهو حق مانع، بحيث يحق لصاحب الصورة المعارضة في نشرها بدون إجازته⁽¹⁾.

مع هذا فإن القرارات القضائية المثبتة للحق في الصورة قد تباينت في الأساس الذي استندت إليه فبعضها أقام الحماية على اعتباره كحق ملكية، في حين أقامها بعض آخر على أساس حماية الحياة الخاصة، وذهبت أخرى إلى اعتباره حقاً مستقلاً يستند إلى الشخصية ذاتها، وهذا ما نجده عند البحث في الطبيعة الحقوقية للحق في الصورة.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية للحق في الصورة ومدى لحماية المقررة له

تتعدد المواقف الفقهية والاجتهادية حول طبيعة حق الشخص على صورته، وأسئلة عديدة تطرح نفسها حول هذه الطبيعة لذلك سنعرض لطبيعة حق الشخص على صورته ومدى الحماية في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: طبيعة حق الشخص على صورته.

المطلب الثاني : مدى حماية الحق في الصورة.

المطلب الأول:

الطبيعة القانونية لحق الشخص على صورته

تتعدد المواقف الفقهية والاجتهادية من طبيعة الحق على الصورة الشخصية ونستطيع أن نميز بين ثلاثة مواقف وفق الآتي:

(2) Tri . civ : Seine : 10/2/1905 .D .1905 . P : 389.

(3) T . G .I . Grasse : 27/2/1971 .J .C .P .1971 . II No : 16734

(4) T . G .I .Paris : 23/6/1982 .J .C .P .IV 1983 .P : 325 .

(5) C . A .Paris : 21/6/1985 .D .S . 1986 II .P : 49 note R . L

. note R . L

(1) T . G .I . Paris : 23/6/1982 .J .C .P . 1983 IV .P : 325

كما أن محكمة بداية باريس قد ذهبت إلى القول إن الحق في الصورة هو أول العناصر التي تؤلف الحياة الخاصة^(٧).

وجاء في قرار آخر لها أن الطلبات المتعلقة بحماية الحق في الصورة تستند أحياناً إلى الحق في احترام الحياة الخاصة على اعتبار أن الحق في الصورة يتعلق بحياة الفرد الخاصة^(٨)، وجاء في قرار لها أن نشر صورة ممثل مشهور على فراش الموت غير مشروع، لأن الحق في احترام الحياة الخاصة يمتد إلى ما بعد الموت (الجثة) ولا أحد يستطيع دون موافقة عائلته الأخذ والتأليف والنشر للملامح الشخصية على سرير الموت والتي تكون من حق ورثة المتوفى^(٩).

كما أن محكمة النقض الفرنسية صدقت الحكم بالتعويض على مجلة لقيامها بنشر صورة عارية لفنانة على أساس الحق في احترام الحياة الخاصة^(١٠)، كما ذهبت في قرار آخر إلى القول بأن نشر صورة ممثلة هزلية عند خروجها من المستشفى جالسة على كرسي متحرك يدفعه زوجها دون أن يمس حياتها الخاصة^(١١). فمن هذا نرى أن بعض الأحكام القضائية تخلط بين الحق في احترام الحياة الخاصة، والحق في الصورة؛ إذ تعتمد في الحكم من أجل حماية الحق في الصورة أن يشمل التصوير أو نشر الصورة اعتداء على الحياة الخاصة.

ثالثاً- الحق في الصورة تصنيف مستقل:

فعلى الرغم من المواقف والآراء المعروضة التي تتعلق بالحق في الصورة فإن من الثابت أن الحق في الصورة ينطوي تحت أحكام المادة (٤٦) من قانون المعاملات

بذلك يستطيع التنازل عن هذا الحق لأنه مالي صرف، وهو يقابل فكرة الامتياز ككل القيم المالية، كما أنه ينتقل إلى الورثة بالوفاة^(١٢).

كما يرى غيره بأن الكائن البشري هو المالك لصورته ولا تخرج إلا بإذن إذا كان في ذلك ضرر^(١٣).

كما أن محكمة بداية السين قد ذهبت إلى القول إن كل شخص مالك لرسمه وأن استعمال صورة شخص كعلامة صناعية، أو للدعاية، أو على معروضات للبيع دون إجازة الشخص صاحب القسمات (الملامح) المصورة يشكل اعتداء على هذه الملكية^(١٤).

ولم تشر بعض المحاكم صراحة إلى أن حق الشخص على صورته حق ملكية إلا أن هذا يستنتج من القواعد المطبقة على الدعاوى التي تقام بهذا الشأن، إذ ذهبت محكمة بداية باريس إلى القول إن نشر الصورة دون إجازة صاحبها يعتبر خطأ ينطوي تحت أحكام قواعد المسؤولية التقصيرية يوجب التعويض^(١٥).

ثانياً- الحق في الصورة يتشابه مع الحق في الحياة الخاصة :

يعد الحق في الصورة من حقوق الشخصية، وهو في ذلك يعتبر من حيث المبدأ من طبيعة غير مالية إلا أنه يختلط مع الحق في احترام الحياة الخاصة، ويتشابه معه ولا ينشأ في صورة مختلفة عنه^(١٦)، وبالتالي، يصعب التمييز بينهما، ولكن هذا ليس دائماً وفي جميع الحالات إذ ذهب الاجتهاد القضائي في العديد من القرارات المتعلقة بالتعويض عن الضرر من جراء نشر صور في مجلة أو كتاب إلى الاشتراط من أجل الحماية ضد التصوير أن يتضمن النشر اعتداء على الحياة الخصوصية^(١٧).

C. A. Paris : 11/2/1987 . Gaz. Pal : 1987 . P : 138 .

T. G. I. Lyon : 17/12/1980 . D. 1981 P : 202 . note. R. L. .

(7) T. G. I. Paris : 11/6/1973 . J. C. P. 1974 II. No : 17600 note . R. L. .

(8) T. G. I. Paris : 2/6/1976 . D. 1977 . D : 364 . note. R. L. .

(9) T. G. I. Paris : 11/1/1977 . D. 1977 . P : 83 . note. R. L. .

(10) Cas. civ : 17/3/1977 . D. 1977 . P : 316

(11) Cas. civ : 10/6/1987 . Bull. 1987 . No : 191 . P : 141

(١) راجع : Potvin . P : ٤٥ - ٤٦ .

(٢) د. عبد النبي ميكو - نظرية الحق في القانون المغربي والمقارن - ج/٢ - الرباط - ١٩٧٤ - ص : ٦٣ .

(3) T. G. I. Seine : 9/10/1963 . Gaz. Pal. 1964 . P : 73 .

(4) T. G. I. Paris : 27/2/1974 . D. 1974 . P : 530 . note. R. L. .

(5) C. A. Nîmes : 7/1/1988 . J. C. P. II . 1988 . No : 21059 .

(6) C. A. Paris : 5/3/1969 . J. c. P. II. 1969 . No : 15894 .

فيرى بعض رجال الفقه أن الحق في الصورة يستهدف حماية الحياة الخاصة دائماً، ليس فقط إذا تعلقت الصورة بهذه الحياة وإنما أيضاً في الحالة التي ترسم الصورة ملامح الشخص لأن هذه الملامح هي التي تكشف عن شخصية المرء^(٧)، ويذهب آخر للقول أن الحق في الصور هو حق متميز ومستقل عن الحق في احترام الحياة الخاصة على أساس أن نشر الصورة يكون محلاً للمساءلة ولو لم تكن هذه الصورة متعلقة بحياة الشخص الخاصة^(٨).

كما يقول غيره أن التمييز كامل بين حق الشخص على صورته وفي حق احترام الحياة الخاصة، والتماثل الإجمالي أو التشابه بين الحقيين لا يعني أن أحدهما هو الآخر بشكل كامل؛ فحق الشخص على صورته يبدو وكأنه يقدم طبيعة غامضة، حيث يمكن أن يحمل توصيفاً ثنائياً وتكون النتيجة ثنائية الغاية بالنسبة للمصالح التي تحميها، وذلك بحماية صاحب الحق ضد النشر بجانب من حياته الشخصية والعائلية، وحماية صاحب الحق ضد التشويه واستغلال شخصيته وخاصة شخصيته الاجتماعية ومع هذا فهو حق يتميز عن الحق في احترام الحياة الخاصة^(٩).

ويذهب غيرهم إلى القول إن الحق في احترام الصورة ينطوي على طبيعة مزدوجة، فإذا كان هذا الحق يرمي إلى حماية صاحب الصورة ضد تشويه شخصيته فإنه يكون مستقلاً عن الحياة الخاصة، وإذا كان ينطوي على الكشف عن بعض جوانب حياة الشخص الخاصة بواسطة الصورة، ذلك الجانب الذي لا يهتم الجمهور أن يعرفه، وضد إرادة صاحب الصورة فإنه يكون مرتبطاً بالحياة الخاصة^(١٠)، وعلى ما تقدم يمكننا وضع المبادئ الآتية:

١. يقوم الحق في الصورة أصلاً بالاستناد إلى حقوق

note R. L. et 19/3/1984. Gaz. Pal. 1985. P. 6.

(7) Kayser: P. 466.

(8) Nerson: Droits de la personnalité. Rev. trim. : انظر : droit civil. sirey P. 1988. 112 - 114.

(9) Ravans: La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image. thèse de l'université

d'Aix - Marseille III - Paris : 1978. P. 432 - 433

(10) راجع : د. ممدوح خليل بحر . المرجع السابق : ص : 239.

المدنية والتي تنص على أن « لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف الاعتداء، وله التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » والثابت أيضاً في مواقف فقهية واجتهادية كثيرة أن الحق في الصورة يعد من الحقوق الشخصية وينشأ من امتداد كل شخصية، وهذا الحق مكرس كمبدأ قديم حقاً متميزاً مثل الحق في احترام الحياة الخاصة، وإن كانا يظهران في الحياة العملية كأخوين توأم^(١).

كما أن هذا المبدأ ظهر في حكمين قضائيين صادرين عن محكمة بداية السين إذ أقر أن الحياة الخاصة تنتمي إلى الذمة المعنوية لكل شخص طبيعي وتقوم مثل الصورة كامتداد للشخصية^(٢)، وإن مبدأ استقلال الحق في الصورة عن الحق في الحياة الخاصة قد ظهر في العديد من القرارات القضائية، حيث ذهبت محكمة البداية في باريس إلى القول إن كل شخص يملك الحق في احترام صورته المتعلقة بشخصيته، ويمكنه المعارضة في استعمال هذه الصورة^(٣)، وقالت في قرار آخر، إن كل شخص له الحق في احترام حياته الخاصة، والحق في صورته^(٤)، وجاء في قرار آخر أن الحق في الصورة سابق

في وجوده على الحق في احترام الحياة الخاصة وبشكل مستقل عنها^(٥).

ومع ذلك فإن الواقع العملي يظهر أن الحق في الصورة ليس قائماً بذاته مستقلاً استقلالاً تاماً عن الحق في احترام الحياة الخاصة وقد أكدت العديد من القرارات القضائية أن الحق في الصورة يظهر مكملًا للحق في احترام الحياة الخاصة^(٦).

(1) Lindon. P. 119 - 123. انظر

(2) T. G. I. Seine: 23.25 / 6 / 1966. J. C. P. II. 1966. No: 14875

(3) T. G. I. Paris: 12/12/1984. D. S. II 1985. P. 323. note R. L.

(4) T. G. I. Paris: 23/3/1984. J. C. P. II 1985. No: 20326. note R. L.

(5) T. G. I. Paris: 7/11/1968. J. C. P. II 1969. No: 15931 note. R. L.

(6) C. A. Paris: 15/5/1970 D. 1970 P. 466 9/7/1980 D. 1981. P. 72 note. R. L. 25/10/1982. D. 1983. P. 363

أو نقلها في مكان خاص، أو في مكان عام؛ حيث جعل الحماية مطلقة في الحالة الأولى، في حين افترض رضا الشخص صاحب الصورة رضاً ضمناً في الحالة الثانية، والمقصود بالتقاط الصورة وأخذها، وتثبيتها على مادة حساسة (نيجاتيف) والنقل يفيد في اللغة التحويل من موضع إلى موضع آخر، ويعني نقل صورة الشخص تحويلها أو إرسالها من مكان وجودها إلى مكان آخر سواء كان عاماً أو خاصاً، بحيث يتمكن الغير من مشاهدة قسّمات شكله، وما يأتيه من حركات وأفعال، ويفيد النقل بذاته التقاط الصورة ونقلها بشكل متزامن^(٢).

وتجدر الإشارة إلى أن الالتقاط والنقل يمكن أن يتم بعدة طرق، فيمكن أن يكون عن طريق التصوير الفوتوغرافي، أو بواسطة الكاميرا، أو جهاز للتصوير التلفزيوني، أو السينمائي، ويمكن أن يتم نشر الصورة أيضاً بعدة طرق سواء أكان ذلك بواسطة جهاز بث أو بالعرض في واجهة، أو في المعارض، أو بالنشر في جريدة أو بوضعها على غلاف كتاب أو في متنه، أو في كاتالوك، أو في برنامج مشاهدي، أو فيلم، أو على ورق اللعب^(٣)، وعادة يتم بواسطة فيلم عن طريق التصوير الفوتوغرافي^(٤)، ونادراً ما يكون بالرسم أو بالدهان^(٥).

كما يمكن أن تندرج حماية الحق في الصور، تحت مفهوم حماية الحياة الخاصة مباشرة، وذلك إذا ماتم أخذ الصورة في مكان خاص مثل أخذ صورة للممثلة الفرنسية المعروفة بريجيت باردو وهي تحمل طفلها نيكولا بين ذراعيها في حديقة منزلها دون موافقتها^(٦). بمعنى أن يكون للمعتدى عليه نوعان من الحماية بالنسبة للحق في الصورة، حيث يستند أحدهما مباشرة إلى الحق في

(٢) راجع: Tallon.P: ١١.

(3) T. G.I.Paris: 21/3/1984. J. C. P. 1985. II No: 20326 . note. R. L.

(4) T. G.I.Paris: 24/2/1975. D. 1975. P: 438. note. R. L. cas. civ. 6/1/1971. J. C. P. II. 1971. No: 16723. note. R. L

(5) T. G.I. Nonterre: 18/10/1978. J. C. P. II. 1979. No: 19116.

(6) T. G.I.Paris: 27/2/1970. J. C. P. II. 1970. No: 16293 note R. L

الشخصية، وهو من الحقوق ذات الطبيعة غير المالية الملزمة لشخصية الإنسان، لذلك فهو من حيث المبدأ حق مطلق وغير قابل للانتقال للغير، إلا أنه واستثناء من المبدأ قد يكون له قيمة مالية ويعتبر من الحقوق المالية إذا تم استغلال الصورة كعلامة صناعية أو تجارية، أو في الدعاية والإعلان، حيث يأخذ طبيعة مزدوجة.

٢. قد يتماثل ويتشابه الحق في الصورة مع الحق في احترام الحياة، عندما يهدف نشر الصورة إلى إفشاء بعض المظاهر الخاصة بالفرد التي لا يرغب أن يطلع الغير عليها.

٣. إن الحق في الصورة من الحقوق الاجتماعية التي تتميز بها الشخصية، وهو حق مستقل بالأصل عن الحق في احترام الحياة الخاصة للفرد لأنه الأسبق في الظهور على صعيد التطبيق العملي من خلال الاجتهاد القضائي، والحماية القضائية مكرسة له بذاته، ولو لم يؤدّ الاعتداء على الحق في الصورة إلى الاعتداء على الحق في الحياة الخاصة.

ثانياً- مدى حماية الحق في الصورة:

إنها بإيجاد نصوص لحماية الحق في الصورة منها الشرع المصري إذ نصت المادة ٣٠٩ عقوبات مكرر وفق التعديل الجاري بالقانون ٣٧/ لعام ١٩٧٢ على أن»

أ. يعاقب بالحبس مدة لتزيد على السنة كل من اعتدى على حرمة الحياة الخاصة للمواطن وذلك بأن ارتكب أحد الأفعال الآتية في غير الأحوال المصرح بها قانوناً أو بغير رضا المجني عليه.

ب. التقط أو نقل بجهاز من الأجهزة أيّاً كان نوعه صورة شخص في مكان خاص.. فإذا صدرت الأفعال المشار إليها.. أثناء اجتماع على مسمع أو مرأى من الحاضرين من ذلك الاجتماع فإن رضاه هؤلاء يكون مفترضاً...»^(١).

فالمشرع المصري فرّق في حماية الصورة بين أخذ الصورة

(١) د. محمود نجيب حسني - جرائم الاعتداء على الأشخاص - المرجع السابق - ص: ٧٦، وعنه أحمد جمعة شحاته - جرائم التصنت - والتقاط الصور - المرجع السابق: ٧٦.

تروبيز^(٦) . في حين ذهبت محكمة استئناف باريس إلى اعتبار أن نشر حالة تعري سيدة دون موافقتها اعتداء على حياتها الخاصة، لأنه لكل شخص حق حيازة على صورته^(٧) .

فمن جهة ثانية نجد أن بعض الاجتهاد اعتبر بعض الأماكن أماكن خاصة، يعد التصوير فيها اعتداءً على الحياة الخاصة منها على سبيل المثال:

١. قيام مصور بالتقاط صور لسيدة تأخذ حماماً شمسياً على سطح مركب واسع يعود لزوجها في وسط البحر يعتبر اعتداءً على الحياة الخاصة، لأن المكان مكان خاص^(٨) .

٢. تصوير فنان مشهدي على سرير الموت في مشفى دون موافقة أرملته وأطفاله يعتبر اعتداءً على الحياة الخاصة لأن المكان مكان خاص^(٩) .

فإذا كان التصوير في مكان خاص ممنوع لاعتباره اعتداءً على الحياة الخاصة ، فإن المبدأ يقول إن التصوير في مكان عام ليس ممنوعاً ، إلا أن هذا لا يعني اعتبار نشر صورة أخذت في مكان عام مباحاً؛ إذ إن هذا يتوقف على الباعث الذي استند إليه النشر ، فيسمح بالنشر إذا كان الباعث عليه مصلحة عامة ، خاصة إذا كانت الشخصية تلعب دوراً مهماً في التاريخ المعاصر وذلك من أجل تطوير المجتمع ، أو إذا كان ذلك بهدف نشر التوعية والثقافة العامة ، أو كان بقصد البحث عن الجناة من قبل البوليس^(١٠) .

الصورة، ويستند الآخر حماية الحياة الخاصة، حيث نجد في بعض حالات الاعتداء على الحياة الخاصة أن الدعوى تستند إلى الحق في الصورة فقط^(١١) .

لهذا يتوجب ابتداءً تحديد ما هو المكان الذي يعد عاماً ، والتفريق بينه وبين المكان الذي يعتبر خاصاً ، لمعرفة ما إذا كان التصوير يشكل اعتداءً على الحياة الخاصة أم لا ، وفي الواقع لا توجد قاعدة عامة ، ولكن يمكن القول إن المكان يعتبر خاصاً إذا اعتبر الشخص نفسه فيه بمنأى عن نظرات الآخرين ، وهذه مسألة موضوعية يجب أن نقيم فيها كل حالة بذاتها ودون النظر إلى غيرها، وهي مرهونة بالظروف غالباً ، وقد ذهب الاجتهاد القضائي إلى اعتبار بعض الأماكن عامة وفق الآتي:

١. المقعد العام^(١٢) : سواء كان في الطرقات أو في الحدائق ، وبالتالي لا يعد أخذ صورة شخص يجلس على مقعد في طريق عام أو حديقة عامة اعتداءً على الحق في الصورة من حيث المبدأ.

٢. شاطئ البحر (البلاج)^(١٣) : وعليه فإن التقاط صورة شخص على شاطئ (بلاج) عام ليس اعتداءً على الحق في الصورة.

٣. الاحتفال الشعائري بطقوس دينية: لأن هذه يمكن بلوغها بسهولة باعتبارها مشهداً عاماً لا يدخل ضمن الحياة الخاصة أو الروابط الخاصة^(١٤) .

٤. عمليات حرب عامة^(١٥) : حيث يمكن للجميع أن يلتقطوا صوراً مباحة للجمهور.

٥. نشر صورة صدر سيدة عار: تم التقاطها وهي تتناول طعام العشاء مع أصدقائها حول مائدة منتصبة في محلة الأوشحة الحمراء قرب سان

(6) C. A. Paris: 14/5/1975. D. 1976 P: 291.

(7) C. A. Paris: 5/6/1979. J. C. P. II 1980. No: 19343. note. R. L.

(8) T. G. I. Paris: 11/1/1977. D. 1977 P: 83. note. R. L.

(9) انظر: Goubeaux. P. ٢٩٨. et Tercie. P. ٦٦.

(10) C. A. Paris: 26/2/1963. J. C. P. II 1965. No: 14305.

(١٠) وقد جاء في قرار للمحكمة العليا في سلطنة عُمان أن « النشر في الصحف فيما يتعلق بالتحقيقات أو المحاكمات والأحكام ليس ممنوعاً إلا إذا منعت السلطات المختصة ذلك النشر إذ كان فيه مخالفة للنظام العام وهنالك إباحة لنشر الصور لزيادة الوعي للمواطنين لمعرفة أحوال المجتمع والجرائم التي تحدث فيه لتعاشيها وتجنبها» - الدائرة المدنية (أ) - في الطعن رقم ٢٠١٦/١٥٤ - جلسة ٢٠١٦/٥/١٦ - مجموعة الأحكام - المكتب الفني.

(1) T. G. I. Grasse: 27/2/1971. J. C. P. II 1971. No: 16734. note. R. L.

(2) C. A. Paris: 18/3/1971. D. 1971. P: 447

(3) C. A. Paris: 2/12/1976. D. 1978. P: 373.

(4) T. G. I. Paris: 7/6/1976. J. C. P. II 1978. No: 18840.

(5) T. G. I. Paris: 18/3/1971. J. C. P. II. 1971. No: 16875.

أجل دعاية انتخابية دون إجازتهم يعد دائماً اعتداء على الحق في الصورة^(٩).

أما بالنسبة للشخصيات العامة (رجال سياسة، فنانون، ممثلون) فإن الوضع يختلف بالنسبة إليهم إذ إن الحصول على إجازتهم بنشر صورهم ليس ضرورياً وفقاً لمجرى الأمور العادية، ولكن يجب أن يكون النشر متعلقاً بالحياة العامة أو النشاطات المهنية^(١٠).

مع ذلك فإنه من حق هؤلاء الأشخاص المعارضة بأخذ صور لهم ولو أنهم وجدوا في مكان عام ولكن بصفة تبدو خاصة^(١١)، وهذا ما أكدته محكمة النقض البلجيكية بالقول إن الملك مثل جميع الأشخاص له الحق في احترام حياته الخاصة، ويستطيع أن يعارض كل نشر لصورته عندما لا يكون في حالة ممارسة حياته العامة^(١٢).

الثاني - الحماية لغاية مالية :

يصح القول إن الحق في الصورة مرتبط بوضوح مع حقوق الشخصية لأن الصورة انعكاس للشخص نفسه، وتوجد اليوم بعض المظاهر المالية للحق في الصورة فالممثلون والرجال المشهورون يستغلون هذه المزايا المتعلقة بهم، والقيم المهنية لصورهم، وخاصة إذا ما ادعوا استغلالها تجارياً أو للدعاية دون موافقتهم ودون أجر، حيث القيمة البيعية للصورة مهمة.

لذا؛ كانت الحماية الشخصية للحق في الصورة سبباً للعديد من الدعاوى إذ يتقارب مفهوم حماية الاسم التجاري والعلامة التجارية من حماية الصورة حماية تجارية^(١٣).

لهذا، فإن نشر صورة شخص لغاية إعلامية يجب أن يتم بإجازة مسبقة من صاحب الصورة، وأن يتلاءم الإعلان ويتفق مع تلك الإجازة^(١٤)، ويعد التصوير الصحفي الذي

وعلى هذا فإن المبدأ يقضي بأن التقاط صورة لشخص يعرض نفسه لنظر الجميع لا يوجب بالضرورة الحصول على الإذن المسبق^(١٥)، وأن تصوير شخص في مكان عام لا يشكل اعتداءً على الحق في الصورة^(١٦).

لكن هذا المبدأ لا يعني أن الشخص ليس له الحق بالمعارضة في تصويره إذ إن هذا الحق ممكن دائماً في كل الحالات تحت ما يسمى بحق منع التصوير^(١٧)، وإذا كان الحق بمنع التصوير ابتداءً لا يقع تحت الحماية إلا أن نشر صورة أخذت دون معارضة أو مع الإجازة يقع تحت الحماية، وهذا يستدعي التفريق بين نوعين من المراكز الحماية، كما يجب البحث في تأثير الإجازة أو الرضا في مدى الحماية، ونعرض كل ذلك وفق التالي.

الأول - الحماية لغاية غير مالية :

يستطيع الأشخاص العاديون منع نشر صورهم، ولهم حق طلب محو الصورة، أو التعويض عن الخسارة، لأن صورهم أخذت دون علمهم أو بإجازتهم، ولكن ليس للنشر^(١٨)، ولم يكن الاجتهاد القضائي واضحاً حيال ذلك، فقد ترك البت في الأمر على ضوء كل واقعة على حدة، فهو يتطلب في بعض الأحيان أن يرافق النشر اعتداء على الحياة الخاصة لصاحب الصورة وعلى هذا فإن أخذ صورة لأحد الأشخاص على البار لاستخدامها من أجل إعداد تحقيق صحفي (ريبورتاج) ضد الكحول لا يعد اعتداءً على الحق في الصورة^(١٩)، وكذلك نشر صورة مواطن شريف أقدم على ارتكاب خطأ مثل أكثر المجرمين خطراً^(٢٠)، ونشر صورة كاتب بالعدل من أجل توضيح تحقيق حول فضائح ارتكبها بعض الكتاب بالعدل^(٢١)، وأخذ صورة طبيب في مؤتمر وجعلها شعاراً إعلامياً^(٢٢). في حين استعمال صور أشخاص عاديين من

(1) Cas. crim. 2/2/1955. D. 1955. P. 2751

(2) Tri. civ. Yvetot. 2/3/1932. Gaz. Pal. 1932. P. 855 .

(3) Cas. civ. 11/2/1970. D. 1971. P. 409 .

(4) Tri. civ. Yvetot. 2/3/1932. Pricité

(5) C. A. Paris. 27/4/1971. J. C. P. II. 1971. No. 16804

(6) T. G. I. Paris. 27/2/1974. D. 1974. P. 350. note. R. L

(7) T. G. I. Paris. 22/1/1975. J. C. P. 1976. II No. 14810. note. R. L.

(8) T. G. I. Paris. 11/7/1973. J. C. P. 1974 II No. 17600

. note. R. L. . C. A. Toulouse. 26/2/1974. J. C. P.

1975 II No. 17/9/3 note. R. L.

(9) T. G. I. Paris. 3/7/1974. J. C. P. 1974. II No. 17873. note. R. L.

(10) T. G. I. Paris. 2/6/1976. D. 1977. P. 364. note R. L.

(11) T. G. I. Paris. 2/6/1976. D. 1977. P. 364. note R. L

(12) Cas. civ. . 13/4/1988. Bull. 1988. No. 98. P. 67

(13) C. A. Paris. 13.2.1971. J. C. P. 1971. II. No. 16774. note. R. L.

(14) Cas. civ. 20/6/1966. J. C. P. 1966. II. No. 14890

يستند إلى مرافقة إعلامية لصورة موديل باستعمال فستان ، ذي قيمة مالية ، وكذلك الأمر بالنسبة لصورة أخذت للنشر في مشهد معين واستعمالها لإعلان يتعلق بالثياب أي لغير الغاية التي أخذت من أجلها ^(١) .

الثالث - الإجازة والرضائية :

يلتقي الحق في الصورة مع حقوق الشخصية الأخرى التي يكون فيها لإرادة صاحب الصورة دوراً مميزاً ، إذ يمكن له أن يعطي الإجازة بالتصوير بموجب اتفاق خاص عندما يتعلق الأمر باستغلال الصورة لغاية مالية ، ولا تعني الإجازة بالتصوير بالضرورة إجازة بالنشر ، ومن الصعب الوقوف على صيغ جميع العقود المتعلقة بالتصوير المهني لشخصية معروفة ، ويمكن أن ترد الإجازة في عقد مركب ، خاصة في مجال العمل الفني ، حيث يقوم إلى جانب الحق في الصورة ، الحق المعنوي للفنان ، وبالتالي ، لا يجوز نشر لوحة مصنوعة كموديل إلا بموافقة صاحب الصورة وموافقة الفنان الذي رسمها ^(٢) .

وهذا ، ينطبق على كل من النحات والرسام والدهان ، ويمكن أن تكون الإجازة بالتصوير بالنسبة للأفراد العاديين صريحة أو ضمنية ، إذا تم التقاط الصورة في مكان خاص ، أما إذا تم التقاطها في مكان عام ، أو كانت متعلقة بالمشاهير من سياسيين وفنانين وممثلين فهي تعتبر مفترضة ، ولكن ومع ذلك يمكن الاعتراض على أخذ الصورة حتى لو تمت في مكان عام أو كانت للرجال المذكورين ، وإذا ماتم التقاطها بالرغم من الاعتراض فإن هذا يقع تحت نطاق الحماية لأن الصورة أخذت خلافاً لإرادة صاحبها وعلى الرغم من معارضته ، ومع هذا ، فإن الإجازة والرضائية المفترضة بتصوير الشخص لا تعني أنها إجازة وموافقة على نشر الصورة ، وعليه فإن نشر الصورة دون إرادة صاحبها يمكن أن ينطوي على اعتداء على الحق في الصورة ، إما لأنها تشوه شخصيته ، أو لأنها تعدي على حياته الخاصة ، أو لأنه تم استغلالها إعلامياً في الدعاية لأغراض تجارية .

كما أن الإجازة الممنوحة سابقاً بالتصوير أو التسامح

السابق بالتصوير لا يمكن أن يمتد إلى المستقبل ^(٣) ، وقد أكد الاجتهاد القضائي أن الإجازة الممنوحة من أجل نشر صورة في مجلة محددة لغاية إعلامية معينة لا يعني إعطاء مجلة أخرى الحق نفسه ^(٤) ، وإن إعطاء إجازة بأخذ صورة لا يعني بالضرورة رضاً بنشرها ^(٥) ، وأن الموافقة في العقد بأخذ صورة في إحدى علب الليل من أجل إشهار مادة تتعلق بتنظيم حفل ليلي ، لا يعني أنها موافقة على نشرها مع تعليق مكرس للسحاق واللواط ^(٦) .

وأن الإجازة الممنوحة لنشر صورة على غلاف مجلة معينة ، لا يعطي الحق لهذه المجلة بصنع كليشات لتلك الصورة من أجل استعمالها للدعاية التجارية ^(٧) .

لذا ، تجدر الإشارة إلى أن الحق في الصورة مثل باقي حقوق الشخصية يمكن أن ينتقل بسبب الوفاة ، وبالتالي فإن الحق في الإجازة أو المعارضة بنشر صورة المتوفى إنما تكون لعائلته ، وليس بالضرورة أن يكون هذا متعلقاً بالورثة ^(٨) .

كما أن هذا الحق يعتبر من المسائل المتعلقة بالنفس ويدخل ضمن أحكام الولاية عليها ، وبالتالي فإن القاصرين لا يستطيعون أن يبرموا اتفاقات تتعلق بحقوق الشخصية ، ومنها الحق في التصوير دون موافقة القائمين عليهم ، إذ تكون موافقة هؤلاء ضرورية لصحة الاتفاقات المذكورة ^(٩) .

يمكن أن نقول أخيراً إن حماية الحق في الصورة قد كرس في القانون والاجتهاد القضائي سواء بالاستناد إلى حقوق الشخصية مباشرة ، وسواء عدّها حقاً مستقلاً بذاته أو مرتبطاً بالحق في احترام الحياة الخاصة ، أو بالاستناد إلى قواعد المسؤولية التقصيرية وذلك على

(3) C. A. Paris : 14/5/1975 . D. 1976 . P : 297 . note . R. L.

(4) C. A. Paris : 27/1/1978 . Gaz. Pal : 1978 . P : 471 .

(5) C. A. Paris : 21/11/1937 . D. S. 1938 . P : 93 .

(6) T. G. I. Grasse : 27/2/1971 . J. C. P. 1971 . II No : 16734 . note . R. L.

(7) C. A. Paris : 11/10/1981 . D. 1982 . P : 180 . note . R. L.

(8) Tri. civ. seine : 4/2/1956 . Gaz. Pal : 1956 . P : 284 .

(9) C. A. Paris : 13/3/1965 . J. C. P. 1965 . II . No : 14223 .

وأيضاً : Cas . civ . : 12/7/1966 D. 1967 . P : 181 .

Cas . civ . : 17/3/1990 Bull : 1990 . No : 72 . P : 52 .

(1) C. A. Aix : 19/12/1968 . D. 1969 P : 265

(2) Cas. Crim : 15/1/1964 . D. 1965 . P : 318 .

٤. د. عبد الحميد الشواربي - والمستشار عز الدين الديناصورى - المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء - القاهرة - ١٩٨٨ .

٥. د. عبد النبي ميكو - نظرية الحق في القانون المغربي والمقارن - ج٢/ - الرباط - ١٩٧٤

٦. د. ممدوح خليل بحر - حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٣ .

٧. د. محمود نقيب حسني - جرائم الاعتداء على الأشخاص - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٧٨ .

ثانياً - الأعلام باللغة الفرنسية:

1. Carbonnier (Jean) - Droit civil Tom - I - Introduction (les personnes) - Paris : 1988.

2. Goubeaux (Gilles) - Traité de droit civil (les personnes) - Paris : 1989 .

3. Tercier (Pierre) - Le nouveau droit de la personnalité schultesse - Züriche : 1984 .

4. Kayser (Pierre) - Le secret de la vie privée et la jurisprudence civile . mélanges offerts à Rénésavatie - Dalloz - Paris .1985 .

5. Potvin (Louise): La personne et la protection de son

6. image - Québec : 1991 .

7. Lindon (Raymond) - Dictionnaire juridique (les droits de la personnalité) - Dalloz - Paris : 1983 .

8. 6-Tallon (Denis) - Personnalité (Droits de la) - Dalloz - répertoire de droit civil .Tom .IV . e3 éd . 1992.

أساس استغلال شخصية الفرد من خلال الصورة لغاية تجارية أو دعائية ، أو على أساس أن التصوير والنشر يهدفان إلى تشويه شخصية الفرد ، أو على أساس أنه يؤثر على حياته الخاصة^(١) ، لأن شكل الإنسان سمة مميزة لفرديته ، وبصمة خاصة لذاته ، وعليه لا يجوز تشويه هذا الشكل المتناسق البديع ، عن طريق التصوير بإظهاره بمظهر يسيء إليه في نظر الجمهور ، ولا تنشر الصورة دون إجازة الشخص المعني ، مالم يتعلق الأمر بمصلحة مشروعة تقتضيها قواعد العدالة ، أو حماية أمن المجتمع وسلامته ، أو تسهيل القبض على المجرمين ، أو تنبيه الناس لخطرهم ، وأي انتهاك لأية ضمانة من ضمانات الحماية المقررة للحق في الصورة تؤدي إلى قيام المسؤولية على من التقطها ؛ فالمصور والصحفي الذي يعلق عليها ، ورئيس تحرير الجريدة أو المجلة النشرة مسؤولون بالتضامن عن إصلاح الضرر الواقع^(٢) .

وهكذا ؛ نجد أن الحق في الصورة بصمة إنسانية مميزة للفرد عن أقرانه في مجتمعه ، وهو حق قائم بذاته مستقل عن غيره من حقوق الشخصية ، وبالتالي ، يعتبر أي تحريف أو تشويه أو استغلال لصورة الإنسان يشكل تعدياً ، يعطي صاحب الصورة الحق بسلوك كل طرق ووسائل الحماية القانونية من أجل منع الاعتداء أو وقفه ، أو المطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق به .

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

لائحة المراجع

أولاً - الأعلام باللغة العربية :

١. د. أحمد فتحي سرور - الحق في الحياة الخاصة - مجلة القانون والاقتصاد - جامعة القاهرة - العدد ٥٤/ - ص : ٢٥-٩٥ .

٢. أ. أحمد جمعة شحاتة - جرائم التنصت والتقاط الصور - مجلة المحاماة المصرية - العددان الأول والثاني - ١٩٩٢ - ص : ٦٩-٨٣ .

٣. د. حسام الدين كامل الأهواني - الحق في احترام الحياة الخاصة (الحق في الخصوصية) - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٧٨ .

(١) Potvine P : 54

(٢) د. عبد الرحمن الشواربي والمستشار عز الدين الديناصورى - المرجع السابق - ص : ١٢٨٥ - ١٢٨٦ .

N ; note ..

P: Page

RDS: revue droit suisse.

Rev. Trim. dr. civ : Revue trimestrielle de droit civil.

R.L; Rayimond Lindon.

T: tome .

Tri - civ: Tribunal civil.

: Tribunal de grande instance. T. G. I

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

ثالثاً- المجلات والدوريات:

١. العربية

- مجلة البحوث والدراسات الاسلامية - المملكة العربية السعودية.

- الفتاوى - جمهورية مصر العربية .

٢. الفرنسية:

Les rveues :

1. La Gazette du Palais .
2. Bulletin des arrêts de la cour de cassation - (Journal officiel de la république Française)
3. La semaine Juridique .
4. Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse .(Recueil officiel) - Lausanne .

٣. المختصرات:

ATF : Recueil officiel du tribunal fédéral suisse Bull. civ: Bulletin des arrêts des chambres civiles de la cour de cassation.

C .A: Cour d'appel

Cas. Civ: Arrêt d'une chambre civile de la cour de cassation

Cas. Crim: Arrêt d'une chambre criminelle de la cour de cassation.

D : Recueil Dalloz.

D. S: Recueil Dalloz
Sirey.

Gaz. Pal: Gazette du Palais.

J. C. P. : Juris - Classeur Périodique (la semaine juridique)

: Journal des Tribunaux J.d. T.

**الحماية الجنائية للأخلاق والآداب العامة
في نطاق قانون الجزاء العماني**

**د. حمدي محمد محمود حسين
أستاذ القانون الجنائي
بالمعهد العالي للقضاء - سلطنة عمان**

المقدمة

الموضوع وأهميته: يعد إصدار المشرع العماني قانون الجزاء الجديد الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٧ / ٢٠١٨ م نقطة انطلاق مهمة لمواكبة التطور الحاصل في مجال المسؤولية والعقوبة، فقد كانت هناك أفعال تحتاج إلى تدخل المشرع لوضعها في إطارها القانوني الصحيح من ناحية المسؤولية والمحاسبة عليها، ولعل مجال الآداب العامة التي تهم الفرد والمجتمع على السواء أبرز هذه المجالات. فالمجتمع العماني بطبعه شديد المحافظة على القيم الأخلاقية والآداب العامة، ويعتبر أي تناول أو خدش لها من قبيل التصرفات المقيتة التي تتطلب الشدة اللازمة لمواجهتها والتدخل الرادع من القانون لمعاقبة الفاعلين لذلك.

ولقد كان قانون الجزاء الملغى رقم ٤ / ١٩٧٤، يعاقب على الأفعال التي تعد انتهاكاً واعتداءً على الآداب العامة، سواء من ناحية هتك العرض أو إفساد الأخلاق. لكن ذلك من وجهة نظري كان محتاجاً إلى بعض التعديلات حتى يتماشى مع الواقع الحاصل في مجال الاعتداء على أعراض الآخرين أو تحريضهم على الفجور وممارسة الرذيلة، مما دعا المشرع، وهو في نطاق تعديله لقانون الجزاء، أن يقوم بتعديلات مهمة وعديدة في هذا المجال.

ويمكن القول إن المشرع قد اهتم بمعالجة الكثير من المسائل، سواء من ناحية التجريم والمسؤولية أو من ناحية العقوبات المقررة لتلك الجرائم. وقد وضع هذا الاهتمام من خلال تدخله لتجريم أفعال لم تكن مجرمة من قبل، أو ضبطه لنطاق التجريم الذي كان موجوداً في القانون السابق، بحيث يشمل إعادة صياغة العبارات والألفاظ المستخدمة، والنص عليها بنصوص خاصة بعد أن كانت تندرج تحت مسمى إهانة الكرامة وهي في حقيقتها جرائم مخلة بالآداب العامة تتطلب محاسبة ومعاقبة عليها أشد مما كانت عليه.

وقد تأثر المشرع العماني بمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية الغراء في هذا الجانب بتجريمه كل ما يمس

العرض والأخلاق العامة بغض النظر عن إرادة الفاعلين.

منهج البحث: وقد اعتمدت في تناول هذه المواضيع المنهج الوصفي والتحليلي للنصوص التي وردت في قانون الجزاء العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٧ / ٢٠١٨، وإيضاح جوانب الحماية الجزائية من خلالها، والتعليق عليها مستنداً إلى الفقه وأحكام القضاء قدر الإمكان.

خطة الدراسة: لقد تم عرض هذه الدراسة البحثية، من خلال ثلاثة مباحث، يتخللهم عدة مطالب، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: الحماية الجزائية من البغاء والفجور

المبحث الثاني: الخطة التشريعية لحماية العرض

المبحث الثالث: تجريم الأفعال أو الأقوال المخلة بالحياء

المبحث الأول:

الحماية الجزائية من البغاء والفجور

لقد اهتم المشرع العماني في قانون الجزاء الجديد الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٧ / ٢٠١٨م بحماية الأخلاق والآداب العامة في المجتمع ضد أي فعل أو قول يشكل اعتداءً عليها، ومن ذلك تجريمه ممارسة البغاء والفجور أو التحريض على القيام بذلك أو اتخاذ مكان مخصص لهذه الأفعال، حفظاً للمجتمع من انتشار الرذيلة وحماية للأخلاق.

فهذه الجرائم تنفرد بخصائص تجعل درجة الإثم والخطورة المنبعثة منها على النظام الاجتماعي العام أخطر بكثير من الخطر الواقع بها على الأخلاق، فليس الأمر فيها أمر اعتداء على «الحياء العام» أو «الآداب العامة» أو «العرض» من جانب شخص إرضاءً لشهواته وتحقيقاً لأسباب تخصه، وإنما نحن بصدد جان يعمل لحساب غيره، وبصدد «قوَاد» يقوم بعملية «سمسرة في الرذيلة» ووساطة «لإشاعة الفسق وتسهيله»، وتجارة في الأشخاص، وبصدد «بغي أو فاجر» يقدمان نفسيهما لإرضاء شهوات الغير، إننا

بصدد تجارة تضم بضاعة وعملاء. (١)

وهو ما يدعوننا إلى تناوله بشيء من التفصيل في المطالب الآتية:

المطلب الأول:

تجريم التحريض على البغاء أو الفجور في الأماكن العامة

جرم المشرع التحريض على البغاء أو الفجور في الأماكن العامة، سواء تم ذلك بالقول أو الإشارة أو بأي وسيلة أخرى، من خلال المادة ٢٥٣ من قانون الجزاء، والتي تنص على أنه: « يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على سنة كل من وجد في مكان عام يحرض المارة على البغاء أو الفجور بالقول أو بالإشارة أو بأي وسيلة أخرى. » (٢)

وتعد هذه الجريمة من مستحدثات قانون الجزاء الجديد، فلم يكن قانون الجزاء الملغى رقم ١٩٧٤/٧ ينص عليها، وكان يعدها من باب إهانة الكرامة.

ويشمل التجريم المنصوص عليه كل شخص وجد في مكان عام يقوم بتحريض المارة أو دعوتهم لممارسة هذه الرذائل، البغاء أو الفجور، مع الناس بغير تمييز، فلا تقوم الجريمة إذا وقع الفعل من المحرض بغية ممارسته هو الفحشاء مع المحرض، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها، إذ قالت: ” أن ذلك هو المعنى الذي أشارت له المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٦٨

(١) للمزيد في جرائم البغاء بوجه عام: د. محمد نيازي حتاته -

جرائم البغاء دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق في جامعة القاهرة عام ١٩٦١، وانظر كذلك د. محمد زكي أبو عامر - قانون العقوبات القسم الخاص - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية ٢٠١٠ - ص ٦٧٤.

(٢) تم تجريم هذه الممارسات في مصر، بمقتضى القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦١ في شأن مكافحة الدعارة، وقد حل هذا القانون محل القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١. وهذه الجريمة المشار إليها بالمتن، يعاقب عليها بمقتضى المادة ١٤ من القانون المذكور بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تتجاوز مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين باعتبارها العقوبة الأشد. وليس بما ورد في المادة ٣٦٩ مكرر عقوبات المعدلة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢.

لسنة ١٩٥١، وأفصح عنه تقرير لجنتي العدل والشؤون الاجتماعية بمجلس الشيوخ “ يعاقب القواد الذي يطارد الأثنى بتحريضها حتى يحملها على ارتكاب الفحشاء ولو مرة واحدة ما دام القصد هو دفعها إلى الاحتراف، ولا ينطبق النص على الشخص الذي يغري فتاة ويحرضها على ممارسة الفحشاء لمزاجه الخاص ولو أدى ذلك فيما بعد إلى احتراف الدعارة ... ” (٣)

ولا يشترط أن يلقي ذلك قبولاً من الآخرين، فالتجريم حاصل وتقوم المسؤولية الجزائية بمجرد التحريض على القيام بأي فعل يندرج تحت مسمى البغاء أو الفجور. (٤)

ولا عبء بالوسيلة التي يستخدمها الجاني أو الطريقة التي يدعو بها الغير لذلك، سواء تم ذلك بالقول أو بالإشارة منه أو بالكتابة كمن يعتمد كتابة رقم هاتفه ويعطيه للغير بقصد الدعوة أو التحريض على ممارسة البغاء أو الفجور، أو غير ذلك من الطرق التي تنبئ بواقع الحال عن هذا التحريض أو تلك الدعوة، أي أن تكون دالة بذاتها على الغرض منها. (٥)

وقد واجه المشرع بذلك الكثير من الأفعال التي يقوم بها البعض في الطرق أو الأماكن العامة كالمجمعات التجارية أو المتنزهات العامة وغيرها من الأماكن التي يباح للجمهور المرور أو الدخول فيها كالمستشفيات والإدارات الحكومية والمطاعم والمقاهي وعربات النقل العام، وما فيها من تطاول

(٣) نقض جنائي ٢ / ٣ / ١٩٨٨ - الطعن رقم ٥٥٧ لسنة ٥٧ ق، غير منشور.

(٤) من تطبيقات محكمة النقض المصرية في هذا الشأن: « إذا كان الحكم قد استفاد تحريض المتهمه للأثنى على الدعارة من كونها صحبتها إلى الشخص الذي اتخذ محله مكاناً للقاء الجنسين وأنها قدمتها لشخص آخر ورافقتهم إلى السيارة التي ركبها معاً ليرتكب معها فعل الفحشاء وأوصته بأن يعود بها في موعد معين، فإن استخلاصها يكون مقبولاً. » نقض ١٩٥٦/١/٩ أحكام النقض س ٧ ص ٢، ص ٩. ولا يشترط لقيام هذه الجريمة ارتكاب الفحشاء بالفعل نقض ١٩٧٠/١٢/٢٧ - أحكام النقض - س ٢١ ص ١٢٦٣، ونقض ١٩٧٣/١١/١٣ - أحكام النقض - س ٢٤ ق ٢٠ ص ٩٧٢.

(٥) د. أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون العقوبات القسم الخاص - دار النهضة العربية - القاهرة ٢٠١٣ - ص ٨٩٠، ٨٩١.

المطلب الثاني:

اعتبار صور الاشتراك في البغاء أو الفجور جرائم أصلية قائمة بذاتها

كما جرم المشرع قيام الجاني بتحريض أو استدراج أو إغراء أو إغواء أو مساعدة الغير بأي وسيلة على البغاء أو الفجور، وذلك بمقتضى المادة ٢٥٤ / ١، التي تنص على أنه: « يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن ثلاث سنوات، ولا تزيد على سبع سنوات كل من حرّض أو استدراج أو أغرى أو أغوى أو ساعد شخصاً بأي وسيلة على البغاء أو الفجور وأدى ذلك إلى ارتكاب الفعل».

وهذه الفقرة من مستحدثات قانون الجزاء الحالي رقم ٢٠١٨/٧م، فلم يكن لها وجود في القانون السابق، ويعد ذلك من باب الحماية الجزائية التي يوليها المشرع للأخلاق والآداب العامة فيلاحق أي شخص يقوم بأي فعل يخل بهذه القيم الأخلاقية التي تمس الحياء العام للمجتمع.^(١)

ونطاق التجريم في هذه الفقرة يشمل أفعالاً عدة، كل واحد منها كاف في ذاته لقيام المسؤولية الجزائية ومن ثم العقاب. ويشترط في جميع الأحوال أن يؤدي ذلك إلى ارتكاب فعل البغاء أو الفجور، وإلا اختلف نطاق المسؤولية في هذه الحالة.

١. التحريض: ويقصد به خلق فكرة الجريمة لدى الجاني والتأثير عليه للقيام بها، ويعني ذلك تحريضه للقيام بممارسة البغاء أو الفجور.

وما يميز التحريض المنصوص عليه من خلال المادة ٢٥٤ / ١ جزاء، أنه لا تقوم الجريمة ويسأل الجاني عنها إلا إذا أدى التحريض إلى ارتكاب الفعل، وليس بشرط أن يتم ذلك في مكان عام.

٢. الاستدراج: هو دفع الشخص إلى اتجاه معين

(٦) وتعتبر هذه الصور مراحل تحضيرية للقوادة والاتجار بالأشخاص، وقد جعل منها القانون المصري رقم ١٠ لسنة ١٩٦١ في شأن مكافحة الدعارة، جرائم مستقلة. انظر للمزيد: د. محمد نيازي حتاتة - المرجع السابق ص ٤٠٥.

وخدش لحياء الآخرين بتحريضهم على القيام بممارسة تلك الرذائل.^(١)

ويمكن تعريف البغاء بأنه ممارسة الزنا بأجر ودون تمييز.^(٢) وكان ذلك معروفاً في قانون الجزاء الملغى بالدعارة، إلا أن المشرع في القانون الحالي عدل عن هذه التسمية إلى البغاء، وهو مسلك محمود يتفق مع صريح القرآن الكريم واللغة العربية. قال تعالى: « وَلَا تَكْرَهُوا فِتْيَانَكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنَّ أَرْدَنَ تَحَصُّنًا لِّتَبْتَّغُوا عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا »^(٣)

ويقصد بالفجور إدخال العضو الذكري على خلاف الطبيعة، أي في الدبر، بأجر ودون تمييز، سواء أكان واقعاً على ذكر أو أنثى.^(٤)

وقد نصت المادة ٢٥٦ من قانون الجزاء الحالي على ذلك، بقولها: « يعاقب بالسجن ... كل من مارس البغاء أو الفجور نظير أجر بغير تمييز »

وفي تقديره أنه يكفي لاعتبار فعل البغاء أو الفجور حاصلًا، أن يتم ذلك مع الناس بغير تمييز، دون اشتراط حصول الأجر لاعتباره كذلك، وما لأخذ الأجر فائدة إلا لكونه قرينة على عدم التمييز بين الناس من قبول ارتكاب الفحشاء معهم، وهو ما يعرف بعنصر الاعتياد المطلوب توافره لقيام المسؤولية الجنائية عن هذه الجرائم.^(٥)

(١) نقض جنائي مصري ٣٠ / ١٢ / ١٩٦٨ أحكام النقض - س ١٩ - رقم ٢٢٩ - ص ١١٢١، نقض ١٤ / ١٠ / ١٩٧٣ أحكام النقض - س ٢٤ - رقم ١٧٥ - ص ٨٤٧.

(٢) الطعن رقم ٣٨٧ / ٢٠٠٥ عليا جزائي، جلسة ٢٠ / ١٢ / ٢٠٠٥ منشورات س ٩، ص ٤١٩.

(٣) سورة النور: ٣٣

(٤) وتذهب محكمة النقض المصرية إلى اعتبار أن البغاء هو ممارسة الفحشاء مع الناس بغير تمييز، فإن ارتكبه الرجل فهو فجور وإن قارفته الأنثى فهو دعارة. نقض ١٩٧٨/١/٢٩ أحكام النقض س ٢٩ ق ١٩ ص ١٠٨.

(٥) وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية، فقد تنازلت عن شرط الأجر: راجع نقض ١٩٧٥/٥/١٢ - أحكام النقض - س ٣٦ ق ٩٧ ص ٤٢٠.

أولاً إذا ارتكبت الجريمة عن طريق الإكراه أو التهديد أو الحيلة.

فركن القوة يعد متوافراً باستعمال أية وسائل من وسائل الإكراه التي تعدم إرادة المجني عليه، ويشمل ذلك التهديد،^(١) كما تعد الحيلة أو الخداع من الظروف التي تشدد العقوبة.^(٢)

ثانياً إذا كان المعتدى عليه (الممارس للبغاء أو الفجور) لم يكمل سن الثامنة عشرة من عمره.

ثالثاً إذا كان الفاعل، الذي قام بالتحريض أو الاستدراج أو الإغراء أو الغواية أو المساعدة، من أصول المعتدى عليه، وهم من تناسل منهم المجني عليه تناسلاً حقيقياً كالأب أو الجد وإن علا، ولا يشمل ذلك حالة التبني لأنه لا يعد من أصول المجني عليه طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية التي تحرم التبني، وإن جاز تشديد العقوبة عليهم باعتبارهم من المتولين تربيته أو ملاحظته لكن هذا أمر آخر.^(٣)

أو كان الفاعل من المتولين تربية المجني عليه أو رعايته، أي كان مصدر إسناد المهمة إليهم، قانوناً كالولي والوصي والقيم سواء كانوا من الأقارب أم لا، كالعم أو الخال أو الأخ والمدرس في المدرسة أو المشرفين في دور الرعاية، أو كان مصدرها الواقع كزوج الأم أو زوج الأخت، أو له سلطة عليه كالمدبر أو رب العمل أو المعلم في المدرسة أو دور التعليم المختلفة وغيرهم.

