



هيئة التشريع والرأي القانوني  
Legislation & Legal Opinion Commission



جامعة البحرين  
University of Bahrain

# القانونية

مجلة علمية قانونية محكمة نصف سنوية  
تصدر عن هيئة التشريع والرأي القانوني - مملكة البحرين  
بالشراكة مع جامعة البحرين

العدد العاشر - ربيع الأول 1443 هـ - أكتوبر 2021

- الدعوى الدستورية الأصلية أمام المحكمة الدستورية الكويتية «دراسة مقارنة».
- اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها بمملكة البحرين (دراسة تحليلية نقدية في ضوء المرسوم بقانون رقم (26) لسنة 2000 بشأن تنظيم إجراءات دعاوى اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها).
- التأصيل الفلسفي والقانوني للإنجاب عبر تقنيات التلقيح الاصطناعي
- أهم النصوص المشتبه في عدم دستورتها في قانون الضريبة المصري على القيمة المضافة رقم (67) لسنة 2016 ولائحته التنفيذية
- بحث ضمانات المحاكمة العادلة أمام القضاء العسكري البحريني ومدى توافقها مع المادة الرابعة عشر من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية
- ضوابط الصياغة القانونية الواردة في آية الدين بشأن كتابة العقود
- تطبيقات نظرية القوة القاهرة في القضاء المصري والبحريني تعليق على حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 37214 لسنة 74 ق والصادر بجلسة 28/6/2020 باعتبار جائحة كورونا قوة القاهرة. (دراسة تحليلية مقارنة في كلاً من مصر والبحرين)



حضرة صاحب الجلالة الملك  
حمد بن عيسى آل خليفة  
ملك مملكة البحرين المفدى





صاحب السمو الملكي الأمير  
سلمان بن حمد آل خليفة  
ولي العهد نائب القائد الأعلى  
رئيس مجلس الوزراء





هيئة التشريع والرأي  
Legislation & Legal Opinion Commission

# القانونية

العدد العاشر - ربيع الأول ١٤٤٣هـ - أكتوبر ٢٠٢١م

## رئيس التحرير

المستشار نواف عبدالله حمزة.  
رئيس هيئة التشريع والرأي القانوني.

## هيئة التحرير

من هيئة التشريع والرأي القانوني:  
المستشارة الشيخة مريم بنت عبدالوهاب آل خليفة.  
نائب رئيس هيئة التشريع والرأي القانوني.

المستشار مصعب عادل بوضيغ.  
مدير إدارة الرأي القانوني والبحوث.

## مستشار هيئة التحرير:

المستشار الدكتور سعيد السيد قطب قنديل.  
عضو إدارة التشريع والجريدة الرسمية.

## معاونو مدير التحرير

المستشار المساعد أحمد محمد المدوب.  
عضو إدارة الرأي القانوني والبحوث.

المستشار المساعد سليمان محمد آل محمود.  
عضو إدارة الرأي القانوني والبحوث.

المستشار المساعد محمد أحمد بوعجل.  
عضو إدارة التشريع والجريدة الرسمية.

## من جامعة البحرين

الدكتور صلاح محمد أحمد.  
القائم بأعمال عميد كلية الحقوق بجامعة البحرين.

الدكتورة وفاء يعقوب جناحي.  
رئيس قسم القانون الخاص لكلية الحقوق بجامعة  
البحرين.

هيئة التشريع والرأي القانوني:

:Twitter

@LLOC\_BH



:Instagram

@LLOC\_BH



الموقع الإلكتروني:

www.lloc.gov.bh

مجلة علمية قانونية محكمة نصف  
سنوية تصدر عن هيئة التشريع  
والرأي القانوني بالاشتراك مع  
جامعة البحرين - مملكة البحرين

## للمراسلات

هيئة التشريع والرأي القانوني - مملكة البحرين

ص ب ٧٩٠ - المنطقة الدبلوماسية

هاتف: ١٧٥١ ٨٠٠٠ ( +٩٧٣ )

فاكس: ١٧٥١ ٨٠٠٨ ( +٩٧٣ )

البريد الإلكتروني: info@lloc.gov.bh

رقم التسجيل لدى الإدارة العامة للمطبوعات والنشر

وزارة شؤون الإعلام

ISSN 2210-1985

إخراج وطباعة مطبعة جامعة البحرين



## محتويات العدد

تقديم العدد: كلمة سعادة المستشار رئيس  
هيئة التشريع والرأي القانوني

### محتويات العدد:

٥- بحث ضمانات المحاكمة العادلة أمام القضاء  
العسكري البحريني ومدى توافقها مع المادة الرابعة  
عشر من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية  
والسياسية  
الاستاذ محمد حمد فارس العيد

157

٦- ضوابط الصياغة القانونية الواردة في آية الدين  
بشأن كتابة العقود  
الدكتور هيثم حامد المصاروة  
أستاذ القانون المدني - قسم القانون  
كلية الأعمال براغ - جامعة الملك عبد العزيز

193

٧- تطبيقات نظرية القوة القاهرة في القضاء  
المصري والبحريني تعليق على حكم محكمة القضاء  
الاداري في الدعوى رقم ٢٧٢١٤ لسنة ٧٤ق والصادر  
بجلسة ٢٠٢٠/٦/٢٨ باعتبار جائحة كورونا قوة  
قاهرة. (دراسة تحليلية مقارنة في كلاً من مصر  
والبحرين)  
دكتور محمد عبد الجليل المر  
دكتوراه في القانون العام من كلية الحقوق - جامعة  
الإسكندرية.  
عضو الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي  
والإحصاء والتشريع

225

١- الدعوى الدستورية الأصلية أمام المحكمة  
الدستورية الكويتية «دراسة مقارنة».  
الدكتورة آلاء محمد الفيلكاوي  
وزارة التعليم العالي - المستشار القانوني في أكاديمية  
الكويت للفنون.

17

٢- اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها بمملكة  
البحرين (دراسة تحليلية نقدية في ضوء المرسوم  
بقانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم إجراءات  
دعاوى اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها).  
الباحث القانوني: عبدالعزيز عبدالله راشد المعاودة  
هيئة التشريع والرأي القانوني-إدارة التشريع  
والجريدة الرسمية

43

٣- التأصيل الفلسفي والقانوني للإنجاب عبر  
تقنيات التلقيح الاصطناعي  
الدكتور محمد حماد مرهج الهيتي  
أستاذ القانون الجنائي المشارك- كلية الحقوق-  
جامعة البحرين

78

٤- أهم النصوص المشتبه في عدم دستورتيتها في  
قانون الضريبة المصري على القيمة المضافة رقم  
(٦٧) لسنة ٢٠١٦ ولائحته التنفيذية  
د. أشرف وجيه الشافعي خليفة  
دكتوراه في التشريعات الاقتصادية والمالية

139





## مقدمة

مجلة «القانونية» دورية أكاديمية علمية محكمة، نصف سنوية، متخصصة في المجال القانوني على المستويات المحلية والعربية والدولية، ومسجلة لدى الإدارة العامة للمطبوعات والنشر بوزارة شؤون الإعلام وذلك تحت رقم إيداع دولي للدوريات.

المجلة عمل علمي قانوني أكاديمي لا يهدف للربح ويرتقي بالمادة العلمية المنشورة إلى مستويات النشر الدولي، وتهدف المجلة إلى أن تكون داعمة للثقافة القانونية، فهي بمثابة انطلاقة مضيئة للفكر القانوني العربي لنشر المعرفة القانونية للمتخصصين وكافة المعنيين بالبحث العلمي في المجال القانوني والقضائي بما يساهم في تطوير العمل الأكاديمي والتطبيقي معاً في المحافل القانونية على المستوى العربي.

## وتعمل القانونية كذلك على تحقيق الأهداف الآتية:

1. المساهمة الجادة في إثراء الفكر القانوني من خلال نشر المستجدات من الأحكام على الصعيد القضائي، والآراء الفقهية والبحثية الأكاديمية، والمستحدث في مجال التشريع والرأي القانوني، مع التأكيد على الجودة العالية للمادة العلمية المنشورة وصلتها الوثيقة بالواقع الوطني والعربي.
2. نشر الثقافة القانونية وصولاً إلى تعزيز الوعي القانوني لدى المواطن ومؤسسات الدولة.
3. إيلاء عناية خاصة للأبحاث بالعربية والإنجليزية التي تتناول فروع القانون المقارن بالثقافتين القانونيتين العربية والشرق أوسطية في إطار تدويل بعض فروع القانون كإفراز حتمي لظاهرة العولمة الثقافية القانونية في عالمنا العربي.
4. نشر الوعي المعرفي بالمادة العلمية القانونية التي ترتقي إلى مستويات النشر الدولية، وذلك وصولاً بالدوريات العلمية في عالمنا العربي المعاصر إلى التصنيف العالمي الذي يجعلها تواكب الدوريات العلمية القانونية المصنفة في المحافل الدولية.

## المحتوى العلمي للمجلة:

يحتوي المضمون العلمي للمجلة على ما يأتي:

- 1- البحوث والمقالات.
- 2- التعليق على الأحكام القضائية والفتاوى القانونية.
- 3- المتابعات القانونية (أهم المعاهدات الدولية، والتشريعات الحديثة من التشريع المحلي والعربي والدولي بمختلف الثقافات القانونية، الترجمات، مراجعات الكتب والمتابعات العلمية للمؤتمرات والندوات والأنشطة وندوات الدائرة المستديرة).

## قواعد النشر:

يشترط لقبول النشر بالمجلة ما يأتي:

١. الالتزام بمنهجية البحث العلمي.
٢. الكتابة باللغة العربية أو باللغة الإنجليزية.
٣. الالتزام بعدم النشر السابق للمادة العلمية المقدمة في أية دورية أخرى، وألا تكون مقدمة للنشر في مجلة أخرى.
٤. الالتزام بأصول البحث العلمي وقواعده العامة.
٥. أن يكون اختيار موضوع المادة العلمية المقدمة ذا طابع عملي، أو أن يطرح فكرة أو مفهوماً يتسم بالجدة والابتكار.
٦. يجب ألا يقل البحث المقدم للنشر عن حوالي عشرة آلاف كلمة، أما بالنسبة إلى المقالة القانونية والتعليق على الأحكام وغيرها فيجب ألا يزيد عدد الكلمات عن حوالي ستة آلاف كلمة.
٧. يرسل كل باحث السيرة الذاتية الخاصة به رفق المادة العلمية المقدمة منه للنشر.
٨. تعبر الآراء الموجودة بالمادة العلمية عن آراء الباحث الشخصية، وذلك في إطار من حرية الرأي التي تكفلها المجلة.
٩. لا تعتنق المجلة أية أيديولوجيات سياسية أو دينية أو خلافة تعكسها المادة العلمية المنشورة بها، ولهيئة التحرير الحق في رفض أية مادة علمية تتضمن الإشارة تصريحاً أو تلميحاً إلى أي معتقد ديني أو أية أيديولوجية سياسية أو الترويج لأيهما، وكذلك لهيئة التحرير رفض أية مادة علمية تحض أو تحث على كراهية أو ازدراء أو معاداة أي فئة أو طائفة سياسية أو فكرية أو دينية أو غير ذلك مما يعتبر خروجاً عن الأعراف العلمية، وعن الأهداف الموضوعية المتوخاة للمجلة في نشر البحث العلمي القانوني والقضائي.
١٠. يتحمل مقدم المادة العلمية أية مسؤولية مدنية أو جنائية أو غيرها، بموجب التشريعات السارية وتعدلاتها المستقبلية، ناتجة عن تقديم مادة علمية للنشر بالمجلة، سواء نشرت أم لم تنشر، وذلك إذا ثبت أنها تمثل سرقة علمية أو اعتداء على أي من حقوق الملكية الفكرية للغير.
١١. تقدم البحوث وغيرها بالبريد الإلكتروني على العنوان الإلكتروني الذي تخصصه لذلك: [info@lloc.gov.bh](mailto:info@lloc.gov.bh)
١٢. تنشر هيئة التحرير الأبحاث، وذلك بعد اجتيازها التحكيم العلمي الدقيق، وذلك وفقاً لأسبقيتها في تاريخ الورد إلى المجلة.
١٣. الالتزام بإجراء بأي تعديلات مقترحة من قبل المحكمين وإعادة إرسال البحث بعد تعديله وفق لتقرير المحكمين خلال الفترة التي تحددها أسرة تحرير المجلة.

## كلمة سعادة المستشار/ رئيس هيئة التشريع والرأي القانوني

يسر هيئة التشريع والرأي القانوني أن تقدم للحقل الأكاديمي العدد العاشر من مجلة القانونية، وهو عدد يحمل في طياته إنجازات متعددة، وأول تلك الإنجازات كون هذا العدد هو العدد العاشر منذ أول إصدار للمجلة، وثانيها هو دخول المجلة القانونية عامها السابع حيث صدر العدد الأول في يناير من عام ٢٠١٤، حيث سبق وأن قدمت مجلة القانونية تسعة أعداد سابقة بذلت فيها المجلة للفقهاء العديدين من الأبحاث في شتى فروع ومجالات القانون، وما كان لذلك أن يتحقق بدون تضافر جهود الباحثين الكرام من جانب، ومن جانب آخر الجهود التي قامت بها أسرة تحرير مجلة القانونية خلال الفترة السابقة وكل من تعاقب على العمل فيها منذ أول إصدار لها.

إن مملكة البحرين تسعى دائماً إلى توثيق عرى التعاون بين كافة السلطات والقطاعات تحقيقاً للمصلحة العامة وتطويراً واستدامةً لكافة الأنشطة، وذلك كله في ظل القيادة الحكيمة لسيدتي حضرة صاحب الجلالة الملك حمد بن عيسى آل خليفة عاهل البلاد المفدى حفظه الله ورعاه، والنظرة الاستشرافية الثاقبة والمتابعة الرشيدة لصاحب السمو الملكي الأمير سلمان بن حمد آل خليفة ولي العهد رئيس مجلس الوزراء حفظه الله.

ومن هذا المنطلق، فإن أهم ما يحمله هذا العدد من تطور نوعي وأكاديمي كونه باكورة التعاون الأكاديمي بين هيئة التشريع والرأي القانوني وجامعة البحرين، فبدءاً من هذا العدد ستصدر المجلة القانونية بالشراكة مع جامعة البحرين، الأمر الذي من شأنه أن يرتقي بالمكانة الأكاديمية والعلمية للمجلة، نظراً لما تتمتع به جامعة البحرين من ثقل ورسالة وإسهامات بارزة في شتى المجالات العلمية باعتبارها كياناً تربوياً وصرحاً علمياً شامخاً، ولما لهيئة التشريع والرأي القانوني من ثقل لأنها المستشار الأمين للدولة وسلطاتها ومؤسساتها.

ومن جانب آخر، فإن حرصنا على تطوير المجلة وديمومة إصدارها، دفعنا في مرات عدة إلى أن نفتح آفاقاً وفرصاً جديدة رغبة في تشجيع البحث العلمي من جانب، ومن جانب آخر حرصنا على المساهمة وبفعالية في نشر المعرفة القانونية على أوسع نطاق، ولعل تحولنا الإلكتروني الذي أعلن عنه مسبقاً ساهم في أن نصل إلى شرائح أكبر، واستثمار الفرص الواسعة التي تقدمها التكنولوجيا في هذه الأيام. وفي هذا الصدد نستطيع القول أيضاً إنَّ الصفحة الإلكترونية للمجلة - ضمن الموقع الإلكتروني للهيئة - سوف تشهد تطوراً خلال الأيام القادمة لتسهيل الوصول إلى المقالات وتحسين طريقة عرضها، وغيرها من المميزات التي ستكون متاحة للقارئ والتي تعد جزءاً من عملنا لإطلاق الموقع الإلكتروني الجديد لهيئة التشريع والرأي القانوني.

وختاماً لا يسعني في هذه المناسبة الخاصة إلا أن أتقدم بخالص التهئة إلى أعضاء الجهتين الموقرتين وأخص بالشكر هيئة تحرير المجلة وجميع المهتمين بها، متمنياً دوام التوفيق والتطوير والازدهار.

المستشار نواف عبد الله حمزة  
رئيس هيئة التشريع والرأي القانوني  
رئيس هيئة تحرير المجلة





# البحوث





## الدعوى الدستورية الأصلية أمام المحكمة الدستورية الكويتية «دراسة مقارنة»

الدكتورة آلاء محمد الفيلاوي

المستشار القانوني في أكاديمية الكويت للفنون  
وزارة التعليم العالي

### ملخص البحث:

تتسم الرقابة التي تباشرها هيئة قضائية على دستورية القوانين - دون منازعة - بمزايا عامة تعبر في فحواها ومضمونها عن العديد من الإيجابيات، فهي من ناحية تكفل معالجة موضوع دستورية القوانين معالجة قانونية خالصة. حيث يبحث القاضي بحكم طبيعة وظيفته عن مطابقة القانون محل الطعن للدستور دون أن يتطرق لنواحي أخرى، ومن ناحية أخرى نجد أن الأسلوب الذي تمارس به هذه الرقابة يخضعها لإجراءات قضائية تتحقق معها الحيطة والمواجهة وتسبب الأحكام<sup>(١)</sup>.

وتعد الصورة التي تمارس بها الرقابة القضائية اللاحقة بتبني مبدأ مركزية رقابة الدستورية، لما تؤول إليه من ضرورة تقادي عيوب رقابة دستورية القوانين بطريق امتناع المحاكم عن تطبيق القوانين المخالفة للدستور، رقابة إلغاء ذات أثر مطلق تجاه كافة *erga omnes*. وقد أخذ الدستور الكويتي المؤرخ عام ١٩٦٢، في تنظيمه لرقابة الدستورية بالرقابة القضائية، حيث نصت المادة (١٧٣) منه على أن "يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح، ويبين صلاحياتها والإجراءات التي تتبعها. ويكفل القانون حق كل من الحكومة وذوي الشأن في الطعن لدى تلك الجهة في دستورية القوانين واللوائح. وفي حالة تقرير الجهة المذكورة عدم دستورية قانون أو لائحة يعتبر كأن لم يكن".

ويتفق فقهاء القانون الدستوري، الذين تناولوا الدستور الكويتي، على أن هذه المادة قد نصت على رقابة تمارس بدعوى إلغاء أصلية أو مباشرة ترفع أمام محكمة خاصة وهي رقابة لاحقة تفترض صدور القانون فعلاً. وترفع من الحكومة وذوي الشأن من الأفراد، وطنيين أو أجانب، بما مفاده أن الفرد لكي يرفع الدعوى لابد أن يكون "من ذوي الشأن" بمعنى أن تكون له مصلحة في رفع الدعوى، فهي بالتالي ليست "دعوى حسبة" يجوز لأي فرد رفعها ولو لم يكن له مصلحة في ذلك<sup>(٢)</sup>.

١. انظر على سبيل المثال: د. عبد الفتاح حسن، مبادئ النظام الدستوري في الكويت - دار النهضة العربية - طبعة ١٩٦٨، ص ٧٢ - ٧٣، د. عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه جان دي بوي للقانون والتنمية، ص ١٢.

٢. د. عبد الفتاح حسن، مبادئ النظام الدستوري في الكويت، مرجع سابق ذكره، ص ١٥١، د. رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، مطبوعات الكويت، ١٩٧٢، ص ٥٦٩، د. يحيى الجمل، النظام الدستوري في الكويت، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت،

## أهمية البحث:

وتكمن أهمية اختيار موضوع البحث في واقع أن أسلوب الرقابة القضائية بطريق الدعوى الأصلية، إنما يتحقق معه الاستقلال الوظيفي للقضاء الدستوري، إذ أنه من مقتضيات استقلاله ألا يحرم من حق اللجوء إليه كافة الأفراد، لما يمثله الحرمان من حق التقاضي من اعتداء على وظيفة القضاء الدستوري الذي أنشئ من أجلها منفرداً. ويضاف إلى هذه الأهمية إمكانية الطعن بدعوى أصلية حالياً، أمام المحكمة الدستورية الكويتية من جانب الأفراد، وذلك بموجب القانون رقم (١٠٩) لسنة ٢٠١٤<sup>(١)</sup>، حيث أجاز هذا الطعن مع وضع ضوابط معينة.

وهكذا يكون من المفيد التعرف على مدى هذه الإضافة التي جاء بها هذا القانون، وتلمس موقف المحكمة الدستورية الكويتية نحو الاتجاه إلى طريق الرقابة الدستورية بدعوى أصلية أو مباشرة، قبل تكريسها قانوناً عام ٢٠١٤ وبعض تطبيقاتها منذ هذا التاريخ.

## منهج البحث:

لقد دعنا طبيعة موضوع البحث النظر في أهمية هذا الأسلوب في الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الدعوى الأصلية، ولقد تم الاعتماد أولاً على المنهج المقارن، فإنه يسلط الضوء بطبيعته على أنظمة رقابة الدستورية التي لها تاريخ طويل في تكريس حقوق الإنسان والمواطن والتي تشكل في فحواها مصدراً لكل دراسة قانونية ودستورية، وثانيهما المنهج التحليلي حيث يقوم الباحث بعملية تفكيك المشكلة ودراستها ومن ثم تتبع المصادر القانونية وتقييم ونقد الدراسة ونهاية تركيب النتائج وحل الإشكالية.

## تقسيم البحث:

يطرح موضوع البحث بصورة دقيقة موضوعين أساسيين يشكلان - في كافة أبعادهما - خطة البحث وذلك على النحو التالي:

**الموضوع الأول:** التعرف على الرقابة القضائية بطريق الدعوى الأصلية أمام المحكمة الدستورية الكويتية، وموقفها من مباشرة هذه الدعوى قبل تكريسها عام ٢٠١٤.

**الموضوع الثاني:** التعرف على ممارسة هذا الأسلوب من الرقابة القضائية وضوابطها في ضوء قضاء المحكمة الدستورية الكويتية في ظل قانون رقم ١٠٩ لسنة ٢٠١٤.

سوف نتناول موضوعي البحث في ثلاثة مباحث، وذلك على نحو التقسيم التالي:

دراسة مقارنة، ١٩٧٠ - ١٩٧١، ص ١٤٩. د. عادل الطيبائي - النظام الدستوري في الكويت - دراسة مقارنة - ١٩٩٨ - ص ٩٣١.  
١. قانون رقم (١٠٩) لسنة ٢٠١٤ - بتعديل بعض أحكام القانون رقم (١٤) لسنة ١٩٧٣ بإنشاء المحكمة الدستورية - الكويت اليوم - العدد ١١٩٦ - السنة الستون - الموافق ١٠/٨/٢٠١٤.

المبحث التمهيدي: مباشرة الدعوى الأصلية أمام المحكمة الدستورية الكويتية في ظل قانون إنشائها عام ١٩٧٣.

المبحث الأول: مباشرة الدعوى الأصلية أمام المحكمة الدستورية الكويتية في ظل إضافة القانون رقم (١٠٩) لسنة ٢٠١٤.

المبحث الثاني: موقف الفقه والقضاء الدستوري المقارن من الدعوى الدستورية المباشرة.

## المبحث التمهيدي مباشرة الدعوى الأصلية أمام المحكمة الدستورية الكويتية في ظل قانون إنشائها عام ١٩٧٣.

تمهيد وتقسيم:

لقد أخذ المشرع الدستوري الكويتي كغيره من العديد من الأنظمة الدستورية (كالنظام الدستوري المصري والفرنسي) بمبدأ مركزية الرقابة الدستورية ونصت المادة الأولى من قانون إنشاء المحكمة الدستورية تطبيقاً لنص المادة (١٧٣) من الدستور في هذا الشأن، على أن "تتشأ محكمة دستورية تختص دون غيرها بتفسير النصوص الدستورية وبالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين والمراسيم بقوانين واللوائح... ويكون حكم المحكمة الدستورية ملزماً للكافة ولسائر المحاكم". ثم بينت المادة الرابعة من قانون إنشاء المحكمة الدستورية كيفية رفع المنازعات الدستورية والتي تدور حول طريقتين: الأولى بطريق الدعوى الأصلية وذلك بطلب من مجلس الأمة أو من مجلس الوزراء بما مفاده أن قانون إنشاء المحكمة الدستورية قصر على السلطات العامة وحدها الطعن المباشر في دستورية القوانين والمراسيم بقوانين واللوائح. أما الطريق الثاني لرفع الدعوى الدستورية فإنها للأفراد عن طريق الدفع الفرعي وعندما يكون الطاعن طرفاً في الدعوى الموضوعية. ومن ثم تبدو أهمية التعرف على مفهوم المحكمة الدستورية للطعن المباشر، والذي شهد تطوراً عظيم الشأن، تمثل في مرحلتين: الأولى منذ فترة إنشاء المحكمة حتى عام ٢٠٠٧، وحيث تبنت المحكمة الدستورية موقفاً مستنداً إلى الدفع الشككية، أما المرحلة الثانية فإنها انطلقت عام ٢٠٠٧ والتي اتجهت خلالها إلى المفهوم الواسع للدعوى الأصلية، باعتبار أن الدفع بعدم الدستورية دفعاً موضوعياً، يجوز إيدأه في أية حالة تكون عليها الدعوى ولا مانع للمدعي من إيدأه في صحيفة الدعوى<sup>(١)</sup>.

وقد قاد حق الأفراد في التقاضي فقهاء القانون الدستوري إلى تناول طرق تحريك الدعوى الدستورية المباشرة، مما يقتضي بغرض تعميق موضوع البحث بقدر الإمكان، أن ننف بصفة أساسية على سياسة كل من المشرع الدستوري المصري والفرنسي بحسبان أن كلا منهما نموذج لتبني مبدأ مركزية رقابة الدستورية والتعرف بالتالي على ضوابط الأخذ بهذا الأسلوب للرقابة القضائية ومدى

١. لمزيد من التفاصيل انظر: د. عادل الطبطبائي، تحول في مفهوم المحكمة الدستورية الكويتية للطعن المباشر، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد ٢، السنة ٣٦، يونيو ٢٠١٢، ص ١٥-١٦.

ما اعتد به القانون الكويتي رقم ١٠٩ لسنة ٢٠١٤ في هذا الشأن. وهكذا يكون من المفيد أن تنقسم دراسة هذا المبحث إلى مطلب الأول.

## المطلب الأول مفهوم الدعوى الدستورية المباشرة أمام المحكمة الدستورية الكويتية قبل عام ٢٠٠٧

تمهيد وتقسيم:

تقتضي معالجة هذا المطلب أن نتناول مفهوم الدعوى الدستورية المباشرة أمام المحكمة الدستورية الكويتية في المرحلة الأولى من الفترة عام ١٩٧٣ ومنذ تحول قضاؤها عام ٢٠٠٧ وذلك عبر النقاط التالية:

### أولاً: مفهوم الدعوى الدستورية المباشرة أمام المحكمة الدستورية الكويتية في المرحلة الأولى

اعتبرت المحكمة الدستورية الكويتية - عبر أحكامها المستقرة - بمثابة طعن مباشر: إذا تضمنته صحيفة الدعوى الموضوعية، أو إذا قدم الطعن مباشرة إلى المحكمة الدستورية، أو لجنة فحص الطعون، وإذا قدم من أحد الخصوم في الدعوى الموضوعية قبل الدخول في موضوع الدعوى. وتجزئ هذه الحالات دون جدال رفض الطعون من الناحية الشكلية قبل الخوض في مناقشة موضوع الدستورية المثار أمامها، مما يقتضي بيانه على الوجه التالي:

#### (أ) الطعن المباشر حال تضمنته صحيفة الدعوى الموضوعية:

صدر عن المحكمة الدستورية الكويتية العديد من الأحكام، انتهت فيها إلى اعتبار الطعن مباشراً. وذلك إذا استعرض الطاعن في صحيفة دعواه الموضوعية الأسس التي يستند إليها في الطعن بعدم دستورية نص، بمعنى إذا تبين في دعوى الطاعنين أمام محكمة الموضوع، أنهم طلبوا أصلياً إحالة الدفع بعدم دستورية المرسوم بقانون... إلى المحكمة الدستورية للفصل فيه، وبعد الحكم بعدم دستوريته أن تحكم المحكمة بإلغاء القرار الموضح في صحيفة الدعوى الموضوعية. فمثل هذا الطلب - في حقيقته - ليس دفاعاً في منازعة مطروحة، وإنما طلب أصلي بالطعن بعدم دستورية، قدم إلى المحكمة الدستورية مباشرة في غير منازعة منظورة بين أطراف الدعوى، وهي الطريقة التي طرحها المشرع، وأثر عليها طريق الدفع المبدى من أحد الأفراد في أثناء نظر الدعوى أمام أحد المحاكم. واعتبر المشرع هذه الطريقة (الدفع بعدم الدستورية) من مقومات الدعوى الدستورية<sup>(١)</sup>.

١. انظر على سبيل المثال: الطعن الدستوري رقم ١/١٩٨٩ جلسة ١١/٤/١٩٨٩، الطعون بأرقام ٧/٢٠٠٠، ٩/٢٠٠٠ و ١١/٢٠٠٠. حيث رفضت المحكمة قبول هذه الطعون لورودها في صنف افتتاح الدعوى الموضوعية. ولمزيد من التفاصيل انظر: د. عادل الطبطاوي - المحكمة الدستورية الكويتية - دراسة تحليلية مقارنة، لجنة التأليف والتعريب والنشر، الكويت، طبعة ٢٠٠٥، ص ٢٦٣ وما بعدها.

كذلك قضت المحكمة الدستورية من ناحية بأنه لا يجوز لمحكمة الاستئناف أن تقبل جديّة الطعن بعدم الدستورية بعد أن رفضته محكمة أول درجة، باعتباره قد ورد ضمن أوراق الدعوى طالما لم يطعن على هذا الحكم أمام لجنة فحص الطعون<sup>(١)</sup>. ويبدو من ناحية أخرى التوسع في مفهوم الطعن المباشر لدى المحكمة الدستورية حال تصحيح شكل الطعن، حال تقديم الطاعن طعنًا من جديد أمام محكمة الموضوع بعدما قضت المحكمة الدستورية بعدم قبول الطعن شكلاً دون التعرض لموضوع الدفع في دستورية النص المطعون فيه<sup>(٢)</sup>.

### (ب) الطعن المباشر حال تقديمه إلى المحكمة الدستورية أو لجنة فحص الطعون فيها مباشرة:

انتهت المحكمة الدستورية أيضاً إلى أن تقديم الطعن بعدم الدستورية مباشرة إلى المحكمة الدستورية، في أثناء نظر دفع بعدم دستورية بعض المواد، ثم تقديم الطاعن طعنًا أمام المحكمة بمواد أخرى لم يسبق إثارتها أمام محكمة الموضوع، يعد طعنًا مباشرًا<sup>(٣)</sup>. كذلك إذا قدم الطعن مباشرة أمام لجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية، دون أن يسبق طرحه أمام محكمة الموضوع. فقد قضت لجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية، عدم قبول الطعن الذي نظرتّه والخاص بعدم دستورية القرار الصادر من وزير الإعلام الذي يخضع جميع المطبوعات الدورية للرقابة المسبقة على النشر إثر حل مجلس الأمة عام ١٩٨٦، والذي تقدم به الطاعن أمامها بمذكرة ختامية، ضمنها طعنًا بعدم الدستورية، تأسيساً على أنها تخالف المادة ١٧٣ من الدستور، حيث تقصر الدعوى الدستورية للأفراد عن طريق الدفع الفرعي<sup>(٤)</sup>.

### (ج) الطعن المباشر حال إبداء المدعي له قبل أن يبدي خصمه دفاعه بعد في الدعوى الموضوعية:

اعتبرت المحكمة الدستورية طعنًا مباشرًا مجرد قيام الطاعن في الجلسة الأولى لمحكمة الموضوع بإثارة الدفع بعدم الدستورية قبل أن يبدي خصمه دفاعه بعد. وقد تمثلت هذه الحالة على سبيل المثال عندما تقدم أحد الأفراد بطعن على المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ١٩٨١/١٠ بإنشاء الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية التي حظرت على المحاكم نظر المنازعات الخاصة بإصدار تراخيص الصحف والمجلات وذلك في أثناء الجلسة الأولى التي نظرت فيها محكمة الموضوع دعواه التي رفعها، والتي يطلب فيها إلغاء القرار الإداري السلبي يرفض الترخيص بإصدار الصحيفة التي صدرت

١. الطعن الدستوري رقم ١٩٩٤/٢، جلسة ١٩٩٤/٦/٢١.

٢. طعن الدستوري رقم ١٩٩٤/٤، جلسة ١٩٩٤/١١/٥. انظر في تفصيل هذا الطعن: د. عادل الطبطبائي، المحكمة الدستورية الكويتية، مرجع سابق ذكره، ص ٢٧٠ - ٢٧١.

٣. الطعن الدستوري رقم ١٩٨٩/٢، جلسة ١٩٨٩/٦/٢٠ والطعن الدستوري رقم ٢٠٠١/٧، جلسة ٢٠٠٤/٧/٢٦.

٤. الطعن الدستوري رقم ١٩٩٢/١، جلسة ١٩٩٢/٦/٢٧.

عقب حرب تحرير الكويت من الغزو العراقي<sup>(١)</sup>.

## ثانياً: مفهوم الدعوى الدستورية المباشرة منذ تحول اتجاه المحكمة الدستورية عام ٢٠٠٧

يسجل حكم المحكمة الدستورية الكويتية الصادر عام ٢٠٠٧ باكورة أحكامها التي تحولت فيها من مفهومها المتشدد للطعن المباشر، إلى مفهومها الجديد له<sup>(٢)</sup>. وحيث قضت بأن ”الدفع بعدم الدستورية – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو دفع موضوعي، ولا يعدو أن يكون وسيلة من وسائل الدفاع، وأنه يجوز إبدائه في أية حالة تكون عليها الدعوى، ولا مانع يمنع الخصم من إبدائه سواء في صحيفة دعواه، أو في مذكرة مقدمة منه لمحكمة الموضوع وإطلاع الخصم عليها، أو إبدائه مشافهة أمام تلك المحكمة في حضور خصمه وإثبات ذلك بمحضر الجلسة. وأنه ليس من شأن هذا الدفع أنه يترتب عليه حتماً إحالة الأمر تلقائياً إلى المحكمة الدستورية للفصل فيه، بل يبقى دور محكمة الموضوع قائماً في تقدير مدى جديته“<sup>(٣)</sup>.

وهكذا يثير هذا الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية ممثلة في لجنة فحص الطعون، جملة إشكاليات: المفهوم القانوني للتحول أو التغيير القضائي ومقوماته، التحول والتصدي والتحول وحجية الأمر المقضي به، مما ينبغي إيضاحه عبر النقاط التالية:

### (أ) المفهوم القانوني للتحول القضائي ومقوماته:

ينصرف مفهوم التحول القضائي Revirement de jurisprudence إلى الحكم الذي يفرض قاعدة أو حلاً يختلف عن ذلك المتبع في القضية السابقة، وأن القاعدة أو الحل السابق، قد يكون ناتجاً عن سياسة اتبعها القضاء، أو عملية ناتجة عن اتجاهات حكومية أو فقهية<sup>(٤)</sup>. وحيث أن أحكام المحكمة الدستورية ملزمة لجميع السلطات في الكويت ومن بينها المحاكم الأخرى على اختلاف أنواعها ودرجاتها، فضلاً عن الأفراد، فقد يقال إنه لن يثور احتمال تغير اتجاه أحكام المحكمة الدستورية بشأن موضوع سبق أن أصدرت بشأنه حكم. غير أن هذا الفرض يمكن مواجهته – على غرار ما سنراه – بحق المحكمة في التصدي من تلقاء نفسها لبحث الدستورية – أما مقومات أو عناصر التحول القضائي فإنها تدور حول ضرورة أن يكون كل من الحكم القديم والحكم الجديد متناقضين وعلى الرغم من وحدة الموضوع المطروح على القاضي الدستوري. بما مؤداه أنه يجب أن

١. الطعن الدستوري رقم ١/١٩٩٣ جلسة ٢٦/٣/١٩٩٤. ولمزيد من الأمثلة لهذه الحالة انظر: د. عادل الطبطبائي، المحكمة الدستورية الكويتية، مرجع سابق ذكره، ص ٢٨٠.

٢. الطعن الدستوري رقم ١٦/٢٠٠٦، جلسة ٢٧/٥/٢٠٠٧، انظر في تفصيل هذا الحكم والأحكام التالية له: د. عادل الطبطبائي، تحول في مفهوم المحكمة الدستورية الكويتية للطعن المباشر، مرجع سابق ذكره، ص ٢٨ وما بعدها.

٣. لجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية، الطعن رقم ٦ لسنة ٢٠٠٩، جلسة ٣/١٢/٢٠٠٩.

4. Mauly, C., le revirement Pour l'avenir, J.C.P. 1994, n. 3776. P. 328.

انظر أيضاً: د. عادل الطبطبائي، تحول في مفهوم المحكمة الدستورية الكويتية، مرجع سابق ذكره، ص ٢٢.

يكون المبدأ القضائي الجديد الذي تبناه القضاء الدستوري واضحاً على غرار المبدأ القضائي القديم والمستقر عليه لفترة من الزمن، وذلك لكي يتبين مدى وجود تحول حقيقي في القضاء من عدمه، وليس مجرد تطوير القاضي الدستوري حيثيات حكمه الجديد وأسبابه. كذلك يجب أن يكون التحول القضائي نابغاً من إرادة القاضي وغير مفروض عليه سواء بسبب تعديل قانون أو التزامه بأحكام قضائية أعلى منه بما معناه وجود محكمة عليا يخضع لها القضاء الدستوري، وذلك كما هو الحال في المحاكم الدولية أو في المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان والتي تلزم أحكامها القضاء الدستوري في الدول الموقعة على ميثاق إنشاء هذه المحكمة، وعليه فإننا لا نكون بصدد تحول قضائي حقيقي في تحول قرارات المجلس الدستوري الفرنسي نزولاً على أحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان<sup>(١)</sup>. ويضاف إلى ذلك ضرورة التأكيد القضائي اللاحق على حكم التحول حيث تؤكد الأحكام الجديدة وجود عملية التحول القضائي وليس مجرد حالة فردية أو استثنائية<sup>(٢)</sup>.

### (ب) التحول والتصدي:

الواقع أن المحكمة الدستورية قد ترى من الضروري للفصل في النزاع أن تتصدى من تلقاء نفسها لبحث دستورية قانون آخر سبق لها أن قضت بدستوريته. ففي هذه الحالة يمكن للمحكمة الدستورية أن تعيد النظر في أمر هذا القانون وأن تحكم بشأنه بحكم يختلف عما كانت قد حكمت به من قبل. لذلك قضت المادة (٢٧) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩<sup>(٣)</sup> بأنه ”يجوز للمحكمة في جميع الحالات أن تقضي بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها الدستورية“<sup>(٤)</sup>. كذلك توسع المجلس الدستوري الفرنسي في رقابته لدستورية القوانين، وذلك عبر تصديه مباشرة لمسألة الدستورية تأسيساً على المادة الثانية والعشرين من الأمر الصادر في ٧ نوفمبر ١٩٥٨ بشأن القانون الأساسي أو العضوي للمجلس الدستوري، وعلى نص المادة السابعة من اللائحة الداخلية بشأن الإجراء المتبع أمام المجلس الدستوري للمسألة الأولية للدستورية (الرقابة الدستورية اللاحقة على إصدار القانون بمقتضى التعديل الدستوري الفرنسي في ٢٣ يوليو ٢٠٠٨)<sup>(٥)</sup>.

غير أن المشرع الكويتي في قانون إنشاء المحكمة الدستورية وفي المرسوم الخاص بإصدار لائحة المحكمة الدستورية والصادر في ٦ مايو ١٩٧٤، لم ينص بوضوح على حق المحكمة الدستورية في الكويت في

١. د. عبد الحفيظ علي الشيمي، التحول في أحكام القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٨، ص ٢٩.

٢. د. عادل الطبطبائي، تحول في مفهوم المحكمة الدستورية الكويتية، مرجع سابق ذكره، ص ٣٩.

٣. نشر بالجريدة الرسمية - العدد ٣٦ - في ١٩٧٩/٩/٦. وقد تعدل هذا القانون في العديد من المرات آخرها القرار بالقانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠١٤ - الجريدة الرسمية - العدد ١٣ مكرر (د) في ٢٠١٤/٤/١.

٤. انظر في تفصيل هذا النص، د. سعاد محمد أحمد ياسمين، آليات الرقابة الدستورية في النظام الدستوري البحريني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠١٦.

5. Guillaume, M., Le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le conseil constitutionnel, Gazette du Palais, Dimanche, 21 - 23 Fév. 2010, P. 10.

التصدي لبحث مدى دستورية قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة يرتبط موضوعه بموضوع النزاع المتنازع أمامها، على أن يكون هذا التصدي لازماً بالنسبة للطعن محل البحث في مدى دستوريته، وعلى الرغم من أن المشرع الكويتي منح هذا الحق للمحاكم العادية.

**(ج) التحول وحجية الأمر المقضي به:**

تتعلق حجية الشيء المقضي به بالقضية المنظورة أمام القاضي، ومن ثم فإنه لا يمكن الادعاء بأن التحول في الحكم القضائي في المستقبل يناقض هذه الحجية. كما أن الحجية المطلقة لأحكام القضاء الدستوري لا تمنع من التحول القضائي، ذلك أن هذه الحجية لا تعني أن الحكم الدستوري يعد سابقة قضائية لا يجوز العدول عنها<sup>(١)</sup>.

## المبحث الأول

### مباشرة الدعوى الأصلية أمام المحكمة الدستورية الكويتية في ظل إضافة القانون رقم (١٠٩) لسنة ٢٠١٤

#### تمهيد وتقسيم:

تقدم أن القانون رقم (١٠٩) لسنة ٢٠١٤ قد أضاف إلى المادة الرابعة، مادة جديدة برقم (رابعة مكرراً) من قانون إنشاء المحكمة الدستورية لكي يعطي للأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية، حق الطعن بدعوى أصلية أمام المحكمة الدستورية في أي قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة، وذلك في إطار ضوابط نصت عليها ذات المادة المضافة، الأمر الذي يتحقق معه صفة من "ذوي الشأن" التي أشارت إليها صراحة المادة ١٧٣ من الدستور بجانب "الحكومة" ومما يكرس الدعوى الدستورية الأصلية أو المباشرة على النحو السابق بيانه. ومن ثم يكون من الأهمية التعرف على هذه الضوابط في ممارسة الدعوى الدستورية المباشرة، وعلى ضوء كل من القضاء الدستوري الكويتي وموقف الفقه والقضاء الدستوري المقارن، وذلك على نحو التقسيم الآتي:

المطلب الأول: ضوابط ممارسة الدعوى الأصلية أمام المحكمة الدستورية الكويتية.

المطلب الثاني: سلطة القاضي الدستوري في إعمال شروط ممارسة الدعوى الأصلية.

### المطلب الأول

#### ضوابط ممارسة الدعوى الأصلية أمام المحكمة الدستورية الكويتية

#### تمهيد وتقسيم:

تتمثل ضوابط أو شروط الطعن بعدم دستورية أي قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة، وعلى النحو

١. د. عبد الحفيظ علي الشيمي - التحول في أحكام القضاء الدستوري - مرجع سابق ذكره، ص ٧٢-٧٤؛ د. عادل الطبطبائي - تحول في مفهوم المحكمة الدستورية الكويتية، مرجع سابق ذكره، ص ٣٧.

الذي صاغته المادة (الرابعة مكرراً) من القانون رقم (١٠٩) لسنة ٢٠١٤ في ضرورة وجود شبهات جدية للمخالفة للدستور، وأن يكون للطاعن مصلحة شخصية في الطعن، وعلى أن تكون صحيفة الطعن موقعة من ثلاثة محامين مقبولين أمام المحكمة الدستورية. كذلك ضرورة أن يودع الطاعن عند تقديم صحيفة الطعن على سبيل الكفالة خمسة آلاف دينار وبحيث لا تقبل إدارة الكتاب صحيفة الطعن إذا لم تصحب بما يثبت إيداع الكفالة. ويكفي إيداع كفالة واحدة في حالة تعدد الطاعنين إذا أقاموا طعنهم بصحيفة واحدة ولو اختلفت أسباب الطعن. وتعد هذه الشروط لقبول الطعن بعدم الدستورية عن طريق الدعوى الأصلية من جانب الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية، تعبيراً في طبيعتها عن اتصال المسألة الدستورية بالمحكمة الدستورية، مما ينبغي التعرف على المبادئ التي أرستها المحكمة الدستورية الكويتية بصفة عامة، وما نص عليه القانون رقم (١٠٩) لسنة ٢٠١٤ بشأن الدعوى المباشرة وعلى ضوء تطبيقات قضائها وذلك على هذا النحو:

### أولاً: المبادئ التي أرستها المحكمة الدستورية الكويتية لقبول الطعن بعدم الدستورية:

تدور هذه المبادئ حول جدية الطعن بعدم الدستورية، والمصلحة الشخصية. كذلك ضرورة أن يكون الطعن موقفاً من محام مقبول للمرافعة أمام المحكمة الدستورية وذلك دون اشتراط إيداع كفالة مالية. وهو ما سوف نتناوله على هذا النحو:

#### (أ) شرط جدية الطعن:

يستفاد من الاطلاع على الآراء الفقهية بشأن مفهوم جدية الدفع، أن يتحقق القاضي من أنه لا يقصد منه الكيد أو إطالة أمد التقاضي، مما يقتضي التأكد من مسألتين أساسيتين:

أولاً: أن يكون الفصل في مسألة الدستورية منتجاً، بمعنى أن يكون القانون أو اللائحة محتمل التطبيق على النزاع في الدعوى الأصلية على أي وجه من الوجوه، وأن الحكم بعدم الدستورية سيستفيد منه صاحب الشأن في الدعوى المنظورة أمام محكمة الموضوع<sup>(١)</sup>. لذلك أناط المشرع لمحكمة الموضوع سلطة تقدير جدية الدفع، بحيث لها أن تقبل الدفع إذا ما قدرت جديته، أو ترفضه إذا تراءى لها أن الطعن بعدم الدستورية في القانون أو اللائحة لا يتصل بموضوع النزاع. وهنا يمكن للطاعن أن يرفع الأمر إلى لجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية الكويتية لتقرر رأيها في هذا الشأن، فإذا ما أيدت جدية الدفع ترفض قرار محكمة الموضوع ويحال الطعن للمحكمة الدستورية<sup>(٢)</sup>.

١. د. عبد العزيز سلمان، الحق في التقاضي، مرجع سابق ذكره، ص ٢١، د. علي الباز - الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دار الجامعات المصرية - ١٩٧٨، ص ٥٥٦ - ٥٥٧، د. رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري - مطبوعات جامعة الكويت - ١٩٧٨ - ص ٥٢٩، د. صلاح الدين فوزي - الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص ٩٢.

٢. الفقرة الأخيرة من المادة الرابعة من قانون إنشاء المحكمة الدستورية الكويتية رقم (١٤) لسنة ١٩٧٣. وبموجب المادة الثامنة من لائحة المحكمة الدستورية: تشكل لجنة فحص الطعون برئاسة رئيس المحكمة وعضوية أقدم مستشارين بالمحكمة ويتبع أمامها الإجراءات المقررة أمام المحكمة الدستورية.

وقد جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية على أن ”الجدية التي يتطلبها المشرع تنصرف إلى أمرين: ١- أن يكون الفصل في مسألة الدستورية منتجاً بمعنى أن يكون النص القانوني أو اللائحي المطعون على دستوريته متصل بموضوع الدعوى... ٢- ضرورة وجود ما يشير إلى خروج النص القانوني أو اللائحي على أحكام الدستوري أي أن تتحقق المحكمة من أن عدم دستورية النص يجد لها سنداً، فإذا ما ثبت أنه لا شبهة في دستوريته قضت برفض الدفع“<sup>(١)</sup>.

وقد سارت في ذات الاتجاه المحكمة الدستورية الكويتية حيث قضت بأن ”قضاء محكمة الموضوع في جدية الدفع وإحالة إلى المحكمة الدستورية، لا يقيد هذه المحكمة، إذ لا يعتبر قرارها بالجدية فضلاً في توافر شروط قبولها لعدم تعلقه بشروط انعقاد الخصومة الدستورية وإنما يتصل فقط باللائل التي تقوم بها شبهة المخالفة الدستورية والتي يتعين على المحكمة الدستورية أن تتجربها لتقرير صحتها أو فسادها“<sup>(٢)</sup>. وهكذا لا يجب على القاضي في مجال تقدير مدى جدية الدفع، أن يتمسك أو يضع في اعتباره قرينة الدستورية التي تصاحب التشريعات، وإنما على العكس إذا ثار شك حول دستورية النص ولم يستطيع القاضي ترجيحه، فإن ذلك يفسر لصالح عدم الدستورية ولأنه في كل الأحوال تقدير مبدئي<sup>(٣)</sup> بما مفاده حقيقة أنه ينبغي لتحقيق شرط جدية الدفع أن تثور لدى محكمة الموضوع شكوكاً حول دستورية النص المراد تطبيقه على واقعة النزاع، أما مسألة أن يكون الطعن منتجاً أو مؤثراً في الدعوى الموضوعية، فإن هذا الأمر يرتبط بالأحرى بشرط المصلحة<sup>(٤)</sup>، على النحو الذي سنراه.

### (ب) شرط المصلحة الشخصية في الدفع الفرعي:

يعتبر توافر المصلحة في الدعوى الدستورية شرطاً لقبولها. ومناطق هذه المصلحة أن يكون ثمة ارتباط بين طلبات المدعي في دعواه الدستورية وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية. وذلك بأن يكون الحكم الصادر في المسألة الدستورية لازماً للفصل في الطلبات الموضوعية المرتبطة بها والمطروحة على محكمة الموضوع<sup>(٥)</sup>.

وقد جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على الأخذ بهذا المفهوم للمصلحة في الدعوى الدستورية<sup>(٦)</sup>. كذلك تواتر قضاء المحكمة الدستورية الكويتية على أن قبول الدعوى الدستورية، شرطه أن تتوافر

١. حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ٣٠ مايو ١٩٩٩، د. رمزي الشاعر، القضاء الدستوري في مملكة البحرين - دراسة مقارنة - ط. ٢٠٠٣، ص ٣٦٧.

٢. المحكمة الدستورية الكويتية، الطعن رقم ٧/٢٠٠٠، دستوري جلسة ٤/٧/٢٠٠٠، الجريدة الرسمية، الكويت اليوم، ع ٤٧٠ - س ٤٦ - الصادر بتاريخ ٩/٧/٢٠٠٠، ومجموعة الأحكام المؤكدة الأخرى في ذات العدد.

٣. د. عبد العزيز سالم، الحق في التقاضي وطرق تحريك الدعوى الدستورية، مرجع سابق ذكره، ص ٣٢.

٤. د. عادل الطببائي، المحكمة الدستورية الكويتية، مرجع سابق ذكره، ص ٣٣٠.

٥. د. حنفي علي جبالي، الدعوى الدستورية، ٢، المصلحة الدستورية - الدستورية - العدد الثالث - السنة الأولى - ٢٠٠٢، ص ١٤، د. عادل عمر شريف، قضاء الدستورية، القضاء الدستوري في مصر، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٩، ص ٤٣٨.

٦. انظر على سبيل المثال: حكم المحكمة الدستورية العليا - في القضية الدستورية رقم ١٢٧ السنة الثامنة عشرة القضائية - بجلسة

لدى الطاعن مصلحة شخصية مباشرة مرتبطة بمصلحته في الدعوى الموضوعية التي أثير فيها الدفع بعدم الدستورية، والتي يؤثر الحكم فيه على الحكم فيها<sup>(١)</sup>.

### (ج) الصفة في رفع الدعوى الدستورية:

لا تعتبر الدعوى الدستورية من قبيل الدعاوى العادية، وإنما لها نوعيتها الخاصة المغايرة لسائر الدعاوى وتستلزم تفردها بإجراءات خاصة تتفق وطبيعتها، ويقتضي الأمر ألا ترفع إلا من صاحب الشأن شخصاً أو ممن يوكله صراحة في تحريكها نيابة عنه، أو ممن يمثل الشخص المعنوي المخول في هذا الشأن. ومن ثم متى كانت عبارة التوكيل قد حددت للوكيل القيام بأمر معينة نيابة عن الموكل ولم يذكر من بينها تحريك الدعوى الدستورية، فإن مفهوم ذلك أن ما سكت الموكل عن ذكره في معرض التخصيص يكون خارجاً عن حدود الوكالة، ولا يجدي في هذا الشأن تضمين التوكيل تحويل الوكيل اتخاذ جميع الإجراءات الرسمية والقانونية التي تحتاج إليها الدعاوى ليسوغ للوكيل إقامة الدعوى الدستورية بطريق الدفع، ذلك أن تحريك هذه الدعوى ليس من قبيل الإجراءات الرسمية والقانونية المتعلقة بالدعوى<sup>(٢)</sup>.

وقد استلزم قانون المحكمة الدستورية العليا في المادة (٣٤) منه، أن تكون الطلبات وصحف الدعاوى التي تقدم إلى المحكمة الدستورية العليا موقفاً عليها من محام مقبول للحضور أمامها أو عضو بهيئة قضايا الحكومة بدرجة مستشار على الأقل<sup>(٣)</sup>.

### ثانياً: تطبيقات المحكمة الدستورية الكويتية للمادة (الرابعة مكرراً) من قانون رقم ١٠٩ لسنة ٢٠١٤

أضاف هذا القانون إلى جانب ضرورة توافر شروط قبول الدعوى الدستورية – والتي سنقف عليها – أن يعرض الطعن على المحكمة منعقدة في غرفة المشورة، فإذا رأت أنه يخرج عن اختصاصها أو أنه غير مقبول شكلاً أو أنه غير جدي، قررت عدم قبوله ومصادرة الكفالة بقرار غير قابل للطعن بأسباب موجزة ويثبت في محضر الجلسة. وإذا رأت المحكمة غير ذلك حددت جلسة لنظر الطعن. وقد صدرت عن المحكمة الدستورية عدة تطبيقات أظهرت فيها هذه الشروط لممارسة الدعوى الدستورية بالطريق المباشر والتي نذكر منها على سبيل المثال: الطعن المباشر بعدم دستورية القانون رقم (٢) لسنة ٢٠١٦ في شأن إنشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد والأحكام الخاصة بالكشف عن الذمة المالية، حيث كشفت المحكمة الدستورية من ناحية عن توافر شرط المصلحة الشخصية المباشرة وهم في هذه الدعوى ”رجال القضاء بصفتهم المخاطبين بأحكام القانون المطعون فيه (ثلاثة مستشارين)، ومن ناحية أخرى أسباب الطعن بعدم الدستورية للنصوص التي شملتها صحيفة الطعن. كذلك

١. انظر على سبيل المثال: الطعن رقم ٨٩/٢ دستوري، جلسة ١٩٨٩/٦/٢٠، المحكمة الدستورية، المجلد الأول، ص ١٠٧.

٢. المحكمة الدستورية – الطعن رقم ٩٧/١٤ دستوري – جلسة ١٩٩٧/٣/٨ – مجموعة الأحكام الدستورية – المجلد الأول – الأحكام الدستورية في الفترة من ١٩٧٩/٥/١٢ حتى ١٩٩٧/٣/٨، ص ٣٠٥.

٣. وقد استبدلت عبارة هيئة قضايا الدولة بعبارة إدارة قضايا الحكومة بموجب القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٨٦، انظر: دستور جمهورية مصر العربية والقوانين الأساسية المكملة – ط. ٢٠١٥ – دار العربي، ص ٣٢٢.

انعقاد المحكمة في غرفة المشورة لعرض الطعن على المحكمة، والتي خلصت فيه إلى قيد الطعن في سجل المحكمة وإخطار الحكومة بذلك باعتبارها من ذوي الشأن. وفي ردها على أسباب الطعن بعدم الدستورية والتي تمثلت في مخالفة مبدأ المساواة، انتهاك الحق في الخصوصية واعتداء على الحرية الشخصية ومخالفة لمبدأ أصل البراءة، حيث ألزمت النصوص المطعون عليها الخاضعين لأحكام القانون بتقديم إقرارات بعناصر ذمتهم المالية وافترضت سوء النية فيهم لمجرد تقديم بلاغ ضد أي منهم بارتكاب جريمة فساد، ناقلة إليه عبء إثبات براءته. وتركت تقدير جدية هذا البلاغ لموظفي الهيئة وهم لا يشغلون وظيفة قضائية ولا يتمتعون بأية حصانة، وقضت المحكمة بأنه: "أن الأصل في سلطة المشرع فيما يتعلق بموضوع تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية يفاضل المشرع من خلالها بين بدائل متعددة مرجحاً من بينها ما يراه أكفل لتحقيق المصالح المشروعة التي قصد إلى حمايتها وليس ثمة قيد على مباشرة المشرع لسلطته هذه إلا أن يكون الدستور قد فرض في شأن ممارستها ضوابط محددة أو قيوداً معينة لا ينبغي تجاوزها... وأن ما قرره القانون من ضمانات للقضاة لا يجوز أن يكون موطناً لحمايتهم من المسؤولية عما قد يقع من عثرات تخل بشروط توليهم القضاء وقيامهم على أداء رسالته<sup>(١)</sup>.

## المطلب الثاني سلطة القاضي الدستوري في أعمال شروط ممارسة الدعوى الأصلية

### تمهيد وتقسيم:

تستوجب دراسة هذا المطلب أن نستعيد وبقدر من الإمعان، بيان موقف المحكمة الدستورية الكويتية في قضائها بشأن تطبيق أحكام القانون رقم (١٠٩) لسنة ٢٠١٤. بما مؤداه أن نقف من ناحية على أحكام المحكمة الدستورية في تناولها لمفهوم شرط المصلحة الشخصية المباشرة، كشرط لقبول الدعوى الدستورية الأصلية، ومن ناحية أخرى على تفسيرها لأحكام مخالفة الدستور، كشرط موضوعي لتأسيس هذه الدعوى. كذلك يكون من المفيد إلقاء الضوء على ممارسة الرقابة الدستورية المباشرة والمعمول بها في النظام الدستوري الفرنسي منذ صدور دستور الجمهورية الخامسة، وذلك فيما يتعلق بالقوانين العادية قبل إصدارها. وعليه تقتضي دراسة هذا المطلب أن نتناول النقاط التالية:

### أولاً: مفهوم شرط المصلحة الشخصية المباشرة في الدعوى الدستورية الأصلية:

يعد من المبادئ المستقرة لقبول أي طعن مباشر أو غير مباشر أمام المحكمة الدستورية ذاتها أو أي جهة أدنى مرتبطة بها أو بالدعوى الدستورية، أن يكون للطاعن صفة ومصلحة شخصية في الطعن بعدم الدستورية ضد القانون أو اللائحة. وهو أمر لا يُفترض ولا يبنى على القرائن، بل لا بد أن يكون

١. لمحكمة الدستورية - الطعن المباشر - برقم (٤) لسنة ٢٠١٧ "طعن مباشر دستوري" - جلسة ٢٠١٧/١١/٨.

بيناً وجلياً ومباشراً ليتم قبول الطعن بعدم الدستورية<sup>(١)</sup>. وتعرف الصفة لدى شراح قانون المرافعات بأنها ”أن تتسب الدعوى إيجاباً لصاحب الحق في الدعوى وسلباً لمن يوجه الحق في الدعوى في مواجهة“<sup>(٢)</sup>. وعليه فإنه يجب لقبول الدعوى توافر الصفة بأن ترفع الدعوى من ذي صفة على ذي صفة.

وقد تباينت آراء الفقهاء بشأن مدلول كل من الصفة والمصلحة، فمنهم من ينظر إليهما على أنهما شرطان منفصلان ومنهم من يعتبرهما مندمجين، منظوراً إلى الصفة على أنها شرط في المصلحة. ويرتد هذا الخلاف إلى طبيعة كل من الدعاوى العادية والدعاوى الموضوعية، أي تلك التي تستهدف إلغاء النص الطمعي. ففي مجال الدعاوى العادية يجب أن تستند المصلحة إلى حق تم الاعتداء عليه أو مهدد بالاعتداء عليه. في حين يكفي في الدعاوى العينية أو دعاوى الإلغاء توافر الصفة وذلك من واقع اندماج كل من الصفة والمصلحة معاً، وهو ما أكدته الفقه وأحكام القضاء الإداري في كل من مصر وفرنسا<sup>(٣)</sup>. وصاغه الفقه الدستوري في مجال الدعوى الدستورية الأصلية أو المباشرة. تأسيساً على أن حق الطعن بعدم الدستورية مقترن بالحق في التقاضي في الأنظمة الرقابية اللامركزية ”القضاء الدستوري غير المتخصص“، كما في الولايات المتحدة. ومن ثم فإن اشتراط توافر مصلحة شخصية مباشرة لرافع الدعوى يعتبر شرطاً ضرورياً للطعن بعدم الدستورية. أما في الأنظمة المركزية لرقابة الدستورية ”القضاء الدستوري المتخصص“، فإن مفهومها والغاية منها ”إلغاء التشريع غير الدستوري“ يستوجب الاكتفاء بالصفة المفترضة لكل مواطن في تحريكها، بحيث يكون لكل شخص طبيعي، أو معنوي الحق في الطعن المباشر أمام المحكمة الدستورية دون تطلب أي شرط يذكر إذا ما تراءى مخالفة النصوص التشريعية للدستور، على اعتبار أن لكل شخص مصلحة في الدفاع عن الشرعية الدستورية، بما مؤداه أن صفة المواطنة هي مناط للطعن مباشرة، وذلك على خلاف الخصومة في المنازعات المدنية والتجارية بين الأفراد وبعضهم، إذ أن مناطها الدفاع عن الحقوق المكتسبة المفترى عليها<sup>(٤)</sup>. وما يدعم ذلك أن الدساتير المعاصرة قد نصت صراحة على اختصاص المحكمة أو الجهة التي تنشئها بغرض الحفاظ على الشرعية الدستورية، وتحيل إلى المشرع العادي تحديد الاختصاصات الفرعية الأخرى.

١. د. محمد عبد المحسن المقاطع بصدد تعليقه على حكم المحكمة الدستورية في الطعن رقم (٦) لسنة ٢٠١٨ والصادر في ٢٠١٨/١٢/١٩ - مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - السنة السادسة - العدد ٤ - ديسمبر ٢٠١٨ ، ص ٢٩.
٢. د. فتحي والي - الوسيط في قانون القضاء المدني - مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي - ٢٠٠٩ - ص ٥٨.
٣. د. سليمان محمد الطماوي - القضاء الإداري - الكتاب الأول - قضاء الإلغاء - ١٩٨٦ ، ص ٤٣٥، د. يحيى عيد النمر - شرط المصلحة في دعوى الإلغاء بين توسيع القضاء وتضييق المشرع - مجلة القانون والاقتصاد - العدد (التسعون) - ٢٠١٧ ، ص ١٩٠.
٤. د. عصمت عبد الله الشيخ - مدى استقلال القضاء الدستوري - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٩ - ص ١١٢ ، د. يسري محمد العصار - شرط المصلحة في دعوى الإلغاء وفي الدعوى الدستورية - القاهرة - دار النهضة العربية - ١٩٩٤ - ص ٥٩. وفي الفقه الدستوري الفرنسي:

M. Troper , Justice constitutionnelle, RFDC, No 1. 1990.

وعليه، فإنه يكون من الأهمية بمكان إظهار هذا المفهوم لشرط المصلحة لقبول الدعوى الدستورية الأصلية أو المباشرة في قضاء المحكمة الدستورية الكويتية ومن خلال الأحكام التالية:

في حكمها الصادر في جلسة ٨ من نوفمبر ٢٠١٧ في الطعن المباشر بعدم دستورية القانون رقم (٢) لسنة ٢٠١٦ في شأن إنشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد والأحكام الخاصة بالكشف عن الذمة المالية، قبلت المحكمة الدستورية الطعن المقدم من رجال القضاء بصفتهم من المخاطبين بأحكام القانون المطعون فيه. ثم عكفت على تنفيذ أسس الطعن على النحو الذي أودعه الطاعنون في صحيفة دعواهم<sup>(١)</sup>.

في حكمها الصادر في جلسة ٥ أكتوبر ٢٠١٧، قبلت المحكمة الدستورية الطعن المباشر بعدم دستورية القانون رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٥ في شأن البصمة الوراثية، والمقدم من الطاعن (...). باعتباره كويتي الجنسية، ومن المخاطبين بأحكام هذا القانون، حيث أُلزم من خلاله جميع المواطنين والمقيمين والزائرين وكل من دخل الأراضي الكويتية بإعطاء العينة اللازمة لإجراء الفحص متى طلب منهم ذلك<sup>(٢)</sup>.

وعليه فإن إدماج شرط الصفة في شرط المصلحة وذلك على غرار ما تواترت عليه أحكام المحكمة الدستورية لقبول الدعوى الدستورية المباشرة، وما يدعم ذلك القول ما أقرته المحكمة الدستورية في أنه «لا يتصور لا واقعاً ولا قانوناً التدخل اختصاصياً أو انضمامياً في الطعون المباشرة الدستورية الموجهة أصلاً إلى التشريع ذاته أو القول بإمكان المحكمة إدخال خصم فيها ليصدر الحكم في مواجهته...»<sup>(٣)</sup>.

## ثانياً: موقف المحكمة الدستورية من مخالفة أحكام الدستور كشرط موضوعي لتأسيس الطعن المباشر بعدم الدستورية:

يقضي تأسيس الدعوى الدستورية - أصالة - سواء بطريق الطعن المباشر أو عن طريق الدفع بعدم الدستورية مخالفة أحكام الدستور. ومن ثم تقف المحكمة الدستورية على تنفيذ ما يستند إليه الطاعن في صحيفة طعنه لإظهار ما يؤسس حكمها بعدم الدستورية أو برفض الطعن - ففي حكمها الصادر في جلسة ٨ من نوفمبر ٢٠١٧ في الطعن المباشر بعدم دستورية القانون رقم (٢) لسنة ٢٠١٦ في شأن إنشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد والأحكام الخاصة بالكشف عن الذمة المالية والسابق الإشارة إليه. ردت المحكمة الدستورية على الأسس التي استند إليها الطاعنون في

١. دولة الكويت - المحكمة الدستورية - جلسة ٨ من نوفمبر ٢٠١٧ في الطعن المباشر والمقيد في سجل المحكمة الدستورية برقم (٤) ٢٠١٧.

٢. دولة الكويت - المحكمة الدستورية - جلسة ٨ من نوفمبر ٢٠١٧، في الطعن المقيد في سجل المحكمة الدستورية برقم (٤) لسنة ٢٠١٧ "طعن مباشر دستوري"، وفي ذات المعنى انظر: المحكمة الدستورية في الطعن المباشر بعدم دستورية القانون رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٥ في شأن البصمة الوراثية - والمقيد في سجل المحكمة الدستورية برقم (٦) لسنة ٢٠١٦ - جلسة ٥ أكتوبر ٢٠١٧.

٣. حكم المحكمة الدستورية الصادر في ١٦ من ديسمبر ٢٠١٥ - في الطعن المباشر بعدم دستورية القانون رقم (٢٤) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم التعليم العالي في جامعة الكويت والهيئة العامة للتعليم التطبيقي والتدريب والتعليم في المدارس الخاصة - والمقيد في سجل المحكمة الدستورية برقم (١٣) لسنة ٢٠١٥.

مخالفة القانون المطعون عليه للعديد من مواد الدستور منها مخالفته للمادة (٢٩) والتي كرست مبدأ المساواة والمادة (٣٠) في شأن كفالة الحرية الشخصية. بقولها: ”أن الأصل في سلطة المشرع فيما يتعلق بموضوع تنظيم الحقوق - في قضاء هذه المحكمة - أنها سلطة تقديرية يفاصل المشرع من خلالها بين بدائل متعددة مرجحاً من بينها ما يراه أكفل لتحقيق المصالح المشروعة التي قصد إلى حمايتها، وليس ثمة قيد على مباشرة المشرع لسلطته هذه إلا أن يكون الدستور قد فرض في شأن ممارستها ضوابط محددة أو قيوداً معينة لا ينبغي تجاوزها... وأن ما قرره القانون من ضمانات للقضاة لا يجوز أن يكون موطناً لحمايتهم من المسؤولية عما قد تقع من عثرات تخل بشروط توليهم القضاء وقيامهم على أداء رسالته... كما رأى أن يكون للسلطة التنفيذية الحق في إصدار القرارات الإدارية في بعض شؤون القضاة وفي مقابل ذلك تخضع السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية لرقابة القضاء...“ ومتى كان ما تقدم وكان التزام أعضاء السلطة القضائية بأحكام القانون - باعتبارهم من الخاضعين لأحكامه - لا يتضمن أي مساس باستقلالهم ولا يجردهم من الضمانات الأساسية التي كفلها لهم الدستور والقانون، إذ يظل اتخاذ أي إجراء قبلهم معقوداً لجهة قضائية هي النيابة العامة بعد اتباع ما استلزمه القانون من إجراءات... أما عن القول بانتهاك نصوص القانون المطعون فيه الحق في الخصوصية واعتدائها على الحرية الشخصية. فمردود، بأن القانون إذا استهدف تحقيق غاية وطنية تقتضيها المصلحة العامة للبلاد في مكافحة الفساد صيانة للوظيفة العامة، لا يعد انتهاكاً للحق في الخصوصية والحرية الشخصية، أما عما آثراه الطاعنون من وجوب إخضاع من هم في درجة وزير ويعملون في جهات ذات أهمية ولا يشغلون وظيفة تنفيذية لأحكام ذلك القانون أو استبعاد أعضاء السلطة القضائية من الخضوع لأحكام القانون، فمردود بأن ذلك في حد ذاته لا يعد مثلاً دستورياً، إذ أن دور هذه المحكمة لا يتجاوز وظيفتها القضائية بمعاييرها وضوابطها إلى وظيفة التشريع. وهكذا خلصت المحكمة الدستورية إلى رفض الطعن مع مصادرة الكفالة والذي قدمه عدد من المستشارين بصفتهم مخاطبين بأحكام القانون المطعون فيه وهو ما يوفر لهم المصلحة في الطعن عليه بعدم دستوريته.

كذلك استندت المحكمة الدستورية في حكمها الصادر في جلسة ٥ أكتوبر عام ٢٠١٧ في الطعن المباشر بعدم دستورية القانون رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٥ في شأن البصمة الوراثية والسابق الإشارة إليه، على ما أسس عليه الطاعن طعنه في أن هذا القانون جاء مخالفاً لأحكام الدستور، في المادة (٣٠) منه والتي تكفل الحرية الشخصية، وفي المادة (٣١) والتي تحمي حق الإنسان في حماية جسده من الاعتداء. تأسيساً على أنه ”من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أنه وإن كان غموض النصوص التشريعية عامة يعيبها، إلا أن غموض النصوص لاسيما المتعلقة منها بنصوص جزائية خاصة وانغلاق فهمها يصممها بعدم الدستورية، لما يمثله ذلك من إخلال بالجوانب القانونية الجزائية بقيمتها وضوابطها وإهدارها وقواعدها الإجرائية والتي تعتبر وثيقة الصلة بالحرية الشخصية. وحيث إنه متى كان

ذلك، وكان المشرع بموجب المواد محل الطعن من قانون البصمة الوراثية سالف البيان، قد فرض على جميع المواطنين والمقيمين والزائرين وكل من دخل الأراضي الكويتية التزاماً بإعطاء العينة الحيوية اللازمة لإجراء فحص البصمة الوراثية متى طلب منهم ذلك وخلال الموعد المحدد لكل منهم، وفرض عقوبة على كل من يمتنع منهم عن إعطاء تلك العينة عمداً ودون عذر مقبول، وأوجب تسجيل نتائج الفحوصات التي تجري في هذا الشأن في قاعدة بيانات البصمة الوراثية التي تنشأ بوزارة الداخلية وتخصص لحفظ جميع البصمات الوراثية، مما مؤداه أن تصبح هذه السجلات التي تحوي قاعدة بيانات البصمات الوراثية بمثابة سجلات تكشف أمور الحياة الخاصة لكل من تواجد على الأراضي الكويتية باعتبار أن البصمة الوراثية لكل إنسان تحوي كل صفاته الشخصية التي تميزه عن غيره، وهو ما يمثل انتهاكاً صارخاً للحرية الشخصية التي حرص الدستور على صونها. كما جاءت النصوص محل الطعن عامة يطبق حكمها على جميع الأشخاص سألني البيان دون رضاهم بشأن ما أمروا به أو حتى صدور موافقة أو إجازة سابقة منهم. ولا يغير من ذلك ما قد يسهم فيه ذلك القانون عند تطبيقه من الحفاظ على الأمن والمساعدة في كشف الجرائم وتحديد ذاتية مرتكبيها والتعرف على هوية الجثث المجهولة، إذ أن ممارسة الدولة لحقها في حماية الأمن العام يحده حين ممارسته، حق الفرد الدستوري في كفالة حرية الشخصية، بما يقتضيه ذلك من الحفاظ على كرامته واحترام مناطق خصوصيته“. ومن ثم انتهت المحكمة الدستورية في حكمها بعدم دستورية المواد محل الطعن من القانون رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٥ في شأن البصمة الوراثية. وبسقوط باقي مواد القانون لارتباطها بالمواد المقضي بعدم دستورتها ارتباط لزوم لا انفصام فيه.

## المبحث الثاني موقف الفقه والقضاء الدستوري المقارن من الدعوى الدستورية المباشرة

تمهيد وتقسيم:

لم يأخذ قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ في شأن تنظيم الإجراءات المتبعة في مباشرة رقابتها الدستورية، بأسلوب الدعوى المباشرة، مما أثار انتقادات الفقه الدستوري المصري. أما المشرع الدستوري الفرنسي، فقد تفرّد بأسلوب الرقابة السياسية السابقة على إصدار القوانين أمام المجلس الدستوري الذي أنشئ عام ١٩٥٨، وذلك بصورة مباشرة من جانب إحدى السلطات العامة: رئيس الجمهورية، رئيس الوزراء، رئيس الجمعية الوطنية، رئيس مجلس الشيوخ. أو ستين نائباً أو ستين عضواً من أعضاء مجلس الشيوخ، وقد اكتمل طريق الطعن بعدم الدستورية بمقتضى الرقابة اللاحقة على أثر التعديل الدستوري المؤرخ في يوليو ٢٠٠٨<sup>(١)</sup> وهو ما يقتضي إيضاحه أيضاً بصورة موجزة فيما يتعلق بتكليف المجلس الدستوري الفرنسي وقضائه، ذات المعنى والدلالة بشأن هذا التكليف وذلك عبر مطلبين:-

المطلب الأول: موقف الفقه الدستوري المصري.

المطلب الثاني: موقف الفقه والقضاء الدستوري الفرنسي.

## المطلب الأول موقف الفقه الدستوري المصري

موقف الفقه الدستوري المصري من أسلوب الدعوى الدستورية المباشرة:

يستند الفقه الدستوري إلى مبدأ الحق في التقاضي الذي يعتبر من الحقوق الدستورية الجوهرية للتسليم بضرورة تحريك الدعوى الدستورية المباشرة مع مراعاة بعض الضوابط والتي سنراها في المبحث التالي. ويمكن إجمال آراء الفقه الدستوري في هذا الشأن عبر هذه النقاط:

١- أنه من الأوفق أن يأخذ المشرع المصري بطريق الدعوى الأصلية إلى جانب الطرق الثلاث لاتصال المحكمة الدستورية العليا بالمسألة الدستورية، إذ أنه ليس من شأن إساءة استخدام المواطنين لحق أصيل<sup>(٢)</sup>، كحق التقاضي في شأن دستورية أو عدم دستورية القوانين حرمانهم من هذا الحق بصفة مطلقة، وإنما ينبغي بالأحرى تنظيمه مع وضع بعض الضمانات لعدم إساءة استعمال هذا الحق<sup>(٣)</sup>.

١. المادة (٦١) من دستور الجمهورية الخامسة الفرنسية (١٩٥٨) والمضاف إليها الرقابة الدستورية اللاحقة بموجب التعديل الدستوري المؤرخ في ٢٣ يوليو ٢٠٠٨.

٢. انظر في هذا المعنى: محاضرة المستشار ممدوح عطية، دراسة تحليلية مقارنة للمحكمة الدستورية العليا، المنشورة بالجزء الأول من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

٣. د. عبد العزيز سالم، الحق في التقاضي وطرق تحريك الدعوى الدستورية - الدستورية - العدد الثامن عشر - السنة الثامنة - أكتوبر ٢٠١٠، ص ٣٤.

٢- تتميز الدعوى الدستورية المباشرة والتي يطلق عليها الرقابة الدستورية الهجومية أو رقابة الإلغاء، كما يطلق عليها الرقابة المجردة حيث لا ترتبط بنزاع مطروح أمام القضاء، بأنها تتضمن طعنًا بعدم دستورية قانون أو لائحة فور صدورهما ونشرهما دون انتظار تطبيقهما على الحالات الواقعية، ثم المنازعة فيهما بمناسبة انطباقهما على هذه الحالات. وإذا ما قررت جهة القضاء الدستوري مخالفة هذا القانون أو اللائحة للدستور، فإنها تقضي بإلغائهما ويتمتع الحكم الصادر عنها بحجية مطلقة في مواجهة الكافة. لذلك يتميز أسلوب الدعوى الدستورية المباشرة أيضاً بأنه يتفادى النتائج التي تترتب على تطبيق القانون أو اللائحة المخالفين للدستور خلال فترة قد تطول قبل أن يصدر حكم بعدم دستوريتهما في دعوى دستورية بناء على دفع فرعي أو إحالة من جانب قضاء الموضوع<sup>(١)</sup>.

٣- إن أسلوب الدعوى الدستورية المباشرة باعتباره دعوى هجومية لإلغاء التشريع المخالف للدستور، يعد وسيلة جذرية (radical) لإعاقة كافة المحاولات من جانب المشرع لمجاوزة نظامه الدستوري. ومن ثم ترتبط ممارسة الدعوى الدستورية المباشرة دون جدال بمبدأ مركزية رقابة الدستورية، حيث يسمح هذا المبدأ بإعطاء حل واحد ونهائي للمسألة الدستورية، مما يجيز تحقيق وحدة القضاء الدستوري<sup>(٢)</sup>.

٤- إن أساليب تحريك الدعوى الدستورية الأخرى التي تبناها المشرع المصري تحقق - على الرغم من أهميتها - مزايا أقل من تلك التي تحققها الدعوى المباشرة، حيث لا يمارس الأفراد أي دور في حالة تحريك الدعوى الدستورية بطريق الدفع الفرعي أو بطريق الإحالة لاسيما مع سلطة المحكمة الموضوعية في تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية، وذلك من واقع احتمال هذه السلطة في حرمان الأفراد من حق اللجوء إلى المحكمة الدستورية. ولتفادي هذا الحرمان أتاحت بعض الأنظمة القانونية (قانون المحكمة الدستورية الكويتي) للأفراد حق الطعن في حكم محكمة الموضوع الذي يرفض الدفع الفرعي المقدم من جانبهم. كما أنه في حالة التصدي تملك المحكمة الدستورية وحدها اللجوء إليه إذا قدرت بمناسبة ممارستها لاختصاصاتها وجود صلة بين النص الذي تصدّى لبحث مدى دستوريته وبين النزاع القائم أمامها<sup>(٣)</sup>.