أو كان الفاعل ممن لهم سلطة على المجني عليه، ويستوي أن يكون مصدر السلطة «القانون» كسلطة رب العمل وصاحب الحرفة أو رئيس المصلحة أو المرفق على من يعملون لديه، أو كان مصدرها الواقع كسلطة أحد الأقارب إذا لم يكن من

يريده المستدرج، ويكون بالترغيب لا بالإكراه ويعني أن المستدرج يدفع الشخص إلى ممارسة البغاء أو الفجور بترغيبه في ذلك من خلال تعديده للمزايا أو الفوائد التي سوف تعود عليه من وراء القيام بذلك. وغالباً ما يكون المستدرج عاملاً في نفس المجال، بخلاف التحريض.

٣. الإغراء: هو حث الغير على فعل ما بتطميعة بما يرغبه سواء من مال أو لذة جسدية أو كل ما يتصور أن يكون مرغوباً، وهو نوع من الاستمالة للقيام بالفعل وممارسة البغاء أو الفجور.

٤. الإغواء: يعني ترغيب الشخص في الشيء وتحبيبه إليه وتقريبه منه، ويكون بالتحضير الذهني لقبول هذا الأمر. وهو أشد درجة من الإغراء لأنه يقلب للمغري الحق باطلاً أو الباطل حقاً، فهو نوع من التضليل لجذب الشخص للقيام بالفعل وممارسة البغاء أو الفجور، بخلاف الإغراء فالمغري عالم أنه يقوم بفعل مجرم إلا أنه يبتغي اللذة الجسدية أو المال أو غير ذلك.

٥. المساعدة: وهي تقديم العون اللازم للشخص للقيام بممارسة البغاء أو الفجور، ولم يحصرها المشرع في طريقة معينة، فتعد كذلك أي كانت وسيلة.

وقد عاقب المشرع من يقوم بفعل من الأفعال السابقة وأدى ذلك إلى وقوع البغاء أو الفجور، فاعتبره مرتكباً لجريمة وفاعلاً أصلياً بالرغم من أن ما قام به يعد من قبيل الاشتراك، إلا أن خطورة ما قام به من وجهة نظر المشرع وأنه كان سبباً في نشر الرذيلة والفاحشة وحث الغير على القيام بها مما دفع المشرع لمعاقبته بعقوبة الجنائية على النحو الوارد بالنص المذكور.

الظروف المشددة للعقوبة:

شدد المشرع عقوبة الأفعال التي ارتكبت في الفقرة الأولى من المادة ٢٥٤ جزاء، فرفع الحد الأقصى للعقوبة حتى عشر سنوات، إذا اقترنت الجريمة بأحد الظروف التالية:

(١) نقض جنائي - الطعن رقم ٨٩ لسنة ٤٩ ق - جلسة ١٩٧٩/٥/٧ ص ٣٠ و ٥٣٨.

(٢) نقض جنائي - جلسة ١٤ / ٥ / ١٩٥١ ص ٢ و ١٠٨٩، ونقض جلسة ١٩ / ١ / ١٩٥٩ ص ١٠ و ٤٧، والطعن رقم ١٦٣٤ لسنة ٤٩ ق - جلسة ١٦ / ٣ / ١٩٨٠ ص ٣١ و ٣٨٤.

(٣) تجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي يعترف بالتبني، ولذلك فالأب بالتبني تسري عليه علة التشديد.

المتولين تربية المجني عليه. (١)

ويرى البعض أن سلطة المخدم على خادمه مصدرها القانون، لأن القانون هو من أنشأ هذه العلاقة وافترض قيامها. (٢)

المطلب الثالث: العقاب على ممارسة البغاء أو الفجور

تنص المادة ٢٥٦ من قانون الجزاء، على أنه: « يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على ثلاث سنوات كل من مارس البغاء أو الفجور نظير أجر بغير تمييز. »

وتعني الممارسة هنا، ارتكاب فعل البغاء أو الفجور برضا تام دون إكراه أو تهديد أو حيلة، نظير أجر وبغير تمييز بين الأشخاص، سواء قام بذلك ذكر أو أنثى، وسواء كان فاعلاً أو مفعولاً به.

فينسب البغاء إلى المرأة حين تبيع عرضها لكل طالب بلا تمييز، فلا يصدر إلا منها، وينسب الفجور للرجل حين يبيع عرضه لغيره من الرجال بغير تمييز فلا يصدر إلا منه. (٣)

فالمرأة التي تمارس الجنس عدة مرات مع أجنبي بمقابل يتوافر في حقها المسؤولية الجزائية عن الفعل سواء بوصفه بغاء أو فجوراً، (٤) وكذلك الذكر الذي يعتاد على ذلك.

ويشترط لتحقيق المسؤولية أن يتم هذا الفعل أكثر من مرة مع أشخاص مختلفين، فلو مارست المرأة الجنس عدة مرات مع رجل واحد فإنه لا يصدق على ذلك وصف البغاء أو الفجور.

ويلاحظ أن المشرع قد رفع عقوبة ممارسة البغاء أو الفجور في حديقها الأدنى والأقصى، عما كان منصوصاً عليه في

قانون الجزاء الملغى، (٥) إمعاناً منه وتأكيداً على حمايته للمجتمع من تلك الممارسات المخلة بالقيم والآداب العامة، ورغبة في تحقيق الردع بصورة أكبر.

وفي تقديرنا أن هذه العقوبة، الواردة في المادة ٢٥٦، بالرغم من رفعها إلا أنها غير كافية وكانت في حاجة إلى زيادتها ورفعها إلى مصاف الجنايات وليس الجنح، وذلك لسببين:

الأول أن المشرع قد عاقب بعقوبة الجنائية، من خلال المادة ٢٥٤ / ١، من يقوم بالتحريض أو الاستدراج أو الإغراء أو الفجوة أو المساعدة، وجميعها من باب الاشتراك، فمن باب أولى يستحق الممارس لفعل البغاء أو الفجور هذه العقوبة.

الثاني عاقب المشرع من خلال المادة ٢٥٩ جزاء، على جريمة واقعة أنثى برضاها بعقوبة الجنحة فلا تزيد على ثلاث سنوات، وهي تعد متوافرة بمجرد القيام بالفعل مرة واحدة. أما ممارسة البغاء أو الفجور فلا يعد كذلك إلا إذا ارتكبت الجريمة بغير تمييز نظير أجر مما يعني ارتكابها أكثر من مرة، ويقتضي ذلك المعاقبة عليها بعقوبة أشد، وإلا أدى ذلك في الواقع العملي إلى نتائج غير مستقيمة، إذا أعمل القاضي سلطته التقديرية وعاقب بعقوبة بين الحد الأدنى والأقصى فمن الممكن أن تكون عقوبة البغاء أو الفجور أقل من عقوبة واقعة الأنثى برضاها، وهي نتيجة غير مقبولة.

المطلب الرابع:

معاقبة من يقوم بتأجير منزله أو محله لممارسة البغاء أو الفجور

أكمل المشرع حمايته للأخلاق والآداب العامة من خلال تجريمه ومعاقبته لمن يقوم بإعداد مكان للبغاء أو الفجور

(٥) كان قانون الجزاء السابق رقم ١٩٧٤/٧ ينص على هذه العقوبة بمقتضى المادة ٢٢٢ مكرراً، والتي ورد فيها: يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين كل من مارس الدعارة أو الفجور نظير أجر وبغير تمييز»

(١) د. أحمد فتحي سرور - المرجع السابق ص ٨٥٠.
(٢) د. محمد زكي أبو عامر - المرجع السابق ص ٧٠١.
(٣) المرجع السابق ص ٦٧٥.
(٤) وقد أيدت ذلك المحكمة العليا العمانية في الطعن رقم ٢٨٧ / ٢٠٠٥ - عليا جزائي - جلسة ٢٠/١٢/٢٠٠٥ - منشورات س ٥ ص ٤١٩.

ويعاقب بالسجن مدة لا تقل عن شهر، ولا تزيد على سنة كل من ضبط في مكان معد للبغاء أو الفجور بقصد ارتكاب ذلك.

وفي جميع الأحوال يحكم بإغلاق المكان». ^(١)

المبحث الثاني

الخطة التشريعية لحماية العرض

نظم المشرع العماني، من خلال قانون الجزاء رقم ٢٠١٨/٧م، هذا الفصل تنظيمياً دقيقاً، سواء من ناحية النص على الجرائم والعقوبات، أم من حيث إعادة ضبط المصطلحات أو الألفاظ، وكذلك الإضافات التي أدخلها في مجال المسؤولية الجزائية ومن ثم العقوبات المقررة.

وقد شمل هذا النطاق خمس جرائم: الأولى جريمة الواقعة بدون رضا (م ٢٥٧) واعتبرها جنائية، الثانية جريمة هتك العرض واعتبرها جنحة من حيث الأصل، إلا أنها ترتفع لمصاف الجنائية في حالات معينة (م ٢٥٨)، الثالثة جريمة واقعة الأنتى برضاها وهي من نوع الجنج إلا إذا وقعت بين المحارم حرمة مؤبدة فإنها تصبح جنائية عقوبتها الإعدام (م ٢٥٩)، الرابعة جريمة اللواط وهي من نوع الجنج (م ٢٦١)، الخامسة جريمة ارتكاب الأفعال الشهوانية المعاقب عليها بعقوبة الجنحة (م ٢٦٢ جزاء).

وسوف نقوم بتوضيح صور الحماية الجزائية للعرض، وخطة المشرع في هذا المجال، وذلك من خلال المطالب الآتية:

أو من يعاون في الإعداد لهذا الأمر أو إدارته، أو من يقوم بتأجير منزله أو محله، وهو يعلم أنه سوف يستعمل لممارسة البغاء أو الفجور، ويشمل ذلك محاسبة المسؤول عن إدارة المنزل أو المحل إذا قام بذلك.

كما أقام المسؤولية الجزائية لكل من يعمل أو يقيم في مكان معد للبغاء أو الفجور مع علمه بذلك، وكذلك كل من ضبط في مكان معد للبغاء أو الفجور بقصد ارتكاب هذا الفعل، أي إنه لم يقم بذلك فعلاً لكنه تم ضبطه في هذا المكان المشين قبل تحقيق قصده الجنائي.

وقد شمل التجريم والعقاب كل من يعتمد في معيشتة أو بعضها على ما يكسبه الغير من ممارسة البغاء أو الفجور تحت حمايته وهو الشخص الذي يمارس نوعاً من القوة أو البلطجة لإظهار أنه يحمي المكان أو الأشخاص الذين يعملون فيه، أو بتأثير سيطرته عليه كمن يدفع الشخص لممارسة البغاء أو الفجور استغلالاً لرابطة الأبوة أو القرابة كالعم أو الخال، أو علاقة العمل إذا كان عاملاً لديه أو تحت رئاسته.

وجميع ما سبق نص عليه المشرع من خلال المادة ٢٥٥ من قانون الجزاء الحالي، التي تنص على أنه: «يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن خمسمائة ريال عماني ولا تزيد على ألف ريال عماني كل من:

أ. أعد أو أدار مكاناً للبغاء أو الفجور، أو عاون بأي طريقة في إعداده أو إدارته.

ب. كان مالكا لمنزل أو محل، أو مسؤولاً عن إدارته، فأجره وهو يعلم أنه سيستعمل للبغاء أو الفجور.

ج. يعمل أو يقيم في مكان معد للبغاء أو الفجور مع علمه بذلك.

د. كان يعتمد في معيشتة أو بعضها على ما يكسبه الغير من ممارسة البغاء أو الفجور تحت حمايته أو بتأثير سيطرته عليه.

(١) جدير بالذكر أن قانون الجزاء السابق كان يقصر التجريم والمعاقبة على الصور الواردة في البند أ، د، بالسجن من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من عشرين ريالاً إلى مائة، بمقتضى المادة ٢٢١، ٢٢٢.

المطلب الأول:

تجريم الواقعة بغير رضا^(١)

جرم المشرع الاعتراف على الأعراض من خلال المادة ٢٥٧/١ من قانون الجزاء، التي تعاقب كل من واقع ذكراً أو أنثى بغير رضا، وقد نصت على أنه: « يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن عشر سنوات، ولا تزيد على خمس عشرة سنة كل من واقع ذكراً أو أنثى بغير رضا »^(٢)

(١) مجمل الفقه الجنائي يسمي هذه الجريمة بـ (الاغتصاب) ومنهم د. أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون العقوبات القسم الخاص - ص ٨٤٥ - دار النهضة العربية - القاهرة ٢٠١٣، د. محمد زكي أبو عامر - قانون العقوبات القسم الخاص - ص ٦٨٢ - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية ٢٠١٠، د. رمسيس بهنام - قانون العقوبات - جرائم القسم الخاص - ص ٩٤١ - منشأة المعارف - الإسكندرية ١٩٧٤، د. مزهر جعفر عبيد - الوسيط في شرح قانون الجزاء العماني - القسم الخاص - ص ٢٨٠ - دار الثقافة للنشر والتوزيع - الأردن ٢٠١٤، ويميل البعض إلى تسميتها (المواقعة) ومنهم د. عوض محمد عوض - الجاني والمجني عليه في جريمة الواقعة دراسة مقارنة للتشريعين المصري والليبي - ص ١٠٣ - مذكرات على الأستسئل ١٩٦٦، د. حسن صادق المرصفاوي - المرصفاوي في قانون العقوبات القسم الخاص - ص ٦٦٩ - ١١١ - دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٧٥، وهناك أحكام قضائية تشير إليها، حتى أصبح مستقراً في وجدان الكثير من الناس أن هذا الفعل يسمى اغتصاباً. ومن ذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية، بقولها: « إذ كان ما أورده الحكم أن المتهمين دفعا المجني عليها كرهاً عنها للركوب معهما بالسيارة بقصد مواقعتها ثم انطلقا بها وسط المزارع التي تقع على جانبي الطريق حتى إذا ما اطمأنا أنهما قد صارا بأمناً من أعين الرقيب وأن المجني عليها صارت في متناول أيديهما فشرعا في اغتصابها دون أن يحفلا بعدم رضائها عن ذلك فإن ما انتهى إليه الحكم من توافر أركان جريمة الشروع في اغتصاب المجني عليها التي دان بها استناداً إلى الأسباب السائغة التي أوردها - يكون قد أصاب صحيح القانون ». نقض جنائي - الطعن رقم ١٩٧٢ لسنة ٣٠ ق - جلسة ١٩٦١/١/٢٠ س ١٢ ص ١٥٦.

(٢) يتفق مسلك المشرع العماني مع ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في تشريع ٢٣ ديسمبر ١٩٨٠، فقد أرسى مفهوماً جديداً ومغاييراً للاغتصاب، وعدل فيه المادة ٣٢١ / ١ عقوبات فرنسي، على نحو أصبح فيه فعل الاغتصاب يضم « كل إيلاج جنسي، أياً ما كانت طبيعته، يقع على شخص الغير بالقوة أو التهديد أو المياغته ». لكن مسلك المشرع المصري في قانون العقوبات مازال مختلفاً، فهو يقصر الاغتصاب على واقعة الأنثى بغير رضاها، ولم يشمل ذلك المجني

وتقتضي هذه الجريمة توافر ركنين: الأول ركن مادي يتمثل في واقعة ذكر أو أنثى بغير رضا. والثاني ركن معنوي هو القصد الجنائي.

والواقعة المقصودة هنا هي المجامعة التامة بإدخال أي قدر من العضو الذكري في القبل أو الدبر سواء أكان مصحوباً بانزال المنى أم لا.

ويشترط أن يكون الفعل قد تم بغير رضا من المجني عليه، سواء تمثل ذلك في الإكراه أو التهديد أو الحيلة، كما لا يشترط أن يستمر انعدام الرضا طوال الواقعة فيكفي أن يكون قد تحقق في بدايتها ولو تم التسليم بعد ذلك من المجني عليه.

وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية: « ركن القوة في جنائية الواقعة؛ توافره باستعمال أية وسائل تعمد إرادة المجني عليه. تهديدها بعدم تمكينها من مغادرة المسكن إلا بعد مواقعتها يتحقق به هذا الركن ».^(٣)

وفي حكم آخر لها، تقول: « متى كانت الواقعة الثابتة هي أن المتهم إنما توصل إلى واقعة المجني عليها بالخديعة بأن دخل سريرها على صورة ظنته معها أنه زوجها فإنها إذا كانت قد سكنت تحت هذا الظن فلا تأثير لذلك على توافر أركان الجريمة المنصوص عليها في المادة ١/٢٦٧ عقوبات »^(٤)

وقد لوحظ على نص المادة ٢٥٧ من قانون الجزاء الحالي، أن المجني عليه في هذه الجريمة يصح أن يكون رجلاً أو أنثى، وفي ذلك إسباغ للحماية الجزائية بشكل أدق وأشمل، خلافاً لقانون الجزاء السابق رقم ١٩٧٤/٧م الذي كان يقصر الجريمة على كون المجني عليه أنثى، كما أن المشرع قد رفع الحد الأدنى للعقوبة فأصبح لا يقل عن عشر سنوات.^(٥)

عليه الذكر، فقد نصت المادة ٢٦٧ عقوبات، على أنه: « من واقع أنثى بغير رضاها يعاقب بالسجن المؤبد أو المشدد. فإذا كان الفاعل من أصول المجني عليها أو من المتولين تربيتها أو ملاحظتها أو ممن لهم سلطة عليها أو كان خادماً بالأجرة عندها أو عند من تقدم ذكرهم يعاقب بالسجن المؤبد ».

(٣) نقض جنائي - الطعن رقم ٨٩ لسنة ٤٩ ق - جلسة ١٩٧٩/٥/٧ س ٣٠ ص ٥٢٨.

(٤) نقض جنائي - جلسة ١٤ / ٥ / ١٩٥١ س ٢ ص ١٠٨٩، ونقض جلسة ١٩ / ١ / ١٩٥٩ س ١٠ ص ٤٧، والطعن رقم ١٦٣٤ لسنة ٤٩ ق - جلسة ١٦ / ٣ / ١٩٨٠ س ٣١ ص ٢٨٤.

(٥) كان قانون الجزاء السابق ينص في المادة ٢١٨ على أنه: « يعاقب

وعلى ذلك لو قام شخص بمواقعة ذكر من الدبر دون رضا، أو قام بمواقعة أنثى في القبل أو الدبر بغير رضاها، فقد تحقق الفعل وقامت مسؤوليته الجزائية طبقاً للمادة ٢٥٧ / ١.

• الشروع في الجريمة:

جريمة المواقعة بغير رضا للذكر أو الأنثى، تعد من الجنايات، ويتصور فيها الشروع. ويحدث ذلك إذا قام الجاني بالإمساك بالمجني عليه وطرحه أرضاً وقام بالكشف عن القبل أو الدبر وحاول إيلاج عضوه الذكري فيه إلا أنه لم يتم لسبب خارج عن إرادة الجاني، فإن الشروع قد تحقق ويعاقب على ذلك طبقاً لما هو منصوص عليه في المادة ٣٠ من قانون الجزاء.

وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية، إذ قالت: «إذا دفع المتهمان المجني عليها كرها عنها لركوب السيارة معهما بقصد مواقعتها، ثم كشف أحدهما ملابسهام ومزق سروالها وألقاه من نافذة السيارة ورقد فوقها وحاول أن يواقعها فإن ذلك يعد شروعا في اغتصاب»^(١)

• حالات تشديد العقوبة:

شدد المشرع عقوبة المواقعة بغير رضا، فجعلها السجن المطلق، في حالات عدة، منها ما كان منصوصاً عليه في القانون السابق بشأن جريمة الفجور م ٢١٨ / ٣ جزاء ملغى، والآخر استحدثه المشرع من خلال قانون الجزاء الحالي لإعطاء قدر أكبر من الحماية الجزائية ضد هذه الجريمة، ويمكن إجمالها فيما يأتي:

١. إذا كان المجني عليه دون الخامسة عشرة من عمره.

٢. إذا كان المجني عليه مصاباً بعاهة بدنية أو عقلية تجعله عاجزاً عن المقاومة.

بالسجن من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة: ١ - كل من جامع أنثى بغير حالة الزواج بدون رضاها، سواء بالإكراه أو بالتهديد أو بالحيلة « وبعض التشريعات تشترط كون المجني عليه أنثى ومنها قانون العقوبات المصري، حيث تنص المادة ٢٦٧ منه، على أنه: « من واقع أنثى بغير رضاها يعاقب »

(١) نقض ٣٠ يناير ١٩٦١، مجموعة الأحكام، س ١٢ رقم ٢٥ ص ١٥٦، ونقض ٢٩ أكتوبر ١٩٥٦، مجموعة الأحكام، س ٧ رقم ٢٩٨ ص ١٠٧٩.

٣. إذا أدى الفعل إلى مرض تناسلي مزمن بالمجني عليه.

٤. إذا أدى الفعل إلى موت المجني عليه.

٥. إذا كان الجاني من المتولين تربية المجني عليه أو ملاحظته أو رعايته أو ممن لهم سلطة عليه أو كان عاملاً لديه بالأجرة أو لدى أحد ممن تقدم ذكرهم.

ويعني ذلك أن الجاني ممن يعملون بالأجرة لدى المجني عليه أو عند أحد ممن تقدم ذكرهم، أي إنه منقطع لقاء أجر للقيام بعمل، سواء أكان هذا الانقطاع دائماً كالخدم المقيمين مع المجني عليه في المنزل أو كان لبعض الوقت كالبستاني والطباخ والسائق الذين يعملون يومياً لبعض الوقت. ولا يلزم في الأجر أن يكون نقدياً، بل يمكن أن يكون الأجر عينياً ما دام موجوداً.

ولا يشترط أن يكون الجاني خادماً عند المجني عليه ذاته، بل يستوي أن يكون خادماً عند أحد من أصولها أو من المتولين تربيتها أو ملاحظتها أو له سلطة عليها. وعلى ذلك يتوافر الظرف المشدد إذا واقع خادم خادمة أخرى تعمل معه في منزل واحد، إذ هو في هذه الحالة يعد خادماً عند من له على المجني عليها سلطة.^(٢)

وقد قضى بانطباق الظرف المشدد في حق خادم في مقهى إذ كانت المجني عليها في الوقت ذاته هي ابنة صاحب المقهى.^(٣) كما قضى بأن الفراش في المدرسة التي يتلقى فيها المجني عليه تعليمه يعتبر خادماً بالأجرة لدى المتولين تربية المجني عليه وملاحظته، ويتعين إعمال الظرف المشدد في حقه. ^(٤) بل إن محكمة النقض قد قضت بأنه متى كان المتهم والمجني عليه يعملان في محل كواء واحد، فهما مشمولان بسلطة رب عمل واحد، ومن ثم ينطبق الظرف المشدد عليهما، لو كانت إحدهما عاملة وواقعها الآخر دون رضاها.^(٥)

(٢) د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات القسم الخاص -

دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٧٢ - ص ٣٦٤، د. أحمد فتحي

سرور - المرجع السابق ص ٨٥٠.

(٣) نقض مصري ١٩٤٠ / ٣ / ١١ طعن رقم ٥٥٢ سنة ١٠ ق، مجموعة

الربع قرن - ص ١١٦٢ بند ٤٥.

(٤) نقض مصري ١٩٧٢ / ٥ / ٢٩ أحكام النقض س ٢٣ ق ١٩٠ ص ٨٣٥.

(٥) نقض ١٩٥٧ / ٣ / ١٨ أحكام النقض س ٨ ق ٧٥ ص ٢٦٢.

٦. إذا تعدد الجناة، فقام بارتكاب الجريمة شخصان فأكثر.

وفي حالة أخرى رفع المشرع عقوبة الواقعة بغير رضا، إلى الإعدام، إذا كان الجاني من محارم المجني عليه حرمة مؤبدة كالأب أو الابن أو الأخ أو العم أو الخال، وذلك بمقتضى المادة ٢٦٠ من قانون الجزاء، التي تنص على أنه: «إذا وقعت الجريمة الواردة في المادتين (٢٥٧، ٢٥٩) من هذا القانون بين المحارم حرمة مؤبدة فتكون العقوبة الإعدام».

وفي هذا تعديل محمود من المشرع للمعاقبة على أفعال إجرامية نكراء تقع من أشخاص تربطهم بالمجني عليه، ذكراً كان أو أنثى، رابطة مقدسة يصعب تصديق انتهاكها من قبل الجاني، فاستحق تلك العقوبة الرادعة، وهي الإعدام.

وهنا يثور التساؤل حول مدى إمكانية شمول نص المادة ٢٥٧ جزاء، للحالة التي يكون فيها الجاني أنثى. أو بمعنى آخر أن تجبر المرأة رجلاً على إتمام موافقتها، فيقوم بهذا الفعل تحت الإكراه أو التهديد أو الحيلة.

في تقديرنا أن النص لا ينطبق عليها، والقول بغير ذلك يعد توسعاً في التفسير يتجاوز إرادة المشرع ولا يتفق مع أصول التفسير الجنائي في مجال التجريم والعقوبة، مما يخرج به بذلك عن نطاق قاعدة الشرعية الجزائية، وكان حرياً بالمشرع التدخل لسد هذا النقص بنص خاص على تجريم هذا الفعل والمعاقبة عليه.

المطلب الثاني:

خطة المشرع بشأن جريمة هتك العرض

في مجال تجريم هتك العرض نجد المشرع العماني قد أعاد صياغة الألفاظ وقواعد التجريم بصورة أدق مما كانت عليه في قانون الجزاء السابق رقم ١٩٧٤/٧، فقد كان هذا القانون لا يفرق بين جريمة الواقعة بغير رضا،

والخطف بقصد ارتكاب الفجور، وإتمام فعل الفجور،^(١) وبين جريمة هتك العرض المعروفة في جل التشريعات الجنائية، وكان يدرج ذلك كله تحت مسمى هتك العرض (م ٢١٨ جزاء)، أما قانون الجزاء الحالي رقم ٢٠١٨/٧ فقد أخرج تلك الجرائم من نطاق هتك العرض، هذا من ناحية.

ومن ناحية ثانية، فإن قانون الجزاء السابق لم يكن يشمل في نطاق هتك العرض أو الشروع فيه كثيراً من الأفعال التي لا تصل إلى درجة المجامعة،^(٢) مثل القيام بفعل يחדش عاطفة الحياء لدى المرأة أو لمس عورتها مثلاً، وكان القضاء العماني يرى أن مثل هذه الصور يصح وصفها بإهانة الكرامة طبقاً للمادة ٢٦٩ جزاء. أما في نطاق قانون الجزاء الحالي فقد اختلف الأمر وأصبحت هذه الأفعال وغيرها تدرج تحت مسمى هتك العرض، وهو الوصف الصحيح لهذه الأفعال من الناحية الجنائية.

وهو مسلك جديد للمشرع العماني، يحتاج من القضاء العماني إعادة النظر في تلك المسائل طبقاً للوصف الجديد لها من خلال المادة ٢٥٨ / ١ جزاء، التي تنص على أنه: «يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن سنة، ولا تزيد على ثلاث سنوات كل من هتك عرض ذكر أو أنثى بغير رضا».

ولزيد من الإيضاح، يمكن تعريف هتك العرض بأنه: كل فعل مخل بالحياء يستطيل إلى جسم المجني عليه وعوراته ويחדش عاطفة الحياء لديه.^(٣) ويستوي لقيام الجريمة أن يكون المجني عليه ذكراً أو أنثى، فالجريمة متصورة في حق أي منهما.

وهتك العرض ليس اتصالاً جنسياً، وإنما يشمل ما يعد من المقدمات لذلك كالملازمة لعورة المجني عليه، أو كشفها، أو التقبيل، أو وضع اليد في قبل المجني عليها أو في

(١) كان النص على اعتبار ذلك من قبيل هتك العرض وارد تحت عنوان

هتك العرض، المادة ٢١٨ من قانون الجزاء الملغى.

(٢) الحالة الوحيدة التي كان القانون السابق يعتبرها من قبيل هتك

العرض: الخطف بقصد ارتكاب الفجور م ٢/٢١٨.

(٣) نقض جنائي مصري - الطعن رقم ١٠٤ لسنة ٦٢ ق جلسة

١٩٩٢/٢/١٣، والطعن رقم ١٧٣٩ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٠ / ٥ / ١٩٩٣ م.

كما شدد المشرع العقوبة بصورة أكبر لتصبح السجن مدة لا تقل عن سبع سنوات، ولا تزيد على عشر سنوات إذا كان الجاني من محارم المجني عليه، طبقاً للمادة ٢٥٨/٣ جزاء.

ويستوي في هذه الحالة أن تكون الحرمة مؤبدة كالأب أو الابن أو الأخ أو العم أو الخال، أو مؤقتة كزوج الأخت أو زوج الخالة أو العمة مثلاً، ويرجع في ذلك إلى قواعد الشريعة الإسلامية.

المطلب الثالث:

جريمة واقعة أنثى برضاها (٢)

تنص المادة ٢٥٩ جزاء على أنه: « يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن ستة أشهر، ولا تزيد على ثلاث سنوات كل من واقع أنثى برضاها دون أن يكون بينهما عقد زواج، وتعاقب الأنثى بالعقوبة ذاتها.

ولا تقل عقوبة كل منهما عن سنتين إذا كان أحدهما متزوجاً، ويفترض العلم بقيام الزوجية إلا إذا ثبت غير ذلك »

فهذه الجريمة تمثل اعتداءً على العرض وما يمثله ذلك من تلويث لسمعة الأسرة وكرامتها، يتم برضا الطرفين الرجل والمرأة دون أن يكون بينهما عقد زواج شرعي. وهو ما يميز هذه الجريمة عن جريمة الواقعة بغير رضا المنصوص عليها بمقتضى المادة ٢٥٧ جزاء، ومن ناحية أخرى فإن الطرف الثاني في جريمة الواقعة بالرضا هي أنثى.

وقد جرم المشرع العماني هذا الفعل في صورتين: الأولى تفترض أن المرتكبين لهذه الجريمة غير متزوجين، والثانية تفترض أن أحدهما أو كليهما متزوج، ومن ثم خالف في العقوبة بين الحالتين.

وقد سبق لنا، عند تناول جريمة الواقعة بغير رضا، بيان المراد بالواقعة: وهي المجامعة التامة بإدخال العضو

(٢) كان مسمى هذه الجريمة في قانون الجزاء السابق رقم ١٩٧٤/٧ جريمة الزنا، غير أن المشرع العماني عدل عن هذه التسمية، ولهذا العدول فائدة مهمة سوف نوضحها من خلال الشرح.

الدبر أو على صدرها، أو حك العضو الذكري في القبل أو الدبر دون الدخول، أو غير ذلك من الأفعال.

ومن المقرر أنه يكفي لتوافر جريمة هتك العرض أن يقدم الجاني على كشف جزء من جسم المجني عليه يعد من العورات التي يحرص على صونها وحجبها عن الأنظار، ولو لم يقترن ذلك بفعل مادي آخر من أفعال الفحش، لما في ذلك الفعل من خدش لعاطفة الحياء العرضي للمجني عليه من ناحية المساس بتلك العورات التي لا يجوز العبث بحرمتها والتي هي جزء داخل خلقة كل إنسان وكيانه الفطري.^(١)

ويشترط لقيام جريمة هتك العرض، طبقاً للفقرة الأولى من المادة ٢٥٨ جزاء، أن يقع الفعل بغير رضا من المجني عليه، سواء تمثل انعدام الرضاء في الإكراه أو التهديد أو الحيلة فإنه يعد متوافراً.

وقد اعتبر المشرع رضاء المجني عليه القاصر الذي لم يكمل الثامنة عشرة من عمره غير متوافر، ولا يعتد به، فهو يماثل حالة انعدام الرضاء.

تشديد عقوبة هتك العرض:

تجدر الإشارة إلى أن الحماية الجنائية قد امتدت من خلال تشديد المشرع للعقوبة المقررة للجريمة، بحيث لا تقل العقوبة عن خمس سنوات، ولا تزيد على سبع سنوات طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٥٨ جزاء، إذا توافرت حالة من الحالات الآتية:

١. إذا كان المجني عليه مصاباً بعاهة بدنية أو عقلية تجعله عاجزاً عن المقاومة.
٢. إذا كان الجاني من المتولين تربية المجني عليه أو ملاحظته أو رعايته أو ممن لهم سلطة عليه أو كان عاملاً لديه بأجر أو لدى أحد ممن تقدم ذكرهم.

(١) نقض جنائي مصري الطعن رقم ٣٠٧٩٤ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٥/١٠/٨.

فحرص المشرع على سمعة العائلة وكرامتها، دفعه إلى تقييد حق الادعاء العام في تحريك الدعوى الجزائية المتعلقة بجريمة واقعة أنش برضاها الواردة بالمادة ٢٥٩ جزاء، على تقديم شكوى من المجني عليه في تلك الجريمة وهو الزوج أو ولي الأمر حسب الأحوال.

فإذا لم يكن للفاعل زوج أو ولي أمر في الدولة جاز للادعاء العام إقامة الدعوى أو إبعاده من البلاد. (٢) خلافاً لقانون الجزء السابق الذي كان ينص على أنه إذا لم يكن للزاني زوج أو ولي أمر في السلطنة كان على الادعاء العام اتخاذ جميع الإجراءات المتاحة لإخطاره بالواقعة، فإن تعذر على الادعاء العام إخطاره جاز له إقامة الدعوى، (٣) وقد كان هذا الأمر يمثل عبئاً إضافياً على الادعاء العام باعتباره سلطة تحقيق، وحسناً فعل المشرع بعدم النص على ذلك في قانون الجزء الحالي.

ويلاحظ أن المشرع قد أجاز لولي الأمر أو الزوج، التنازل عن الدعوى، أو وقف تنفيذ العقوبة إذا كان قد تم الفصل فيها قضائياً.

تشديد العقوبة:

ومما يدل على رغبة المشرع الواضحة في حماية العرض، تشدده إزاء مرتكب هذه الجريمة إذا وقعت بين المحارم حرمة مؤبدة، كالأب أو الأم أو الجد أو الجدة أو الابن أو البنت أو الخال أو الخالة أو العم أو العمة أو غيرهم، فإن العقوبة المقررة تكون الإعدام طبقاً للمادة ٢٦٠ جزاء.

المطلب الرابع:

جريمة اللواط

يمكن تعريف اللواط بأنه: قيام الذكر بإدخال عضوه الذكري في دبر ذكر آخر بالرضاء التام بينهما، بأي قدر، سواء صاحبه إنزال المنى أم لا، طبقاً لمفهوم المادة ٢٦٣ من قانون الجزاء.

- (٢) الإبعاد من البلاد لا يكون إلا لغير العماني، أما العماني فلا يجوز إبعاده طبقاً للنظام الأساسي في الدولة.
- (٣) المادة ٢٢٧ من قانون الجزاء الملغي رقم ١٩٧٤/م.

الذكري أو أي قدر منه في قبل امرأة أو في دبرها، سواء صاحب ذلك نزول المنى أم لا. وهذا ما عبر عنه المشرع في المادة ٢٦٣ جزاء.

فإطلاق المشرع لفظ الواقعة على هذه الجريمة، دون تسميتها بجريمة الزنا كما كان في قانون الجزء السابق، تظهر فائدته في شموله للحالة التي يواقع فيها الذكر الأنثى برضاها في الدبر وليس في القبل.

وفي نطاق الحماية التشريعية من هذه الأفعال المجرمة، نجد المشرع يعاقب غير المتزوج، رجلاً كان أو امرأة، بنفس العقوبة إذا تمت الواقعة بينهما بالرضاء، دون وجود عقد زواج بينهما، بالسجن مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على ثلاث سنوات، وهي عقوبة أشد مما كان منصوصاً عليه في قانون الجزء السابق. (١)

كما عاقب مرتكب هذه الجريمة المتزوج، سواء كان رجلاً أو امرأة، بالسجن مدة لا تقل عن سنتين ولا تزيد على ثلاث سنوات، وافترض المشرع العلم بقيام الزوجية في حقه ما لم يثبت غير ذلك.

ويشترط لكمال المسؤولية أن تكون الرابطة الزوجية قائمة وقت ارتكاب الفعل، ويرجع في ذلك كله لأحكام الشريعة الإسلامية الموضحة لذلك أو غيرها من الشرائع التي تحكم حالة الفاعلين كالمسيحية أو اليهودية مثلاً.

قيد الشكوى:

تنص الفقرة الثالثة من المادة ٢٥٩ من قانون الجزاء الحالي، على أنه: « ولا تقام الدعوى الجزائية على الفاعل، رجلاً كان أو امرأة، إلا بناءً على شكوى الزوج أو ولي الأمر. فإذا لم يكن للفاعل زوج أو ولي أمر في الدولة جاز للادعاء العام إقامة الدعوى أو إبعاده من البلاد، ويجوز في جميع الأحوال للزوج أو ولي الأمر التنازل عن الدعوى، ويترتب على تنازل أحد الشاكين وقف الملاحقة الجزائية ووقف تنفيذ العقوبة».

- (١) كان قانون الجزاء الملغي رقم ١٩٧٤/٧ يعاقب على هذه الجريمة بالسجن مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد على سنة. م ٢٢٥ / ١.

والسؤال الذي يثور في هذه الحالة هو عن الحكم إذا قام الذكر بمواقعة أنثى في دبرها برضاها لمرة واحدة.

حقيقة الأمر أن هذا الفعل يخرج عن نطاق جريمة اللواط المنصوص عليه بالمادة ٢٦١ جزاء، السابق ذكرها، لأنها قصرت هذا الفعل صراحة على الذكور، أو بمعنى آخر أن الفاعل والمفعول به في هذه الجريمة هما من الذكور.

كما أن الفعل، واقعة الذكر لأنثى برضاها في دبرها، يخرج عن نطاق التجريم الوارد بالمادة ٢٥٧ جزاء، لوجود عنصر الرضا.

ومن ناحية أخرى فإن الفعل المشار إليه، لا ينطبق عليه وصف الأفعال الشهوانية التي نص عليها المشرع في المادة ٢٦٢ جزاء، لأن الأفعال الشهوانية يشترط لها أن تكون مع شخص من نفس الجنس، أي بين ذكرين أو بين امرأتين.

إضافة إلى أن الأفعال الشهوانية لا تشمل الواقعة أو الوطء، وإنما هي قاصرة على ما يعد من مقدمات الجماع كالتقبيل بشهوة أو الملامسة لأماكن ذات حساسية بالجسم أو الأحضان أو المفاخذة أو غير ذلك من الأفعال التي تقدرها محكمة الموضوع.

وفي تقديرنا أن واقعة الذكر لأنثى برضاها في الدبر يندرج تحت نطاق المادة ٢٥٩ جزاء، وذلك لأن المشرع لم يعد يسمى هذا الفعل زنا، بعد أن أطلق لفظ الواقعة الذي شمل كونه في القبل أو في الدبر من خلال المادة ٢٦٣، التي نصت على أنه: «تعد الواقعة تامة عند دخول العضو الذكري لأقل درجة في القبل أو في الدبر سواء أكان مصحوباً بإنزال المنى أم لا».

ومن ثم تعد واقعة لأنثى برضاها، فغير المتزوج سوف يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على ثلاث سنوات طبقاً للمادة ١/٢٥٩ جزاء، أما المتزوج فإنه سيعاقب بالسجن مدة لا تقل عن سنتين ولا تزيد على ثلاث سنوات طبقاً للمادة ٢/ ٢٥٩ جزاء.

والتدليل على صحة ذلك، من ثلاثة أوجه: الأول أن المشرع العماني في قانون الجزاء الحالي رقم ٢٠١٨/٧ م لم

وقد جرم المشرع العماني اللواط، وعاقب عليه بمقتضى المادة ٢٦١ جزاء، والتي تنص على أنه:

«يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن سنة، ولا تزيد على ثلاث سنوات كل ذكر واقع ذكراً برضاها، ويعاقب بالعقوبة ذاتها الذكر الذي قبل ذلك على نفسه».

ويلاحظ أن المشرع قد رفع الحد الأدنى للعقوبة،^(١) وهو نوع من التشديد لمواجهة خطورة الجريمة كما نص صراحة على معاقبة الذكر الذي قبل ذلك على نفسه بذات عقوبة الفاعل به، ويقتضي ذلك الرضا التام بهذا الفعل. فلو انتفى عنصر الرضا من المفعول به في هذه الجريمة كنا بصدد واقعة بغير رضا المجني عليه، المنصوص عليها من خلال المادة ٢٥٧ جزاء.

ولا يعتد برضا المجني عليه إذا كان قاصراً لم يتجاوز الثامنة عشرة من عمره، طبقاً لما نصت عليه المادة ٢٦٤ جزاء، إذ قالت: «لا يعتد بالرضا في أحكام هذا الفصل إذا كان المجني عليه لم يكمل الثامنة عشرة من عمره».

فإذا تمت الواقعة على ذكر لم يكمل الثامنة عشرة من عمره، فإن هذا الفعل يعد صادراً بغير رضا من المجني عليه، مما ينقل المسؤولية الجزائية عن الفعل إلى نطاق المادة ٢٥٧ / ١ جزاء، التي تعاقب الفاعل بالسجن مدة لا تقل عن عشر سنوات ولا تزيد على خمس عشرة سنة.

ورغبة من المشرع في تطهير المجتمع من تلك الأفعال والممارسات الشاذة، فقد حرر سلطة الادعاء العام تماماً من قيد الشكوى لمباشرة الدعوى الجزائية المتعلقة بجريمة اللواط، خلافاً لقانون الجزاء السابق الذي كان ينص على الشكوى، إلا إذا أدى الأمر إلى الفضيحة. أما الآن في ظل النص الحالي فلم يعد لقيد الشكوى محل.^(٢)

(١) كان قانون الجزاء الملغي يعاقب على هذا الفعل بالسجن من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات، م ٢٢٣.

(٢) كان النص القديم في قانون الجزاء السابق رقم ١٩٧٤/٧ م، يساوي بين اللواط والأفعال الشهوانية من حيث العقوبة، ثم يقرر أن اللواط والسحاق لا يحتاجان إلى شكوى طالما لم يؤد الأمر إلى فضيحة، فكأنه يقصر الأفعال الشهوانية على السحاق، وفي النهاية يقرر توقف الملاحقة بالنسبة للسحاق على شكوى إذا تم بين الأصول أو الفروع أو بين الأخوات والأبناء، المادة ٢٢٣ جزاء ملغي.

المطلب الخامس:

جريمة ارتكاب أفعال شهوانية (١)

تم تجريم الأفعال الشهوانية، بمقتضى المادة ٢٦٢ / ١ من قانون الجزاء الحالي رقم ٢٠١٨/٧م، التي تنص على أنه: « يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على ثلاث سنوات كل من ارتكب مع شخص من نفس الجنس أفعالا شهوانية ... »

وقد جاء هذا النص في قانون الجزاء الحالي أكثر انضباطاً وتحديداً من النص الذي كان موجوداً في القانون الملغى رقم ١٩٧٤/٧م، م ٢٢٣ منه، فلم يكن المشرع يفرق في النص المشار إليه بين اللواط والسحاق ويعتبرهما من الأفعال الشهوانية ويعاقب عليهما بنفس العقوبة.

أما النص الحالي، م ٢٦٢ / ١، فقد أخرج من نطاقه أي ممارسة جنسية يمكن أن تتم وأفرد لها مواد أخرى سبق لنا التعرض لها، وجميعها تسبق هذا النص. ومن ثم أصبحت الأفعال الشهوانية التي يقصدها المشرع تنطبق على ما عدا ذلك من أفعال لا تصل في جسامتها إلى درجة الواقعة الجنسية، كالتقبيل بشهوة بين رجلين أو بين امرأتين، أو الأحضان المثيرة للشهوة أو المفاخرة أو الملامسة للأعضاء التي تثير الشهوة والرغبة الجنسية بين رجلين أو امرأتين وغير ذلك من الأفعال التي تختص محكمة الموضوع بتحديدتها باعتبارها من الوقائع المادية، مراعية في ذلك الأخلاق والقيم الثابتة والآداب العامة في المجتمع. (٢)

(١) كلمة شهوانية اسم مؤنث منسوب إلى شهوة، وهي شدة الرغبة أو الميل إلى فعل الملمات الحسية طلباً للذة الجسدية. ومنه حب شهواني: أي مناف للغة والطهارة. والشهواني: الشديد الرغبة في الملمات المادية. ومنه تشهى الشيء أي أحبه ورغب فيه كثيراً. ومنه ما يشتهى من الملمات الجنسية. للمزيد راجع في ذلك المعجم الوسيط - الطبعة الثانية - مجمع اللغة العربية - القاهرة ١٩٧٢، ومعجم المعاني الجامع - مروان العطية - مركز إيوان للنشر، دار النوادر - القاهرة ٢٠١٢.

(٢) يصح إطلاق جريمة هتك العرض بالرضا، على الأفعال الشهوانية المجرمة بمقتضى المادة ٢٦٢ جزاء.

يُدرج هذه الجريمة تحت مسمى الزنا، كما كان الأمر في قانون الجزاء الملغى (المواد ٢٢٥، ٢٢٦، ٢٢٧)، وإنما أدرجها ضمن جرائم الفصل الثاني المعنون بالجرائم الواقعة على العرض. فحذف هذه التسمية يفيد رغبة المشرع شمول التجريم لهذه الصورة التي يتعذر اعتبارها من جرائم الزنا، فعمد إلى إطلاق التسمية التي تمكن القول بأنها أصبحت جريمة واقعة أنثى برضاها.

الوجه الثاني: أن المشرع في قانون الجزاء الحالي لم يذكر كلمة الزنا في نطاق المادة ٢٥٩ بجميع فقراتها، وأطلق كلمة الفاعل على الذكر أو الأنثى، خلافاً لنصوص القانون الملغى فالمادة ٢٢٧ منه كانت تنص على أنه: « لا تقام الدعوى الجزائية على الزاني، رجلاً كان أو امرأة، فإذا لم يكن للزاني زوج أو ولي أمر في السلطنة »

أما النص الحالي، المادة ٢٥٩ / ٣، فقد أصبح كالاتي: « ولا تقام الدعوى الجزائية على الفاعل، رجلاً كان أو امرأة، فإذا لم يكن للفاعل زوج أو ولي أمر »

الوجه الثالث: أن المشرع قد عبر في الفقرة الأولى من المادة ٢٥٩ من قانون الجزاء الحالي، بلفظ « واقع »، فقال « يعاقب بالسجن كل من واقع أنثى برضاها ... » ثم جاء في المادة ٢٦٣ منه، وبين المراد بالواقعة، فقال: « تعد الواقعة تامة عند دخول العضو الذكري لأقل درجة في القبل أو في الدبر سواء أكان مصحوباً بإنزال المنى أم لا. »

مما يدل على أن الواقعة المنصوص عليها في صدر المادة ٢٥٩، قد تكون في القبل أو في الدبر، لتشمل بذلك واقعة الأنثى برضاها سواء أكان ذلك في قبلها أم في دبرها، ويعد الفعل مؤثماً ومعاقباً عليه بالعقوبة المقررة في المادة ٢٥٩ جزاء دون أن يسمى ذلك جريمة الزنا. فالنص قد صار من الشمول بحيث يتسع لفعل جريمة الزنا وغيرها، ويتعين على القضاء والادعاء العام إعطاء الوصف القانوني الصحيح للفعل واعتباره جريمة واقعة أنثى برضاها في الدبر، طبقاً لنص المادة ٢٥٩ جزاء.

وفقاً للضوابط القانونية المنصوص عليها في هذا الشأن. كما أن القيد المذكور غير قاصر على تحريك الدعوى الجزائية، بل إن آثاره تمتد إلى أبعد من ذلك، فأجاز المشرع لمن تقدم بالشكوى وقف الملاحقة الجزائية، ووقف تنفيذ العقوبة في حال صدور حكم بذلك، تماشياً مع السياسة التشريعية التي يهدف إليها المشرع من المحافظة على سمعة العائلات وكرامتها وعدم الفضائح.

عدم الاعتداد برضاء المجني عليه القاصر:

تتضح رغبة المشرع في حماية العرض من خلال ما نص عليه في المادة ٢٦٤ من قانون الجزاء الحالي، فقد اعتبر المشرع الرضاء الصادر من المجني عليه الذي لم يكمل الثامنة عشرة من عمره غير صحيح ولا يعتد به في أحكام هذا الفصل المتعلق بالمواد من ٢٥٧ وحتى ٢٦٢ منه.

ويفترض في هذه الحالة أن الجاني عالم بسن المجني عليه إلا إذا ثبت غير ذلك، وعليه وحده يقع عبء الإثبات. وفي ذلك تنص المادة ٢٦٤ جزاء، على أنه: « لا يعتد بالرضا في أحكام هذا الفصل إذا كان المجني عليه لم يكمل الثامنة عشرة من عمره ».

وهذا الحكم له بالغ الأهمية والأثر على المسؤولية الجزائية للجاني في نطاق الجرائم الواقعة على العرض، ويتضح ذلك من خلال الفروض الآتية:

الفرض الأول: يتعلق بجريمة واقعة أنثى برضاها المنصوص عليها في المادة ٢٥٩ جزاء، فإنها سوف تتحول إلى جريمة الاغتصاب أو واقعة أنثى بغير رضاها الواردة بالمادة ٢٥٧ جزاء، إذا كانت المجني عليها لم تكمل الثامنة عشر من عمرها، لأنه لن يعتد برضاها، ومن ثم يعاقب الفاعل في هذه الحالة بالسجن مدة لا تقل عن عشر سنوات ولا تزيد على خمس عشرة سنة إذا كانت المجني عليها قد أتمت الخامسة عشرة من عمرها ولم تكمل الثامنة عشرة، وفقاً للمادة ٢٥٧ / ١ جزاء. أما إذا كان عمرها أقل من خمس عشرة سنة فإن عقوبة الجاني هي السجن المطلق طبقاً للمادة ٢٥٧ / ٢ جزاء.

كما أن الجريمة سوف تتحرر من قيد الشكوى المنصوص

ويشترط لكمال التجريم أن تقع هذه الأفعال الشهوانية بين اثنين أو أكثر من نفس النوع، كرجلين أو أكثر، أو بين امرأتين أو أكثر. وأن يكون الفعل قد تم برضاء الطرفين، وإلا كنا إزاء جريمة هتك العرض بغير رضا المنصوص عليها بمقتضى المادة ٢٥٨ من قانون الجزاء.

قيد الشكوى:

وقد اعتبر المشرع جريمة ارتكاب الأفعال الشهوانية، من جرائم الشكوى، أي من الجرائم التي يقيد حق الادعاء العام في تحريك الدعوى الجزائية عنها بتقديم شكوى من المجني عليه المضرور من هذه الجريمة، وهو الزوج أو ولي الأمر، فإذا لم يكن للفاعل زوج أو ولي أمر في الدولة جاز للادعاء العام إقامة الدعوى أو إبعاده من البلاد، وهذا ما نصت عليه المادة ٢٦٢ / ٢ جزاء.

ويجوز في جميع الأحوال للزوج أو ولي الأمر التنازل عن الشكوى، فتتوقف الملاحقة الجزائية أو وقف تنفيذ العقوبة إذا كان قد تم الفصل فيها قضائياً، طبقاً للمادة ٢٦٢ / ٣ جزاء.

فقد راعى المشرع العماني طبيعة العلاقات الاجتماعية والأسرية، والمحافظة عليها من الفضائح وتشويه السمعة، فأوجد هذا القيد على سلطة الادعاء العام في تحريك الدعوى الجزائية عن جريمة الأفعال الشهوانية.

ويلاحظ أن المشرع في قانون الجزاء الحالي قد قصر حق الشكوى على الزوج أو ولي الأمر. بخلاف قانون الجزاء السابق رقم ١٩٧٤/٧م الذي كان يعطي هذا الحق في حالة السحاق بين الأصول أو الفروع أو بين الأخوات أو الأبناء، للقريب أو الصهر حتى الدرجة الرابعة، طالما أن الفعل لم يؤد إلى الفضيحة، م ٢٢٣ منه.

وحسناً فعل المشرع في قانون الجزاء الحالي، حيث أعاد ضبط الألفاظ وتحديد الأفعال المجرمة بشكل دقيق، كما قصر قيد الشكوى على الزوج أو ولي الأمر على النحو السابق بيانه في المادة ٢٦٢ / ٢، ٣ جزاء. فإذا لم يوجد أي منهما في الدولة جاز للادعاء العام إقامة الدعوى الجزائية أو إبعاد الفاعل عن البلاد إذا كان غير عماني

قانون الجزاء رقم ٢٠١٨/٧ م أحكاماً مستحدثة، تدارك فيها المشرع أموراً كانت غائبة عن التنظيم أو النص عليها في قانون الجزاء السابق، وأدرج جملة هذه الأفعال المجرمة تحت مسمى الأفعال المخلة بالحياة.

ويهدف المشرع من وراء تجريم هذه الأفعال حماية الشعور العام بالحياة، حتى لا يتأذى الفرد عند مشاهدة أو سماع تلك الأفعال أو الأقوال التي تخدش القيم الأخلاقية والآداب العامة.

ويعرف الفعل المخل بالحياة بأنه كل سلوك عمدي يخل أو يخدش حياة من يشعر به بأية حاسة من حواسه.^(١) وسوف نقوم بتوضيح جملة الأفعال التي جرمها المشرع العماني، المتعلقة بالإخل بالحياة، من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول:

جريمة الفعل المخل بالحياة

نصت المادة ٢٦٥ من قانون الجزاء، على أنه: « يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن عشرة أيام، ولا تزيد على ثلاثة أشهر، وبغرامة لا تقل عن مائة ريال عماني ولا تزيد على ثلاثمائة ريال عماني أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أتى علناً فعلاً أو قولاً مخللاً بالحياة. »^(٢)

ويشير الفقه والقضاء الجنائيات، لهذه الجريمة بالفعل الفاضح العلني،^(٣) وهذا من باب الغالب والأشد، إلا أن ذلك لا يمنع من ارتكاب الجريمة بطريق القول، وعبارات المادة ٢٦٥ جزاء واضحة في ذلك إذ تقول: « كل من أتى

عليه في المادة ٢٥٩ / ٣ جزاء، وذلك لأنها أصبحت من الجنايات المنصوص عليها بمقتضى المادة ٢٥٧ جزاء، وهي غير متوقفة على شكوى، فيحق للدعاء العام تحريك الدعوى الجزائية عنها بهذا الوصف.

الفرض الثاني: يتعلق بجريمة اللواط، المنصوص عليها في المادة ٢٦١ جزاء وهي من قبيل الجنح، فإذا كان المجني عليه يقل عمره عن ثماني عشرة سنة فإنها سوف تنقلب إلى الجناية المنصوص عليها بمقتضى المادة ٢٥٧ جزاء، وهي الواقعة ذكر بغير رضا، لأنه لا يعتد بالرضا الحاصل لمن هو دون الثامنة عشرة من عمره طبقاً للمادة ٢٦٤ من قانون الجزاء.

وتجدر الإشارة إلى أن الحكم الوارد بالمادة ٢٦٤ جزاء، يتعلق بالمجني عليه وحده، فإذا كان الجاني لم يبلغ الثامنة عشرة فإن الحكم لن ينطبق عليه.

الفرض الثالث: يتعلق بجريمة الأفعال الشهوانية المنصوص عليها في المادة ٢٦٢ جزاء، فهي تتطلب ارتكابها من فاعلين برضاؤهما التام، مما يصعب معه اعتبار أحدهما جانياً والآخر مجنياً عليه، فهل ينطبق الحكم الوارد بالمادة ٢٦٤ على هذه الجريمة.

في تقديري أن هذه الجريمة ينطبق عليها حكم المادة ٢٦٤ جزاء، فإذا كان أحد الفاعلين لم يكمل الثامنة عشرة من عمره فإنه سيصبح مجنياً عليه في هذه الحالة، لأن رضائه غير معتد به، ومن ثم يسأل الطرف الآخر عن جريمة هتك عرض بغير رضا الواردة بالمادة ٢٥٨ / ١ جزاء، وعقوبتها السجن مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على ثلاث سنوات.

المبحث الثالث

تجريم الأفعال أو الأقوال المخلة بالحياة

عالج المشرع العماني هذه الأفعال المجرمة في نطاق حمايته للآداب العامة والأخلاق ضد أي فعل أو قول يمثل إخلالاً بها أو اعتداءً عليها. وقد جاءت جل أحكام هذا الفصل من

(١) د. علي عبد القادر القهوجي - قانون العقوبات القسم الخاص -

منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت ٢٠٠١ - ص ٥٣٧.

(٢) يقابل هذا النص في التشريع المصري، المادة ٢٧٨ عقوبات، والتي تنص على أنه: « كل من فعل علانية فعلاً فاضحاً مخللاً بالحياة يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بغرامة لا تتجاوز ثلاثمائة جنيه مصري. » فعبارة النص توحي بأن الفعل الفاضح المخل بالحياة قاصر على كونه فعلاً دون القول، وهي صياغة تحتاج إلى تعديل.

(٣) راجع في ذلك نقض جنائي مصري ١٩٤٣/٥/٣ الطعن ٧٥٧ سنة ١٣ ق الربع قرن ص ٢/٨٩٩، ونقض ١٩٥٨/١١/١٠ الطعن ١١٥١ سنة ٢٨ ق السنة ٩ ص ٩١٣.

علناً فعلاً أو قولاً مخللاً بالحياة»^(١)

وتقوم هذه الجريمة بتوافر ثلاثة أركان: الأول فعل مادي يחדش في المرء حياء العين أو الأذن، سواء وقع الفعل على جسم الغير أو أوقعه الجاني على نفسه.

الثاني: العلانية، ولا يشترط لتوافرها أن يشاهد الغير عمل الجاني فعلاً بل يكفي أن تكون المشاهدة محتملة.

الثالث: القصد الجنائي، وهو تعمد الجاني إتيان الفعل.^(٢)

ويجب أن يكون السلوك الذي قام به الجاني، مخللاً بالحياة أي يجرح الشعور العام لدى أفراد المجتمع وما يتعارفون عليه من القيم الأخلاقية والدينية والآداب العامة. كمن يخرج عارياً أمام الناس، أو من يقوم بالكشف عن أعضائه التناسلية، أو من يقوم ببعض الحركات أو الإشارات الجنسية أمام الآخرين أو في الأماكن العامة، أو من تقوم بالكشف عن ثدييها أمام المارة أو في الطريق العام، أو من يتفوه بكلمات لها دلالات جنسية أمام الآخرين، أو من يقوم بالكتابة أو الرسم لمواد تعد مخلة بالحياة العام وعرضها في مكان عام أو متاح للجمهور، وما إلى غير ذلك من الأفعال أو الإشارات أو الأقوال التي تجرح الحياة العام لدى المجتمع.

ويراعى في هذا الشأن، عند توافر العلانية، ما ذكرته المادة ٩ من قانون الجزاء، التي تنص على أنه: « تعد علانية في تطبيق أحكام هذا القانون:

أ. القول أو الصياح إذا حصل الجهر به، أو تم نقله بأي وسيلة في جمع أو مكان عام، أو مكان متاح للجمهور.

ب. الأفعال أو الإشارات أو الحركات إذا وقعت في أي من الأماكن المنصوص عليها في البند (أ) من هذه المادة، أو

(١) وممن يرى ذلك، د. عادل العاني - شرح قانون الجزاء العماني - الجرائم الواقعة على الأشخاص - مطبعة الأجيال - الطبعة الأولى ٢٠١٨ - ص ٢٦٨.

(٢) للمزيد راجع: نقض جنائي مصري ١٠/١١/١٩٥٨ طعن ١١٥١ سنة ٢٨ ق السنة ٩ - ص ٩١٣، والسنة ١٤ ص ٨، والسنة ٢٤ - ص ٨٤٧، والسنة ٢٦ - ص ٨٩١، ونقض ٢٩/١٢/١٩٧٠ - أحكام النقض - س ٢٦ ق ١٩٦ - ص ٨٩١، ونقض ١٤/١٠/١٩٧٣ أحكام النقض - س ٢٤ - ق ١٧٥ - ص ٨٤٧.

نقلت إليه بأي وسيلة أو شوهدت ممن لا دخل له فيها.

ج. الكتابة أو الرسوم أو الصور أو الرموز أو المواد المسموعة أو المرئية أو المقروءة أو غيرها من طرق التعبير إذا عرضت أو كان يستطيع رؤيتها أو سماعها أو قراءتها من كان في أي من الأماكن المنصوص عليها في البند (أ) من هذه المادة أو وزعت بغير تمييز أو بيعت أو عرضت للبيع».

وقد يرتكب الجاني بعض الأفعال التي تكون جريمة فعل فاضح علني وفي نفس الوقت تشكل جريمة هتك عرض لأن هذا الفعل قد وقع على جسم الغير، كمن يقوم في مكان عام بوضع يده تحت ثوب امرأة، أو يقوم بقصرها في فخذها أو صدرها أو ذراعها،^(٣) أو من يقوم بضم امرأة أو تقبيلها في مكان عام أو متاح للجمهور، أو ضم صبي أو تقبيله بطريقة غير مألوفة وتعد خدشاً للحياة العام، ففي هذه الحالات نكون بصدد تعدد معنوي للجرائم، طبقاً للمادة ٦٣ جزاء، ويعاقب الفاعل بالعقوبة الأشد، وهي عقوبة هتك العرض.

ويمكن أن يكون الفعل غير معاقب عليه في ذاته، إلا أنه لحصوله في مكان عام أو في الطريق العام أو مكان متاح للجمهور،^(٤) فإنه يعد فعلاً مخللاً بالحياة لدى عامة الناس، ويعاقب فاعله بمقتضى المادة ٢٦٥ جزاء، كمن يمارس الجنس مع زوجته في سيارة تقف بجانب الطريق أو متنزه عام، أو يقوم بتقبيلها في مكان عام بشكل يتنافى مع الآداب العامة.

ومن خلال ما سبق يمكن القول إن الفعل الفاضح العلني قد يتم برضاء الطرف الآخر، أو بغير رضاه، فلا يعد الرضاء سبباً مانعاً للمسؤولية أو انتفاء الفعل.

ولا يشترط أن يخل الفعل أو القول الفاضح العلني بحياة جميع أفراد المجتمع، أو بمعنى أدق لا يشترط أن يشاهده أو يسمعه جميع الأفراد، وإنما يكفي أن يחדش حياة

(٣) نقض جنائي مصري ١٦/٦/١٩٥٣ الطعن ٤٤٠ سنة ٢٣ ق الربع قرن - ص ٨٩٩ / ١، ونقض ١٠/١١/١٩٥٨ سابق الإشارة إليه.

(٤) يستوي في التجريم أن يكون هذا المكان العام، عام بطبيعته أو بالتخصيص أو المصادفة.

البعض منهم طالما وقع الفعل تحت أنظارهم وأصابهم الأذى في شعورهم العام.

وتجدر الإشارة إلى أن تحديد ما إذا كان الفعل مخالفاً بالحياء العام أم لا، أمر تستقل بتقديره محكمة الموضوع في ضوء القيم والأخلاق والعادات المرعية لدى المجتمع في الوقت الذي ارتكب فيه الفعل. فما يعد مخالفاً بالحياء في وقت ما قد لا يكون كذلك بعد حين من الزمن، وما يعد مخالفاً بالحياء في مكان ما قد لا يعد كذلك في مكان آخر، فالمرأة أو الرجل الذي يخرج أمام الناس شبه عار قد لا يعتبر فعله مخالفاً إذا كان كذلك على شاطئ البحر أو البلابات مثلاً، وقد يتفوه الشخص بكلمة تعد مخلة بالحياء في مكان ما، بينما لا تعد كذلك في منطقة أخرى يعتاد أهلها على استعمال هذه الكلمة لمعنى معين دون قصد الإخلال بالحياء، فالمرجع في تقدير ذلك محكمة الموضوع دون معقب عليها.

المطلب الثاني:

تجريم التعرض لأنثى أو التنكر في زي امرأة أو الظهور علناً بمظهر

النساء

تنص المادة ٢٦٦ جزاء، على أنه: « يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على سنة، وبغرامة لا تقل عن مائة ريال عماني ولا تزيد على ثلاثمائة ريال عماني، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل ذكر:

أ. تعرض لأنثى على وجه يחדش حياءها بالقول أو الفعل.^(١)

(١) تقررت هذه الجريمة في التشريع المصري بمقتضى المادة ٣٠٦ مكرر عقوبات، المعدلة بالقانون ٩٣ لسنة ١٩٩٥، ونصها: « يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سنة وبغرامة لا تقل عن مائتي جنيه ولا تزيد على ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من تعرض لأنثى على وجه يחדش حياءها بالقول أو بالفعل في طريق عام أو مكان مطروق. ويسري حكم الفقرة السابقة إذا كان خدش حياء الأنثى قد وقع عن طريق التليفون. فإذا عاد الجاني إلى ارتكاب جريمة من نفس نوع الجريمة المنصوص عليها في الفقرة السابقة مرة أخرى في خلال سنة من تاريخ الحكم عليه في الجريمة الأولى تكون العقوبة الحبس

ب. تطفل على أنثى في خلوتها.

ج. تنكر في زي امرأة أو دخل متنكراً مكاناً خاصاً بالنساء أو محظوراً دخوله آنذاك لغير النساء

د. ظهر علناً بمظهر النساء في لباسه أو هيئته».

من خلال هذا النص نجد أن المشرع العماني قد جرم جملة من الأفعال تعد اعتداءً على الحياء العام لأفراد المجتمع، خاصة النساء منهم. ويمكن القول بأن ما ورد النص عليه في المادة ٢٦٦ جزاء يعد تطوراً إيجابياً ومهماً من المشرع لمواجهة تلك الأفعال التي لم يكن قانون الجزاء السابق يتعرض لها أو ينص عليها. وقد تدارك قانون الجزاء الحالي ذلك النقص التشريعي الذي لم تستطع المادة ٢٦٩ المتعلقة بإهانة الكرامة في القانون الملغى مواجهته، فقد كنا في أمس الحاجة لهذا التعديل، وحسناً فعل المشرع.

وقد تضمنت المادة ٢٦٦ من قانون الجزاء الحالي، جملة من الأفعال المجرمة التي تشكل اعتداءً على الآداب العامة وخدشاً لعاطفة الحياء لدى المجتمع بوجه عام، والأنثى بوجه خاص، ولذا فقد حق المعاقبة عليها بالسجن والغرامة أو إحداهما على النحو الوارد في النص المذكور.

وسوف نورد بعض الملاحظات المهمة في نطاق ما نصت عليه المادة ٢٦٦ جزاء، حتى تتضح لنا عناية المشرع وحمائيته للآداب العامة من خلال هذا التعديل التشريعي، وإضافة جملة من الأفعال التي تستأهل التجريم والمعاقبة، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: من الملاحظ أن جملة الأفعال المنصوص عليها من خلال المادة ٢٦٦ جزاء، هي أفعال مستحدثة نص عليها قانون الجزاء الجديد الصادر بالمرسوم ٧ / ٢٠١٨، ولم يكن لها مثيل في قانون الجزاء الملغى.

ثانياً: أن النص المشار إليه، م ٢٦٦ جزاء، قد اشترط أن يكون الجاني في هذه الجرائم جميعها ذكراً، وهو ما يفرض هذه المادة عن المادة السابقة، ٢٦٥ جزاء المتعلقة

وبغرامة لا تقل عن خمسمائة جنيه ولا تزيد على ثلاثة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين».

بالفعل الفاضح العلني، التي لا تشترط ذلك، فالتجريم فيها يقوم به الذكر أو الأنثى على السواء.

كما أن المجني عليه في نطاق المادة ٢٦٦ / أ، ب، لا بد أن تكون أنثى وقع عليها هذا الفعل المؤثم والمخل بحيائها بغير رضاها، وهو ما يستفاد من صياغة الفقرات المشار إليها.

ثالثاً: جرم المشرع العماني تعرض الذكر للأنثى على وجه يחדش حيائها، سواء أكان ذلك بالفعل أم القول، م ٢٦٦ / أ جزاء.

فالتعرض المقصود هنا يحمل معنى المضايقة والتصدي للأنثى من قبل الذكر، حتى أنها أصبحت هدفاً له ولأفعاله أو أقواله المخلة أو الخادشة لعاطفة الحياء لديها. ^(١)

ويلاحظ أن المشرع لم ينص من خلال هذه المادة على اشتراط أن تتم هذه الأفعال بطريق العلانية، وهو ما يعني أن التعرض بالقول أو الفعل الخادش لحياء الأنثى يكون في غير علانية، وهو بذلك يواجه تجريم ارتكاب الفعل المخل بالحياء من خلال التعرض لأنثى في موضع آخر غير العلن. ^(٢)

ومن الخطورة التي استدعت تجريم هذا الفعل، أنه يحمل معنى المفاجأة التي قد تحدث أثراً عميقاً في نفس المجني عليها، وكونها قد تكون وحدها عند إقدام الجاني على ارتكاب الفعل، مما استدعى المعاقبة عليه بعقوبة أشد من عقوبة الفعل العلني المخل بالحياء المنصوص عليه بالمادة ٢٦٥ جزاء.

كما أن الفعل قد تم بغير رضا من المجني عليها، وهو ما

يؤكد على أن التعرض يحمل في طياته التصدي والمضايقة على النحو المسيء للمرأة.

وتجدر الإشارة إلى أن مسألة رضا المجني عليها أو عدم رضاها، مسألة موضوعية تفصل فيها محكمة الموضوع، وتستقل بتقديرها بغير معقب عليها من المحكمة العليا.

وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية، بقولها: « إن مسألة رضا المجني عليها أو عدم رضاها في جريمة المادة ٢٧٩ من قانون العقوبات مسألة موضوعية تفصل فيها محكمة الموضوع فضلاً نهائياً وليس لمحكمة النقض بعد ذلك حق مراقبتها في هذا الشأن طالما أن الأدلة والاعتبارات التي ذكرتها من شأنها أن تؤدي إلى ما انتهى إليه الحكم. » ^(٣)

رابعاً: حمى المشرع المرأة من تطفل الرجل عليها في خلوتها احتراماً لخصوصيتها، ومنعاً لما قد يسببه هذا الفعل من إيذاء لها وחדش لعاطفة الحياء لديها، فعاقب الذكر الذي يتطفل على الأنثى في خلوتها بالعقوبة المنصوص عليها في صدر المادة ٢٦٦ جزاء، الفقرة ب منها. ^(٤)

وقد اعتبر المشرع مجرد تطفل الذكر على الأنثى في خلوتها كافياً لقيام التجريم والمسؤولية الجزائية دون اشتراط أن يصاحبه فعل آخر، واعتبر ذلك مما يחדش عاطفة الحياء لدى الأنثى، وفي ذلك صون للحرمان وحماية لخصوصية المرأة.

وتعد خلوة للمرأة كل مكان خاص بها، سواء كان في منزلها أم خارجه، طالما أن هذا المكان مشار إلى أنه خاص بالنساء ومعلوم لمرتادي هذا المكان.

ويشترط لقيام المسؤولية الجنائية وكمالها، ألا تكون المرأة راضية عن هذا الفعل، أي إنه قد تم رغماً عنها

(٣) نقض جنائي ١١/٢، ١٩٥٩، سابق الإشارة إليه.

(٤) وقد ورد في معنى التطفل في اللغة العربية: تطفل الرجل أي صار طفلياً، أو من يضيف نفسه عند غيره بلا دعوة. ومنه دخوله إلى وليمة أو حفلة دون دعوة. ومنه تدخل فيما لا يعنيه أو ما ليس من اختصاصه. وتطفل أي يظلم على القوم أمره فلا يدرون من دعاه ولا كيف دخل عليهم. للمزيد راجع المعجم الوسيط، ومعجم المعاني الجامع، سابق الإشارة إليهما.

(١) مما ورد في اللغة العربية لبيان معنى كلمة (تعرض): يعني تصدى، وتعرض للشخص أي صبره هدفاً له. وعرض أي أبدى استعداد له للفعل. وعرض عرض فلان أي نحا نحوه. ومنه عرض فلان لكذا أي جعله عرضة وهدفاً له. وتعرض لمسألة أي تصدى لها وطلبها، أو وقف في طريقها أو واجهها. والتعرض للصيد هو محاولة الصيد. للمزيد في ذلك راجع المعجم الوسيط، ومعجم المعاني - سابق الإشارة إليهما.

(٢) تجدر الإشارة إلى موقف المشرع المصري، م ٣٠٦ مكرر عقوبات، الذي يتطلب أن يكون هذا الفعل أو القول قد تم في طريق عام أو مكان مطروق. أو إذا كان خدش الحياء قد وقع عن طريق التليفون.

وبغير رضاها، وإلا انتفت المسؤولية عن الجاني، وهو أمر تستقل محكمة الموضوع بتقديره في ضوء الوقائع المعروضة لديها.

وهذا ما صرحت به محكمة النقض المصرية، بقولها: «... فإذا استند الحكم في براءة المتهم إلى قوله وأن الثابت من وقائع الدعوى أن ركن انعدام رضا المجني عليها غير متوافر. ذلك أن الظاهر للمتهم هو أن المجني عليها راضية عن الواقعة فضلاً عن أنها سمحت له برضاها الدخول لمسكنها والجلوس بصحبته... ومن ناحية أخرى فإن المحكمة تستخلص رضا المجني عليها من قولها بمحضر جمع الاستدلالات أن زوجها قد لفق الواقعة للإيقاع بالمتهم أي إنها راضية عن الفعل الذي قام به المتهم وذلك حتى توقع به لكي يستفيد زوجها حسب الخطة التي كان يرمي إليها ... فإن ما أثبتته الحكم ينطوي على رضا المجني عليها بجميع مظاهره وكامل معالته»^(١).

خامساً: عاقب المشرع بذات العقوبة المنصوص عليها في صدر المادة ٢٦٦ جزاء، بالسجن مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على سنة، وبغرامة لا تقل عن مائة ريال عماني ولا تزيد على ثلاثمائة ريال عماني، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل ذكر يتنكر في زي امرأة، أو دخل متنكراً مكاناً خاصاً بالنساء أو محظوراً دخوله آنذاك لغير النساء، وذلك بمقتضى الفقرة ج منها.

وهذا التجريم يتسق وسياسة المشرع في المحافظة على الآداب العامة في المجتمع من بعض الأفعال التي تشكل اعتداءً وإخلالاً بشعور الحياء، وهذه الفقرة من مستحدثات قانون الجزاء الحالي ويلاحظ أن المشرع قد جرم قيام الذكر بالتنكر في زي امرأة والظهور أمام الغير بهذا المظهر المخل بالحياء والمنافي لفطرة وقواعد الرجولة التي يجب أن يحرص عليها الرجل في المجتمع وبين أقرانه، ويستوي في نظر المشرع أن يكون الجاني قد قام بهذا الفعل رغبة منه وحياً للظهور بهذا الزي أم أنه كان يهدف لشيء آخر، فلا عبرة بالباعث لديه للقيام بهذا الأمر.

(١) نقض جنائي ١٩٥٩/١١/٢ السابق الإشارة إليه.

وقد حمى المشرع أماكن النساء الخاصة بهن، أو تلك التي يحظر دخولها لغير النساء، من أن يقوم شخص بالتنكر في زي امرأة ثم يدخل هذه الأماكن. ولا يشترط أن يكون هناك نساء في هذه الأماكن في الوقت الذي دخل فيه الجاني متنكراً بزي امرأة، فيكفي تخصيصها لذلك أو

حظر دخولها لغير النساء، ومن ذلك دورات المياه الخاصة بالنساء، أو أماكن الطعام أو الشراب المحظور دخولها لغير النساء، أو المساكن الخاصة بهن كالمسكن المخصص للطالبات في المدن الجامعية مثلاً أو غير ذلك من الأماكن.

فمجرد التنكر في زي امرأة من قبل الجاني الذكر ودخوله للأماكن المشار إليها يعد كافياً لقيام المسؤولية الجزائية ومن ثم العقوبة المقررة لذلك، حتى ولو لم يقم بفعل آخر. كما أنه لا عبرة بالباعث لديه من وراء القيام بهذا السلوك، سواء أكان شريفاً أم لا.

سادساً: عاقب المشرع العماني، من خلال المادة ٢٦٦/د، كل ذكر يظهر علناً بمظهر النساء في لباسه أو هيئته. وهذا النص لم يكن له وجود في قانون الجزاء الملغى، وقد استحدثه قانون الجزاء الحالي رقم ٢٠١٨/٧ م، ليواجه به المشرع ظاهرة غريبة وشاذة بدأت في الانتشار بين بعض الذكور في بعض المجتمعات، وهي الظهور أمام الناس وهم متزيون بزي النساء ويرتدون بعض الملابس الخاصة بالمرأة، أو تبدو أشكالهم وهيئاتهم أقرب إلى هيئة النساء، كمن يضع من الذكور مساحيق أو أدوات تجميل وزينة للوجه خاصة بالنساء، مع ما يصاحب ذلك من الميوعة والتخنت في الكلام أو طريقة المشي، مما يتنافى مع الآداب العامة المرعية لدى المجتمع ويخالف القيم الدينية والتقاليد السائدة داخل المجتمع العماني.

ومن هنا نجد حرص المشرع على حماية تلك الآداب العامة للمجتمع، بتجريم هذه الأفعال الشاذة والغريبة، والمعاقبة عليها بالسجن والغرامة على النحو الوارد بالمادة ٢٦٦ / د من قانون الجزاء.

وفي تقديرنا أن أمثال هؤلاء الذكور يحتاجون إلى المعالجة النفسية والعضوية من خلال أخصائيين لهذا الأمر، فقد يكون ذلك أجدى وأنفع.

بصدد تجريم من نوع آخر.

وفي جميع الأحوال فإن اعتبار ما يعد من الأشياء المخالفة للحياة أو المخلة بالآداب العامة، هو من الأمور التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع، في ضوء ما تعارف عليه أفراد المجتمع من قيم أخلاقية وعادات وتقاليده يجب المحافظة عليها.

وتجدر الإشارة إلى أن الحماية الجزائية من خلال النص سالف الذكر، امتدت لتشمل حالة غير العلانية، أو بمعنى آخر تقوم المسؤولية الجنائية للشخص الذي يقوم بارتكاب فعل من هذه الأفعال حتى ولو لم يطلع عليها أحد. فيستوي في التجريم أن يرى هذا المحتوى أحد من الناس أو مجموعة منهم، أو أن الجاني قام بهذا السلوك ولم يطلع عليه الناس، فمجرد إتيان السلوك من قبل الجاني، وهو صنع أو توزيع أو نشر أو عرض ما يعد مخلاً بالحياة أو الآداب العامة، كاف لاستحقاق العقوبة المقررة.^(١)

كما تجدر الإشارة إلى أن المشرع في قانون الجزاء الملغى، كان يستثني من التجريم ما يعد إنتاجاً علمياً أو فنياً من خلال المادة ٢٢٤ / ٣،^(٢) إلا أنه لم يشر لذلك في النص الجديد، م ٢٦٧ جزاء محل البحث، ولم يعد لهذا الاستثناء محل، إلا إذا كانت هناك نصوص خاصة في التشريعات الجزائية الأخرى تعالج هذه المسألة.

(١) توجد بعض أحكام المحكمة العليا العمانية التي تتصدى لهذه المسألة، لكنها كانت قبل صدور قانون الجزاء الجديد رقم ٢٠١٨/ ٧ م، ومن ذلك قولها بعدم تطلب عنصر العلانية، أو اشتراطه لقيام هذه الجريمة وأن النعي بعدم توافره يضحى بلا أساس.

للمزيد في هذا الشأن راجع: طعن رقم ٢٠٠٢ / ٩٠ عليا جزائي جلسة ٢٠٠٢/١٧/ ٢٠٠٢ ص ٣٦٧، والطعن رقم ٢٠٠٥ / ١٣٥ عليا جزائي جلسة ٢٠٠٥ / ٥ / ٣ منشورات س ٥ ص ٢٦٣.

(٢) كانت المادة ٢٢٤ من قانون الجزاء السابق رقم ١٩٧٤/ ٧ م، تنص على أنه: " يعاقب بالسجن من عشرة أيام إلى سنة وبالغرامة من ريالين إلى خمسين كل من أقدم على ارتكاب فضيحة جنسية بإحدى الوسائل المذكورة في المادة ٣٤ من هذا القانون. ويتعرض لنفس العقاب من أقدم على صنع أو اقتناء أو توزيع أو عرض رسائل أو صور خلعية أو غيرها من الأشياء الفاضحة. ولا يعد شيئاً فاضحاً الانتاج العلمي أو الفني، إلا إذا قدم لغير غرض علمي لشخص يقل عمره عن الثامنة عشرة. »

وتجدر الإشارة إلى أن تقدير ما يعد داخلًا في نطاق هذه الأفعال المجرمة هو من إطلاقات محكمة الموضوع، فلها وحدها أن تقدر ما يعد مخالفاً للقيم والعادات المتعلقة باللباس أو الهيئة، وما يعتبر منها خاصاً بالنساء فلا يجوز للذكر أن يظهر به أمام الآخرين، كما أن لها تقدير التدبير المناسب لعلاج هؤلاء سواء من الناحية النفسية أو العضوية أو غير ذلك.

المطلب الثالث:

تجريم صنع أو توزيع أو نشر أو عرض أشياء خادشة للحياة أو مخلة بالآداب العامة.

تنص المادة ٢٦٧ من قانون الجزاء، على أنه: « يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن عشرة أيام ولا تزيد على سنة وبغرامة لا تقل عن مائة ريال عماني ولا تزيد على ثلاثمائة ريال عماني، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من صنع أو وزع أو نشر أو عرض، ولو في غير علانية، كتاباً أو مطبوعاً أو رسوماً أو صوراً أو أفلاماً أو رموزاً أو غير ذلك من الأشياء المخالفة للحياة أو المخلة بالآداب العامة. »

فهذا النص يعد حماية من المشرع العماني للحياة العام والآداب العامة للمجتمع، ضد ما يقوم به بعض الأفراد من نشر للرديلة أو الخلاعة والمجون بين أفراد المجتمع، وذلك من خلال القيام بصنع أو توزيع أو نشر أو عرض ما يعد مخلاً بالحياة أو الآداب العامة.

ويتم هذا السلوك من خلال عدة أشكال عبر عنها المشرع على سبيل المثال، سواء أكان في شكل كتاب أم مطبوعات ورقية أم غير ورقية، أم على هيئة رسوم أم صور، أم كان ذلك بطريقة الأفلام التي تسجل أو تصور متضمنة هذه المادة المجرمة، كما يشمل ذلك بعض الرموز التي تشير إلى دلالات جنسية معينة كعلامات الأصابع أو الأعضاء الجسدية، أو غيرها من الرموز المتعارف على دلالتها الجنسية.

ويلاحظ أن هذه الأفعال لا توجه ضد شخص معين، يكون هو المجني عليه محل هذا السلوك المشين، وإلا كنا

المطلب الرابع:

استعمال أجهزة الاتصالات أو الوسائط

الإلكترونية في الإخلال بالآداب العامة أو الأخلاق.

تنص المادة ٢٦٨ من قانون الجزاء، على أنه: « يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن عشرة أيام ولا تزيد على شهر، وبغرامة لا تقل عن مائة ريال عماني ولا تزيد على ثلاثمائة ريال عماني أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من استعمل أجهزة الاتصالات السلوكية أو اللاسلكية أو الوسائط الإلكترونية أو عبارات أو صور أو برامج أو أي وسيلة أخرى لنقل عبارات أو صور أو برامج منافية للآداب العامة أو الأخلاق. »

لقد استحدثت المشرع هذا النص في قانون الجزاء، والذي يعد استكمالاً للنص السابق عليه في المادة ٢٦٧، مما يساهم في إسباغ قدر أكبر من الحماية الجزائية للآداب العامة أو الأخلاق، وذلك من خلال تجريم المشرع استخدام الجاني أجهزة الاتصالات السلوكية كالهواتف وغيرها، أو اللاسلكية أو الوسائط الإلكترونية التي يتم من خلالها عملية الحوسبة أو معالجة البيانات، أو أي وسيلة أخرى، لنقل العبارات أو الصور أو البرامج المنافية للآداب العامة أو الأخلاق لدى أفراد المجتمع.

فالهدف الواضح من وراء هذا النص هو تجريم استخدام الوسائل التي تكفل السرعة للوصول إلى غرض الجاني والنتيجة التي يرمي إليها، وفيها إخلال بالآداب العامة أو الأخلاق.

وعلى الرغم من أن المشرع العماني قد أصدر قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات بالمرسوم السلطاني رقم ١٢ / ٢٠١١ م، وضمنه صوراً كثيرة للتجريم يتم من خلالها استخدام الشبكة المعلوماتية أو وسائل تقنية المعلومات، إلا أن المشرع قد احتاط لعدم وقوع صورة تجريبية تخرج عن ما ورد بالقانون المذكور، فجاء بهذا النص، م ٢٦٨ جزاء، الشامل لكل الوسائل المستخدمة من أجهزة الاتصالات السلوكية أو اللاسلكية أو الوسائط

الإلكترونية أو العبارات أو الصور أو البرامج أو أي وسيلة أخرى غير ما ذكر، يتم من خلالها نقل عبارات أو صور أو برامج منافية للآداب العامة أو الأخلاق.

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

الخاتمة

بعد أن انتهت من هذه الدراسة المتواضعة لمسلك المشرع العماني، وخطته التشريعية، لمواجهة الإخلال بالآداب العامة أو الأخلاق، وقد استعرضت فيها النصوص المتعلقة بهذه المسألة والتعليق عليها بصورة تحليلية وصفية، أجد من المناسب الخلوص إلى جملة من النتائج والتوصيات وذلك فيما يأتي:

أولاً: النتائج

١. أولى المشرع العماني عناية خاصة في قانون الجزاء الحالي رقم ٧ / ٢٠١٨ م للمحافظة على الآداب العامة والقيم الأخلاقية والدينية داخل المجتمع، من خلال ملاحقته بالعقوبة كل من يرتكب فعلاً أو قولاً يشكل اعتداءً عليها.
٢. تجلت مظاهر تلك العناية التشريعية، من خلال الخطة الجديدة والتي استحدثت فيها نصوصاً تجريبية لم تكن موجودة في قانون الجزاء السابق رقم ٧ / ١٩٧٤ م، كما أنه أعاد تنظيم هذه الجرائم وقام بصياغة وضبط المصطلحات والعبارات المستخدمة بما يتفق والقواعد العقابية السائدة في التشريعات الحديثة.
٣. أن المشرع العماني قد تأثر كثيراً بمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية الغراء في نطاق التجريم لكل ما يعد اعتداءً على الأعراض وإخلالاً بالآداب العامة لدى المجتمع. وقد وضع ذلك من خلال تنظيمه جرائم البغاء أو الضجور، أو جرائم هتك العرض، أو جرائم الواقعة للذكر أو الأنثى، سواء تم ذلك بغير رضا المجني عليه أو برضائه، وغيرها من الجرائم محل البحث.

٤. أورد المشرع جرائم البغاء والفضور في فصل مستقل، ونظمها بشكل أدق عما كانت عليه في قانون الجزاء السابق رقم ١٩٧٤/٧م، سواء من ناحية الممارسة أو التحريض عليها أو المساعدة على ارتكابها بأي طريقة كانت، واستحدثته لبعض صور التجريم المتعلقة بها، وشدد العقوبة المقررة لها في بعض الحالات، وذلك بمقتضى المواد من ٢٥٣ وحتى ٢٥٦ من قانون الجزاء الحالي.

٥. في تناول الجرائم محل البحث، من خلال قانون الجزاء الحالي رقم ٢٠١٨/٧م، اعتبر المشرع أن الفعل المجرم يصح أن يقع على الذكر أو الأنثى، فنص على ذلك صراحة، وذلك خلافاً لقانون الجزاء الملغى الذي كان يقصر الفعل على الأنثى المجني عليها، وهو ما يعد تطوراً إيجابياً من المشرع، ومثال ذلك جريمة الواقعة بغير رضا المنصوص عليها في المادة ٢٥٧، وجريمة هتك العرض م ٢٥٨ من قانون الجزاء.

٦. قدر المشرع خطورة وقوع الجرائم بين المحارم، فعاقب عليها بعقوبة مشددة تصل إلى الإعدام بالنسبة للجريمة الواقعة بغير رضا م ٢٥٧ والمواقعة بالرضا م ٢٥٩ جزاء إذا وقعت بين المحارم حرمة مؤبدة، وشدد عقوبة السجن التي لا تقل عن سبع سنوات ولا تزيد على عشر سنوات إذا كان الجاني من محارم المجني عليه في جريمة هتك العرض بغير رضا، م ٢٥٨ جزاء.

٧. كما أن المشرع قد جعل توافر بعض الصفات في المجني عليه، كونه دون الخامسة عشرة أو دون الثامنة عشرة من عمره أو مصاباً بعاهة بدنية أو عقلية تجعله عاجزاً عن المقاومة، سبباً لتشديد العقوبة على الجاني عند ارتكابه لبعض الجرائم التي تمثل اعتداءً على الأخلاق أو الآداب العامة.

٨. ويلحق بما تقدم توافر بعض الصفات في الجاني، كونه من المتولين تربية المجني عليه أو ملاحظته أو رعايته أو ممن لهم سلطة عليه أو كان عاملاً لديه بالأجرة أو لدى أحد ممن تقدم ذكرهم، فإن ذلك يعد سبباً لتشديد العقوبة عليه. أو أن يتعدد الجناة

المرتكبون للفعل بأن يكونوا شخصين فأكثر.

٩. اتساقاً مع رغبة المشرع في المحافظة على الأعراض، والمحافظة على سمعة وكرامة العائلات، أوجد قيدا على حرية الادعاء العام في تحريك الدعوى الجزائية في بعض الجرائم، كما في المادة ٢٥٩، والمادة ٢٦٢ جزاء، فاشتراط تقديم شكوى من الزوج أو ولي الأمر.

وقد كان المشرع مرناً في هذه المسألة فأجاز للادعاء العام التحرر من هذا القيد إذا لم يكن للفاعل زوج أو ولي أمر في الدولة. كما أعطى الحق للزوج أو ولي الأمر التنازل عن الدعوى، ووقف تنفيذ العقوبة.

١٠. جاءت جرائم الإخلال بالحياة، الواردة بالمواد من ٢٦٥ وحتى ٢٦٨، جلها مستحدثاً في هذا القانون الجديد، وقد تم تنظيمها بشكل دقيق، تجنب فيه المشرع العماني النقص التشريعي الموجود في مثل هذه النصوص في تشريعات عقابية أخرى، وذلك بالنص صراحة على أن الإخلال بالحياة قد يكون بالفعل أو القول. كما أنه قد حمى الأنثى بوجه خاص من بعض الأفعال أو الأقوال التي تخدش حيائها، من خلال التعرض لها أو التطفل عليها في خلوتها.

١١. ومن جملة ما عاقب عليه المشرع بنصوص لم تكن موجودة من قبل، ما يقوم به بعض الذكور من التنكر في زي امرأة أو الدخول بهذا الزي الأماكن الخاصة بالنساء، وكذلك ظهور البعض علناً بمظهر النساء في لباسه أو هيئته.

١٢. كما عاقب المشرع من يقوم بصنع أو توزيع أو نشر أو عرض، ولو في غير علانية، كتاباً أو مطبوعاً أو رسوماً أو صوراً أو أفلاماً أو رموزاً أو غير ذلك من الأشياء المخالفة للحياة أو المخلة بالآداب العامة. وكذلك استعمال أجهزة الاتصالات السلوكية أو اللاسلكية أو الوسائط الإلكترونية أو العبارات أو الصور أو البرامج أو أي وسيلة أخرى لنقل عبارات أو صور أو برامج منافية للآداب العامة أو الأخلاق.

ثانياً: التوصيات

٢. معجم المعاني الجامع - مروان العطية - مركز إيوان للنشر، دار النوادر - القاهرة ٢٠١٢م.

٣. د. أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون العقوبات القسم الخاص - دار النهضة العربية - القاهرة ٢٠١٣م.

٤. د. حسن صادق المرصفاوي - المرصفاوي في قانون العقوبات القسم الخاص - دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٧٥م.

٥. د. رمسيس بهنام - قانون العقوبات - جرائم القسم الخاص - منشأة المعارف - الإسكندرية ١٩٧٤م.

٦. د. عادل العاني - شرح قانون الجزاء العماني - الجرائم الواقعة على الأشخاص - مطبعة الأجيال - الطبعة الأولى ٢٠١٨م.

٧. د. على عبد القادر القهوجي - قانون العقوبات القسم الخاص - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت ٢٠٠١م.

٨. د. عوض محمد عوض - الجاني والمجني عليه في جريمة الواقعة دراسة مقارنة للتشريعين المصري والليبي - مذكرات على الأستنسل ١٩٦٦م.

٩. د. محمد زكي أبو عامر - قانون العقوبات القسم الخاص - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية ٢٠١٠م.

١٠. د. محمد نيازي حتاتة - جرائم البغاء دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق في جامعة القاهرة عام ١٩٦١م.

١١. د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات القسم الخاص - دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٧٢م.

١٢. د. مزهر جعفر عبید - الوسيط في شرح قانون الجزاء العماني - القسم الخاص - دار الثقافة للنشر والتوزيع - الأردن ٢٠١٤م.

١. أوصي المشرع العماني بإعادة النظر في العقوبة المقررة لممارسة جريمة البغاء أو الفجور، وزيادتها ورفعها إلى مصاف الجنايات، حتى تتميز عن جريمة واقعة أنثى بالرضا المنصوص عليها في المادة ٢٥٩ جزاء، ومنعاً للإشكالية في التطبيق إذا ما استخدم القاضي سلطته التقديرية في العقوبة، فقد نجد عقوبة ممارسة البغاء أو الفجور أقل من عقوبة واقعة أنثى برضاها وهو ما لا يستقيم قانوناً ولا يستساغ عقلاً.

كما أن المشرع قد عاقب بعقوبة الجناية، من خلال المادة ٢٥٤ / ١، من يقوم بالتحريض أو الاستدراج أو الإغراء أو الغواية أو المساعدة، وجميعها من باب الاشتراك، فمن باب أولى يستحق هذه العقوبة الممارس لفعل البغاء أو الفجور، وقد أوضحت ذلك تفصيلاً من خلال البحث.

٢. في جريمة الواقعة بغير رضا، يثور التساؤل حول مدى إمكانية شمول نص المادة ٢٥٧ جزاء، للحالة التي يكون فيها الجاني أنثى. أو بمعنى آخر أن تجبر المرأة رجلاً على إتمام واقعته، فيقوم بهذا الفعل تحت الإكراه أو التهديد أو الحيلة، فالنص المذكور لا يستوعب هذه الحالة، وكان حرياً بالمشرع التدخل لسد هذا النقص بنص خاص على تجريم هذا الفعل والمعاقبة عليه.

٣. أوصي رجال القضاء والقانون، بإعادة النظر والاهتمام بالتنظيم الجديد من المشرع للجرائم المخلة بالأداب العامة أو الأخلاق، وما طرأ عليها من أحكام وأوصاف تخالف في الكثير منها ما كان معمولاً به في ظل قانون الجزاء الملغى رقم ١٩٧٤/٧م، مما سيكون له بالغ الأثر في القضايا والأحكام التي ستصدر في هذا الشأن.

قائمة المراجع

١. المعجم الوسيط - الطبعة الثانية - مجمع اللغة العربية - القاهرة ١٩٧٢م.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

**الحماية القانونية لحائز المعلومات غير المفصح
عنها في مجال صناعة الدواء**

**د. مصطفى راتب حسن
أستاذ القانون المدني المساعد
بكلية البريمي الجامعية
سلطنة عمان**

مقدمة

والجهات المعنية للحصول على ترخيص بتسويق الأدوية، كما حرص المشرع العماني على حماية هذا النوع من المعلومات حتى يكون التشريع العماني متوافقاً مع أحكام هذه الاتفاقية.

إن المعلومات غير المفصح عنها ترتبط بالصناعات الدوائية برابطة وثيقة، لأن كل شركة دوائية تمتلك معلومات سرية متعلقة بالمنتجات الدوائية التي تقوم باختراعها، وهذه المعلومات تكون محل اهتمام وحماية من هذه الشركات، لأنها تتضمن نتائج الأبحاث والاختبارات التي قامت بها الشركة حتى توصلت إلى التركيبة الكيميائية ذات الآثار العلاجية التي تم التوصل إليها وصياغتها في صورة مركب دوائي جديد.

ونظراً لأهمية هذه المعلومات فلقد حرصت اتفاقية التريـس على تقرير قواعد حماية خاصة بهذا النوع من المعلومات كما عالجها المشرع العماني في قانون حماية حقوق الملكية الفكرية.

ومن ثم فعندما تتقدم شركة دواء بطلب للحصول على ترخيص بتسويق منتج دوائي معين فإنها تقدم معلومات متعلقة بهذا المنتج من حيث مدى الفاعلية العلاجية والآثار الجانبية ونتائج الاختبارات والتجارب التي تمت على هذا المنتج، وتحظى هذه المعلومات بحماية قانونية تمنع الشركات الأخرى من الحصول عليها.

وإذا كانت اتفاقية التريـس قد أولت عناية خاصة بالمعلومات غير المفصح عنها وقررت قواعد لحمايتها، فكذلك فعل المشرع العماني بالنسبة لحماية هذا النوع من المعلومات، فلا شك أن التعرض لماهية المعلومات غير المفصح عنها سيكون له عظيم الأثر في سير أغوارها والوقوف على حقيقتها.

ولما كانت المعلومات غير المفصح عنها على هذا القدر من الأهمية فلا غرو أن بيان الشروط التي يلزم توافرها حتى تحظى هذه المعلومات بالحماية القانونية يكون من الأهمية بمكان في هذه الحالة.

وعلى هذا الأساس فإن التعرض لماهية المعلومات غير المفصح

إن اهتمام السلطنة بحماية المعلومات غير المفصح عنها في مجال الصناعة الدوائية، بدأ مع بزوغ فجر النهضة المباركة من خلال صدور قانون حماية الملكية الفكرية والذي صدر قبل مفاوضات جولة الارجواي وظهور اتفاقية الملكية الفكرية ذات الصلة بالتجارة العالمية (تريـس) وبانضمام السلطنة إلى المنظمة العالمية لحقوق الملكية الفكرية (wipo) بهدف الاستفادة من خبرات هذه المنظمة في كيفية تشجيع المفكرين و المبدعين العمانيين وكذلك تحديث التشريعات العمانية القائمة وجعلها متفقة مع اتفاقية تريـس ذات الصلة بالتجارة العالمية.

ولما كانت صناعة الدواء من الصناعات التي تلبي حاجات أساسية ومطالب ضرورية لا غنى عنها، لذا وجدناها تشغل اهتمام الدولة والأفراد على حد سواء، فالالتزام بتوفير الدواء للمرضى يعتبر من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق الدولة في مواجهة الأفراد، كما أن الإنسان يستطيع أن يستغني عن العديد من أصناف الغذاء، إلا أنه لا يستطيع أن يستغني عن دواء واحد، ولذلك يعتبر توفير الدواء لمحتاجيه من مسائل الأمن القومي التي تحرص كل الدول على الاهتمام به وتحقيقه لمواطنيها.

وتتميز صناعة الدواء بأنها صناعة تقوم على البحث والتطوير، فهي صناعة متجددة دائماً، ويؤدي البحث العلمي والاكتشافات الجديدة دوراً مهماً في تطوير هذه الصناعة والارتقاء بها، وفضلاً عن ذلك فهي صناعة ذات قيمة مضافة عالية، أي إن معدل الربحية فيها كبير جداً، لأنها تتعامل مع سلعة ضرورية وهي الدواء، وليست سلعة كمالية يمكن الاستغناء عنها أو إيجاد البديل لها كصناعة السيارات أو المنسوجات على سبيل المثال.

ولا شك أن تنظيم اتفاقية التريـس للمعلومات غير المفصح عنها وإقرار قواعد حماية خاصة بها يدل على الأهمية الكبيرة التي تحظى بها هذه المعلومات في ظل الثورة المعلوماتية والتطورات الهائلة التي حدثت في الوقت المعاصر، ولقد أفردت اتفاقية التريـس قواعد حماية خاصة للمعلومات التي يلزم تقديمها إلى الأجهزة الحكومية

المبحث الأول: المقصود بالمعلومات غير المفصح عنها.

المبحث الثاني: شروط حماية المعلومات غير المفصح عنها.

المبحث الثالث: النظام القانوني لحماية المعلومات غير المفصح عنها.

المبحث الأول

ماهية وشروط المعلومات غير المفصح عنها

وعلاقتها بالصناعة الدوائية

أولت اتفاقية التبريس عناية خاصة بالأسرار التجارية باعتبارها أحد أنواع حقوق الملكية الفكرية التي يجب حمايتها ومنع الاعتداء عليها، فوضعت نظاماً لحماية هذه الأسرار وأطلقت عليه المعلومات غير المفصح عنها (Les renseignements non divulgués).

ولقد تأثر المشرع العماني باتفاقية التبريس في هذا الصدد، حيث خصص قواعد حماية للمعلومات غير المفصح عنها، ومن هنا تبدو أهمية معالجة المقصود بهذه المعلومات من حيث بيان تعريف المعلومات غير المفصح عنها وأوجه الشبه والاختلاف بين قواعد حمايتها والقواعد المقررة لحماية براءات الاختراع، وذلك بحسب ما جاء في المادتين (60،65) من قانون الملكية الصناعية.

كما تؤدي المعلومات غير المفصح عنها دوراً مهماً في مجال الصناعة الدوائية، على اعتبار أن هذه الصناعة تعتمد على البحوث والاختبارات والتجارب والتي تصاغ في صورة معلومات تحتوي على نتائج هذه البحوث والتجارب.

وعلى هذا الأساس فإننا سنعالج المقصود بالمعلومات غير المفصح عنها من خلال التعرض لتعريف هذا النوع من المعلومات ومدى أهميتها وارتباطها بالصناعة الدوائية، وبذلك ينقسم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:

عنها يقتضي بيان المقصود بهذه المعلومات، والشروط التي تطلبها كل من المشرع العماني واتفاقية التبريس حتى تحظى هذه المعلومات بالحماية القانونية المقررة لها في كل من الاتفاقية وقانون حماية حقوق الملكية الفكرية.

أهمية الدراسة

نظراً لأن الدواء يعد سلعة ذات أهمية بالغة ورواج دائم لتعلقه بصحة وسلامة الإنسان فقد عمدت الدول المتقدمة من خلال اتفاقية تريبس (TRIPS) إلى مد نطاق حماية المعلومات غير المفصح عنها الدوائية وجعلتها تنسحب على كل من المنتج الدوائي وطريقة تصنيعه الكيميائية وهو مالم يكن معترفاً به في الاتفاقيات الدولية السابقة.

مشكلة الدراسة

تثير هذه الدراسة جملة من التساؤلات كانت محور هذه الدراسة منها :

١. تبيان ماهية المعلومات غير المفصح عنها في مجال الصناعات الدوائية.
٢. تحديد أوجه الحماية الجديدة التي أضفتها اتفاقية تريبس على براءات اختراع الأدوية؟
٣. ماهي أبرز الحقوق الممنوحة للملكي هذه البراءات بموجب اتفاقية تريبس.
٤. الأثر المترتب على تطبيق نظام الحماية الجديد العماني في مجال براءات الاختراع على واقع صناعة الأدوية.

منهج الدراسة

يقوم الباحث بهذا في هذه الدراسة باعتماد المنهج الوصفي التحليلي المقارن من خلال الوقوف على نصوص اتفاقية تريبس المنظمة لموضوع المعلومات غير المفصح عنها في مجال الصناعة الدوائية وتحليلها ومقارنتها مع نصوص امتيازات براءات الاختراع. وبذلك قمت بتقسيم هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف المعلومات غير المفصح عنها.

المطلب الثاني: أهمية المعلومات غير المفصح عنها للصناعة الدوائية.

المطلب الأول

تعريف المعلومات غير المفصح عنها

يعد تنظيم اتفاقية التبريس لحماية المعلومات غير المفصح عنها المرة الأولى التي يلقي فيها على عاتق الدول في النظام التجاري الدولي التزاماً قانونياً بمنح الحماية لهذا النوع من المعلومات المتصلة بالأعمال والتي تخضع للحفظ والرقابة كأسرار من شأن الكشف عنها أن يحرم أصحابها من مزايا تنافسية في مواجهة الغير دون وجه حق^(١)، ولم تتفق الدول المتقدمة على صيغ تتولى بها حماية المعلومات غير المفصح عنها في تشريعاتها الداخلية، ففي الولايات المتحدة تحمي هذه المعلومات باعتبارها ملكية قانونية، وفي سويسرا تمنح لها الحماية في قانون العقود، وفي ألمانيا تحظى بالحماية القانونية في إطار ممارسة الأعمال الأخلاقية، أما في بعض البلدان النامية فلم تعرف في غالبيتها مثل هذا النوع من الحماية في قوانين محددة^(٢).

وقد حدث خلاف حاد في مفاوضات جولة أورجواي حول حماية المعلومات غير المفصح عنها حيث دافعت الولايات المتحدة بشدة عن حماية هذا النوع من المعلومات في إطار الاتفاقيات المقترحة للجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية على سند من القول بأن هذه المعلومات تعتبر نوعاً من أنواع هذه الملكية^(٣)، وعلى

(١) تجدر الإشارة إلى أن اتفاقية التجارة الحرة لشمال أمريكا هي أول اتفاقية بين الدول على المستوى الإقليمي وليس العالمي تقرر حماية قانونية للمعلومات غير المفصح عنها.

(٢) راجع: د. أحمد جامع، اتفاقات التجارة العالمية وشهرتها الجات، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١م، ص ١٢٨٠.

(٣) راجع: د. بلال عبدالمطلب بدوي، تطور الآليات الدولية لبراءات الاختراع، دراسة في ضوء اتفاقية التبريس والاتفاقيات السابقة عليها، بحث مقدم إلى مؤتمر الجوانب القانونية والاقتصادية

العكس من ذلك اعترضت البلدان النامية بشدة على اعتبار المعلومات غير المفصح عنها من أنواع الملكية الفكرية، ومن ثم رفضت حمايتها على هذا الأساس حيث ذهبت إلى أن الكشف عن هذه المعلومات هو أمر ضروري في مجال الملكية الفكرية بهدف تحقيق مصلحة المجتمع ككل^(٤)، وحتى يكون هناك نوع من التوازن بين المجتمع من ناحية والحقوق الاستثنائية لأصحاب حقوق الملكية الفكرية من ناحية أخرى، وعلى ذلك تتطلب التشريعات من مقدمي طلبات براءات الاختراع تقديم كافة المعلومات المتعلقة بالاختراع موضوع البراءة سواء أكانت براءة منتج أم براءة طريقة صناعية^(٥).

وإزاء هذا الخلاف الشديد بين الولايات المتحدة والبلدان النامية لم يكن هناك وسيلة للخروج من هذا المأزق إلا بإيجاد حل توفيق يراعي وجهتي نظر كل منهما، ولقد تمثل هذا الحل التوفيق في النقاط التالية^(٦).