٥- تتهاجر حجة عدم قبول الدعوى الدستورية المباشرة بحسبان أنها تعمل على إغراق المحكمة الدستورية بسيل من الدعاوى الدستورية غير الجادة أو غير القائمة على أساس سليم، أمام تطبيق نظام الفحص الأولي أو المبدئي للدعاوى الدستورية والذي أدخله المشرع المصري بموجب القانون

١. راجع في تفصيل ذلك: د. يسري العصار، الدعوى الدستورية المباشرة، الدستورية، العدد السابع عشر، السنة الثامنة، إبريل ٢٠١٠، ص ١٧ وما بعدها.

٢. انظر في تفصيل ذلك في الفقه الفرنسي:

Burdeau, G., *Traité de science politique*, Paris, L.G.D.J., Tome 17, Edition 1983, P. 350.

د. نبيلة عبد الحليم كامل - الرقابة القضائية على دستورية القوانين - القضاء الدستوري - دار النهضة العربية - طبعة ١٩٩٣، ص ٤٤ - ٤٥.

٣. لمزيد من التفاصيل بشأن قضاء المحكمة الدستورية العليا في توسعها في استخدام رخصتها في التصدي، انظر: د. يسري العصار، الدعوى الدستورية المباشرة، الدستورية، مرجع سابق ذكره، ص ١٨.

رقم ١٨٤ لسنة ٢٠٠٨<sup>(١)</sup>.

حيث يمنح هذا القانون للمحكمة الدستورية سلطة استبعاد الدعوى الدستورية المباشرة غير الجادة أو غير القائمة على أسباب جدية، ومما يخفف على المحكمة استبعاد الدعاوى التي لا تتوافر فيها الشروط الشكلية وتلك غير القائمة على أسباب جدية<sup>(٢)</sup>.

## المطلب الثاني موقف الفقه والقضاء الدستوري الفرنسي

### أولاً: تكييف المجلس الدستوري الفرنسي وقضائه

لا جدال في تناول الفقه الدستوري، للنظام الدستوري الفرنسي في تنظيمه لرقابة دستورية القوانين بمقتضى دستور الجمهورية الخامسة (١٩٥٨)، على أنه النموذج الأمثل للرقابة السياسية باعتبار أنها تمارس من جانب هيئة سياسية<sup>(٣)</sup> وبصفة سابقة على إصدار القوانين. غير أن المجلس الدستوري الفرنسي يكتسب الطابع القضائي (Juridictionnalis )، حيث يفصل في منازعات بمقتضى إجراء تقليدي، بما مؤداه أن التكييف السياسي له لا يتفق مع المكانة التي يشغلها<sup>(٤)</sup>. ولاسيما مع قضائه المتطور من ناحية، ومع مباشرته حالياً للدعوى الدستورية اللاحقة على صدور القوانين والذي أضافها التعديل الدستوري في ٢٣ يوليو ٢٠٠٨<sup>(٥)</sup>. تأصيل ذلك أن المجلس الدستوري الفرنسي في مباشرته للدعوى الدستورية سرعان ما أخذ مع تطور فلسفة نظام

١. أضاف قانون رقم ١٨٤ لسنة ٢٠٠٨ في شأن تعديل بعض أحكام قانون المحكمة الدستورية، مادة جديدة برقم (٤٤ مكرر) نصها كالآتي: ".... تتعقد المحكمة في غرفة مشورة لنظر الدعاوى التي تحال إليها من رئيس المحكمة والتي ترى هيئة المفوضين أنها تخرج عن اختصاص المحكمة أو أنها غير مقبولة شكلاً أو سبق للمحكمة أن أصدرت حكماً في المسألة الدستورية المثارة فيها. فإذا توافرت إحدى الحالات المتقدمة أصدرت المحكمة قراراً بذلك يثبت في محضر الجلسة مع إشارة موجزة لسببه والأعادتها لهيئة المفوضين لإعداد تقرير في موضوعها". نشر في الجريدة الرسمية العدد ٢٥ مكرر(أ) في ٢٢/٦/٢٠٠٨.

٢. انظر في تفصيل شرح هذا النظام: د. يسري محمد العصار، تعليق على القانون رقم ١٨٤ لسنة ٢٠٠٨، بشأن الفحص الأولي للدعاوى أمام المحكمة الدستورية العليا - الدستورية - العدد الخامس عشر - السنة السابعة - إبريل ٢٠٠٩، ص ٢٧.

٣. نصت المادة (٥٦) من دستور الجمهورية الخامسة على تكوين المجلس الدستوري من نوعين من الأعضاء: أعضاء مدى الحياة وهم رؤساء الجمهورية السابقين وهم أعضاء بقوة القانون وأعضاء يعينون ويبلغ عددهم تسعة أعضاء لمدة تسع سنوات غير قابلة للتجديد، يعين رئيس الجمهورية ثلاثة أعضاء ويعين رئيس الجمعية الوطنية ثلاثة أعضاء ويعين رئيس مجلس الشيوخ ثلاث أعضاء، بحيث يتم تجديد عضوية ثلث الأعضاء كل ثلاثة سنوات. انظر: د. إبراهيم درويش، القانون الدستوري - دار النهضة العربية - الطبعة الرابعة - ٢٠٠٤، ص ١٨٠ وما بعدها، د. فتحي فكري، القانون الدستوري - المبادئ الدستورية العامة، دستور ٢٠١٤ - الكتاب الأول - يوليو ٢٠١٩ - ص ٢٣٥. انظر أيضاً في شأن تكوين المجلس الدستوري واشتماله على شخصيات قضائية:

Gicquel, J. et Eric - Gicquel, J., Droit constitutionnel et institutions Politiques, Montchrestien, Paris Edition 2009, P. 735.

4. Gicquel, J. et Eric - Gicquel, J., op. cit. P. 734

٥. المادة ٦١ - ٢ من دستور الجمهورية الخامسة الفرنسي، انظر:

Denizeau, C., Droit des libertes Fondamentales, yuibert, Paris, Edition 2010, P. 92

الحكم وضعاً أكثر اتساعاً عما أراده له مؤسسو الجمهورية الخامسة عام ١٩٥٨. فهو يمارس رقابته الدستورية على الصعيد العملي على كافة فروع القوانين وتحوز قراراته بمقتضى الدستور حجية مطلقة تجاه كافة سلطات الدولة<sup>(١)</sup>.

وهكذا يظهر بالأحرى أهمية الوقوف على الدور القانوني الذي يقوم به المجلس الدستوري والذي انطلق مع قراره الذي صدر في ١٦ يوليو ١٩٧١ والذي بمقتضاه منح المجلس الدستوري الفرنسي قيمة دستورية لإعلان حقوق الإنسان والمواطن ولديباجة دستور الجمهورية الرابعة (١٩٤٦) والتي أحالت إليهما ديباجة دستور الجمهورية الخامسة، الأمر الذي مهد الطريق للمجلس الدستوري نحو الحماية الدستورية الجادة للحقوق والحريات الأساسية<sup>(٢)</sup>. وقد ساند هذا التقدم ما أجازته التعديل الدستوري المؤرخ عام ١٩٧٤، في إمكانية تحريك رقابة الدستورية السابقة على إصدار القوانين عن طريق ستين نائباً أو عن طريق ستين عضواً من أعضاء مجلس الشيوخ<sup>(٣)</sup>. وعليه يكمن وصف "الرقابة السياسية" التي يمارسها المجلس الدستوري الفرنسي لدستورية القوانين، في واقع ممارستها من جانب سلطات عامة معينة، ومن ثم فهي تتأى عن التكييف القانوني للجهة التي تمارسها، والتي كيفها الفقه الدستور صراحة بالصفة القضائية من واقع الإجراءات المتبعة أمامها وحجية أحكامها، بل من واقع التشكيل لها<sup>(٤)</sup>.

## ثانياً: رقابة الدستورية المباشرة في النظام الدستوري الفرنسي للقوانين العادية قبل إصدارها.

أجازت المادة (٦١) من دستور الجمهورية الخامسة الفرنسية في فقرتها الثانية، إمكانية إحالة القوانين إلى المجلس الدستوري قبل إصدارها وذلك عن طريق رئيس الجمهورية، رئيس الوزراء (الوزير الأول)، رئيس الجمعية الوطنية، رئيس مجلس الشيوخ أو ستين نائباً أو ستين عضواً من مجلس الشيوخ<sup>(٥)</sup>. وهكذا تحتاج هذه المادة إيراد بعض الإيضاحات ذات الأهمية وذلك عبر النقاط التالية:

١. المادة (٦٢) من دستور الجمهورية الخامسة الفرنسية  
٢. وقد جاء هذا القرار بناء على تحريك رقابة الدستورية من جانب رئيس مجلس الشيوخ ضد قانون يشكل اعتداء على حرية تكوين الجمعيات، انظر:

CC. 16 juill 1971, déc. No 71 - 44 - Denizeau, C., op. cit. P. 88

3. Denizeau, C., op. cit. P. 89

٤. د. عاطف البنا، الرقابة القضائية على دستورية اللوائح - مجلة القانون والاقتصاد - جامعة القاهرة - ١٩٧٨، ص ١٩٨.  
٥. وتتعلق الفقرة الأولى من المادة (٦١) من دستور الجمهورية الخامسة الفرنسية بالرقابة الدستورية الملزمة والتي تشمل: القوانين العضوية قبل إصدارها، واقتراحات القوانين المشار إليها في المادة الحادية عشرة من الدستور قبل أن تخضع للاستفتاء، كذلك لوائح مجلسي البرلمان قبل تطبيقها. ويتم إحالة القوانين العضوية التي يتبناها البرلمان إلى المجلس الدستوري إعمالاً لنص المادة (١٧) من القانون العضوي بشأن المجلس الدستوري عن طريق رئيس الوزراء، أما اللوائح الداخلية لمجلسي البرلمان فإن إحالتها للمجلس الدستوري إعمالاً لذات المادة تكون من جانب رئيس المجلس النيابي المعني باتخاذ اللائحة الداخلية أو تعديلها.

يجب أن تكون إحالة مسألة الدستورية من جانب السلطات العامة التي أشار إليها النص، بعد تبني البرلمان نهائياً للقانون، بما مؤداه أن هذه الإحالة توقف مدة إصدار القانون محل الطعن بعدم الدستورية.

وحرى بالإشارة إلى أن هذه الإحالة تجري غالباً من جانب المعارضة وذلك بفضل اتساع نطاقها منذ ١٩٧٤ لتشمل ستون نائباً أو ستون عضواً من أعضاء مجلس الشيوخ<sup>(١)</sup>.

إن القانون الذي لم يتقرر عدم دستوريته قبل إصداره يمكن مع ذلك تقدير دستوريته بعد نفاذه بمناسبة قانون لاحق له يقوم بتعديله أو تكملته أو يتعلق بمجال هذا القانون. وقد أصبحت هذه الرقابة لدستوريته القوانين متاحة للمتقاضين وذلك بواسطة المسألة الأولية من جانب مجلس الدولة أو محكمة النقض حسب الأحوال، حيث كرس التعديل الدستوري في ٢٣ يوليو ٢٠٠٨ آلية أسلوب الرقابة عن طريق الدفع بعد تنقية مسألة الدستورية من جانب مجلس الدولة (عند الدفع أمام القضاء الإداري بعدم الدستورية لنص تشريعي يشكل اعتداءً على الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، أو الدفع بذات المسألة أمام ممارسة محكمة النقض لوظيفتها تجاه القضاء العادي)<sup>(٢)</sup>.  
تقترن مسألة الإحالة للمسألة الدستورية عادة من الناحية العملية بمذكرة شارحة تتناول أوجه عدم الدستورية ويعكف المجلس الدستوري على تنفيذ هذه المذكرة والتعرض لها على وجه الدقة. لذلك تأتي دائماً قرارات المجلس الدستوري على نحو مطول يقوم على مناقشة قانونية في غاية من الدقة وإرساء المبادئ<sup>(٣)</sup>.

تشكل ديباجة دستور الجمهورية الخامسة الفرنسية والتي أحالت إلى إعلان حقوق الإنسان والمواطن المؤرخ عام ١٧٨٩ وديباجة دستور الجمهورية الرابعة الفرنسية المؤرخ عام ١٩٤٦ فضلاً عن ميثاق البيئة الصادر عام ٢٠٠٤ مضمون الشرعية الدستورية، التي يستند إليها المجلس الدستوري في رقابته لدستورية القوانين، والتي تعرف في الفقه الدستوري الفرنسي تحت تسمية "Bloc de constitutionnalite".

أشارت المادة (٦٢) من دستور الجمهورية الخامسة الفرنسية إلى الآثار التي تتقرر على إعلان المجلس الدستوري لعدم الدستورية بقولها: "أن النص الذي يتقرر عدم دستوريته على أساس المادة (٦١) السابق الإشارة إليها لا يمكن إصداره أو تطبيقه".

1. Hamon, F. et Troper, M., Droit const L.G.D.J. Paris, 30 édition, 2007, P. 847.

٢. لمزيد من التفاصيل :

Gicquel, J. et Eric Gicquel, J., Droit const. et institutions Politiques, Montchrestien, Paris, 23e édition 2009, P. 743.

3. Hamon, F. et Troper, M., op. cit. P. 836.

## الخاتمة

تعد الرقابة الدستورية على القوانين واللوائح أسلوب رقابة قضائية مركزية، و بكل تأكيد لها العديد من الإيجابيات، سواء من حيث مضمون هذه الرقابة أو من حيث الإجراءات التي تتبع أمامها وما تسفر عنه أصالة من أحكام قضائية التي تتمتع بحجية مطلقة في مواجهة كافة السلطات العامة والقضائية والأفراد من واقع أنها رقابة إلغاء وليست رقابة امتناع التي تتفق مع أسلوب الرقابة القضائية اللامركزية. وعليه يجب أن يتقرر أسلوب ممارستها بطريق الدعوى الدستورية الأصلي، والتي كرسها في واقع الأمر الدستور الكويتي في المادة (١٧٣) منه بشأن رقابة دستورية القوانين واللوائح.

غير أن قانون المحكمة الدستورية رقم (١٤) لسنة ١٩٧٣ قصر ممارسة هذه الرقابة على مجلس الأمة أو مجلس الوزراء دون الأفراد. ومن ثم يعد القانون رقم (١٠٩) لسنة ٢٠١٤، من أهم الخطوات الإيجابية في مسار رقابة دستورية القوانين أو اللوائح أو المراسيم بقوانين، حيث إضافة ممارسة الدعوى الدستورية الأصلية لكل من الأشخاص الطبيعية أو المعنوية. الأمر الذي يعبر في ذات الوقت عن أهمية اختيار موضوع البحث وإظهار موضوعاته ليس فقط على الصعيد النظري والمقارن، وإنما أيضاً في ضوء تطبيقات المحكمة الدستورية الكويتية في هذا الصدد منذ إصدار هذا القانون المؤرخ عام ٢٠١٤، وحيث إن كل بحث قانوني ينبغي أن يسفر عما يتوصل إليه الباحث من نتائج وتوصيات، فقد أتاح بحثنا إيراد بعض النتائج والتوصيات وذلك على النحو التالي:

### أولاً: النتائج:

لقد أظهر البحث ضوابط وشروط ممارسة الدعوى الأصلية، سواء تلك التي ترتبط بمسألة قبول هذه الدعوى أو ما يتعلق منها بشبهات جدية بمخالفة أحكام الدستور والتي تؤسس موضوعياً الحكم بعدم الدستورية. وبدراسة الضوابط الشكلية لقبول الدعوى الدستورية الأصلية توصل البحث إلى أن مفهوم شرط المصلحة الشخصية المباشرة إنما يتلزم أو يرتبط بشرط الصفة بما معناه أن صفة الطاعن المخاطب بأحكام القانون محل الطعن توفر له المصلحة الشخصية في الطعن عليه بعدم الدستورية.

وتأسيساً على ذلك، فإن الرقابة القضائية المباشرة للدستورية إنما تتضافر قياساً وعلى هدى تطبيقات المحكمة الدستورية الكويتية، مع رقابة إلغاء القرارات الإدارية الفردية منها أو اللائحية، بحسبان أن كلاً منهما يستهدف وغايته إلغاء النص المطعون فيه إعلاءً للشرعية القانونية. وبتعبير آخر ترتبط ممارسة طعون الإلغاء - بصفة عامة - بالشرط العام بأهلية التقاضي والذي نجده ينطبق بصفة خاصة على طعون الأشخاص المعنوية، حيث يلزم لقبول طعونها بالإلغاء أن يكون قد تم تأسيسها بصورة مشروعة. وأن السمة العينية لهذه الطعون إنما تتطلب فقط من الطاعن أن

تكون له مصلحة في الحصول على الإلغاء، بمعنى أن يكون النص محل الطعن له تأثير إيجابي على وضعه الشخصي الذي سيكون عليه، إذا ما تم إلغاء النص الطعين. ذلك أن إعلاء مبدأ الشرعية الدستورية لا يعني حق كل فرد في الطعن، بحيث لا تعد الدعوى الدستورية أو طعون الإلغاء - بصفة عامة - بمثابة دعوى حسبة، وإنما فقط حق الطاعن في عدم تكبده شخصياً عدم المشروعية في كافة مصادرها والتي يعلوها أحكام الدستور.

قد أجازت دراسة الضابط الموضوعي للدعوى الدستورية المباشرة والذي يتمثل - على نحو ما صاغه قانون رقم (١٠٩) لسنة ٢٠١٤ - في ضرورة وجود شبهات جدية لمخالفة أحكام الدستور، أن المحكمة الدستورية الكويتية تصل إلى حكمها في عدم الدستورية عن طريق تفنيدها ما يستند عليه الطاعن في صحيفة طعنه، سواء كان الطعن بطريق الدعوى الأصلية أو عن طريق الدفع بعدم الدستورية. حيث ترد المحكمة الدستورية بالتحليل وعلى وجه الدقة، على نصوص ومبادئ الدستور التي يبني عليها الطاعن دعواه بعدم الدستورية.

مما لا شك فيه أنه يتحقق مع كافة هذه الأمور التي توصلنا إلى إبرازها في هذا البحث المتواضع مبدأ الديمقراطية فيه الإعلاء الحقيقي لمبدأ سيادة القانون والذي يترجع على قيمته الرقابة الدستورية لما يسنه المشرع والسلطة التنفيذية، ذلك المبدأ الذي اتجه إليه - أصالة - المشرع الدستوري الكويتي وانتهى بتقنينه في القانون رقم (١٠٩) لسنة ٢٠١٤، مروراً بالاتجاه الذي سلكته المحكمة الدستورية الكويتية منذ عام ٢٠٠٧ في وقفها فعلاً على حقيقة أن الدعوى الدستورية تعد دعوى عينية، وسيلة من وسائل الدفاع، مما يجوز معه إبداء الطعن الدستوري في صحيفة الدعوى بداءة.

## ثانياً: التوصيات:

يقتضي واقع الأخذ بأسلوب مركزية الرقابة القضائية لدستورية القوانين واللوائح، تلك الرقابة التي تعالج موضوع الدستورية معالجة خالصة، تعميم الأخذ بألية ممارسة هذه الرقابة - إعمالاً لمبدأ الحق في التقاضي - بطريق الدعوى الأصلية ومن ثم يحسب للقانون الكويتي رقم (١٠٩) لسنة ٢٠١٤ تقنينه لما أراده المشرع الدستورية أصالة في مد هذه الرقابة لذوي الشأن، ذلك التعبير الذي ينصرف مباشرة للأشخاص الطبيعية والمعنوية، متى توافرت لديهم ضوابط تحريكها، مما يتحقق معه مبدأ الاستقلال الوظيفي للقضاء الدستوري بكل ما يحمله من معانٍ.

بيد أننا نوصي في المقام الأول بأن يؤخذ بعين الاعتبار ما يعوزه هذا القانون حقاً من آليات تفعيله، حيث ينبغي تخفيف الشروط الشكلية بما تحويه من عبء مالي باهظ، يجعل ممارسة الطعن الأصلي للدستورية قاصراً على من لديه القدرة المالية، لاسيما إذا نظرنا إلى المادة ١٦٦ من الدستور الكويتي والتي تقر بحق التقاضي للناس كافة.

نوصي في المقام الثاني برغبتنا في تقنين المشرع العادي للمصلحة الشخصية التي تتناسب مع هذا الطريق للطعن وباعتباره ليس دعوى حسبة، مما يقتضي تقنين ما اتجهت إليه المحكمة الدستورية الكويتية في هذا الشأن، في ترادف شرط المصلحة الشخصية وتحققه عند توافر صفة الطاعن المخاطب بأحكام النص الدستوري الطعين. ثم ينبغي - إعلاءً لمبدأ الشرعية الدستورية - أن تتصدى المحكمة الدستورية عند نظر الطعن الدستوري المباشر، لكافة أوجه العوار الدستوري والتي تراها لازمة لتأسيس الطعن الدستوري موضوعياً، بحيث لا ينحصر اهتمامها فحسب على ما صاغه الطاعن أو الطاعنون في صحيفة دعواهم.

### قائمة المراجع أولاً: المراجع العربية (أ) الكتب العامة:

١. د. إبراهيم درويش - القانون الدستوري - دار النهضة العربية - القاهرة - ط. ٢٠٠٤.
٢. د. رمزي الشاعر - النظرية العامة للقانون الدستوري - مطبوعات جامعة الكويت - ط. ١٩٧٢.
٣. د. سليمان محمد الطماوي - القضاء الإداري - الكتاب الأول - قضاء الإلغاء - دار الفكر العربي - ط. ١٩٨٦.
٤. د. عبد الفتاح حسن - مبادئ النظام الدستوري في الكويت - دار النهضة العربية - القاهرة - ط. ١٩٦٨.
٥. د. عادل الطبطبائي - النظام الدستوري في الكويت - ط. ١٩٩٨.
٦. د. فتحي فكري - القانون الدستوري - المبادئ الدستورية العامة - الكتاب الأول - جامعة القاهرة - ط. ٢٠١٩.
٧. د. فتحي والي - الوسيط في قانون القضاء المدني - مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي - ط. ٢٠٠٩.
٨. د. يحيى الجمل - النظام الدستوري في الكويت - مطبوعات جامعة الكويت - ١٩٧٠ - ١٩٧١.

### (ب) المراجع المتخصصة:

١. د. عادل الطبطبائي - المحكمة الدستورية الكويتية - لجنة التأليف والتعريب والنشر - الكويت - ط. ٢٠٠٥.
٢. د. عبد الحفيظ علي الشيمي - التحول في أحكام القضاء الدستوري - دار النهضة العربية - القاهرة - ط. ٢٠٠٨.

٣. د. عصمت عبد الله الشيخ - مدى استقلال القضاء الدستوري - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٩.
٤. د. عوض المر - الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية - مركز رينيه جان دي بوي للقانون والتنمية.
٥. د. نبيلة عبد الحليم كامل - الرقابة القضائية على دستورية القوانين - القضاء الدستوري - دار النهضة العربية - القاهرة - ط. ١٩٩٣.
٦. د. يسري محمد العصار - شرط المصلحة في دعوى الإلغاء وفي الدعوى الدستورية - دار النهضة العربية - القاهرة - ط. ١٩٩٤.

### (ج) الرسائل والأبحاث:

١. د. سعاد محمد أحمد ياسين - آليات الرقابة الدستورية في النظام الدستوري البحريني - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ٢٠٠٦.
٢. عادل الطبطبائي - تحول في مفهوم المحكمة الدستورية الكويتية - الطعن المباشر - دراسة مقارنة - مجلة الحقوق - جامعة الكويت - العدد ١٢ لسنة ٣٦ - يونيو ٢٠١٢.
٣. د. عبد العزيز سالم - الحق في التقاضي وطرق تحريك الدعوى الدستورية - الدستورية - العدد السابع عشر - السنة الثامنة - ٢٠١٠.
٤. د. عاطف البنا - الرقابة على دستورية اللوائح - مجلة القانون والاقتصاد - جامعة القاهرة - ١٩٧٨.
٥. د. عادل ماجد بوسيلي - المحكمة الدستورية الكويتية وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية - دراسة تطبيقية تحليلية - مجلة القانون العالمية السنة (٤) العدد (١٣) مارس ٢٠١٤.
٦. د. يسري محمد العصار - الدعوى الدستورية المباشرة - الدستورية - العدد السابع عشر - السنة الثامنة - ٢٠١٠.
٧. د. يسري محمد العصار - الفحص الأولي للدعاوى أمام المحكمة الدستورية العليا - الدستورية - العدد الخامسة عشر - السنة السابعة - ٢٠٠٩.

### ثانياً: المراجع باللغة الفرنسية:

8. Burdeau , G., Traité de science politique , Paris , L.G.D.J., Paris , Tome 17, Edition 1983.
9. Denizeau , C., Droit de libertés Fondamentales , yuibert , Paris , Edition 2010.
10. Gicquel, J. et Eric – Gicquel, J., Droit constitutionnel et institutions Politiques, Montchrestien, Paris , 23e , édition 2009.

11. Hamon , F. et Troper , M., Droit constitutionnel , L.G.D.J. Paris , 30 édition, 2007.
12. Guillaume, M., le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le conseil constitutionnel, Gazette du Palais, Dimanche , 21 – 23 Fév. 2010.
13. Troper, M., Justice constitutionnelle Revue Française de droit constitutionnel, No 1. 1990.

## اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها بمملكة البحرين دراسة تحليلية نقدية في ضوء المرسوم بقانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم إجراءات دعاوى اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها)

الباحث القانوني: عبدالعزيز عبدالله راشد المعاودة

هيئة التشريع والرأي القانوني

إدارة التشريع والجريدة الرسمية

### أهمية البحث:

ترتبط أهمية البحث بالاهتمام الذي أولاه المشرع في مطلع القرن الحادي والعشرين للأسماء والألقاب، فأفرد لها تشريعاً خاصاً ينظم اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها وتبع ذلك إنشاء لجنة تعديل وتصحيح الأسماء والألقاب بقرار من رئيس مجلس الوزراء مما رسم بدوره الإطار العام لاختصاص اللجنة وتشكيلها ذلك الذي يعضد أهمية التنظيم المعني بالأسماء والألقاب.

### مشكلة البحث:

إن مشكلة هذه الدراسة تكمن في تسليط الضوء على اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها حيث يشغل هذا الموضوع أهمية كبيرة في الشارع البحريني لما له من انعكاسات مباشرة وغير مباشرة على حامله، حيث يعد الاسم السمة الأولى التي يميز فيها المجتمع أفراده من جانب، ومن جانب آخر لجسامة النتائج المترتبة على اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها في مملكة البحرين والقصور التشريعي الذي يكشفه الواقع العملي في المرسوم بقانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم إجراءات دعاوى اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها.

### عناصر مشكلة البحث:

إن الغرض من هذه الدراسة هو الإجابة عن التساؤلات الآتية:

ما هو تعريف الأسماء والألقاب وماذا يترتب على اعتبار الاسم حقاً وواجباً؟

كيف يمكن اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها وفقاً لأحكام المشرع البحريني؟

ما هو القصور التشريعي الذي يشوب المرسوم بقانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم إجراءات دعاوى اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها؟

### منهج البحث:

للإجابة عن تساؤلات البحث تم اتباع المنهج الوصفي التحليلي، مسترشداً بحكم التشريع واجتهاد الفقه والقضاء.

## تمهيد وتقسيم:

إن تطورات المجتمع تقتضي أن يواكبها تخصيص قواعد تنظم تلك العلاقات المتشابكة الناتجة عن ذلك التطور، وسن التشريعات هو السبيل الملائم لتنظيم العلاقات في المجتمع، حيث أن تعدد فروع القانون قد كان انعكاساً لتعدد الروابط في المجتمعات، فكلما ازداد حجم جانب من العلاقات في المجتمع، أفردتها المشرع بقانون مستقل يختص بتنظيمها، وذلك السبب الذي يقف وراء تعدد فروع القانون.

حيث أن القانون يعد ضرورة اجتماعية، لا محيص من وجوده لضبط إيقاع العلاقات في المجتمع، ويعد وليداً للحاجة، فكل ما استجدت ظاهرة تحتاج أن يمد المشرع إليها يد التنظيم، قامت الحاجة لسن تشريع جديد أو تعديل تشريع قائم.<sup>١</sup>

ولما ميز الله سبحانه وتعالى الإنسان ومنذ مطلع الخليفة بالاسم واختص نبي الله آدم بعلم الأسماء وهو ما شرفه به على الملائكة<sup>٢</sup> وذلك مصداقاً لقوله تعالى (وَعَلَّمَ آدَمَ الْأَسْمَاءَ كُلَّهَا ثُمَّ عَرَضَهُمْ عَلَى الْمَلَائِكَةِ فَقَالَ أَنْبِئُونِي بِأَسْمَاءِ هَؤُلَاءِ إِنْ كُنْتُمْ صَادِقِينَ)<sup>٣</sup> واهتمت البشرية من بعده بالأسماء والأنساب مما حتم على المشرع البحريني أن يهتم بالأسماء والألقاب في أواخر القرن العشرين فنص على أن (( تختص المحاكم الصغرى بنظر الدعاوى الخاصة بطلب قيد المواليد والوفيات في السجلات الرسمية المعدة لذلك أو بتغيير البيانات المدونة بهذه السجلات ))<sup>٤</sup>.

ثم عاد المشرع ونص صراحة على أنه (( تختص المحكمة الصغرى المدنية بنظر الدعاوى بطلب تغيير أو تصحيح الاسم في السجلات والوثائق الرسمية ))<sup>٥</sup>.

وازداد اهتمامه في مطلع القرن الحادي والعشرين بالأسماء والألقاب، فأفرد لها تشريعاً خاصاً ينظم اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها،<sup>٦</sup> وقد جاء القانون المدني<sup>٧</sup> مؤكداً على ذلك.

١. عليوة مصطفى فتح الباب، الوسيط في سن وصياغة التشريعات، الكتاب الأول، دون طبعة، دار الكتب القانونية، جمهورية مصر العربية، ٢٠١٢، ص ٨٥.

٢. إسماعيل بن عمر بن كثير (٧٠٠هـ/١٣٠٠م)، تفسير القرآن العظيم، الطبعة الثانية، المجلد الأول، دار طيبة، المملكة العربية السعودية، ص ٢٢٢.

٣. سورة البقرة: ٣١.

٤. مرسوم بقانون رقم (٨) لسنة ١٩٧٨ بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية المنشور في الجريدة الرسمية رقم ١٢٨٠، بتاريخ ١٨/٥/١٩٧٨.

٥. مرسوم بقانون رقم (١٥) لسنة ١٩٨٥ بشأن تعديل بعض أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية لسنة ١٩٧١، المنشور في الجريدة الرسمية رقم ١٦٥٥، بتاريخ ٨/٨/١٩٨٥.

٦. المادة (٥) من المرسوم بقانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم إجراءات دعاوى اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها المنشور بالجريدة الرسمية رقم ٢٤٤٧، بتاريخ ١٨/١٠/٢٠٠٠.

٧. مادة (١٦) من القانون المدني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١ الملحق بالجريدة الرسمية رقم ٢٤٧٦، بتاريخ ٥/١٠/٢٠٠١.

وتبع ذلك إنشاء لجنة تعديل وتصحيح الأسماء والألقاب، المنشأة بقرار من رئيس مجلس الوزراء<sup>١</sup> والذي رسم بدوره الإطار العام لاختصاص اللجنة وتشكيلها.

وقد ثار الخلاف بعد صدور المرسوم بقانون المعني بالأسماء والألقاب، المشار إليه أعلاه، حول مدى اختصاص السلطة القضائية بأن تأمر السلطة التنفيذية في إصدار قرار أو تأمرها بأداء ما تختص به أو الامتناع عنه، حيث يقتصر اختصاص السلطة القضائية بالنظر في المنازعات المتعلقة بطلب إلغاء القرارات الإدارية إذا افتقدت شروط صحتها أو بطلب التعويض عنها، إلا أن قضاء محكمة التمييز قد استقر على أن ((المشرع في الفقرة التاسعة من المادة الثامنة من قانون المرافعات قد اختص المحاكم الصغرى بالنظر في الدعاوى بطلب تغيير أو تصحيح الاسم في السجلات والوثائق الرسمية. فإن مقتضى ذلك أن يكون لها إصدار الحكم بإجراء هذا التغيير أو التصحيح إذا كان له مقتضى))<sup>٢</sup>.

وبعد صدور المرسوم بقانون المعني بالأسماء والألقاب، حصر المشرع نطاق تعديل الأسماء والألقاب في المحاكم، وحسناً فعل المشرع البحريني بتضييق اختصاص نظر الدعاوى في المحاكم المختصة، دون أن يترك الأمر دون تنظيم، ((وذلك حماية للعوائل من انتساب أحد أجنبي عنها دون حق))<sup>٣</sup> بأن وضع عدداً من القواعد والشروط التي تعد سبباً يحميها من اعتداء الغير، حيث إن العوائل والقبائل التي تقطن مملكة البحرين هي عوائل وقبائل معروفة و متماسكة.

وتقتضي طبيعة هذا البحث تقسيمه إلى المباحث الثلاث الآتية:

المبحث الأول: ماهية الأسماء والألقاب.

المبحث الثاني: اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها.

المبحث الثالث: القصور التشريعي في المرسوم بقانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم إجراءات دعاوى اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها.

١. قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (١٣) لسنة ٢٠٠١ بشأن لجنة تعديل وتصحيح الأسماء والألقاب المنشور في الجريدة الرسمية رقم ٢٤٧١، بتاريخ ٤/٤/٢٠٠١.

٢. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (١٥٤) لسنة ٢٠٠١.

٣. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٥٢٠) لسنة ٢٠١٠.

## المبحث الأول ماهية الأسماء والألقاب

### تمهيد وتقسيم

تتوجه الدراسة لمناقشة الأسماء والألقاب لذلك كان لزاماً علينا أن نعرض على مدلول الاسم في اللغة ثم نبين مدلوله في الاصطلاح، ثم نبين الخصائص التي تتميز بها الأسماء، حيث يرى جانبٌ من الفقه أنها حقٌّ، بينما يرى الآخر أنها واجبٌ.

لذلك ينقسم المبحث الأول إلى مطلبين وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: تعريف الأسماء والألقاب

المطلب الثاني: خصائص الاسم

### المطلب الأول تعريف الأسماء والألقاب

تختلف مفاهيم الأسماء والألقاب في اللغة والاصطلاح، لذا، نرى الخلاف جلياً في تلك المسألة بين أهل الكوفة وأهل البصرة حيث يرى أهل الكوفة بأنه قد تم حذف الواو من وسم واستبدلت بالهمزة، وأنه قد سمي اسماً لأنه سمة يعرف بها الشيء، بينما يذهب بالمقابل أهل البصرة إلى أنه قد تم حذف الواو من سمو واستبدلت بالهمزة، فأصبحت سما، وأن تسمية الشيء باسمه تكشف معناه<sup>١</sup>، لذلك ناقش في هذا المطلب تعريف الأسماء في الفرع الأول، وثم نتناول تعريف الألقاب في الفرع الثاني، وذلك على النحو الآتي:

### الفرع الأول تعريف الأسماء

#### أولاً: الأسماء لغة

يعرف الاسم بأنه ما يدل على إنسان أو شيء<sup>٢</sup>، وهو ما يعرف به الإنسان أو الشيء ويستدل به عليه، ويعد الاسم وسيلة يتم التعرف من خلالها على الأشياء أو الأشخاص ويعد من جهة أخرى وسيلة نداء ومخاطبة كما قد ذهب أهل الكوفة إلى القول بأن الاسم مشتق من (الوسم) ويقصد بها العلامة، أما أهل البصرة فقالوا إن الاسم مشتق من (السمو) ويقصد به العلو<sup>٣</sup>.

وعرفه ابن مالك في ألفيته بقوله:

(( اسْمٌ يُعَيِّنُ الْمَسْمَى مطلقاً عَلَمُهُ كَجَعْفَرٍ وَخَرْنَقًا ))<sup>٤</sup>

١. إميل بديع يعقوب، موسوعة علوم اللغة العربية، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، الجمهورية اللبنانية، الجزء الخامس، ٢٠٠٦، ص ٢٧٨.

٢. جبران مسعود، معجم الرائد، الطبعة السابعة، دار العلم للملايين، الجمهورية اللبنانية، ١٩٩٢، ص ٧٤.

٣. إميل بديع يعقوب، مرجع سابق، ص ٢٧٨.

٤. محمد بن عبد الله بن مالك الأندلسي، متن الألفية، دون طبعة، المكتبة الشعبية، الجمهورية اللبنانية، دون سنة، ص ٦.

قاصداً بذلك الاسم العلم، ويعني رحمه لله بالمطلق ألا يكون الاسم مرتبطاً بقيد أو قرينة، وقال القلقشندي أن الاسم عند النحاة هو ما دل على مسمى دلالة إشارة، وقد اشتق من السمة، أي العلامة، لأنه يصبح علامة على المسمى يميزه عن غيره أو أن يكون قد اشتق من السمو لأن الاسم يعلو المسمى باعتبار وضعه عليه<sup>١</sup>.

### ثانياً: الأسماء اصطلاحاً

يطلق الاسم اصطلاحاً على كل كلمة تدل على معنى من غير اختصاص بزمان دلالة البيان وحذار اسم لأنه يدل دلالة البيان<sup>٢</sup> وقد عرفه آخرون بما يعرف به الشيء ويستدل به عليه، أو أنه ما دل على معنى في نفسه دون أن يقترن بأحد الأزمنة الثلاثة<sup>٣</sup>.

وعرف بعض الفقهاء الاسم بأنه (( اللفظ الموضوع على الجوهر أو العرض؛ لتفصل به بعضه عن بعض، وذهب السهيلي إلى القول بأنه اللفظ الذي يوضع دلالة على المعنى، بينما قال الزمخشري بأنه ما دل على معنى نفسه دلالة مجردة عن الاقتران، بينما قال أبو بكر بن فورك أن الناس قد اختلفت في حقيقة الاسم فأهل اللغة يعرفونه بأنه حروف منظومة دالة على مفرد، وقد قال المعتزلة بأنه الأقوال الدالة على المسميات))<sup>٤</sup>.

أما سيبويه فقد عرف الاسم بأنه (( رجل وفرس وحائط ))<sup>٥</sup>، وقد ذكر هنا سيبويه أمثلة دون تحديد، ويقصد بالرجل العاقل، بينما يقصد بالفرس غير العاقل، وأما الحائط فيقصد به الجماد<sup>٦</sup>. (( وقد يكون الاسم إما مرتجلاً أو منقولاً، ونعني بمرتجل أن يضعه الواضع على المسمى ابتداء، ومثال ذلك اسم سعاد للمرأة، ونعني بالاسم المنقول كأن يكون منقولاً من اسم شيء آخر مثل اسم الأسد الذي يسمى به الرجل نقلاً عن الحيوان المفترس ويعرف عن العرب بأن أكثر أسمائهم منقولة مما يدور في خزائن خيالهم مثل بكر وهو ولد الناقة))<sup>٧</sup>.

كما ورد الاسم في محكم التنزيل في قوله تعالى (( يَا زَكَرِيَّا إِنَّا نُبَشِّرُكَ بِغُلَامٍ اسْمُهُ يَحْيَى لَمْ نَجْعَلْ لَهُ مِنْ قَبْلُ سَمِيًّا ))<sup>٨</sup>.

١. أبو العباس أحمد القلقشندي، صبح الاعشى في كتابة الإنشا، بدون طبعة، الجزء الخامس، دار الكتب الخديوية، ١٩١٥، ص ٤٢٣.
٢. علي بن عيسى الرماني المعتزلي، رسالة الحدود، تحقيق إبراهيم السامرائي، دار الفكر، عمان، دون سنة، ص ٦٧.
٣. مجموعة من المؤلفين، الموسوعة الفقهية الكويتية، الطبعة الأولى، الجزء الخامس والثلاثين، دار الصفاة، جمهورية مصر العربية، ١٩٩٥، ص ٢٨٩.
٤. جاسم داود السامرائي، العقيدة عند الإمام مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي (٧٢٩ هـ - ٨١٧ هـ = ١٣٢٩ م - ١٤١٥ م)، دار الكتب العلمية، الجمهورية اللبنانية، ٢٠١٩، ص ٢١٧.
٥. محمود أحمد نحلة، الاسم والصفة في النحو العربي والدراسات الأوروبية، دار المعرفة الجامعية، جمهورية مصر العربية، ١٩٩٤، ص ٣.
٦. حسن عبد الغني جواد مفهوم الجملة عند سيبويه، دار الكتب العلمية، بيروت، ص ٢٠٧، ص ١٠٩.
٧. أبو العباس أحمد القلقشندي، مرجع سابق، ص ٤٢٤.
٨. سورة مريم: ٧.

## الفرع الثاني تعريف الألقاب

### أولاً: الألقاب لغة

تعرف الألقاب لغة بأنها جمع لقب ويعنى (( كل وصف برفعة أو ضعة، أو ما دل على مدح أو ذم ))<sup>١</sup>.

وذهب الجرجاني لتعريف اللقب بأنه ما (( يسمى به الإنسان بعد اسمه العلم؛ من لفظ يدل على المدح أو الذم، لمعنى فيه ))<sup>٢</sup>، وعرفه جانب من الفقه بأنه (( الأنبا، كأن يقال لقبته بكذا فتلقب به ))<sup>٣</sup>.

أما ابن منظور فقد ذهب إلى أن (( اللقب يعنى النبز، وهو اسمٌ غير مسمى به، وجمعه ألقاب، ولقب فلان بكذا فتلقب به، كما يقال لقب فلان تلقباً، ولقبْتُ الاسم بالفعل تلقباً إذا جعلت له مثلاً من الفعل كقولك ))<sup>٤</sup>.

وقال القلقشندي إن (( أصل اللقب هو النَّبْزُ بفتح الباء، وعرف النبز ان حاجب النعمان بأنه ما يختاره ويؤثره ويزيد في إجلاله ونباهته، ولكن العامة استخدمت اللقب في موضع النعت الحسن حتى استعملوه في التشريف والإجلال والتعظيم والتكرمة ))<sup>٥</sup>.

### ثانياً: الألقاب اصطلاحاً

يعرف اللقب اصطلاحاً بأنه (( ما أشعر بخسة أو شرف، سواء كان الملقب به صاحبه أو اخترعه له (النابز) ))<sup>٦</sup>. وعرف الشرييني اللقب بأنه (( ما يدعى الاسم به يشعر بضعة المسمى أو رفعتة، والمقصود به الشهرة، والعمدة فيه الاستعمال ))<sup>٧</sup>.

وقد وقعت ألقاب المدح والذم على أشرف الناس ولجة الخلق قديماً وحديثاً وقد ثبت بأن نبي الله إبراهيم قد لقب بالخليل وأن نبي الله موسى قد لقب بالكليم وأن نبي الله عيسى قد لقب بالمسيح وأن نبي الله يونس قد لقب بذي النون وأن الرسول صل الله عليه وسلم قد لقب قبل بعثته بالصادق الأمين، كما لقب العديد من الصحابة، فقد عرف أبو بكر بالصديق، وعمر بالفاروق وخالد بن الوليد

١. محمود أحمد النعيمي، تيسير مصطلح الحديث، مكتبة المعارف للنشر، المملكة العربية السعودية، الطبعة العاشرة، ٢٠٠٤، ص ٢٦٩.

٢. علي محمد الجرجاني، التعريفات، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، الجمهورية اللبنانية، ٢٠١٠، ص ١٩٣.

٣. إسماعيل بن حماد الفارابي، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، الطبعة الرابعة، الجزء الأول، دار العلم للملايين، الجمهورية اللبنانية، ١٩٨٧، ص ٢٢٠.

٤. محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، الطبعة الثالثة، المجلد الحادي عشر، دار صادر، الجمهورية اللبنانية، ١٩٩٣، ص ٧٤٣.

٥. أبو العباس أحمد القلقشندي، مرجع سابق، ص ٤٢٨.

٦. محمد الطاهر بن عاشور، تفسير التحرير والتنوير، دون طبعة، الجزء السادس والعشرون، الدار التونسية للنشر، تونس، ١٩٨٢، ص ٢٤٩.

٧. عبد الحق حميش، مصطلحات الألقاب عند فقهاء المذاهب الأربعة، بحث منشور في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، الصادرة عن جامعة الكويت، العدد ٦٠، ٢٠٠٥، ص ٢٧٩.

عرف بسيف الله المسلول<sup>١</sup>.

كما ورد في محكم التنزيل في قوله تعالى (( وَلَا تَنَابَرُوا بِالْأَلْقَابِ بِئْسَ الْأَسْمُ الْفُسُوقُ بَعْدَ الْإِيمَانِ ))<sup>٢</sup> وقوله عز وجل ( يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ )<sup>٣</sup>.

## المطلب الثاني خصائص الاسم

يرى جانب من الفقه أن الاسم حق من الحقوق الشخصية، حيث لا يجوز أن يتم التصرف في الاسم ولا يسقط بالتقادم، بينما ينظر جانب آخر من الفقه الى الاسم بأنه واجب، مما يترتب عليه وجوب الالتزام بالضوابط القانونية عند تغييره والالتزام باتخاذها واستعماله ونخصص لكل وجهة نظر منهما فرعاً وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: خصائص الاسم باعتباره حقاً من الحقوق الشخصية

### أولاً: عدم القابلية للتصرف<sup>٤</sup>

باعتبار الاسم حقاً من الحقوق الشخصية، فإنه لا يمكن لمالك الاسم أن يتصرف به إلى غيره بأي نوع من أنواع التصرفات القانونية مثل البيع والهبة، كما أنه غير قابل للحجز عليه<sup>٥</sup>.

### ثانياً: عدم سقوط الاسم بالتقادم

لا يسقط الاسم بالتقادم، وبمفهوم المخالفة فإنه لا يكتسب بالتقادم، حيث إنه من الحقوق اللصيقة بالشخص، لذلك وحتى لو انتحل شخص اسم آخر مدة طويلة، فإن انتحاله لاسمه لا يمنحه الحق في استخدامه، ولو توقف شخص عن استخدام اسمه لفترة من الزمن فإن حقه في استخدامه باعتباره صاحبه يبقى ثابتاً له.

لذلك فإن المشرع البحريني قد جاء بمعالجة تلك الحالات بأن نص على أن (( لكل من نازعه غيره في استعمال اسمه، أو لقبه، أو كليهما بلا مبرر، أو انتحل اسمه، أو لقبه، أو كليهما دون حق أن يطلب وقف هذا الاعتداء، مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر ))<sup>٦</sup>.

١. أبو العباس أحمد القلقشندي، مرجع سابق، ص ٤٤٠.

٢. سورة الحجرات: ١١.

٣. سورة الحجرات: ١٣.

٤. محمد عزمي البكري، المرجع سابق، ص ٥٧١.

٥. نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، جمهورية مصر العربية، ٢٠١٠، ص ٦١.

٦. المادة (٥) بقانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم إجراءات دعاوى اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها.

## الفرع الثاني خصائص الاسم باعتباره واجباً

نص المشرع البحريني على أن (( يجب تبليغ الهيئة عن الطفل المولود حياً أو ميتاً خلال الموعد المقرّر ))<sup>١</sup> كما نص على أن (( يتضمن التبليغ بيانات المولود مثل اسمه رباعياً وجنسه ولقب عائلته - إن وُجد - واسم والدته ثلاثياً وأية معلومات أخرى تنص عليها اللائحة التنفيذية ))<sup>٢</sup>.

وبمطالعة النصوص السالفة الذكر، نرى أن المشرع البحريني قد اعتبر الاسم واجباً يفرضه القانون، وهذا الواجب لا يقع على الطفل، بل على المكلفين بالتبليغ وهم أحد والدَي المولود أو أحد أقاربه البالغين حتى الدرجة الثانية ممن حضروا الولادة أو الشخص المسؤول قانوناً، ويكون هؤلاء هم المسؤولين عن التبليغ بحسب الترتيب المشار إليه أعلاه، وتتفي مسؤوليتهم بقيام أحدهم بالتبليغ، ولا يقبل تبليغ من غير ذي الصفة<sup>٣</sup>.

وحدد القانون ذاته عقوبة زاجرة، تتمثل في (( ... الحبس، والغرامة التي لا تجاوز خمسمائة دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين ... ))<sup>٤</sup> لمن لا يقوم بتأدية واجبه بالتبليغ وهو مكلف.

ويترتب على اعتبار الاسم واجباً الخصائص الآتية:

### أولاً: الالتزام بالضوابط القانونية لتغيير الاسم

يحق لكل فرد وفقاً لعدد من الضوابط والشروط أن يتقدم لقسم تسجيل الدعاوى في المحكمة المختصة بدعوى طلب تصحيح الاسم أو تغييره، وتقوم المحكمة بإحالة الدعوى إلى لجنة تعديل وتصحيح الأسماء والألقاب والتي بدورها تقوم بدراسة الدعوى وتحيلها بعد الانتهاء من نظرها إلى المحكمة المختصة مشفوعة بتقرير مفصل يشمل رأيها فيها، وذلك خلال ستة أشهر من تاريخ الإحالة إليها<sup>٥</sup> - وذلك على النحو الذي سنتناوله في المطلب الأول من المبحث الثاني -.

### ثانياً: الالتزام باتخاذ الاسم واستعماله

أوجب القانون أنه يتخذ كل فرد اسماً يميزه عن غيره، ولا يقتصر تمييز الإنسان عن غيره بالملامح المادية والأوصاف الجسدية، بل يمتد ليشمل التمييز المعنوي من خلال اسمه، وقد أباح المشرع البحريني أن يتخذ أفراد المجتمع أسماء مستعارة أو رمزية، إلا أن ذلك ليس واجباً عليهم.

كما أن المشرع كفل للمؤلف العديد من الحقوق ومن أبرزها (( الحق في أن يبقى اسمه مجهولاً أو أن

١. المادة (٥) من القانون رقم (٧) لسنة ٢٠١٩ بتنظيم تسجيل المواليد والوفيات المنشور بالجريدة الرسمية رقم ٣٤٢٠، بتاريخ ٢٠١٩/٠٥/٢٣.

٢. المادة (٧) من القانون رقم (٧) لسنة ٢٠١٩ بتنظيم تسجيل المواليد والوفيات.

٣. المادة (٧) من القانون رقم (٧) لسنة ٢٠١٩ بتنظيم تسجيل المواليد والوفيات.

٤. المادة (٢١) من القانون رقم (٧) لسنة ٢٠١٩ بتنظيم تسجيل المواليد والوفيات.

٥. المادة (٧) من المرسوم بقانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم إجراءات دعاوى اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها.

يستعمل اسماً مستعاراً<sup>١</sup> ويعكس ذلك حقه في أن يخفي هويته عندما ينشر مؤلفاته، ويثبت له حق توقيعها باسمه أو باسم مستعار.

كما نص المشرع على أنه ((... يجوز التوقيع باسم رمزي أو مستعار بشرط أن يقوم رئيس تحرير الصحيفة أو المحرر المسئول - إن وجد - بإبلاغ الإدارة بالاسم الحقيقي لصاحب التوقيع الرمزي أو المستعار، إذا طلب منه ذلك)).<sup>٢</sup>

إلا أن الحق الذي منحه المشرع للصحافي أو المؤلف في استخدام الاسم الرمزي أو المستعار لا يمنحه الحق بأن يطلب إضافة ذلك الاسم في المستندات الرسمية - شهادة الميلاد وجواز السفر - حيث نص المشرع على أن ((لا يجوز تعديل أسماء أصول الشخص الثابتة بالسجلات الرسمية بالإضافة أو الحذف أو تضمينها أسماء شهرة أو مستعارة)).<sup>٣</sup>

ولكون الاسم واجباً على الإنسان، فإن ذلك يحتم عليه أن يستعمل اسمه، وأن يتسمى به أمام الغير، خاصة إذا كان الأمر متعلقاً بتصرف ترتب عليه آثار قانونية.

أخيراً، نميل للرأي الذي يرى أن الاسم ذو طبيعة مزدوجة حيث إنه يعتبر حقاً وواجباً في آن واحد حيث إن الاسم غير قابل للتصرف ولا يسقط بالتقادم، بالإضافة إلى وجود التزام قانوني باستخدامه وأخيراً، وجوب اتباع الضوابط الواجبة قانوناً لتعديله.

١. البند (ج) من المادة (٥) من القانون رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٦ بشأن حماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، المنشور في الجريدة الرسمية رقم ٢٧٤٥ بتاريخ ٢٨/٦/٢٠٠٦.

٢. المادة (٥٥) من المرسوم بقانون رقم (٤٧) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم الصحافة والطباعة والنشر المنشور بالجريدة الرسمية رقم ٢٥٥٤، بتاريخ ٣٠/١٠/٢٠٠٢.

٣. الفقرة الثالثة من المادة (١) من المرسوم بقانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم إجراءات دعاوى اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها.

## المبحث الثاني اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها

### تمهيد وتقسيم

شغلت الأسماء والألقاب حيزاً كبيراً في المجتمع البحريني وثقافته، مما دعا المشرع البحريني إلى أن يتدخل وينظم تلك المسائل بتشريع يضع حداً لتغيير الأسماء والألقاب دون مسوغ قانوني أو مجتمعي، وقد أرسى قضاء محكمة التمييز العديد من المبادئ المتصلة بالأسماء والألقاب، وأحد أهم تلك المبادئ (( أن القواعد القانونية التي تحكم الحالة المدنية للشخص الطبيعي تقتضيها اعتبارات تتصل بمصالح المجتمع وأمنه واستقرار التعامل بين أفرادها فتعتبر من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام التي لا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على عكسها، وكان حتماً وفقاً لهذه الاعتبارات أن يكون لكل شخص في المجتمع اسم خاص به يميزه عن غيره ولا يعتبر الاسم مجرد حق لصاحبه فيكون له طلب تغييره أو تعديله وفقاً لمشيئته ))<sup>١</sup> ومن هذا المنطلق نخصص هذا المبحث لتتعرف على تنظيم المشرع لتعديل الأسماء، ثم نتقل لدراسة تعديل واكتساب الألقاب.

لذلك ينقسم المبحث الثاني إلى مطلبين وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: تعديل الأسماء

المطلب الثاني: اكتساب الألقاب وتعديلها

### المطلب الأول تعديل الأسماء

استقر قضاء محكمة التمييز على أن (( الاسم هو حق شخصي لصاحبه مما يستوجب ثباته وعدم تركه عرضةً للتغيير وفقاً لمشيئة صاحبه دون قيد ))<sup>٢</sup> لذلك حصر المشرع البحريني نطاق تعديل الأسماء الشخصية للأفراد في المرسوم بقانون بشأن تنظيم إجراءات دعاوى اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها في حالتين، الأولى لمن لم يبلغ الخامسة والعشرين من عمره، والأخرى لمن أتم الخامسة والعشرين من عمره، كما نظم المشرع تعديل الاسم كاملاً وتعديل أسماء الأصول وتعديل الأخطاء المادية في الأسماء، ونخصص لكل منهم فرعاً وذلك على النحو الآتي:

١ . حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٣٤٣) لسنة ٢٠١٤.

٢ . حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٣٦٠) لسنة ٢٠١٥.

## الفرع الأول تعديل الاسم لمن لم يبلغ الخامسة والعشرين

نظم المشرع البحريني تغيير الاسم لمن لم يبلغ الخامسة والعشرين عندما نص على أن ((يجوز لمن لم يبلغ الخامسة والعشرين من عمره أن يطلب تغيير اسمه الشخصي فقط إذا كانت له مصلحة جدية في ذلك))<sup>١</sup> وبذلك فقد ضيق المشرع البحريني نطاق تعديل اسم الطفل القاصر من قبل وليه، أو البالغ الذي أتم الحادية والعشرين دون أن يبلغ الخامسة والعشرين فيمن تثبت له المصلحة الجدية. ولم يقم المشرع البحريني باستخدام لفظ المصلحة الجدية في أحد التشريعات السابقة النشر، وأفرد بها المرسوم بقانون المعني بالأسماء والألقاب، وأنه لم يفعل ذلك عبثاً، حيث إن المشرع عندما يغير بين المصطلحات عند صياغة التشريعات فإن المشرع يقصد أن يغير بالمعنى تحقيقاً لحكمة أو غاية معينة وذلك ما أكد عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا بجمهورية مصر العربية<sup>٢</sup>.

وبذلك فإن تقدير ثبوت المصلحة الجدية من عدمها هو أمر ثابت لقاضي الموضوع حيث استقر قضاء محكمة التمييز على أن ((المشرع قد خول القاضي المدني السلطة التامة في استنباط القرائن القضائية من ظروف الدعوى وتقدير أدلتها ومدى دلالتها فيها، ومن ثم فهو حر في اختيار واقعة ما من بين وقائع الدعوى التي يراها لاستنباط القرينة منها، ولا تثريب عليه إذا هو استنبط القرينة التي يراها صالحة من أوراق قدمت إليه))<sup>٣</sup>، وحيث أن المشرع قد منح لجنة تعديل وتصحيح الأسماء والألقاب السلطات الثابتة للمحكمة المدنية الصغرى عندما نص على أن ((ولها أيضاً - في سبيل تحقيق الدعوى والتثبت من صحة ما بها من وقائع - السلطات والصلاحيات التي للمحكمة المدنية طبقاً لقانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية))<sup>٤</sup> وبذلك يكون تقدير الحرج من عدمه من المسائل التي تنفرد بها محكمة الموضوع أو اللجنة -بحسب الأحوال-.

وقد استقر قضاء محكمة التمييز على «أنه من المقرر لقضائها أنه ولئن كان لمحكمة الموضوع السلطة التامة في فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة إلا أن شرط ذلك أن يكون استخلاصها سائغاً، فإذا كان ذلك وكان الحكم الابتدائي والمؤيد بالحكم المطعون فيه قد خلص إلى وجود مصلحة جدية في تغيير اسم ابن المطعون ضده من حسين الى نايف دون أن يبين ماهية تلك المصلحة ودون أن يدل على تحققها بثمة دليل من الأوراق، الأمر الذي يكون معه استخلاصه لتحقيقها في الدعوى استخلاصاً غير سائغ، الأمر الذي يشوبه بالقصور في التسبب بما يعيبه ويوجب نقضه»<sup>٥</sup>.

١. المادة (٣) من المرسوم بقانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم إجراءات دعوى اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها.

٢. حكم المحكمة الدستورية العليا بجمهورية مصر العربية في القضية رقم ٢١ لسنة ١١ الصادر بتاريخ ٦ أبريل سنة ١٩٩١ م.

٣. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٧٦٠) لسنة ٢٠١٧.

٤. المادة (٧) من المرسوم بقانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم إجراءات دعاوى اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها.

٥. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٣٦٠) لسنة ٢٠١٥، مرجع سابق.

وبناءً على ما تقدم، فإنه متى ما تكونت عقيدة اللجنة بثبوت المصلحة الجديدة للمدعي فإنها تقوم بإعداد تقرير مفصل يشمل رأياً وتحيله بعد الانتهاء منها للمحكمة المختصة وذلك وفقاً لما تطلبه المشرع.

## الفرع الثاني

### تعديل الاسم لمن أتم الخامسة والعشرين من عمره

لم يقصر المشرع الحق في تعديل الاسم على من هم دون الخامسة والعشرين، بل نظم الحق في تعديله لمن أتم الخامسة والعشرين بقيود أشد وأضماً بذلك الاعتبارات اللازمة التي تحكم الحالة المدنية للأشخاص الطبيعية والتي تقتضيها اعتبارات المصلحة العامة.

وقد نص المشرع على (( فإذا أتم الخامسة والعشرين من عمره فلا يجوز له ذلك إلا في حالتين:

أ. إذا كان الاسم يسبب لصاحبه حرجاً شديداً

ب. إذا قام بتغيير دينه إلى الإسلام))<sup>١</sup>.

ونتناول الحالتين في هذا الفرع وذلك على النحو الآتي:

#### أولاً: إذا كان الاسم يسبب لصاحبه حرجاً شديداً

لم يكتف المشرع البحريني بالمصلحة الجديدة المرتجاة من تغيير الاسم لمن أتم الخامسة والعشرين -كما وضعنا سابقاً- ولكنه بهدف استقرار المعاملات قيد إرادة الأفراد في تغيير أسمائهم بأن يكون ذلك الاسم يسبب لهم حرجاً شديداً.

ويقع عبء إثبات توافر الحرج الشديد -كما هو معمول به في المصلحة الجديدة- على المدعي، ولكون مسألة الحرج الشديد واقعة مادية أو معنوية، ومن المستقر في قضاء محكمة التمييز أن الواقعة المادية محل الإثبات يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية<sup>٢</sup> وبذلك فيحق للمدعي أن يثبت دعواه بأي وسيلة من الوسائل الواردة في قانون الإثبات<sup>٣</sup>.

وكما أن المشرع قد سبق أن استخدم لفظ الحرج في عدد من المواضع في مختلف التشريعات، إلا أنه ميز التشريع المعني بالأسماء والألقاب بالحرج الشديد، وبالإضافة إلى ما استقر عليه حكم المحكمة الدستورية المشار إليه في الفرع السابق، فإن الفقه قد استقر على أن (( لا يغير المشرع في الكلمات ما لم يكن ينوي أن يغير في المعنى))<sup>٤</sup>.

١. المادة (٣) من المرسوم بقانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم إجراءات دعوى اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها.

٢. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٤٢) لسنة ١٩٩٧.

٣. قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٤) لسنة ١٩٩٦ المنشور في الجريدة الرسمية رقم ٢٢١٨، بتاريخ ١٩٩٦/٠٥/٢٩.

٤. علوية مصطفى فتح الباب، الوسيط في سن وصياغة التشريعات، الكتاب الثاني، دون طبعة، دار الكتب القانونية، جمهورية مصر العربية، ٢٠١٢، ص ١٧٦.

(( وحيث إن طلب الخصم تمكنه من إثبات أو نفي دفاع جوهرى بوسيلة من وسائل الإثبات الجائزة قانوناً، هو حق له يتعين على محكمة الموضوع إجابته إليه متى كانت هذه الوسيلة منتجة في النزاع، ولم يكن في أوراق الدعوى والأدلة الأخرى المطروحة عليها ما يكفي لتكوين عقديتها ))<sup>١</sup> فإنه يستوجب على محكمة الموضوع أو اللجنة - بحسب الأحوال - أن تستجيب لطلب المدعي بأن يثبت حالة الحرج الشديد الواقعة عليه بكافة الوسائل إذا ما كانت تلك الوسيلة منتجة في الدعوى، ومن ثم تُقدر مسألة ثبوت الحرج الشديد من عدمه وهي مسألة نسبية تختلف من شخص إلى آخر.

وقد استقر قضاء محكمة التمييز على أن (( يجوز للشخص الذي أتم الخامسة والعشرين من عمره طلب تغيير اسمه الشخصي إذا كان يسبب له حرجاً شديداً وكان وجود هذا الحرج الشديد من مسائل الواقع التي تستقل محكمة الموضوع بتقديرها وفقاً لحالة كل شخص وظروفه دون تعقيب عليها متى كان تقديرها مقبولاً ))<sup>٢</sup>.

### ثانياً: إذا قام بتغيير دينه إلى الإسلام

نص المشرع الدستوري<sup>٣</sup> وميثاق العمل الوطني<sup>٤</sup> على أن (( دين الدولة الإسلام ))، وقد قام المشرع بتدليل كافة العقوبات التي قد تواجه كل من يقوم بتغيير دينه إلى الإسلام بعدة أساليب. ومنها أنه لم يشترط أن يسبب له اسمه قبل الإسلام الحرج، بل يكفي أن يقدم ما يثبت أنه قد قام بتغيير دينه إلى الدين الإسلامي وعندها يتحقق الشرط الذي أوجبه المشرع فيمن أتم الخامسة والعشرين.

وقد ورد حديث شريف أنه قد (( وقد على النبي صلى الله عليه وسلم قوم، فسمعهم يسمون: عبد الحجر، فقال له: ما اسمك؟ فقال: عبد الحجر، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: إنما أنت عبد الله ))<sup>٥</sup>، وقد رفع رسول الله عن اسمه الشرك من خلال تبديل اسمه.

وبعد استنفاد الإجراءات اللازمة أمام قاضي الإجراءات الشرعية وبالتنسيق مع مركز (اكتشف الإسلام)<sup>٦</sup> يتحصل على شهادة الإسلام لغير المسلمين ومن ثم يتقدم بدعوى أمام المحكمة المختصة والتي تحيل بدورها الدعوى للجنة تعديل وتصحيح الأسماء والألقاب.

ويكون الحق للمدعي بأن يقوم بتغيير اسمه الأول، أو أن يطلب من اللجنة تعديل اسمه بالكامل، - سنتناول ذلك في الفرع الرابع من ذات المبحث -.

١. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٣٦٥) لسنة ٢٠١٦.

٢. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٦١٧) لسنة ٢٠٠٧.

٣. المادة (٢٩) من دستور مملكة البحرين الصادر بالجريدة الرسمية رقم ٢٥١٧، بتاريخ ٢٠٠٢/٢/١٤.

٤. الفصل الثاني (ثالثاً) من الأمر الأميري رقم (١٧) لسنة ٢٠٠١ بالتصديق على ميثاق العمل الوطني، المنشور في الجريدة الرسمية رقم ٢٤٦٥، بتاريخ ٢٠٠١/٠٢/٢١.

٥. رواه ابن أبي شيبة عن يزيد بن المقدم بن شريح، عن أبيه، عن جدّه هانئ بن يزيد رضي الله عنه.

٦. قرار وزيرة الشؤون الاجتماعية رقم (٩) لسنة ٢٠٠٥ بشأن الترخيص بتسجيل مؤسسة مركز (اكتشف الإسلام)، منشور بالجريدة الرسمية رقم ٢٦٨١، بتاريخ ٢٠٠٥/٤/٦.

## الفرع الثالث تعديل الاسم أكثر من مرة

أشرنا سابقاً أن الاسم يُعد حقاً شخصياً ثابتاً لصاحبه، وأنه في ذات الأوان واجب اجتماعي، مما يستوجب ثباته وعدم تركه عرضة للتغيير وفقاً لمشيئة صاحبه دون أن يكون عليه قيد يمنعه من ذلك. لذلك أحسن المشرع البحريني صنعا بتقييد الحق بتغيير الاسم أكثر من مرة لمن سبق أن قام بتغييره استناداً للمصلحة الجدية لمن لم يبلغ الخامسة والعشرين سنة - كما هو مبين في الفرع الأول - أو استناداً للحرص الشديد أو تغيير الدين للإسلام لمن أتم الخامسة والعشرين من عمره - كما هو مبين في الفرع الثاني -.

حيث نص المشرع على أن ((ولا يجوز تغيير الاسم الشخصي أكثر من مرة واحدة إلا إذا كان التغيير بسبب اعتناق الإسلام))<sup>١</sup>.

وقد استثنى المشرع البحريني حالة واحدة يجوز فيها أن يقوم الشخص بتغيير اسمه حتى ولو سبق له تغييره، وهي اعتناق الدين الإسلامي.

واستقر قضاء محكمة التمييز على أن ((من المقرر طبقاً لنص المادة الثالثة من المرسوم بقانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم إجراءات دعاوى اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها أنه يجوز لمن لم يبلغ الخامسة والعشرين من عمره طلب تغيير اسمه الشخصي فقط إذا كانت له مصلحة جدية في ذلك ولا يجوز له ذلك أكثر من مرة إلا إذا كان التغيير بسبب اعتناق الإسلام))<sup>٢</sup>.

## الفرع الرابع تعديل الاسم الكامل للشخص

نظراً لحساسية تعديل الاسم بالكامل، تعامل المشرع معه بخصوصية فيها تناسب وترجيح للمصلحة المبتغاة من تغيير الاسم بالكامل من جانب، ومصصلحة المجتمع في بقاء واستقرار التعامل بين أفراده من جانب آخر، ولحرص المشرع على الموازنة بين المصلحتين المتضاربتين حصر نطاق تغيير الاسم بالكامل في حالتين، أولهما صدور حكم نهائي بنفي النسب أو ثبوته وثانيهما تغيير الدين إلى الإسلام نتناول كليهما على النحو الآتي:

### أولاً: صدور حكم نهائي بنفي النسب أو ثبوته

يعد إثبات النسب أو نفيه من المسائل التي تنفرد المحاكم الشرعية ببسط ولايتها عليها لكونها مسألة متعلقة بالأحوال الشخصية<sup>٣</sup>، ويكون للأحكام الصادرة بنفي النسب أو ثبوته حجية الأمر المقضي به.

١. المادة (٣) من المرسوم بقانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم إجراءات دعاوى اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها.

٢. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٢٠٣) لسنة ٢٠٠٥.

٣. المادة (١٨) من قانون السلطة القضائية الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٤٢) لسنة ٢٠٠٢ المنشور بالجريدة الرسمية رقم ٢٥٥٣،

وقد ذهب قضاء محكمة التمييز للقول بأن (( تلك الحجية تقتصر على الخصوم ولا تتعداهم إلى غيرهم ممن لم يكن طرفاً في الحكم ))<sup>١</sup> مما يتعين ألا تجيب اللجنة لمن يتقدم بطلب الفصل في ثبوت نسبه من عدمه، بل يجب عليه أن يتقدم للمحكمة الشرعية بدعوى يطلب فيها إثبات أو نفي نسبه، وبعد صدور الحكم يتقدم بدعوى أمام القضاء المدني والذي بدوره يحيل الدعوى إلى اللجنة. ونقف هنا أمام حالتين، الأولى صدور حكم بإثبات النسب، الثانية صدور حكم بنفي النسب وذلك على النحو الآتي:

### صدور حكم بإثبات النسب

بعد صدور حكم بإثبات النسب من القضاء الشرعي وصيرورة هذا الحكم نهائياً وباتاً، فإن هذا الحكم يعد حائزاً على حجية الأمر المقضي به مما يعني بمفهوم المخالفة عدم صلاحية المحكمة المدنية أو اللجنة لإعادة النظر في ثبوت النسب من عدمه حيث إن حجية الحكم تحول بذاتها دون المجدلة فيها.

ويجب أن يأتي الحكم موافقاً لما نص عليه حكم ثبوت النسب، وأن يكتب الاسم كاملاً شاملاً اللقب - أن كان موجود-، دون أن يكون هناك إجراءات خاصة لاكتساب اللقب.

### صدور حكم بنفي النسب

عندما يقرر الزوج اللجوء للملاعنة لنفي النسب إذا لم يكن له أربعة شهود يثبتون واقعة الزنا، استوجب المشرع أن (( يتم عرض الزوجين لتحليل البصمة الوراثية قبل إجراء الملاعنة لنفي النسب ))<sup>٢</sup>، وتعرف البصمة الوراثية بأنها (( تحديد هوية الإنسان عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من الحمض النووي المتمركز في نواة أي خلية من خلايا جسمه ))<sup>٣</sup>.

وقد ورد في محكم التنزيل قوله تعالى (( وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ (٦) وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ))<sup>٤</sup>.

وعند ثبوت النسب وفقاً للبصمة الوراثية فإنه لا يحكم بالملاعنة وذلك لقوله صل الله عليه وسلم: (( الولد للفراش ))<sup>٥</sup>، بينما عندما يثبت اختلاف البصمة الوراثية بين الأب والأبن يجوز للقاضي أن يحكم باللعان، حيث نص المشرع على أن (( إذا وقع اللعان، حكم القاضي بنفي نسب الولد عن الرجل، ولا تترتب عليه الآثار الشرعية ))<sup>٦</sup>

بتاريخ ٢٣/١٠/٢٠٠٢.

١. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٢٨٠) لسنة ٢٠٠٦ / حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٢٨١) لسنة ٢٠٠٦.
٢. المادة (٧٧) من قانون الأسرة الصادر بالقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠١٧ المنشور بالجريدة الرسمية رقم ٣٣٢٢، بتاريخ ٢٠/٧/٢٠١٧.
٣. نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، بحث منشور في مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الصادرة عن المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي، العدد ١٧، ٢٠٠٤، ص ٥٩.
٤. سورة النور: ٦-٧.
٥. متفق عليه.
٦. المادة (٧٨) من قانون الأسرة الصادر بالقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠١٧.

## ثانياً: تغيير الدين إلى الإسلام

أعطى المشرع الحق لمن يقوم بتغيير دينه للدين الإسلامي بأن يقوم بتغيير اسمه الرباعي كاملاً، إلا أننا نميل هنا إلى وجوب عدم تغيير الاسم بالكامل، لما قد يكون لذلك من انعكاسات سلبية، حيث يرى جانب من الفقه أن ((النسب يعد من أكثر المباحث الفقهية والقانونية أهمية، لما يترتب عليه من حقوق والتزامات ترتبط أحكامها بعدد من القواعد الشرعية والآثار الفقهية))<sup>١</sup>.

وذلك مصداقاً لقوله تعالى (ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانَكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا)<sup>٢</sup>.

حيث يعرف النسب بأنه ((رابطة شرعية بين شخصين يثبت ل كليهما بمقتضاها مجموعة من الحقوق، وتوجب عليهما مجموعة من الالتزامات، وتبنى عليها الأحكام الشرعية))<sup>٣</sup> مما لا يستقيم معه عقلاً ومنطقاً أن يقوم القاضي أو اللجنة -بحسب الأحوال- بإعطاء اسم وهمي لأب وجد المدعي لمن يدخل في الدين الإسلامي، حيث ثبت في الأثر أسماء عديدة للصحابة، قد قاموا بتغيير دينهم إلى الإسلام دون أن يقوموا بتغيير نسبهم لآبائهم وأجدادهم وقد حافظ الكثير منهم على اسمه. وقد تثير مسألة تعديل الاسم بالكامل لغطاً، وعلى سبيل المثال قد تبرز تلك المشكلات عند التوارث بين الأصل الذي قد يكون دخل الإسلام دون أن يقوم بتعديل كامل اسمه، وبين الفرع الذي قد يكون دخل الإسلام مع تعديل كامل الاسم، حينها يكون إثبات النسب معقداً خاصة إذا كان الأصل والفرع في بلدين مختلفين.

كما قد تثار مسألة ثانية، ألا وهي الاسم المفترض، فعنما يقوم القاضي أو اللجنة -بحسب الأحوال- بمنح الشخص اسم وهمي رباعياً، ويتقدم بعده أبوه ليظهر إسلامه وفقاً للنظام القانوني في مملكة البحرين، فهل يمنح اسماً مفترضاً أيضاً، وهل الاسم المفترض لأبيه يجب أن يوافق اسم الابن، وفي حالة الخلاف بين الاسمين هل يجب أن يقوم الابن برفع دعوى جديدة لطلب تعديل اسمه ليكون متوافقاً مع أبيه الذي دخل الإسلام حديثاً.

وبناء على الأسباب الواردة ذكرها أعلاه، نوصي المشرع بحذف البند (ب) من المادة (٢) من المرسوم بقانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم إجراءات دعاوى اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها.

١. عبد الوهاب أحمد السعدي، إثبات النسب ونفيه في الإسلام، بحث منشور في مجلة جامعة الناصر، الصادرة عن جامعة الناصر، العدد ٤، ٢٠١٤، ص ٢٨٤.

٢. الأحزاب: ٥.

٣. لعل خديجة، الطرق الشرعية لإثبات النسب في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، رسالة ماجستير، مقدمة لكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، ٢٠١٥، ص ٢.

## الفرع الخامس تعديل أسماء الأصول والأخطاء المادية

يعد الاسم حقاً شخصياً لصاحبه - كما أشرنا سابقاً-، لذا من غير المنطقي أن يقوم الشخص بتعديل اسم أحد أصوله تحت أي طائلة - ويستثنى من ذلك إثبات النسب أو نفيه -، وقد وضع المشرع قاعدة قانونية أوصدت باب القضاء عمن يود أن يقوم بتعديل أسماء أصوله سواء كان ذلك التعديل بالإضافة أو الحذف أو أن يقوم بتضمين أسماء أصوله لأسماء شهرة أو أسماء مستعارة، حيث نص المشرع على أنه (( لا يجوز تعديل أسماء أصول الشخص الثابتة بالسجلات الرسمية بالإضافة أو الحذف أو تضمينها أسماء شهرة أو مستعارة))<sup>١</sup>.

وقد أرست محكمة التمييز عدداً من المبادئ المتعلقة بتعديل أسماء الأصول من أبرزها أنه استقرَّ قضاء المحكمة على أن (( يكون لكل شخص اسم مكون من اسمه الشخصي واسم أبيه وجده لأبيه ولقب عائلته وإن لم يكن له لقب فيكون الاسم رباعياً، بما مفاده أنه بعد صدور هذا القانون يتعين أن يكون الاسم بالكامل للشخص موافقاً لما نصت عليه هذه المادة، فإذا تم قيده في السجلات الرسمية على هذا النحو يمتنع إجراء أي تغيير أو تعديل إلا في الحالات التي نص عليها القانون، فلا يجوز بنص الفقرة الثالثة من المادة الأولى تعديل أسماء أصول الشخص الثابتة بالسجلات الرسمية بالإضافة أو الحذف أو تضمينها أسماء شهرة أو مستعارة وفي غير الحالات الاستثنائية المنصوص عليها في المادتين الثانية والثالثة من القانون إذا كان الاسم ثلاثياً مضافاً إليه اللقب لا يجوز تعديله بحذف اللقب وإضافة اسم رابع لأحد الأصول. أو إذا كان الاسم رباعياً بغير لقب، فلا يجوز إضافة لقب إليه أو حذف أو تغيير الاسم الرابع أو ابداله بلقب))<sup>٢</sup>.

وبناءً على ما تقدم، فإن المشرع قد منع وبصريح العبارة إضافة أسماء الشهرة أو أسماء مستعارة، أو تعديلها بناءً على الرغبة الشخصية.

وأن حظر المشرع لتعديل أسماء الأصول لا يمنع أن يتم رفع أي خطأ مادي قد وقع في اسم أحد الأصول، حيث تصدى المشرع لما قد يطرأ من أخطاء مادية أثناء كتابة الأسماء، وترجيحاً لمصلحة الأفراد وتسهيلاً لهم منح المشرع جهة الإدارة - ممثلة في شؤون الجنسية والجوازات والإقامة<sup>٣</sup> - بتصحيح الأخطاء المادية من تلقاء نفسها، أو بطلب يقدم من ذي الشأن، وفي حالة رفض الطلب من قبل جهة الإدارة فيحق له رفع دعوى أمام القضاء وتسري عليها الإجراءات المنصوصة في المرسوم بقانون المعني بتنظيم إجراءات دعاوى اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها، لذلك فإن اللجوء إلى

١. الفقرة الثالثة من المادة (١) من المرسوم بقانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم إجراءات دعاوى اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها.

٢. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٣٢٤) لسنة ٢٠١٥ / حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٦٩٧) لسنة ٢٠١٠.

٣. تم تعديل المسمى ليكون شؤون الجنسية والجوازات والإقامة بدلاً من الإدارة العامة للهجرة والجوازات في المرسوم رقم (٦٩) لسنة ٢٠٠٤ الصادر بالجريدة الرسمية رقم ٢٦٥٩، بتاريخ ٢٠٠٤/١١/٣.