١. الاعتراف بالمعلومات غير المفصح عنها كأحد أنواع حقوق الملكية الفكرية وأن يفرد لها قسم خاص بها.

٢. أن تكون الحماية القانونية المقررة لهذا النوع من المعلومات في إطار وضوابط المنافسة التجارية والصناعية غير المنصفة كما تناولتها اتفاقية باريس لعام ١٩٦٧ لحماية الملكية الصناعية في المادة (١٠) مكرر منها بالتنظيم سواء بالتعريف أم بوضع الضوابط المناسبة.

لاتفاقيات منظمة التجارة العالمية والمنعقد في كلية الشريعة والقانون
جامعة العن بالإمارات العربية المتحدة، في الفترة من ٩ إلى ١١ مايو
٢٠٠٤، ص ٢٠٥.

(4) Nguessan (K.): La propriété intellectuelle et les négociations commerciales de l'Uruguay round, these, septentrion presses universitaires, Paris, 1998, p.330.

(٥) د. محمد محمد الكمال، آلية حماية حقوق الملكية الفكرية، بحث مقدم إلى مؤتمر الجوانب القانونية والاقتصادية لاتفاقيات منظمة التجارة العالمية والمنعقد في كلية الشريعة والقانون، جامعة العن بالإمارات العربية المتحدة في الفترة من ٩ إلى ١١ مايو ٢٠٠٤م، ص ٢٥٨.

(6) Elisabeth Chamorand: La politique américaine en matière d'accès aux médicaments, p.3. voire 6
<http://www.usxs.skynet.be/gresea/bl-adpic/html>.

لأصحابها في مجال التجارة أو الصناعة المعنية^(٣).

ولا يشترط لحماية المعلومات غير المفصح عنها أن تكون على درجة من الفن الصناعي أو تمثل خطوة إبداعية في ذاتها بل يكفي كونها معلومات ذات قيمة اقتصادية عند استخدامها في المجال الدوائي، بيد أن ذلك لا يحول دون أن تكون هذه المعارف على درجة من الابتكار الذي يؤهلها لتكون محلاً لبراءة اختراع^(٤).

كما أن المعلومات غير المفصح عنها تختلف عن المعلومات الخاصة ببراءات الاختراع والتي يفصح عنها صاحبها بوثيقة البراءة ويودعها مكتب براءات الاختراع، لأن الأخيرة قد أفصح عنها صاحبها وتتمتع بالحماية المقررة لبراءات الاختراع، أما المعلومات غير المفصح عنها فقد احتفظ بها صاحبها لنفسه واعتبرها من الأسرار التي لم يفصح عنها^(٥)، وهي التي عالجها المشرع العماني في المواد من ٦٠ إلى ٦٥ من قانون الملكية الصناعية، ومن هنا تبدو أهمية إبراز الفوارق الجوهرية بين براءات الاختراع والمعلومات غير المفصح عنها.

التمييز بين براءات الاختراع والمعلومات غير المفصح عنها:

أولاً: نطاق الحماية.

تعد الحماية القانونية للمعلومات غير المفصح عنها أوسع نطاقاً من الحماية القانونية لبراءات الاختراع، حيث لا يشترط في المعلومات غير المفصح عنها الشروط اللازمة لمنح البراءة، والتي تتمثل في الجدة والإبداع والقابلية للتطبيق الصناعي، بل يكفي أن تكون هذه المعلومات محل الحماية لها قيمة اقتصادية نظراً

وبناءً على هذا الحل التوفيقى خصصت اتفاقية التريبس القسم السابع منها لحماية المعلومات غير المفصح عنها ونصت الفقرة الأولى من المادة التاسعة والثلاثين من الاتفاقية على أنه: أثناء ضمان الحماية الفعالة للمنافسة غير المنصفة حسب ما تنص عليه المادة (10) مكرر من معاهدة باريس 1967، تلتزم البلدان الأعضاء بحماية المعلومات السرية وفق الفقرة 2 والبيانات المقدمة للحكومات أو الهيئات الحكومية وفقاً لأحكام الفقرة 3.

ولقد عرف بعض الفقه المعلومات غير المفصح عنها بأنها المعلومات التي تكون نتاج جهود كبيرة توصل إليها صاحبها واحتفظ بسريتها ويكون لها قيمة تجارية تنشأ عن هذه السرية، ومن أمثلة هذه المعلومات الأساليب والتصاميم والمعلومات والبرامج المتضمنة قيمة تجارية بذاتها^(٦).

وعلى ذلك يمكن تعريف المعلومات غير المفصح عنها بأنها كافة المعلومات السرية المتعلقة بسلعة ما أو بمنتجات معينة بما تشمله من ابتكارات أو تركيبات أو مكونات أو عناصر أو أساليب أو طرق أو وسائل صناعية، وبصفة إجمالية هي مجموعة المعارف الفنية والتكنولوجية والأسرار التجارية المتعلقة بالسلع والمنتجات التي يحتفظ بها المنتج أو الصانع، ولم يفصح عنها^(٧).

وتجدر الإشارة إلى أن هذه المعلومات ليست في متناول الكافة ولا يسهل الحصول عليها من غير طريق حائزها، ويكون من شأن هذه المعلومات تحقيق فوائد اقتصادية لأصحابها دون غيرهم أو تحقيق ميزة تنافسية

(١) عرف جانب من الفقه المعلومات غير المفصح عنها بأنها « مجموعة من التركيبات أو التطبيقات أو التصاميم أو الأدوات أو النماذج أو المعلومات التي يستخدمها صاحب عمل تجاري أو صناعي لإيجاد ميزة تنافسية عن أقرانه في الأسواق في نفس مجاله » تفصيلاً انظر : د. سامي عفيفي حاتم، تحليل اتفاقية حقوق الملكية الفكرية في إطار منظمة التجارة العالمية، بدون دار نشر، بدون سنة نشر، ص ٢٩٨.

(2) Ngussan (K.): La propriété intellectuelle et les négociations commerciales de l'Uruguay road, op.cit., no. 406.

(٣) د. سامي عفيفي حاتم، مرجع سابق، ص ٢٩٨. ود. بلال عبد المطر

بدوي، مرجع سابق، ص ٢٠٨.

(٤) د. سامي عفيفي حاتم، مرجع سابق، ص ٢٩٨.

(5) Miguel Esteban Perez: Protection des renseignements nom divulgués, voir à:

http://www.ftaa-alca.org/spcomm/soc/contributions/Brazil/cscv107_f.asp.

ولا شك أن الإفصاح عن سر الاختراع الدوائي يمكن الباحثين والعلماء في مجال الاختراع من دراسة الأفكار والنظريات العلمية التي يقوم عليها، والمشاركة في تنميتها وتطويرها بما يدفع حركة التقدم العلمي والتكنولوجي ويساهم في تنمية المجتمع، وبذلك يمثل التزام المخترع بالإفصاح عن الاختراع الميزة التي يحصل عليها المجتمع في مقابل منح المخترع الحق الاستثنائي الذي يخوله وحده استغلال الاختراع بكافة الطرق^(٣).

وعلى العكس من ذلك فإن حائز المعلومات غير المفصح عنها لا يلتزم بالإفصاح عن تلك الأسرار، بل إن نظام حمايتها يقوم على تأكيد حقه في كتمان هذه المعلومات وعدم الإفصاح عنها^(٤).

ثالثاً: الحق الاستثنائي.

إن الحماية القانونية المقررة لحائز المعلومات غير المفصح عنها لا تمنحه حقاً استثنائياً يمنع الغير من استغلال هذه المعلومات، حيث يجوز للغير استغلال المعلومات غير المفصح عنها بكافة الوسائل متى توصل إليها أو كشف سريتها بطرائق وأساليب مشروعة. وعلى النقيض من ذلك تخول البراءة صاحبها حقاً استثنائياً من شأنه أن يمنع استغلال الاختراع الدوائي بأي طريق من الطرق حتى ولو توصل الغير إلى ذات الاختراع الدوائي عن طريق التجارب والأبحاث التي أجراها دون الاستعانة بالاختراع المحمي عن طريق البراءة.

وهكذا تكون الحماية المقررة للمعلومات غير المفصح عنها مؤداها أن القانون يكفل لصاحب المعلومات غير المفصح عنها الحق في الدفاع عن مصلحته في الاستغلال والمحافظة على سريتها عن طريق القواعد والإجراءات التي يحددها القانون إذا ما تعرضت تلك الأسرار للاعتداء عليها من الغير بوسائل وأساليب غير مشروعة^(٥).

(٣) د. حسام الدين عبد الغني الصغير، مرجع سابق، ص ٤٢.

(٤) د. سامي عفيفي حاتم، مرجع سابق، ص ٢٩٨.

(٥) Morion (J.): Le droit international des brevets

لسريتها وخضوعها لإجراءات معقولة من قبل صاحبها للحفاظ على سريتها.

كما أن المجالات التكنولوجية التي تستبعد معظم النظم القانونية من الحماية عن طريق براءات الاختراع مثل طرق التشخيص والعلاج والجراحة اللازمة لمعالجة الإنسان والحيوان تشملها الحماية القانونية للمعلومات غير المفصح عنها، ويكمن السبب في هذا الأمر في أن نظم حماية براءة الاختراع على العكس من نظام حماية المعلومات غير المفصح عنها، لا يحمي الأفكار والمعلومات ذاتها أي كانت درجة أهميتها، وإنما يحمي التطبيق العلمي لتلك الأفكار والمعلومات، ويترتب على ذلك أن العديد من المعارف والابتكارات التي لا تجوز حمايتها عن طريق براءة الاختراع تشملها الحماية القانونية للمعلومات غير المفصح عنها^(١).

ثانياً: الالتزام بالإفصاح.

يعتبر الالتزام بالإفصاح من أهم الفروق الجوهرية بين المعلومات غير المفصح عنها، وبراءات الاختراع، ويعد من أكثرها تأثيراً على التقدم التكنولوجي والتنمية الصناعية، حيث تحرص معظم القوانين التي تنظم حماية براءات الاختراع على النص على ضرورة قيام المخترع بالإفصاح عن سر الاختراع بأسلوب واضح وكامل يكفي لتمكين ذوي الخبرة في مجال التخصص من تنفيذه^(٢).

(١) د. حسام الدين عبد الغني الصغير، حماية المعلومات غير المفصح عنها والتحديات التي تواجه الصناعات الدوائية في الدول النامية، دراسة لاتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية، اتفاقية التريبس، تشمل موقف القانون المصري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٢م، ص ٤٠.

(٢) د. السيد حسن البدرابي، القانون العماني لحماية حقوق الملكية الفكرية، سماته الرئيسية ومدى توافقه والمعايير الدولية، بحث مقدم إلى حلقة الويبو الوطنية التدريبية حول الملكية الفكرية للدبلوماسيين والتي نظمها معهد الدراسات الدبلوماسية بالتعاون مع المنظمة العالمية للملكية الفكرية في القاهرة في الفترة من ١٣ إلى ١٦ ديسمبر ٢٠٠٤م، ص ٥، ومنشور على:

http://www.OMPI.int/edocs/mdocs/arab/ar/wipo_ip_dipl_cai_04/wipo_ip_cai_04_2doc.

رابعاً: مدة الحماية.

لا تقتصر الحماية القانونية المقررة للمعلومات غير المفصح عنها على مدة محددة بل تستمر الحماية قائمة مهما طال مدتھا متى بقيت المعلومات سرية لم يتم إفشاؤها أو التوصل إليها بمعرفة الغير.

أما الحماية القانونية المقررة للاختراعات المحمية عن طريق البراءات فهي حماية مؤقتة بالمدة التي يحددها القانون، ويبدأ حسابها اعتباراً من تاريخ إيداع الحصول على البراءة، وبانتهاء مدة الحماية القانونية تنقضي ملكية البراءة، وتسقط في الملك العام للإنسانية ويجوز لمن يشاء استغلال الاختراع بأي طريق من الطرق ودون أن يدفع للمخترع أي مقابل مالي.

ولذلك فإن الشركات لا تلجأ إلى حماية اختراعاتها عن طريق الحصول على براءات الاختراع إلا بالنسبة للاختراعات التي تخشى أن يتوصل منافسوها إلى كشف سريتها في زمن قصير نسبياً^(١).

خامساً: طلب الحماية.

تتميز الحماية القانونية للمعلومات غير المفصح عنها من الحماية المقررة لبراءات الاختراع في أن الأولى لا تتوقف على تقديم طلب من صاحبها إلى الجهة الإدارية أو مكتب براءات الاختراع لتقدير وفحص مدى جديتها أو طبيعتها السرية، أي إن صاحب المعلومات غير المفصح عنها يتمتع بالحماية التلقائية متى توافرت الشروط التي يتطلبها القانون لإضفاء تلك الحماية^(٢)، ويترتب على ذلك:

أ. عدم وجود نظام لتسجيل المعلومات غير المفصح عنها.

entre le multilatéralisme et le bilatéralisme américain. Voir à «

<http://www.iisd.ca/whats-new/us.bilateral-ipr.pdf>.

(١) د. حسام الدين عبد الغني الصغير، حماية المعلومات غير المفصح عنها والتحديات التي تواجه الصناعات الدوائية في الدول النامية، مرجع سابق، ص ٤٣.

(2) Perez (M.) : Protection des renseignements non divulgués, op. cit., p.3.

ب. لا تصدر الجهة الإدارية أي صك أو وثيقة تتضمن الاعتراف بحق صاحب المعلومات غير المفصح عنها.

أما بالنسبة لبراءات الاختراع فإنها لا تحظى بالحماية التلقائية وإنما يجب على شركة الدواء صاحبة الاختراع الدوائي أن تتقدم بطلب إلى الجهة الإدارية حتى يحظى اختراعها الدوائي بالحماية القانونية التي قررھا القانون^(٣).

المطلب الثاني

علاقة المعلومات غير المفصح عنها بالصناعة الدوائية

إذا كنا قد انتهينا إلى أن المعلومات غير المفصح عنها هي مجموعة المعارف الفنية والتكنولوجية والأسرار المتعلقة بالسلع والمنتجات التي يحتفظ بها المنتج أو الصانع ولم يفصح عنها، فإن السؤال الذي نحاول الإجابة عليه في هذا المطلب هو: ما مدى علاقة هذه المعلومات بالصناعات الدوائية؟

والواقع من الأمر أن هذه المعلومات ترتبط بالصناعات الدوائية برابطة وثيقة حيث تمثل المعلومات غير المفصح عنها أهمية كبيرة لهذه الصناعة، ويرجع ذلك إلى الطبيعة الخاصة للصناعات الدوائية بالإضافة إلى نظام تراخيص تسويق الأدوية الجديدة فضلاً عن الأهمية المتزايدة للمعلومات يوماً بعد يوم.

ونظراً لأهمية هذه العوامل والدور الحيوي الذي تؤديه في بيان العلاقة بين المعلومات غير المفصح عنها والصناعات الدوائية سنلقي عليها بعض الضوء لنسبر أغوارها ونقف على طبيعة دورها.

(٣) د. حسام الدين عبد الغني الصغير، حماية المعلومات غير المكشوف عنها بناء على اتفاق التريسي، بحث مقدم إلى الندوة الوطنية المشتركة بين الويبو واتحاد المحامين العرب عن الملكية الفكرية للمحامين والمنعقدة في المنامة بالبحرين من ٢٣ إلى ٢٥ يناير ٢٠٠٣م، ص ٦، والمنشور على الموقع التالي:

www.wipo.org/arab/ar/meetings/2003/ip_bah/doc/doc/wipo-alu_ip_bah_03_doc7.doc

أولاً: الطبيعة الخاصة للصناعة الدوائية.

تعد الصناعة الدوائية صناعة بحثية من الطراز الأول، وتمثل عمليات البحث العلمي فيها المحرك الذي يدير تقدم وازدهار هذه الصناعة، ولعلنا لا نبالغ إذا قلنا إن البحث العلمي وصناعة الدواء تربطهما علاقة تشبه علاقة الدم بالجسد الحي، فالبحث العلمي يشبه الدم الذي يضخ الحياة لجسد صناعة الدواء ويساعد على استمرارها^(١).

ومن المعلوم أن كل شركة دوائية لها وحدة خاصة بالبحث والتطوير، وتتمثل مهمة هذه الوحدات في الأبحاث التي تهدف إلى التوصل إلى أدوية جديدة لمواجهة الأمراض المختلفة، وبطبيعة الحال يكون الهدف من التوصل لهذه الأدوية هو تحقيق المزيد من الفاعلية والحد من الآثار الجانبية للدواء^(٢).

وحتى يتم الوصول إلى هذا الهدف تقوم وحدات البحث والتطوير لدى شركات الأدوية بالعديد من عمليات التجارب والاختبارات للوصول إلى المادة الفعالة أولاً ثم يتم فحصها وتجربتها للتأكد من خلوها من المركبات التي من شأنها أن ترتب آثاراً جانبية خطيرة أو نتائج غير مرغوب فيها، وبعد ذلك يتم تشكيل هذه المادة في صورة دوائية مناسبة وتقدم إلى حيوانات التجارب للتأكد من مدى صلاحيتها وعدم حدوث مضاعفات نتيجة لاستخدامها، فإذا ما تم هذا الأمر فإن وحدات البحث والتطوير تقوم بتجربة المادة الفعالة على المتطوعين من المرضى^(٣).

وفي كل هذه المراحل تقوم وحدات البحث والتطوير بتسجيل نتائج التجارب والاختبارات والملاحظات

والمشاهدات التي حدثت أثناء كل مرحلة منها، وتمثل هذه النتائج خلاصة التجارب الطويلة التي قامت بها الشركة الدوائية والتي قد تستمر لسنوات عديدة حتى يتم الوصول إلى تركيبة كيميائية مضمونة من حيث الفاعلية العلاجية ومأمونة من حيث الآثار الجانبية^(٤).

وبهذا الشكل تتميز الصناعة الدوائية عن غيرها من الصناعات الأخرى التي قد لا تستغرق كل هذه المراحل الطويلة أو الاختبارات المتعددة، ومن هنا تظهر أهمية المعلومات غير المفصح عنها بالنسبة للصناعة الدوائية ويظهر مدى ارتباط هذه المعلومات بالطبيعة الخاصة لهذه الصناعة^(٥).

ثانياً: نظام تراخيص تسويق الأدوية.

إن من أهم العوامل التي تؤدي إلى ارتباط المعلومات غير المفصح عنها بالصناعة الدوائية هو نظام التراخيص اللازمة لتسويق الأدوية الجديدة.

وتجدر الإشارة إلى أن ظهور الدواء الجديد في السوق الدوائية يتطلب الحصول على ترخيص من الجهات المختصة بتسويق هذا المنتج الدوائي، وحتى يتم الحصول على هذا الترخيص لابد أن تتقدم الشركة الدوائية صاحبة المنتج الدوائي بكافة المعلومات التي تتضمن نتائج الاختبارات والتجارب على هذا المنتج، وتقوم الجهة المختصة بإصدار الترخيص بالتأكد من صحة هذه المعلومات، ومن حقها اشتراط إبراز مكونات معينة داخل المنتج الدوائي حتى يكون المريض على علم بها^(٦).

(٤) د. حسام الدين عبدالغني الصغير، مرجع سابق، ص ٤.

(٥) د. مها عبدالرحيم فودة، إنتاج الدواء والبحوث العلمية، منشور على الموقع التالي:

<http://www.elakhbar.org.eg/issues/15366/0302.html>.

(٦) د. إنجي توكل، قراءة في الخريطة الدوائية لمصر بعد قدوم الجات، منشور على الموقع التالي:

<http://www.akhbarelyom.org.eg/akhbarelyom/issues/2943/0900.html>.

(١) د. محمد موسى، براءات الاختراع في مجال الأدوية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص ٨٥.

(٢) د. نصر أبو الفتوح حسن، حماية حقوق الملكية الفكرية في الصناعات الدوائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٢٢٩.

(3) Frank E. Muennich: Les brevets pharmaceutiques et l'accès aux médicaments, revue international de droit économique, 2000, no. special, no.10, p.73.

على تراخيص بتسويق المنتجات الدوائية حتى تتمكن هذه الشركات من حماية مصالحهم ونتائج جهود الأبحاث التي قامت بها^(٣).

المبحث الثاني

شروط حماية المعلومات غير المفصح عنها

إذا كنا قد خالصنا في المبحث السابق إلى بيان المقصود بالمعلومات غير المفصح عنها فلا شك أن بيان شروط حماية هذه المعلومات يساعد في تكملة الفكرة المتعلقة ببيان ماهية هذا النوع من المعلومات.

وتنقسم شروط حماية المعلومات غير المفصح عنها إلى طائفتين من الشروط تتمثل الطائفة الأولى في الشروط العامة لحماية هذه المعلومات والتي تتمثل في السرية والقيمة التجارية فضلاً عن المحافظة على سرية هذا النوع من المعلومات من قبل حائزها.

أما الطائفة الثانية من الشروط فهي التي تتعلق بشروط حماية المعلومات غير المفصح عنها الدوائية وتتمثل في أن يكون تقديم هذه المعلومات لازماً للحصول على ترخيص بتسويق الأدوية وأن تحتوي المنتجات الدوائية على كيانات كيميائية جديدة بالإضافة إلى بذل جهود معتبرة في سبيل الوصول إلى المعلومات.

وبذلك ينقسم هذا المبحث إلى:

المطلب الأول: الشروط العامة لحماية المعلومات غير المفصح عنها.

المطلب الثاني: الشروط الخاصة لحماية المعلومات الدوائية غير المفصح عنها.

وعلى ذلك فإن الحصول على ترخيص بتسويق المنتج الدوائي يتطلب تقديم معلومات سرية وذات قيمة تجارية متعلقة بالتركيبية الكيميائية ذات الآثار العلاجية، ومن هنا تظهر العلاقة القوية بين المعلومات غير المفصح عنها والصناعة الدوائية^(١).

ثالثاً: الأهمية المتزايدة للمعلومات.

تمثل الثورة المعلوماتية قطب الرقي في الحياة الحديثة وأساس تقدم ورفاهية المجتمعات وبقدر ما تملك الدول من معلومات بقدر ما تبلغ من درجات أعلى في الرقي ومستويات أرقى من التطور في شتى الميادين، وإذا كانت المعلومات بصفة عامة لها أهمية كبيرة في مختلف نواحي الحياة والأنشطة الاقتصادية إلا أن المعلومات غير المفصح عنها تمثل أهمية كبيرة في مجال الصناعات الدوائية على وجه الخصوص، لأن من العوامل المؤثرة في سمعة ومكانة الشركة الدوائية دون غيرها من الشركات الدوائية الأخرى مقدار ما تملكه هذه الشركة من معلومات تتعلق بالأدوية الجديدة التي تقوم بتجربتها والتأكد من سلامتها حتى يمكنها أن تحصل على براءات اختراع دوائية للتركيبات الكيميائية التي تخضع للتجارب والاختبارات^(٢).

وهكذا ترتبط المعلومات غير المفصح عنها بالصناعات الدوائية برابطة لا انفصام لها، فضلاً عن أن هذه المعلومات تلعب دوراً فعالاً في تلك الصناعة ولذلك فلقد سعت الشركات الدوائية الكبرى إلى استخدام سطوتها ونفوذها من خلال الدول المتقدمة التي تتبعها، وأمكن لهذه الشركات من خلال وسائل ضغط مختلفة من تقرير قواعد حماية للمعلومات غير المفصح عنها والمعلومات التي تقدم إلى الجهات الحكومية للحصول

(١) د. يونس عرب، المحددات العامة للنظام القانوني للملكية الفكرية الأدبية والصناعية، ص ٣، منشور على الموقع التالي:

http://www.arablawn.org/download/IP_lecture.doc.

(2) Claudie Haignere: Protection et valorization de resultats de la recherche publique.

Voir à <http://www.recherche.gouv.fr/compagne/brevet/brochure.pdf>.

(3) Morion (J.): Le droit international des brevets op. cit., p.12.

المطلب الأول:

الشروط العامة لحماية المعلومات غير المفصح عنها

الشرط الأول: السرية.

يعد شرط السرية من أهم شروط حماية المعلومات غير المفصح عنها، وذلك لأن جوهر الحماية ينصب عليها من خلال الاعتراف بحق صاحب هذه المعلومات في بقائها سرية.

وعلى ذلك فإن السرية هي مناط الحماية القانونية فلا مجال لحماية المعلومات غير السرية مهما كانت قيمتها ومهما كانت الجهود التي بذلت من أجل التوصل إليها وبمعنى آخر فإن المعلومات غير المفصح عنها تفقد الحماية القانونية إذا تم الكشف عنها للجمهور، أو إذا أمكن الحصول عليها بسهولة من الأشخاص أصحاب هذه المعلومات^(١).

ولقد حددت اتفاقية التريس معنى السرية، فذكرت أن المقصود بالسرية هو ألا تكون المعلومات سواء في مجموعها أم في الشكل أم التجميع الدقيق لمكوناتها معروفة عادة أو سهلة الحصول عليها من قبل الأشخاص الذين يتعاملون عادة في نوع تلك المعلومات.

تجدر الإشارة إلى أنه لا يشترط لحماية المعلومات غير المفصح عنها أن تكون مكوناتها وعناصرها سرية، بل يكفي أن تقتصر السرية على مجموع المكونات والعناصر التي تتكون منها المعلومات أو الشكل والتجميع الدقيقين للمكونات، حيث قد تكون مكونات المعلومات وعناصرها معروفة للعامة غير أن تجميعها وترتيبها يحتاج إلى بذل جهود أو إنفاق مبالغ مالية كبيرة، وفي هذه الحالة تنصب الحماية على مجموع المعلومات إذا ما توافرت باقي شروط الحماية، وليس على مكوناتها وعناصرها منفردة^(٢).

- (١) د. مصطفى الحضري، الدواء واتفاقية التريس، بحث مقدم إلى الندوة التي عقدها أكاديمية السادات للعلوم الإدارية تحت عنوان حماية الملكية الفكرية في صناعة الدواء، بتاريخ ٢٨/٢/٢٠١٠، ص ٥.
- (٢) د. سامي عفيفي حاتم، تحليل اتفاقية حقوق الملكية الفكرية في إطار

ويقصد بالسرية عدم الإفصاح عن المعلومات التجارية أو الصناعية أو الفنية أو غيرها في مجال التخصص للغير بطريقة توحى بعدم حرص صاحبها على اعتبارها أسراراً له تجعل له مركزاً مناسباً متميزاً عن غيره، ويرى بعض الفقه أن السرية بالمعنى الذي حددته الاتفاقية لا يختلف كثيراً من حيث المضمون عن معنى السرية في القانون الأمريكي كشرط لحماية الأسرار التجارية، وذلك لأن المقصود بالسرية في الاتفاقية هي السرية النسبية وليس السرية المطلقة، بمعنى أن إفصاح حائز المعلومات عنها لعدد قليل من الأشخاص مثل العاملين في شركة الدواء أو الشركاء لا يؤدي إلى زوال صفة السرية عن المعلومات ما دام هناك التزام على من أفشى لهم بهذه المعلومات بعدم الإفصاح عنها للغير^(٣).

ولعل السؤال الذي يتبادر إلى الذهن هو: ما مدى توافر شرط السرية عند توصل أصحاب شركات الأدوية إلى المعلومات ذاتها على استقلال واحتفظت كل منها بسريتها وفقاً للمفهوم السابق فهل تظل هذه المعلومات محتفظة بسريتها أم لا؟

يرى بعض الفقه بحق^(٤) أنه في مثل هذه الحالات تظل المعلومات الفنية أو التجارية سرية في مواجهة الكافة، حيث لم يعلن أي من أصحاب هذه المعلومات عنها للغير فتظل سرية غير مفصح عنها، ويرجع السبب في ذلك إلى أن المعلومات الفنية الدوائية يتم التوصل إليها نتيجة الممارسة وإجراء التجارب وملاحظة الجديد في المجال الدوائي، حيث توجد في كل شركة دواء وحدة خاصة للبحث والتطوير يكون هدفها الأول الوصول

إلى المعلومات والبيانات التي من شأنها التوصل للأدوية الجديدة التي تحقق لها ميزات تنافسية في مواجهة الشركات الأخرى.

منظمة التجارة العالمية، مرجع سابق، ص ٢٩٨.
(٣) ريبلاوم كافلكانت، المفاهيم الأساسية لحقوق الملكية الفكرية، ص ٢٠، بحث منشور على الموقع التالي:

<http://www.uae.gov.ae/uaeagricent/issues/x7355a/x7355A07.htm>.

(٤) د. حسام الدين عبدالغني الصغير، حماية المعلومات غير المفصح عنها، مرجع سابق، ص ١١٦.

الشرط الثالث: المحافظة على سرية المعلومات من قبل حائزها.

لا يكفي لحماية المعلومات غير المفصح عنها أن تكون سرية وأن يكون لها قيمة تجارية نظراً لسريتها ولكن يلزم فوق ذلك أن تعتمد المعلومات في سريتها على ما يقوم به صاحبها من إجراءات للحفاظ على هذه السرية ولقد عبرت اتفاقية التريس عن هذا المعنى في البند (ج) من الفقرة الثانية من المادة التاسعة والثلاثين والتي تعالج شروط حماية المعلومات غير المفصح عنها حيث نصت على أن تكون هذه المعلومات قد أخضعت لإجراءات معقولة في إطار الأوضاع الراهنة من قبل الشخص الذي يقوم بالرقابة عليها من الناحية القانونية بغية الحفاظ على سريتها.

كما أكد المشرع العماني على هذا المعنى في الفقرة الثالثة من المادة الخامسة والستين، حيث نصت على أن: تعتمد في سريتها على ما يتخذه حائزها القانوني من إجراءات فعالة للحفاظ عليها.

وإذا كان كل من اتفاقية التريس والمشرع العماني قد حرصا على ضرورة المحافظة على سرية المعلومات غير المفصح عنها إلا أنهما لم يحددا الإجراءات اللازمة المحافظة على هذه السرية، وإنما وضعوا معيارين لهذه الإجراءات، حيث وضعت اتفاقية التريس معيار معقولة الإجراءات المتبعة للمحافظة على السرية، أما المشرع العماني فقد وضع فعالية الإجراءات المتبعة للمحافظة على السرية^(٣).

ومن الأهمية بمكان الإشارة إلى أن الإجراءات التي يجب على الحائز الشرعي للمعلومات غير المفصح عنها اتخاذها للمحافظة على سريتها تختلف بحسب طبيعة هذه المعلومات وقيمتها ونوع النشاط الذي تستخدم فيه وكافة الظروف الأخرى، والإجراءات البسيطة التي قد يتخذها أحد المراكز البحثية كوضع المعلومات في مكان

ومن الأهمية بمكان الإشارة إلى أن شرط السرية في مجال المعلومات غير المفصح عنها لا يعني جدة هذه المعلومات، حيث إن شرط الجدة بمفهومه السابق بالنسبة لبراءات الاختراع والذي يعني عدم علم الكافة به لا يتناسب وطبيعة المعلومات غير المفصح عنها، حيث يمكن الوصول إلى المعلومات ذاتها في عدة شركات دوائية على استقلال، ولا يخل ذلك بحماية هذه المعلومات.

حاصل القول إذن هو أن شرط سرية المعلومات غير المفصح عنها يعني عدم الوصول إلى هذه المعلومات بسهولة أو بوسائل غير مشروعة من غير أصحابها.

الشرط الثاني: القيمة التجارية.

يقصد بهذا الشرط أن يكون للمعلومات غير المفصح عنها قيمة تجارية تحقق فوائد اقتصادية للشركة الدوائية التي تملكه أي إن استخدام الشركة الدوائية لهذه المعلومات من شأنه تحقيق عوائد سواء تمثلت هذه العوائد في زيادة أرباح الشركة أم التقليل من الخسائر أم من شأنه جذب عملاء جدد إلى غير ذلك من المنافع التي تعود على الشركات العاملة في مجال الدواء وفقاً لطبيعة الإنتاج الدوائي^(١).

وعلى ذلك فإن شرط القيمة التجارية للمعلومات غير المفصح عنها لا يرتبط فقط بعدم معرفتها من قبل الغير، بل يرتبط أيضاً بمقدار ما بذل من جهود وما أنفق من أموال في سبيل التوصل إلى تلك المعلومات^(٢).

خلاصة القول إذن هي أن المعلومات غير المفصح عنها تكون محلاً للحماية متى ظلت سرية، حيث إن مناطق حماية هذه الحماية هي أن تظل سرية محتفظة بقيمتها الاقتصادية، وإذا فقدت هذه المعلومات سريتها وأصبح من السهل معرفتها والتعامل بها فإنها تفقد ميزتها الاقتصادية مما يفقدها شرط الحماية القانونية.

(1) Carlos Correa: Les droit de propriété intellectuelle: outils de développement, ou obstacles, p.6.

(2) د. حسام الدين عبدالغني الصغير، حماية المعلومات غير المفصح عنها، مرجع سابق، ص ١١٨.

(٣) تجدر الإشارة إلى أن لفظ المعقولة شائع الاستعمال في لغة القانون الأمريكي والانجليزي ودول القانون العام، حيث كثيراً ما يستخدم عبارات مثل خلال مدة معقولة أو إذا وجد مبرر معقول.

حصلوا على ترخيص اختياري بإنتاج دواء تملكه الشركة الدوائية، وإذا فرض وحدث اعتداء على هذه المعلومات سواء من العاملين لدى شركة الدواء أم من الغير وأهملت الشركة الدوائية في اتخاذ الإجراءات ضد المعتدي فإن ذلك يعد من قبيل التنازل عن سرية هذه المعلومات⁽³⁾.

المطلب الثاني

الشروط الخاصة لحماية المعلومات الدوائية غير المفصح عنها

خصت اتفاقية التبرس المنتجات الدوائية والمنتجات الكيميائية الزراعية دون غيرها بنوع مميز من حماية المعلومات غير المفصح عنها وهي الحماية المتعلقة بالبيانات السرية والمعلومات الأخرى التي يلزم تقديمها إلى الجهات الحكومية المختصة من أجل الحصول على ترخيص تسويق الأدوية أو المنتجات الكيميائية الزراعية التي تحتوي على كيانات كيميائية جديدة⁽⁴⁾، وفي هذا المعنى تنص الفقرة الثالثة من المادة التاسعة والثلاثين من اتفاقية التبرس على أن: تلتزم البلدان الأعضاء حين تشترط للموافقة على تسويق الأدوية أو المنتجات الكيميائية الزراعية التي تستخدم كيانات كيميائية جديدة وتقديم بيانات عن الاستخدام التجاري غير عادل، كما تلتزم البلدان الأعضاء بحماية هذه البيانات من الإفصاح عنها إلا عند الضرورة ومن أجل حماية الجمهور أو ما لم تتخذ إجراءات لضمان عدم الاستخدام التجاري غير العادل.

وتنص المادة السادسة والخمسون من قانون الملكية الفكرية العماني على أن: تمتد الحماية التي تقررها أحكام هذا القانون إلى المعلومات غير المفصح عنها

(3) Perez (M.): Protection des renseignements non divulgués, op. cit., p.6.

(4) Valerie D'ORE: Propriété intellectuelle et produits de santé, p.3. voir à:

<http://www.iedf.edu.dz/documentation/annales/2003/valere.htm>.

مغلق قد تكون كافية للمحافظة على هذه المعلومات، بينما لا تكفي هذه الإجراءات لحماية المعلومات الخاصة بشركات الدواء العملاقة، وذلك لأن مثل هذه الشركات تحتاج إلى إجراءات أمنية متعددة ومعقدة حتى لا يسهل الوصول إلى نتائج الأبحاث الدوائية التي أنفقت الملايين من الدولارات للوصول إليها⁽¹⁾.

وبالإضافة إلى ذلك فإن إجراءات ووسائل المحافظة على السرية متعددة ومتطورة في الوقت ذاته، ومن هذه الوسائل وضع المعلومات السرية في خزائن وتعيين حراسة دائمة عليها، وحظر دخول الأماكن التي توجد فيها هذه المعلومات واستخدام رموز وكلمات سرية لفتح الأبواب أو وضع المعلومات على أجهزة كمبيوتر ووضع برامج حماية تحول دون اختراقها والوصول إليها، وأيضاً وضع لافتات تتضمن تحذيرات على الأوراق والملفات تفيد سرية هذه الأوراق والملفات.

وإلى جانب هذه الوسائل العملية توجد وسائل أخرى للمحافظة على السرية وهي الوسائل التعاقدية، ومن أمثلة هذه الوسائل اشتراط الشركة الدوائية صاحبة المعلومات غير المفصح عنها على العاملين لديها بالمحافظة على هذه المعلومات وعدم استغلالها، ومراقبة الشركات الدوائية التي حصلت على تراخيص دوائية اختيارية للتأكد من عدم إفشاء الاختراع الدوائي والمعلومات المسلمة إليهم بموجب عقد الترخيص الدوائي الاختياري⁽²⁾.

وعلى ذلك فالجهد المبذول من الشركة الدوائية الحائزة للمعلومات غير المفصح عنها يتمثل في إيجاد ما يلزم من إجراءات أمنية وعملية وتعاقدية تتناسب وطبيعة هذه الأسرار، بحيث لا يتوصل إليها إلا من يعملون في الشركة والذين تقتضي طبيعة عملهم الاطلاع عليها كالباحثين والخبراء الذين يقومون بإجراء الأبحاث الدوائية، أو الأشخاص الطبيعة أو الاعتبارية الذين

(1) د. حسام الدين عبدالغني الصغير، حماية المعلومات غير المفصح عنها، مرجع سابق، ص ١١٩.

(2) د. سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الرابعة، ٢٠٠٣م، ص ٣٩٧.

ومن الجدير بالذكر أن الشركات الدوائية لا تطرح أي دواء في السوق إلا بعد إجراء مجموعة من التجارب والاختبارات عليه للتأكد من صلاحيته لعلاج مرض أو أمراض معينة مما يصيب الإنسان، وتتم الاختبارات والتجارب بمراحل تستغرق وقتاً وتتكلف مبالغ مالية كبيرة، وتشمل إجراء تجارب لاختبار صلاحية الدواء على حيوانات التجارب، فإذا أسفرت تلك التجارب عن نتائج إيجابية تجري التجارب على عدد محدود من المرضى، وكلما كانت النتائج إيجابية يتم التوسع في عدد المرضى الذين تجرى عليهم التجارب، ويشترط للحصول على ترخيص بتسويق الأدوية أن تقدم الشركة الدوائية طالبة الترخيص إلى الجهات المختصة كافة البيانات المتعلقة بنتائج تلك التجارب والاختبارات التي أجريت على الدواء للتأكد من الأمان والفاعلية وعدم وجود آثار جانبية خطيرة^(٣).

ونظراً لأهمية هذه المعلومات وكونها حسيمة تجارب وأبحاث طويلة، فقد حرص كل من المشرع العماني واتفاقية التبريس على حمايتها وفضلًا عن ذلك فإن هذه المعلومات والبيانات تعتبر سرية وغير مفسح عنها رغم تقديمها إلى الجهات المختصة، لأن السلطات المسؤولة عن الرقابة الدوائية والغذائية في الدولة عادة ما تشترط تقديم المعلومات المتعلقة بالمنتجات الدوائية والغذائية عند نظر طلب الحصول على الموافقة التسويقية لتداولها بين المستهلكين لإمكان إجراء التجارب والاختبارات اللازمة عليها وإصدار الموافقة على التسويق^(٤).

(3) Elisabeth Chamorand: La politique américaine en matière d'accès aux médicaments, p.3. voire à: Elizabeth Solomon: Le droit des marques et la mondialisation. Voire à:

<http://www.europa.eu.int/comm/development/body/publications/courior201/pdf>.

(٤) د. خاطر لطفي، موسوعة حقوق الملكية الفكرية، دراسة تأصيلية للقانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢م، شركة ناس للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٢م، ص ١٩٧.

التي كانت ثمرة جهود كبيرة والتي تقدم إلى الجهات المختصة بناءً على طلبها للسماح بتسويق المنتجات الكيميائية الصيدلانية أو الزراعية التي تستخدم كيانات كيميائية جديدة لازمة للاختبارات الواجب إجراؤها للسماح بالتسويق^(١).

وتلتزم الجهات المختصة التي تتلقي هذه المعلومات بحمايتها من الإفشاء والاستخدام التجاري غير المنصف وذلك من تاريخ تقديم المعلومات إليها وحتى زوال صفة السرية عنها أو لمدة لا تزيد على خمس سنوات أي الفترتين أقل.

ولا يعتبر تعدياً على حقوق صاحب هذه المعلومات ما تقوم به الجهات المختصة من الكشف عنها لضرورة تقتضيها حماية الجمهور.

ونظراً لأهمية هذه الشروط وارتباطها الوثيق بصناعة الدواء سنعالجها بشئ من التفصيل على النحو التالي:

أولاً: تقديم البيانات شرط لازم للحصول على ترخيص بتسويق الأدوية.

يقصد بهذا الشرط أن تقتصر الحماية القانونية للمعلومات غير المفسح عنها على المعلومات التي يلزم تقديمها إلى الجهات الحكومية المختصة للحصول على ترخيص بتسويق الأدوية، أي إن الحماية القانونية لا تشمل البيانات أو المعلومات التي تقدم إلى الجهات المختصة، ولكنها غير لازمة للحصول على ترخيص إلى الجهات الحكومية للحصول على ترخيص بتسويق المنتجات غير الدوائية وغير الكيميائية الزراعية.

وبناءً على ذلك، لا تمتد الحماية إلى البيانات التي تقدم للحصول على ترخيص بتسويق المنتجات الغذائية أو غيرها من المنتجات التي لا تدخل في عداد المنتجات الدوائية أو الكيميائية الزراعية^(٢).

(١) د. نصر أبو الفتوح حسن، مرجع سابق، ص ٢٢٣ وما بعدها.

(2) Dumoulin (J.): Mondialisation du commerce dans le domaine pharmaceutique, op. cit. p.8.

ثانياً: احتواء المنتجات الدوائية على كيانات كيميائية جديدة.

يجب أن تحتوي البيانات المتعلقة بالمنتجات الدوائية المطلوب الترخيص بتسويقها على كيانات كيميائية جديدة، حتى تحظى بالحماية القانونية المقررة للمعلومات غير المفصح عنها، ومن ثم تخرج من نطاق الحماية المعلومات والبيانات التي تقدم إلى الجهات الحكومية من أجل الترخيص بتسويق الأدوية ولا تحتوي على كيانات كيميائية جديدة، حيث لا يشكل الإفصاح عن تلك المعلومات أو الإعلان عنها أي مخالفة للقواعد المقررة للحماية^(١).

ولم توضح اتفاقية التريبس ولا القانون العماني المقصود بالكيانات الكيميائية الجديدة، وقد أدى هذا إلى إثارة التساؤل حول نوع الجدة المطلوبة في هذه البيانات وهل هي الجدة المطلقة اللازمة لبراءة الاختراع الدوائية أم الجدة النسبية؟

ذهب بعض الفقه إلى القول بأن التفسير اللفظي لعبارة النصوص السابق ذكرها يرجح أن الجدة في هذا المقام هي الجدة المطلقة وليست الجدة النسبية، وهذا يعني أن الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية يجوز لها أن تشترط في تشريعاتها الوطنية لحماية البيانات والمعلومات التي تقدم إلى الجهات الحكومية المختصة للحصول على ترخيص بالتسويق أن تكون المنتجات الدوائية التي يراد الترخيص بتسويقها محتوية على كيانات كيميائية لم يسبق استعمالها أو طرحها من قبل سوق أي دولة في العام^(٢).

وتجدر الإشارة إلى أن هذا التفسير لمعنى الجدة يتفق مع مصالح البلدان النامية، بيد أنه يتعارض مع مصالح الشركات الدوائية الكبرى، لأنه يضيق من نطاق البيانات والمعلومات التي تنصب عليها الحماية القانونية، وذلك لأن مؤدى هذا التفسير هو أن البيانات

(١) د. مصطفى الحضري، الدواء واتفاقية التريبس، مرجع سابق، ص ٥.

(٢) د. حسام الدين عبدالغني الصغير، حماية المعلومات غير المفصح

عنها، مرجع سابق، ص ١٢٤.

والمعلومات التي يلزم تقديمها إلى الجهات الحكومية بهدف الحصول على ترخيص بتسويق الأدوية والتي سبق طرحها في سوق أي دولة من قبل لن تشملها الحماية القانونية المقررة للمعلومات غير المفصح عنها، حيث إن الكيانات الكيميائية التي تحتوي عليها هذه المنتجات لن تعتبر جديدة طبقاً لمعيار الجدة المطلقة، ولذلك تعارض الشركات الدوائية الكبرى هذا التفسير دفاعاً عن مصالحها^(٣).

ويرى أنصار هذه الشركات الدوائية العملاقة أن الكيانات الكيميائية التي لم يسبق إحالتها إلى الجهة الحكومية المختصة بالترخيص بالتسويق لاختبارها يمكن اعتبارها جديدة، وبالتالي فإن البيانات والمعلومات التي تقدم إلى الجهة الحكومية المختصة من أجل الترخيص بتسويق المنتجات الدوائية يجب حمايتها إذا كانت تلك المنتجات تحتوي على كيانات كيميائية غير معروفة لدى الجهة الحكومية المختصة باستخراج الترخيص بالتسويق، لأنها لم تقدم إليها من قبل^(٤).

وبناءً على ذلك، لا يعني طرح المنتجات الدوائية التي تحتوي على الكيانات الكيميائية الجديدة في سوق أي دولة أخرى أن تفقد هذه الكيانات شرط الجدة متى لم يسبق الترخيص بتسويق المنتجات الدوائية التي تحتوي على الكيانات الكيميائية الجديدة في الدولة التي يراد الحصول على الترخيص فيها.

ويمكن إجمال وجهة نظر أنصار المؤيدين للشركات الدوائية الكبرى في أنهم يذهبون إلى أن شرط الجدة يتحقق إذا لم يكن قد سبق طرح المنتجات الدوائية التي تحتوي على الكيانات الكيميائية الجديدة في الدولة التي يراد الحصول على ترخيص بتسويق تلك المنتجات الدوائية فيها^(٥).

(٣) د. خالد الصباحين، شرط الجدة (السرية) في براءات الاختراع،

دراسة مقارنة بين التشريعين العماني والأردني في الاتفاقيات

الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩، ص ٢١ - ٢٦

(٤) د. محمد موسى، مرجع سابق، ص ٨٥.

(٥) د. حسام الدين عبدالغني الصغير، حماية المعلومات غير المفصح

عنها، مرجع سابق، ص ١٢٥.

وبالإضافة إلى ذلك فإن بيان مدة حماية المعلومات غير المفصح عنها يكون له عظيم الأثر في بيان متى تزول عنها صفة السرية، ومن ثم يمكن إفشاؤها دون مسئولية.

وعلى هذا الأساس ينقسم هذا المبحث إلى:

المطلب الأول: الغرض من الحماية.

المطلب الثاني: مدة الحماية.

المطلب الثالث: حالات إفشاء السرية.

المطلب الأول

الغرض من الحماية

يفهم من صياغة المادة التاسعة والثلاثين من اتفاقية التريس والمادة السادسة والخمسين من القانون العماني أن الغرض من الحماية يتمثل في منع الاستخدام التجاري غير العادل وعدم الإفصاح عن البيانات والمعلومات للغير، حيث جاء في نص المادة التاسعة والثلاثين من اتفاقية التريس عبارة «حماية هذه البيانات من الاستخدام التجاري غير المنصف»، كما تلتزم البلدان الأعضاء بحماية هذه البيانات من الإفصاح عنها، كما جاء في نص المادة السادسة والخمسين من قانون الملكية الفكرية عبارة «وتلتزم الجهات المختصة التي تتلقى هذه المعلومات بحمايتها من الإفشاء والاستخدام التجاري غير المنصف»

أولاً: منع الاستخدام التجاري غير العادل.

يقصد بمنع الاستخدام التجاري غير العادل أن تتضمن الحماية منع حصول شركات تصنيع الأدوية المنافسة على البيانات والمعلومات السرية التي تقدم إلى الجهة الحكومية المختصة بوسائل غير شريفة واستخدامها تجارياً.

ومن أمثلة هذا الاستخدام المحظور حصول إحدى

لم يتبق إلا أن نشير إلى أنه يشترط لحماية المعلومات والبيانات التي تقدم إلى الجهات الحكومية للحصول على ترخيص بتسويق الأدوية أن تكون سرية، وبالتالي يخرج من نطاق الحماية للمعلومات والبيانات التي سبق النشر عنها في المجالات العلمية أو نشرت إلكترونياً على شبكة الانترنت^(١).

ثالثاً: بذل جهود معتبرة في سبيل التوصل إلى المعلومات.

يشترط في المعلومات الدوائية غير المفصح عنها حتى تحظى بالحماية القانونية أن تأتي نتيجة جهود ومحاولات جادة، ولقد عبرت اتفاقية التريس عن هذا المعنى بعبارة: «جهود كبيرة»، وهو نفس اللفظ الذي استخدمه المشرع العماني في المادة السادسة والخمسين من قانون الملكية الفكرية.

المبحث الثالث

النظام القانوني لحماية المعلومات غير المفصح عنها

يؤدي النظام القانوني للحماية دوراً مهماً في المحافظة على المعلومات غير المفصح عنها وكفالة الأمان لحائزها وعدم تعرضها للانتهاك دون جزاء.

ويتمثل الغرض من حماية المعلومات غير المفصح عنها في منع الاستخدام التجاري غير العادل وعدم الإفصاح عن هذه المعلومات للشركات الدوائية الأخرى.

على أن حماية هذه المعلومات لا يعني أنه لا يجوز إفشاؤها بأي حال من الأحوال، وإنما توجد حالات لإفشاء السرية كما إذا كان الإفصاح ضرورياً لحماية الصحة العامة أو إذا صاحب الإفصاح اتخاذ خطوات من شأنها منع الاستخدام التجاري غير العادل^(٢).

(١) د. مصطفى الحضري، الدواء واتفاقية التريس، مرجع سابق، ص ٦.

(٢) د. حسام الدين عبدالغني الصغير، مرجع سابق، ص ٩.

ترخيص بالتسويق في عدم الإفصاح عن تلك البيانات والمعلومات للشركات الدوائية المنافسة.

وهذا الالتزام هو التزام سلبي بالامتناع عن عمل يتمثل في عدم الكشف عن سرية البيانات والمعلومات للشركات الأخرى العاملة في المجال الدوائي، ولا شك أن هذا الالتزام يختلف عن الالتزام الأول الذي يتمثل في الالتزام إيجابي بعمل حفظ المعلومات ومنع وصول الغير إليها^(٣).

خلاصة القول إذن هي أن على الجهات المختصة التي تقدم إليها بيانات اختبارات ومعلومات لازمة للترخيص بتسويق الأدوية نوعين من الالتزامات الأول: التزام بعمل يتمثل في حفظ هذه البيانات ومنع الوصول إليها، والثاني: يتمثل في عدم الكشف عنها للغير.

المطلب الثاني

مدة الحماية

لم تذكر اتفاقية التريس شيئاً عن المدة التي تلتزم الجهات الحكومية خلالها بمنع الاستخدام التجاري غير العادل، وعدم الإفصاح عن المعلومات والبيانات السرية التي تقدم إليها بغرض الحصول على ترخيص بتسويق الأدوية.

وقد عارضت الدول النامية في بداية مفاوضات جولة أورجواي حماية المعلومات غير المفصح عنها من خلال حماية حقوق الملكية الفكرية في حين اقترحت بعض الدول الصناعية تحديد حد أدنى لمدة حماية البيانات

والمعلومات السرية التي تقدم إلى الجهة الحكومية من أجل الحصول على ترخيص بالتسويق لا يقل عن خمس سنوات، بيد أن اتفاقية التريس لم تذكر شيئاً عن تلك المدة، وبذلك تكون الاتفاقية قد تركت الحرية للتشريعات الوطنية في تحديد مدة الحماية^(٤).

(٣) د. حسام الدين عبدالغني الصغير، حماية المعلومات غير المكشوف عنها، مرجع سابق، ص ٢٠.

(٤) Andre Francon: Les chiers de propriété

الشركات الدوائية على نتائج التجارب والاختبارات التي قدمت إلى الجهة الحكومية المختصة من شركة دوائية أخرى منافسة لها بطريقة تتنافى مع العادات التجارية الشريفة واستخدام هذه النتائج والتجارب في تقديم طلبات إلى الجهة المختصة للحصول على ترخيص بتسويق منتجات دوائية مماثلة تقوم بتصنيعها^(١).

وعلى ذلك فإن الالتزام الذي فرضته كل من اتفاقية التريس والقانون العماني لحماية حقوق الملكية الفكرية على الجهات الحكومية لحماية بيانات الاختبارات السرية والمعلومات الأخرى من الاستخدام التجاري غير العادل يفرض عليها ألا تمكن الشركات الدوائية المنافسة لشركة الدواء التي قدمت البيانات لاستخدامها في أغراض تجارية^(٢).

ومن الأهمية بمكان الإشارة إلى أن شركة الدواء التي قدمت بيانات ونتائج اختبارات للحصول على ترخيص بتسويق الأدوية ليس لها حق استثنائي على هذه البيانات والمعلومات من شأنه أن يمنع الشركات الدوائية الأخرى من التوصل إلى ذات البيانات والاختبارات والمعلومات بوسائلها الخاصة، واستخدامها كيفما شاءت مادامت لم تتوصل إليها بوسائل تتنافى مع العادات التجارية الشريفة، ولا يشكل ذلك أي اعتداء على حقوق شركة الدواء التي قدمت بيانات الاختبارات والمعلومات إلى الجهة الحكومية المختصة

ثانياً: عدم الإفصاح عن البيانات والمعلومات للغير.

يتمثل الالتزام الثاني الذي يقع على عاتق الجهة الحكومية المختصة التي تقدم إليها بيانات الاختبار السرية والمعلومات الأخرى اللازمة للحصول على

(١) د. سميرة القليوبي، الملكية الصناعية، ط٤، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٤٠٠.

(٢) د. حسام الدين عبدالغني الصغير، حماية المعلومات غير المكشوف

عنها، مرجع سابق، ص ١١، منشور على الموقع التالي:

http://www.wipo.org/arab/ar/meetings/2003/ip_bah/doc/doc/wipo-alu_03_doc7.doc.

أولاً: إذا كان الإفصاح ضرورياً لحماية الصحة العامة.

إذا كان الإفصاح عن سرية البيانات والاختبارات اللازمة لتسويق الأدوية ضرورياً لحماية الصحة العامة فإن التزام الجهة الحكومية بالحماية ينتهي ويجوز لها أن تعلن عن نتائج هذه البيانات والاختبارات دون أن يعد ذلك إخلالاً بالتزامها^(٢).

ولقد أكدت اتفاقية التبريس على هذا المعنى، حيث جاء في نص الفقرة الثالثة من المادة التاسعة والثلاثين من هذه الاتفاقية عبارة «كما تلتزم البلدان الأعضاء بحماية هذه البيانات دون الإفصاح عنها إلا عند الضرورة من أجل حماية الجمهور»، ويقابل هذا النص ما قرره الفقرة الثالثة من المادة السادسة والخمسين من قانون الملكية الفكرية، حيث نصت على أن: لا يعتبر تعدياً على حقوق صاحب هذه المعلومات ما تقوم به الجهات المختصة من الكشف عنها لضرورة تقتضيها حماية الجمهور.

ويرى بعض الفقه بحق أن حماية الجمهور يجب أن تؤخذ بالمعنى الواسع، فلا تقتصر على حماية جمهور مواطني دولة معينة، بل يمتد ليشمل صحة الإنسان أياً كانت جنسيته أو موطنه أو محل إقامته^(٣)، وبناءً على ذلك يجوز للجهة الحكومية المختصة إذا تبين لها بعد الترخيص بتسويق الدواء احتمال حدوث أضرار جانبية لمستخدميه، أن تحذر الجمهور وتفصح عن نتائج الاختبارات والبيانات أو المعلومات السرية التي قدمت إليها، ما دام أن الإفصاح لازم للمحافظة على الصحة العامة للجمهور، كما يجوز للجهة الحكومية إفشاء البيانات والمعلومات السرية على الطبيب المعالج إذا كانت هذه البيانات تفيده في تحديد نوع العلاج^(٤).

وتجدر الإشارة إلى أن عدم ذكر اتفاقية التبريس مدة لحماية المعلومات غير المفصح عنها لا يعني أن الحماية أبدية، وذلك لأن الحماية يجب ألا يكون الغرض منها حرمان المجتمع من الاستفادة من البيانات والمعلومات المقدمة إلى الجهة الحكومية المختصة للأبد، وإنما تمكين الشركات التي قدمت البيانات والمعلومات إلى الجهة الحكومية من الاستفادة من نتائج الاختبارات والتجارب التي توصلت إليها خلال فترة زمنية معينة كمقابل لما تكبدته من مصاريف ونفقات من خلال منع الشركات الدوائية المنافسة من الحصول على هذه البيانات والمعلومات بأساليب تجارية غير شريفة واستغلالها دون أن تدفع شيئاً^(٥).

واتساقاً مع هذا المعنى فلقد حرص المشرع العماني على تحديد مدة الحماية المقررة للمعلومات غير المفصح عنها، حيث قرر أنها تحمي حتى زوال صفة السرية عنها أو خمس سنوات من تاريخ تقديمها للجهة الحكومية، وفي هذا المعنى تنص الفقرة الثانية من المادة السادسة على أن: تلتزم الجهات الحكومية التي تتلقى هذه المعلومات بحمايتها من الإفشاء والاستخدام التجاري غير المنصف، وذلك من تاريخ تقديم المعلومات إليها وحتى زوال صفة السرية عنها أو لمدة لا تزيد على خمس سنوات أي الفترتين أقل.

المطلب الثالث

حالات إباحة إفشاء السرية

إذا كانت الجهة الإدارية ملتزمة بالمحافظة على سرية البيانات والاختبارات المتعلقة بالمعلومات اللازمة لترخيص الأدوية، إلا أن هذا الالتزام ليس مطلقاً، حيث توجد حالات يجوز فيها للجهة الإدارية أن تقوم بإفشاء سرية هذه المعلومات دون أن يمثل ذلك إخلالاً بالالتزام الجهة الإدارية، ومن هذه الحالات ما يلي:

intellectuelle, p.50. voir à:

<http://www.robic.ca/cpi/chiers/16-1/cpi16-1.pdf>.

(١) د. حسام الدين عبدالغني، حماية المعلومات غير المفصح عنها، المرجع السابق، ص ١٢٢.

(٢) د. بلال عبد المطلب، مرجع سابق، ص ٢٠٦.

(٣) د. عبدالرحمن نجم المشداتي، اتفاقية التبريس الصناعية وحقوق الملكية الفكرية، ص ٣، منشور على الموقع التالي:

<http://www.almadapaper.comsub/05-387/p19.htm>

(٤) د. حسن جميعي، الإنفاذ والتدابير الحدودية بناءً على اتفاق تريبس، بحث مقدم إلى ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية للمسؤولين الحكوميين والتي نظمتها المنظمة العالمية للملكية الفكرية بالتعاون

الخاتمة

يمكن لنا الآن، وبعد دراسة هذا البحث استخلاص بعض النتائج الهامة، التي تم استنتاجها من خلال هذه الدراسة، وهي :

أولاً: النتائج.

١- إن أهم آليات عصر العولمة المتوقع خضوعها لتغييرات مهمة في غضون السنوات القليلة المقبلة اتفاقيات التجارة العالمية، وعلى رأسها اتفاقية حقوق الملكية الفكرية (التريبيس)، والتي جاءت من خلال جهود جبارة وشرسة من جانب الشركات متعددة الجنسية، والبلدان المتقدمة وخاصة الولايات المتحدة، وذلك في جو من العجلة للدول النامية، ومن هنا لابد أن تؤدي هذه الدول دوراً رئيسياً في عمليات التغيير الخاصة بهذه الاتفاقية، وذلك من منظور إحداث التوازنات التي يمكن أن تسمح بقدر من التقدم، لأنه بدون إحداث تغييرات في هذا الاتجاه، فإن اتفاقيات التجارة العالمية، وعلى وجه الخصوص اتفاقية (التريبيس)، تفرض الانتحار على معظم البلدان النامية وينطبق عليها بحق القول الذي يقرر بأن هذه الاتفاقية تمثل ميراث الأيتام على مائدة اللثام.

٢- اتبع المشرع في قانون حماية حقوق الملكية الفكرية منهجاً تشريعياً للحد من غلواء أحكام اتفاقية التريبيس، وتأثيرها السلبي على صناعة الدواء، مع الأخذ في الاعتبار بطبيعة الحال ضرورة المحافظة على الصحة العامة، وقد ظهر ذلك في:

أ. الأخذ بالحد الأدنى لمدة الحماية عن طريق براءة الاختراع الدوائية، حيث اقتصر القانون على الحد الأدنى المقرر في هذا المجال، وتبلغ مدة الحماية وفقاً لهذا الحد عشرين سنة من تاريخ التقدم بطلب البراءة.

ومن الأمثلة التي تلجأ إليها الجهات المختصة للإفصاح عن المعلومات السرية محل الحماية إذا اقتضت حماية الجمهور ذلك ما تقوم به الجهات المختصة بوضع نشرة باللغة العربية لمكونات المنتج الدوائي أو إظهار خلوه من مكونات معينة أو وضع تحذير على عبوات المنتج الدوائي من استخدامات معينة لوجود بعض المواد ذات الطبيعة الخاصة مثل مركب الكورتيزون حيث تعد هذه المعلومات ضرورية لحماية الجمهور عند استخدامه لهذه المنتجات^(١).

ثانياً: الإفصاح المقترن باتخاذ الخطوات اللازمة لمنع الاستخدام التجاري غير العادل.

أجازت المادة التاسعة والثلاثون من اتفاقية التريبيس للجهات المختصة الإفصاح عن البيانات والمعلومات للسرية في أي حالات أخرى بشرط اتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان عدم استخدام تلك البيانات أو المعلومات السرية استخداماً تجارياً غير عادل.

وتطبيقاً لهذا الحكم يجوز للجهة الحكومية إفشاء البيانات والمعلومات السرية التي قدمت إليها بقصد الترخيص بتسويق دواء مشمول بالحماية عن طريق البراءة إلى المرخص له ترخيصاً إجبارياً باستغلال البراءة لتمكينه من الإنتاج شريطة اتخاذ الإجراءات والخطوات اللازمة لضمان عدم قيام المرخص له بكشف سرية البيانات أو المعلومات، كأن تأخذ تعهداً عليه بعدم إفشاء هذه البيانات^(٢).

مع وزارة الإعلام البحرينية، المنامة، يومي ١٤، ١٥ يونيو، ص٦، منشور على الموقع التالي:

www.ompi.int/edocs/mdocs/arab/ar/wipo_ip_bah_04/wipo_ip_bah_04_3.doc..

(١) د. سميحة القليوبي، الملكية الفكرية، مرجع سابق، بند ٢٨٥، ص٤٠١.

(3) Sebastien Clamont: L'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) et les pays en développement, p.2. voire à:

<http://www.irpi.access-ia.com/fichiers/20030925123335.pdf>.

ب. استبعاد منح براءة اختراع في بعض المجالات الحيوية والتي تمس الصحة العامة، مثل الاختراعات التي يكون من شأن استغلالها المساس بالأمن القومي أو الإخلال بالنظام العام أو الآداب أو الإضرار الجسيم بالبيئة أو الإضرار بحياة أو صحة الإنسان أو الحيوان أو النبات وطرق تشخيص وجراحة الإنسان والحيوان، والأعضاء والأنسجة والخلايا الحية والحمض النووي، والجينوم، وبناء على ذلك تستبعد طائفة مهمة من المنتجات الدوائية التي يتم استخلاصها من المواد الطبيعية من نطاق الحماية، كما يستبعد أيضاً من الحماية عن طريق البراءة أي دواء يعتمد في تصنيعه على الكائنات الحية أو أي أجزاء منها (الأعضاء والأنسجة والخلايا الحية والحمض النووي والجينوم).

٣- أباح المشرع استخدام المنتج المشمول بالحماية عن طريق البراءة في كافة أغراض البحث العلمي دون أن يعد ذلك اعتداء على حقوق مالك البراءة، ولا شك أن هذه الإباحة تسمح لشركات الأدوية بدراسة المنتجات المشمولة بالحماية عن طريق البراءة وتحليلها لاكتشاف النظريات العلمية التي تقوم عليها ومكوناتها الكيميائية واستغلال نتائج ذلك في البحث والتطوير.

وبعد استخلاص واستنتاج هذه النتائج، يمكن لنا أن نوصي ببعض التوصيات، والتي من أهمها:

ثانياً: التوصيات.

١- وضع استراتيجية لصناعة الدواء العربي إنتاجاً واستهلاكاً وتسجيلاً وتسويقاً بما يحقق التكامل في منظمة هذه الصناعة لمواجهة القيود الفنية لاتفاقية حقوق الملكية الفكرية، والتي تشكل قيداً على صناعة الدواء العربية.

٢- إنشاء مركز عربي متخصص في مجال البحوث والتطوير للصناعات الدوائية والمنتجات المتممة لها يساهم في تمويله مؤسسات التمويل وصناديق

التنمية العربية، بهدف تشجيع الاستثمار في الصناعات الدوائية والمستحضرات الصيدلانية المختلفة، كاستثمار عربي مشترك يمثل تعاوناً في مجال الإنتاج والسعي لاستخدام التكنولوجيا المتطورة من الدول الرائدة في هذه المجال.

٣- إنشاء سوق دوائية عربية مشتركة لإيجاد ترتيب تجاري إقليمي في مواجهة التكتلات الاقتصادية العالمية وظاهرة الاندماج وتوحيد الشركات الأجنبية الكبرى التي تؤثر سلباً من الناحية التنافسية على الصناعات الدوائية العربية، ويتم ذلك من خلال خطوات مرحلية للوصول إلى ذلك الهدف، مع تبني آليات محددة لتغطية المراحل الانتقالية، حيث يتم صياغة نظام موحد للرقابة الدوائية ليتم اعتماده من قبل السلطات الصحية العربية ويراعى فيه الأمن الدوائي العربي، ثم العمل بالنظام الموحد، ثم الانتقال إلى مرحلة العمل المشترك لمنظمة السلطات الوطنية من خلال اعتماد تسجيل الدواء الممنوح في أي بلد عربي لينسحب على أي بلد عربي آخر يرغب صاحب التسجيل في دخوله وتسويق منتجه فيه دون المرور بإجراءات تسجيل جديدة ومتطلبات متباينة ضمن إطار زمني سريع.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية.

- ١- أحمد جامع، اتفاقات التجارة العالمية وشهرتها الجات، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١م
- ٢- السيد حسن البدرابي، القانون العماني لحماية حقوق الملكية الفكرية، سماته الرئيسية ومدى توافقه والمعايير الدولية، بحث مقدم إلى حلقة الويبو الوطنية التدريبية حول الملكية الفكرية للدبلوماسيين والتي نظمها معهد الدراسات الدبلوماسية بالتعاون مع المنظمة العالمية للملكية الفكرية في القاهرة في الفترة من ١٣ إلى ١٦ ديسمبر ٢٠٠٤م

ثانياً: مراجع عربية منشورة على الإنترنت:

- ١- مها عبدالرحيم فودة، إنتاج الدواء والبحوث العلمية، منشور على الموقع التالي:

<http://www.elakhbar.org.eg/issues/15366/0302.html>.

- ٢- د. إنجي توكل، قراءة في الخريطة الدوائية لمصر بعد قدوم الجات، منشور على الموقع التالي:

<http://www.akhbarelyom.org.eg/akhbarelyom/isses/2943/0900.html>.

- ٣- حسام الدين عبدالغني الصغير، حماية المعلومات غير المكشوف عنها، مرجع سابق، ص ١١، منشور على الموقع التالي:

http://www.wipo.org/arab/ar/meetings/2003/ip_bah/doc/doc/wipo-alu_03_doc7.doc.

- ٤- حسن جميعي، الإنفاذ والتدابير الحدودية بناء على اتفاق تربرس، بحث مقدم إلى ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية للمسؤولين الحكوميين والتي نظمتها المنظمة العالمية للملكية الفكرية بالتعاون مع وزارة الإعلام البحرينية، المنامة، يومي ١٤، ١٥ يونيه، ص ٦، منشور على الموقع التالي:

www.OMPI.int/edocs/mdocs/arab/ar/wipo_ip_bah_04/wipo_ip_bah_04_3.doc.

- ٥- ربيلاوم كافلكانتني، المفاهيم الأساسية لحقوق الملكية الفكرية، ص ٢٠، بحث منشور على الموقع التالي:

- ٣- بلال عبدالمطلب بدوي، تطور الآليات الدولية لبراءات الاختراع، دراسة في ضوء اتفاقية التبرس والاتفاقيات السابقة عليها، بحث مقدم إلى مؤتمر الجوانب القانونية والاقتصادية لاتفاقيات منظمة التجارة العالمية والمنعقد في كلية الشريعة والقانون جامعة العن بالإمارات العربية المتحدة، في الفترة من ٩ إلى ١١ مايو ٢٠٠٤

- ٤- حسام الدين عبدالغني الصغير، حماية المعلومات غير المكشوف عنها بناء على اتفاق التبرس، بحث مقدم إلى الندوة الوطنية المشتركة بين الويبو واتحاد المحامين العرب عن الملكية الفكرية للمحامين والمنعقدة في المنامة بالبحرين من ٢٣ إلى ٢٥ يناير ٢٠٠٣

- ٥- خاطر لطفي، موسوعة حقوق الملكية الفكرية، دراسة تأسيسية للقانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢م، شركة ناس للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٣م

- ٦- سامي عفيفي حاتم، تحليل اتفاقية حقوق الملكية الفكرية في إطار منظمة التجارة العالمية، بدون دار نشر، بدون سنة نشر

- ٧- سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الرابعة، ٢٠٠٣م

- ٨- محمد محمد الكمالي، آلية حماية حقوق الملكية الفكرية، بحث مقدم إلى مؤتمر الجوانب القانونية والاقتصادية لاتفاقيات منظمة التجارة العالمية والمنعقد في كلية الشريعة والقانون، جامعة العين بالإمارات العربية المتحدة في الفترة من ٩ إلى ١١ مايو ٢٠٠٤م

- ٩- مصطفى الحضري، الدواء واتفاقية التبرس، بحث مقدم إلى الندوة التي عقدتها أكاديمية السادات للعلوم الإدارية تحت عنوان حماية الملكية الفكرية في صناعة الدواء، بتاريخ ٢٨/٢/٢٠٠١

- 2- Carlos Correa: Les droit de propriété intellectuelle: outils de développement, ou obstacles

Valerie D'ORE: Propriété intellectuelle et produits de santé.. voir à:

<http://www.iiedf.edu.dz/documentation/annales/2003/valere.htm>.

- 3- Claudie Haignere: Protection et valorization de resultats de la recherche publique. Voir à:

<http://www.recherche.gouv.fr/compagne/brevet>.

- 4- Elisabeth Chamorand: La politique américaine en matière d'accès aux médicaments, voir a:

<http://www.usxs.skynet.be/gresea/bl-adpic/html>.

- 5- Elisabeth Chamorand: La politique américaine en matière d'accès aux médicaments.. voire à: Elizabeth Solomon: Le droit des marques et la mondialisation. Voire à:

<http://www.europa.eu.int/comm/development/body/publications/courior201/pdf>.

- 6- Miguel Esteban Perez: Protection des renseignements nom divulgués. voir à:

<http://www.ftaa-alca.org/spcomm/soc/contributions/Brazil/>

<http://www.uae.gov.ae/uaeagricent/issues/x7355a/x7355A07.htm>.

٦- عبدالرحمن نجم المشهداتي، اتفاقية التريس الصناعية وحقوق الملكية الفكرية، ص٣، منشور على الموقع التالي:

<http://www.almadapaper.comsub/05-387/p19.htm>

٧- يونس عرب، المحددات العامة للنظام القانوني للملكية الفكرية الأدبية والصناعية، ص٣، منشور على الموقع التالي:

http://www.arablaw.org/download/IP_lecture.doc.

ثالثاً: المراجع الأجنبية.

- 1- Frank E. Muennich: Les brevets pharmaceutiques et l'accès aux médicaments, revue international de droit économique, 2000, no. special, no.10
- 2- Nguessan (K.): La propriété intellectuelle et les négociations commerciales de l'uruguay round, these, septentrion presses universitaires, Paris, 1998

رابعاً: مراجع أجنبية منشورة على

الإنترنت.

- 1- Andre Francon: Les chiers de propriété intellectuelle, voir a <http://www.robic.ca/cpi/chiers/16-1/cpi16-1.pdf>.

- intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) et les pays en développement.. voire à:
- 9- <http://www.irpi.access-ia.com/fichiers/20030925123335.pdf>.
 - 10- www.wipo.org/arab/ar/meetings/2003/ip_bah/doc/doc/wipo-alu_ip_bah_03_doc7.doc
 - 7- Morion (J.): Le droit international des brevets entre le multilatéralisme et le bilateralism américain. Voir à“
<http://www.iisd.ca/whats-new/us.bilateral-ipr.pdf>.
 - 8- Sebastien Clamont: L'accord sur les aspects des droits de propriété

xxxxxxxxxxxxxxxxxx

سلطة القاضي في توجيه اليمين وأثارها
- دراسة فقهية قانونية مقارنة -

محمد بن سيف بن دويّم الشعيلي
رئيس قسم الأحكام والدراسات
القانونية بالانتداب - المكتب الفني بالمحكمة العليا

تمهيد:

الحمد لله الذي يحق الحق، ويبطل الباطل،
وأشهد ألا إله إلا الله، وأن محمداً عبده ورسوله، حكم
فعدل، واستقام فاعتدل، ومضى بالحق وامتلأ، -صلى
الله عليه وسلم-، ورضي الله عن صحابته والتابعين
العاملين الموفين العادلين، وبعد،

فإن الحقوق بين المتقاضين خاصة، وبين العباد عامة،
من أهم الأركان التي يجب على الإنسان أن يستقيم في
وفائها، ويخلص في أدائها، ويكفي بها حرمة ومكانة أن
نسبها المولى الكريم إلى بعض أسمائه الحسنی وصفاته
العلی، فسمى نفسه الحق والعدل، كما وردت بذلك
العديد من النصوص القرآنية والأحاديث النبوية الدالة
على حرمة الأنفس والأموال والحقوق، ولكي يتحقق
المقصود، ويستقيم العابد للمعبود، وجب إقامة العدل
بدون تعدٍّ أو حيف أو ميل، (وَأَوْفُوا الْكَيْلَ وَالْمِيزَانَ
بِالْقِسْطِ لَا تُكَلِّفُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا وَإِذَا قُلْتُمْ
فَاعْدِلُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ذَلِكُمْ
وَصَاكُم بِهِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ) ” الأنعام/ ١٥٢ “.

وقد جعل الله سبحانه وتعالى لإقامة العدل بين
الناس طرقاً ووسائل يستعين بها المدعي في إثبات دعواه،
ويُتوصَّلُ من خلالها إلى إثبات المدعى به أو نفيه بالنسبة
للمدعى عليه. ومن وسائل الإثبات تلك: الإقرار،
والشهادة، واليمين، والقرائن وغيرها، ولكل وسيلة
أحكام وآثار مترتبة عليها بينها كتب الفقه والقانون
معاً، وفي هذا البحث سيكون الحديث عن جزئية مهمة
في أحكام اليمين القضائية التي تكون بمجلس الحكم،
وذلك ببيان أحكام توجيهها وطلبها بين المتقاضين
والآثار المترتبة على ذلك، وتحرير محل الخلاف بين
الفقهاء الشرعيين والقانونيين، وما تضمنته العديد
من السوابق القضائية في بعض الأحكام الصادرة بهذا
الشأن. ولهذا البحث إشكالية تتضمن سؤالاً جوهرياً
رئيسياً وهو:

ما مدى سلطة القاضي في توجيه اليمين القضائية؟

ويندرج تحت هذا السؤال تساؤلات متعددة منها: ما
المقصود باليمين القضائية؟ وما هي أنواعها؟ وما هي
الآثار المترتبة على توجيه اليمين القضائية بمجلس
الحكم؟ من خلال الإجابة على هذه التساؤلات
والإشكالات سيخرج الباحث بنتيجة وتوصيات تهم
هذا الجزء من الإثبات في انعقاد الخصومة في الدعوى
والفصل فيها. كما إن للبحث أهدافاً تبرز من خلال
المحاور التي تمت دراستها ومقارنتها واستنباط نتائجها،
وذلك بالكشف عن المقاصد الشرعية المبتغاة من تشريع
إقامة البيئة القضائية باليمين في الدعوى، وبيان
الخلاف الواقع في مسألة توجيه اليمين، وما يترتب
على ذلك من آثار بالنسبة للأحكام والمتقاضين. وأخيراً
بيان ثمرة الخلاف الواقع في مسألة توجيه اليمين.
وقد اعتمد الباحث على عدة مناهج معلومة لكل مطلع
على أصول البحث العلمي، ومن تلك المناهج: المنهج
الاستقرائي؛ حيث تتبع وتقصي أقوال الفقهاء في هذه
المسألة، واستقراء ما تناولته مراجع القانون والأحكام
الصادرة في هذا الجانب. وكذا المنهج الاستنباطي
والتحليلي؛ حيث عوّل الباحث على تحليل المعلومات
التي تم استقراؤها وتتبعها من المصادر والمراجع، بعد
ذلك اجتهد الباحث في استنباط أهم النتائج، وخرج
بخلاصة وتوصيات في موضوع بحثه. وقد قسّم البحث
إلى مبحثين يندرج تحت كل مبحث مطالب عدة وذلك
كالآتي:

المبحث الأول:

مفهوم اليمين ومشروعيتها،

ويشمل ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم اليمين لغة واصطلاحاً، والجمع بينها.

المطلب الثاني: مشروعية اليمين.

المطلب الثالث: المقاصد الشرعية والقانونية للسمن.

المبحث الثاني:

السلطة فى توجيه اليمين والآثار

المترتبة عليه، ويشمل ثلاثة

مطالب:

المطلب الأول: السلطة في توجيه اليمين الحاسمة.

المطلب الثاني: السلطة في توجيه
اليمين المتممة.

المطلب الثالث: الآثار المترتبة على توجيه
اليمين.

الخاتمة.

فمن الله أستمد العون وأسأله التوفيق والإخلاص
والخلاص في الدنيا والآخرة.

المبحث الأول: مفهوم اليمين
ومشروعيتها، ويشمل ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم اليمين لغة واصطلاحاً، والجمع بينها.

أولاً: مفهوم اليمين لغة. اليمين لفظ مؤنث

مفرد، ويجمع على أيمان وأئمن، والحلف والقسم واليمين كلها ألفاظ مترادفة، وقد ورد لفظ اليمين في اللغة العربية على معان عدة؛ نظرا لما تدل عليه من استعمالات لغوية، وما تشير إليه من معان بيانية. ومن تلك الاستعمالات اللغوية لليمين: دلالتها على القوة والقدرة والشدة^(١)، ومنه قوله تعالى: ﴿لَا خِذْنَا مِنْهُ بِالْيَمِينِ﴾ "الحاقة/٤٥" أي لأخذنا منه قوته، ومنه القول: خذ بيمينه، عندما يرتكب المرء خطأ ليدل على استحقاق العقاب بذلك الخطأ. يقول السمعاني مشيرا إلى ذلك: "أي: بالقوة. أي: انتقمنا منه بقوتنا وقدرتنا.....، لأخذنا منه باليمين، أي: أذهبنا قوته. ويقال: "لَا خِذْنَا مِنْهُ بِالْيَمِينِ" هو مثل قول القائل: خذ بيمينه إذا فعل شيئا - أي: بالقوة - يستحق العقوبة"^(٢). ومنه قوله تعالى كذلك: ﴿وَالسَّمَاوَاتُ مَطْوِيَّاتٌ بِيَمِينِهِ﴾ "الزمر/٦٧". وتفسير حقيقة هذه اليمين كما ذهب إليه أهل التفسير^(٣) يراد بها طي وإحاطة بقدرة حسيّة غير حقيقية، وبدون تصوّر لحقيقة القبضة، أو إدراك لحقيقة اليمين، فهو لا يعدو إلا أن يكون تصويرا حسيّا على القدرة المطلقة لله تعالى، يقول صاحب التيسير في ذلك: «وذكر القبضة واليمين مراد بهما القدرة خطابا لنا بما نفهم، لأن أفعالنا بالأيدي»^(٤). ووجه الشاهد من كلام أهل التفسير في هذا المعنى

(١) (إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، باب (يمن)، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الرابعة، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م، ٦/٢٢٢٠.

(٢) منصور بن محمد السمعاني ، تفسير القرآن، المحقق: ياسر بن إبراهيم وغنيم بن عباس بن غنيم، دار الوطن، الرياض - السعودية، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م، ٦/٤٣.

(٣) محمد بن عمر الرازي، مفاتيح الغيب = التفسير الكبير، دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٢٠هـ، ٢٧/٤٧٥، ومحمود بن عمرو الزمخشري، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، دار

(٤) محمد بن يوسف أظفَيْش، تيسير التفسير للقرآن الكريم، وزارة التراث والثقافة - سلطنة عمان، ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٧م، ٢٩٩/١١.

تقوية جانب المدعي فاقد الدليل في الدعوى بتشريع اليمين له على خصمه لضعف جانبه بالعجز عن البينة في الدعوى. كذلك يدل لفظ اليمين على اليد اليمنى^(١) للإنسان التي هي ضد اليد اليسرى. يقول الفراهيدي: «واليمين: اليد اليمنى، والأيمان: جمعه. وثلاث أيمان وأشمل. واليمين: من القسم، والأيمان جماعته أيضا»^(٢). فهنا أشير إلى دالتين لغويتين لليمين هما اليد اليمنى والقسم. ومنه قول الله تعالى: ﴿فَرَأَى عَلَيْهِمْ ضَرْبًا بِالْيَمِينِ﴾ "الصفات/٩٣" أي باليد اليمنى لقوتها وشدتها. وكذا قوله تعالى: ﴿وَمَا تِلْكَ بِيَمِينِكَ يَا مُوسَى﴾ "طه/١٧". ويدل لفظ اليمين كذلك على القسم والحلف والعهد^(٣). يقول الجوهري: «واليمين: القسم، الجمع أيمان وأيمان. يقال: سمي بذلك لأنهم كانوا إذا تحالفوا ضرب كل امرئ منهم يمينه على يمين صاحبه»^(٤). وذكر صاحب التهذيب إطلاق اليمين على العهد بقوله: «قال: ومن العهد أيضا اليمين يحلف بها الرجل يقول: علي عهد الله....، وأخبرني المنذري عن أبي الهيثم أنه قال: العهد: جمع العهدة، وهو الميثاق

(١) أحمد بن فارس الرازي، معجم مقاييس اللغة، باب (يمن)، المحقق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، ١٥٨/٦. والجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، باب (يمن)، مرجع سابق، ٢٢٢١/٦.

(٢) الخليل بن أحمد بن الفراهيدي، كتاب العين، المحقق: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، ٢٨٧/٨. ومحمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة الثامنة، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م، ص ١٢٤١.

(٣) أحمد بن فارس الرازي، مجمل اللغة، دراسة وتحقيق: زهير عبد المحسن سلطان، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، ٧٥٢/١. وعلي بن إسماعيل بن سيده المرسي، المحكم والمحيط الأعظم، المحقق: عبد الحميد هندawi، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، ٢٤٧/٦.

(٤) الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، باب (يمن)، مرجع سابق، ٢٢٢١/٦. محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، المحقق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا، الطبعة الخامسة، ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م، ص ٣٥٠.

واليمين التي تستوثق بها ممن يعاهدك»^(٥). ودلالة اليمين على العهد والقسم هو ما يهمننا في هذا المقام، بل إن ارتباط العهد بدلالة اليمين له معنى قريب من المعنى المراد المرتبط بموضوع توجيه اليمين في مجلس الحكم عند الفصل بين الخصوم، وسيبسط بيان القول عن ذلك في فرع المقاصد الشرعية من توجيه اليمين بمشيئة الله تعالى. وفي هذا الباب أشير على أنه قد يطلق على اليمين يميننا بمعنى القسم، وإن كانت بذكر غير الله من قبيل التجوز اللغوي فحسب، كأن تقول لشخص: ورأس أبيك، أو وحياتك، ولعمرك، وغيرها من الألفاظ التي أصبحت دارجة في الاستعمال العربي عند الناس، ولكن ذلك لا يُعتدُّ به ديانة بين الإنسان وربّه جلّ في علاه؛ لأن الأمر وارد في الحلف بأن يكون باسم الله تعالى فقط كما بينه رسولنا محمد -صلى الله عليه وسلم- بقوله -: (لا تحلفوا بأبائكم، ومن كان حائفا فليحلف بالله)^(٦).

ثانيا: مفهوم اليمين اصطلاحا.

أ. مفهوم اليمين في الاصطلاح الفقهي.

وردت عدة تعريفات لمصطلح اليمين في المؤلفات الفقهية والقانونية بعدة نظرات حسب المعنى المراد من الفعل، كيمين الدعوى التي يُعنى هذا البحث بدراستها، وهناك يمين اللغو، واليمين المنعقدة، ولكل واحدة من هذه الأيمان أحكامها الخاصة بها تناولتها كتب الفقه، وبيّنت

(٥) محمد بن أحمد بن الأزهرى الهروي، تهذيب اللغة، المحقق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م، ٩٨/١.

(٦) أخرجه البخاري في صحيحه، باب السؤال بأسماء الله، حديث رقم (٦٦٤٦). محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ، ١٢٠/٩. وأخرجه مسلم في صحيحه بلفظ قريب، ٢٧- كتاب الأيمان، ١- باب النهي عن الحلف بغير الله، حديث رقم ٣ - (١٦٤٦). مسلم بن الحجاج النيسابوري، المسند الصحيح، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٢٦٧/٣.

وتفسير هذا العقد لتعريف اليمين حسب ما يراه الإمام السالمي، هو تحكيم الحالف ضميره بينه وبين ربه فيما يدعيه ويطلبه المستحلف، فكأن الحالف عَقَدَ رابطةً تعاقديةً إيمانيةً قلبيةً فيما يَحْلِفُ لأجله بينه وبين ربه؛ فهو بذلك يخشى الآثار التي سيجنيها من جراء الإخلال بمضمون هذا العقد، إذا حَلَفَ على غير حقٍّ مثلاً، أو كذب وزَوَرَ في قوله. وتابع التعريفيين السابقين بهذا المعنى - من الإباضية - البطاشي صاحب السلاسل بقوله:

وتطلق اليمين في اللغات

على اليد اليمين أين تأتي

والشرع توكيدك شيئاً تعرفه

بذكر اسم الله أو ذكر الصفة»^(٣).

فدلالة الاصطلاح الإباضي لمعنى اليمين متجهةً اتجاهاً واحداً وهو بأن اليمين: عقد ديني قولي خاص بين الإنسان وربّه باسم من أسماء الله أو صفاته العلى، مفاده التأكيد على فعل شيء أو تركه، ويجب أن يكون المؤكّد عليه شأنًا مشروعًا لا يكون باطلاً غير حق، كأن يحلف على ارتكاب محرّم مثلاً. أما اتجاه السادة الحنفية نحو تعريف اليمين بالمعنى الاصطلاحي، فإنهم اتجهوا في ذلك إلى اتجاهين اثنين، يدلّ الأول على تعظيم المقسم به، وهذا عام كما بينته سابقاً من حيث تقوية الكلام بذكر عزيز أو ما شابهه، أما في الشريعة فلا ينعقد إلا باسم الله تعالى فقط، ويدلّ الاتجاه الثاني على تعليق الجزاء بتحقيق الشرط. يقول السرخسي في بيان ذلك: «وهي نوعان، نوع يعرفه أهل اللغة، وهو ما يقصد به تعظيم المقسم به، ويسمون ذلك قسماً إلا أنهم لا يخصون ذلك بالله تعالى، وفي الشرع هذا النوع من اليمين لا يكون

الآثار المترتبة على كل واحدة منها، وسوف أستعرض -ابتداءً- تعريفَ يمينِ الدعوى والتي يُراد بها اليمين الحاسمة في الغالب المعتاد عند إطلاق لفظ توجيه اليمين، مع اندراج مسميات وأنواع أيمان أخرى تحت كل يمين من اليمينين الحاسمة والمتممة معاً، كيمين العلم والاستظهار، والاستيثاق أو الاستحقاق، ويمين المدعي الجالبة أو الإيجاب، ويمين التهمة المردودة على المدعي، ويمين التقويم، ويمين الشاهد، ولكن سأقتصر على تعريف اليمين بشكل عام مع ذكر تعريفات اليمين الحاسمة والمتممة بوصفها الأصل. والفقهاء عرّفوا اليمين بعدة تعريفات، وبألفاظ مختلفة حسب النظر الذي ساقته إليه أفهامهم واجتهادهم. فقد عرفها القطب من الإباضية بأنها: «توكيد الشيء بذكر اسم أو صفة الله، وأما توكيده بغير ذلك فيمين لغة»^(١). فالأصل في إطلاق معنى اليمين على ما يكون توكيده بذكر الله أو صفة من صفاته لا ما يحلف به بعض الجهلة من عوام الناس، كالحلف بشرف الآباء والأجداد أو برأس فلان وغيرها، كقولهم: ورأس أبيك، أو وشرفك، وهكذا دواليك. وعرفها - أيضاً من الإباضية - الإمام السالمي بقوله:

عقدُ به يمتنعُ المُكَلَّفُ

عن فعل ما يقصد هو الحلفُ

يكون حقاً وهو اليمينُ

بالله أو صفاته تكونُ

وباطلٌ وهو بغير الباري

كحالفٍ بالخلق والأحجار»^(٢).

(١) محمد بن يوسف اطفيش، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، وزارة التراث

والثقافة - سلطنة عمان، ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م، الجزء ٤ «ثان»/٧.

(٢) ((عبدالله بن حميد السالمي، جوهر النظام في علمي الأديان والأحكام، المطابع الذهبية، روي - سلطنة عمان، الطبعة الثانية عشرة، ١٣١٣هـ/١٩٩٣م، ٢١٠/١.

(٣) محمد بن شامس البطاشي، سلاسل الذهب في الأصول والفروع والأدب، طبعة وزارة التراث والثقافة - سلطنة عمان، ١٧٢/٤

إلا بالله تعالى فهو المستحق للتعظيم بذاته على وجه لا يجوز هتك حرمة اسمه بحال. والنوع الآخر الشرط والجزاء، وهو يمين عند الفقهاء لما فيها من معنى اليمين^(١). فهنا سمي تقوية الكلام بغير اسم الله حلفا لشمول المعنى اللغوي ذلك، ودلالة ترادف معاني الحلف والقسم. وعرفها صاحب البناية بقوله: «عقد قوي عزم الخالق على الفعل أو الترك»^(٢). وعرفها النسفي بقوله: «اليمين تقوية أحد طريفي الخبر بالمقسم به»^(٣). وطرفا الجزء الصدق والكذب بمعنى تكون في الإثبات أو النفي. وعرفها المالكية بقولهم: «تحقيق ما لم يجب بذكر اسم الله أو صفته»^(٤). يلاحظ في التعريف المالكي بأنه شمل الحلف على تأكيد القول أو الفعل بقوله (ما لم يجب)؛ لأن ما موصولة هنا وهي لفظ عام يشمل جميع أفرادها في شمولية المعنى على القول أو الفعل. ويرى الدردير في تعريف اليمين قسمين وذلك بقوله: «وهو قسمان اليمين: الأول: تعليق طاعة أو طلاق على وجه قصد الامتناع من فعل المعلق عليه، أو الحض على فعله، نحو: إن دخلت الدار أو إن لم أدخلها فطالق؛ والأول يمين بر، والثاني يمين حنث. والثاني قسم بالله أو بصفة من صفاته»^(٥). أما الشافعية فعرفوا اليمين بأنها: «هي

تحقيق الأمر أو تأكيد الأمر بذكر اسم من أسماء الله تعالى أو صفة من صفاته، وعند أصحاب الرأي: تحقيق الوعد بما يكفر بضده»^(٦). وهنا يظهر أن انعقاد اليمين عند أهل الرأي من الشافعية لا ينعقد إلا للمستقبل؛ لتقييدها بالوعد المقتضي تحقيقه مستقبلا لا ماضيا. وعرفها صاحب الشرح الكبير بقوله: «تحقيق الشيء وتقريره بذكر الله تعالى أو باسم من أسمائه، أو بصفة من صفات ذاته نفيًا أو إثباتًا في الماضي وإقدامًا وإحجامًا في المستقبل»^(٧). وعرفها الحنابلة بالقول: «توكيد حكم بذكر معظم على وجه مخصوص وهي وجوبها كشرط وجزاء»^(٨). كما عرفها من المتأخرين الجرجاني بقوله: «تقوية أحد طرفي الخبر بذكر الله تعالى أو التعليق»^(٩). وعرفها الزحيلي بقوله: «تأكيد ثبوت الحق أو نفيه أمام القاضي بذكر اسم الله أو بصفة من صفاته»^(١٠).

الناشر: دار المعارف، ١٨٩/٢ - ١٩٠.

(٦) الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، المحقق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م، ٨/ ٩٧.

(٧) عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافي القزويني، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، المحقق: علي محمد عوض - عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٧ هـ/ ١٩٩٧ م، ١٢/ ٢٢٧. ومحمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، الإقتناع في حل ألفاظ أبي شجاع، المحقق: مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر - بيروت، ٦٠٠/٢. وسليمان بن محمد بن عمر البجيرمي المصري الشافعي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، دار الفكر، ١٤١٥ هـ/ ١٩٩٥ م، ٤/ ٣٥٥.

(٨) محمد بن أحمد الفتوح الحنبلي الشهير بابن النجار، منتهى الإرادات، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤١٩ هـ/ ١٩٩٩ م، ٥/ ٢١٥. وعبد القادر بن عمر بن عبد القادر التغلبي الشيباني، نيل المآرب بشرح دليل الطالب، المحقق: الدكتور محمد سليمان عبد الله الأشقر، مكتبة الفلاح، الكويت، الطبعة الأولى، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م.

(٩) علي بن محمد الجرجاني، كتاب التعريفات، المحقق: ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م، ص ٢٥٩.

(١٠) وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخرجها)، دار الفكر، سورية - دمشق، الطبعة الرابعة، ٦٠٦٤/٨.

(١) محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، بدون طبعة، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م، ٨/ ١٢٦.

(٢) محمود بن أحمد الغيتابي العيني، البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م، ٦/ ١١١.

(٣) عبد الله بن أحمد النسفي، كنز الدقائق، المحقق: أ. د. سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية، دار السراج، الطبعة الأولى، ١٤٢٢ هـ - ٢٠١١ م، ص ٢٢٧.

(٤) خليل بن إسحاق الجندي، مختصر خليل، المحقق: أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٢٦ هـ/ ٢٠٠٥ م، ص ٨٢.

ومحمد بن يوسف العبدري، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٤ م، ٤/ ٣٩٦. ومحمد بن محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب الرعيني، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م، ٣/ ٢٥٩.

(٥) أحمد بن محمد الخلوتي الشهير بالصاوي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير،

ب. مفهوم اليمين في الاصطلاح القانوني:

ورد تعريف اليمين قانوناً في متون بعض قوانين الإثبات والقوانين المدنية، والبعض من التعريفات وارد في المؤلفات والمراجع القانونية التي تحدّث عن موضوع الإثبات في الدعوى القضائية. وإذا نظرت في متون القوانين أولاً فإنك تجد أن قانون الإثبات العماني لم يتطرّق في باب اليمين وأنواعها إلى إعطاء تعريف مباشر لليمين في الدعوى القضائية، وإنما بيّن جواز توجيهها والركون إليها في الدعوى سواء كانت حاسمة أو متممة، وبيّن كذلك أحكامهما، ومتى توجّه، ومن يوجهها، كما جاءت بذلك المادتان (٦٧) و (٧٧) وما بعدهما منه بالقول في اليمين الحاسمة: «يجوز لكل من الخصمين في أية حالة كانت عليها الدعوى أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر»، والقول في اليمين المتممة -: «للمحكمة في أية حالة كانت عليها الدعوى أن توجه اليمين المتممة من تلقاء نفسها إلى أي من الخصمين لتبني على ذلك حكمها في موضوع الدعوى أو في قيمة ما يحكم به، ويشترط في توجيه هذه اليمين ألا يكون في الدعوى دليل كامل، وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل»^(١)، حيث بيّنت المادتان المذكورتان أن توجيه اليمين الحاسمة حق مشروع في التقاضي بين الخصوم، وكذلك توجيه اليمين المتممة لاكتمال الأدلة في تكوين أركان الدعوى تمهيداً للفصل فيها، على أن ذلك خاص بالمحكمة فقط. فيمكن إذن استنباط تعريف خاص باليمين الحاسمة والمتممة، بالقول إن الحاسمة هي: اليمين الرافعة للخصومة والتي توجه من أحد الخصوم للاحتكام إلى ضمير خصمه في موضوع النزاع. أما المتممة فهي: اليمين المكملّة لأدلة الإثبات في الدعوى، وتوجهها المحكمة متى ما رأت ذلك. غير أنك

(١) وزارة العدل - سلطنة عمان، قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٨/٢٠٠٨م، نشر بالجريدة الرسمية العدد (٨٦٤) بتاريخ ١/٦/٢٠٠٨م، ص ٢٨ و ٣٠.

وبمطالعة الأحكام الصادرة من قضاء المحكمة العليا العماني تجد تعريفاً مباشراً لليمين الحاسمة بالقول: «إن اليمين الحاسمة قول يتخذ فيه الحالف الله عز وجل شاهداً على صدقه بالقول أو على إنجاز ما يعدّ ويخشى العقاب إن هو حنث»^(٢)، حيث يلاحظ أن هذا التعريف جاء عاماً ليشمل اليمين القضائية وغير القضائية. أما القوانين الأخرى، فالبعض منها دأب على منهج القانون العماني ولم يُعط تعريفاً لليمين، كالقانون المصري والإماراتي وغيرهما، والبعض تطرّق إلى ذكر تعريف لليمين، كما هو الحال في القانون الأردني، حيث عرّف اليمين الحاسمة في المادة (٥٣) بقوله: «اليمين الحاسمة هي التي يوجهها أحد المتداعين لخصمه ليحسم بها النزاع»^(٣).

وعرفها قانون البيّنات السوري بقوله:

«هي التي يوجهها أحد المتداعين لخصمه ليحسم بها النزاع»^(٤). وهنا إشارة إلى تحديد معنى اليمين وبيانه، بكونها اليمين القضائية التي يحسم بها النزاع بين الخصوم في مجلس الحكم. كما عرّف اليمين وفق الاتجاه القانوني مجموعة من فقهاء القانون وكتابه وشارحيه والمتناولين لوضع التعليقات والحواشي التفصيلية على متون مواده المختلفة وذلك بالقول: «قول يتخذ فيه الحالف الله شاهداً على صدق ما يقول أو على إنجاز ما يعدّ، ويستنزل عقابه إذا ما حنث»^(٥).

(٢) قرار رقم (٢٩) في الطعن (١٨/٢٠٠٤م)، جلسة ٢٥/٤/٢٠٠٤م، المكتب الفني بالمحكمة العليا، مجموعة الأحكام الصادرة عن دوائر المحكمة العليا - سنة ٢٠٠٥م - الدائرة المدنية الثانية، وزارة العدل، مسقط - سلطنة عمان، ص ٣٢١.

(٣) موقع التشريعات الأردنية (www.Iob.gov.jo)، قانون البيّنات رقم ٣٠/١٩٥٢م والمعدّل رقم ٣٧/٢٠٠١م والمعدل رقم ١٦/٢٠٠٥م، رقم الجريدة الرسمية ١٧/١١٠٨-٥-١٩٥٢م.

(٤) () قانون البيّنات السوري، المادة (١١٢).

(٥) عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف جلال حزي وشركاه، الإسكندرية، ٤٧٦/٢. وأحمد نشأت، رسالة الإثبات، الطبعة السابعة، ٦٩/٢. وأحمد زكي بدوي، معجم المصطلحات القانونية، دار الكتاب المصري - القاهرة، دار الكتاب اللبناني

وهذا التعريف أيضا يشمل معنى اليمين القضائية بمجلس الحكم وغير القضائية خارج مجلس الحكم. وحيث إن اليمين المقصودة هنا اليمين القضائية فإنه يتعين إبراز تعريفات أنواعها، من حيث كونها حاسمة ومن حيث كونها متممة، حيث تم الإشارة إليهم فيما سبق، وتكمل الإشارة هنا بذكر ما ورد في مؤلفات القانونيين عن تعريفهما، حيث تطرق إلى ذلك عدد من المؤلفين بقولهم: «اليمين إما أن تكون حاسمة وهي التي يوجهها أحد الخصوم إلى خصمه لحسم النزاع الواقع بينهما، وإما أن تكون متممة وهي التي يوجهها القاضي إلى أحد الخصوم رغبة منه في تحرّي الحقيقة»^(١). ولكل يمين من هاتين اليمينين أحكامها الخاصة، وشروطها الواضحة لأجل توجيهها، وصفة السلطة المختصة في توجيهها، والمراحل الوقتية لتوجيهها، وكذا الآثار المترتبة على توجيهها نعرض له في البحث والمطالب القادمة بمشيئة الله تعالى.

الجمع بين المعاني اللغوية والاصطلاحية لليمين.

لما كانت اليمين هي السبيل الأخير، والدليل الخطير، الذي يُحكّم فيه صدق الضمير، كان للجمع بين المعاني الدالة عليها في وصفها وتعريفها وبيانها الأثر الكبير؛ حيث إن دلالة اليمين على القوة واليد اليمنى له وجه عميق، يتمثل في كون صاحب الحق القائم برفع أمره

إلى القضاء طالباً وملتجأً إلى من ينصره في استرداد حقه والتمكين منه يكون محتاجاً إلى ما يقوّي به جانبه في الإثبات عند معرفته التامة بفقد ما يستند عليه من أدلة كإقرار واعتراف المطالب بالحق أو شهود الشهود أو وجود الكتابة، ففقد صاحب الحق لتلك الأدلة يعوّزه إلى الارتكان على اليمين، كأمل يأمل من خلاله الحظوة بحقه من خصمه، وعندها يكون حريصاً على تغليظ اليمين؛ لتقويتها بما يطلبه من قول في ذلك من الحالف إن كذب، بأن يوقع الله عليه المحن، أو ينتقم منه أو ما شابهه من عبارات التقوية والتغليظ لليمين. وكذا مناسبة دلالة اليمين على اليد اليمنى كون الحالفين يضعون أيديهم اليمنى فوق بعضها البعض؛ للدلالة على تأكيد ما يحلفون عليه ويقسمون لأجله، وهذان التوجيهان يتناسبان كلاهما مع المعاني الاصطلاحية الفقهية والقانونية التي عُرّفت بها اليمين، من حيث تقوية القول باسم من أسماء الله الحسنى أو صفة من صفاته العلى، ووضع الحالف يده على المصحف فيه تأكيد وتوكيد على تقوية العهد الذي بينه وربّه فيما يحلف عليه. كما تأكد ذلك بمعنى اليد اليمنى للفظ اليمين وذلك بوضع الحالفين أيديهم فوق بعضها؛ للتدليل على قوة العهد بينهم، وحرصهم على عدم نقض الميثاق. فهذا الربط بين هذه المعاني يتجلى كما ذكر للمعاني المفسرة والموضحة لمصطلح اليمين. إذ الناظر في الأحكام الشرعية من حيث الأصل يجد أن الأصل عدم جواز أن يدعوا الإنسان على نفسه أو على أخيه المسلم بإنزال العقاب والانتقام من الله عليه، إلا أن حفظ الحقوق وعظم حرمتها، وُضع له من الأدلة ما يتقوّى به على إعطاء كل ذي حق حقه، ولبيان العبرة والعظة للعالمين - جميعاً - عاقبة الشنار والبوار والعار الذي يصيب الحالف باليمين الكاذبة؛ ليعتدي على مال ليس له فيه حق.

١ - بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م، ص ٢١٥. وعزالدين الدناصورى وحامد عكاز، موسوعة التعليق على قانون الإثبات، قام بإضافة التعديلات خيرات راضى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة ٢٠١٣م/٢٠١٤م، ١٣٨٢/٤.

(١) أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، ٢٠١١م، ص ٨٧٥. وأسامة الروبي، الوسيط في شرح قانون الإثبات العماني، دار الكتب القانونية - مصر، دار شتات للنشر والبرمجيات - مصر، ٢٠٠٩م، ص ٢٩٥ و ٣٠٥. ومحمد حسين منصور، شرح قانون الإثبات وقانون المعاملات الإلكترونية العماني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١١م، ص ٢٠٦. بتصرّف.

المطلب الثاني:

مشروعية اليمين:

شرعت اليمين بنصوص القرآن الكريم والسنة المشرفة على صاحبها - أفضل الصلاة والسلام - كما شهد لمشروعيتها الإجماع بين الأمة، وكذا من المعقول ما يدل على مشروعيتها لما يترتب عليها من آثار مهمة في استقرار الحياة بين الناس بدون ظلم ولا مظالم، ولا غرر ولا كدر. فدليل مشروعيتها من نصوص القرآن الكريم ما شهد به أمر الله تعالى نبيه بها، فقال سبحانه: **(وَيَسْتَنْبِئُونَكَ أَحَقُّ هُوَ قَوْلِي وَرَبِّي إِنَّهُ وَلِحَقٍّ)** "يونس/ ٥٣"، وقال تعالى: **(قُلْ بَلَى وَرَبِّي لَتُبْعَثُنَّ)** "التغابن/ ٧"، وقال: **(قُلْ بَلَى وَرَبِّي لَتَأْتِيَنَّكُمْ)** "سبا/ ٣"، وقال سبحانه: **(لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ)** "البقرة/ ٢٢٥"، ففي هذه الآيات سيقت اليمين في القرآن على لسان النبي الكريم وقسمه بربه. كذلك من النصوص الدالة على مشروعية اليمين في الدعوى ما جاء في جزاء الذين يؤدونها في مجلس الحكم وهم فيها مبطلون محضون كاذبون لكي يأكلوا أموال الناس بالباطل فيجعلون من اليمين طريقا للوصول إلى مطلبهم، يقول الله تعالى فيهم: **(إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَٰئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَمَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ)** (آل عمران/ ٧٧). كذلك وردت النصوص الدالة على مشروعية اليمين في السنة النبوية، ومن تلك النصوص القول الصريح منه ﷺ على أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر، وكذا قضاؤه ﷺ بها على المدعى عليه. فقد جاء في أكثر من موضع الدلالة على

ذلك ومنها: حديث ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: **(البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر)** ^(١)، فدل الحديث على مشروعية اليمين في الدعوى، وأنها تكون في طرف المدعي على المدعى عليه. وكذلك حديث علقمة بن وائل الحضرمي، عن أبيه قال: «جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبي ﷺ فقال الحضرمي: يا رسول الله! إن هذا قد غلبني على أرض لي كانت لأبي، فقال الكندي: هي أرضي في يدي أزرعها ليس له فيها حق. فقال رسول الله ﷺ للحضرمي (ألك بينة)؟ قال: لا. قال: فلك يمينه، قال: يا رسول الله إن هذا فاجر لا يبالى على ما حلف عليه. وليس يتورع من شيء. فقال: (ليس لك منه إلا ذلك) فانطلق ليحلف. فقال رسول الله ﷺ لما أدبر: (ألا لئن حلف على ماله ليأكله ظلما ليلقين الله وهو عنه معرض)» ^(٢)، ووجه الاستدلال من هذا الحديث أن النبي ﷺ وضح مشروعية اليمين للمدعي على المدعى عليه في حال فقده البينة على إثبات دعواه، ولو لم تكن مشروعة لما بينها النبي

(١) أخرجه الربيع بن حبيب في مسنده الرفيع، كتاب الأحكام، «٣٥» باب في بعض الأحكام، حديث رقم (٥٩٢). الربيع بن حبيب بن عمر الأزدي البصري، مسند الربيع بن حبيب، المحقق: محمد إدريس وعاشور بن يوسف، الناشر: دار الحكمة - بيروت، مكتبة الاستقامة - مسقط، الطبعة الأولى، ١٤١٥م، ص ٢٣٤. وأخرجه الدارقطني في سننه بلفظ قريب من طريق أبي هريرة، ١٤ - كتاب الحدود والديات وغيره، حديث رقم (٣١٩٠). علي بن عمر بن أحمد الدارقطني، سنن الدارقطني، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الانزوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٤ هـ/ ٢٠٠٤م، ١١٤/٤. وأخرجه غيرهما من رواة الحديث.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه، ١ - كتاب الإيمان، (٦١) باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار، حديث رقم (١٣٩)، النيسابوري، صحيح مسلم، ١٢٣/١، مرجع سابق. وأخرجه أبو داود في سننه، ٢١ - كتاب الإيمان والنذور، باب فيمن حلف يميناً ليقتطع بها مالا لأحد، حديث رقم (٣٢٤٥). سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، الناشر: المكتبة العصرية، صيدا - بيروت، ٢٢١/٣. وأخرجه غيرهما من رواة الحديث.