القضاء يعد بمثابة طعن بالقرار الإداري برفض التعديل.<sup>١</sup>

## المطلب الثاني اكتساب الألقاب وتعديلها

رسم المشرع طريقاً لاكتساب الألقاب وتعديلها حيث نص على أنه ((يشترط في إثبات اكتساب الألقاب أو تعديلها شهادة ثلاثة من العائلة المراد الانتساب إليها، وأن لا يقل عمر كل منهم عن أربعين سنة ميلادية، ولم يسبق لهم اكتساب اللقب بحكم قضائي أو قرار إداري، أو تزكية مُعَرَّف لهذه العائلة)).<sup>٢</sup>

وإن البين من استقراء النص السابق أن المشرع قد أوجب توافر ثلاثة شروط لمن يود أن يكتسب لقباً أو أن يقوم بتعديله وهي أن يأتي بثلاثة شهود يتوافر لديهم اسم العائلة المراد الانتساب إليها، وأن لا يكون عمر هؤلاء الشهود دون الأربعين سنة ميلادية، وأن يحمل الشهود اللقب بصفة أصلية - أي أن لا يكون اللقب مضافاً لهم بحكم قضائي أو قرار إداري أو تزكية معرف - وناقش في هذا المطلب الشروط الثلاثة المشار إليها أعلاه ونسلط الضوء على الشرط المفترض في أن يكون الشهود من ذات العائلة، ثم ننتقل إلى مناقشة مدى إمكانية اكتساب اللقب بغير شهادة الشهود، ثم نرجع على أداء الشهادة والاطمئنان وتعديل الأخطاء المادية في الألقاب وذلك على النحو الآتي:

### الفرع الأول شهادة ثلاثة من العائلة المراد الانتساب إليها

أوجب المشرع أن يقوم المدعي بتقديم ثلاثة شهود يتوافر لديهم اسم العائلة المراد الانتساب لها، ويشترط القانون حمل الشهود الثلاثة لذات اللقب الذي يود المدعي إضافته أو تعديله دون أدنى زيادة أو نقصان.

وقد كان لمحكمة التمييز موقفٌ في هذا الشأن، حيث تتلخص وقائع الطعن في أنه قد تقدم المدعي بدعوى طلب في ختامها إلزام بإضافة لقب لاسمه وأسماء أولاده القصر ويرجع سبب طلب إضافة اللقب لكونهم مشهورين به بين الناس، وإعمالاً لما استوجبه المشرع أحالت المحكمة الدعوى للجنة الأسماء والألقاب، وقد عجز عن إثبات دعواه أمام لجنة الأسماء والألقاب وقد انتهى رأي اللجنة لذلك، وتمسك المدعي أمام المحكمة بإثبات انتمائه للعائلة بكافة وسائل الإثبات، وقد استمعت المحكمة لشاهدين وحكمت بعدها بإضافة اللقب له ولأبنائه وقد استأنف الحكم، وقد أيدت المحكمة الكبرى الحكم المستأنف، إلا أنه قد طُعن عليه بالتمييز وقد بني الطعن على سببين، الأول مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه، والثاني القصور في التسييب.

١. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٦٧٩) لسنة ٢٠١٣.

٢. المادة (٤) من المرسوم بقانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم إجراءات دعاوى اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها.

وقد أتى حكم محكمة التمييز في القضية المشار لوقائعها أعلاه معاضداً رأي لجنة تعديل الأسماء والألقاب حيث ذهب إلى أن نص ((... تشترط في إثبات اكتساب الألقاب وتعديلها شهادة ثلاثة من العائلة المراد... وهو ما لم يلتزم به الحكم المستأنف المؤيد بالحكم المطعون فيما خلص إليه وبنى عليه قضاؤه من انتساب المطعون ضده الأول إلى عائلة «----» «استناداً إلى شهادة اثنين لا يمتان بصلة لتلك العائلة فلا تصلح شهادتهما لإثبات ذلك وفقاً لأحكام القانون))<sup>١</sup>.

ومن التمييز في موقف محكمة التمييز تتبين لنا أهمية أن يستقيم العدد الذي استوجبه القانون للشهود والعدد المقدم من قبل المدعي، كما أنه لا يكفي أن يأتي المدعي بالعدد المطلوب، بل يجب أن يأتي بأفراد يحملون ذات اللقب الذي يود إضافته وذلك تحقيقاً لما نص عليه المشرع. حيث سبق أن تقدم أحد المدعين بشهود يحملون لقباً يخالف اللقب الذي يود أن يضيفه، فأجابت اللجنة والمحكمتان الصغرى والكبرى طلبه بإضافة اللقب، إلا أنه طعن على الحكم بالتمييز، وقد انتهت المحكمة إلى أن ((اثنين من الشهود الذين استمعت إليهم اللجنة لا ينتسبان إلى العائلة المراد اكتساب لقبها وأنها يحملان لقب---- فحسب وليس----)) وبالتالي فقد عجز المطعون ضدهم المذكورون عن إثبات أحقيتهم في طلبهم وفقاً للطريقة التي قررها القانون ومنها انتماء الشهود الثلاثة أصلاً إلى العائلة المراد اكتساب لقبها... وقد جرى دفاع الطاعنة أمام محكمة الموضوع بدرجتها على أن لقب---- يختلف عن لقب----)<sup>٢</sup>.

## الفرع الثاني

### الشرط المفترض في أن يكون الشهود من ذات العائلة

ذهب القلقشندي إلى القول بأن الأنساب ست طبقات وذلك على النحو الآتي:  
((الطبقة الأولى الشعب وهو النسب الأبعد كعدنان وهو أبو القبائل الذي ينسبون إليه وقال المارودي أنه سمي شعباً لأن القبائل تتشعب منه، أما الطبقة الثانية وهي القبيلة وسميت كذلك لتقابل الأنساب فيها وجمعها قبائل، وأما الطبقة الثالثة فتسمى العمارة وفيها تنقسم أنساب القبيلة كقريش، والطبقة الرابعة تسمى البطن وفيها ينقسم أنساب العمارة كبنو عبد مناف، وتسمى الخامسة الفخذ وفيها تنقسم أنساب البطن كبنو هاشم، أخيراً الطبقة السادسة الفصيلة وفيها تنقسم أنساب الفخذ كبنو العباس))<sup>٣</sup>.

وسبق أن ذكرنا -في مطلع المطلب الثاني من المبحث الثاني- أن المشرع رسم طريقاً لاكتساب الألقاب وتعديلها حيث نص على أن ((يشترط في إثبات اكتساب الألقاب أو تعديلها شهادة ثلاثة من العائلة

١. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٥٧٦) لسنة ٢٠٠٩.

٢. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٥٤٤) لسنة ٢٠١٧.

٣. أبو العباس أحمد القلقشندي، نهاية الأرب في معرفة أنساب العرب، الطبعة الثانية، دار الكتاب اللبناني، الجمهورية اللبنانية،

المراد الانتساب إليها))<sup>١</sup> وعند قراءة ذلك النص وتمحيصه نرى أن المشرع استخدم لفظ العائلة، دون أن يستخدم لفظ القبيلة.

ومما لا يخفى على القارئ أن مملكة البحرين تزخر بوجود عائلات تنتمي إلى قبائل عريقة، كما يحمل بعض أبناء المملكة مسمى القبيلة ذاتها في موضع لقبه، إلا أنه من المنتقد أن يتقدم للشهادة حامل للقب بحجة أنه يلتقي مع المدعي في أحد الأجداد الغير معلومين، أو أن يكون هناك مجرد تشابه بين اللقب الذي يحمله الشاهد واللقب الذي يود المدعي إضافته دون أن تكون هناك أواصر قريى فعلية.

حيث إن التقاء الشهود بالمدعي في أحد الأصول يعد أحد القرائن القوية على كون المدعي ينتمي إلى نفس العائلة، حيث لا يستقيم منطوقاً أن يقوم المدعي بتقديم شهود من فروع مختلفة من ذات القبيلة بحجة أنهم يحملون ذات اللقب، بل إن حمل الشهود لذات الفخذ وذات اللقب والالتقاء مع الشاهد في أحد الأصول المعلومة والذي قد يكشفه الاسم أو اختبار الحمض النووي يعد دلالة قد تطمئن لها اللجنة بثبوت اللقب للمدعي.

وأكد قضاء محكمة التمييز على ((أهمية أن لا يدخل على العائلة شخص أجنبي عنها بغير حق وأن للشخص الطبيعي باعتباره فرداً في عائلة معينة تربطه بباقي أعضائها رابطة وثيقة من قرابة النسب ووحدة الأصل لها قدر كبير من الأهمية في تحديد حقوق الشخص والتزاماته العائلية مما يقتضي أن يكون لكل شخص اسم خاص به يميزه عن غيره حفاظاً على أمن المجتمع وسلامة التعامل بين أفراد فحرص المشرع على وضع تشريع خاص لتنظيم كيفية اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها بالمرسوم بقانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٠))<sup>٢</sup>.

## الفرع الثالث

### أن لا يقل عمر كل منهم عن أربعين سنة ميلادية

لا شك في أن المشرع قد حرص كل الحرص على حماية القبائل والعوائل العريقة في مملكة البحرين من أن تختلط أنسابهم بمن ليس منهم، متسلحاً بكافة الوسائل والسبل التي تضمن فيمن يتقدم للشهادة بأن يكون ملماً بكافة فروع وأصول العائلة التي سيمنح لقبها لمن يستدعيه للشهادة. كما استقر قضاء محكمة التمييز على أن ((المشرع رغبة منه في حماية وصون العوائل البحرينية من أن ينتسب إليها أحد أجنبي دون حق فقد أحاط طريق الإثبات بشهادة الشهود بضمانات تمنع ذلك أهمها ألا تقل سن الشاهد وقت سؤاله عن أربعين سنة ميلادية))<sup>٣</sup>.

١. المادة (٤) من المرسوم بقانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم إجراءات دعاوى اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها.

٢. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٢٠٠) لسنة ٢٠١٢.

٣. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٥٤٤) لسنة ٢٠١٧، مرجع سابق.

وقد يرى البعض أن المشرع عندما يطلب أن يتوافر شرط العمر في الشهود الثلاثة فإن ذلك يعد ضرباً من ضروب الغلو والمبالغة فيمن يتقدم للشهادة، إلا أن في ذلك كما أثرتنا تأكيداً على حماية وصون الجدران الرصينة للعوائل في مملكة البحرين، هذا من جانب، ومن جانب آخر صدعاً بما أمر به الشارع عز وجل من حفظ للكليات الخمس<sup>١</sup> التي اتفقت الأديان السماوية وأصحاب العقول الراجحة على حفظها وصيانتها.

كما استقر قضاء محكمة التمييز في حكم آخر لها على أن ((المشرع أحاط طريق الإثبات بشهادة الشهود في تلك الدعاوى بضمانات أهمها ألا يقل سن الشاهد وقت سؤاله عن أربعين سنة ميلادية وأن يكون من أبناء العائلة المراد اكتساب لقبها بهدف حماية وصون العوائل البحرينية من أن ينتسب إليها أحد أجنبي دون حق لازمه على المحكمة التأكد من توافر هذه الشروط لدى الشاهد دون أن يكون لديها أي سلطة تقديرية في ذلك))<sup>٢</sup>.

## الفرع الرابع أن يحمل اللقب بصفة أصلية

فارق المشرع بين من يحمل اللقب بصفة أصلية ومن اكتسبه بحكم قضائي، أو قرار إداري، أو تزكية مُعرف، حيث إن استقر قضاء محكمة التمييز على أن ((المشرع حدد طريقاً واحداً لإثبات اكتساب اللقب هو شهادة ثلاثة شهود بمواصفات معينة ولم يترك للقضاء سلطة تقديرية في اللجوء إلى طريق آخر أو عدم الالتزام بما اشترطه في هؤلاء الشهود من تحديد لعددهم وأعمارهم وانتسابهم الأصيل للعائلة))<sup>٣</sup>، لذلك سنعرج عليها قبل أن نتقل لشرط حمل اللقب بصفة أصلية وذلك على النحو الآتي:

### أولاً: اكتساب اللقب بحكم قضائي

سبق صدور المرسوم بقانون المعني بتعديل الألقاب العديد من التشريعات التي عالجت ذات المسألة حيث نص المشرع في قانون تنظيم تسجيل المواليد والوفيات لسنة ١٩٧٠ على أن ((لا يجوز تغيير أية بيانات قيدت في سجل قيد المواليد أو الوفيات إلا بناء على قرار من المحكمة وبعد دفع الرسم المقرر))<sup>٤</sup>.

١. هي الضروريات التي أجمع على حفظها الأنبياء والرسل من عهد آدم عليه السلام إلى عهد الرسول صل الله عليه وسلم وهي الدين، والنفس، والعقل، والنسب، والمال والبعض يزيد عليها العرض.

٢. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٥٤٤) لسنة ٢٠١٧، مرجع سابق.

٣. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٦٤٢) لسنة ٢٠١٣.

٤. المادة (٢٩) من المرسوم رقم (٦) لسنة ١٩٧٠ بقانون تنظيم تسجيل المواليد والوفيات المنشور بالجريدة الرسمية رقم ٨٦٤، بتاريخ ١٩٧٠/٤/٣٠.

كما نصت اللائحة التنفيذية لقانون جوازات السفر على أن ((تدون في الجواز البيانات الخاصة باسم الطالب واسم والده وجده أو لقبه ومهنته وتاريخ ومحل ميلاده ومحل إقامته والعلامات المميزة له))<sup>١</sup>، وبذلك فإن من اكتسب اللقب بحكم قضائي لا يعد صالحاً للشهادة، لكونه لا يحمل اللقب بصفة أصلية، وفي ذات الاتجاه استقر قضاء محكمة التمييز حيث نص حكم لها على أن ((يشترط في اكتساب الألقاب أو تعديلها بنص المادة ٤ منه شهادة ثلاثة من العائلة المراد الانتساب إليها لم يسبق لهم اكتساب اللقب بحكم قضائي))<sup>٢</sup>.

### ثانياً: اكتساب اللقب بقرار إداري

أن وضع المشرع البحريني شرط عدم اكتساب اللقب بقرار إداري للشاهد، لا يعد ذريعة تمنح جهة الإدارة حق منح اللقب لمن يتقدم لها بشكل مباشر، بل إن المشرع قد نص صراحة على أن ((... للإدارة العامة للهجرة والجوازات تصحيح الأخطاء المادية في الأسماء، والألقاب ومحل وتاريخ الميلاد من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من ذوي الشأن...))<sup>٣</sup> وقد كان المشرع واضحاً وصريحاً بقصر دور جهة الإدارة على تعديل الأخطاء المادية، دون أن يمنحها حق التعديل بالحذف أو الإضافة. ولا يعد ذكر المشرع عدم اكتساب اللقب بقرار إداري للشاهد عيباً في الصياغة التشريعية أو تزييداً غير محمود، حيث أن جهة الإدارة سابقاً كانت تقوم بإضافة الألقاب إدارياً دون أن يبسط القضاء ولايته عليها، كما أن المشرع قد أخذ كافة الاحتياطات لمن سوف يتقدم بالشهادة للحفاظ على العائلات البحرينية ونسبها، حيث أن من يتقدم للشهادة لا يستوجب أن يكون من حاملي الجنسية البحرينية، حيث انتهت محكمة التمييز في حكم لها إلى ((أنه لا يلزم في هؤلاء الشهود أن يكونوا من مواطني مملكة البحرين فتصح شهادة الأجنبي متى توافرت فيه باقي الشروط واطمأنت لها المحكمة))<sup>٤</sup>.

### ثالثاً: اكتساب اللقب بتزكية معرف للعائلة

عرفت مملكة البحرين في وقت سابق نظام تزكية المعرفين، بشكل مغاير لما هو عليه اليوم، حيث أنه لم يشترط آنذاك أن يحمل المعرف ذات اللقب، كما تأخذ العديد من الدول المجاورة بنظام تزكية معرفين من القبائل كوسيلة لاكتساب الألقاب.

أما نظام المعرفين في ظل التشريع الحالي فيستند إلى نص قرار رئيس مجلس الوزراء الذي نص على أن ((تباشر اللجنة تحقيق الدعوى ويجوز لها في هذا السبيل أن تتخذ كافة إجراءات الإثبات

١. المادة (١٥) من قرار وزير الداخلية رقم (١٥) لسنة ١٩٧٦ باللائحة التنفيذية للقانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٥ بشأن جوازات السفر المنشور بالجريدة الرسمية رقم ١١٧٩ بتاريخ ١٩٧٦/٦/١٠.  
٢. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٤٣١) لسنة ٢٠١٤.  
٣. المادة (٧) من المرسوم بقانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم إجراءات دعاوى اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها.  
٤. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٤٦٦) لسنة ٢٠١٠.

المقررة في القانون من تلقاء نفسها، ... كما أن لها الاستعانة بالخبراء واستطلاع رأي المختارين ورجال الإدارة والمواطنين في شأن موضوع الدعوى<sup>(١)</sup>، ويتم تحديد المعرفين للعائلة من خلال التقدم بخطاب إلى معالي وزير العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف يتناول أسماء عدد من المعرفين الذي يتوافق عليهم أبناء القبيلة لتستأنس اللجنة برأيهم.

وفي نهاية تناولنا لمختلف أساليب اكتساب الألقاب في مملكة البحرين وفي الدول المجاورة، فإنه يمكننا أن نقول إن المشرع قد اعتبر من يحمل اللقب منذ الولادة، حاملاً له بصفة أصلية، ولم يفرق بين ما إذا كان اللقب قد أضيف إلى أصله أم أن أصله يحمله بصفة أصلية منذ الولادة.

إلا أن المشرع قد نص على أن ((يجوز للقاضي، فيما يجوز إثباته بالشهادة، أن يأخذ بالقرائن المستخلصة من وقائع الدعوى وظروفها وملاساتها، وهو الذي يقرر في كل قرينة يستخلصها مدى دلالتها في الدعوى))<sup>(٢)</sup> مما يعني أن اللجنة أو القاضي يستطيع أن يستند إلى قرائن أخرى في إثبات اللقب، نتناولها في الفرع القادم.

## الفرع الخامس اكتساب اللقب بغير شهادة الشهود

اشتترطت المادة الرابعة العديد من الشروط التي تناولناها في الفروع الثلاثة السابقة، إلا أنها ليست السبيل الوحيد لاكتساب الألقاب في مملكة البحرين، حيث إن المشرع عندما رسم ذلك الطريق لم ينص صراحة على أنه الطريق الوحيد لاكتساب الألقاب، بل إن المشرع قد نص على حق القاضي بأن يأخذ بالقرائن.

حيث استقر قضاء محكمة التمييز على أن ((لئن كانت المادة الرابعة من المرسوم بقانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٠ تشترط في إثبات اكتساب الألقاب أو تعديلها شهادة ثلاثة بصفات محددة فإنه ليس شرطاً شكلياً مقصوداً لذاته، بل هو طريق للإثبات يقوم مقامه أي طريق آخر له قوة في الإثبات تعادل قوته أو تفوقها))<sup>(٣)</sup> وهو اتجاه حديث أخذته محكمة التمييز.

وقد أكد على ذلك حكم المحكمة الدستورية الذي نص على أن ((هذه المادة لم تقطع بأن شهادة هؤلاء الشهود الثلاثة هي البيئة الوحيدة للإثبات، كما لم تجزم على أن القاضي ملزم بالأخذ بهذه الشهادة كدليل لإثبات دعوى المدعي، بل على العكس من ذلك تركت الأمر ليخضع لتقدير القاضي وله كامل السلطة في تقدير قيمتها وأياً كان عدد الشهود وأياً كانت صفاتهم - هذا من ناحية - ومن ناحية أخرى فإن ما ورد بنص المادة (٤) المطعون عليها بعدم الدستورية عن الإثبات بشهود ثلاثة بالموصفات المبينة بها - هي قاعدة موضوعية للإثبات وليست الطريق الوحيد إليه دون غيره، إذ لو قصد المشرع ذلك لنص عليه صراحة ولكنه لم يفعل، الأمر الذي يقطع بأن المشرع قصد أن المحكمة

١. بند (ج) من المادة (٤) من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٣ لسنة ٢٠٠١ بشأن لجنة تعديل وتصحيح الأسماء والألقاب.

٢. المادة (١٢٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم بقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧١.

٣. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٦٥١) لسنة ٢٠١٤.

تعمل كافة طرق الإثبات المنصوص عليها في المرسوم بقانون رقم (١٤) لسنة ١٩٩٦، بإصدار قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية والأحكام الإجرائية منها والأحكام الموضوعية عند توافر شروطها القانونية، ومنها الإثبات بالمحررات الرسمية أو المحررات العرفية أو بشهادة الشهود، هذا فضلاً عن القرائن القانونية أو القضائية، أو الإقرار بالحق المدعى به من المدعى عليه والاستعانة بخبير<sup>١</sup>. لذلك سنتناول بعض من تلك القرائن في هذا الفرع، وذلك على النحو الآتي:

### أولاً: حمل الأخوين للقب مختلف

من غير المتصور عقلاً ومنطقاً أن يحمل الأخوان المشتركان في ذات الأصول ألقاباً مختلفة، فإذا ما أضيف للقب لأحدهم وفقاً للإجراءات المقررة أمام اللجنة دون أن يتدخل بقية الأخوة، فإنه يكفي لمن لم يكتسب اللقب أن يتقدم أمام المحكمة المختصة بطلب إضافة اللقب استناداً إلى الحكم القضائي الصادر لأخيه - على سبيل المثال - . حيث استقر قضاء محكمة التمييز على أن ((لئن كانت المادة الرابعة من المرسوم بقانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٠ تشترط في إثبات اكتساب الألقاب أو تعديلها شهادة ثلاثة بصفات محددة فإنه ليس شرطاً شكلياً مقصوداً لذاته، بل هو طريق للإثبات يقوم مقامه أي طريق آخر له قوة في الإثبات تعادل قوته أو تفوقها، وكانت الأحكام النهائية باكتساب الأسماء أو الألقاب أو تعديلها الحائزة قوة الأمر المقضي بطبيعتها حجة على الكافة، فيكون الحكم الصادر بثبوت لقب ... لشقيق المطعون ... إذ لا يسوغ في المنطق القانوني أن يكون لكل من الأخوين المشتركين في الأب والجد لقب مختلف))<sup>٢</sup>.

### ثانياً: الاستناد إلى شهادة الميلاد

تعد شهادة الميلاد الوسيلة الوحيدة التي أكد القانون على أن يدون فيها الاسم كاملاً، فقد أوجب المشرع - كما أوضحنا سابقاً - بأن يتم التبليغ عن المولود وأن يتضمن ذلك التبليغ الاسم الرباعي ولقب العائلة إن وجد<sup>٣</sup>، وبذلك فإن شهادة الميلاد تعد وسيلة صالحة لإثبات اللقب لطالما ذكر اسم العائلة بها ولم يُذكر في بقية المستندات.

وقد استقر قضاء محكمة التمييز على أن ((لما كان البين من الأوراق ومن صور شهادات ميلاد الطاعن الأول وابنائهم القصر وكذلك جوازات سفر والد الطاعن الأول وشقيقه وجود «-----» كلقب للعائلة في نهاية أسمائهم الكاملة بها فإن حقيقة طلبات الطاعن وأبنائه هو إجراء التصحيح اللازم على ضوء إعمال حكم الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون سالف البيان بإضافة لقب العائلة وهو «-----» مكان الاسم الرابع في بطاقتهم الشخصية وجوازات سفرهم وهو ما لا يتعارض مع حكم الفقرة الثالثة من تلك المادة التي يقتصر نطاق أعمالها على ما سلف بيانه - عند وجود اللقب - على أسماء الأصول الواجب إدراجها بجوار الاسم الشخصي وهما اسما الأب والأب لجد فقط))<sup>٤</sup>.

١. حكم المحكمة الدستورية بمملكة البحرين في القضية رقم د/٢٠١٩/١ المنشور بالجريدة الرسمية رقم ٣٤٦٥ بتاريخ ٢٠٢٠/٤/٢.

٢. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٦٥١) لسنة ٢٠١٤.

٣. المادة (٧) من القانون رقم (٧) لسنة ٢٠١٩ بتنظيم تسجيل المواليذ والوفيات.

٤. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٥٣٢) لسنة ٢٠١٧ / حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (١٦٨) لسنة ٢٠٠١.

### ثالثاً: الاستناد إلى جواز السفر

لا ينطبق على جواز السفر ما ينطبق على شهادة الميلاد، حيث إن جواز السفر قد أعد لتنظيم مغادرة ودخول أرض مملكة البحرين، ولا يوجب القانون أن يدون به الاسم كاملاً، بل يكفي أن يدون بالقدر اللازم الذي يحقق الغرض الذي أوجدت من أجله تلك الوثيقة.

لا ينطبق على جواز السفر ما ينطبق على شهادة الميلاد، حيث إن جواز السفر ما هو إلا وثيقة رسمية تقر من خلال الدولة التي يتبعها مواطن ما، التي تُعرّف حاملها من حيث جنسيته وهويته طبقاً للدولة التي ينتمي إليها، وتسمح لحاملها بدخول ومغادرة الدول الأخرى. وبذلك يعد جواز السفر في مملكة البحرين وثيقة رسمية إلا لتنظيم عملية الدخول والمغادرة من أراضي المملكة، ولم يستوجب القانون أن يدون بها اسم حاملها بالكامل، بل يكفي أن يدون بالقدر اللازم الذي يحقق الغرض الذي أوجدت من أجله تلك الوثيقة.

وقد استقر قضاء محكمة التمييز على أن (( جواز السفر هو وثيقة رسمية أعدت لضبط وإثبات مغادرة المواطن أراضي الدولة وعودته إليها ولم يعد أساساً لإثبات اسم صاحبه وإنما يجري بيان الاسم فيه بالقدر اللازم لتحقيق هذا الغرض ))<sup>١</sup>.

وبذلك ننهي إلى أن جواز السفر لا يعد قرينة قاطعة على ثبوت اللقب من عدمه، إنما هو قرينة قد تستأنس بها المحكمة أو اللجنة -بحسب الأحوال- للتأكد من ثبوت اللقب من عدمه.

## الفرع السادس

### أداء الشهادة والاطمئنان إليها وتعديل الأخطاء المادية في الألقاب

يؤدي الشاهد شهادته منفرداً عن باقي الشهود الذين لم تسمع اللجنة شهادتهم، ويبين الشاهد اسمه ولقبه ومهنته وسنه ومحل إقامته، وإذا ما كانت تربطه بالخصوص صلة قرابة أو نسب، وعليه أن يحلف يميناً بأن يقول الحق، ويكون الحلف بحسب كل ديانة<sup>٢</sup> ثم تدون شهادته ويوقع عليها. وفي حال توافرت جميع الشروط التي أوجب القانون توافرها في الشهادة، يتبقى شرط مفترض وهو الاطمئنان لأقوال الشهود والذي تقوم بتقديره محكمة الموضوع.

وفي حال توافر جميع الشروط التي أوجب القانون توافرها في الشهادة، يتبقى شرط مفترض وهو الاطمئنان لأقوال الشهود والذي تقوم بتقديره محكمة الموضوع، وحيث أن للجنة السلطات والصلاحيات التي للمحكمة المدنية، المنصوص عليها في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية فإنه يثبت للجنة أيضاً أن تقدر ما تطمئن له ويكفي لتكوين عقيدتها.

١. حكم التمييز في الطعن رقم (١٦٨) لسنة ٢٠٠١.

٢. المادة (١١٥) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم بقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧١.

وقد استقر قضاء محكمة التمييز على أن ((تقدير الشهادة واستخلاص الواقع منها مما تستقل به محكمة الموضوع وهي غير ملزمة بتصديق الشاهد في كل قوله بل لها أن تطرح منه ما لا تطمئن إليه وتأخذ بما ترتاح إليه وتثق به كما أن لها أن تأخذ بأقوال بعض الشهود دون البعض الآخر طالما لم تخرج بها عما يؤدي إليه مدلولها))<sup>١</sup>.

وعندما ترى اللجنة عدم صلاحية الشهادة كوسيلة منتجة لإثبات الدعوى فإنها غير ملزمة بالإفصاح عن أسباب عدم اطمئنانها لأقوال الشهود، حيث استقر قضاء محكمة التمييز على أن ((من المقرر أن تقدير الشهادة واستخلاص الواقع منها مما تستقل به محكمة الموضوع والتي لها أن تطرح تلك الشهادة إذا لم تطمئن إليها دون أن تكون ملزمة ببيان أسباب عدم اطمئنانها))<sup>٢</sup>.

ولا سلطة لمحكمة التمييز على الرأي الذي تنتهي إليه اللجنة بعدم طمأنينتها لأقوال الشهود، بشرط أن يكون استخلاصها سائغاً وتقديرها مقبولاً، وذلك ما استقر عليه قضاء محكمة التمييز على أن ((من المقرر أن لمحكمة الموضوع سلطة تحصيل فهم الواقع في الدعوى واستخلاصه من الأدلة المطروحة عليها ولها في ذلك تقدير هذه الأدلة ومنها أقوال الشهود والأخذ بما تطمئن إليه منها وإطراح ما عداه دون تعقيب عليها من محكمة التمييز متى كان استخلاصها سائغاً وتقديرها مقبولاً))<sup>٣</sup>.

أخيراً ولإيمان المشرع بأن مسألة الأخطاء المادية من المسائل الواردة، ولأنه سبق أن عالجها فيما يتعلق بكتابة الأسماء - كما أشرنا سابقاً - فإنه عالجها أيضاً في مسألة الألقاب.

١. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٤١٦) لسنة ٢٠٠٨.

٢. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (١١٧٧) لسنة ٢٠١٥.

٣. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٥٣٥) لسنة ٢٠١٠.

## المبحث الثالث القصور التشريعي في المرسوم بقانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم إجراءات دعاوى اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها

### تمهيد وتقسيم:

يشهد المجتمع تطوراً سريعاً في السنوات الأخيرة، مما يستتبع معه وجوب تطوير التشريعات بشكل مستمر، حيث إن التشريع وليد الحاجة، والمجتمع تستجد به ظواهر تحتم أن يمد المشرع إليها يد التنظيم، وحيث أن الواقع العملي قد يكشف بعض جوانب القصور في تعديل الأسماء والألقاب وهنا يأتي دور البحث العلمي ليكشف عن تلك الجوانب ويدعو المشرع للتدخل. وسنتناول في هذا المبحث القصور التشريعي في الأسماء والألقاب والقصور التشريعي في الألقاب والقصور التشريعي في لجنة تعديل وتصحيح الأسماء والألقاب.

لذلك ينقسم المبحث الثالث إلى ثلاثة مطالب، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: القصور التشريعي في الأسماء

المطلب الثاني: القصور التشريعي في الألقاب

المطلب الثالث: القصور التشريعي في لجنة تعديل وتصحيح الأسماء والألقاب

### المطلب الأول

#### القصور التشريعي في الأسماء

يُظهر الواقع العملي عدداً من الإشكاليات التي تتصل اتصالاً وثيقاً بالأسماء، وتعد أبرز تلك المشكلات عدم منع المشرع البحريني التسمي بالأسماء المركبة، وعدم وضع قواعد للأسماء التي لا يجوز التسمي بها، وتلك الجوانب من القصور التشريعي قد تؤثر في مسيرة حياة الطفل منذ لحظة ولادته، إلى أن يتوفاه الله، وأن العدد الهائل من الطلبات التي تنظرها اللجنة أكبر مؤشر على الحاجة لتدخل تشريعي يوضع حدٌ لسوء استخدام هذا الحق لذوي الطفل. وعليه سنخصص لكل إشكالية منهما فرعاً، وذلك على النحو الآتي:

### الفرع الأول

#### عدم منع الأسماء المركبة

يثير الاسم المركب حالة من عدم الاستقرار لدى المولود، وتستمر تلك الحالة لديه منذ طفولته إلى أن يكبر، وتبدأ من صعوبة كتابة الاسم إلى التساؤل حول نسبه وهل هو الابن أو الحفيد لمن يحمل اسمه، كما يبدأ البعض في التشكيك من ثبوت رابطة الأخوة حينما يحمل أحدهم اسماً مركباً.

ولتجاوز ذلك التقصير، نظم المشرعون العرب تلك المسألة، فقد نص المشرع السعودي على أن ((يسجل الاسم الأول مجرداً من الألقاب فلا تسجل الكلمات التي ليست جزءاً من الاسم مثل الشريف، السيد والحاج ونحوها))<sup>١</sup>.

ولم يكتف المشرع السعودي بحظر الألقاب التي تسبغ على الأسماء مثل السيد والحاج بل أتى بنص صريح بحظر الأسماء المركبة عندما نص على أن ((تسجل الأسماء مجردة من التركيب (غير الإضافي) فلا تسجل الأسماء المركبة (مثل محمد صالح ومحمد مصطفى))<sup>٢</sup>.

ولم يكن المشرع السعودي الوحيد الذي تنبه لتلك الحالة التي قد تخلق حالة من عدم الاستقرار لدى حامل الاسم المركب، بل أن المشرع السوري كذلك، فقد نص على ((ألا يجوز تسمية المولود باسم مركب مكون من أكثر من اسمين))<sup>٣</sup>.

وبناءً على ما تقدم نوصي المشرع البحريني بتعديل نص المادة (٧) من القانون رقم (٧) لسنة ٢٠١٩ بتنظيم تسجيل المواليد والوفيات بإضافة بند رابع ينص على أن: تسجل الأسماء مجردة من التركيب، إلا من سجل اسمه قبل العمل بأحكام هذا القانون، ويستثنى من ذلك ألقاب العائلة المالكة والألقاب التي يمنحها جلالة الملك.

## الفرع الثاني الأسماء التي يمنع التسمي بها

قال رسول الله صل الله عليه وسلم: (إِنَّكُمْ تُدْعَوْنَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ بِأَسْمَائِكُمْ وَأَسْمَاءِ آبَائِكُمْ فَاحْسِنُوا أَسْمَاءَكُمْ)<sup>٤</sup>.

ونص قانون الطفل على أن ((لكل طفل الحق في أن يكون له اسم يميزه، ويسجل هذا الاسم عند الميلاد في سجلات المواليد وفقاً لأحكام القانون الخاص بتسجيل المواليد والوفيات، ولا يجوز أن يكون الاسم منطوياً على تحقير أو مهانة لكرامة الطفل أو منافياً للعقائد الدينية))<sup>٥</sup>.

وهنا ألقى المشرع العبء على سلطات الدولة بأن تزود بالطفل عما قد يحقر منه أو يهين كرامته، إلا أن القانون ترك فراغاً تشريعياً حيث إنه لم يرقم بالنص على الضوابط التي يستوجب أن تتوافر في الاسم لئتم تسجيله، بل أطلق النص على علاقته دون أن يخول السلطة التنفيذية بأن تصدر القرارات اللازمة التي من شأنها أن تحقق المقصد الذي يرمي إليه.

١. البند د من المادة (١٥) من اللائحة التنفيذية لنظام الأحوال المدنية في المملكة العربية السعودية.

٢. البند هـ من المادة (١٥) من اللائحة التنفيذية لنظام الأحوال المدنية في المملكة العربية السعودية.

٣. المادة (٢٦) من المرسوم التشريعي ٢٦ لعام ٢٠٠٧ قانون الأحوال المدنية في الجمهورية العربية السورية.

٤. أبو داود سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، الطبعة الأولى، الجزء السابع، دار الرسالة العالمية، الجمهورية العربية السورية، ٢٠٠٩، ص ٣٠٣.

٥. عن داود بن عمرو، عن عبد الله بن أبي زكريا عن أبي الدرداء.

٦. المادة (٦) من قانون الطفل الصادر بالقانون رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٢ المنشور بالجريدة الرسمية رقم ٣٠٦٤، بتاريخ ٢٠١٢/٨/٩.

وفي ذات السياق نص المشرع السعودي على أن (( لا يجوز اشتراك أخوين أو أختين من الأب أو ابن مع أبيه في اسم واحد إذا كان الاثنان على قيد الحياة كما لا يجوز بالنسبة للمواطنين تسجيل اسم مخالف للشريعة الإسلامية ))<sup>١</sup>.

ويذهب جانب من الفقه للقول بعدم جواز تسمية الطفل باسم فيه مهانة له أو لكرامته، لما قد يكون لذلك من أثر على سلوكيات الطفل ونظرة المجتمع له، وأن يتناول التشريع حظراً مزدوجاً على أسرة الطفل بعدم تسمية الطفل باسم فيه امتهان لكرامة الطفل، وامتناع الموظف المختص بقيد الأسماء في السجلات عن تسجيل الأطفال.<sup>٢</sup>

واهتداءً بما تقدم، نصي المشرع البحريني بتعديل نص المادة (٧) من القانون رقم (٧) لسنة ٢٠١٩ بتنظيم تسجيل المواليذ والوفيات بإضافة بند خامس ينص على أن:

يصدر وزير الصحة قراراً يضع فيه الضوابط اللازمة لتسجيل الأسماء، وللوزير أن يصدر قراراً يحدد به الأسماء التي يُمنع التسمي بها.

ولا يجوز بأي حال من الأحوال تسجيل ذات الاسم لذات الأخوة والأخوات إذا كانوا على قيد الحياة.

## الفرع الثالث

### تعديل الاسم الشخصي لمن لم يتم الخامسة والعشرين بسبب الدخول في الإسلام

نص المشرع البحريني على أنه (( يجوز لمن لم يبلغ الخامسة والعشرين من عمره أن يطلب تغيير اسمه الشخصي فقط إذا كانت له مصلحة جدية في ذلك ))<sup>٣</sup> وهو بذلك نص على حالة واحدة فقط لتغيير الاسم الشخصي لمن هم دون الخامسة والعشرين، وهي المصلحة الجدية.

فإذا كان المتقدم يود تغيير اسمه بسبب دخوله للإسلام، فإن القاضي يكون أمام أمرين، أولهما الاستناد إلى المصلحة الجدية، وثانيهما الاستناد إلى المادة التي تجيز تعديل الاسم بالكامل، إلا أن الاستناد إليهما يكون في غير محله حيث إن المدعي والذي لم يتم الخامسة والعشرين قد يطلب تعديل اسمه الأول فقط، لذلك من الأجدر أن ينظم المشرع البحريني تلك المسألة والألا يكتفي بالاستناد للمصلحة الجدية لتغيير الاسم الشخصي لمن دخل الإسلام.

وعليه نقترح تعديل نص المادة (٣) من المرسوم بقانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم إجراءات دعاوى اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها، حيث نقترح النص الآتي:

١. المادة (٤٥) من نظام الأحوال المدنية في المملكة العربية السعودية.

٢. محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص ٥٦٧.

٣. المادة (٣) من المرسوم بقانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم إجراءات دعاوى اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها.

٤. البند (ب) من المادة (٢) من المرسوم بقانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم إجراءات دعاوى اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها.

يجوز لمن لم يبلغ الخامسة والعشرين من عمره أن يطلب تغيير اسمه الشخصي فقط إذا كانت له مصلحة جدية في ذلك، فإذا أتم الخامسة والعشرين من عمره فلا يجوز له ذلك إلا إذا كان اسمه يسبب له الحرج الشديد.

ويجوز في جميع الأحوال تغيير الاسم الشخصي لمن غير دينه إلى الإسلام، ولا يجوز تغيير الاسم أكثر من مرة واحدة إلا لذات السبب.