ﷺ في الدعوى بين الخصوم. وكذلك حديث الأشعث بن قيس إنه قال: "كانت بيني وبين رجل خصومة في شيء فاخصمنا إلى رسول الله ﷺ فقال: شاهداك أو يمينه، فقلت له: إنه إذا يحلف ولا يبالى، فقال النبي ﷺ: من حلف على يمين يستحق بها مالا وهو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان، فأنزل الله تصديق ذلك ثم اقترا هذه الآية (إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ) إلى قوله: ﴿وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ (آل عمران/ ٧٧) (١). وجاءت زيادة في الحديث في رواية النسائي بالنص: «كان بين امرئ القيس، ورجل من حضرموت خصومة، فارتفعا إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم-، فقال للحضرمي: (بينتك وإلا فيمينه)، قال: يا رسول الله إن حلف ذهب بأرضي، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم-: (من حلف على يمين كاذبة ليقتطع بها حق أخيه لقي الله، وهو عليه غضبان)، قال امرؤ القيس: يا رسول الله فما لمن تركها وهو يعلم أنها حق، قال: (الجنة)، قال: فإني أشهدك أني قد تركتها، فنزلت هذه الآية (إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ) (آل عمران/ ٧٧) (٢). ووجه الدلالة في الروايتين بيان النبي الكريم لأنواع البينات في الدعوى بالشهادة أو اليمين، فدل ذلك على مشروعية اليمين،

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، البخاري، صحيح البخاري، كتاب الرهن، باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه، فاليمين على المدعي، واليمين على المدعى عليه، حديث رقم (٢٥١٥)، ١٤٣/٣، مرجع سابق. وأخرجه ابن حنبل في مسنده بلفظ مخالف، حديث الأشعث بن قيس الكندي - رضي الله عنه -، حديث رقم (٢١٨٤١)، أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، المحقق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، ١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م، ١٦٢/٣٦. وأخرجه غيره من رواة الحديث.

(٢) أخرجه بهذا اللفظ النسائي في الكبرى، باب ذكر الاختلاف على عدي بن عدي فيمن حلف على مال امرئ مسلم، حديث رقم (٥٩٥٣). ٤٢٨/٥. أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي، السنن الكبرى، حققه وخرجه أحاديثه: حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ/ ٢٠٠١م

وجواز بيان حق اليمين لصاحبها عند فقده البينة من كتابة أو شهادة.

أما مشروعية اليمين بالإجماع، فقد حكاها العديد من أصحاب كتب الإجماع من فقهاء الأمة، ومن ذلك ما قاله صاحب الإقناع: «وأجمع الجميع على أن حكم الحاكم إذا حكم باليمين على المدعى عليه بعد عجز المدعي عن البينة جائز حق» (٣). وذكر ابن حزم أن اليمين مشروعة في البت والفصل بين الخصوم في الدعاوى وذلك بقوله: «وَاتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ مَنْ حَلَفَ فِي جَامِعِ بَلَدَةٍ قَائِمًا حَاسِرًا مُسْتَقْبِلَ الْقِبْلَةِ بِأَمْرِ الْحَاكِمِ الَّذِي يَجُوزُ حُكْمُهُ بِاللَّهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ الطَّالِبُ الْغَالِبُ الَّذِي يَعْلَمُ مِنَ السِّرِّ مَا يَعْلَمُ مِنَ الْعَلَانِيَةِ عَلَى الْبَتِّ فَانْهَائِهَا يَمِينٌ يَنْقَطِعُ بِهَا عَنْهُ الطَّلَبُ» (٤).

وكذلك ثبتت مشروعية اليمين بالمعقول؛ فليس من العقل أن يترك الناس في خصام دائم مستمر بعلّة عدم وجود الدليل والبرهان والبينة في الادعاء الذي يتهم به بعضهم البعض، ولا في الكلام المرسل الذي لا يستند إلى أي دليل، فهنا شرع المولى اليمين؛ لأجل حفظ النظام والوئام والانسجام بين العباد، ولتكون فيصلا ومعينا وسندا لمفتقد الدليل فيما يدعيه، وتقوية للمدعى عليه ليدفع بيقين صادق مع ربه ما رُمي به من قبل خصمه حتى يُبرئ ساحته، بتصفية سيرته، ويحافظ على سلامة سيرته، فيحلف قسما صادقا دون أدنى حرج أو تمعّض إن كان محقا في قوله، متبعا قول الحق - جلّ في علاه -: ﴿وَمَنْ أَحْسَنُ قَوْلًا مِّمَّنْ دَعَا إِلَى اللَّهِ وَعَمِلَ صَالِحًا وَقَالَ إِنَّنِي مِنَ الْمُسْلِمِينَ﴾ وَلَا تَسْتَوِي الْحَسَنَةُ

(٣) علي بن محمد بن عبد الملك الفاسي، أبو الحسن ابن القطان، الإقناع في مسائل الإجماع، المحقق: حسن فوزي الصعدي، الناشر: الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٤م، (٤) علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، ص ٥٤.

وَلَا السَّيِّئَةُ ادْفَعُ بِأَلْتِي هِيَ أَحْسَنُ فَإِذَا الَّذِي بَيْنَكَ وَبَيْنَهُ عَدَاوَةٌ كَأَنَّهُ وَلِيٌّ حَمِيمٌ ﴿٣٣-٣٤﴾ فصلت/٣٤-٣٤ .

المطلب الثالث:

المقاصد الشرعية والقانونية لليمين.

كل عبادة، وأي حكم من أحكام الله سبحانه، تراد منه غاية، ويرمى به مقاصد وأسرار إلهية، قد يدركها البشر وقد لا يدركونها، والمعرفة بتلك المقاصد والأسرار والغايات والأهداف هو مطلب الشارع الحكيم فيما شرعه من ملل وما اختص به من نحل. وقد تطرقت في ثنايا الحديث عن الجمع بين التعاريف اللغوية والاصطلاحية لليمين، وكذا في توضيح نصوص الأدلة على مشروعيتها إلى ذكر بعض من تلك المقاصد والغايات التي قصدتها الشريعة الغراء من هذه العبادة، وهنا أشير بصورة مباشرة إلى استكمال ما بُدئ، حيث إن من مقاصد مشروعية اليمين في الشريعة، الدلالة على صدق وقوة إيمان المرء بربه؛ إذ إن الحالف يرفع قول الصدق، ونطق الحق، والبعد عن الفسق، في تأكيد وتقوية جانبه بذكر اسم الله تعالى أو صفة من صفاته العلى لإثبات حق أو نفيه قولاً أو فعلاً. يقول البُجَيْرِمِيُّ من الشافعية موضحاً ذلك: «ومن الحكم إيمان المرء يعرف بأيمانه، وأمره الله تعالى بالحلف على تصديق ما أمر به في ثلاثة مواضع من القرآن، في يونس في قوله تعالى: ﴿وَيَسْتَنْبِئُونَكَ أَحَقُّ هُوَ قُلْ إِي رَبِّي إِنَّهُ لَحَقٌّ﴾ يونس/٥٣، وقال تعالى: ﴿قُلْ بَلَى وَرَبِّي لَتُبْعَثُنَّ﴾ التَّغَابُن/٧، وقال: ﴿قُلْ بَلَى وَرَبِّي لَتَأْتِيَنَّكُمْ﴾ سبأ/٣»^(١). حيث إن ذلك مطلوب في عبادة الإنسان لربه فلا يمكن لإنسان أن يستحق لفظ الإيمان والإسلام وهو يكذب في حديثه، وهو أمر تأكد بالحديث الذي يرويه صفوان بن سليم، أنه قيل للنبي ﷺ: (أَيُّكُونُ الْمُؤْمِنُ جَبَانًا؟ قال: نعم، فقيل له: أَيُّكُونُ الْمُؤْمِنُ بَخِيلًا؟ قال: نعم، قال: فقيل له: أَيُّكُونُ

(١) البجيرمي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ٣٥٥/٤، مرجع سابق.

المؤمن كذاباً؟ فقال: لا)^(٢). كذلك من المقاصد المبتغاة في تشريع اليمين بجانب المدعى عليه لقوة جانبه في الدعوى؛ حيث فراغ ذمته من أي حق يُدعى عليه بلا بينة، فلا سبيل عليه دون دليل، فكلف عندها بالحجة الأقل قوة من البينات وهي اليمين لقوة جانبه أصلاً. أما المدعي فجانبه يفتقد إلى ما يشتد بهز من أساسه، فكلف بالحجة والبينة القوية؛ حتى يتأتى إشغال ذمة المدعى عليه بها، وحتى يتوصل بعدها إلى إثبات حقه والحصول عليه. يقول ابن حجر مبيناً ذلك: «وقال العلماء: الحكمة في ذلك؛ لأن جانب المدعي ضعيف، لأنه يقول خلاف الظاهر، فكلف الحجة القوية وهي البينة؛ لأنها لا تجلب لنفسها نفعاً ولا تدفع عنها ضرراً فيقوى بها ضعف المدعي، وجانب المدعى عليه قوي؛ لأن الأصل فراغ ذمته فاكتفي منه باليمين وهي حجة ضعيفة لأن الحالف يجلب لنفسه النفع ويدفع الضرر فكان ذلك في غاية الحكمة»^(٣). كذلك من المقاصد في تشريع اليمين كبينة في إقامة الدعوى الحفاظ على كليتين كبيرتين من كليات الشريعة، وهو الحفاظ على مقصدي النفس والمال؛ وذلك وارد بيانه بصريح العبارة في قول النبي -صلى الله عليه وسلم- الذي يرويه عنه ابن عباس: (لو

(٢) أخرجه مالك في الموطأ، (٧٢) باب ما جاء في الصدق والكذب، حديث رقم (٢٠٨٨). مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي، موطأ الإمام مالك، المحقق: بشار عواد معروف - محمود خليل، مؤسسة الرسالة، ١٤١٢هـ، ١٦٩/٢. وأخرجه البيهقي في شعب الإيمان، ٣٤- باب حفظ اللسان عما لا يحتاج إليه، حديث رقم (٤٤٧٢). أحمد بن الحسين بن علي البيهقي شعب الإيمان، حققه وراجع نصوصه وخرج أحاديثه: الدكتور عبد العلي عبد الحميد حامد، أشرف على تحقيقه وتخريره أحاديثه: مختار أحمد الندوي، صاحب الدار السلفية ببومباي - الهند، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع بالرياض بالتعاون مع الدار السلفية ببومباي بالهند، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م، ٤٥٦/٦. وأخرجه غيرهما من رواة الحديث.

(٣) أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، عليه تعليقات العلامة: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، الناشر: دار المعرفة، بيروت، ١٣٧٩هـ، ٢٨٣.

يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم، ولكن البينة على المدعي، واليمين على من أنكر^(١)، وقد قرر بيان ذلك النووي في شرحه لصحيح مسلم بقوله: «وهذا الحديث قاعدة كبيرة من قواعد أحكام الشرع، ففيه أنه لا يقبل قول الإنسان فيما يدعيه بمجرد دعواه، بل يحتاج إلى بينة أو تصديق المدعى عليه، فإن طلب يمين المدعى عليه فله ذلك، وقد بين - صلى الله عليه وسلم - الحكمة في كونه لا يعطى بمجرد دعواه؛ لأنه لو كان أعطي بمجرد ادعى قوم دماء قوم وأموالهم واستبيح، ولا يمكن المدعى عليه أن يصون ماله ودمه، وأما المدعي فيمكنه صيانتها بالبينة»^(٢). فدماء الناس وأموالهم الأصل فيها الحرمة والعصمة والعفة، وهي ليست مباحة ولا متاحة لكل ناعق لا يخشى حقا دينيا ولا دنيويا في عباد الله، ولا يمكن ترك عباد الله خوفا ولا بلاده دولا لكل طامع حاقذ ضعيف الإيمان. كذلك من أهم المقاصد الشرعية والقانونية معا في تشريع اليمين، الحفاظ على أمن واستقرار المجتمع تحت مظلة منظومة قضائية عادلة وأمينية؛ وحفظ الأمن في المجتمعات واستقراره من أهم المقاصد المعتبرة في الشريعة الإسلامية والقوانين الدولية والمحلية، حتى أن بعض فقهاء المقاصد عدّه من الضروريات التي يجب حفظها بكل الوسائل المشروعة والمتاحة، ولا إمكان لتحقيق ذلك

(١) أخرجه البيهقي في الصغرى، ٢٦- كتاب الدعوى والبيّنات، باب البينة على المدعي، واليمين على من أنكر، حديث رقم (٣٢٨٦). أحمد بن الحسين بن علي الخسروجردي الخراساني، أبو بكر البيهقي، السنن الصغرى، المحقق: عبد المعطي أمين قلعجي، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي - باكستان، الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ/ ١٩٨٩م، ١٨٨/٤. وأخرجه مسلم في صحيحه بلفظ قريب، ٣٠- كتاب الأقضية، ١- باب اليمين على المدعى عليه، حديث رقم (١٧١١). النيسابوري، المسند الصحيح، ١٣٢٦/٣، مرجع سابق. وأخرجه البخاري في صحيحه بلفظ قريب، باب السؤال بأسماء الله، حديث رقم (٤٥٥٢). البخاري، صحيح البخاري، ٣٥/١، مرجع سابق. وأخرجه غيرهما من رواة الحديث.

(٢) يحيى بن شرف النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٩٢هـ، ٣/١٢.

الأمن والاستقرار في المجتمعات إلا إن أعطي المحق حقه وردّ المبطل عن باطله، وكان لأجل تحقيق ذلك إيجاد وسيلة وطريقة لفض وحسم النزاعات بين الناس فيما يطرأ ويصير بينهم وألا يترك الحبل على الغارب؛ لأن إطالة أمد النزاعات من شأنه إيرات الشحنة والبغضاء بين أفراد المجتمع، وإحداث البلبال والاعتداءات بالقول والفعل بينهم، لذلك ورد في نصوص القوانين أن من شروط توجيه اليمين أن تكون حاسمة للنزاع ومنهية للفصل بين الخصوم. يقول السنهوري: «ذلك أن مهمة هذه اليمين - كما هو ظاهر من اسمها - هي حسم النزاع. وهي بمجرد توجيهها إلى الخصم تقرر مصير الدعوى»^(٣). ولذلك فهي تفسر بأنها بمثابة الصلح بين الخصوم، فإن ركن إليها وأدّيت فلا يجوز الرجوع فيما حلف عليه قانونا؛ لأنها رضاء بتحكيم ضمير الخصم على نفسه. يقول أحمد إبراهيم بك حول ذلك: «فإن حلف المدعى عليه على نفي دعوى المدعي رفضت دعوى المدعي رفضا نهائيا وانحسم النزاع بينهما فلا يقبل دليل من المدعي بعد ذلك لثبوت دعواه»^(٤). وعلى ذلك فإن اليمين المحققة لهذا المقصد إنما هي الحاسمة التي يسميها البعض بيمين الفصل، كما هي في القانون الفرنسي. كذلك من المقاصد والفوائد والأسرار التي تجنى من توجيه اليمين ما ذكره ابن القيم بقوله: «تخويف المدعى عليه سوء عاقبة الحلف الكاذب، فيحمله ذلك على الإقرار بالحق، ومنها: تعجيل عقوبة الكاذب المنكر لما عليه من الحق، فإن اليمين الغموس تدع الديار بلاقع، فيشتفي المظلوم عوض ما ظلمه بإضاعة

(٣) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ٥٠٤/٢، مرجع سابق.

(٤) أحمد إبراهيم بك وواصل علاء الدين أحمد إبراهيم، طرق الإثبات الشرعية مع بيان اختلاف المذاهب الفقهية وسوق الأدلة والموازنة بينهما ثم مقارنة بالقانون ومعلقا عليها بأحكام المحكمة الدستورية العليا ومحكمة النقض، الطبعة الرابعة، ٢٠٠٣م، مطابع دار الجمهورية للصحافة، مصر، ص ٦٢٢.

عجز المدعي عن تقديم بينته، هذا كمبدأ عام في الإثبات كما يدل عليه مفهوم النص النبوي السابق المشير إلى مشروعية اليمين، وهناك بعض النصوص القانونية التي وافقت هذا التوجه كما هو الحال في القانون العراقي - مثلاً - كما سيأتي بيانه تباعاً بمشيئة الله. غير أن هناك من يرى خلاف ذلك إذ يتوجه إلى عدم صحة إيضاح حق اليمين للمدعي على المدعى عليه عند فقده للبيئة في الدعوى، وكل قول له نظرته وتوجهه ودليله والتي ستبين - إن شاء الله تعالى - من خلال النصوص النبوية الواردة في ذلك، وما تطرق إليه شراح تلك الأحاديث، وكذا أقوال الفقهاء، ومقارنة ذلك بنصوص قوانين الإثبات الأخرى.

المطلب الأول:

السلطة في عرض اليمين الحاسمة.

الأصل في جواز مشروعية عرض اليمين الحاسمة للمدعي على المدعى عليه عند فقدان البيئة ما ورد من نصوص نبوية وقانونية دالة على اقتضاء ذلك. وبالنظر إلى كتب الفقهاء وما تم تأليفه لدى القانونيين نجد أن ألبابهم تباينت في فهم تلك النصوص، وبالتالي اختلفت توجيهاتهم في مسألة عرض اليمين والحق فيها للمدعي على المدعى عليه عند فقدان البيئة وذلك إلى مذهبين اثنين، ولكل مذهب دليله وتوجيهه الذي اهتدى إليه وهي كالاتي:

المذهب الأول:

يرى أن على القاضي أن يحكم باليمين مع عدم الحجة من المدعي، فإن شاء أخذ المدعي اليمين وإن شاء تركها. وبالتالي فعلى القاضي أن يوضح ويعرض اليمين لمستحقها على خصمه إن لم يهتد إليها من له الحق في طلبها. ذهب إلى ذلك البعض من الإباضية والشافعية وبعض الحنفية.

أدلتهم: يستدل أصحاب هذا المذهب بعدة أحاديث واردة في السنة النبوية تبين عرض وتوجيه اليمين للمدعي

حقه^(١). وهناك العديد من المقاصد المرماة من تشريع اليمين كدليل في الإثبات عند التقاضي يطول ببسطها وذكرها وبيانها المقال واكتفيت بما هو أهم منها.

المبحث الثاني:

السلطة في توجيه اليمين والآثار المترتبة عليه، وفيه ثلاثة مطالب:

الأصل في توجيه اليمين القضائية التي يحسم بها النزاع والشقاق بين الخصمين قول النبي ﷺ: (البيئة على من ادعى، واليمين على من أنكر)^(٢)، فكل مدع مطالب بالبحث عن بينته؛ ليثبت بها الحق الذي يدعيه على المدعى عليه، فإن عجز فله اليمين على المنكر، وعلى المدعى عليه أن يسعى بهذه اليمين أو غيرها من البيئات للتخلص مما يوجه إليه من التزام، وهذا مبدأ عام في أصول الإثبات عند التقاضي، حيث إن مقدمات نصوص قوانين الإثبات متصدرة تقرير ذلك، فجاء في المادة القانونية الأولى من قانون الإثبات العماني وغيرها من القوانين الأخرى: «على المدعي إثبات الالتزام، وعلى المدعى عليه إثبات التخلص منه»^(٣). ومن ضمن وسائل إثبات الالتزام أو التخلص منه اللجوء إلى اليمين. وقد بينت النصوص الفقهية والقانونية والقواعد المستقر العمل عليها في الإثبات أن عبء الإثبات باليمين هو على المدعى عليه وهو حق للمدعي في أحوال عدة، منها

(١) محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، حققه سيد عمران، دار الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م، ص ٩٨.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) وزارة العدل، سلطنة عمان، قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية، الباب الأول أحكام عامة، المادة (١) ص ٨. وقانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية البحريني، الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٤) لسنة ١٩٩٦م. وقانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية البحريني، صادر بالمرسوم بقانون رقم (١٤) لسنة ١٩٩٦م. والمادة (٢) من قانون الإثبات اليمني القائلة: «على الدائن إثبات الحق وعلى المدين إثبات التخلص منه، وتكون البيئة على المدعي واليمين على من أنكر». قانون الإثبات اليمني، الصادر بموجب قرار مجلس النواب رقم (٥) لسنة ١٩٩٦م. حول القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢١) لسنة ١٩٩٢م بشأن الإثبات والمعدل بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٦م.

عليه عند فقد البينة وقد سبق ذكرها عند الحديث عن مشروعية اليمين ومنها:

حديث علقمة بن وائل الحضرمي، عن أبيه قال: «جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبي ﷺ فقال الحضرمي: يا رسول الله! إن هذا قد غلبني على أرض لي كانت لأبي، فقال الكندي: هي أرضي في يدي أزرعها ليس له فيها حق. فقال رسول الله ﷺ للحضرمي (ألك بينة)؟ قال: لا. قال: (فلك يمينه)... إلخ»^(١).

حديث الأشعث ابن قيس إنه قال: «كانت بيني وبين رجل خصومة في شيء فاخصمنا إلى رسول الله ﷺ فقال: (شاهدك أو يمينه)... إلخ»^(٢).

ووجه الاستدلال بالحديثين: يظهر في أن النبي ﷺ حكم باليمين على المدعى عليه عندما عجز المدعى عن إقامة بينته كما في حديث علقمة. أما وجه الاستدلال في حديث الأشعث بن قيس - كذلك - فإن النبي ﷺ عرض ووجه المدعى إلى إثبات بينته على دعواه وإلا فمن حقه يمين خصمه، والنبي ﷺ حاكم وقاض بين المسلمين فيما يقع من خصومات وما تقام من دعاوى وهو أعرف بما يصلح حال الأمة ويحقق العدل بين العباد، ولو لم يكن الحكم باليمين جائزاً على المدعى عليه عند عجز المدعى عن إقامة البينة لما فعله صلوات الله وسلامه عليه. وكذلك فإن النص بمنطوقه ولفظه دال على هذا التوجيه.

حديث ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: (البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر)^(٣).

حديث ابن عباس أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم، ولكن البينة على المدعى، واليمين على من أنكر)^(٤).

ووجه الاستدلال من الحديثين الأخيرين: هو تقرير مبدأ عام عند التقاضي أمام الحاكم يشتمل على مرتكزين أساسيين في طريفي الدعوى هما عدم سماع الدعوى دون بينة ثابتة من طرف رافعها «المدعى»، ويقابله ترتيب الحكم باليمين على طرف المرفوعة عليه «المدعى عليه» عند الإنكار، إذ لا يصح التعويل على إقامة البينة فحسب دون الأخذ بالشطر الثاني من النص والاهتداء بما يدل عليه من دلالات وهو تحليف المدعى عليه حال فقد المدعى بينته.

ووجه الشاهد بهذا المعنى من لفظ هذا النص هو ما اهتدى إليه القضاء العماني؛ حيث إن أغلبية اجتهاداته حذت نحو هذا المذهب، وذلك بَيِّن بما جاء في أحكامه القضائية الصادرة من المحكمة العليا التي تعتبر أحكاماً ومبادئ استرشادية تستتير بها أقضية المحاكم الأدنى، حيث رتبت نقض الحكم في حال عدم الأخذ بمنطوق النص النبوي السابق بأكمله، وذلك عندما يُترك إيضاح حق اليمين للمدعى على المدعى عليه في حال فقدان البينة أو العجز عنها، فجاء بذلك ما نصّه: "المحكمة أغفلت قاعدة شرعية في حكمها المطعون فيه، من حيث إنها قعدت الدعوى على الأصل بمطالبة مدعي الشروط على صورية المحرر بالبينة تأسيساً منها على القاعدة الشرعية التي تنص في معناها أن المدعى هو المطالب بالبينة، واستمعت إلى شهادة الشهود وانتهت إلى عدم قبولها، وبهذا طبقت جانباً من هذه القاعدة وهو مطالبة المدعى بالبينة، وأهملت الجانب الآخر من القاعدة الشرعية وهو أن اليمين على المنكر، وبعدم تطبيقها لنص القاعدة التي توجب البينة على المدعى واليمين على المنكر فإن قضاءها هذا يكون مخلاً وغير مكتمل لما تقتضيه أصول الأحكام والأقضية الشرعية، وعليه فإنه يجب أن توضع اليمين على المنكر وهو المدعى عليه وتبين في الحكم عملاً بالسنة النبوية

(١) سبق تخريجه.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) سبق تخريجه.

الشريفة: (بينتك أو يمينه)، ومن وجبت له اليمين فيأمكنه حينئذ أخذها أو تركها^(١). ففي هذا النص تبين لأهمية الأخذ بهذا القول القاضي بإيضاح حق الخصم في يمين خصمه والحكم به من قبل المحكمة، وهو ما تقتضيه ثوابت التقاضي الشرعية في ديننا الحنيف الهادفة إلى إحقاق الحق، والعدل بين الخلق. يقول أبو سعيد من الإباضية: «معي أنه قيل: إن فصل الخطاب في معنى الحكم هو معرفة الحاكم عند الخصام موضع المدعي من المدعى عليه فيما ينطقان معه، ويتداعيان فيلزم المدعي البينة، فإن أعجزها وأهدرها فيلزم المدعى عليه اليمين، ولو لم يطلب خصمه ذلك لقطع الحجة بين الخصمين وفصل الخطاب^(٢)». فالإلزام المدعى عليه اليمين عند فقد البينة من المدعي من قبل القاضي هو بنفسه إلزام المدعي إقامة البينة والاستماع لها عند توفرها، بل هو مما يؤدي إلى قطع الخصومة، والفصل في الدعوى والحقوق. ويقول الشقصي في منهجه حينما علق على مقاله بالقول: «فإن أعجزها قال الحاكم للمدعي: لك يمين على خصمك، لقطع الحجة بينهما^(٣)». فالنصان واضحان في مشروعية إفهام القاضي والمحكمة المدعي حقه في يمين المدعى عليه عند العجز عن البينة. وقد أيد المحقق الخليلي -رحمه الله- أحد قضائته عند أخذه بهذا المذهب وبيانه حق اليمين للخصم على خصمه عند فقد البينة، فجاء بذلك ما نصه: «مسألة: اعلم شيخنا أنه حضر عندي

رجل وامرأة في محاكمة بينهما، فادعى الرجل بأنه أودع عند المرأة عبيدا أمانة، فأنكرت المرأة، فقالت: لا، ولكن تركتهم في مالي، ولم أمنعه، فقلت له: أعندك بينة في ذلك؟ فقال: لا، فقلت له: لك عليها يمين إن أردتها خذها، وإلا تأخر عنها، وأنا لا من أهل ذلك، ولكنهم أناس يخصوصونا، وامتحنوني في ذلك، بين سداد قولي، وازجرني عن باطلا، فأجورا إن شاء الله. الجواب: إن الذي صدر منك في هذا هو الصواب. وفقك الله للسداد، وسلك بك منهج الرشاد^(٤). فهنا كان تصرف القاضي أو الحاكم في هذه المسألة التي عجز المدعي فيها عن إقامة البينة تصرفا موافقا للحق عندما وضح للمدعي بأن له يمين المدعى عليه وذلك بإجازة المحقق الخليلي له. ويرى الشافعي إيضاح تحليف المدعى عليه عند فقدان بينة المدعي حيث يقول: «فإن كانت بينة أعطي بها المدعي، وإن لم تكن أحلف المدعى عليه، وليس فيما قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم- في اليمين على المدعى عليه إن لم يحلف أخذ منه الحق. قال: فإني أقول هذا عام، ولا أعطي مدعيا إلا ببينة، ولا أبرئ مدعى عليه من يمين، فإذا لم يحلف لزمه ما ادعى عليه، وإذا حلف برئ^(٥). فهنا دليل على جواز تحليف المدعى عليه بدون طلب المدعي عند فقد البينة في الدعوى. وذهب إلى هذا القول من الحنفية -أيضا- ابن مازة البخاري بقوله: «وإن كان صحيحا، سمعه وأقبل على المدعى عليه، فإن أقر بما ادعاه المدعي ألزمه ما أقر به، وإن أنكر أقبل على المدعي وقال له: ألك بينة؟، فإن قال: لا أو قال: شهودي

(١) الطعن رقم (٢٧٠/٢٠٠٦م) - مدني ثانية عليا، جلسة ٢٠٠٦/١٢/١٧م. المكتب الفني بالمحكمة العليا، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، (من ٢٠٠٦/١٠/١م وحتى ٢٠٠٧/٦/٣١م) - السنة القضائية (٧)، وزارة العدل - سلطنة عمان، ص ٣٣٠ - ٣٣١.

(٢) محمد بن سعيد بن محمد الكدومي، الجامع المفيد من أحكام أبي سعيد، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، ١٤٠٦هـ/١٩٨٥م، ٦٣/٣.

(٣) خميس بن سعيد بن علي الشقصي، منهج الطالبين وبلاغ الراغبين، مكتبة مسقط، سلطنة عمان، الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م، ٦٧٣/٥.

(٤) سعيد بن خلفان الخليلي، أجوبة المحقق الخليلي، تحقيق: بدر بن عبد الله الرحبي - ماجد بن محمد الكندي - أحمد بن حمود البوسعيدي - أحمد بن سالم الحوسني - خالد بن محمد العبدلي - ياسر بن سالم العمري، الطبعة الثانية، ١٤٣٢هـ/٢٠١١م، ٣٨٢/٥.

(٥) محمد بن إدريس الشافعي، الأم، تحقيق رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة - مصر، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م، ٩٤/٨.

غَيَّبَ أو مرضى حَلَفَ المدعى عليه»^(١). كذلك في النص إشارة مباشرة على جواز أن يحلف القاضي المدعى عليه عند عجز المدعي عن البينة دون طلب المدعي، وبالمقياس الأدنى فإن إيضاح الحق للمدعي في اليمين في هذا الموضع سائغ شائع.

ومن القوانين المعاصرة من وافق هذا المذهب، وبَيَّنَتْ أن على المحكمة إفهام الخصم العاجز عن البينة حقه في توجيه اليمين لخصمه، آخذة في ذلك بمنطوق النص النبوي المشرع لهذا التوجه. بل إن البعض منها جعلت ذلك أمراً وجوبياً لا جوازياً، ومن ذلك ما قرره القانون العراقي في مادته (١١٨) القائلة: «إذا عجز الخصم عن إثبات ادعائه أو دفعه، فعلى المحكمة أن تسأله عما إذا كان يطلب تحليف خصمه اليمين الحاسمة من عدمه، فإن طلب ذلك وكان الخصم حاضراً بنفسه حلفته المحكمة، وفي حالة غيابه جاز لها إصدار الحكم غيابياً معلقاً على النكول عن اليمين عند الاعتراض بناء على طلب من الخصم، حتى لو كان الخصم الآخر قد حضر بعض جلسات المرافعة». ووجه الاستدلال: إن على المحكمة وجوب عرض اليمين الحاسمة للمدعي على المدعى عليه عند عجزه عن البينة ولو لم يبادر هو إلى طلبها. كما جرى قانون البينات الأردني القانون العراقي في هذا الشأن، وجعل للمحكمة جواز إفهام الخصم حقه في يمين خصمه حال عجزه عن البينة، وذلك من خلال المادة (٥٣) منه القائلة: «٢- ويجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أن تفهم الخصم أن من حقه توجيه اليمين الحاسمة في حال عجز أحد طرفي الدعوى عن إثبات دعواه أو دفعه»^(٢). علاوة على ذلك فإن الاجتهاد القضائي الأردني - سابقاً - استقر على وجوب إفهام الخصم حقه في يمين خصمه حال عجزه عن إقامة

بينته، كما حرر ذلك أنيس المنصور بقوله: «لقد كان الاجتهاد القضائي مستقراً على وجوب أن تقوم المحكمة بإفهام المدعي أنه عاجز عن تقديم البينة وإن من حقه توجيه اليمين الحاسمة لخصمه»^(٣). وجاء في ذلك -أيضاً- من جانب القضاء العماني ما نصه: «إن توجيه اليمين لأحد طرفي النزاع بواسطة المحكمة من تلقاء نفسها ودون طلب منهما أو من أحدهما، يتعين أن يكون لأسباب ودواع يقتضيها القانون، ويفرضها الواقع، مع وجوب تدوينها»^(٤). ففي هذا المبدأ تقرير لحق توجيه اليمين من قبل المحكمة بدون طلب الخصوم إن رأت أن ذلك مما يتوصل به إلى الحقيقة، ولكن يكون بأن يتثبت من تحقيق عدم كفاية البينة والدليل، والصيرورة بذلك إلى فقدانها، أو عدم كفايتها لإقامة الحجة في الحكم. فإن بان ذلك تعين تطبيق الثابت الشرعي في التقاضي باللجوء إلى اليمين وإيضاحه لمستحقه على خصمه. وسيأتي ذكر لبقية تلك المبادئ وما تتضمنه من أحكام في المطلب القادم بمشيئة الله عند بيان الآثار المترتبة على توجيه اليمين.

المذهب الثاني: يرى أن القاضي عليه ألا يوضح أو يحكم باليمين للمدعي على المدعى عليه، عندما يعجز عن إقامة البينة إن لم يوفق في الاهتداء لطلب ذلك بشخصه، ولم يسأل عما له في الحال من المدعى عليه، ويكتفي القاضي بالسكوت حينها. وقد ذهب إلى ذلك العديد من فقهاء المذاهب الإسلامية، كالإباضية وقول عند الشافعي وبعض الحنفية.

أدلتهم: يستدل أصحاب هذا المذهب ببعض الأدلة التي استدلت بها أصحاب المذهب الأول، غير أنهم اختلفوا في توجيه الاستدلال بها من حيث رؤيتهم في بعض العبارات وما تنطوي عليها من معانٍ ووجوه. وذلك كالآتي:

- (٣) قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) الصادر يوم ١٥/٨/١٩٧٩م، المصدر: الوقائع العراقية، رقم العدد: ٢٧٢٨، ٩/٣/١٩٧٩، ١٤٠/٢.
- (٤) قرار رقم (٢٤) في الطعن رقم (٢٠٠٢/٢١)، جلسة ٢٥/٥/٢٠٠٣. المكتب الفني بالمحكمة العليا، مجموعة الأحكام الصادرة عن دوائر المحكمة العليا - سنة ٢٠٠٤م - الدائرة المدنية الأولى، وزارة العدل - سلطنة عمان، ص ٢٨٨.

- (١) محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه، المحقق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٤م، ٨/١٦٠.
- (٢) قانون البينات الأردني، رقم (٣٠) لسنة ١٩٥٢م، والمعدل بموجب القانون رقم (٣٧) لسنة ٢٠٠١، والمعدل بموجب القانون رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥، موقع الجريدة الرسمية الأردنية، رئاسة الوزراء، الأردن.

الإباضية العلامة الكندي، حيث ذكر ما يقتضي هذا القول: «أحمد بن محمد بن خالد: إذا سأل الحاكم المدعي عن البينة فسكت، لم يقل له الحاكم: أحلفه لك حتى يطلب هو....، فإن قال الخصم: لا بينة لي. ما يجب لي عليه؛ قال له بما يجب له، وهو أن يقول له: تجب لك عليه اليمين إذا لم تكن بينة. فإن قال: حلفه لي؛ حلفه له. وإن قال: ما رأيت أنت؛ فقال: إذا لم

تكن معك بينة؛ فتلزمه لك اليمين. وأما إذا سكت فلم يطلب يميناً، ولا سأل عن ذلك؛ فلا تلقنه أنت ذلك، أن يطلب يمين خصمه. وهو أن يقول له تجب لك عليه اليمين إذا لم تكن بينة. فإن قال: حلفه لي؛ حلفه»^(٤).

فحق توضيح يمين المدعي عند فقده البينة على المدعي عليه والحكم بها مقيد بطلب وسؤال من المدعي ذاته لا بمبادرة القاضي والمحكمة بإيضاح ذلك له. وهذا الرأي الفقهي سايrote أغلب آراء القوانين المعاصرة التي نصت على المنع من توجيه اليمين إلى الخصم في حال فقدان خصمه البينة إلا إن طلبها. جاء ذلك في معرض تعريفها لليمين الحاسمة، وصاحب الصفة والمالك لها في التوجيه، ومن القوانين التي جاءت نصوصها موضحة ذلك القانون السوري في عدة مواد منه بالقول: «المادة (١١٢) اليمين الحاسمة هي التي يوجهها أحد المتداعيين لخصمه ليحسم بها النزاع. المادة (١١٣): يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر، ولكن لا يكون ذلك إلا بإذن من المحكمة». وجاءت المادة (٦٧) من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية العماني قائلة: «يجوز لكل من الخصمين في أي حالة كانت عليها الدعوى أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر»^(٥). ومحل الشاهد من هذه النصوص

١. حديث علقمة بن وائل الحضرمي، عن أبيه قال: «جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبي ﷺ فقال الحضرمي: يا رسول الله! إن هذا قد غلبني على أرض لي كانت لأبي، فقال الكندي: هي أرضي في يدي أزرعها ليس له فيها حق. فقال رسول الله ﷺ للحضرمي (ألك بينة)؟ قال: لا. قال: (فلك يمينه)... إلخ»^(١).

ووجه الشاهد هنا تفسير ما تدل عليه اللام في عبارة (لك يمينه)، حيث إنها تدل على الاختصاص والملكية، وبالتالي فاليمين حق يملكه الخصم العاجز عن البينة وهو المدعي، وهو يتصرف في طلب حقه كيف شاء سواء اهتدى إليه وتمكن من المطالبة به أو عجز عن طلبه من القاضي، ولا يبين له ذلك؛ لأنه تلقين للخصوم حجتهم، وهو مخالف لما ينبغي أن يكون عليه القاضي من النزاهة والمساواة بين الخصوم. وهذا ما وجه به الحنفية قولهم بهذا المذهب، يقول السرخسي: «إذا قال حلفه، يطلب المدعي بعد أن سأل بينة ولا يسأله ذلك ما لم يطلب يمينه؛ لأنه نوع تلقين ولا ينبغي للقاضي أن يلقي أحد الخصمين حجته»^(٢). لأن ذلك في نظره تلقين للخصم حجته. وجاء في الهداية: «قال: فإن أحضرها قضي بها لانتفاء التهمة عنها، وإن عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما رويناه، ولا بد من طلبه لأن اليمين حقه؛ ألا يرى أنه كيف أضيف إليه بحرف اللام فلا بد من طلبه»^(٣). ومن الذين توجهوا إلى ذلك من

(١) سبق تخريجه.

(٢) محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، دار المعرفة - بيروت، ١٤١٤هـ/١٩٩٣م، ٧٨/١٦. عثمان بن علي بن محجن البازعي الزيلعي، الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد الشلبي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق - القاهرة، الطبعة الأولى، ١٣١٣هـ، ٢٩٩/٤.

(٣) علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، المحقق: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي، بيروت - لبنان، ١٥٥/٣.

(٤) أحمد بن عبدالله الكندي، المصنّف، تحقيق مصطفى باجو، الطبعة الأولى، طبع وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، سلطنة عمان، ١٤٢٧هـ/٢٠١٦م، مجلد التاسع - ج ٢٦٥/١٣.

(٥) وزارة العدل، سلطنة عمان، قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية، الباب السادس اليمين - الفصل الأول اليمين الحاسمة،

الإشارة بأن اليمين الحاسمة لا توجهها المحكمة من ذاتها وبالتالي فاقضاء ذلك ألا يحكم بها القاضي عند فقدان بيئة المدعي أو إيضاح حقه فيها إن لم يطلبها هو ولم يسأل عنها. كما أن بعض الاجتهادات القضائية العمانية رأت الأخذ بقول هذا المذهب المتضمن عدم جواز توجيه اليمين إلا بطلب الخصوم، جاء بذلك ما نصه: «اليمين الحاسمة يوجهها الخصم الذي يعوزه الدليل إلى خصمه، ولا توجهها المحكمة. مؤداها: الإعفاء من الإثبات. اليمين المتممة توجهها المحكمة لتدعيم دليل ناقص قدمه المدعي.....»، وهي إذا لا توجهها المحكمة وفق ما استند عليه معه قضاء المحكمة العليا^(١).

الرأي المختار: إن ما تقتضيه دلالات النصوص النبوية والقانونية الأخذ بقول مذهب الفريق الأول الذي يرى الحكم باليمين على المدعى عليه عند عجز المدعي عن إقامة بينته وإيضاح ذلك الحق للمدعي؛ وذلك لقوة أدلتهم التي عولوا عليها، من حيث وضوح دلالة العبارة بهذا المعنى، وكذلك لموافقة هذا القول لمقاصد الشريعة في توجيه اليمين، إذ إن لذلك أصولاً ومبادئ شرعية وقانونية ثابتة، أما الأولى فواردة جلية في ثنايا سطور الأحاديث التي استندوا عليها، حيث بيان حرمة الأموال المقتضي إيجاد الوسيلة - قوية كانت أو ضعيفة - للحفاظ على مال الإنسان المسلم وعصمته، وذلك بقوله ﷺ: (أَلَا لئن حلف على ماله ليأكله ظلماً ليلقين الله وهو عنه معرض)، وقوله في النص الآخر: (من حلف على يمين يستحق بها مالا وهو فيها فاجر لقي الله وهو

المادة ٦٧، ص ٢٥.

(١) الطعن رقم (٢٠٠٦/٣) - تجاري عليا، جلسة ٢٠٠٦/٤/٥م. المكتب الفني بالمحكمة العليا، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، (من ٢٠٠٦/١/١م وحتى ٢٠٠٦/٦/٣١م) - السنة القضائية (٦)، وزارة العدل - سلطنة عمان، ص ٤٦٣ وما بعدها. وعبد العزيز بن الحاج إبراهيم الثميني، الورد البسام في رياض الأحكام، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م، ص ١٧٤.

عليه غضبان)، فكفى الخصم عارا وشنارا عاقبة المأل في الآخرة بإعراض المولى عنه، وغضبه عليه؛ جزاء تحايله على مال أخيه بالكذب في يمين محققة عليه، وكفى بالقاضي العدل خوفاً من التفريط في حق المتقاضين والتعرض لضياعها؛ بتركه توضيح ما يجب للمدعي والحكم له به عند إغفاله عنه، وعدم قدرته الاهتداء إليه معللاً ذلك خوفه تلقين الحجة لهم. يقول الله تعالى في شأن من يتقدمون إلى مجلس القضاء مستغلين فقدان بيئة المدعي ليحلبوا حقا بيمين كذب: (وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَآ إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ) "البقرة/١٨٨"، فالآية دالة على نهي أكل أموال الناس بالباطل مع عدم ترك بيئة أو أثر كي يحصل الآكل على مراده عند الحاكم بحلف اليمين الكاذبة. ويقول أطفيش من الإباضية في التعليق على الحديث السابق: "وإن حكم الحاكم لا يحل ما حرم فللمحكوم له الوعيد"^(٢). ويقول - أيضا - موضحاً هذا المعنى: «في الرجل يكون عليه المال وليس عليه بيئة، فيجحد ويخاصم إلى الحكام، وهو يعلم أن الحق عليه، وأنه أثم بمنعه، وعن الإثم هنا اليمين الكاذبة، وقيل الشهادة الزور»^(٣). فهل مع كل هذه النصوص القرآنية والنبوية يسوغ لنا القول بعدم الإباحة للقاضي العادل بإفهام المدعي أن له يمين المدعى عليه خاصة إذا ما تراءى أمام ناظريه عدم مبالاة المدعى عليه بالحق الثابت عليه لخصمه، وكذا عدم تأهل المدعي لفقه أصول الإثبات وعلمه بما له وعليه. يقول السالمي في شرحه على

(٢) محمد بن يوسف أطفيش، وفاء الضمانة بأداء الأمانة في فن الحديث، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م، ٣١٧/٣.

(٣) محمد بن يوسف الوهبي الإباضي المصعبي، هميان الزاد إلى دار المعاد، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م، ٦٢/٣.

تعريفها بالقول: تطرّق قانون الإثبات العماني في مادته (٧٧) إلى بيان هذه اليمين وسلطة القاضي في توجيهها بالقول: «١- للمحكمة في أية حالة كانت عليها الدعوى أن توجه اليمين المتممة من تلقاء نفسها إلى أي من الخصمين لتبني على ذلك حكمها في موضوع الدعوى أو في قيمة ما يحكم به، ويشترط في توجيه هذه اليمين ألا يكون في الدعوى دليل كامل، وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل»^(٤). كما جاءت قوانين الإثبات السودانية واليمنية مفصلة هذه اليمين ومبينة مسمياتها وأنواعها بالقول:

- يمين تؤدي من المدعى لإتمام البينة القانونية اللازمة لإثبات الحق الذي يدعيه قبل المدعى عليه وهي اليمين المتممة أو يمين الاستظهار ولا يجوز ردها على الخصم الآخر.
- يكون توجيه اليمين أو ردها عن طريق المحكمة، ولها أن تعدل صيغتها أو أن تمنع توجيهها طبقاً لما هو منصوص عليه في المادة (١٣٧) من هذا القانون.
- يمين الاستظهار: يجب على المحكمة، عند قيام البينة بثبوت حق في مال الميت، أو المفقود، أو القاصر ومن في حكمهم، توجيه اليمين للمدعي، قبل صدور الحكم استظهاراً للحق.
- يمين اللعان هي حلف الزوج على زنا زوجته، أو نفي حملها منه وحلف الزوجة على تكذيبه، وذلك بأن يشهد الزوج أربع شهادات بالله أنه صادق فيما رمى

(٤) انظر المواد: (٧٦) وما بعدها من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية العماني، مرجع سابق، ص ٢٧. والمادة (١٢١) وما بعدها من قانون البينات السوري، مرجع سابق. والمادة (١/٧٠) وما بعدها من قانون البينات الأردني، مرجع سابق. والمادة (١١٩) من قانون الإثبات العراقي، مرجع سابق. والمادة (١/٥٨) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٣م، مرجع سابق. والمادة (١١٩) من قانون الإثبات المصري، مرجع سابق. والمادة (٦٢) قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية الإماراتي، مرجع سابق. والمادة (١٢٦) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية البحريني، مرجع سابق.

حديث: (من حلف يميناً على مال امرئ مسلم ليقطعه لقي الله وهو عليه غضبان) - يقول: «أي يقطع المال عن صاحبه أو يضمه إليه بيمينه الفاجرة»^(١).

المطلب الثاني:

السلطة في توجيه اليمين المتممة.

اليمين المتممة هي اليمين التي تملك المحكمة الحق في توجيهها من تلقاء نفسها، وذلك لأجل اكتمال دليل في الدعوى، أو استظهار لأمر معين غير جلي للمحكمة. وقد ورد تعريفها في كتب الفقه والقانون بالفاظ اصطلاحية مختلفة، وإيراد أنواع معينة لأمثلتها، وقد بيّنها الزحيلي وذكر من أنواع هذه اليمين: «يمين الاستظهار أو الاستبراء أو يمين القضاء، ومنها اليمين الجالبة أو يمين الإيجاب عند البعض ومن أمثلتها اليمين المردودة على المدعي، وأيمان اللعان بين الأزواج، ومنها أيمان القسامة والجراح، ومن أنواعها يمين التهمة»^(٢). أما القوانين فأطلقت عليها اليمين المتممة من قبيل إطلاق الكل وإرادة الجزء. وحق توجيهها يكون من استقلال المحكمة، والقاضي له مطلق الحق في توجيهها بدون طلب من الخصوم، يقول الزحيلي: «ويستثنى بعض الحالات التي يوجهها القاضي بدون طلب الخصم مثل يمين التهمة ويمين الاستظهار، فيوجهها القاضي من تلقاء نفسه للتثبت من الأدلة»^(٣). وقد بيّنت مختلف القوانين ذلك عند التطرّق إلى

(١) عبدالله بن حميد السامي، شرح الجامع الصحيح - مسند الإمام الربيع بن حبيب الفراهيدي، الناشر: مكتبة الإمام نور الدين السامي، السيب - الحيل الجنوبية - سلطنة عمان، ٢٠٠٤م، ٤٠١-٤٠٠/٣. والحديث أخرجه الربيع في مسنده، كتاب الأيمان والأموال، (١) باب الأيمان، حديث رقم (٦٥٧). الفراهيدي، مسند الربيع بن حبيب، ٢٥٨/١، مرجع سابق.

(٢) محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، مكتبة دار البيان، دمشق - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م، ٣٥٧/١.

(٣) الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ٣٥٢/١.

به زوجته والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، وأن تشهد الزوجة أربع شهادات بالله بأن زوجها من الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين^(١).

وهناك العديد من الحالات والصور التي تستقل المحكمة فيها بتوجيه اليمين تعنى بـ:

- إذا أثبت أحد ادعاءه بحقه في التركة فتحلفه المحكمة على أنه لم يستوف بنفسه أو بواسطة غيره هذا الحق من الميت، ولم يبرؤه منه ولم يحله على غيره، ولم يستوف دينه من الغير، ولم يكن للميت رهن مقابل هذا الحق. وتسمى هذه اليمين بيمين الاستظهار.
- إذا استحق أحد المال وأثبت ادعاءه تحلفه المحكمة على أنه لم يبيع هذا المال، ولم يهبه لأحد، ولم يخرج من ملكه بأي وجه من الوجوه.
- إذا أراد المشتري رد المبيع لعيب فيه تحلفه المحكمة أنه لم يرض بالعيب صراحة أو دلالة.
- إذا أثبت طالب الشفعة دعواه تحلفه المحكمة بأنه لم يسقط شفعته بأي وجه من الوجوه^(٢).

- فهذه اليمين أحكامها وتوجيهها مما يستقل به القاضي والمحكمة ولها السلطة في توجيهها لتكملة البيّنة والدليل، ولا يصح الرد فيها من قبل الخصوم، وقد ذكرتها كتب الفقه كذلك بمسميات وأقسام مختلفة.

المطلب الثالث:

الآثار المترتبة على توجيه اليمين الحاسمة.

إن الغاية والفائدة المرجوة من تشريع سنّ أي حكم أو نص فقهي أو قانوني بيان الآثار التي تترتب على ذلك الحكم والنص؛ إذ بدون ذلك لا جدوى من الأحكام ولا فائدة لمصالح الأنام، وقد شرعت اليمين القضائية لأهداف وأسرار مختلفة ذكرت بعضها في باب مقاصد اليمين التي سبق الحديث عنها، وهنا يأتي الحديث مكملًا ومستدرجًا ما تطرّق إليه، وذلك بتوضيح وبيان الأثر الفقهي والقانوني الذي تترتب على توجيه اليمين في الدعوى والنزول في الإثبات إلى الاحتكام لها، ومن جملة تلك الآثار ما يأتي:

١. التنازل عن غيرها من الأدلة والبيّنات في الدعوى في أحوال معينة^(٣). يقول أحمد بك وغيره: «إذا تقرر هذا فاعلم أن المدعي إذا قال: لي بيّنة على دعواي

(١) انظر: المادة (١٣٢) من قانون الإثبات اليمني الصادر بموجب القرار الجمهوري رقم (٢١) لسنة ١٩٩٢م. والمادة (١٤٠) وما بعدها من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٣م.

(٢) انظر المواد: (٦٧) من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية، الباب السادس اليمين - الفصل الأول اليمين الحاسمة، وزارة العدل، سلطنة عمان، ص ٢٥. والمادة (١٢٣) من قانون البيّنات السوري وما بعدها، الصادر بتاريخ ١٠/٧/١٩٤٧م. والمادة (٥٤) وما بعدها من قانون البيّنات الأردني، رقم (٣٠) لسنة ١٩٥٢، نشر في الجريدة الرسمية رقم ١١٠٨ بتاريخ ١٧-٥-١٩٥٢م. والمادة (١١١) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) الصادر يوم ١٥/٨/١٩٧٩م، المصدر: الوقائع العراقية، رقم العدد: ٢٧٢٨، ١٩٧٩/٣/٩، ١٤٠/٢. والمادة (٥٦) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٣م، نشر في الجريدة الرسمية في ملحق التشريع رقم ١٥٨٠ بتاريخ ١/٥/١٩٩٤م. والمادة (١١٤) من قانون الإثبات المصري، الجريدة الرسمية العدد ٢٢ الصادر في ٣٠/٥/١٩٦٨م - جمهورية مصر العربية، قانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨م بإصدار قانون الإثبات في المواد

المدنية والتجارية معدلا بالقانون (٢٣) لسنة ١٩٩٢م، والقانون (١٨) لسنة ١٩٩٩م باسم الأمة - رئيس الجمهورية. والمادة (٥٧) قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية (١٠/١٩٩٢م)، دولة الامارات العربية المتحدة، المادة (١١٤) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية البحريني، الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٤) لسنة ١٩٩٦م. والمادة (١٤٠) من قانون الإثبات اليمني الصادر بموجب القرار الجمهوري رقم (٢١) لسنة ١٩٩٢م. والمادة (١٧٤٦) من مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، المحقق: نجيب هواويني، الناشر: نور محمد، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي، ص ٣٥٤.

(٣) الأصل ألا يصار إلى توجيه اليمين الحاسمة في الدعوى عند وجود البيّنة، ولكن قد تكون هناك بيّنة غائبة للمدعي في دعواه وغير حاضرة بمجلس الحكم فهنا وقع الخلاف بين أهل العلم، هل يُحلف المدعى عليه في ظل وجود بيّنة ولكنها غائبة وبحاجة إلى وقت وجه لإقامتها، فالبعض قال: بتحليف المدعى عليه، والبعض قال: بعدم تحليفه.

لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف، عند أبي حنيفة - رحمه الله -، معناه حاضرة في المصر. وقال أبو يوسف: يستحلف؛ لأن اليمين حقه بالحديث المعروف، فإذا طالبه به يجيبه. ولأبي حنيفة - رحمه الله - أن ثبوت الحق في العين مرتب على العجز عن إقامة البينة لما روينا فلا يكون حقه دونه، كما إذا كانت البينة حاضرة في المجلس. ومحمد مع أبي يوسف - رحمهما الله - فيما ذكره الخصاف، ومع أبي حنيفة فيما ذكره الطحاوي رحمه الله^(٣). وقد وقع الخلاف بين الفقهاء - كذلك - في إتيان المدعي البينة بعد حلف المدعى عليه، قيل: بسماعها، وقيل: لا. يقول ملا خسرو من الحنفية: «ثم إذا حلف المدعى عليه، فالمدعي على دعواه، ولا يبطل حقه بيمينه، لكن ليس له أن يخاصم ما لم يقم البينة على وفق دعواه، فإن وجدها أقامها وقضى له بها، وبعض القضاة من السلف كانوا لا يسمعونها بعد اليمين ويقولون يترجح جانب صدقه باليمين فلا تقبل بينة المدعي، وهذا القول ليس بشيء لأن عمر - رضي الله تعالى عنه - قبل البينة من المدعي بعد يمين المنكر^(٤)». وحكى الشيخ الشقصي الإجماع على عدم قبول البينة بعد اليمين إلا بدليل وبرهان بقوله: «وأجمع الناس على أن البينة تقبل، قبل يمين المدعي عليه، ولا يجوز قبولها بعد ذلك إلا بحجة....» وكذلك لو أهدر بينته وهو لا يعرفها، ثم عاد أقامها، فقد قيل: إن الحاكم يستمعها ويستقبلها. وأما إن أهدر بينته، وهو يعرفها، لم يكن له ذلك في قول أهل عمان^(٥). وكذلك كأن يثبت كذب الحالف في يمينه بمستند يخالف ما حلف عليه، أو قيام شهود يشهدون على كذبه.

فإما أن تكون بينته حاضرة بمجلس القاضي، أو حاضرة بالمصر الذي فيه القاضي، أو غائبة عنه، فإن كانت البينة غائبة عن المصر وطلب المدعي يمين المدعى عليه أجابه القاضي إلى طلبه اتفاقاً؛ تيسيراً عليه وعلى خصمه في رفع المؤونة والانتظار. وإن كانت البينة حاضرة بمجلس القاضي وطلب يمين خصمه لا يجيبه القاضي إلى طلبه بالاتفاق لارتفاع الحرج عن المتخاصمين بحضور البينة. وإن كانت البينة حاضرة بالمصر وطلب يمين خصمه فعلى قول أبي حنيفة لا يجيبه القاضي إلى طلبه بل يكلفه إحضار البينة، وعلى قول أبي يوسف يجيبه إلى طلبه ولا يكلفه إحضار البينة....^(١).

٢. الرضا بالحكم الذي يصدر في الحق المتنازع عليه، وعدم القول بعدم الرضا عن النتيجة أو أن الخصم كان كاذباً في يمينه، إلا إن أثبت ذلك، أو تبين ظهور أدلة أقوى على هذا الادعاء، وصدر حكم قضائي على واقعة الكذب في اليمين.

٣. خسران الدعوى لكل من وجهت إليه اليمين فنكل عن حلفها بغير عذر، أو لكل من ردت عليه ونكل عن حلفها.

ومما جاء في ذلك من نصوص فقهية وقانونية ما أورده الفقهاء من أقوال منها: «إذا حلف المدعى عليه، وأراد المدعي إقامة البينة بعد ذلك، [قال مالك: فإن كانت بينة غائبة أو حاضرة، ولم يعلم بها ثم علم، فله أن يقيمها وإن كانت حاضرة عالماً بها فاختر اليمين، لم تسمع منه بعد اليمين. وقد نقل عنه: أن له ذلك أيضاً، وهو أجد وأصح، وبه قال أبو حنيفة والشافعي وشريح والشعبي والفقهاء. إلا ابن أبي ليلى وداود قالا: ليس له ذلك^(٢)». يقول الفرغاني من الحنفية: «وإذا قال المدعي

(١) أحمد بك وآخر، طرق الإثبات الشرعية، مرجع سابق، ص ٥٨١ وما بعدها.

(٢) عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي المالكي، عَيُونُ الْمَسَائِلِ، دراسة وتحقيق: علي محمد إبراهيم بورويبة، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م، ص ٥٢٦.

(٣) علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، المحقق: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، ١٥٥/٢.

(٤) محمد بن فرامرز بن علي الشهير بملأ - أو منلاً أو المولى - خسرو، درر الحكام شرح غرر الأحكام، دار إحياء الكتب العربية، ٣٣٢/٢.

(٥) الشقصي، منهج الطالبين وبلاغ الراغبين، ٦٧٣/٥، مرجع سابق.

٢. ومن الآثار المترتبة على توجيه اليمين، بيان أن الحكم بتوجيهها لا يُرتَّب إنهاء الخصومة ولا حقاً للطعن على ذلك الحكم؛ لأنه من الأحكام

٣. التمهيدية التي تقود إلى الأحكام النهائية، والتي يجوز الطعن عليها بعد ذلك، وجاء بذلك بما نصه: «إن الحكم التمهيدي بتوجيه اليمين الحاسمة غير بات، ولا يحسم النزاع، ولا ينهي الخصومة، وهو غير مؤهل للطعن فيه بالنقض وفقاً لأحكام المادة (٢٣) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية»^(٤).

٢. من الآثار المترتبة على توجيه اليمين للخصوم، جواز التقدم بالبينة الغائبة أو المفقودة زمن توجيه اليمين، ولا يحتم حلف اليمين حسم النزاع وسقوط الحق، وجاء بذلك بما نصه: «اليمين الحاسمة وفقاً للقاعدة الفقهية تتفق مع اليمين القانونية في أنها لا توجّه إلا في حالة عدم وجود بينة لدى المدعي وهي بخلاف اليمين القانونية لا تحسم النزاع بصفة نهائية، بمعنى أنه يجوز للمدعي إن وجد بينة بعد أداء خصمه اليمين أن يتقدم بها إلى القاضي»^(٥).

٣. ومن الآثار -أيضاً- في توجيه اليمين عند العجز عن البينة - إن رفض المدعي قبول اليمين - رفض الدعوى، وجاء بذلك ما نصه: «رفض المدعي يمين خصمه بعد عجزه عن إقامة البينة. أثره رفض الدعوى»^(٦).

بالمحكمة العليا، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها- السنة القضائية (٧)، وزارة العدل، سلطنة عمان، ص ٣٣٠ - ٣٣١.

(٤) قرار رقم (٨) في الطعن (٢٠١١/١١م)، جلسة ٢٥/١/٢٠٠٢م. مجموعة الأحكام الصادرة عن دوائر المحكمة العليا - سنة ٢٠٠٤م - دائرة المحكمة الشرعية، ص ١٧، مرجع سابق.

(٥) قرار رقم (٣٤) في الطعن (٢٠٠٣/١٢م)، جلسة ٢٦/١٠/٢٠٠٣م. المرجع السابق - الدائرة المدنية الثانية، ص ٥٧٥.

(٦) الطعن رقم (٢٠٠٦/١٨٧م)، جلسة ٢٣/١٢/٢٠٠٦م. مجموعة

وكذلك بيّنت تلك الآثار من خلال نصوص قانون الإثبات العماني وغيرها من القوانين الأخرى في عدة مواد منها المادة (٧٥) وما بعدها منه والقائلة:

- «كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون أن يردها على خصمه، وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه.
- يترتب على توجيه اليمين الحاسمة التنازل عما عداها من البينات....
- إذا حلف من وجهت إليه اليمين انتهت الخصومة في مواجهته.
- كل من وجهت إليه اليمين الحاسمة فحلفها حكم لصالحه....»^(١).

وهناك العديد من الآثار المترتبة على توجيه اليمين أو الحكم بتوجيهها استقر عليها الاجتهاد القضائي العماني من ذلك:

١. الأثر في الإخلال بحق توجيه اليمين، والتقصير في إيضاحه وبيانه للخصم المستحق له، هو نقض الحكم الصادر في مثل هذا الحال، وجاء بذلك ما نصه: «عدم توجيه المحكمة اليمين على المدعى عليه حالة عجز المدعي إثبات صورية المحرر»^(٢). أثره نقض الحكم»^(٣).

(١) انظر المواد: (٧٥) وما بعدها من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية العماني، مرجع سابق، ص ٢٦. والمادة (١١٩) وما بعدها من قانون البينات السوري، مرجع سابق. والمادة (٦٠) وما بعدها من قانون البينات الأردني، مرجع سابق. والمادة (١١٩) من قانون الإثبات العراقي، مرجع سابق. والمادة (٦٣) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٣م، مرجع سابق. والمادة (١١٨) من قانون الإثبات المصري، مرجع سابق. والمادة (٦٠) قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية الإماراتي، مرجع سابق. والمادة (١٢٤) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية البحريني، مرجع سابق.

(٢) يراد بصورية المحرر هو ما يكون من المحررات المتضمنة لعقود ومعاملات شكلية وليست حقيقية لأجل الحصول على غرض معين كمثل أن يكتب اثنان صك دين بينهما وليس بينهما أية التزامات؛ وإنما لأجل أن يستفيد منه المدين ليقدمه لجهة معين يبين من خلاله وجود التزامات مالية عليه للحصول على مساعدة مالية، فهي ليست عقود قائمة على حقيقة وواقع بين المتعاقدين وإنما هي على صورة عقود وهمية أو شكلية وإن أضفي لها صبغة المحررات الرسمية وصدرت من مؤسسات مختصة.

(٣) الطعن رقم (٢٠٠٦/٢٧٠م)، جلسة ١٧/١٢/٢٠٠٦م. المكتب الفني

ليصل إلى عدالة ناجزة في الأحكام التي تصدر بالاستناد إلى نصوصه التي يقررها، فمن وضعه لا يمكن بأي حال أن يكون جامعا لكل مصلحة يجب تحقيقها عند نظر الدعوى؛ لأن من يطبق النص إنما يطبقه بحسب ما يراه ويسمعه ولا يعلم ما يكون في قلوب المتقاضين، ولذلك كان الاحتكام إلى اليمين لمعرفة قصد القلوب عند خلاف الزوجين في مسألة الطلاق وعدده عندما يقع ويشب سعي الاختلاف الأسري.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

الخاتمة

لا بد لأي عمل بحثي من خلاصة تضم ختم ما توصل إليه الباحث من نتائج تفند إشكالات دراسته، بحيث يُجمل في هذه الخاتمة المفصل، ويقتضب المطول، ويوضح لفظ المصطلح، فقد تطرقت هذه الدراسة إلى توضيح وشرح مصطلح اليمين القضائية والقانونية من الجانبين اللغوي والاصطلاحي سواء كان الاصطلاح الفقهي أو الاصطلاح القانوني وانطباق تفسيرها على اليمين التي تؤدي بمجلس الحكم دون سواه كي تثبت بها الحقوق بين المتقاضين، إذ تم التطرق إلى الجمع بين المعنيين اللغوي والاصطلاحي معا، كما تم بسط وتوضيح مقاصد التشريع من مشروعية اليمين باستقراء النصوص الشرعية والقانونية والإجماع بين أهل العلم في ذلك. بعد ذلك تم التطرق إلى دراسة أحكام اليمين من حيث حدود السلطة في توجيهها وعرضها بين الخصوم وبيان صاحب الحق الذي يملك ذلك في مختلف الأيمان سواء كانت حاسمة أو متممة، وكذلك تم الحديث عن الخلاف الفقهي والقانوني في مسألة عرض القاضي اليمين على المدعي حال فقدته بينة ادعائه على خصمه وعدم اهتدائه إلى طلبها حيث اختار الباحث القول المهدي إلى عرض القاضي اليمين في مثل هذه الحالة لوضوح

٣. كذلك من الآثار التي تترتب على توجيه اليمين عدم جواز الصيرورة إليها في ظل وجود البينة، وجاء بذلك بما نصه: «توجيه اليمين الحاسمة، شرطه: انعدام البينة. أثره. ليس للخصم الاحتكام إلى اليمين طالما وجدت البينة الكافية لإثبات الدعوى»^(١).

٤. كذلك من الآثار التي تترتب على توجيه يمين العلم كيمين حاسمة في الدعوى عدم جواز التمسك بباقي الأدلة والبيّنات في الدعوى وتحديد مسارها، وجاء بذلك بما نصه: «الاحتكام إلى يمين العلم من الخصم وأداء الأخير لها يسقط حق طالبها في التمسك بباقي الأدلة»^(٢).

كل تلك الآثار هي ثمرة الخلاف الواقع بين علماء الشريعة والقانون في شأن فقدان البينة وتوجيه اليمين، وكذلك في الأحوال التي توجه فيها اليمين، وهي أطر تضبط سير العمل القضائي عند التعاطي مع بيّنات الإثبات في الدعاوى بين الخصوم. إن أي أثر ينتج عن الاجتهادات الفقهية والقانونية لا بد أن يفسر ويوظف بناء على ما يسوق إليه الفهم الصحيح للنص وما تدعو إليه المقاصد المبتغاة من تشريع أي حكم من الأحكام الفقهية؛ لأن تحقيق مصالح الأنام هو الهدف الأسمى الذي تسعى إليه الشريعة الغراء، وهو الكلية الكبرى للمقاصد الشرعية، فالشريعة كلها صلاح للعباد والبلاد فهمنا ذلك وأدركناه أم جهلناه وتناسيناه، ويجب أن يكون التقنين الوضعي المعاصر موافقا لهذه الكلية

الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها - الدائرة المدنية الثانية - السنة القضائية (٧)، مرجع سابق، ص ٣١٦.

- (١) الطعن رقم (٢٤٦/٢٠٠٦م)، جلسة ٢٠٠٧/٢/٤م. المرجع السابق، ص ٣٧٨.
- (٢) الطعن رقم (١٣٨/٢٠١١م)، جلسة ٢٠١٢/١١/١٠م. المكتب الفني بالمحكمة العليا، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها - السنة القضائية (١٤، ١٣)، مجلس الشؤون الإدارية للقضاء، سلطنة عمان، ص ١٤.

مع المقاصد والأسرار التي تتراد من دلالات الألفاظ النصية الشرعية والقانونية.

ثانياً: يرى الباحث أن الأخذ بقول المذهب الذي يرى جواز إفهام القاضي والمحكمة لمستحق اليمين من الخصوم بحقه في يمين خصمه عند العجز أو الفقد للبيئة بأنه القول الذي يوافق الصحيح من الأقوال التي اهتمت إليها أفهام الفقهاء والقانونيين؛ لما يترتب عليه من آثار جلييلة، وأبعاد نبيلة، تنصب في تحقيق مبدأ العدل والمساواة عند الفصل بين الخصوم؛ إذ قد يكون البعض منهم لا يفقه الوقوف على ما له وما عليه من حجج وبيّنات وهو صاحب حق في دعواه، فلا يضير شأن قوم من إيقاف المحق على عتبات حقه، ورد المبتطل عن تماديه في لجات غيه.

ثالثاً: ضرورة تعميق المعرفة لرجال القضاء وأعوانهم وكل مشغل بتحقيق العدل والإنصاف بين الخصوم من خلال دراسة ما تخرج به أحكام محاكم القانون؛ ليكونوا على دراية بما يقيمون من حجج تتفق ودقة التوجّه لأقضية هذه المحاكم فيتسنى لهم الكسب في دعاوهم وطعونهم التي تعرض، لأن أحكام تلك المحاكم هي أحكام توجيهية تتقيّد بها محاكم الدرجة الأدنى.

رابعاً: تمكين الفهم والفقه لدارسي الفقه والقانون في المؤسسات الأكاديمية بمختلف الدرجات العلمية بعلم الإثبات، وما يعتري صورته من الخلافات والأقوال الفقهية والقانونية، وكيفية الترجيح بينها وفقاً للمقاصد المرتجاة من سلامة النص، مع دمج الفهم النظري هذا بالإدراك العملي المتمثل في الاطلاع والاستفادة من الأحكام القضائية الحائزة لقوة الأمر المقضي به.

والله ولي التوفيق والهادي إلى سواء الصراط.

أدلة هذا القول ورسوخ مقاصده، وقوة حجته المؤدية إلى تحقيق العدل بين الخصوم. وفي نهاية الدراسة تم بيان الآثار المترتبة على توجيه اليمين وعرضها والتنازل عنها إثر ذلك بين الخصوم جميعاً؛ إذ إن تلك الآثار هي الثمرة الفقهية من الخلاف في هذه المسألة والتي منها عدول المدعي عن بقية البيّنات أثناء طلبه يمين خصمه، ووصول القاضي إلى اكتمال الدليل للحكم في الدعوى المعروضة عليه بكذا وضع، وتبيّن كذلك جواز إثارة الخصم لبيّنته الغائبة بعد حلف خصمه اليمين إن لم يكن له استطاعة الوصول إليها قبل حلف المدعي عليه، كما تمت الإشارة إلى مسألة حلف اليمين هل تسقط به الحقوق أم تنقضي بها الخصومة فحسب وآراء الفقهاء في هذه المسألة، كذلك استعرض الباحث استقرار أحكام القضاء العماني على جواز عرض اليمين للمدعي حال فقدان البيئة معوّلاً في ذلك على صريح الأدلة الشرعية في هذا الشأن.

التوصيات

يرى الباحث في نهاية دراسته لفت النظر إلى العديد من التوصيات التي يمكن أن يؤخذ بها وتوضع في الحسبان على الصعيد العلمي والعملي في الجانب القضائي والقانوني وتتمثل في الآتي:

أولاً: يجب أن يُكثّف الجانب التأهيلي والتدريبي لأصحاب الفضيلة القضاة، وأصحاب الوظائف المشابهة والنظيرة للأعمال القضائية من محامين، وباحثين قانونيين، ومعاونين عاملين في سلك القضاء، بتثقيفهم وزيادة الوعي الفقهي والقانوني لديهم في جزئيات المسائل التي تُعْن لهم في سير العمل القضائي كأحكام اليمين، وتمكين الخصوم من إقامة بيّناتهم بما يتفق وصحيح النص الفقهي والقانوني، وربط الفهم بذلك

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

المصادر والمراجع

دار الكتاب المصري، القاهرة، دار الكتاب اللبناني، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م.

٨. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، ٢٠١١م.

٩. أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي، السنن الكبرى، حققه وخرج أحاديثه: حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ/٢٠٠١م.

١٠. أحمد بن عبد الله الكندي، المصنّف، تحقيق مصطفى باجو، الطبعة الأولى، طبع وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، سلطنة عمان، ١٤٣٧هـ/٢٠١٦م.

١١. أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، عليه تعليقات العلامة: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، الناشر: دار المعرفة، بيروت، ١٣٧٩هـ.

١٢. أحمد نشأت، رسالة الإثبات، الطبعة السابعة.

١٣. أحمد بن محمد الخلوتي الشهير بالصاوي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، الناشر: دار المعارف.

١٤. أسامة الروبي، الوسيط في شرح قانون الإثبات العماني، دار الكتب القانونية - مصر، دار شتات للنشر والبرمجيات - مصر، ٢٠٠٩م.

١٥. إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الرابعة، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.

١٦. الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي،

١. أحمد إبراهيم بك وواصل علاء الدين أحمد إبراهيم، طرق الإثبات الشرعية مع بيان اختلاف المذاهب الفقهية وسوق الأدلة والموازنة بينهما ثم مقارنة بالقانون ومعلقا عليها بأحكام المحكمة الدستورية العليا ومحكمة النقض، الطبعة الرابعة، ٢٠٠٣م، مطابع دار الجمهورية للصحافة، مصر.

٢. أحمد بن فارس الرازي، مجمل اللغة، دراسة وتحقيق: زهير عبد المحسن سلطان، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

٣. أحمد بن فارس الرازي، معجم مقاييس اللغة، المحقق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.

٤. أحمد بن الحسين بن علي الخُسْرُو جردى الخراساني، أبو بكر البيهقي، السنن الصغرى، المحقق: عبد المعطي أمين قلجى، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي - باكستان، الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ/١٩٨٩م.

٥. أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، شعب الإيمان، حققه وراجع نصوصه وخرج أحاديثه: الدكتور عبد العلي عبد الحميد حامد، أشرف على تحقيقه وتخرير أحاديثه: مختار أحمد الندوي، صاحب الدار السلفية ببومباي - الهند، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع بالرياض بالتعاون مع الدار السلفية ببومباي بالهند، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م.

٦. أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، المحقق: شعيب الأرناؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م.

٧. أحمد زكي بدوى، معجم المصطلحات القانونية،

المراغي، منشأة المعارف جلال حزي وشركاه،
الإسكندرية.

٢٥. عبدالعزيز بن الحاج إبراهيم الثميني، الورد البسام
في رياض الأحكام، وزارة التراث القومي والثقافة،
سلطنة عمان، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م.

٢٦. عبد القادر بن عمر بن عبد القادر التغلبي الشيباني،
نيل المآرب بشرح دليل الطالب، المحقق: الدكتور
محمد سليمان عبد الله الأشقر، مكتبة الفلاح،
الكويت، الطبعة الأولى، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م.

٢٧. عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافي
القزويني، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح
الكبير، المحقق: علي محمد عوض - عادل أحمد
عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان،
الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ/١٩٩٧م.

٢٨. عبد الله بن أحمد النسفي، كنز الدقائق، المحقق: أ.
د. سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية، دار السراج،
الطبعة الأولى، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م.

٢٩. عبدالله بن حميد السالمي، جوهر النظام في علمي
الأديان والأحكام، المطابع الذهبية، روي - سلطنة
عمان، الطبعة الثانية عشرة، ١٣١٣هـ/١٩٩٣م.

٣٠. عبدالله بن حميد السالمي، شرح الجامع الصحيح -
مسند الإمام الربيع بن حبيب الفراهيدي، الناشر:
مكتبة الإمام نور الدين السالمي، السيب - الحيل
الجنوبية - سلطنة عمان، ٢٠٠٤م.

٣١. عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي المالكي،
عيون المسائل، دراسة وتحقيق: علي محمد إبراهيم
بورويبة، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع،
بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م.

٣٢. عثمان بن علي بن محجن البارعي الزيلعي،

التهذيب في فقه الإمام الشافعي، المحقق: عادل
أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، دار الكتب
العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

١٧. الخليل بن أحمد بن الفراهيدي، كتاب العين،
المحقق: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي،
دار ومكتبة الهلال.

١٨. خليل بن إسحاق الجندي، مختصر خليل، المحقق:
أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى،
١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م.

١٩. خميس بن سعيد بن علي الشقصي، منهج الطالبين
وبلاغ الراغبين، مكتبة مسقط، سلطنة عمان،
الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م.

٢٠. الربيع بن حبيب بن عمر الأزدي البصري، مسند
الربيع بن حبيب، المحقق: محمد إدريس وعاشور
بن يوسف، الناشر: دار الحكمة - بيروت، مكتبة
الاستقامة - مسقط، الطبعة الأولى، ١٤١٥م.

٢١. سعيد بن خلفان الخليلي، أجوبة المحقق الخليلي،
تحقيق: بدر بن عبد الله الرحبي - ماجد بن محمد
الكندي - أحمد بن حمود البوسعيدي - أحمد بن
سالم الحوسني - خالد بن محمد العبدلي - ياسر
بن سالم العمري، الطبعة الثانية، ١٤٣٢هـ/٢٠١١م.

٢٢. سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود،
المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، الناشر:
المكتبة العصرية، صيدا - بيروت.

٢٣. سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي المصري
الشافعي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، دار
الفكر، ١٤١٥هـ/١٩٩٥م.

٢٤. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح
القانون المدني، تنقيح المستشار أحمد مدحت

الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد
الشَّلبِيّ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية
الشَّلبِيّ، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق - القاهرة،
الطبعة الأولى، ١٣١٣هـ.

٤٠. لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة
العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، المحقق: نجيب
هواويني، الناشر: نور محمد، كارخانه تجارت كتب،
آرام باغ، كراتشي.

٤١. مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي، موطأ
الإمام مالك، المحقق: بشار عواد معروف - محمود
خليل، مؤسسة الرسالة، ١٤١٢هـ، ١٦٩/٢.

٤٢. محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، المحقق:
يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية - الدار
النموذجية، بيروت - صيدا، الطبعة الخامسة،
١٤٢٠هـ/١٩٩٩م.

٤٣. محمد بن أحمد بن الأزهر الهروي، تهذيب اللغة،
المحقق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث
العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م.

٤٥. محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، دار المعرفة،
بيروت، بدون طبعة، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.

٤٦. محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي،
الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، المحقق: مكتب
البحوث والدراسات، دار الفكر - بيروت.

٤٧. محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي الشهير بابن
النجار، منتهى الإرادات، المحقق: عبد الله بن عبد
المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى،
١٤١٩هـ/١٩٩٩م.

٤٨. محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية، الطرق الحكيمة
في السياسة الشرعية، حققه سيد عمران، دار
الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م.

٣٣. عزالدین الدناصورى وحامد عكاز، موسوعة
التعليق على قانون الإثبات، قام بإضافة التعديلات
خيرات راضى، المركز القومي للإصدارات القانونية،
القاهرة، الطبعة ٢٠١٣م/٢٠١٤م.

٣٤. علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني
المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، المحقق:
طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت -
لبنان.

٣٥. علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي
الظاهري، مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات
والاعتقادات، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت.

٣٦. علي بن إسماعيل بن سيده المرسى، المحكم والمحيط
الأعظم، المحقق: عبد الحميد هندawi، دار الكتب
العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.

٣٧. علي بن محمد الجرجاني، كتاب التعريفات، المحقق:
ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف
الناشر، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة
الأولى، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.

٣٨. علي بن محمد بن عبد الملك الفاسي، أبو الحسن
ابن القطان، الإقناع في مسائل الإجماع، المحقق:
حسن فوزي الصعيدي، الناشر: الفاروق الحديثة
للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٤م.

٣٩. علي بن عمر بن أحمد الدارقطني، سنن الدارقطني،
حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الارنؤوط،

الشخصية، مكتبة دار البيان، دمشق - بيروت،
الطبعة الأولى، ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م.

٥٨. محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط،
تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة،
مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت
- لبنان، الطبعة الثامنة، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.

٥٩. محمد بن يوسف أطفيش، تيسير التفسير للقرآن
الكريم، وزارة التراث والثقافة - سلطنة عمان،
١٤٠٧هـ/١٩٨٧م.

٦٠. محمد بن يوسف أطفيش، شرح كتاب النيل وشفاء
العليل، وزارة التراث والثقافة - سلطنة عمان،
١٤٠٧هـ/١٩٨٧م.

٦١. محمد بن يوسف أطفيش، وفاء الضمانة بأداء
الأمانة في فن الحديث، وزارة التراث القومي
والثقافة، سلطنة عمان، ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م.

٦٢. محمد بن يوسف الوهبي الإباضي المصعبي، هميان
الزاد إلى دار المعاد، وزارة التراث القومي والثقافة،
سلطنة عمان، ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م.

٦٣. محمد بن يوسف العبدري، التاج والإكليل لمختصر
خليل، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ -
١٩٩٤م.

٦٤. محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة
البخاري، المحيط البرهاني في الفقه النعماني
فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه، المحقق: عبد
الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت -
لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٤م.

٦٥. محمود بن أحمد الغيتابي العيني، البناية شرح
الهداية، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، الطبعة
الأولى، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.

٤٩. محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة
السرخسي، المبسوط، دار المعرفة - بيروت،
١٤١٤هـ/١٩٩٣م. محمد بن إدريس الشافعي، الأم،
تحقيق رفعت فوزي عبدالمطلب، دار الوفاء للطباعة
والنشر والتوزيع، المنصورة - مصر، الطبعة الأولى،
١٤٢٢هـ/٢٠٠١م.

٥٠. محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري،
المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق
النجاة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.

٥١. محمد حسين منصور، شرح قانون الإثبات وقانون
المعاملات الإلكتروني العماني، دار الجامعة
الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١١م.

٥٢. محمد بن سعيد بن محمد الكدومي، الجامع
المفيد من أحكام أبي سعيد، وزارة التراث القومي
والثقافة، سلطنة عمان، ١٤٠٦هـ/١٩٨٥م.

٥٣. محمد بن شامس البطاشي، سلاسل الذهب في
الأصول والفروع والأدب، طبعة وزارة التراث
والثقافة - سلطنة عمان.

٥٤. محمد بن عمر الرازي، مفاتيح الغيب = التفسير
الكبير، دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة
الثالثة، ١٤٢٠هـ.

٥٥. محمد بن فرامرز بن علي الشهير بملا - أو منلا
أو المولى - خسرو، درر الحكام شرح غرر الأحكام،
دار إحياء الكتب العربية.

٥٦. محمد بن محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب
الرُعيني، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل،
دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

٥٧. محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في
الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال

الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها - السنة القضائية (١٣،١٤)، مجلس الشؤون الإدارية للقضاء، سلطنة عمان.

٧٣. موقع التشريعات الأردنية (www.Iob.gov.jo)، قانون البيّنات رقم ١٩٥٢/٣٠ والمعدل رقم ٢٠٠١/٣٧ والمعدل رقم ٢٠٠٥/١٦، رقم الجريدة الرسمية ١٩٥٢-٥-١٧/١١٠٨ م.

٧٤. وزارة العدل - سلطنة عمان، قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠٠٨/٦٨ م، نشر بالجريدة الرسمية العدد (٨٦٤) بتاريخ ٢٠٠٨/٦/١ م.

٧٥. وَهْبَةُ بْنُ مُصْطَفَى الزُّحَيْلِيِّ، الْفَقْهُ الْإِسْلَامِيُّ وَأَدَلَّتُهُ (الشَّامِلُ لِلأَدَلَّةِ الشَّرْعِيَّةِ وَالْأَرَاءِ الْمَذْهَبِيَّةِ وَأَهَمَّ النُّظَرِيَّاتِ الْفَقْهِيَّةِ وَتَحْقِيقِ الْأَحَادِيثِ النَّبَوِيَّةِ وَتَخْرِيجِهَا)، دار الفكر، سورِيَّة - دمشق، الطبعة الرَّابِعَةُ.

٧٦. يحيى بن شرف النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٩٢ هـ.

٧٧. قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٣ م، نشر في الجريدة الرسمية في ملحق التشريع رقم ١٥٨٠ بتاريخ ١٩٩٤/١/٥ م.

٧٨. قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) الصادر يوم ١٩٧٩/٨/١٥ م. الوقائع العراقية، رقم العدد: ٢٧٢٨، ١٩٧٩/٣/٩.

٧٩. قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية (١٠/١٩٩٢ م)، دولة الامارات العربية المتحدة.

٨٠. قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية البحريني، الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٤) لسنة ١٩٩٦ م.

٦٦. محمود بن عمرو الزمخشري، الكشف عن حقائق غوامض التنزيل، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٠٧ هـ.

٦٧. مسلم بن الحجاج النيسابوري، المسند الصحيح، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

٦٨. منصور بن محمد السمعاني، تفسير القرآن، المحقق: ياسر بن إبراهيم وغنيم بن عباس بن غنيم، دار الوطن، الرياض - السعودية، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م.

٦٩. المكتب الفني بالمحكمة العليا، مجموعة الأحكام الصادرة عن دوائر المحكمة العليا - سنة ٢٠٠٤ م - الدائرة المدنية الأولى، وزارة العدل - سلطنة عمان.

٧٠. المكتب الفني بالمحكمة العليا، مجموعة الأحكام الصادرة عن دوائر المحكمة العليا - سنة ٢٠٠٥ م - الدائرة المدنية الثانية، وزارة العدل، مسقط - سلطنة عمان.

٧٠. المكتب الفني بالمحكمة العليا، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، (من ١/١/٢٠٠٦ م وحتى ٣١/٦/٢٠٠٦ م) - السنة القضائية (٦)، وزارة العدل - سلطنة عمان.

٧١. المكتب الفني بالمحكمة العليا، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، (من ١/١٠/٢٠٠٦ م وحتى ٣١/٦/٢٠٠٧ م) - السنة القضائية (٧)، وزارة العدل - سلطنة عمان.

٧٢. المكتب الفني بالمحكمة العليا، مجموعة الأحكام

الجمهوري بالقانون رقم (٢١) لسنة ١٩٩٢م بشأن
الإثبات والمعدل بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٦م.

٨٣. قانون البيانات الأردني، رقم (٣٠) لسنة ١٩٥٢م،
والمعدل بموجب القانون رقم (٣٧) لسنة ٢٠٠١،
والمعدل بموجب القانون رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥،
موقع الجريدة الرسمية الأردنية، رئاسة الوزراء،
الأردن.

٨٤. قانون البيانات السوري، الصادر بتأريخ ١٠/٦/١٩٤٧م.

٨١. قانون الإثبات المصري، الجريدة الرسمية العدد ٢٢
الصادر في ٣٠/٥/١٩٦٨م - جمهورية مصر العربية،
قانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨م بإصدار قانون الإثبات
في المواد المدنية والتجارية معدلاً بالقانون (٢٣)
لسنة ١٩٩٢م، والقانون (١٨) لسنة ١٩٩٩م باسم
الأمة - رئيس الجمهورية.

٨٢. قانون الإثبات اليمني، الصادر بموجب قرار
مجلس النواب رقم (٥) لسنة ١٩٩٦م. حول القرار

xxxxxxxxxxxxxxxx

قراءة في بعض الأحكام

قرار المحكمة العليا في الطعن رقم ٢٠١٧/٣٠٦
الدائرة العمالية الصادر بجلسة
يوم الاثنين الموافق ٢٠١٨/٤/٩

دراسة وتحليق :

فضيلة القاضي/سليمان بن محمد بن سيف السيابي
قاضي محكمة السيب
عضو المكتب الفني بالمحكمة العليا

قرار المحكمة العليا في الطعن رقم ٢٠١٧/٣٠٦-الدائرة العمالية الصادر بجلسة يوم الاثنين الموافق ٢٠١٨/٤/٩

عن الهيئة المشكلة برئاسة فضيلة القاضي / د. يعقوب بن محمد بن عبيد السعيد، وعضوية كل من أصحاب الفضيلة القضاة: سعيد بن سليمان المسكري - أحمد السُّدْرَاتِي - عبدالمجيد محمد المانع-عبدالمصنف إسماعيل محمود

الوقائع

تتحصل وقائع الطعن حسبما يبين من مطالعة الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق في أن (النقابة) المطعون ضدها بدأت خصومتها مع الشركة (الطاعنة) بشكايتها التي قدمتها لدائرة تسوية المنازعات العمالية بالقوى العاملة والتي قررت فيها أن الشركة ترفض تعويض عمالها عن الإجازات الرسمية اعتباراً من ٢٠١١، كما أنها تفرض على عمالها العمل لمدة عشر ساعات في مناطق الامتياز وثمان ساعات خلال شهر رمضان المبارك، وأن الشركة لم تضع لائحة نظام العمل ليتمكن العمال من الاطلاع عليها، وأن الشركة صرفت لعمالها العلاوة الدورية بنسبة ٣٪ فقط، وأنها لم توفر لهم التأمين الصحي.

ولتعد التسوية الودية فقد أحيلت المنازعة إلى المحكمة الابتدائية بمسقط وقيدت برقم (٢٠١٦/٦٠٩) عمالي فردي) حيث صممت النقابة على المطالبة بتعويض عمالها عن أيام الإجازات الرسمية بأثر رجعي من عام ٢٠١١، وبالاتزام بساعات العمل المقررة قانوناً وهي تسع ساعات في اليوم وست ساعات خلال أيام شهر رمضان المبارك، وإلزام الشركة بوضع نسخة من لائحة نظام العمل بحيث يتمكن العمال من مطالعتها، وصرف العلاوة الدورية على النحو المقرر في السنوات السابقة أكثر من ٣٪ وتوفير رعاية صحية للعمال.

وبتاريخ ٢٠١٦/١٠/٦ قضت المحكمة الابتدائية بأحقية العاملين بالشركة المدعى عليها في تقاضي مقابل عملهم أيام الإجازات الرسمية منذ عام ٢٠١١ محسوباً على الأجر الشامل بزيادة ٢٥٪ أو منح العامل يوم بدل عن يوم الإجازة، وإلزام المدعى عليها بأن لا يتجاوز متوسط عمل العامل ثمانية وأربعين ساعة أسبوعياً وأن توفر لهم الرعاية الطبية والعلاجية، ومنحهم العلاوة الدورية في حالة استيفائهم شروط استحقاقاتها بما لا يقل عن ٣٪.

ولعدم قبول الشركة بالحكم الابتدائي فقد استأنفته بالاستئناف رقم ٢٠١٦/٩١٧ عمالي مسقط، والذي طلبت فيه الحكم أصلياً بوقف الاستئناف لحين صيرورة الحكم الجزائي نهائياً، واحتياطياً بإلغاء الحكم المستأنف ضده والقضاء مجدداً برفض الدعوى، وقد شيدت الشركة استئنافها على مخالفة الحكم الابتدائي للقانون كون العمال يعملون بنظام المناوبة حسبما تم الاتفاق عليه معهم ولا يحق لهم فوائد أكبر من المقررة في القانون.

وبجلسة ٢٠١٧/٣/١٥ قضت المحكمة بقبول الاستئناف شكلاً وفي الموضوع برفضه وتأيد الحكم المستأنف وإلزام رافعته المصاريف، وقد اعتنق الحكم أسباب الحكم الابتدائي وأضاف إليها أن القضاء بالبراءة في الدعوى الجزائية لا يحول دون المطالبة بالحقوق المدنية التي أوجبها قانون العمل.

ولعدم قبول الشركة بالحكم المتقدم فقد طعنت فيه بطريق النقض بصحيفة أودعت أمانة سر هذه المحكمة بتاريخ ٢٠١٧/٤/١٣ ووقعت من محام مقبول أمامها وأرفق بها ما يفيد سداد الرسم والكفالة حيث طلبت في ختامها الحكم بقبول الطعن شكلاً لتقدمه في الميعاد وفق الأوضاع المقررة؛ كما طالبت بنقض الحكم المطعون فيه وإعادة أوراق الدعوى إلى المحكمة التي أصدرت الحكم لتفصل فيها من جديد بهيئة مغايرة، مع رد الكفالة للطاعنة، وبوقف تنفيذ الحكم لحين الفصل في الطعن.

شروط العقد ارتباطا لا يقبل التجزئة فإنه يتعين النظر إلى الشروط في مجموعها باعتبارها تمثل نظام عمل متكامل ومن ثم ينظر إليها في مجموعها ويبحث ما إذا كانت مجتمعة تشكل ميزة أفضل للعامل؛ إذ لا ينظر لمخالفة أحدها أو بعضها لقانون العمل طالما كانت الشروط مجتمعة أكثر فائدة للعامل؛ فلما كان ذلك وكانت الطاعنة قد تمسكت بأنه تم اتفاق بين ممثلي العمال والشركات وممثلي بعض الجهات ذات الصلة تضمن تنازل العمال عن إجازاتهم الرسمية عدا إجازتي عيدي الفطر والأضحى إذا وقعت أثناء أسبوعي العمل، وتم اتفاق على تشغيل العمال خلال أسبوعي العمل عشر ساعات يوميا، وكان من شأن هذا الاتفاق أن يحقق فائدة أكثر للعمال. وإذ لم تقم المحكمة ببحت هذا الدفاع وتمحيصه واستظهار ما إذا كان نظام العمل المذكور مطبقا على العاملين المنتسبين للمطعون ضدها وما إذا كان ذلك النظام في جملة يعتبر أكثر فائدة للعمال فإن الحكم يكون معيبا؛ فضلا عن القصور بمخالفة القانون، وإذ لم يستظهر الحكم ما إذا كانت الطاعنة تؤدي لعمالها منتسبي المطعون ضدها العلاوة الدورية المقررة بالقرار الوزاري ٢٠١٣/٥٤١م وقضى لهم بها وإذ قضى كذلك بإلزام الطاعنة بتوفير الرعاية الطبية والعلاجية لمنتسبي المطعون ضدها دون طلب وبالمخالفة لطلبها المتضمن توفير التأمين الصحي للعمال؛ كما أنه قضى للعمال دون استثناء، ودون الوقوف على حالة كل منهم ومدى استحقاقه لمطالباته ومقدار ما يستحقه فإنه يكون معيبا بمخالفة القانون بما يستوجب نقضه، ومن ثم إعادة الدعوى لمحكمة استئناف مسقط لنظرها من جديد بهيئة مغايرة عملا بحكم المادة ٢٦٠ من قانون الإجراءات المدنية والتجارية، مع إلزام المطعون ضدها المصاريف عدا الرسوم، ورد الكفالة للطاعنة عملا بالمواد ١٨٣، ٢٤٧، ٢٥٩ من قانون الإجراءات المدنية والتجارية والمادة رقم ١٠ من قانون العمل.

وقد نعت الطاعنة الحكم المطعون فيه بأسباب يمكن ردها لسبب وحيد هو مخالفة القانون وذلك لمخالفة الحكم المطعون فيه لحجية الحكم الجزائي القاضي ببراءة مدير الموارد البشرية من تهمة مخالفته أحكام قانون العمل، بحرمان العاملين من إجازاتهم الرسمية ودون تعويضهم عنها والذي قضى فيه بالحكم الصادر في ٢٠١٧/٢/٢٠م في الجنبحة المستأنفة رقم ٢٠١٥/٥٥٠م مسقط ببراءة المتهم لوجود اتفاق مع العمال يشكل ميزة أفضل لهم، ومخالفة الحكم لما تم الاتفاق عليه بعقود العمل تطبيقا لما تم الاتفاق عليه بين مجموعة من الشركات والاتحاد العام لعمال السلطنة وممثلي بعض الجهات المعنية بشأن نظام العمل مدة أسبوعين مقابل الإجازة أسبوعين؛ فضلا عن أن الحكم المطعون فيه ألزمها بتطبيق القرار الوزاري رقم ٢٠١٣/٥٤١ بشأن تقرير العلاوة الدورية رغم إقرار المطعون ضدها بتنفيذها للقرار كما أن الحكم قضى بما لم يطلبه الخصوم حيث طلبت المطعون ضدها بتوفير تأمين صحي للعمال في حين قضى الحكم بتوفير الرعاية الطبية والعلاجية للعمال، كما أن الحكم قضى لجميع العمال رغم أن بعضهم تم تعيينه بعد ٢٠١١م وبعضهم ترك العمل بما جعله مجهلا غير قابل للتنفيذ.

وقد نظر الطعن في غرفة المشورة حيث قررت المحكمة استكمال الإجراءات كونه جديرا بالنظر، وقد أعلنت المطعون ضدها بصحيفة الطعن فردت بمذكرة طلبت فيها رفض الطعن فعقبت عليها الطاعنة بمذكرة طلبت فيها الحكم لها بطلباتها الواردة بصحيفة الطعن.

المحكمة

لما كان الطعن قد استوفى أوضاعه الشكلية فإنه يكون مقبولا شكلا.

وأما عن موضوع الطعن والنعي على الحكم المطعون فيه بسببه آنف البيان فهو نعي شديد ذلك أنه لما كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا تضمن عقد العمل شرطا أو أكثر وكان ذلك الشرط مرتبطا بباقي

فلهذه الأسباب:-

«حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلا وفي الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه وإحالة الدعوى إلى محكمة استئناف مسقط لتحكم فيها من جديد بهيئة مغايرة وإلزام المطعون ضدها المصاريف وبرد الكفالة للطاعنة».

المبدأ الذي أرسته المحكمة العليا في حكمها.

((إذا تضمن عقد العمل شرطا أو أكثر وكان ذلك الشرط مرتبطا بباقي شروط العقد ارتباطا لا يقبل التجزئة فإنه يتعين النظر إلى الشروط في مجموعها باعتبارها تمثل نظام عمل متكامل ومن ثم ينظر إليها في مجموعها وبحث ما إذا كانت مجتمعة تشكل ميزة أفضل للعامل، إذ لا ينظر لمخالفة أحدها أو بعضها لقانون العمل طالما كانت الشروط مجتمعة أكثر فائدة للعامل))

الإشكاليات التي يثيرها الحكم

يثير الحكم الإشكاليات الآتية: -

- حقوق العامل المقررة بقانون العمل وبالأخص حقه في الإجازات أيام الأعياد الرسمية.
- عقد العمل ومبدأ سلطان الإرادة في تحديد حقوق العامل وضوابط ذلك.
- التوفيق بين حقوق العامل المقررة بقانون العمل وتعلقها بالنظام العام وكون عقد العمل غير قابل للتجزئة، و في مجمله يتضمن شروطا أفضل للعامل.
- مبادئ المحكمة العليا المتعلقة بالإشكالية المثارة.

من خلال تحديد الإشكاليات سألقة الذكر سيتم تناول الموضوع محل التعليق في بنود ومحاوّر نستعرض من خلالها مقدمة تمهيدية عن أهمية الموضوع المثارة، ثم إطلالة على استعراض الموضوع من خلال آراء فقهاء القانون وأحكام القضاء خاصة أحكام المحكمة العليا

الصادرة في المسألة المثارة، والمبادئ المستخلصة منها، ثم خلاصة القول في المسألة محل التعليق، وخاتمة بالمقترحات، مع الإشارة إلى أهم المراجع التي تمت الاستعانة بها في التعليق على الحكم، وذلك وفقا للبنود والمحاوّر الآتية:

أولاً:- المقدمة

ثانياً:- حق العامل في الإجازات الرسمية، أو ما يقابلها وطبيعة هذا الحق.

ثالثاً:- أحكام المحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها بشأن استحقاق الإجازات في نظام العمل بالمناوبة.

رابعاً:- المبدأ الذي أرساه الحكم محل البحث.

خامساً:- الرأي المستخلص.

سادساً:- خاتمة مذيبة بقائمة المصادر والمراجع.

أولاً:- المقدمة

تعد علاقة العمل في غاية الأهمية، والتي يلتزم فيها العامل بأن يعمل لدى صاحب العمل وتحت إشرافه ورقابته مقابل أجر ولا تقتصر هذه العلاقة على طرفيها، وإنما تتعدى ذلك الشأن وتؤثر في المجتمع بأسره؛ فللعمل قيمة اقتصادية واجتماعية، ثمرته تعاملات وخدمات وسلع ومستلزمات تساهم في بناء المجتمع وتحرك النمو الاقتصادي؛ كما أن تأمين استحقاق العامل لأجره يضمن الاستقرار الاجتماعي للأسرة والمجتمع فضلا عن أن احترام العمل كقيمة، واحترام حقوق العامل وضمانها هما مقياس لتطور المجتمعات وتحضرها، وليس أدل على أهمية علاقة العمل مما قرره الإسلام الحنيف والشرع الشريف من جعل العمل عبادة يتقرب بها إلى الله مصداقا لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (من بات كالا من عمل يده بات مغفورا له) أو كما قال صلى الله عليه وسلم. ومن هنا جاءت أهمية موضوع التعليق على الحكم محل البحث.

ولمعالجة الإشكاليات التي أثارها الحكم - محل التعليق

بإصدار قانون العمل وتعديلاته، على أن «للعامل الحق في أجره الشامل خلال العطلات في الأعياد والمناسبات التي يصدر بتحديددها قرار من الوزير؛ وإذا وقع يوم العطلة الرسمية في يوم الراحة الأسبوعية المقررة يعوض عنه بيوم آخر؛ أما إذا وقعت العطلة الرسمية ضمن مدة الإجازة السنوية فإن العامل لا يستحق أي تعويض عنها؛ ويجوز تشغيل العامل في يوم العطلة الرسمية إذا اقتضت ظروف العمل ذلك وفي هذه الحالة يحق له أن يتسلم أجره الشامل عن هذا اليوم بزيادة لا تقل عن ٢٥٪ أو أن يحصل على يوم راحة بدلا منه».

لذا؛ فإن الحق في إجازة الأعياد الرسمية حق عام لجميع العمال مهما كانت مشاربهم غير أن هذا الحق مقيد بأمرين الأول منهما هو: إن الأعياد الرسمية والمناسبات وردت على سبيل الحصر، وقد ترك المشرع في قانون العمل تحديددها بقرار يصدر من وزير القوى العاملة وأوجب على صاحب العمل منح العامل تلك الإجازات؛ والثاني: أن لصاحب العمل تشغيل العامل في الأيام الخاصة بالأعياد الرسمية إذا اقتضت ظروف العمل ذلك بأجر شامل مضاف إليه ٢٥٪، أو أن يحصل على يوم راحة بدلا منه، وليس للعامل في هذه الحالة أن يمتنع عن تنفيذ أمر صاحب العمل بالتشغيل مدة إجازات الأعياد لأن المشرع خول ذلك لصاحب العمل إذا اقتضت ظروف العمل ذلك التشغيل، وتقدر الحاجة بقدرها فقد تستدعي حاجة العمل إلى تشغيل كل العمال، أو يكفى تشغيل البعض دون الكل فيقوم صاحب العمل بتقسيم العمل بين العمال في الإجازات الرسمية.

وإذا صادف يوم الإجازة الأعياد الرسمية المقررة بالقرار الوزاري يوم الراحة الأسبوعية للعامل وهو مدفوع الأجر أي يحصل عليه العامل بأجر شامل - على ما سلف بيانه - كان للعامل أن يستبدل - بموافقة صاحب العمل - بيوم الراحة الأسبوعية يوما آخر.

٢. طبيعة حق العامل في الإجازات الرسمية أو ما يقابلها:

تنص المادة رقم (٣) من المرسوم السلطاني رقم ٣٥ لسنة

- لا سيما وأن هناك وجهتي نظر لمدرستين مختلفتين إحداهما عتيقة لها وجهتها ومؤيدوها، وتتسم بالوضوح لفهم النص. والثانية والتي تبناها هذا الحكم التي تعد اجتهدا له معينه وممرها وإن كانت لم تفصل في المسألة المطروحة بشكل جازم وقاطع وإنما أحالت إلى محكمة الموضوع لبيان ما إذا كان نظام العمل أفضل للعامل من عدمه، إلا أن الحكم قد أرسى مبدأ مقتضاه أن طرقي علاقة العمل يجوز لهما الاتفاق على شروط تنتقص من حق العامل شريطة مراعاة الأفضلية في المميزات ومن هنا جاءت الأهمية في استعراض تلك الإشكاليات حتى يقف القارئ الكريم على المسألة المطروحة والرأي فيها وسوف يكون تناول المسألة من خلال المحاور التي سبق بيانها سلفا، والسبيل في ذلك نصوص القانون المنظمة والسوابق القضائية التي تناولت الموضوع بالبحث في قضائها وأقوال فقهاء القانون ذات الصلة؛ مستعينين بالمولى عز شأنه وجلت قدرته أن يلهمنا الحكمة وأن يمن علينا بالهداية والتوفيق.