## المطلب الثاني القصور التشريعي في الألقاب

للأهمية الكبيرة التي تشغلها الألقاب كجزء من ثقافة المجتمع البحريني، قام البعض بإساءة استعمال حقه المقرر قانوناً بالانتساب إلى عائلة أو قبيلة هو أجنبي عنها، مما دعا بعض العوائل للتقدم للجنة تعديل وتصحيح الأسماء والألقاب بهدف حذف اللقب عنهم، إلى جانب حمل لألقاب قد يكون لمعناها تحقير أو مهانة، وهو ما سنركز عليه في الفرع الأول، ثم الشبهات التي قد يثيرها عدم انصراف وصف «حامل للقب بصفة غير أصلية» والمفارقات التي قد تحدث في عدم تساوي المراكز القانونية بين الاخوة الذين يتحدون في سبب اكتساب اللقب في الفرع الثاني، وذلك على النحو الآتي:

### الفرع الأول حذف الألقاب

نظم المشرع البحريني اكتساب الألقاب وتعديلها بتوسع، ولكن غفل عن تنظيم حذف الألقاب، وقد يتساءل القارئ لماذا يود أحد المنتسبين لعوائل مملكة البحرين بأن يقوم بحذف لقب العائلة التي ينتسب لها.

ويجيب فقه الواقع بما يشهده من ألقاب فيها تحقير ومساس بكرامة من يحملها، حيث أن بعض الألقاب في البحرين حملها الأجداد كأسماء شهرة ثم دونت كألقاب فيما بعد.

ومن جانب آخر قد يكون حامل اللقب أجنبياً عن مملكة البحرين، ولقبه في بلده لا يسبب له إحراجاً، إلا أن اللقب في مملكة البحرين يكون له معانٍ أخرى غير مستحبة.

حيث إن المحاكم تشهد عدداً كبيراً من القضايا التي يتقدم أطرافها بطلب إزال اللقب من أسمائهم، فمنهم من يحمل ألقاباً تدل على أسماء حيوانات -أجلكم الله- أو ألفاظاً خادشه بالحياء وذلك ما يتعارض مع المواثيق الدولية والتي تنص على أن (( يولد جميع الناس أحراراً ومتساوين في الكرامة والحقوق ))<sup>١</sup>.

ومن جانب آخر لم ينظم المشرع البحريني مسألة حذف الألقاب عمن يكتسب لقب عائلة وهو أجنبي عنها، مما يسبب الإضرار بسمعتها أو الإخلال بمكانتها، إلا أن جانباً من الفقه يكيف حذف الألقاب

١. المادة (١) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

باعتبارها مرتبة لضرر مفترض لحاملي اللقب عندما ينتسب لعائلة أجنبي عنها، مما يستقيم معه ما نص عليه المشرع (( في الحالات التي يكون فيها الحكم الصادر في الدعوى حجة على شخص أو يلحق به ضرراً ولم يسبق إدخاله أو تدخله في الدعوى، يكون لهذا الشخص الحق في الاعتراض على هذا الحكم ما لم يسقط حقه بمرور الزمن ))<sup>١</sup>.

وفي ذات الاتجاه سار قضاء محكمة التمييز حيث استقر على أنه لما كان من المقرر بنص المادة ٢٠٨ من قانون المرافعات أنه في الحالات التي يكون فيها الحكم الصادر في الدعوى حجة على شخص أو يلحق به ضرراً ولم يسبق إدخاله أو تدخله في الدعوى يكون لهذا الشخص الحق في الاعتراض على هذا الحكم<sup>٢</sup>.

لذلك وبناءً على ما تقدم نوصي المشرع بأن ينظم مسألة حذف الألقاب وأن يضع الضوابط اللازمة التي تضمن ألا يتم إساءة استخدام ذلك الحق، وذلك لما قد يترتب عليه من أثر إيجابي على المدعي ذاته من جانب، وحفاظاً على نسيج العوائل البحرينية من انتساب أجنبي عنها من جانب آخر.

## الفرع الثاني انصراف وصف عدم حمل اللقب بصفة أصلية لمن يكتسب اللقب بالتبعية

تواتر القضاء في مملكة البحرين على إطلاق مسمى ( حامل للقب بصفة غير أصلية ) على كل من يكتسب اللقب بحكم قضائي أو قرار إداري أو تزكية مُعَرَّف، ويستتبع ذلك عدم قبول شهادته أمام لجنة تعديل وتصحيح الأسماء والألقاب لعدم توافر الشروط القانونية التي استوجبها المشرع في الشهادة.

و ينتقل وصف حامل للقب بصفة غير أصلية إلى جميع من يكتسب اللقب من أبناء وذوي المدعي الواردة اسمائهم في لائحة الدعوى، إلا أننا قد نكون أمام شبهة عدم دستورية تتمثل في عدم تساوي المراكز القانونية في حالة ولادة ابن لاحق على اكتساب المدعي للقب، حيث يشترك الأبناء في سبب اكتساب اللقب، مما يجعل مراكزهم القانونية متساوية أمام اللجنة إلا أن اللجنة تقبل شهادة الابن المولود في وقت لاحق على اكتساب الأب للقب وترفض شهادة أخيه الذي كان اسمه وارداً في لائحة الدعوى، مما يشكل إخلالاً صريحاً بمبدأ المساواة في الدستور والذي ينص على أن (( العدل أساس الحكم، والتعاون والتراحم صلة وثقى بين المواطنين، والحرية والمساواة... ))<sup>٣</sup> كما نص على أن (( الناس سواسية في الكرامة الإنسانية، ويتساوى المواطنون لدى القانون في الحقوق والواجبات

١. المادة (٢٠٨) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٧١.

٢. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٥٤٥) لسنة ٢٠١٣.

٣. المادة (٤) من دستور مملكة البحرين، مرجع سابق.

العامة...))<sup>١</sup> ومفاد تلك النصوص أن تخضع كافة المراكز القانونية المختلفة لمعاملة قانونية واحدة دون تمييز.

ومما يعضد ما سبق حكم المحكمة الدستورية الذي نص على ((إن مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون المنصوص عليه في المادتين (٤) و(١٨) من الدستور، بحسبانه ركيزة أساسية للحقوق والحريات على اختلافها، وأساساً للعدل والسلام الاجتماعي، غايته صون هذه الحقوق والحريات في مواجهة صور التمييز التي تنال منها أو تقيّد ممارستها، باعتباره وسيلة لتقرير الحماية المتكافئة التي لا تمييز فيها بين المراكز القانونية المتماثلة، فلا يقتصر مجال إعماله على ما كفله الدستور من حقوق، بل يمتد كذلك إلى تلك التي يقرها القانون، وبمراعاة أن الحماية المتكافئة أمام القانون التي اعتد بها الدستور، لا تتناول القانون من مفهوم مجرد، وإنما بالنظر إلى أن القانون تعبير عن سياسة محددة أنشأتها أوضاع لها مشكلاتها، وأنه استهدف بالنصوص التي تضمنها تحقيق أغراض بذاتها من خلال الوسائل التي حددها. فكلما كان القانون مغايراً بين أوضاع أو مراكز قانونية أو أشخاص لا تتحد واقعاً فيما بينها، وكان تقديره في ذلك قائماً على أسس موضوعية، مستهدفاً غايات لا نزاع في مشروعيتها، وكافلاً وحدة القاعدة القانونية، في شأن أشخاص تتماثل ظروفهم، بما لا يجاوز متطلبات تلك الغايات، كان واقعاً في إطار السلطة التقديرية المكفولة للمشرع))<sup>٢</sup>.

إلا أن الحالة المذكورة أعلاه ليست الوحيدة التي تستدعي التفكير، فلا يستقيم منطقاً أن ترفض شهادة الأصل -الذي لا يحمل اللقب بصفة أصلية واكتسبه في وقت لاحق- وتقبل شهادة الفرع -المولود في وقت لاحق على اكتساب الأصل للقب-، ويؤكد على ذلك القاعدة الأصولية الفقهية ((الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا)) وتعني أنه متى ما وجدت العلة وجد الحكم، ومتى ما انتفت العلة انتفى الحكم.

وقياساً على القاعدة الأصولية المشار إليها أعلاه، فإن العلة في اكتساب اللقب يشترك فيها الأصل والفرع -الأب والابن- مما يستوجب أن يدور الحكم في رد الشهادة وجوداً وعدمًا معهما، فإن رفض المشرع شهادة الأصل باعتبار أن العلة تكمن في أنه لا يحمل اللقب بصفة أصلية فإن ذات الحكم يجب أن يدور وجوداً وعدمًا مع الفرع الذي يتشارك معه بذات العلة.

وهدياً على ما تم ذكره نوصي المشرع بتعديل عجز المادة (٤) من المرسوم بقانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم إجراءات دعاوى اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها، حيث نقترح النص الآتي: "يشترط في إثبات اكتساب الألقاب أو تعديلها شهادة ثلاثة من العائلة المراد الانتساب إليها، ممن لا يقل عمر كل واحد منهم عن أربعين سنة ميلادية، ولم يسبق له أو لأحد أصوله اكتساب اللقب بحكم قضائي أو قرار إداري، أو تزكية مُعَرَّف لهذه العائلة".

١. المادة (١٨) من دستور مملكة البحرين، مرجع سابق.

٢. حكم المحكمة الدستورية بمملكة البحرين في القضية رقم د / ٣ / ٠٤ و د / ٤ / ٠٤ المنشور بالجريدة الرسمية رقم ٢٧٤٦ بتاريخ ٢٠٠٦/٧/٥.

وأخيراً نرى أن النص المقترح لن يثير أي لبس أو صعوبة في التطبيق العملي، حيث إن الإدارة المعنية بشؤون الجنسية والجوازات والإقامة تقوم بالاحتفاظ بجميع السجلات الرسمية والتي يمكن من خلالها أن تستوضح اللجنة أو المحكمة -بحسب الأحوال- إذا ما كان المتقدم للشهادة حاملاً للقب بصفة أصلية أو أنه قد اكتسب اللقب في فترة لاحقة.

## المطلب الثالث القصور التشريعي في لجنة تعديل وتصحيح الأسماء والألقاب

نناقش في هذا المطلب مدى تحقق غاية المشرع من إسناد النظر في الدعاوى المتعلقة بالأسماء والألقاب للجنة تعديل وتصحيح الأسماء والألقاب وهل يعد وجود اللجنة في شكلها الحالي عبئاً أكبر على المتقاضين في الفرع الأول، ثم ننتقل لمناقشة مدى انطباق المقولة الشهيرة «من أمن العقوبة أساء الأدب» في الفرع الثاني الذي يسלט الضوء على عدم التوافق بين من يدلي بشهادة زور أو يقدم مستندات مزورة في الفرع الثاني وذلك على النحو الآتي:

## الفرع الأول عدم ثبوت الاختصاص القضائي للجنة تعديل وتصحيح الأسماء والألقاب

لم يعهد المشرع للجنة تعديل وتصحيح الأسماء والألقاب باختصاص التحقيق في الدعاوى عبثاً، وإنما لعله وحكمة أراد تحقيقها، وإن البين من استقراء نصوص المرسوم بقانون المعني بتنظيم الأسماء والألقاب ومقارنتها ببعضها البعض أن المشرع قد اختص اللجنة دون غيرها بنظر الدعاوى والتحقيق فيها بهدف تخفيف العبء على كاهل القضاء.

وإن اللجنة وبالذات الحالي الذي تقوم به، فإنها تحمل جانباً من العبء إلا أنها لا تحمله بالقدر اللازم، فالدور الذي تلعبه اللجنة يتلخص في التحقيق بمضمون الدعوى وسماع الشهود ومن ثم إحالة الدعوى بعد الانتهاء من نظرها إلى المحكمة المختصة مشفوعة بتقرير مفصل يشمل رأيها فيها.

وللمحكمة أن تأخذ بالرأي الذي انتهت إليه اللجنة أو أن تخالفها الرأي وهو ما من شأنه أن يضعف دور اللجنة من جانب، وألا يحقق مرمى المشرع من إسناد تلك المهمة للجنة المختصة من جانب آخر، ونركز في ظل ترشيد الإنفاق أن وجود اللجنة يزيد من الإجراءات وهو ما يؤدي إلى زيادة تكاليف التقاضي، حيث إنها بدلاً من أن تبدأ الدعوى من الصغرى إلى الكبرى إلى التمييز، يزيد القانون إحالتها للجنة وهو ما يترتب عليه زيادة التكلفة على الدولة والمتقاضين.

هدياً على ما تقدم، نوصي المشرع بأن يتوجه إلى إعادة تشكيل اللجنة ليتولى رئاستها أحد أعضاء السلطة القضائية وأن يغلب على تشكيلها العنصر القضائي، وأن يتم استئناف الحكم الذي يصدر عنها أمام محكمة الاستئناف العليا المدنية، وذلك لتبسيط إجراءات التقاضي وتحقيقاً لمبدأ العدالة.

## الفرع الثاني تشديد العقوبة على من يقدم محررات مزورة أو يدلي بأقوال كاذبة أمام اللجنة

نص المشرع على أن (( يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين أو الغرامة التي لا تتجاوز خمسمائة دينار كل من يدلي شفاهه أو كتابة بأقوال أو بيانات كاذبة وهو يعلم عدم صحتها أمام لجنة تعديل وتصحيح الأسماء والألقاب ))<sup>١</sup>.

إلا أن العقوبة المرصودة لم تأت متوافقة مع جسامه الفعل المرتكب، حيث إن سلطات اللجنة الممنوحة لها بإثبات واقعة الميلاد وتاريخه وتصحيح الأسماء وتغييرها وإضافة أو تغيير لقب العائلة وتعديل محل الميلاد وتاريخه في شهادات الميلاد وغيرها من الوثائق، مما يستوجب أن يشدد المشرع العقوبة على من تسول له نفسه بأن يعيبت بتلك السجلات الرسمية.

حيث أن المراكز القانونية التي قد ترتبها اللجنة صلاحياتها الممنوحة قانوناً ينبغي أن يحيطها المشرع بسياج متين من العقوبات والذي بدوره يضمن أن يحقق الردعين العام والخاص في آن واحد، حيث أن العقوبة المرصودة في التشريع الحالي لا تحقق أياً من الردعين كما لم يفارق المشرع بين إذا ما ترتب على هذه المستندات أحكام بالتعديل أو الإضافة في الأسماء أو الألقاب أو المستندات الرسمية. حيث استقر قضاء المحكمة الدستورية على أن (( وجوب تنظيم مبدأ التفريد التشريعي للعقوبات، وذلك لكي تتناسب العقوبة مع مدى مسؤولية المتهم عن الجريمة شخصياً ودوره في الجرم عند إنزال العقوبة عليه من القاضي. ومن ثم لا مندوحة للمشرع من الناحية الدستورية عن أعمال التفريد للعقوبة في مجال تنظيم الجرائم والعقوبات، وإلا كان مخالفاً لمبدأ شخصية العقوبة ))<sup>٢</sup>، وأرسى قضاؤها في حكم آخر (( أن الدستور قد أكد مبدأ شخصية العقوبة بنص الفقرة (ب) من المادة (٢٠) منه، فإنه يعني به - في أحد مضامينه - تقييد المشرع بضرورة تنظيم مبدأ التفريد التشريعي للعقوبات، وذلك لكي تتناسب العقوبة مع مدى مسؤولية المتهم عن الجريمة شخصياً ودوره في الجرم عند إنزال العقوبة عليه من القاضي، ومن ثم فلا مندوحة للمشرع، من الناحية الدستورية، عن أعمال التفريد للعقوبة في مجال تنظيم الجرائم والعقوبات، وإلا كان مخالفاً لمبدأ شخصية العقوبة ))<sup>٣</sup>.

١. المادة (٩) من المرسوم بقانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم إجراءات دعاوى اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها.

٢. حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم د / ٢ / ٠٦ المنشور في الجريدة الرسمية رقم ٢٨٨٩ بتاريخ ٢٠٠٩/٤/٢.

٣. حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم د / ٧ / ١١ المنشور في الجريدة الرسمية رقم ٣٠٥٥ بتاريخ ٢٠١٢/٠٦/٠٧.

وقد سبق أن قامت لجنة تعديل وتصحيح الأسماء والألقاب بإحالة عدد من الحالات التي اشتبهت بها التزوير في المستندات إلى النيابة العامة وذلك لاتخاذ كافة الإجراءات اللازمة تحقيقاً للشرعية الإجرائية<sup>١</sup>.

وحيث نص المشرع على أن يعاقب على التزوير في محرر رسمي بالسجن مدة لا تزيد عن عشر سنوات، ويعاقب على التزوير في محرر خاص بالحبس<sup>٢</sup>.

كما نص على أن (( تكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنتين أو بالغرامة التي لا تجاوز مائتي دينار إذا ارتكب الشاهد الجريمة أمام محكمة غير جنائية ))<sup>٣</sup>.

وبناءً على الأسباب الوارد ذكرها أعلاه نرى أنه لا يوجد تناسب بين جسامه الفعل المرتكب ونتائجه الوخيمة والعقوبة المرصودة، لذا نوصي المشرع بتعديل المادة (٩) من المرسوم بقانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم إجراءات دعاوى اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها، حيث نقترح النص الآتي:

مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ورد النص عليها في قانون العقوبات أو أي قانون آخر، يعاقب بالحبس الذي لا يقل عن ثلاثة أشهر والغرامة التي لا تقل عن خمسمائة دينار ولا تجاوز خمسة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من يدلي شفاهه أو كتابة بأقوال أو بيانات كاذبة وهو يعلم عدم صحتها أمام لجنة تعديل وتصحيح الأسماء والألقاب.

وإذا ترتب على ذلك تغيير في المستندات الرسمية اعتبر ذلك ظرفاً مشدداً.

## النتائج والتوصيات

بعد تناول الذي أسلفناه للواقع التشريعي البحريني في شأن اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها في ظل المرسوم بقانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٠، توصلنا إلى مجموعة النتائج والتوصيات الآتية:

## النتائج

١. يمتاز الاسم باعتباره حقاً من الحقوق الشخصية بعدم القابلية للتصرف وعدم السقوط بالتقادم، كما أن المشرع البحريني اتخذ الاسم واجباً على الأفراد، ويترتب على ذلك الحق في تغيير الاسم والالتزام باتخاذ الاسم واستعماله.
٢. حدد المشرع تغيير الاسم لمن لم يبلغ الخامسة والعشرين بثبوت المصلحة الجدية من ذلك

١. تعني الشرعية الإجرائية ما نص دستور مملكة البحرين في المادة ٢٠/أ بأن (لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة للعمل بالقانون الذي ينص عليها).

٢. المادة (٢٧١) من قانون العقوبات مرسوم بقانون رقم (١٥) لسنة ١٩٧٦ المنشور بالجريدة الرسمية رقم ١١٧٠، بتاريخ ١٩٧٦/٤/٨.

٣. الفقرة الثالثة من المادة (٢٣٥) من قانون العقوبات الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٥) لسنة ١٩٧٦.

التغيير، ويعد أمر التحقق من ثبوت المصلحة الجدية أمر خاضعاً لتقدير قاضي الموضوع دون أن تبسط محكمة التمييز رقابتها عليه ونظم المشرع حق من أتم الخامسة والعشرين من عمره بقيود أشد، وحددها بحالتين، أولهما إذا كان يسبب الاسم لصاحبه حرجاً شديداً، وثانيهما إذا قام الفرد بتغيير دينه إلى الإسلام.

٣. يقع عبء إثبات توافر الحرج الشديد على المدعي، وقد يتمثل الحرج الشديد بواقعة معنوية، أو واقعة مادية، ويترتب على ذلك إمكانية إثباته بكافة طرق الإثبات الواردة في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ولا يشترط المشرع البحريني لمن قام بتغيير دينه إلى الإسلام بإثبات توافر الحرج الشديد في اسمه، بل يكفي بأن يقدم ما يثبت دخوله الإسلام وبذلك يتحقق ما اشترطه المشرع لتغيير الاسم.

٤. تفرد المحاكم الشرعية بولايتها بالفصل في مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين، وفي حال صدور حكم بإثبات النسب فإن اسم الابن يتغير لما ثبت عليه حكم النسب، ويكتب الاسم كاملاً شاملاً اللقب، دون أن تكون هناك إجراءات خاصة لاكتساب اللقب، وفي حال صدور حكم بنفي النسب فإن، إما في حالة نفي النسب فيمنح المنفي نسبه اسماً مفترضاً.

٥. منح المشرع الحق لمن يدخل إلى الإسلام بأن يطلب تغيير اسمه كاملاً، إلا أن ذلك قد يثير شبهات شرعية، حيث لم يثبت ذلك في السيرة، كما أن ذلك الأمر قد يسبب العديد من الإشكاليات في الأنساب.

٦. أجاز المشرع البحريني رفع الأخطاء المادية التي تقع في الأسماء والألقاب، كما منح الحق في تصحيحها من قبل جهة الإدارة من تلقاء نفسها أو بطلب يقدم من ذوي الشأن وعند رفض جهة الإدارة ذلك فإنه يحق له أن يقوم برفع دعوى أمام القضاء ويطلب فيها تعديل الخطأ المادي، ويعد اللجوء للقضاء بمثابة الطعن بالقرار الإداري.

٧. بتمحيص الشروط التي أوجدها المشرع والألفاظ التي استخدمها والتي تؤخذ بالمقاصد والمعاني لا الألفاظ والمباني نرى أن هناك شرطاً مفترضاً وهو ارتباط المدعي والشهود برابطة دم فعلية ومما يعضد ذلك التقاء الشهود والمدعي في أحد الأصول، ويعد شرط بلوغ الشهود جميعاً سن الأربعين قبل التقدم للشهادة ضماناً لصون الجدران الرصينة للعوائل بمملكة البحرين، حيث افترض الشارع بأن من يبلغ هذا السن يعرف جميع تفرعات عائلته، فلا ينتسب للعائلة فرد هو أجنبي عنها.

٨. قد تتوافر في الشاهد جميع الشروط التي أوجبها القانون في الشهادة، إلا أن اللجنة أو المحكمة -بحسب الأحوال- قد لا تكون مطمئنة لشهادته أو لا تكون كافية لتكوين عقيدتهم، وإذا لم تكن الشهادة منتجة للإثبات في الدعوى فإن لهم طرحها دون الإفصاح عن الأسباب.

٩. تحتوي العديد من التشريعات العربية على منع الأسماء المركبة، إلا أن المشرع البحريني لم ينظم

تلك المسألة، وهي تثير عدداً من المشكلات العملية، كما نص قانون الطفل على حق الطفل بأن لا يكون اسمه يحتوي على تحقير أو أن يكون منافياً للعادات الدينية، وكان من الأولى أن يضع المشرع آلية تضمن ذلك من خلال إصدار قرار من وزير الصحة يتضمن الضوابط التي يجب أن يلتزم بها ولي الأمر عند تسمية ابنه، والأسماء التي يمنع التسمي بها، والأحوال التي يمتنع تسجيل الأسماء بها مثل أخوين في ذات الاسم إذا كانا على قيد الحياة.

١٠. ترك المشرع البحريني فراغاً تشريعياً يتعلق بتنظيم حذف الألقاب، حيث إن هناك ألقاباً تسبب الحرج الشديد لحاملها، كما أن المشرع البحريني لم ينظم حذف الألقاب لمن انتسب إلى عائلة وهو أجنبي عنها، مما قد يسبب إضراراً بنسيج العوائل البحرينية، كما لم ينص المشرع البحريني على انصراف وصف حمل اللقب بصفة غير أصلية لفروع من يضاف له اللقب، ويترتب على ذلك قبول شهادة الفرع في بعض الحالات ورفض شهادة الأصل.

١١. لا تتناسب العقوبة المرصودة لمن يدلي شفاهه أو كتابة بأقوال أو بيانات كاذبة وهو يعلم عدم صحتها أمام لجنة تعديل وتصحيح الأسماء والألقاب، لذا نرى وجوب تشديد العقوبة تحقيقاً للردعين العام والخاص مع اعتبار التغيير في المستندات الرسمية ظرفاً مشدداً.

## التوصيات

١. منع تعديل الاسم كاملاً لمن يدخل الإسلام من خلال حذف البند (ب) من المادة (٢) من المرسوم بقانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم إجراءات دعاوى اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها لما قد يثيره ذلك من مشكلات يشهدها الواقع العملي والاكتفاء بمن يصدر بشأنه حكم نهائي بنفي نسبة أو ثبوته.

٢. حظر تسجيل الأسماء المركبة بتعديل نص المادة (٧) من القانون رقم (٧) لسنة ٢٠١٩ بتنظيم تسجيل المواليد والوفيات بإضافة بند رابع ينص على أن:

تسجل الأسماء مجردة من التركيب، إلا من سجل اسمه قبل العمل بأحكام هذا القانون، ويستثنى من ذلك ألقاب العائلة المالكة والألقاب التي يمنحها جلالة الملك.

٣. تقنين الأسماء التي يمنع التسمي بها ووضع عدد من الشروط التي تدود عن الطفل عما يحقر منه أو يهين كرامته وذلك بتعديل نص المادة (٧) من القانون رقم (٧) لسنة ٢٠١٩ بتنظيم تسجيل المواليد والوفيات بإضافة بند خامس ينص على أن:

يصدر وزير الصحة قراراً يضع فيه الضوابط اللازمة لتسجيل الأسماء، وللوزير أن يصدر قراراً يحدد به الأسماء التي يمنع التسمي بها.

ولا يجوز بأي حال من الأحوال تسجيل ذات الاسم لذات الأخوة والأخوات إذا كانوا على قيد الحياة.

٤. النص على حق من هو دون الخامسة والعشرين بتغيير اسمه الشخصي إذا قام بتغيير دينه الى

الإسلام بتعديل نص المادة (٣) من المرسوم بقانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم إجراءات دعاوى اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها، ونقترح النص الآتي:

يجوز لمن لم يبلغ الخامسة والعشرين من عمره أن يطلب تغيير اسمه الشخصي فقط إذا كانت له مصلحة جدية في ذلك، فإذا أتم الخامسة والعشرين من عمره فلا يجوز له ذلك إلا إذا كان اسمه يسبب له الحرج الشديد.

ويجوز في جميع الأحوال تغيير الاسم الشخصي لمن غير دينه إلى الإسلام، ولا يجوز تغيير الاسم أكثر من مرة واحدة إلا لذات السبب.

٥. تعديل المرسوم بقانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم إجراءات دعاوى اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها بتنظيم مسألة حذف الألقاب وأن يضع الضوابط اللازمة التي تضمن أن لا يتم إساءة استخدام ذلك الحق، وذلك لما قد يترتب عليه من أثر إيجابي على المدعي ذاته من جانب، وحفاظاً على نسيج العوائل البحرينية من انتساب أجنبي إليها من جانب آخر.

٦. رد شهادة مكتسب اللقب - حامل بصفة غير أصلية- من خلال تعديل عجز المادة (٤) من المرسوم بقانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم إجراءات دعاوى اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها، ونقترح النص الآتي:

” يشترط في إثبات اكتساب الألقاب أو تعديلها شهادة ثلاثة من العائلة المراد الانتساب إليها، ممن لا يقل عمر كل منهم عن أربعين سنة ميلادية، ولم يسبق له أو لأحد أصوله اكتساب اللقب بحكم قضائي أو قرار إداري، أو تزكية مُعَرَّف لهذه العائلة.“

٧. التوجه لإعادة تشكيل اللجنة ليتولى رئاستها أحد أعضاء السلطة القضائية وأن يغلب على تشكيلها العنصر القضائي، وأن يتم استئناف الحكم الذي يصدر عنها أمام محكمة الاستئناف العليا المدنية، وذلك لتبسيط إجراءات التقاضي وتحقيقاً لمبدأ العدالة.

٨. تغليظ عقوبة من يدلي شفاهه أو كتابة بأقوال أو بيانات كاذبة وهو لا يعلم صحتها أمام لجنة تعديل وتصحيح الأسماء والألقاب من خلال تعديل المادة (٩) من المرسوم بقانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم إجراءات دعاوى اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها، ونقترح النص الآتي:

مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ورد النص عليها في قانون العقوبات أو أي قانون آخر، يعاقب بالحبس الذي لا يقل عن ثلاثة أشهر والغرامة التي لا تقل عن خمسمائة دينار ولا تجاوز خمسة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من يدلي شفاهه أو كتابة بأقوال أو بيانات كاذبة وهو يعلم عدم صحتها أمام لجنة تعديل وتصحيح الأسماء والألقاب.

وإذا ترتب على ذلك تغيير في المستندات الرسمية اعتبر ذلك ظرفاً مشدداً.

## قائمة المراجع أولاً: الكتب

١. أبو العباس أحمد القلقشندي، صبح الاعشى في كتابة الإنشاء، بدون طبعة، الجزء الخامس، دار الكتب الخديوية، ١٩١٥.
٢. أبو العباس أحمد القلقشندي، نهاية الأرب في معرفة أنساب العرب، الطبعة الثانية، دار الكتاب اللبناني، الجمهورية اللبنانية، ١٩٨٠.
٣. أبي داود سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، الطبعة الأولى، الجزء السابع، دار الرسالة العالمية، الجمهورية العربية السورية، ٢٠٠٩.
٤. إسماعيل بن حماد الفارابي، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، الطبعة الرابعة، الجزء الأول، دار العلم للملايين، الجمهورية اللبنانية، ١٩٨٧.
٥. إميل بديع يعقوب، موسوعة علوم اللغة العربية، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، الجمهورية اللبنانية، الجزء الخامس، ٢٠٠٦.
٦. جاسم داود السامرائي، العقيدة عند الإمام مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي (٧٢٩ هـ - ٨١٧ هـ = ١٣٢٩ م - ١٤١٥ م)، دار الكتب العلمية، الجمهورية اللبنانية، ٢٠١٩.
٧. جبران مسعود، معجم الرائد، الطبعة السابعة، دار العلم للملايين، الجمهورية اللبنانية، ١٩٩٢.
٨. حسن عبد الغني جواد مفهوم الجملة عند سيبويه، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٧.
٩. إسماعيل بن عمر بن كثير (٧٠٠هـ/٧٤٤هـ)، تفسير القرآن العظيم، الطبعة الثانية، المجلد الأول، دار طيبة، المملكة العربية السعودية.
١٠. علي بن عيسى الرماني المعتزلي، رسالة الحدود، تحقيق إبراهيم السامرائي، دار الفكر، عمان، دون سنة.
١١. علي محمد الجرجاني، التعريفات، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، الجمهورية اللبنانية، ٢٠١٠.
١٢. عليوة مصطفى فتح الباب، الوسيط في سنن وصياغة التشريعات، الكتاب الأول، دون طبعة، دار الكتب القانونية، جمهورية مصر العربية، ٢٠١٢.
١٣. عليوة مصطفى فتح الباب، الوسيط في سنن وصياغة التشريعات، الكتاب الثاني، دون طبعة، دار الكتب القانونية، جمهورية مصر العربية، ٢٠١٢.
١٤. مجموعة من المؤلفين، الموسوعة الفقهية الكويتية، الطبعة الأولى، الجزء الخامس والثلاثين، دار الصفاة، جمهورية مصر العربية، ١٩٩٥.
١٥. محمد الطاهر بن عاشور، تفسير التحرير والتنوير، دون طبعة، الجزء السادس والعشرون، الدار التونسية للنشر، تونس، ١٩٨٢.
١٦. محمد بن عبد الله بن مالك الأندلسي، متن الألفية، دون طبعة، المكتبة الشعبية، الجمهورية اللبنانية، دون سنة.

١٧. محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، الطبعة الثالثة، المجلد الحادي عشر، دار صادر، الجمهورية اللبنانية، ١٩٩٣.
١٨. محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني، الطبعة الثالثة، المجلد الأول، دار محمود للنشر والتوزيع، جمهورية مصر العربية، ٢٠١٨.
١٩. محمود أحمد النعيمي، تيسير مصطلح الحديث، مكتبة المعارف للنشر، المملكة العربية السعودية، الطبعة العاشرة، ٢٠٠٤.
٢٠. محمود أحمد نحلة، الاسم والصفة في النحو العربي والدراسات الأوروبية، دار المعرفة الجامعية، جمهورية مصر العربية، ١٩٩٤.
٢١. نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، جمهورية مصر العربية، ٢٠١٠.

## ثانياً: البحوث والرسائل

١. عبد الحق حميش، مصطلحات الألقاب عند فقهاء المذاهب الأربعة، بحث منشور في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، الصادرة عن جامعة الكويت، العدد ٦٠، ٢٠٠٥.
٢. عبد الوهاب احمد السعيد، إثبات النسب ونفيه في الإسلام، بحث منشور في مجلة جامعة الناصر، الصادرة عن جامعة الناصر، العدد ٤، ٢٠١٤.
٣. لعلى خديجة، الطرق الشرعية لإثبات النسب في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، رسالة ماجستير، مقدمة لكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، ٢٠١٥.
٤. نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، بحث منشور في مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الصادرة عن المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي، العدد ١٧، ٢٠٠٤.

## ثالثاً: الأحكام القضائية الأحكام القضائية الوطنية المحكمة الدستورية

١. حكم المحكمة الدستورية بمملكة البحرين في القضية رقم د / ٣ / ٠٤ و د / ٤ / ٠٤ المنشور بالجريدة الرسمية رقم ٢٧٤٦ بتاريخ ٢٠٠٦/٧/٥.
٢. حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم د / ٣ / ٠٦ المنشور في الجريدة الرسمية رقم ٢٨٨٩ بتاريخ ٢٠٠٩/٤/٢.
٣. حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم د / ٧ / ١١ المنشور في الجريدة الرسمية رقم ٣٠٥٥ بتاريخ ٢٠١٢/٠٦/٠٧.
٤. حكم المحكمة الدستورية بمملكة البحرين في القضية رقم د/١/٢٠١٩ المنشور بالجريدة الرسمية رقم ٣٤٦٥ بتاريخ ٢٠٢٠/٤/٢.

## محكمة التمييز

١. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٤٢) لسنة ١٩٩٧.
٢. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (١٥٤) لسنة ٢٠٠١.
٣. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (١٦٨) لسنة ٢٠٠١.
٤. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٢٠٣) لسنة ٢٠٠٥.
٥. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٢٨٠) لسنة ٢٠٠٦.
٦. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٢٨١) لسنة ٢٠٠٦.
٧. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٦١٧) لسنة ٢٠٠٧.
٨. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٤١٦) لسنة ٢٠٠٨.
٩. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٥٧٦) لسنة ٢٠٠٩.
١٠. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٤٦٦) لسنة ٢٠١٠.
١١. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٥٣٠) لسنة ٢٠١٠.
١٢. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٥٣٥) لسنة ٢٠١٠.
١٣. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٦٩٧) لسنة ٢٠١٠.
١٤. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٢٠٠) لسنة ٢٠١٢.
١٥. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٦٧٩) لسنة ٢٠١٣.
١٦. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٦٤٢) لسنة ٢٠١٣.
١٧. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٤٣١) لسنة ٢٠١٤.
١٨. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٣٤٣) لسنة ٢٠١٤.
١٩. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٦٥١) لسنة ٢٠١٤.
٢٠. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٣٣٤) لسنة ٢٠١٥.
٢١. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٣٦٠) لسنة ٢٠١٥.
٢٢. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (١١٧٧) لسنة ٢٠١٥.
٢٣. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٣٦٥) لسنة ٢٠١٦.
٢٤. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٥٣٢) لسنة ٢٠١٧.
٢٥. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٥٤٤) لسنة ٢٠١٧.
٢٦. حكم محكمة التمييز في الطعن رقم (٧٦٠) لسنة ٢٠١٧.

## الأحكام القضائية الأجنبية:

١. حكم المحكمة الدستورية العليا بجمهورية مصر العربية في القضية رقم ٢١ لسنة ١١ الصادر بتاريخ ٦ أبريل سنة ١٩٩١ م.

## رابعاً: التشريعات التشريعات الوطنية

١. دستور مملكة البحرين الصادر بالجريدة الرسمية رقم ٢٥١٧، بتاريخ ٢٠٠٢/٢/١٤.
٢. ميثاق العمل الوطني المصادق عليه بالأمر الأميري رقم (١٧) لسنة ٢٠٠١، المنشور بالجريدة الرسمية رقم ٢٤٦٥، بتاريخ ٢٠٠١/٠٢/٢١.
٣. لمرسوم رقم (٦) لسنة ١٩٧٠ بقانون تنظيم تسجيل المواليد والوفيات المنشور بالجريدة الرسمية رقم ٨٦٤، بتاريخ ١٩٧٠/٤/٣٠.
٤. قانون العقوبات الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٥) لسنة ١٩٧٦ المنشور بالجريدة الرسمية رقم ١١٧٠، بتاريخ ١٩٧٦/٤/٨.
٥. مرسوم بقانون رقم (٨) لسنة ١٩٧٨ بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية المنشور في الجريدة الرسمية رقم ١٢٨٠، بتاريخ ١٩٧٨/٥/١٨.
٦. مرسوم بقانون رقم (١٥) لسنة ١٩٨٥ بشأن تعديل بعض أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية لسنة ١٩٧١، المنشور في الجريدة الرسمية رقم ١٦٥٥، بتاريخ ١٩٨٥/٨/٨.
٧. المرسوم بقانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم إجراءات دعاوى اكتساب الأسماء والألقاب وتعديلها المنشور بالجريدة الرسمية رقم ٢٤٤٧، بتاريخ ٢٠٠٠/١٠/١٨.
٨. القانون المدني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١ الملحق بالجريدة الرسمية رقم ٢٤٧٦، بتاريخ ٢٠٠١/٠٥/٠٩.
٩. قانون السلطة القضائية الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٤٢) لسنة ٢٠٠٢ المنشور بالجريدة الرسمية رقم ٢٥٥٣، بتاريخ ٢٠٠٢/١٠/٢٣.
١٠. المرسوم بقانون رقم (٤٧) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم الصحافة والطباعة والنشر المنشور بالجريدة الرسمية رقم ٢٥٥٤، بتاريخ ٢٠٠٢/١٠/٣٠.
١١. القانون رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٦ بشأن حماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، المنشور في الجريدة الرسمية رقم ٢٧٤٥ بتاريخ ٢٠٠٦/٦/٢٨.
١٢. قانون الطفل الصادر بالقانون رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٢ المنشور بالجريدة الرسمية رقم ٣٠٦٤، بتاريخ ٢٠١٢/٨/٩.
١٣. قانون الأسرة الصادر بالقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠١٧ المنشور بالجريدة الرسمية رقم ٣٣٢٣، بتاريخ ٢٠١٧/٠٧/٢٠.
١٤. القانون رقم (٧) لسنة ٢٠١٩ بتنظيم تسجيل المواليد والوفيات المنشور بالجريدة الرسمية رقم ٣٤٢٠، بتاريخ ٢٠١٩/٠٥/٢٣.
١٥. قرار وزير الداخلية رقم (١٥) لسنة ١٩٧٦ باللائحة التنفيذية للقانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٥ بشأن جوازات السفر المنشور بالجريدة الرسمية رقم ١١٧٩ بتاريخ ١٩٧٦/٦/١٠.

١٦. قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (١٣) لسنة ٢٠٠١ بشأن لجنة تعديل وتصحيح الأسماء والألقاب المنشور في الجريدة الرسمية رقم ٢٤٧١، بتاريخ ٤/٤/٢٠٠١.

١٧. قرار وزيرة الشؤون الاجتماعية رقم (٩) لسنة ٢٠٠٥ بشأن الترخيص بتسجيل مؤسسة مركز اكتشاف الإسلام، منشور بالجريدة الرسمية رقم ٢٦٨١، بتاريخ ٦/٤/٢٠٠٥.

### التشريعات الأجنبية:

١. نظام الأحوال المدنية في المملكة العربية السعودية.
٢. اللائحة التنفيذية لنظام الأحوال المدنية في المملكة العربية السعودية.
٣. من المرسوم التشريعي ٢٦ لعام ٢٠٠٧ قانون الأحوال المدنية في الجمهورية العربية السورية.

### خامساً: المواثيق الدولية

١. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.



## التأصيل الفلسفي والقانوني للإنجاب عبر تقنيات التلقيح الاصطناعي

الدكتور محمد حماد مرهج الهيتمي

أستاذ القانون الجنائي المشارك

كلية الحقوق - جامعة البحرين

### ملخص البحث

إذ يعارض جانباً من الفقه استعمال التلقيح الاصطناعي ويؤيد البعض الآخر استعماله؛ فإننا وبعد أن تناولنا الاتجاهين المعارض والمؤيد، وبعد أن ناقشنا حجج الاتجاه المعارض ووضحنا المبررات التي تم الاستناد إليها في ذلك وأولها كون التلقيح الاصطناعي عملاً طبيياً يُستعمل لعلاج علة تحول دون تحقق الإنجاب فقد توصلنا إلى ضرورة استعماله؛ لا سيما في نطاق التغلب على بعض الحالات المرضية التي تحول دون تحقق الإنجاب بالطرق الطبيعية. وفي نطاق بيان الحقيقة الواقعية والقانونية للتلقيح الاصطناعي توصلنا إلى أن التلقيح الاصطناعي الذي يتم بين الزوجين وبين خليتين تعود إلى كلاهما والذي يصطلح عليه بالتلقيح الاصطناعي المتماثل صار حقيقة واقعية، بل وحقيقة قانونية؛ إذ تم تنظيمه من قبل تشريعات أجنبية وعربية على حد سواء. أما بيان مكانة الإنجاب عبر تقنيات التلقيح الاصطناعي من حقوق الإنسان الأخرى، فبعد أن بينا عدم صواب الاتجاه القضائي والفهمي الذي يرى تعارض التلقيح الاصطناعي مع المواثيق الدولية توصلنا إلى أن تلك المواثيق وإن لم تتكلم صراحة عن الإنجاب إلا أنها؛ إذ تعترف بالزواج وتكوين الأسرة وتقر بوجود حماية المجتمع والدولة لذلك؛ فإنها بذلك تعترف بالتلقيح الاصطناعي باعتباره وسيلة من وسائل حماية الأسرة وضمان تكوينها. وما ينطبق على المواثيق الدولية ينطبق على الدساتير؛ حيث إن تفسير نصوصها التي تضمنتها بشأن تكون الأسرة وحمايتها يقود إلى ذلك.

### المقدمة

إن الاتصال الجنسي بين الرجل والمرأة في ظل منظومة شرعية وقانونية وأخلاقية ونقصد الزواج لا يهدف إلى إشباع تلك الغريزة فحسب؛ إنما أيضاً إلى حفظ النوع عبر الإنجاب والتناسل، إلى جانب تربيته لغريزة الأمومة والأبوة لدى طرفيه: الزوج والزوجة، وأخيراً يضمن تكوين الأسرة التي هي أساس المجتمع وخليته الأساسية.

ومع أن الأصل في الإنجاب أن يتحقق بالطريق الطبيعي، أي بالاتصال الجنسي بين الرجل والمرأة، وأنه وسيلته الأساسية؛ إلا أنه قد لا يتحقق لأسباب مرضية تكوينية، أو طارئة قد تصيب أحد الزوجين، أو كليهما؛ لذا ابتكر الأطباء التلقيح الاصطناعي والذي يتم بموجبه الإنجاب بين الزوج (الرجل)

والزوجة (المرأة) وقد صار حقيقة واقعية تمارس بشكل طبيعي في مختلف بلدان العالم، وحقيقة قانونية أقرت تنظيمه كثيرٌ من التشريعات الغربية والعربية على حد سواء ومنها المشرع البحريني. وانطلقت من هذا الواقع فكرة البحث الذي سيتولى وضع تصور بشأن قبول التلقيح الاصطناعي في مواجهة من يعارضه على مستوى الفقه والقضاء، بل وعلى مستوى المؤسسات ذات الطابع الديني؛ إذ ستكون مهمة البحث الأولى هي أي الاتجاهين هو الأرجح: المؤيد للتلقيح، أم المعارض له؛ في حين ستكون مهمة البحث الأخرى هي التأصيل لأساليب وأنواع التلقيح الاصطناعي باستعراض الأسباب الموجبة لاستعماله على الصعيدين الطبي، والتشريعي، على أن يعقب ذلك تحديد طبيعته القانونية، من خلال الفصل فيما إذا كان الإنجاب بشكل عام مجرد رغبة؛ أم أنه حق، وهذا بدوره سيفرض علينا وجوب تحديد مكانته من حقوق الإنسان الأخرى؛ لا سيما أن هناك من ينظر إلى أن الإنجاب عبر هذه التقنيات من الحقوق الجديدة وينكر كونه من الحقوق الأساسية التي تعترف بها المواثيق الدولية، وقد دفعتنا هذه الرؤية إلى استعراض مكانة الإنجاب لا في المواثيق الدولية فحسب؛ وإنما في الدساتير أيضاً لتحديد ما إذا كان الإنجاب عبر هذه التقنيات يُعد حقاً أساسياً، أم لا؟

### أهمية البحث

يكتسب البحث أهميته من حداثة موضعه النسبية على الساحة الفقهية ومن حداثة موضوعه التشريعية؛ إذ لم يتم تنظيمه في بعض التشريعات العربية إلا حديثاً، ومن كونه دراسة تُعنى بحسم الجدل الذي ثار حوله وحول بعض أنواعه، الأمر الذي فرض أن يتم تأصيل وتحليل الأفكار التي طرحت بشأنه على المستوى الفقهي والقضائي والتشريعي، ناهيك عما أثار من تباين في الآراء وصل في بعض الأحوال إلى حد التناقض، مما تطلب التمعن لرسم أبعادها القانونية والآثار التي تترتب عليها.

### إشكالية البحث

الإشكاليات التي يثيرها العنوان الذي اخترناه لبحثنا تكمن في الخلاف الذي ظهر بشأن التلقيح الاصطناعي والمبالغة في الاعتراضات والحجج بشأن رفضه على الصعيدين الفقهي والقضائي، وفي الخلط في مدلول المصطلحات والمفاهيم، إلى جانب الموقف المتذبذب من أساليبه وأنواعه، ومن انحراف أنواعه عن غاياته وظهور ممارسات كان من الضروري ألا تظهر مما اقتضى الوقوف عندها والتعرف على أبعادها؛ ناهيك عن إشكالية طبيعته القانونية، ومركزه بين حقوق الإنسان الأخرى والمتأتية من الخطأ في تفسير النصوص التي تم الاستناد إليها، وأخيراً الخلاف الذي وصل حد التناقض في هذه المحاور على مستوى الفقه، وعلى مستوى القضاء مقابل تجاهل التشريعات لكل هذه الإشكالات وعدم وجود نص صريح يحسمها.

## منهج البحث

لقد فرضت طبيعة البحث أن يتم اتباع المنهج الوصفي الذي يتولى وصف الظاهرة وبيان أبعادها. والمنهج التحليلي الذي يتولى تحليل الظاهرة سواء فيما يطرح بشأنها على المستويين: الفقهي أو القضائي، بل والتشريعي ومن ثم استقراء المعطيات للوصول إلى استنتاجات منطقية من خلال المنهج المقارن والذي كان الأداة في بناء النتائج التي تحتكم إلى المنطق والواقع؛ سواء في تصور أبعاد الموضوع، فيما طرح بشأنه من آراء.

## خطة البحث

بالنسبة إلى الخطة التي سيسير عليها البحث فقد وجدنا أن الموضوع يتطلب تقسيمه إلى ثلاثة مباحث مسبوقه بتمهيد نبين في الأخير معنى العقم وحقيقته وأبعاده ونتولى في المبحث الأول بيان الاتجاه المعارض للتلقيح الاصطناعي والاتجاه المؤيد له؛ في حين سيكون المبحث الثاني مخصصاً لبيان حقيقة التلقيح الاصطناعي الواقعية والقانونية، أما المبحث الثالث فنسخره لبيان طبيعة التلقيح الاصطناعي القانونية ومكانته بين حقوق الإنسان الأخرى ونختم البحث بخاتمة نبين فيها النتائج التي توصلنا إليها.

## تمهيد: العقم: معناه، حقيقته، أبعاده

مما لا شك فيه إن الدخول في موضوع التلقيح الاصطناعي، كما أوضحنا في مقدمة البحث يتطلب منا التعرض للمشكلة الأساسية التي كانت وراء ظهوره، ونقصد بذلك العقم؛ إذ يُعد التعرض إلى مدلوله والكشف عن حقيقة هذا المصطلح، وبيان حقيقته في الواقع بالأرقام، وما يشكله من ظاهرة عالمية، لها أبعاد اجتماعية ونفسية، بل وحتى قانونية باعتباره تمهيداً ضرورياً للموضوع، كونه يعطي تصوراً عن ظهور التلقيح الاصطناعي كمصطلح، وكمارسة، وقد أفردنا لكل أمر فقرة مستقلة.

## أولاً: العقم بين المعنى الحقيقي والمعنى المجازي

يُصطلح على العقم باللغة الإنجليزية (Infertility) ويُقال في اللغة العربية عقم يعقم عقمًا فهو عقيم، وعُقت المرأة صارت عقيماً لا تلد أو لا تنجب، ويقال أيضاً عقم الله المرأة أو الرجل جعله عقيماً، أي غير قادر على الإنجاب لعله<sup>(١)</sup>.

والعقم إذ يعني في الاصطلاح الاجتماعي الفشل في حدوث الحمل بين الزوجين بعد مضي سنتين من حياة زوجية مستقرة لا يتخللها فترات رضاعة طبيعية أو استخدام لوسائل منع الحمل<sup>(٢)</sup>؛ فإن مدلوله

١. لاحظ معجم المعاني عربي: عربي متاح على الرابط الإلكتروني

<https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/عقم>

٢. د. محمود أحمد طه، الإنجاب بين المشروعية والتجريم، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، ٢٠١٥، ص ٧٩. د. شوقي زكريا الصالح، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ج.

التشريعي يكاد يقترب من ذلك؛ حيث عرفه المشرع البحريني بأنه عدم حدوث الحمل وبالتالي عدم قدرة الزوجين على الإنجاب بعد مرور اثني عشر شهراً من الحياة الزوجية المستمرة في بيت الزوجية وبدون استعمال موانع للحمل أو عند التشخيص المسبق بوجود العقم أو صعوبة الحمل<sup>(١)</sup> وعرفه المشرع السعودي الذي استعمل مصطلح العقم وإن اختلفت صياغته قليلاً بأنه حالة تأخر حدوث الحمل لزوجين لأكثر من اثني عشر شهراً في ظل علاقة زوجية قائمة<sup>(٢)</sup>.

ويبدو لنا أن التشريعات باستعمالها مصطلح العقم لم تكن موفقة لما للأخير من مدلول لغوي لا يستقيم مع ما جاءت به من تعريف؛ لأن العقم في اللغة يعني عدم القدرة على الإنجاب بتاتا<sup>(٣)</sup> فهو يشمل الحالات التي لا يمكن علاجها، أو أن يُعد علاجها أمراً مستعصياً؛ لذا فالعقم في رأينا حالة يمكن أن تدرج تحت وصف عدم القدرة على الإنجاب، كانهدام الأجهزة المسؤولة عن إنتاج الخلايا الجنسية الذكورية، وحينئذ ويكون الرجل عقيماً، أو انعدام الأجهزة المسؤولة عن إنتاج البويضات لدى المرأة أو انسداد الأنابيب الرحمية عندها وتكون المرأة حينئذ عقيمة؛ فمثل هذه الحالات لا يُجدي العلاج بشأنها؛ لذا فإننا نرى بأن التشريعات كان الأولى بها أن تستعمل مصطلح صعوبة الإنجاب أو تأخره؛ لاختلافه عن معنى العقم الذي تقدم، بل أننا نرى المدلول الذي قدمته التشريعات لا يقصد به العقم؛ إنما يُقصد به صعوبة الإنجاب؛ فالعقم حالة وصعوبة الحمل أو تأخره حالة، والحالة الأخيرة هي المقصودة في نطاق موضوعنا، وأقصد التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي والإخصاب، وما مصطلح العقم إلا مصطلح مجازي يطلق على غير مدلوله الحقيقي أو الفعلي. غير أننا سنذكر مصطلح العقم إلى جانب عبارة (صعوبة الإنجاب) باعتباره المصطلح الشائع إلى جانب استعماله من بعض التشريعات.

## ثانياً: العقم أو صعوبة الإنجاب حقائق وأرقام

نؤكد في البدء على أن العقم هو المصطلح الذي استعملته التشريعات، أو صعوبة الإنجاب على التعبير الذي نفضله مشكلة تتعلق بالخصوبة لدى أحد الزوجين أو كليهما وإنها ظاهرة مقلقة لا تقتصر على بلد دون غيره ولا على فئة دون غيرها؛ لذا فإننا نستطيع أن نصفها بأنها ظاهرة عالمية لا تقتصر على بلد دون آخر، ولا تقتصر على جنس من البشر دون آخر؛ غير أنها تختلف من دولة إلى أخرى على حسب الأمراض الذي تؤدي إلى تحققه.

وإذ تكشف الدراسات التي أجرتها السلطات الطبية في الولايات المتحدة الأمريكية بأن عدد الزيجات التي تعاني من العقم في الولايات المتحدة الأمريكية يتراوح ما بين ١٠٪ و ١٦٪؛ حيث يعاني أحد

١. المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠١٧ بشأن استخدام التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي والإخصاب البحريني.

٢. لكن اختلفت صياغته البند ٦ من المادة الأولى من نظام وحدات الإخصاب والأجنة وعلاج العقم السعودي قليلاً عن صيغة المشرع البحريني؛ بأن حدد معنى العقم بتأخر حدوث الحمل لزوجين لأكثر من اثني عشر شهراً في ظل علاقة زوجية قائمة.

٣. مصداقاً لقوله تعالى وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ (الآية ٥٠) من سورة الشورى

الزوجين من حالة عدم القدرة على الإنجاب، أو صعوبته؛ أما التقارير التي كشف عنها أحد الخبراء بهذا الخصوص؛ فتُفيد بأن حوالي ٥٠ ٠٠٠ خمسين ألف امرأة يفادرن العلاقة الزوجية في كل عام بسبب اكتشاف أنهن لا يمكن أن يكون لهن أطفال، وأن حوالي مليونين من الأزواج ممن هم في سن الإنجاب هم في مثل هذه الحالة<sup>(١)</sup>.

### ثالثاً: العقم أو صعوبة الإنجاب ظاهرة عالمية

إن السبب المنطقي الذي يؤكد على كون صعوبة الإنجاب ظاهرة عالمية؛ هو أنها حالة مرضية تقف وراءه أسباب منها ما يعود للزوج، أو للزوجة أو لعدة مشتركة بينهما، والتي لا يمكن أن تختلف من مكان إلى آخر، كونها حالة صحية قد تكون تكوينية أو ربما طارئة على الزوجين، أو أحدهما، كالإصابة بالأمراض التي تمنع الإنجاب، كالسرطان، أو يُمنع الإنجاب بسببها كمرض فقدان المناعة (الإيدز)<sup>(٢)</sup>.

وما يؤكد صفتها تلك وأقصد العالمية فهو ما كشفت عنه الدراسات التي أجرتها منظمة الصحة العالمية، والتي أكدت على أن تقديرات انتشار العقم حول العالم يصل تقريباً إلى ٨٪، وبتعميم هذه النسبة على سكان العالم يكون ما بين ٥٠ - ٨٠ مليون نسمة يعانون من هذا المرض الذي يؤدي إلى تحطيم الأواصر العائلية، بل أن المنظمة تؤكد على أن هذه الأعداد بتزايد مطرد بحيث تكون ما يقارب من ٥,٩ مليون حالة بسبب السرطان، و١٠٠ مليون حالة بسبب الملاريا<sup>(٣)</sup>.

أما بشأن انتشاره على مستوى الدول فيؤكد البعض على أن الدول الأفريقية تقف على قائمة البلدان التي تعاني من هذه الظاهرة، وأن البلدان الغربية تعاني من هذه الظاهرة لكنها بنسب أقل<sup>(٤)</sup>. وقد سجلت إحدى الدراسات أن نسبة العقم في الولايات المتحدة الأمريكية بلغ ٤٠٪؛ في حين أن نسبة العقم في السعودية لدى الرجال بلغت ٣٤٪<sup>(٥)</sup>.

1. Anthony F.L o Gatto M. S. S. S, LL.B. 2016 Artificial Insemination: I-Legal aspects, The Catholic Lawyer: Vol.1: No. 3, Article 2.p.172

متاح على الموقع الإلكتروني:

<http://scholarship.law.stjohns.edu/tcl/vol1/iss32/>.

٢. يطلق المشرع البحريني على هذا المرض (بنقص المناعة المكتسبة) وقد أُلزم المشرع في نطاق اجراء عمليات التلقيح الاصطناعي التأكد من إتمام إجراء الفحص المتعلق بهذا المرض إلى جانب فحص الكبد الوبائي. لاحظ البند(ح) من المادة السادسة من القانون البحريني.

٣. باتريك راو، فرانك كُهير، تيموثي هار غريف، هيدز مليونز، دليل منظمة الصحة العالمية للأسلوب المعياري لاستقصاء العقم عند الزوجين-منظمة الصحة العالمية المكتب الإقليمي، الشرق الأوسط، القاهرة، ٢٠٠١ ص ١ وما بعدها. التقرير متاح على موقع المنظمة ويمكن الاطلاع من خلاله على الأمراض التي تؤدي إلى العقم.

٤. د. النحوي سليمان، التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر ٢٠١١، ص ٢٠.

٥. محمد بن د. غيلب العتيبي، الاستسناخ البشري بين الإباحة والتجريم في ضوء الشريعة الاسلامية من بيان موقف الهيئات الدولية، رسالة ماجستير كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية-٢٠٠٥، ص ٢٢٢.

## رابعاً: أبعاد مشكلة العقم أو صعوبة الإنجاب

نؤكد في البدء على أن أبعاد صعوبة الإنجاب تتركز بالآثار التي تحدثها على العلاقات الاجتماعية سواء في إطار العلاقة بين الزوجين وديمومة هذه العلاقة، أو في محيطهما الاجتماعي وبوجه خاص أسر الزوجين؛ فمن جانب يُهدد عدم الإنجاب الحياة الأسرية بالزوال؛ لأنه يُضعف العلاقة بين الزوجين ومن الممكن أن يفكرا بالانفصال بأي لحظة؛ خلاف الأمر فيما لو كان هناك أطفال؛ إذ سيجعل التفكير بمصيرهم بعد الانفصال سبباً في التردد في الإقدام على هذه الخطوة، بل أن الحياة الأسرية من غير أطفال؛ لا سيما في مجتمعاتنا الشرقية التي تتباهى بزيادة عدد أفراد الأسرة تكون مهددة أما بالطلاق، أو باللجوء إلى الزواج بزوجة ثانية.

إمّا آثار العقم أو صعوبة الإنجاب على صعيد الجانب الاجتماعي؛ فإن يعد الإنجاب وهو وسيلة تكوين الأسرة والتي هي نواة المجتمع وبضمانة تكوّنها وسلامة ذلك يتكون المجتمع السليم الخالي من الأمراض النفسية؛ فإن عدم الإنجاب يمنع من تكون الأسرة ويمنع من نمو المجتمع السليم، مما يقتضي البحث عن وسائل لمعالجته حتى ولو كانت تلك الوسائل غير طبيعية. وقد تكون معالجة العقم ضرورة اجتماعية ملحة بالنسبة إلى المجتمعات المصابة بالشيخوخة<sup>(١)</sup>، أو بسبب بعض الظروف الاستثنائية، كالأمراض والأوبئة والغزو الأجنبي<sup>(٢)</sup>.

والأهم من ذلك كله أن صعوبة الإنجاب تخلق لدى الزوجين الإحساس بالنقص في المحيط الاجتماعي مما يسبب لهما مشاكل نفسية ومن ثم اجتماعية لا حصر لها؛ ناهيك عن آثاره بشأن عدم نمو المجتمع، كون الأسرة هي نواة المجتمع، وبنموها ينمو المجتمع؛ فيتكاثر ويتطور؛ إذ يتم من خلال تقنيات التلقيح الاصطناعي حفظ النوع وتحقيق الذات ناهيك عن إشباعه الغرائز الفطرية لدى الزوجين، وأقصد الأبوة والأمومة.

## المبحث الأول

### التلقيح الاصطناعي بين المعارضة والتأييد

التلقيح الاصطناعي كمصطلح حديث الظهور سواء في إطار الواقع الطبي، أو في الإطار التشريعي ويتكون من كلمتين: الأولى هي التلقيح وتستعمل في اللغة الأجنبية (fertilization) للدلالة على الإخصاب وهي الأكثر استعمالاً أما الكلمة الأخرى فهي الاصطناعي أو الصناعي والتي تعني في اللغة الأجنبية (Artificial) لذلك يمكن أن يستعمل الإخصاب الصناعي (Artificial fertilization) كمرادف للتلقيح الصناعي على الأقل في اللغة الأجنبية.

١. النحوي سليمان، المرجع السابق، ص ٢١.

٢. د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ١٤٩، د. شوقي زكريا الصالح التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ١٤.

وبالنسبة إلى معنى التلقيح في اللغة العربية فهو اسم للمصدر لُقِّحَ وفي نطاقه يُقال لُقِّحت النحلة ونحوها ألقحها لُقِّحها، أي تلقت اللقاح، بأن أدخل فيها طلع الذكر لثمنر، ولقحت النافقة قبلت ماء الفحل<sup>(١)</sup>. ومن المعنى اللغوي للتلقيح يمكن أن يُقال بأن التلقيح في إطار موضوعنا يقصد به هو لُقِّحت المرأة، أي علقت من الرجل وصارت حُبلى. ولذلك يمكن أن يُقال بأن التلقيح في الاصطلاح يعني التقاء الحيوان المنوي بالبويضة.

وأخذنا مدلول الاصطناعي، والذي يعني ما يقابل الطبيعي وهو الجماع<sup>(٢)</sup>، وجمعه مع معنى التلقيح؛ يؤدي إلى أن التلقيح الاصطناعي يعني كل طريقة يتم بموجبها تلقيح البويضة بحيوان منوي بغير طريق الاتصال الطبيعي الجنسي، دون أن يدخل في هذا المعنى لأنواع التلقيح الاصطناعي ولا أساليبه والتي سيأتي بيانه في حينه؛ فالمدلول الذي تقدم يقصد به المعنى العام للتلقيح الاصطناعي، والذي يعني بعبارة أخرى تحقق الإخصاب والحمل من غير اتصال جنسي طبيعي بين الزوجين<sup>(٣)</sup>؛ بحيث يتم الحمل بعد تخصيب بويضة الزوجة بالحيوان المنوي للزوج بوسائل ميكانيكية<sup>(٤)</sup>، أي دون أي لقاء جنسي بين الزوجين.

وإذ لم يلق التلقيح الاصطناعي ترحيباً أو قبولاً؛ إنما لقي معارضة شديدة، وقد سيقمت من أجل رفضه الحجج؛ فكانت محل رد من أصحاب الاتجاه المؤيد للتلقيح الاصطناعي؛ لذا كان لزاماً علينا أن نقسم المطلب إلى فرعين نستعرض في الأول حجج الاتجاه المعارض على أن يكون الآخر مخصصاً لطرح حجج الاتجاه المؤيد للتلقيح الاصطناعي من خلال الرد على موقف الاتجاه المعارض.

## المطلب الأول حجج الاتجاه المعارض للإنجاب عبر تقنيات التلقيح الاصطناعي

لقد أجمل البعض الحجج التي يستند إليها الاتجاه المعارض لاستعمال الإنجاب عبر تقنيات التلقيح الاصطناعي بالقول بأن استعماله في الإنجاب يتعارض مع مشيئة الله سبحانه وتعالى<sup>(٥)</sup>. وأن الحمل

١. والفعل لُقِّحَ يلقح تلقيحاً فهو ملقح والمفعول مُلقَّح لاحظ معجم المعاني عربي عربي متاح على الرابط الإلكتروني <https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/تلقيح>

والمُلقَّح في لسان العرب هو اسم ماء الفحل أنظر المعجم والموقع ذاته.

٢. د. إسماعيل مرجبا، البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، ط/الأولى، ١٤٢٩، ص ٣٩٠.

٣. د. أحمد عمراني، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، ٢٠١٠، ص ٢٣.

4. George D. Radler, Legal Problems of Artificial Insemination, Marquette Law Review Volume 39 Issue 2, 1955, p.146.

٥. راجع د. علي عارف علي القرادغي، قضايا فقهية في نقل الأعضاء البشرية، سلسلة بحوث فقهية في قضايا معاصرة (IIUM) ط/الأولى ٢٠١١، ص ١٨٦، وأيضاً د. محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٢، ص ٢٥، د. حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر ٢٠٠٧، ص ١٦٦.

يتم بوسيلة لا يتم فيها الاتصال الجنسي الفطري بين الرجل والمرأة<sup>(١)</sup>، والذي يعد الأسلوب الطبيعي للإنجاب وأن تخطي هذا الأسلوب واللجوء إلى الأسلوب الاصطناعي هو ضد الطبيعة وقوانينها<sup>(٢)</sup>؛ لأنه من حيث إجراءاته يُجيز الاطلاع على العورة المغلظة؛ خلافاً لما هو مستقر حيث المقرر ألا يجوز أحد أن يطلع - وهنا الطبيب - على عورة المرأة المغلظة إلا إذا كانت هناك ضرورة علاجية. وأن التلقيح الاصطناعي لا يرقى إلى مرتبة الضرورات التي تبيح الكشف عن عورة المرأة أمام الطبيب الأجنبي<sup>(٣)</sup>.

ومن الحجج الأخرى أن التلقيح عمل خاطئ بحد ذاته؛ لأن الأعضاء التناسلية للرجل والمرأة خلقت من أجل إيصال المنى إلى رحم الزوجة عبر الأسلوب الطبيعي، أي من خلال عملية مباحة طبيعية بين الزوج وزوجته وصولاً إلى إنجاب الأطفال باعتباره الهدف النهائي، وأن أي أسلوب في الإنجاب يتجاوز الطريق الطبيعي للإنجاب، أي الاتصال الجنسي من شأنه أن يحرم الزوجين من حقهما الشرعي الذي يتمثل بحق الالتصاق الجسمي والروحي. وأن التلقيح الاصطناعي، الذي يتم مع ابتعاد الزوجين عن الاتصال الطبيعي من شأنه ألا تعكس آثاره على الزوجين فحسب؛ إنما على الطفل وما يربطه من علاقة حميمية بوالديه؛ حيث يُفقد التلقيح الاصطناعي قدسية رابطة الطفل بوالديه، بل أن من شأنه أن يؤدي إلى مشاكل نفسية وصحية تؤثر على مستقبل الطفل والعائلة؛ ناهيك عن أن فتح المجال أمام تقنيات التلقيح الاصطناعي من شأنه أن يحرفها عن هدفها النبيل واستغلالها في عمليات إنجاب غير مشروعة ومخالفة للدين والأخلاق<sup>(٤)</sup>.

وقد شاطرت الكنيسة الكاثوليكية الرومانية الرأي المعارض للتلقيح الاصطناعي وذهبت في صدد معارضتها لمعالجة العقم؛ بأن ذهبت إلى القول بأنها في الوقت الذي تدعم فيه العلاج الطبي والجراحي للعقم؛ فإنها تبدي معارضتها لجميع التقنيات الأخرى لتشخيص العقم، ومن ثم علاجه عن طريق عمليات التلقيح بغير الأسلوب الطبيعي<sup>(٥)</sup>. وقد كان سند الكنيسة في ذلك هو أن تقنيات الحمل التي يمكن اللجوء إليها لا ينبغي أن تتجاوز الطريق الطبيعي، أي الاتصال الجنسي الفطري الذي يتم بين الزوجة وزوجها، وإن أي طريقة تؤدي إلى الإنجاب من غير ذلك الأسلوب يقتضي

١. د. محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص ٢٥ وما بعدها د. علي عارف علي القرداغي، المرجع السابق، ص ١٨٦، د. حسيني هيكل، المرجع السابق، ص ١٦٦

٢. د. محمد عبد الوهاب الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب الحديثة في الطب والجراحة، دراسة مقارنة، التلقيح الاصطناعي، طفل الأنابيب، نقل الأعضاء ط/ الأولى ١٩٩٧ ص ٢٦.

٣. د. ناصر عبد السلام الصرايرة، الحماية الجزائية لكرامة الكائن البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ط/ الأولى ٢٠١٨ ص ٨٩.

٤. د. سعدي إسماعيل البررزنجي، المشاكل القانونية الناجمة عن تكنولوجيا الإنجاب الجديدة، دراسة مقارنة في ضوء القانون المقارن والأخلاق والشريعة، دار الكتب القانونية، مصر ٢٠٠٩، ص ٢٣ وما بعدها.

5. Roger C. Herdman, Gretchen S. Kolsrud, Gary B. Ellis, R. Alta Charo, Gladys B. White, E. Blair Wardenburg, Infertility: Medical and Social Choices, Center for Ethics, Medicine, and Public Issues Baylor College of Medicine, Houston, TX. U.S. Government Printing Office, May 1988.p.11.

العدول عنها لأنها تنتهك الحياة البشرية وكرامة الإنجاب<sup>(١)</sup>؛ بمعنى أن الإنجاب الذي يتم عن طريق اللقاء الجنسي بين الرجل والمرأة هو الذي يحقق احترام الحياة البشرية وكرامة الإنجاب وما عداه من وسائل وأساليب تتعارض مع تلك الكرامة حتى ولو كانت السبيل الوحيد للإنجاب. أما بالنسبة إلى موقف الشريعة الإسلامية؛ فإننا لسنا بصدد استعراض الحجج التي قيلت بشأن هذا الموضوع، والتي قد تعرض لها البعض سواء منهم من استعرض الحجج التي استند إليها في تحريم التلقيح الاصطناعي، أو التي تجيزه وفق شروط، كون هذا الموضوع تعرض له البعض وأفاض فيه<sup>(٢)</sup>؛ لأننا سنتعرض لموقف موفق مجمع الفقه الإسلامي من الموضوع؛ باعتباره يمثل اتجاه الفقهاء المعاصرين؛ ناهيك عن مناقشة تلك الحجج والإفاضة فيها تُخرج الموضوع عن إطاره.

## المطلب الثاني مناقشة حجج الاتجاه المعارض للإنجاب عبر تقنيات التلقيح الاصطناعي

نظراً لكون الدراسة دراسة قانونية فقد أثرت مناقشة الحجج ذات الطابع القانوني، أو التي لها صلة بذلك. وبناءً عليه فإن الحجة التي ترى بأن التلقيح الاصطناعي يؤدي إلى حرمان الزوجين من حقهما الشرعي في الالتصاق الجسمي والروحي، لا يمكن قبولها ومبررنا هو أن هذا الحق ثابت للزوجين ولا مجال للمجادلة فيه، ولا مانع يحول دون ممارسته إلا لحظة أخذ الخلايا الجنسية من الزوجين البويضات والحيوانات المنوية، بل إننا يمكن أن نرد على هذه الحجة بذات المنطق الذي يستعمله من يتمسك بها؛ فهو إذ يعترف بأن الالتصاق الجسدي حق؛ فمن أهم خصائص الحق التنازل عن اقتضائه أو تعطيل استعماله. وهذا يعني أن من حق الزوجين التنازل عن حقهما في الالتصاق الجسدي عند سحب الخلايا الجنسية الذكرية من الزوج والأنثوية من الزوجة، مع ملاحظة أن هذا التنازل ليس أبدياً؛ إنما في موقف واحد، هو عملية سحب الخلايا الجنسية من الزوجين؛ لذلك نرى بأن هذا الاتجاه قد جانب الصواب عندما اعتبر الحق أمراً مطلقاً لا ترد عليه قيود، ولا يمكن لمن يثبت له الحق تقييده أو التنازل عنه.

وإذا كان هناك من لا يقبل فكرة إسقاط الحق أو التنازل عنه، كمبرر للزوجين في تنازلهما عن حقهما الالتصاق الجسدي والنفسي؛ فإننا نستطيع أن نؤسس ذلك على أساس آخر هو الغاية التي يسعى الزوجان إلى إدراكها، وتقصده تأسيس الأسرة، إلى جانب الضرورة الملجئة التي تتطلب التجاوز على هذا الحق؛ لا سيما أمام عجز الوسائل الطبيعية من أن تمكن الزوجين من تحقيق الغاية النبيلة والأساسية من الزواج بتكوين أسرة وإنجاب مولود؛ لذا لا أحد يمكن أن يجادل في أن الضرورة قد

1. Ets...pp.1112 - Roger C. Herdman, Gretchen S. Kolsrud, Gary B. Elli.

٢. للمزيد عن موقف الشريعة الإسلامية راجع في ذلك د. علي عارف علي القرداغي، المرجع السابق، ص ١٨٦، وأيضاً د. محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص ٢٥.

دفعتهما إلى أن يتخذاً طريقاً غير طبيعي (اصطناعي) في الإنجاب يضمن لهما حقاً أسمى من حقهما في الالتصاق الجسدي؛ لا سيما أمام انعدام الوسائل الطبيعية في الإنجاب؛ لذا فإن الوسائل الاصطناعية في الإنجاب ستكون مقبولة من حيث المنطق إن التجأ إليها الزوجان؛ طالما أنها الأسلوب الوحيد الذي بقي أمامهما في تكوين الأسرة وإنجاب ذرية.

ولاشك أن الاحتكام للمنطق وما يتطلبه عنصر الموازنة بين الحق في تكوين الأسرة وبين حق الالتصاق الجسدي يدفعنا للقول برجحان الأول على الثاني؛ لا سيما أن إنجاب الذرية من شأنه أن يحقق الاستقرار النفسي والاجتماعي للزوجين، وأنه يؤدي إلى حفظ الذات وحفظ النوع؛ فغاية التلقيح الاصطناعي غاية نبيلة تسمو على حق الالتصاق الجسدي والروحي عند الممارسة الجنسية، بل إن حق الالتصاق الجسدي لا شيء أمام الحق في تكوين الأسرة؛ ناهيك عن أن تنازل الزوجين عن حقهما هذا عند التلقيح الاصطناعي يجد سنده ليس في الضرورة فحسب؛ إنما في غاية أسمى هي الحصول على جنين يُعزز الروابط بين الزوجين. كونه يحقق متعة دائمة للزوجين تتوق في أثرها المتعة اللحظية؛ لا سيما إن أثمرت، وتحقق الحمل وصار للأسرة مولود يؤنس وحشتها ويُحقق لها التوازن النفسي والاجتماعي.

أما من يقول بأن الأعضاء التناسلية لها هدفان متوازيان متكافئان: الأول هو إشباع الرغبة الجنسية، والآخر هو تكرار الذات الإنسانية<sup>(١)</sup> وحفظ النوع؛ فإن كان ثمة عائق يحول دون تحقيق ذلك بالطرق الطبيعية؛ فلا ضير في اللجوء إلى وسيلة يمكن أن تحقق ذلك حتى ولو كانت هذه الوسيلة اصطناعية؛ لا سيما أن المكونات الجنسية ستكون من إنتاج تلك الأعضاء إن صح التعبير.

أما الحجة القائلة بأن التلقيح الاصطناعي يُعد بذاته عملاً خاطئاً؛ فإنها حجة تفتقد للمنطقية فأبي خطأ يمكن أن ينسب إلى التلقيح الاصطناعي؛ إن كان يتم من خلاله تحقيق ذات الغرض الذي يحققه الاتصال الجنسي الطبيعي وليس غرضاً آخر وأن اللجوء إليه لا يتم إلا عند الضرورة<sup>(٢)</sup> بوجود عوارض تحول دون تحقق الإنجاب بالاتصال الطبيعي، وأن وسائل العلاج الأخرى قد فشلت في تحقيق ذلك، أو أنها لم تكن مناسبة<sup>(٣)</sup>.

ونؤيد وجهة النظر هذه بطبيعة التلقيح الاصطناعي؛ إذ هو - على رأي في الفقه نؤيده - يندرج تحت شروط ممارسة العمل الطبي<sup>(٤)</sup>، كونه يُعد وسيلة من وسائل العلاج لصعوبة الإنجاب، وأنه يُستعمل

١. د. سعدي إسماعيل البررزنجي، المرجع السابق، ص ٢٧، وللمزيد عن الحجج والتعليق عليها يراجع ذات المرجع، ص ٢٨.

٢. لاحظ في تفسير تحقق الضرورة وجواز كشف العورة وقبول فكرة التلقيح الاصطناعي من وجهة النظر الفقهية الإسلامية د. عارف علي عارف الفردافي، المرجع السابق، ص ١٨٧.

3. Bala Bhagavath, Kathleen Hoeger, Vivian Lewis, John T. Queenan, Jr, Wendy Vitek, In Vitro Fertilization Process, Risk, and Consent.

متاح بتاريخ ٢٠١٩/٩/٣ على الموقع

<https://www.urmc.rochester.edu/MediaLibraries/URMCMedia/fertility-center/documents/in-vitro-fertilization-consent.pdf>

٤. د. علي أحمد لطيف الزبيري التلقيح الاصطناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، ط/ الثانية، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ٢٠١١،

بحق من يعاني من مرض أو خلل يعوق ذلك؛ فعلى أساس تلك الطبيعة فإن القول بكون التلقيح الاصطناعي يسمح بالاطلاع على العورات المغلظة<sup>(١)</sup> يُردُّ عليه بكون ذلك جائزاً في إطار التلقيح الاصطناعي لأنه عمل طبي علاجي ابتكره الطب الحديث لتجاوز عقبات صعوبة الحمل، وأنه بذلك يُبيح الاطلاع على تلك العورات طبقاً لما هو مقرر في إباحة العمل الطبي العلاجي؛ فطالما أن الاطلاع على العورة المغلظة كان أثناء أو بمناسبة مباشرة أعماله وكانت الغاية من ذلك سحب المكونات الجنسية، أو إدخالها إلى رحم الزوجة؛ فإن فعل الاطلاع أو حتى المس يندرج تحت إجراءات التداوي من علة مرضية<sup>(٢)</sup> وأن الضرورة العلاجية عبر الوسائل الاصطناعية هي التي اقتضتها<sup>(٣)</sup>؛ لذا لا مجال لرفض التلقيح الاصطناعي طالما أنه يُعد تطبيقاً لممارسة الأعمال الطبية التي تبيح الأفعال الجرمية متى ما كانت تمارس من ذوي الاختصاص ووفق أصولها وبقصد العلاج.

وفيما يخص الحجة المتعلقة بالخطأ الذي يمكن أن يقع فيه الطبيب أو الجهات التي تتولى مباشرة متطلبات التلقيح الاصطناعي بالنسبة للعينات التي تؤخذ سواء من الزوجة أو من الزوج، وما يقود إليه من اختلاط في الأنساب، أو الحجة المتعلقة برفضه على أساس محاباة الطبيب أو ميله لأحد الزوجين وتحقيق رغبته، بأن يهيئ في المختبر الجنين المطلوب وربما المأخوذ من بويضة من غير الزوجة، أو الملقح بحيامن أخذت من غير الزوج<sup>(٤)</sup>؛ فإننا نرفض الحجة في شقها الأول؛ لأنها لا تصمد أمام الحقيقة الواقعية وما تقوم به المختبرات الطبية التي تقوم في كل لحظة بإجراء مئات، بل وآلاف الفحوصات المخبرية ولا يقع من العاملين في هذا المجال ما يخشى منه، بل أن الوقوع في الخطأ أمر مزعوم لا يلامس الحقيقة فوق أنه إن تم تصوره فهو من الأمور النادرة جداً؛ لأنه إن كان من النادر أن يتحقق الخطأ في أنابيب الاختبار في التحاليل الطبية العادية؛ فكيف له أن يتحقق في قضية مهمة تتم في مراكز متخصصة؟، بل حتى لو سلمنا جدلاً بهذه الحجة؛ فإنها ليست معضلة يمكن أن تطيح بالتلقيح الاصطناعي وتمنع من استعماله؛ إذ يمكن تجنبها بفرض احتياطات واتخاذ خطوات ينبغي على القائمين عليه اتخاذها لتجنب الوقوع في المحذور، مع أننا نؤكد على أن الأطباء والعاملين في هذا المجال يتخذون من الاحتياطات ما يتفق مع واجبات مهنتهم وأصولها، وأن أي خطأ يمكن أن يعرضهم للمساءلة الجنائية؛ لذا لا يصح أن تكون هذه الحجة مما يُعد مانعاً من استعمال تقنيات التلقيح الاصطناعي.