ثانيا:- حق العامل في الإجازات أو ما يقابلها، وطبيعة هذا الحق

إن من بين الحقوق التي قررها قانون العمل للعامل هي حقه في الإجازات ليتمتع بقدر كاف من الراحة وفك الارتباط والالتزام بروتين العمل وليتفرغ لقضاء مآربه وأعماله وشؤونه الخاصة، إذ نص قانون العمل على هذا الحق في المواد من ٦١ إلى المادة ٦٧ من قانون العمل الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٣، وقرر جميع الإجازات للعامل ومنها الإجازات السنوية والإجازات الطارئة، والإجازات المرضية وإجازات الوضع بالنسبة للعاملات، وإجازة الحج، والإجازة في حالة وفاة أحد من الأهل الذين حددتهم المادة (٦٧) من القانون المذكور على أن تكون تلك الإجازات مدفوعة الأجر، ونقسم هذه المسألة إلى أمرين:

١. حق العامل في الإجازات والعطلات الرسمية أو ما يقابلها وطبيعة هذا الحق:

نصت المادة (٦٥) من المرسوم السلطاني رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٣

٢٠٠٣ بإصدار قانون العمل وتعديلاته على أنه ((يقع باطلا كل شرط يخالف أحكام هذا القانون ولو كان سابقا على العمل به إلا إذا كان أكثر فائدة للعامل. كما يقع باطلا كل إبراء أو مصالحة أو تنازل عن الحقوق الناشئة عن هذا القانون إذا كان مخالفا لأحكامه. ويستمر العمل بأية شروط أفضل تكون مقررة للعامل بموجب القوانين واللوائح والقرارات المعمول بها في تاريخ العمل بهذا القانون))

- ومن المعلوم أن عقد العمل هو عقد من العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية وقد نظم ذلك القانون أحكامه، إلا أنه نظرا لأهمية علاقة العمل خص المشرع تنظيم أحكامها في قانون العمل لتحقيق الصالح العام وحماية العامل أمام قوة رأس المال التي يمتلكها صاحب العمل فسعى المشرع إلى تنظيم العقد بما يكفل تحقيق التوازن بين حقوق العامل ومصلحة صاحب العمل، لذلك جعل المشرع أحكام قانون العمل المقررة لحقوق العامل من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها. فأحكام قانون العمل تتضمن الحد الأدنى لما يحق مصالح العمال، وقد رتب المشرع على ذلك آثارا أهمها:-

أ. بطلان كل شرط مخالف لأحكام قانون العمل ما لم يكن أكثر فائدة للعامل.

ب. تقرير جزاء على مخالفة أي حكم من أحكام قانون العمل والقرارات الصادرة تنفيذا له؛ فنصت المادة ١١٦ من قانون العمل على أنه ((يعاقب كل من يخالف أحكام الفصل الأول والثاني من الباب الرابع بغرامة لا تزيد على مائة ريال، وتتعدد العقوبات بتعدد العمال الذين وقعت في شأنهم المخالفة وتضاعف العقوبة عند تكرار المخالفة))، وجدير بالإشارة إلى أن مادة العقاب السابقة يدخل فيها إخلال صاحب العمل بمنح العامل لإجازاته المستحقة، وبناء على ما تقدم رتب المشرع بطلان أي شرط مخالف لقانون العمل سواء ورد في اتفاق مستقل أو في عقد العمل أو في اللائحة الداخلية المنظمة للعمل، وهذا البطلان بطلان مطلق متعلق بالنظام العام،

وطبقا لمبدأ نسبية أثر البطلان والحد من آثاره فإنه يبطل الشرط المخالف، ويصح العقد ويطبق ذلك؛ ولو ثبت أن عقد العمل لم يكن ليتم لولا الشرط الباطل؛ لأن البطلان هنا تقرر بنص خاص؛ هو نص المادة الثالثة من قانون العمل ولم يقع طبقا لقانون المعاملات المدنية، فقضى بأنه يقع باطلا كل شرط مخالف لأحكام قانون العمل سواء ورد هذا الشرط في عقد عمل فردي، أو في اتفاق لاحق عليه، أو في عقد عمل مشترك، أو في لائحة النظام الأساسي أو اللائحة الداخلية التي يضعها صاحب العمل ويرتضيها العامل، ويقع الشرط المخالف صحيحا إذا كان أكثر فائدة للعامل أيا كان موضع هذا الشرط ولو كان مقررا بمقتضى العرف (ينظر مجموعة أحكام النقض المصرية ١٩٧٢/٤/٢٢ س ٣٢ ص ٧٤٧).

إلا أنه يرد على هذا الأصل العام استثناءان تقرر الأول بنص القانون والثاني بأحكام القضاء واجتهادات الفقهاء تحقيقا لمقتضيات العدالة وتحقيق التوازن بين مصلحة طرفي عقد العمل ويصب في مصلحة العمل.

فالاستثناء الأول بأنه يصح أي شرط أكثر فائدة للعامل فيصح العقد ويصح الشرط الذي يحقق فائدة أكثر للعامل.

كما أنه في حالة تعدد الشروط المخالفة في العقد فإنه ينظر ما إذا كان بعض هذه الشروط أكثر فائدة للعامل والبعض الآخر أقل فائدة من المقررة بمقتضى القانون وكانت هذه الشروط مستقلة كل منها عن الآخر فإن الشروط الأقل فائدة تبطل وتصح الشروط الأكثر فائدة. فالعبرة بما يحققه كل شرط على حدة حيث تصح الشروط التي تعطي العامل مزايا أفضل مما قرره القانون، وتبطل الشروط التي تعطي مزايا أقل.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه إذا تضمن عقد العمل شرطا أكثر سخاء للعامل من تلك الواردة في القانون، طبق الشرط المذكور ويعتبر حقا مكتسبا

أفضل للعامل أم لا يعد مسألة موضوعية يستقل قاضي الموضوع بتقديرها (نقض ١٩٨٢/١/٢ الهواري ج ١ ص ١٨٥ رقم ١١٦).

ثالثاً: أحكام المحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها بشأن استحقاق الإجازات في نظام العمل بالمناوبة.

أوضحت لنا السوابق القضائية بأن هناك اتجاهين للمحكمة العليا في هذا الشأن، ويجدر بنا أن نطرح الاتجاهين تيسيراً للباحث والمهتم وتحقيقاً للأمانة العلمية حيث نعرج للاتجاه الأول كمبدأ للاسترشاد حيال حق العامل بنظام المناوبة في الإجازة، ثم نستعرض النهج الذي تبناه الحكم محل التعليق.

فلقد صدر حكم المحكمة العليا في واقعة مشابهة بأحقية العامل الذي يعمل لدى صاحب العمل بنظام المناوبة أسبوعي عمل وأسبوعي راحة بأحقية العامل في إجازة سنوية ولا يحرم من تلك الإجازة بحجة أنه حصل على أسبوعي راحة في الشهر فإذا ما اقتضى نظام العمل أن يرتاح العامل مدة أسبوعين عقب أسبوعين متواصلين في العمل فإن مدة الراحة لا يجوز احتسابها من مدة الإجازة السنوية وفقاً لما تقررته الطاعنة مستندة على نص المادة ٦٢ من قانون العمل بدعوى تجزئة الإجازة السنوية التي شرعت لتجديد نشاط العامل واستعادة قواه المادية والمعنوية، والتي منح العامل الحق في تحري الوقت المناسب لقضاها سنوياً لمدة ٣٠ يوماً بأجر شامل في أي وقت شاء داخل البلد أو خارجه ما لم يضر بمصلحة العمل، وهذا المبدأ قرره الحكم في الطعن رقم ٤٢٨ لسنة ٢٠١٥، عمالي عليا، جلسة يوم الاثنين الموافق ٢٨/ ديسمبر ٢٠١٥، مجموعة الأحكام للسنتين القضائيتين ١٦ و ١٥ ص ٧١٣.

والاستفاد من الحكم المشار إليه أنه قد انتهى إلى أحقية العامل في الإجازة السنوية بواقع ٣٠ يوماً، عملاً بنص المادة (٦١) من قانون العمل والتي تنص على

له وجزءاً لا يتجزأ من أجره (نقض عليا ١٩٧٢/٤/٢٢ س ٢٣ ص ٧٤٧)

كما قضى بأنه إذا اتفق رب العمل مع عماله على منحهم إجازة بأجر في الأعياد يزيد مقدارها على الحد المقرر قانوناً فإن هذا الاتفاق يكون صحيحاً لأنه أكثر فائدة للعمال (نقض ١٩٥٣/١٢/٢٩ طعن ٢٣٧، س ٣٧).

وأما الاستثناء الثاني فهو إذا كانت الشروط التي تضمنها نظام العمل مترابطة لا يمكن تجزئتها بحيث تشكل نظاماً متكاملًا له كيان خاص فإن العبرة في معرفة ما إذا كان هذا النظام أكثر فائدة من النظام الذي وضعه القانون وذلك بالنظر إلى كل نظام في جملته؛ أي إن العبرة بالنتيجة التي يسفر عنها تطبيق كل من النظامين على حدة دون الجمع بينهما ومفاد ذلك أنه إذا تضمن عقد العمل شروطاً متعددة بنظام معين كشروط تتعلق بالأجر، أو شروط تتعلق بساعات العمل أو شروط تتعلق بالإجازات، فعندئذ ينظر إلى الشروط المتعلقة بنظام معين باعتبارها مجموعة واحدة لا تتجزأ بحيث تصح إذا كانت في مجموعها تقرر مزايا أفضل بصرف النظر عن كل شرط منها على حدة وبصرف النظر عن الشروط الأخرى التي تتعلق بالنظام .

وهناك سوابق قضائية قررت بأنه ليس للعامل أن يجمع في المطالبة بين مزايا النظام الذي وضعه رب العمل وبين المزايا المخولة له بمقتضى قانون العمل الفردي، بل له أن يطلب القضاء بأيهما أكثر فائدة له؛ فإذا كان الحكم المطعون فيه قد بين أن معاملة العامل وفقاً لنظام الشركة التي يعمل بها على أساس تقدير المكافأة على الأجر الثابت دون رسم علاوة الغلاء أفود وأنفع له من معاملته وفقاً لنصوص قانون العمل فإن هذا الذي قرره الحكم لا خطأ فيه. ينظر الحكم (نقض جنائي ١٩٦٢/١/١ في الطعن رقم ٣٣٩ لسنة ٣١ مجموعة المكتب الفني س ١٣ ص ٤٠ ونقض مدني ٢٠ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفني النص س ٣٤٥ ص ٩٠٠)، وتقرير ما إذا كان الشرط المخالف للقانون

خامسا:- الرأي المستخلص:

للمترجيح بين وجهتي النظر التي تأسس عليها كل الحكم يجب طرح عدة أسئلة تثار في المسألة محل البحث.

س١/ ما نظام المناوبة؟

س٢/ هل عقد العمل بين الطرفين وحدة واحدة ولا يمكن فصل حق العامل في الإجازة عن باقي شروط العقد؟

س٣/ ما هي طبيعة حق العامل في الإجازة أيام الأعياد؟ ومن خلال الإجابة على تلك الأسئلة ستظهر لنا وجهة النظر التي تتوافق مع قواعد العدالة ومقتضياتها.

وللإجابة على السؤال الأول يجدر بنا القول بأن نظام المناوبة هو نظام عمل دعت إليه ضرورة العمل في بعض المنشآت التي يتعذر فيها نظام العمل المعروف وهي أن يعمل العامل ساعات العمل الرسمية ثم ينصرف من عمله وقد حدد القانون ساعات العمل اليومية والأسبوعية وفترات الراحة كما نص على الراحة الأسبوعية. وقد جاء نظام المناوبة بتنظيم مفاده أن العامل يتوجه لمكان العمل ويمكث فيه فترة متواصلة مدتها ١٤ عشر يوما تعقبها فترة راحة لمدة ١٤ يوما ينصرف خلالها العامل من مكان العمل ويمكث أربعة عشر يوما قبل أن يعود للعمل ثانية، ولا شك أن العمل في الظروف الطبيعية المعتادة له ميزات قد تساوي أو تزيد على العمل بنظام المناوبة.

ومع الإقرار بأن تقييم الأفضلية بين النظامين شخصي ومتغير إلا أنه لا يمكن الجزم بأن نظام العمل بالمناوبة أفضل من نظام العمل العادي أو أن النظام العادي أفضل؛ إلا أننا نسوق ظروف هذا العمل حتى نقف على ما يمكن أن يكون فيه من بعض المشقة التي تلحق بالعامل بنظام العمل مناوبة وهي أن العامل بترك بيته وأسرتة لمدة أربعة عشر يوما إلى مكان بعيد يتكبد مشقة السفر ويحرم من إدارة شؤونه الخاصة ورعاية أسرته خلال تلك الفترة وقد يكون من بين

أنه للعامل الحق في إجازة سنوية بأجر أساسي لمدة خمسة عشر يوما بعد إتمام سنة من الخدمة المستمرة مع صاحب العمل تزداد إلى ثلاثين يوما عن كل سنة، ولا يجوز حرمان العامل منها بدعوى أن نظام العمل يضمن للعامل حقوقا أكثر من المقررة قانونا وأن العامل يستحق الإجازة عينا لا اعتبارات تجديد نشاط العامل وانتهى إلى أن فترة الراحة في نظام المناوبة لا يحرم العامل من إجازاته السنوية.

والملاحظ أن هذا الحكم جاء فاصلا قاطعا بشكل واضح في المسألة التي ينظمها، وقضى بأحقية العامل في العمل بنظام المناوبة في الإجازات السنوية أو ما يقابلها دون أن يعلق هذا الحق على أي شيء آخر، وهذا يتوافق مع اعتبار أن حق العامل في الإجازات السنوية مقرر في قانون العمل لا يجوز الاتفاق على حرمان العامل هذا الحق حتى ولو كان نظام المناوبة يمنح العامل راحة بعد فترات عمل تصل إلى ستة أشهر سنويا.

رابعا: المبدأ الذي أرساه الحكم محل البحث:

أرسى الحكم محل البحث مبدأ مخالفا للمبدأ الصادر في الطعن رقم ٤٢٨ لسنة ٢٠١٥ عمالي عليا، وانتهى إلى عدم أحقية العامل بنظام المناوبة في إجازات عيدي الفطر والأضحى إذا صادفت عمل العامل في نظام المناوبة إذ ثبت أن نظام العمل وحدة واحدة لا تتجزأ وأنه في مجمله أفضل للعامل ويقر له حقوقا أكثر من المقررة في قانون العمل ويطبق العقد ولا يحق للعامل المطالبة بحقه في الإجازة أيام عيد الأضحى وعيد الفطر ولا مقابلها وأعطى الحكم لسلطان الإرادة إمكانية تقرير نظام عمل يمكن له أن ينتقص من بعض حقوق العامل استثناء على الأصل العام وإن كان الحكم لم يحسم تلك المسألة بل أحال تطبيق المبدأ إلى محكمة الموضوع لتطبيق هذا الاستثناء والتحقق مما إذا كان النظام في مجمله أكثر فائدة للعامل إلا أن الحكم اعتبر العمل بنظام المناوبة هو وحدة واحدة غير قابل للتجزئة

هذا ويشهد الواقع العملي بأن من يقيم تلك الدعاوى بالإجازات هم العاملون البسطاء محدودو الدخل الذين يستحقون الرعاية والحاجة إلى مشاركة ذويهم في الأعياد في إحياء هذه الشعيرة الإسلامية، وإن هذا القول يعبر عن وجه مهم للدور الاجتماعي الذي يتحمله رأس المال اجتماعيا وإن في منح العمال تلك الإجازات أو ما يقابلها ما يزيد انتماءهم للعمل وزيادة الإنتاج، وننتهي من ذلك إلى أننا نرى ترجيح وجهة النظر التي تبناها الحكم الصادر في الطعن ٤٢٨ لسنة ٢٠١٥ بتقرير حق العامل بنظام المناوبة في القيام بإجازاته السنوية، وهو رأي يجد تطبيقه أولوية على حق العامل في الإجازات خلال أيام الأعياد - عيد الاضحى وعيد الفطر المباركين، وأن لصاحب العمل تشغيل العامل في الأيام الخاصة بالأعياد الرسمية إذا اقتضت ظروف العمل ذلك بأجر شامل مضاف إليه ٢٥٪، أو أن يحصل على يوم راحة بدلا منه، وليس للعامل في هذه الحالة أن يمتنع عن تنفيذ أمر صاحب العمل بالتشغيل مدة إجازات الأعياد لأن المشرع خول ذلك لصاحب العمل إذا اقتضت ظروف العمل ذلك التشغيل وتقدر الحاجة بقدرها؛ فقد تتطلب حاجة العمل تشغيل كل العمال وفي أحيان أخرى يكفي تشغيل البعض دون الكل فيقوم صاحب العمل بتقسيم العمل بين العمال في أيام تلك الإجازات .

سادساً:- خاتمة:

بالرغم من تعدد مصادر التشريعات في مسائل العمل إلا أن الواقع العملي أوجد مسائل جديدة بالتنظيم منها هذه الحالة فلا بد من تدخل المشرع الصريح في تنظيم ما يعرف في الواقع المعني بالعمل بنظام المناوبة، ووجود الحاجة إلى تحديد التزامات كل طرف من أطراف العقد، وكذا حقوقه ومنها المسألة موضوع البحث حتى لا تثار إشكاليات بين طرفي العقد من الأساس، لا سيما وأن هذا النظام فرضه الواقع العملي نظرا لطبيعة العمل في بعض القطاعات والتي يوجد مقر عملها في المناطق النائية أو الحدودية ويستحيل معه الالتزام بساعات العمل اليومية وبعدها ينصرف

أفرادها المريض أو الصغير أو الكبير في السن ويمكن الأربعة عشر يوما التي يعمل فيها بمكان العمل، ثم يتحمل مشقة السفر للعودة إلى موطنه وفي النهاية بعد فترة يعتبر هذا النظام رتبيا يحتاج العامل إلى كسره وتجديد نشاطه بالإجازة ومنها إجازة الأعياد الرسمية.

وللإجابة على السؤال الثاني: هل نظام العمل بنظام المناوبة يشكل وحدة واحدة لا يمكن معه تجزئة العقد وأن شرط حرمان العامل من إجازاته أيام الأعياد مرتبط بباقي شروط العقد ارتباطا لا يقبل التجزئة فالإجابة قولا واحدا لا يوجد هناك ارتباط ولا ينال من العقد، وعلاقة العمل مع باقي شروطه حرمان العامل من إجازاته أيام الأعياد لا سيما وأن حق العامل في تلك الإجازة مقرر بقانون العمل، ومن ثم يبطل الشرط الذي يحرم العامل من هذا الحق وهذه إجابة عن السؤال الثاني.

وحق العامل في إجازة خلال الأيام المحددة للأعياد من النظام العام لذا يجب منحها العامل في هذه الأيام دون غيرها حتى يتمكن من المشاركة في تلك المناسبات الدينية والوطنية وتكون الإجازة مدفوعة الأجر بالكامل، ومع ذلك يجوز لصاحب العمل خلال تلك الإجازات عدم تعطيل عمله إذا اقتضت ظروف العمل ذلك، ويستحق العامل في هذه الحال أجره عن هذا اليوم بزيادة لا تقل عن ٢٥٪ أو أن يحصل على يوم راحة بدلا منه.

وقد يلزم صاحب العمل بإعطاء العامل إجازة في الأعياد أكثر مما نص عليه قرار وزير القوى العاملة وذلك إذا اتفق على ذلك في عقد العمل الفردي أو الجماعي أو في اللائحة المنظمة للعمل أو جرت العادة على ذلك، ففي تلك الحالة قد تكون الإجازة خلال الأيام الزائدة عن قرار وزير القوى العاملة بأجر أو بجزء من الأجر أو بلا أجر وفقا لما نص عليه الاتفاق أو تجري به العادة الثابتة أو المستمرة لصاحب العمل (ينظر المبدأ النقض ١٩٧٣/١٢/٢٩ طعن ٢٣٧ س ٣٧ ق)

لخواطرهم؛ كما يعد مظهرا مهما لحسن الرعاية وهو ما من شأنه تحقيق انتماء العمال إلى المنشأة وحرصهم على مصالحها والاجتهاد في تحسين وتجويد العمل بها.

والى أن يتدخل المشرع بتنظيم هذا النظام الفريد من نوعه، وبما أن المسألة يتنازعها أكثر من مبدأ للمحكمة العليا فإن القاضي له السلطة في الاختيار من بينها ما يرى فيه تحقيق العدالة. كما أنه إذا ورد استثناء على أصل عام ينبغي عدم التوسع في الاستثناء أو القياس عليه حسبما تقتضى القواعد القانونية.

العمال إلى محال إقامتهم على أن يكون في ذهن المشرع الدور الاجتماعي في علاقات العمل حتى إن البعض أطلق على عقد العمل العقد الاجتماعي، فضلا عن أن أصحاب رأس المال هم ذاتهم أصحاب الأعمال وأنهم أقاموا منشأتهم داخل الوطن واستفادوا من مقدراته، ومن ثم فإنهم يلتزمون بأداء دور اجتماعي أهم مظاهره رعاية العمال اجتماعيا مساهمة منهم في استقرار المجتمع، ولا شك أن في مشاركة العمال أعيادهم وتمكينهم من مشاركة ذويهم والاحتفال بتلك الأعياد أو تعويضهم عن العمل في أيام تلك الأعياد جبرا

والله من وراء القصد وهو الهادي إلى سواء السبيل.

XXXXXXXXXXXXXXXXXX

قرار المحكمة العليا في الطعن رقم ٢٠١٨/٣١٦
الدائرة التجارية (ب) الصادر بجلسة يوم الثلاثاء
الموافق ٢٣ / ٤ / ٢٠١٩ م

دراسة وتحليق :

فضيلة القاضي / عوض بن محمد بن عوض قيطون الشحري
قاضي المحكمة الابتدائية بمسقط
عضو المكتب الفني بالمحكمة العليا

قرار المحكمة العليا في الطعن رقم ٣١٦ / ٢٠١٨م الدائرة التجارية (ب)

الصادر بجلسة يوم الثلاثاء الموافق ٢٣ / ٤ / ٢٠١٩ م

عن الهيئة المشكّلة برئاسة فضيلة القاضي الشيخ/ منصور بن علي الفارسي ، وعضوية كل من أصحاب الفضيلة القضاة: د. محمد صالح علي سيد أحمد - أحمد بن عياشي الجندوبي - نور الدين بن المكي خليفي - عاطف المأمون عبد السلام .

الوقائع:-

تتحصل الوقائع على ما يبين من الحكم المطعون فيه ومن سائر الأوراق في أنّ المطعون ضدها - شركة - تقدّمت بطلب مؤرخ ١٨/سبتمبر/٢٠١٧م إلى فضيلة الشيخ رئيس محكمة الاستئناف مسقط لاستصدار أمر على عريضة لوقف صرف ضمان حسن التنفيذ رقم (٢٠١٦٠٣٢٧PB١١٤٤٣٣) البالغة قيمته مليون ومائة ألف دولار أمريكي الصادر من بنك من حساب المطعون ضده - شركة - لصالح المستفيد - الطاعنة حالياً - شركة وذلك إلى حين صدور الحكم في التحكيم المتفق عليه بين الطاعنة والمطعون ضدها في إطار عقدي المقاولة المبرمين بين الطرفين في ٨/٥/٢٠١٧م و ٢٧/٢/٢٠١٦م وأنّ الطرفين اتفقا على تسوية نزاعات العقدين عن طريق آلية النزاعات المنصوص عليها وهي التحكيم الدولي في استوكهولم بالسويد واستطردت المطعون ضدها - طالبة الأمر - أنها على استعداد لتسوية النزاعات الآلية المذكورة وتسعى كذلك بالحصول على أمر وقتي حيال مبلغ الضمان إلى حين تشكيل هيئة تحكيم لتسوية النزاع المتعلق بالضمان، وقد استعصمت المطعون ضدها - الطالبة - بالمادتين (٩) و (١٤) من قانون التحكيم العُماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (١٩٩٧/٤٧).

وبتاريخ غير مذكور في العريضة صدر الأمر رقم (٢٠١٧/٨) قرر بموجبه فضيلة الشيخ رئيس محكمة

الاستئناف مسقط وقضى وقف صرف ضمان حسن التنفيذ سالف الذكر الصادر من قبل بنك مؤقتاً لحين صدور الحكم النهائي في التحكيم.

وحيث إنّ شركة - المستفيد - أقامت التظلم رقم (٢٠١٧/٨٧٥) أمام الدائرة التجارية بمحكمة الاستئناف مسقط وذلك بموجب صحيفة التظلم المودعة أمانة سر تلك المحكمة بتاريخ ٢٠١٧/١١/٢م طلبت في ختامها الحكم بإلغاء الأمر رقم (٢٠١٧/٨) وإلزام المتظلم ضدها الطاعنة - حالياً - بالمصاريف وأتعاب المحاماة.

وتأسس التظلم على أنّ المتظلم ضدها لم ترفع دعوى موضوعية فيما يتعلق بالحق الناشئ عن العقد المبرم بين طرفي خطاب الضمان - لا أمام القضاء العادي أو هيئة تحكيم - وأنّ البنك مصدر خطاب الضمان لا دخل له بما ينشأ من نزاعات بين الأمر - الطاعنة والمستفيد - المطعون ضدها وأنّ هذا المعنى أكدته المادة (٣٩٥) من قانون التجارة الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (١٩٩٠/٥٥) والتي لا تجيز للبنك مصدر خطاب الضمان رفض الوفاء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة البنك بالأمر أو علاقة الأمر بالمستفيد وهو ما يعني أنّ قصد المشرّع من كل ذلك هو إسباغ الحماية على هذا النوع من الضمان والنأي به عن أية خلافات بين المستثمرين في مجال الإنشاءات.

مما يعني أنّ لجوء المطعون ضده إلى عدالة المحكمة للحصول منها على أمر بإيقاف صرف قيمة الضمان يعيق غاية المشرّع سائلة الذكر، هذا فضلاً عن أنّ طالبة الأمر وبعد أن حصلت عليه فهي ليست في حاجة لرفع دعوى التحكيم لكونها قد حققت مرادها من خلال استصدار الأمر بوقف خطاب ضمان حسن الأداء، واسترسلت المتظلمة أنّ المتظلم ضدها تقر بأنها لم تبدأ إجراءات التحكيم وعملاً بالمادة (٣٧٥) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية يكون الأمر الصادر بوقف صرف خطاب الضمان هو والعدم سواء ويعتبر كأن لم يكن لعدم قيام المتظلم ضدها برفع الدعوى أمام الجهة المختصة.

كما نعت الطاعنة على الحكم المطعون فيه مخالفته للقانون بعدم إلغائه للأمر على عريضة رغم ثبوت عدم إقامة دعوى التحكيم وعلى فرض إقامتها فلم تقدم خلال الأجل المحدد بالمادة (٣٧٥) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية لفشل المطعون ضدها إثبات قيامها بالدعوى الموضوعية خلال العشرة أيام التالية لإعلان الطاعنة بمحضر الأمر الصادر.

وحيث تم إعلان المطعون ضدها بصحيفة الطعن فردت بمذكرة طلبت فيها رفض الطعن وتقديم الطاعنة بمذكرة تعقيب صممت وتمسكت بطلباتها الواردة بصحيفة الطعن ثم قدمت المطعون ضدها مذكرة رد على تعقيب الطاعنة.

المحكمة:-

وحيث استوفى الطعن أوضاعه المقررة قانوناً.

وحيث إنّه عن النعي على الحكم المطعون بمخالفته لنص المادة (٣٩٥) من قانون التجارة قولاً على أن نص هذه المادة لا يجيز وقف صرف خطاب الضمان في حالة نشوب نزاع بين الأمر والمستفيد - الطاعنة والمطعون ضدها - فإنّ المقرر في قضاء هذه المحكمة أنّ ضمان حسن التنفيذ نوع من أنواع خطاب الضمان في معنى المواد (٣٩٢) وما بعدها من قانون التجارة العماني رقم (٥٥٩٠) وهو تعهد شخصي ونهائي يصدره المصرف بناءً على طلب العميل لصالح المستفيد وهو ينشئ بذاته التزاماً مستقلاً وأصلياً في ذمة المصرف بأداء قيمته للمستفيد متى طلب ذلك خلال المدة المحددة في الخطاب ودون الحاجة إلى الحصول على موافقة العميل ولا يحق للمصرف الامتناع عن الوفاء للمستفيد بسبب يعود إلى نزاع حاصل بين العميل والمستفيد بالنسبة للعقد المبرم بين الأخيرين الذي صدر من أجله خطاب الضمان.

كما أنّ المقرر أيضاً قانوناً - المادة (١٩٠) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية - وما جرى به قضاء هذه المحكمة أنّ الأمر على عريضة هو عمل ولائي يصدره

وحيث صدر الحكم في التظلم من الدائرة التجارية بمحكمة الاستئناف مسقط بجلسة ٢٨/١/٢٠١٨م وقضى بقبول التظلم شكلاً وفي الموضوع برفضه وتأيد الأمر المتظلم منه وألزمت رافعة التظلم بالمصاريف ومبلغ ثلاثمائة ريال مقابل أتعاب المحاماة.

هذا وقد تأسس الحكم برفض التظلم على أنّه قد ثبت قيام المتظلم ضدها برفع دعوى الحق (دعوى التحكيم) وأنّ الأمر الصادر حدد إيقاف تسييل مبلغ الضمان حتى الفصل في دعوى التحكيم.

وحيث إنّ الحكم الأخير لم يلق قبولاً لدى شركة فقد طعنت فيه بطريق النقض بالطعن المائل الذي أودعت صحيفته أمانة سر المحكمة العليا بتاريخ ١١/٣/٢٠١٨م موقعة من المحامي المقبول أمام المحكمة العليا بموجب سند وكالة وهو يجيز له ذلك وأبرز ما يفيد سداد الرسم والكفالة المقررين قانوناً.

وقد بني الطعن على أربعة أسباب نعت الطاعنة على الحكم المطعون فيه بالسبب الأول مخالفته للمادة (٣٩٥) من قانون التجارة وقالت بياناً لذلك: أنّ نص المادة المذكورة لا يجيز وقف صرف خطاب الضمان في حالة نشوب نزاع بين الأمر والمستفيد.

ونعت الطاعنة على الحكم المطعون فيه مخالفته للمادة (٣٩٢) من قانون التجارة عندما ألزم الطاعن بإيداع قيمة خطاب الضمان في حساب المطعون ضدها ووجه المخالفة أنّ الحكم المطعون فيه ألقي على الطاعن إلزاماً لا يمكنه القيام به لأنّه ليس من صلاحياته.

ونعت على الحكم المطعون فيه مخالفته للمادة (١٩٤) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية لأنّ المطعون ضدها لم تتخذ إجراءات تنفيذ القرار خلال مدة ثلاثين يوماً من صدوره وبذا يكون قد سقط الأمر على العريضة بقوة القانون وبذا يكون الحكم المطعون فيه قد أخطأ عندما أيد الأمر على عريضة رغم سقوطه عملاً بالمادة (١٩٤) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية.

الصادر في التظلم قد قضى بتأييد الأمر على عريضة رقم (٢٠١٧/٨م) بوقف تسهيل خطاب الضمان رقم (٢٠١٦٠٣٢٧PB١١٤٤٣٣) البالغة قيمته مليون ومائة ألف دولار أمريكي والذي كان قد أصدر قاضي الأمور الوقفية لصالح المطعون ضدها، ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه قد خالف القانون بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقي أوجه الطعن ولا ينال من ذلك اعتصام المطعون ضدها بما نصت عليه المادة (١٤) من قانون التحكيم رقم (١٩٩٧/٤٧م) من أنه ((يجوز للمحكمة المشار إليها في المادة (٩) من ذات القانون أن تأمر بناءً على طلب أحد طرفي التحكيم باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها)) وذلك لأن سلطة المحكمة في هذا الشأن مرهون أعمالها بوجود نص قانوني يجيز للخصم الحق في استصدار أمر على عريضة فيما قد يقتضيه النزاع موضوع التحكيم من اتخاذ أي من هذه التدابير وذلك إعمالاً للأصل العام في طريق الأوامر على العرائض الواردة في المادة (١٩٠) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية باعتباره استثناء لا يجري إلا في نطاقه دون ما توسع في التفسير، إذ لم يرد في القانون نص خاص يبيح وقف تسهيل خطاب الضمان عن طريق الأمر على عريضة، ومن ثم فإنه يتعين القضاء بنقض الحكم المطعون فيه والتصدي للتظلم رقم (٢٠١٧/٨٧٥م) وذلك بإلغاء الأمر على عريضة رقم (٢٠١٧-٨م) والقضاء من جديد برفض الطلب.

وحيث إن الطاعة كسبت الطعن فإنه يتعين رد الكفالة إليها وإلزام المطعون ضدها بالمصاريف عملاً بالمادتين (٢٤٧) و (٢٥٩) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية.

فلهذه الأسباب:-

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه والتصدي للتظلم رقم (٢٠١٧/٨٧٥م) وذلك بإلغاء الأمر على عريضة رقم (٢٠١٧/٨م) والقضاء من جديد برفض الطلب مع إلزام المطعون ضدها بالمصاريف ورد الكفالة إلى الطاعة.

القاضي على عريضة في الحالات التي يرد فيها نص خاص في قانون يجيز له إصدار هذا الأمر على سبيل الحصر ومتى كان ذلك وكانت الوقائع تشير إلى أن بنك (بصفته) قد أصدر خطاب ضمان حسن التنفيذ بالرقم سالف الذكر وبالمبلغ المذكور للمستفيد وهي الطاعة بناءً على أمر المطعون ضدها عميلة البنك الأمرة ومن ثم فإن بنك يلتزم تجاه الطاعة بتسهيل قيمة ذلك الخطاب عند الطلب ولا يجوز إلغاء خطاب الضمان أو وقف تسهيله بناءً على طلب الأمر وذلك نظراً إلى استقلال التزام البنك مصدر خطاب الضمان قبل المستفيد (الطاعة) عن العلاقة بين عميله الأمر والمستفيد، ولما كان ذلك وكان تقديم طلب المطعون ضدها بطلب وقف صرف خطاب الضمان يتعارض مع المواد من (٣٩٥) وما بعدها من قانون التجارة وذلك لأن من نتائج الأمر بوقف تسهيل خطاب الضمان أن يمتنع البنك مصدر الخطاب عن الوفاء للمستفيد وهو ما يهدم الغرض من فكرة خطاب الضمان وأثره في عقود الإنشاءات، ومن ثم فإن القرار بإيقاف صرف أو تسهيل خطاب الضمان بناءً على طلب الأمر يكون غير صحيح وفي غير محله.

ثم إن المقرر كذلك في قضاء هذه المحكمة أن الأمر على عريضة هو عمل ولائي لا يباشره القاضي إلا في الأحوال التي ترد في التشريع على سبيل الحصر وذلك بدلالة ما جاء في نص المادة (١٩٠) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية والتي نصت على أنه في الأحوال التي ينص فيها القانون على أن يكون للخصم وجه في استصدار أمر إلى آخره وهو ما يعني أن سلطة القاضي في إصدار الأمر على عريضة ليست مطلقة بل مقيدة بما أورده نص المادة (١٩٠) سالف الذكر أي في الأحوال التي يرد فيها نص خاص في القانون يجيز للقاضي إصدار الأمر على عريضة.

ولما كان ذلك وكان لا يوجد نص في القانون يجيز انتهاج طريق الأوامر على عرائض لوقف تسهيل خطابات الضمان، ولما كان الحكم المطعون فيه -

المبدأ القانوني المثار بالحكم محل التعليق

جاء في الحكم محل التعليق أن الأوامر على عرائض هي عمل ولائي لا يباشرها القاضي إلا في الأحوال التي ترد في التشريع على سبيل الحصر .

مقدمة

تقوم المحاكم بوظيفتين، وظيفة قضائية ووظيفية ولائية، تمارس الأولى من خلال الأحكام التي تصدرها المحاكم لحسم الخصومات المعروضة عليها، في حين تمارس الثانية من خلال الأوامر التي تصدرها المحاكم بهدف المحافظة على وضع معين إلى أن ينظر النزاع القائم أو الذي قد يقوم أمام المحكمة، إلا إن الإشكال الذي يطرح هو كيف يتم التمييز بين هاتين الوظيفتين؟ في الواقع يمكن التمييز بين هاتين الوظيفتين من خلال المعيارين الشكلي والموضوعي، وهو ما سنحاول التحدث عنه :-

المعيار الشكلي : يتم التمييز بين العمل القضائي والعمل الولائي بموجب هذا المعيار على أساس الإجراءات المتبعة في الالتجاء إلى القضاء ، وفي نظر الطلب والبت فيه فالعمل القضائي تسبقه محاكمة يحضرها الخصوم ويمارس كل منهم حقه في الدفاع، ثم يصدر الحكم الذي يعد نتيجة منطقية لتطبيق القانون على وقائع الدعوى ، وبالتالي يجب أن يكون مسببا لغرض التأكد من صحة النتيجة التي انتهى إليها الحكم ، ولهذه الأسباب فإن الحكم يحوز حجية الأمر المقضي ، وهذا على خلاف ما يحصل في العمل الولائي الذي لا تسبقه محاكمة ، والأمر لا يعد نتيجة منطقية لأنه يقوم على الملاءمة والتقدير والموازنة بين الاعتبارات المختلفة ، وبالتالي لا يجب فيه التسبب ولا يحوز حجية الأمر المقضي .

المعيار الموضوعي: يتم التمييز بين العمل الولائي والعمل القضائي بموجب هذا المعيار على أساس طبيعة التصرف الذي يصدر عن القاضي، فإذا كان هذا العمل من شأنه

فض نزاع قائم بين شخصين حول حق من الحقوق فهو عمل قضائي، أما إذا كان مجرد إجراء أو تدبير الهدف منه المحافظة على وضع أو صيانة مصلحة لأحد الأفراد وعلى أساس تقدير الظروف وليس على أساس تطبيق القانون فهذا هو العمل الولائي .

وتعد الأوامر على عرائض إحدى الصور المهمة لممارسة القاضي لوظيفته الولائية، ونصت المادة (١٩٠) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية على أنه « في الأحوال التي ينص فيها القانون على أن يكون للخصم وجه في استصدار أمر ، عليه أن يقدم عريضة بطلبه إلى قاضي الأمور الوقفية أو إلى رئيس الهيئة التي تنظر الدعوى ، وتكون هذه العريضة من نسختين متطابقتين ومشملة على وقائع الطلب وأسائده وتعيين موطن مختار للطالب في المدينة التي بها مقر المحكمة ويرفق بها المستندات المؤيدة لطلبه » . وقد أسفر التطبيق العملي للمادة سائلة البيان عن تباين في التطبيق وأنقسم إلى رأيين.

الرأي الأول :-

ذهب إلى أن الحالات التي يجوز فيها إصدار أوامر على عرائض لم ترد على سبيل الحصر مما يتيح إصدار الأمر في حالة يرى القاضي أنها تحتاج إلى الحماية الوقفية بالإجراء الذي يراه مناسباً لهذه الحماية،

الرأي الثاني :-

ذهب إلى أن الحالات التي يجوز فيها إصدار أوامر على عرائض وردت في التشريع على سبيل الحصر، وهو الرأي الذي اعتنقه الحكم محل التعليق . وإذا كان الرأي الأول قد يتيح مرونة تمكن القضاء من مواجهة الحالات العملية التي تحتاج إلى حماية وقتية دون أن يكون قد ورد فيها نص ، إلا أن الواقع العملي قد يفرض إشكالات من إساءة استخدام الأوامر على عرائض دون وجود ضابط دقيق لها في حالات لم تقتض صدور أمر فيها ، وحرصاً على عدم الخروج بهذه السلطة الوقفية إلى غير

ما يستهدفه المشرع فقد اتجه إلى تقييد سلطة القاضي في إصدار الأوامر على عرائض وهو الاستفادة من المادة سائلة الذكر ، وتطبيقاً لذلك فإن الحكم محل التعليق قد أرسى مبدأ قانوني بالنظر إلى الخصوصية التي تفرد الأوامر على عرائض كمؤسسة قانونية . ونستعرض تلك الخصوصية في المحاور الآتية :

مبدأ المواجهة .

إن الأصل ألا يصدر الإجراء إلا في مواجهة طرفي الخصومة بعد إعلانهم لإبداء دفاعهم ودفعوهم وبحثها وتمحيصها ، والاستثناء هو صدور أمر على عريضة في غيبة الطرف الآخر وفي غفلة منه ، إذ قد يترتب على ذلك أثر خطير على حقوق الخصوم ومصالحهم ، وهذا فضلاً عن أن الأخذ بالرأي الذي يقول بأنها لم ترد على سبيل الحصر يترتب عليه منح القاضي سلطة واسعة في إصدار الأوامر على عرائض دون ضابط دقيق ينظم سلطته ولا معيار واضح يبين حدودها بحيث يلتزمها ولا يتجاوزها ، وإنما يترك الأمر لتقديره المطلق وقد يؤدي ذلك لتضارب الآراء في المسألة الواحدة .

• الأمر على عريضة لا يحوز حجية الأمر المقضي

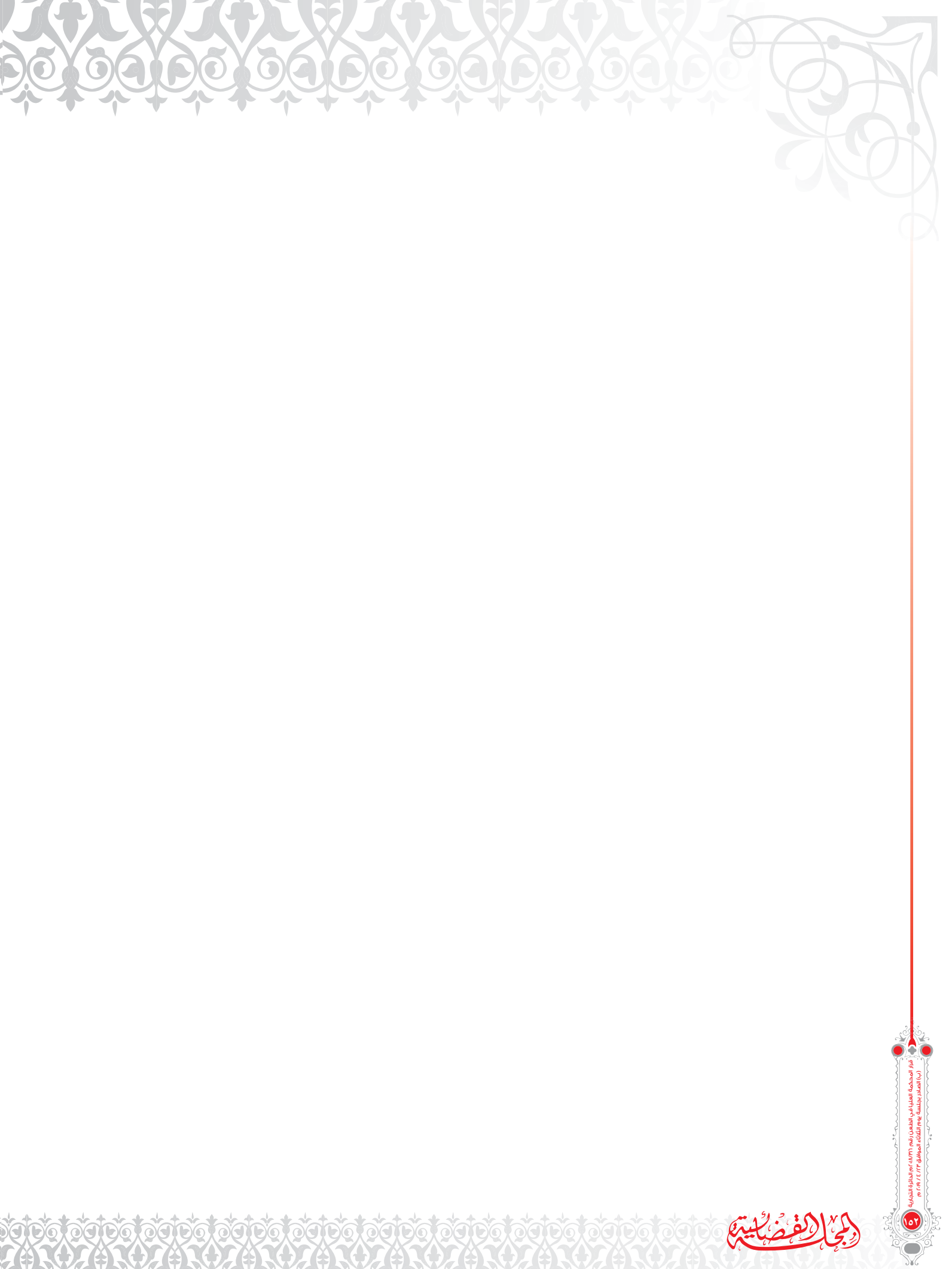
إن الأمر على عريضة لا يستنفذ به القاضي ولايته إذ له أن يصدر أمراً جديداً مخالفاً له بشرط تسببيه، وهو الاستفادة من مقتضيات المادة (١٩١) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٢/٢٩) .

ويستخلص مما تقدم أن المشرع العماني يسر على كل ذي مصلحة في الحالة التي يكون له فيها وجه في استصدار أمر أن يقدم عريضة بطلبه إلى قاضي الأمور الوقفية أو إلى رئيس الهيئة التي تنظر الدعوى ، إلا أن الحالات التي يجوز فيها استصدار أمر على عريضة وردت مبعثرة في قانون الإجراءات المدنية والتجارية وغيره من القوانين مثل القانون (البحري - التجاري - الشركات - المعاملات المدنية - الأحوال الشخصية -

إلخ) ، ومن ضمن الحالات التي وردت في قانون الإجراءات المدنية والتجارية نذكر منها على سبيل المثال وليس الحصر الأمر بانقاص المسافة الواردة في المادة (١٧) ، والأمر بانقاص ميعاد الحضور الواردة في المادة (٦٧) ، والأمر ببيع الأشياء المحجوزة إذا كانت عرضة للتلف أو لتقلب الأسعار الواردة في المادة (٣٧٤) ، والأمر بتوقيع حجز مال للمدين لدى الغير الواردة في المادة (٣٨٧) ، والأمر بتوقيع الحجز التحفظي على المنقولات المادة (٣٨٧) ، والأمر بتقدير مصاريف الدعوى المادة (١٨٨) ، والأمر بالإذن بإجراء الإعلان أو التنفيذ في غير المواعيد المبينة في المادة (٧) ، والأمر بإعلان ورقة أو بعدم إعلانها المادة (٦) ، ومن ضمن الحالات التي وردت في قانون الأحوال الشخصية نذكر منها على سبيل المثال الأمر من القاضي بالإذن لولي المجنون أو المعتوه بالزواج المادة (٨ / أ) ، والأمر بالإذن بزواج من لم يكمل الثامنة عشرة من عمره المادة (١٠ / ج) ، والأمر من القاضي بعد وقوع الطلاق بناء على طلب ذوي الشأن بتحديد نفقة المرأة أثناء عدتها ، ونفقة الأولاد ، ومن له حق الحضانة وزيارة المحضون ، ويعتبر هذا الأمر مشمولاً بالنفذ المعجل بقوة القانون ، وللمتضرر الطعن في هذا الأمر المادة (٩٠) ، الأمر بالإذن للصغير المميز إذا أتم الخامسة عشرة من عمره وأنس من نفسه القدرة على حسن التصرف ، وامتنع الوصي ، من الإذن له في إدارة أمواله ، أو جزء منها المادة (١٤٧) ، الأمر بترشيد القاصر إذا أتم الخامسة عشرة من عمره ، وثبت حسن تصرفه المادة (١٥٢) .

خاتمة

لقد أصبح الاهتمام بالقوانين الإجرائية مظهراً من مظاهر رقي الأمم وتقدمها ، وقد أدرك المشرع العماني أهمية التوازن بين مصلحة طالب الحماية القضائية وحقوق الأغيار في عدم صدور إجراءات تمس حقوقهم في غيبتهم دون إبداء دفاعهم ودفعوهم في عهد ضمانات حقوق الإنسان ، فلقد نص قانون الإجراءات المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٩ / ٢٠٠٢)



يتم وتقا ليد القضاء

إعداد

المكرم الشيخ / د. عبدالله بن راشد بن عزيز السياب

وقال الماوردي: «والنفس الشريفة تطلب الصيانة، وتُرَاعِي النِّزَاهَةَ، وتحتل من الضر ما احتملت، ومن الشدة ما طاقت، فيبقى تحملها، ويدوم تصونها».

هذا وأصبح موضوع النزاهة حديث الساعة في مختلف دول العالم، وذلك أنه لا حظ الهوة السحيقة التي اتجه إليها، فبدأ يعود إلى الأخلاق والقيم وبحث عما فاتته ويراجع نفسه، وقد شرعت الكثير من الحكومات في إنشاء هيئات للنزاهة والشفافية، حيث تقوم تلك الهيئات بدور الرقابة والحوكمة المؤسسية والتي تشمل بجانب الحوكمة المالية، الحوكمة الفنية والإدارية أيضاً.

فما أجدَر بمن ولي القضاء أن يكون في قمة النزاهة والعفة، حتى يكون القضاء عادلاً مقبولا مع الناس، وليكون القاضي قدوة يقتدى به، وأسوة يتأسى بسلوكه .

قال ابن حزم: «نِزَاهَةُ النَّفْسِ؛ وهذه صفة فاضلة مُتَرَكِّبَةٌ من النجدة والجود، والعدل والفهم؛ لَأَنَّهُ فَهْمٌ قَلَّةٌ الْفَائِدَةُ فِي اسْتِعْمَالِ ضِدِّهَا، فَاسْتَعْمَلَهَا، وَكَانَتْ فِيهِ نَجْدَةٌ أَنْتَجَتْ لَهُ عِزَّةً نَفْسُهُ فَتَنَزَّهَ، وَكَانَتْ فِيهِ طَبِيعَةٌ سَخَاوَةٌ نَفْسٌ فَلَمْ يَهْتَمَّ لِمَا فَاتَهُ، وَكَانَتْ فِيهِ طَبِيعَةٌ عَدْلٍ، حَبَّبَتْ إِلَيْهِ الْقُنُوعَ وَقَلَّةَ الطَّمَعِ».

وقال ابن الجوزي: «دليل كمال صورة الباطن حُسْنُ الطَّبَائِعِ وَالْأَخْلَاقِ؛ فَالطَّبَائِعُ: الْعِفَّةُ وَالنِّزَاهَةُ وَالْأَنْفَاقُ مِنَ الْجَهْلِ، وَمُبَاعَدَةُ الشَّرِّ».

والأخلاق: الكرم والإيثار وستر العيوب، وابتداء المعروف، والحلم عن الجاهل.

فَمَنْ رُزِقَ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ، رَقَّتْهُ إِلَى الْكَمَالِ، وَظَهَرَ عَنْهُ أَشْرَفُ الْخِلَالِ، وَإِنْ نَقَصَتْ خُلَّةٌ، أَوْجَبَتْ النِّقْصَ».

والله ولي التوفيق .

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

ضوابط النشر في المجلة القضائية

١. لغة المجلة هي اللغة العربية الفصحى مع وجوب الالتزام بصفة عامة بتقديم نشر الأبحاث في صياغتها اللغوية مع مراعاة عناصر التشويق والسلاسة والوضوح وسلامة اللغة بحيث تجذب القارئ غير المتخصص.
٢. يُستهدف ترجمة بعض الأحكام أو البحوث الأجنبية إلى اللغة العربية في الأعداد القادمة.
٣. محتويات المجلة يتم ترتيبها وفقاً لاعتبارات فنية، أما ترتيب البحوث المزمع نشرها في عدد واحد يكون بعد العرض على اللجنة العلمية للمجلة.
٤. الحرص على استقطاب أساتذة الفقه والقانون بالمؤسسات العلمية العامة بالسلطنة للإسهام بالكتابة في المجلة.
٥. مراعاة إثراء ساحة الفكر القانوني والقضائي بالجديد والمتميز من البحوث والدراسات.
٦. متابعة حركة البحث في مجالات الشريعة والقانون والتعريف بأبرز إنتاجها وبالمستحدثات القانونية والقضائية.
٧. لا تلتزم المجلة برد الأبحاث التي لا يتم نشرها.
٨. البحوث المقدمة من غير المكتب الفني يراعى بشأنها الآتي:-
 - يُقدم أصل البحث مع صورة منه مطبوعاً ومرقماً بالتسلسل ويرفق بالبحث ملخص لموضوعه في صفحة واحدة بحيث لا تزيد عن ٢٠٠ كلمة.
 - ألا تزيد صفحات البحث المزمع نشره عن ٣٠ صفحة بما فيها الرسوم والجداول التوضيحية والمراجع والملخص، وألا تتقص عن ١٥ صفحة بمقاس ٢٢ X ٢٨ سم، وعلى وجه واحد، وبمسافتين أو ثلاث قدر الإمكان.
 - يُذيل البحث بخاتمة تعرض أهم النتائج التي توصل إليها الباحث.
 - تُذكر مصادر البحث كاملة وفقاً لترتيب ورودها في البحث على أن تشمل - مع مراعاة الترتيب الآتي - صاحب المرجع، والعنوان، والطبعة، وبلد النشر، ودار النشر، وسنة النشر، ورقم الصفحة أو الصفحات التي وردت بها المعلومة في المصدر، مع فصل قائمة المراجع الأجنبية عن العربية.
 - مراعاة ذكر رقم الآية واسم السورة عند الاستشهاد بالقرآن الكريم مع الالتزام بالرسم العثماني للمصحف، وكذلك مصاحبة الحديث النبوي بالسند والدرجة (صحيح - حسن - ضعيف) مع ذكر المصدر.
 - يُراعى فيما يُنشر من بحوث تحقيق الشروط الواجب توافرها في البحث العلمي والالتزام بالأصول المتعارف عليها، وألا يكون قد سبق نشرها، أو عرضها في ندوة أو مؤتمر، وعلى سبيل الاستثناء يجوز نشر بعض هذه البحوث متى كانت تعالج مسائل ينبغي التركيز عليها لدعم مسيرة القضاء.
- يرفق مع البحث:
 - أ. خطاب موقع من الباحث، وموجه إلى رئيس المكتب الفني بطلب نشر البحث.
 - ب. تعريف علمي عن الباحث/ الباحثين لا يتجاوز ثلاثة أسطر وذلك لتعريف القارئ بالباحث.
 - ج. تعريف بتخصصه الدقيق مع ذكر عنوان رسالة الماجستير أو الدكتوراه.
 - د. قائمة بأهم الكتب والبحوث التي نُشرت له.
 - هـ. عنوان الباحث الحالي، والثابت - كاملين - ورقم الهاتف مع إشعار المجلة بأي تغيير يطرأ لاحقاً.

مَحَمَّدٌ