ص ٥١ وما بعدها. وتعتبر عملية نقل الأمشاج إحدى وسائل علاج العقم عند المرأة أو الرجل أو كليهما لخلل في الجهاز التناسلي الذي من أهم وظائفه التناسل والانجاب د. مهند صالح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر الإسكندرية ٢٠٠٢ ص ٢٦٢ وما بعدها.

١. لاحظ في الرد على ذلك د. عارف علي عارف القرداغي، المرجع السابق، ص ١٨٧ وما بعدها.

٢. للمزيد عن علة إباحة التلقيح الاصطناعي، راجع د. علي أحمد لطيف الزبيري، المرجع السابق، ص ٣٢ وما بعدها.

٣. د. محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، الدار السعودية للنشر والتوزيع، ط/ الخامسة، ١٩٨٤، ص ٥٣٣.

٤. وربما يقوم الطبيب بذلك من تلقاء نفسه بغية تحقيق الشهرة د. عارف علي عارف القرداغي، المرجع السابق ص ١٩٠.

أما ما يتعلق بمحاربة الطبيب لأحد الزوجين، وقدرته على تجهيز جنين ملقح من غير الزوجين، أو على تجهيز خلايا جنسية من غيرهما؛ فإنها حجة مرفوضة أيضاً لأنها إذ تقترح بعمل الأطباء وتفترض فيهم سوء النية على خلاف الأصل، الأمر الذي لا يمكن قبوله من الناحية الأخلاقية ولا من الناحية القانونية؛ فإنها حجة لا يدعمها العقل والمنطق، بل لو سلمنا بها جداً؛ فإن هناك صعوبات عملية تعترضها؛ لأن عمليات التلقيح الاصطناعي تجرى من قبل فريق متخصص وليس من طبيب بمفرده ابتداءً من عملية تحقق حالة الإباضة، أو سحب الحيوانات المنوية من الرجل وانتهاءً بتلقيحها ومن ثم زرعها في رحم المرأة بالنسبة للتلقيح الخارجي؛ فكيف لهذا الأمر أن يتحقق أمام مجموعة من الفنيين يختص كل منهم بمرحلة معينة من عملية التلقيح الاصطناعي؟؛ ناهيك عن المسؤولية الجنائية التي أقرتها التشريعات بحق من يستعمل خلايا جنسية مأخوذة من الغير، والذي سيتم التعرض لها عند التعرض للتلقيح الاصطناعي غير المتماثل في موقعه المخصص من هذا البحث.

## المبحث الثاني حقيقة التلقيح الاصطناعي الواقعية والقانونية

بعد أن انتهينا من مناقشة أهم الحجج الراضية لاستعمال الإنجاب عبر تقنيات التلقيح الاصطناعي، وفدناها وأثبتنا عدم مقبوليتها؛ فإن علينا بيان حقيقة الحقيقة الواقعية والقانونية للتلقيح الاصطناعي، لكن هذا الأمر يتطلب الكشف عما إذا كان التلقيح الاصطناعي وسيلة للعلاج وأنه وسيلة لعلاج عقم المرأة، أم أنه وسيلة لعلاج علة الزوج أو الزوجة على حد سواء، الأمر الذي خصصنا له المطلب الأول على أن يكون المطلب الثاني مخصصاً لبيان واقع التلقيح الاصطناعي في إطاره الواقعي والقانوني.

## المطلب الأول التلقيح الاصطناعي وسيلة لعلاج صعوبة الإنجاب

إن الفصل في حقيقة كون التلقيح الاصطناعي وسيلة لعلاج صعوبة الإنجاب يتطلب أولاً التعرف على الأسباب الملجئة لاستعماله، وموقف التشريعات من ذلك.

## الفرع الأول الأسباب الملجئة لاستعمال التلقيح الاصطناعي

إن كان الحمل والإنجاب الذي يقره المجتمع ويعترف به وينظم أحكامه هو الذي يكون ثمرة من ثمرات العلاقة الجنسية المشروعة ونقصد بذلك الزواج، والذي لا ينبغي أن يُعترف به إلا إذا تم بين شخصين مختلفي الجنس أي بين رجل وامرأة، كونه السبب في حفظ النوع وتكوّن الأسرة التي هي نواة

المجتمع، وإذا كان السبيل إلى ذلك هو الاتصال الجنسي بينهما؛ إذ هو الأسلوب الطبيعي للإنجاب؛ فإن ثمة عوائق تحول دون ذلك ولا يمكن التغلب عليها إلا من خلال تقنيات التلقيح الاصطناعي. وفي الوقت الذي نؤكد فيه على أن هذه العوائق عسيرة على الحصر بسبب طبيعة العلل التي تحول دون تحقق الإنجاب عبر الاتصال الجنسي الطبيعي إنها عللاً صحية تختلف من شخص إلى آخر، إلى جانب مدى قدرة الطب على معالجتها؛ لا سيما أن هذا المجال يشهد تقدماً ملحوظاً؛ إلا أن ثمة أسباب باتت معروفة يمكن على ضوء تحققها القول بأن التلقيح الاصطناعي يعد وسيلة لعلاجها، ومنها ضيق عنق رحم الزوجة، الأمر الذي يؤدي إلى عدم وصول مني زوجها إلى مكان الذي يتم فيه التلقيح، أو هلاك البويضة وعدم نزولها إلى المكان الذي يتم فيه الإخصاب، أو أن يكون الزوج عنيماً أو عاجزاً عن إيصال السائل المنوي إلى الأعضاء التناسلية لزوجته<sup>(١)</sup>، أو أن يكون الزوج مصاباً بسرعة الإنزال<sup>(٢)</sup>، ومنها أيضاً الإصابة بالأمراض الوراثية، كعدم التوافق الطبي بين الزوجين<sup>(٣)</sup> وما إلى ذلك من أمراض تتطلب تدخلاً طبياً عبر الوسائل غير الطبيعية. ومن أسباب صعوبة الإخصاب عبر الاتصال الجنسي الطبيعي أيضاً: النقص في عدد الحيوانات المنوية أو النقص في كمية المنى المطلوب للإخصاب؛ حيث يتم حينئذٍ تجميعه في المختبر وإجراء عملية التلقيح<sup>(٤)</sup>، أو كون الحيوانات المنوية غير نشطة نشاطاً فعالاً وفقاً للمعايير الطبية المتفق عليها، أو قلة حركتها بحيث أنها لا تستطيع أن تصل إلى المكان المطلوب<sup>(٥)</sup>. أو أن يكون سبب عدم الإخصاب هو تلوث السائل المنوي، أو التناثر المناعي بين مني الزوج وإفرازات مهبل الزوجة؛ بحيث يكون الجهاز التناسلي شديد الحموضة<sup>(٦)</sup>..... إلخ من الأسباب سواء التي تتعلق بالزوج أو التي تتعلق بالزوجة، أم تعود لكليهما<sup>(٧)</sup>.

١. د. أحمد محمد لطفي، المسؤولية الجنائية للطبيب عن عمليات التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٣، ص ٣٨.

٢. بوشي يوسف الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائياً، رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٣-٢٠١٥، ص ١٨٥.

٣. B. L. Chaudhary, Assisted Reproductive Techniques Ethical and Legal Issues, J Indian Acad Forensic Med. October-December 2012, Vol. 34, No. 4, p.350.

٤. . . . . تجميعها إلى وقت توفر العدد الكافي وتحقق حينئذٍ في مهبل الزوجة. د. محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص ٢٤ وما بعدها.

٥. د. حسيني هيكل، المرجع السابق، ص ١٢٨.

٦. د. أحمد محمد لطفي، المرجع السابق، ص ٣٨، وهذا الأمر يتطلب الحقن داخل رحم الزوجة. د. حسيني هيكل، المرجع السابق، ص ١٢٨.

٧. للمزيد يراجع طفياني مخطارية، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، ٢٠١٤، ص ١٣ وما بعدها.

## الفرع الثاني موقف التشريعات من الأسباب الملجئة لاستعمال تقنيات التلقيح الاصطناعي

لقد اعترفت بعض التشريعات بسببين يقفان وراء إمكانية استعمال تقنيات التلقيح الاصطناعي: الأول هو تشخيص الحالة المرضية من قبل الطبيب، أما الآخر فهو المهم فهو مضي مدة معينة على الزواج وعدم تحقق الحمل.

وقد سار المشرعان البحريني، والسعودي من التشريعات التي سارت في هذا الاتجاه؛ حيث اعتبرا من قبيل العقم الذي يُجيز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي عدم حدوث الحمل وبالتالي عدم قدرة الزوجين على الإنجاب بعد مرور اثني عشر شهراً من الحياة الزوجية المستمرة في بيت الزوجية وبدون استعمال موانع للحمل<sup>(١)</sup>.

ويتضح من النص أن المشرعين قد أجازا استعمال التلقيح الاصطناعي في الحالة الثانية بشروط هي: عدم تحقق الحمل بمضي مدة على الزواج مقدارها اثنا عشر شهراً لكن هذا مشروط بأن تكون الحياة الزوجية بين الزوجين مستمرة خلال الفترة التي حددها المشرع آنفة الذكر، وألا يتم استعمال موانع الحمل خلالها.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه يتعلق بمدى اشتراط استنفاد جميع الطرق والأساليب لاستعمال التلقيح الاصطناعي، ومدى اشتراط أن يكون الأخير هو الطريقة الوحيدة للإنجاب؟

ثمة من يجيب عن هذا التساؤل بالقول بأن التلقيح الاصطناعي ينبغي أن يكون هو الطريقة الوحيدة للإنجاب<sup>(٢)</sup>، وألا ينبغي للزوجين أن يستعملا هذا الأسلوب إلا بعد استنفاد جميع الطرق الأخرى<sup>(٣)</sup>. والحق أن هذا الرأي لا يمكن الأخذ به أو حتى إقراره لتعارضه مع المنطق، إلى جانب تعارضه مع صراحة نص بعض التشريعات، كالمشرعين: البحريني والسعودي؛ حيث أجازا استعمال الزوجين التلقيح الاصطناعي بشرط تحقق شروط الحالة الثانية، والمقصود بذلك مرور المدة التي حددها المشرعان؛ إذ أن هذا الشرط يُفيد بأن من حق الزوجين استعمال التلقيح الاصطناعي بمجرد تحقق الشروط السابقة حتى ولو لم يتم تشخيص المرض الذي يحول دون تحقق الحمل؛ مما يعني أن عدم تحقق الحمل خلال المدة قرينة على أن هناك صعوبة في الإنجاب، الأمر الذي على ضوءه يمكن

١. راجع المادة الأولى من القانون البحريني، والبند رقم ٦ من المادة الأولى من نظام وحدات الإخصاب والأجنة السعودي.

٢. حيث يشترط بأن يعاني الزوجان من مرض يعيق كلاهما عن الإنجاب وأن يعجز الأطباء عن علاجه د. محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص ١٠٢.

٣. بروين عبد الله حسن، التنظيم القانوني لعمليات التلقيح الاصطناعي، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر، مصر ٢٠١٦، ص ٩٢، د. علي أحمد لطف الزبيري، المرجع السابق، ص ٥٦، الذي يستند على ما يتطلبه المشرع المصري بالقانون رقم (٥) لسنة ٢٠١٠ بشأن نقل وزراعة الأعضاء البشرية المصري وكأنه يرى بأن التلقيح الاصطناعي من ضمن عمليات نقل وزراعة الأعضاء مع الفارق الكبير بينهما، وحينئذٍ لا مجال لإعمال فكرة الضرورة التي تأخذ بها التشريعات في تلك العمليات.

للزوجين اللجوء إلى الإنجاب عبر تقنيات التلقيح الاصطناعي. ولا شك في أن عدم اشتراط المشرعين البحريني والسعودي أن يكون التلقيح الاصطناعي هو الطريقة الوحيدة للإنجاب هو محل تقدير؛ لأنهما حينما أجازا استعمال التلقيح الاصطناعي لمرور فترة زمنية معينة مع عدم تحقق الحمل قد جنبا الزوجين المشقة النفسية والاجتماعية قبل أن يكونا قد جنباهما المشقة المالية التي تتطلبها مراجعة الأطباء وضرورة إبدائهم الرأي بأن التلقيح الاصطناعي هو الوسيلة الوحيدة لعلاج علتهم؛ ناهيك عن أن هذا القرار قد يعتريه التحكم لا سيما بأن مسألة تشخيص الحالة المرضية تقع تحت باب الاجتهاد الطبي، الأمر الذي قد يوقع الزوجين في الحرج إذا اختلف الرأي بين طبيبين بشأن العلة التي تستدعي ذلك أو لا تستدعيه.

### الفرع الثالث

## التلقيح الاصطناعي وسيلة لعلاج صعوبة الإنجاب لدى الزوجين

حيث توصلنا إلى أن الهدف من التلقيح الاصطناعي هو علاج صعوبة الإنجاب؛ فإن ما يطرح في هذا المجال يتعلق بما إذا كان التلقيح يعد وسيلة لعلاج عقم المرأة؛ فحسب، أم أنه وسيلة علاج علة صعوبة الإنجاب أيا كان الطرف الذي يعاني منها؟

يجيب البعض بالقول بأن التلقيح الاصطناعي ما هو إلا وسيلة من وسائل علاج حالة العقم الذي تعاني منه المرأة، والذي يتم من خلال إدخال مني سليم في عضوها التناسلي بغير اتصال جنسي<sup>(١)</sup>. والحق أن هذه الإجابة غير مقبولة كونها حددت علة استعمال التلقيح الاصطناعي بعلاج العقم لدى المرأة؛ لأنها لا تتسم بالدقة من الناحية العلمية؛ إلى جانب مخالفتها لحقيقة صعوبة الإنجاب وأسبابه؛ إذ أن التلقيح الاصطناعي إن كان وسيلة لعلاج المرأة من العقم؛ فإنه أيضاً وسيلة لعلاج علة يعاني منها الزوج وتمنعه من تخصيب المرأة ومن ثم الإنجاب؛ بمعنى أن أسباب صعوبة الإنجاب منها ما يعود للزوجة، ومنها ما يعود للزوج، بل ومنها ما يعود للزوجين<sup>(٢)</sup>؛ لذا فإن العقم غير محصور بالزوجة حتى يصح قوله بكونه وسيلة يتم فيها التغلب على عقمها.

وانطلاقاً من هذا الفهم فإننا نؤيد من يرى بأن قصر هدف التلقيح الاصطناعي على علاج العقم لدى المرأة من شأنه أن يمنع استعماله إن كان السبب يعود للزوج وأن تحجيمه بالعلة التي تعاني منها الزوجة يجعل المفهوم الذي يتضمنه مصطلح التلقيح الاصطناعي مفهوماً يعتريه القصور<sup>(٣)</sup>؛ لأنه لا يستطيع أن يلبي الحاجة الواقعية والفعلية؛ لأن التلقيح الاصطناعي في رأينا هو عمل طبي علاجي

١. د. علي خطار شنطاوي، حق الزوجين في الإنجاب، مجلة الشريعة والقانون، العدد الخامس عشر، ١٤٢٢هـ، ٢٠٠١م، تصدر عن

كلية الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية، ص ٤٨٠.

٢. للمزيد عن أسباب العقم أو قلة الاخصاب يراجع د. علي أحمد لطف الزبيري، المرجع السابق، ص ٣٧ وما بعدها، وأيضاً د. حسيني

هيكل، المرجع السابق، ص ١٧، ص ١٢٢ وما بعدها.

٣. د. محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص ٨١.

لحالات تحول دون تحقق الحمل لعارض مرضي يصيب أحد طرفي العلاقة الزوجية: الرجل أو المرأة. وبناءً على ما تقدم فإننا نستطيع القول أن مراجعة الأسباب التي تقدم بيانها بشأن الأسباب الملجئة للعلاج بتقنيات التلقيح الاصطناعي تكشف عن أن التلقيح الاصطناعي ما هو إلا وسيلة من وسائل العلاج لصعوبة الإنجاب عندما يكون هناك عارض يحول دون تحقق الحمل، وأن اللجوء إلى هذا الأسلوب أو ذلك إن كان يقع تحت سلطة الطبيب، وأن الطرف الذي يعاني من صعوبة الإنجاب هو الذي يكون سبباً في القرار الذي يتخذه الطبيب؛ بمعنى أن نوع العلة التي ينبغي أن يعالجها الطبيب هي التي تفرض عليه أن يختار هذا الأسلوب دون ذلك.

وبعد هذا العرض يبدو لنا من الملائم أن نذكر بأننا كنا قد استندنا في الرد على حجة كون التلقيح الاصطناعي يسمح بالاطلاع على العورات المغلظة التي استند إليها الرأي المعارض إلى طبيعة التلقيح الاصطناعي وذهبنا مع غيرنا إلى أنه عمل طبي علاجي<sup>(١)</sup>، فالأمر ذو قيمة عملية؛ لأنه سيمكن الطبيب من استعماله باعتباره وسيلة من وسائل العلاج لصعوبة الإنجاب أياً كانت سبب ذلك؛ سواء كان السبب يتعلق بالزوجة أو بزوجها أو لعدة مشتركة بينهما، وهذا من شأنه أن يقطع الطريق أمام من يرغب في استعماله لغايات أخرى لا تتعلق بالعلاج؛ بمعنى آخر أن عدم حصر التلقيح الاصطناعي بغاية هي العلاج من شأنه أن يفتح المجال أمام الزوجين للحصول على أطفال بمواصفات معينه؛ لا سيما أمام القدرة على التلاعب بالجينات الوراثية.

وما يؤيد الاتجاه الذي ذهبنا إليه من اعتبار التلقيح الاصطناعي عملية طبية هدفها الأساسي هو العلاج هو اتجاه التشريعات التي جرمت استعمال التلقيح الاصطناعي لانتقاء النوع أو النسل لغير الأمر الذي يتطلبه التلقيح، أي لغير الغرض العلاجي فعاقب المشرع البحريني بالغرامة التي لا تقل عن ألف دينار ولا تزيد على خمسة آلاف دينار كل من خالف الفقرة (د) المتعلقة بانتقاء النوع أو النسل لغير الأسباب التي تتعلق بالأمراض الوراثية المرتبطة بنوع الجنين<sup>(٢)</sup>.

أما الأهمية الأخرى لاعتبار التلقيح الاصطناعي عملاً طبيًا علاجياً يمارسه أطباء من ذوي الاختصاص فتتعلق بإخراج عملية استدخال المني الذي تقوم به المرأة من تلقاء نفسها من نطاقه<sup>(٣)</sup>، الأمر الذي قد تلجأ إليه المرأة في حال عدم إنجابها خشية تطليقها؛ لا سيما في المجتمعات التي تقاطع المرأة التي لا تتجب وترى بأنها امرأة لا خير فيها ولا ينبغي الإبقاء عليها.

١. د. شوقي زكريا الصالح - المرجع السابق، ص ١٩، د. محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص ٢١.

٢. لاحظ المادة (١٥) من القانون البحريني التي تعاقب على ما نصت عليه الفقرة (د) من المادة (٧) من القانون.

٣. د. محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص ٨١.

## المطلب الثاني حقيقة التلقيح الاصطناعي في الواقع والقانون

إن بيان حقيقة التلقيح الاصطناعي في الواقع أي من حيث ممارسته واللجوء إلى استعماله في الواقع عند تحقق أسبابه ومن حيث وضعه في القانون يتطلب منا أولاً بيان أنواع التلقيح الاصطناعي، الأمر الذي خصصنا له الفرع الأول على أن يكون الفرع الثاني مخصصاً لبيان تلك الحقيقة.

### الفرع الأول أنواع التلقيح الاصطناعي

بادئ ذي بدء نؤكد على أن النظر في تصنيف التلقيح الاصطناعي إلى نوعين: تلقيح اصطناعي داخلي، وتلقيح اصطناعي خارجي<sup>(١)</sup>، ينبغي أن يعاد النظر فيه؛ لأنه غير مقبول لدينا حتى وفقاً للاتجاه الذي يُعَلَّل بأن هذا التقسيم أساسه المحل الذي يتم فيه التلقيح والذي يستتبع أو يتطلب هذا التقسيم<sup>(٢)</sup>؛ لأن هذا التقسيم يتجاهل حقيقة التلقيح الاصطناعي الداخلي أو الخارجي؛ إذ أننا نرى بأنه أسلوب من أساليب التلقيح وليس نوعاً من أنواعه.

ودليلنا في ذلك هو أن العلة التي يعاني منها أحد طرفي الزواج هي التي تحتم على الطبيب اتباع هذا الأسلوب دون ذلك؛ بمعنى أن الخلل الذي يعاني منه أحد الزوجين يفرض على الطبيب المعالج اتباع أسلوب التلقيح الداخلي أو التلقيح الخارجي؛ فالعلة التي يعاني منها الزوج مثلاً والتي لا يمكن علاجها بالتلقيح الاصطناعي الداخلي تقتضي من الطبيب استعمال العلاج من خلال التلقيح الاصطناعي الخارجي؛ فالقرار الذي يتخذه الطبيب في اتباع التلقيح الاصطناعي الداخلي أو الخارجي مرهون بنوع العلة التي يتطلب علاجها؛ فهي التي تفرض على الطبيب أن يتبع هذا الأسلوب في التلقيح، أو ذلك.

وتوضيح الترابط بين الخلل الذي يعاني منه أحد الزوجين واتخاذ أسلوب من أساليب التلقيح الاصطناعي يتمثل في الطرح الآتي: فلو أن الزوج يعاني مثلاً من عدم القدرة على إيصال المنى إلى رحم الزوجة فلا شك في أن الطبيب سيلجأ إلى التلقيح الاصطناعي الداخلي، وكذا الأمر بالنسبة لعدم كفاية المنى؛ حيث يتم تجميع المنى ومن ثم حقنه في المكان المخصص للتلقيح؛ خلاف الأمر فيما لو كان الزوج يعاني من ضعف حركة أو نشاط الحيوانات المنوية؛ إذ سيلجأ الطبيب إلى أسلوب التلقيح الاصطناعي الخارجي، أي عن طريق طفل الأنبوب؛ لأن ضعف نشاط الحيوانات المنوية من شأنه أن يمنعها من الوصول إلى مكان البويضة؛ إذ المتطلب هو أن تسبح الحيوانات المنوية حتى تصل إلى مكان التخصيب؛ ناهيك عما لو كانت الحيوانات المنوية غير قادرة على اختراق جدار البويضة؛

١. بروين عبد الله حسن، المرجع السابق، ص ٣١.

٢. ويعتمد هذا الجانب من الفقه على معايير أخرى لتقسيم التلقيح، كمحل الحمل؛ حيث يقسمه على أساس هذا المعيار إلى تلقيح داخل رحم الزوجة وتلقيح داخل رحم الغير للمزيد راجع د. محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص ٨٣.

إذ سيتم استعمال التلقيح الاصطناعي الخارجي واعتماد آلية الحقن المجهري<sup>(١)</sup> لتخصيب البويضة ومن ثم تركها في بيئة ملائمة لمراقبة انقسام البويضة بعد عملية التخصيب. وعلى أساس ذلك نرى بأن التلقيح الاصطناعي يمكن أن يأخذ أحد أسلوبين: الأول وهو التلقيح داخل رحم الزوجة، والآخر هو التلقيح في المختبر، أي خارج رحم الزوجة وفيما يأتي بيانها تباعاً كلاً في فقرة مستقلة.

### أولاً: التلقيح الاصطناعي داخل رحم الزوجة

في الوقت الذي نؤكد فيه على أن هذا الأسلوب من أساليب التلقيح الاصطناعي لعلاج صعوبة الإنجاب يتحقق عند إدخال الحيوانات المنوية في رحم المرأة، أو الوصول بها إلى قنوات فالوب، أو المهبل مع إبرة تلقيح، كي يتسبب في حملها، ويتم ذلك إما بمنى الزوج، أو بمنى شخص متبرع يتم استخدامه مباشرة، أي في الحال، أو بعد تجميده<sup>(٢)</sup>، أو أنه يتم من خلال حقن حيوان منوي بشكل اصطناعي عن طريق إبرة أو أنابيب اختبار داخل المهبل، أو إيصاله إلى قناة فالوب للزوجة مباشرة دون تحقق حالة الجماع بين الزوجين<sup>(٣)</sup>، وفي الليلة السابقة على التبييض<sup>(٤)</sup>؛ حيث يتم حقن الحيوانات المنوية للزوج داخل رحم الزوجة مباشرة، وتحديدًا في منطقة ما بعد عنق الرحم وفي الجانب الأعلى منه<sup>(٥)</sup> بصورة ميكانيكية، إما عن طريق جهاز، أو أنبوب اختبار<sup>(٦)</sup> يتم بموجبه زرع الحيامن في المكان المخصص للحمل<sup>(٧)</sup>.

١. يعرف الحقن المجهري بأنه (حَقَنَ حيوان منوي واحد داخل البويضة بواسطة إبرة خاصة وبمساعدة جهاز خاص بمجهر عاكس) المادة الأولى من القانون البحريني، أو هو (عملية مجهرية دقيقة لحقن «السيتوبلازم» (المادة الهلامية) لبويضة الزوجة بالحيوان المنوي للزوج في المعمل، وحفظها تحت ظروف معينة، ثم إعادة الأجنة بعد التأكد من حدوث الانقسام السليم إلى رحم الزوجة) البند ١٣ من المادة الأولى من نظام وحدات الإخصاب السعودي.

2. ((Christina M. Eastman, Statutory Regulation of Legal Parentage in Cases of Artificial Insemination by Donor: A new Frontier of Gender Discrimination. Legal Parentage in Cases of Artificial Insemination. Mc George Law Review / Vol. 41.2010.p.374.

3. B. L. Chaudhary, op .cit.p.351

٤. كون عملية الإخصاب تتم في الجزء الأعلى من الأنبوب الرحمي للجهاز الأنثوي للمرأة شادية الصادق الحسن، حكم الإسلام في التلقيح الاصطناعي، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا، معهد العلوم والبحوث الإسلامية. متاح على الموقع الإلكتروني أدناه بتاريخ ٢٠١٩/١٠/١١.

[http://www.sustech.edu/staff\\_publications/2014081707324310](http://www.sustech.edu/staff_publications/2014081707324310).

٥. بروين عبد الله حسن، المرجع السابق، ص ٣١.

6. -B. L. Chaudhary, op. cit.p.351

٧. وبما أن المطلوب من الحيوانات المنوية السباحة داخل الجهاز التناسلي للزوجة حتى تصل غايتها. بروين عبد الله حسن، المرجع السابق، ص ٣١؛ فإن ضمان إيصال السائل المنوي إلى المنطقة التي يحصل فيها الإخصاب له أهميته بشأن ضمان تحقق الحمل، كونه يُقلل من فرص فشل التلقيح الاصطناعي؛ لا سيما إذا كانت الخلايا المنوية ضعيفة؛ فلا يمكنها السباحة والوصول إلى الأنبوب الرحمي لتلقيح البويضة.

## ثانياً: التلقيح الاصطناعي خارج رحم الزوجة

ثمة أسلوب ثانٍ من أساليب التلقيح الاصطناعي وهو الذي يتم خارج جسم الزوجة، والذي يصطلح عليه بالتلقيح الاصطناعي الخارجي أو ما يعرف بطفل الأنبوب، والذي عرفه المشرع السعودي بأنه عملية تلقيح بويضات الزوجة- بعد سحبها من المبيض- بالسائل المنوي للزوج في المعمل، وحفظها تحت ظروف معينة، ثم إعادة الأجنة أو اللقيحة إلى رحم الزوجة، بعد التأكد من حدوث الانقسام السليم<sup>(١)</sup>؛ أمّا بالنسبة للمشرع البحريني فقد عرف طفل الأنبوب بأنه تلقيح بويضة الزوجة بالحيوانات المنوية للزوج في المزرعة<sup>(٢)</sup>. وقد ورد هذا التعريف ناقصاً ويعتريه القصور بشأن المدلول الحقيقي للتلقيح الاصطناعي الخارجي، كونه تجاهل العملية الأخرى التي يتطلبها هذا النوع من التلقيح والتي لا تستكمل عملية التلقيح إلا به ونقصد في ذلك زرع البويضة الملقحة في رحم الزوجة بعد تحقق عملية الإخصاب.

وإذ يرى جانبٌ من الفقه بأن التلقيح الاصطناعي خارج رحم الزوجة يتمثل بمجموعة من الأعمال الطبية الهادفة إلى تخصيب البويضة خارج رحم الزوجة في أنبوب اختبار أو وعاء مخبري أو في وسط مماثل وإعادتها إليه<sup>(٣)</sup>، أي إلى رحمها بعد تخصيبها؛ فإن ثمة من يُطلق على هذا الأسلوب من أساليب العلاج بالتلقيح في المختبر ويرمز له بـ (IVF)<sup>(٤)</sup>. ويتطلب سحب البويضات من جسم المرأة وتخصيبها بالحيوانات المنوية في طبق في المختبر<sup>(٥)</sup>، ومن ثم إعادتها بعد التخصيب. وتجرى عملية سحب البويضات من المرأة التي يراد تلقيحها من خلال عملية التنظير<sup>(٦)</sup>؛ حيث يتم الدخول إلى المهبل تحت توجيه الموجات فوق الصوتية ليتم شفط البويضات، أو انتزاعها من موطن استقرارها بمناظير طبية مخصصة لهذا الغرض<sup>(٧)</sup>.

غير أن هذه العملية تسبقها عملية أخرى هي إثارة إنتاج البويضات لدى الزوجة (التبويض) بواسطة هورمونات منشطة<sup>(٨)</sup>، كي تنتج المرأة كميات من البيض أكثر مما تنتجه في الدورة الواحدة، أي أكثر

١. لاحظ المادة الأولى من نظام وحدات الإخصاب والأجنة السعودي.

٢. لاحظ المادة الأولى من القانون البحريني بشأن التلقيح الاصطناعي.

٣. بغدالي الجيلالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، ٢٠١٤، ص ١٩ وما بعدها.

4. (In Vitro Fertilization) وهذا المصطلح مختصر لعبارة

5. Christina M. Eastman. op. cit. p.375, B. L. Chaudhary, op. cit. p.351.

٦. والتنظير إجراء يتم بموجبه سحب البويضات بعد نضجها ويتحقق بإدخال أداة الألياف البصرية (منظار البطن) وإبرة جوفاء من خلال شق صغير في بطن المرأة.

Christina M. Eastman, op. cit. p.375.

٧. ثمة بديل أقل إيلاً هو الشفط المهبلي، حيث يتم إدخال إبرة عن طريق المثانة أو من خلال المهبل بينما يراقب الطبيب العملية باستخدام أجهزة الموجات فوق الصوتية.

Christina M. Eastman. op. cit. p.375.

٨. وتستغرق العملية أسبوعين يتم خلالها التأكد من وضع البويضات للمرأة الخاضعة للعلاج الهرموني الذي يزيد من إنتاج البويضات بغية تحديد الوقت الأمثل لسحب البويضة أو شفطها عن طريق المراقبة بالموجات فوق الصوتية وفحص الدم.

مما يتم عادة<sup>(١)</sup>، ومن ثم تُوضع البويضات في أنبوب اختبار مع حيامن الزوج وسط بيئة ملائمة للتخصيب ويتحقق النمو بالانشطار الذي تمر فيه الخلية الملقحة<sup>(٢)</sup> إلى أن تصبح مهياًة للزرع؛ حيث تبدأ بعد ذلك عملية الزرع في رحم الزوجة، وبهذه العملية ينتهي العلاج بأسلوب التلقيح الاصطناعي الخارجي.

والجدير بالذكر بأن ما يجري به العمل هو تلقيح أكثر من بويضة على أن يتم تجميد البويضات الملقحة الزائدة وحفظها في بنوك خاصة، ومبررات ذلك هي أن يتم استخدامها مرة أخرى في حال الرغبة بالتلقيح<sup>(٣)</sup>، أو في حال فشل الحمل مما يمكن استخدام البويضات الملقحة المجمدة بعد إخراجها والتعامل معها، كي تكون صالحة للزرع؛ ناهيك عن أن ذلك يجنب الزوجة إجراءات سحب البويضات أو شفطها، وما قد يصاحب ذلك من مخاطر<sup>(٤)</sup>.

خلاصة الأمر إن التلقيح الاصطناعي الداخلي الذي يتم بموجبه تلقيح الزوجة بمياه زوجها بقذف المنى بوسائل ميكانيكية إلى مكان التخصيب، أي إلى داخل رحم الزوجة قرار يتخذه الطبيب وتفرضه العلة التي يعاني منها الزوج، كأن يكون عنيماً لا يستطيع إيصال المنى إلى المكان المطلوب، وكذا الأمر بالنسبة للتلقيح الاصطناعي الخارجي، والذي يتم بتلقيح بويضة الزوجة في أنبوب اختبار وإعادتها، ونقصد البويضة الملقحة إلى رحمها؛ فإنه قرار يتخذه الطبيب وتفرضه العلة التي يعاني منها الزوج، أو الزوجة، والتي في أساسها تعتمد على عدم نجاح أسلوب التلقيح الاصطناعي الداخلي.

### ثالثاً: التلقيح الاصطناعي المتمائل وغير المتمائل

إن المعيار الذي يمكن أن يُعتمد بشأن تصنيف التلقيح الاصطناعي إلى أنواع هو الذي يستند إلى مصدر الخلايا الجنسية والذي على أساسه يُصنف التلقيح الاصطناعي - على رأي في الفقه تؤيده - إلى نوعين: الأول ويصطلح عليه بالتلقيح الاصطناعي المتمائل أو المتجانس ويرمز له بـ (AIH)،

Christina M. Eastman, op. cit. p.375

1. B. L. Chaudhary, op. cit. p.351.

٢. ويُصطلح على ما يتكون خلال الفترة بين خمسة أيام إلى أربعة عشر يوم من لحظة اختراق الحيمن للبويضة حيث تتولى الخلايا بالانقسام وحتى ما قبل لحظة زرعه بجنين التلقيح الاصطناعي تمييزاً له عن الجنين الذي تتحقق به حالة الحمل. للمزيد عن الموضوع

يراجع

Susan L. Crockin and Gary A. Debele, Ethical Issues in Assisted Reproduction: A Primer for Family Law Attorneys, Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers Vol.27, 2015, pp.299300-.

3. Christina M. Eastman, op. cit. p.375.

٤. منها ما يكون سببه المضاعفات الطبية أو الجراحية لعملية الشفط، إلى جانب مضاعفات عملية تحفيز المبيض؛ ناهيك عن العوامل الاقتصادية؛ حيث النفقات العالية لو أخضعت المرأة لذات الإجراءات في كل عملية تلقيح، وأخيراً المشقة العاطفية التي تتعرض لها المرأة أثناء عملية سحب أو شفط البويضات... الخ

Paul C. Redman II, Lauren Fielder Redman Seeking a Better Solution for the Disposition of Frozen Embryos: Is Embryo Adoption the Answer. Tulsa Law Review, Vol. 35 [1999], Issue. 3, Art. 7.P.586

والآخر ويصطلح عليه بالتلقيح الاصطناعي المغاير أو غير المتجانس ويرمز له بـ (AID)<sup>(١)</sup>. ويوصف التلقيح الاصطناعي الأول بالمتجانس لأنه يُستخدم فيه مني الزوج وبويضة الزوجة، أما النوع الثاني ونقصد التلقيح الاصطناعي المغاير أو غير المتجانس فيوصف بذلك لأن الخلايا الجنسية التي تستعمل في التلقيح مصدرها الغير (المانح أو المتبرع)، كأن يكون مصدر المني الذي يُستعمل في التلقيح رجلاً آخر غير الزوج<sup>(٢)</sup>، أو أن تكون الخلية الجنسية الأنثوية (البويضة) لامرأة غريبة، أي من متبرعة.

وإذ نؤكد على أن التلقيح على حسب مصدر الخلايا الجنسية يمكن أن يصنف إلى التلقيح المتماثل والمتغاير؛ فإن ثمة من يضيف إلى النوعين السابقين ونقصد التلقيح: المتماثل وغير المتماثل نوعاً ثالثاً من أنواع التلقيح يُطلق عليه بالتلقيح الاصطناعي المختلط، ويرمز له بـ (CAI) ويتحقق هذا النوع بخلط مني الزوج بمنى شخص آخر (متبرع)<sup>(٣)</sup>. والحق أن هذا النوع من التلقيح ما هو إلا صورة من صور التلقيح بمساعدة الغير؛ بأن يتم استعمال الحيوانات المنوية لرجل غير الزوج مع الحيوانات المنوية للزوج، وهذا لا يمكن اللجوء إليه إلا إذا كان ثمة خلل في مياها الزوج.

وثمة من يؤكد على أن التلقيح الاصطناعي من قبل مانح يتبرع بالخلية الجنسية الذكرية كثيراً ما يستخدم عندما لا ينتج الزوج أي نطفة، أو لديه عدد قليل من الحيوانات المنوية المتحركة، أو أن يكون مصاباً بعيب وراثي، أو لديه تاريخ عائلي يؤدي إلى مواليد مصابين بأمراض عقلية كالجنون، أو عدم التوافق في الصحة الإنجابية مع زوجته والذي يمكن أن يتسبب في ولادة جنين ميت<sup>(٤)</sup>، وأن هذا الأسلوب من التلقيح يستعمل أيضاً حيث يكون الزوج عاجزاً عن تلقيح بويضة الزوجة، أو أن يكون فيه عيب وراثي يمنعه من الإنجاب، أو فيه مرض عدم التوافق مع الزوجة<sup>(٥)</sup>.

أما إذا كان خلل صعوبة الإنجاب يعود إلى الزوجة؛ فإن هذا يستدعي الاستعانة بمتبرعة بالخلية الجنسية الأنثوية (البويضة)<sup>(٦)</sup>؛ حيث يتم تلقيحها إما في رحم الزوجة إن كانت قادرة على الحمل، أو في رحم أم حاضنة<sup>(٧)</sup>، أي الأم البديلة والتي تنتهي مهمتها بولادة طفل وتسليمه للزوجين ويتم اللجوء إلى هذا الأسلوب حيث لا تكون الزوجة صالحة للحمل ومن ثم الإنجاب لعلة فيها كانهدام الرحم لديها؛ والأمر خلاف الأمر ذلك، إذا كانت العلة مشتركة بين الزوجين، إذ لا بد حينذاك من الحصول على متبرع بالخلية الجنسية الذكرية، ومتبرع بالخلية الجنسية الأنثوية.

1. ((-Brent J. Jensen, Artificial Insemination and the Law, 1982 BYU L. Rev. 935 (1982). p.935.

Christina M. Eastman, op. cit. p.374. B. L. Chaudhary, op. cit. p 351.

2. ((-B. L. Chaudhary, op. cit. p.351, Christina M. Eastman, op. cit. p.374.

3. (-Jack F. Williams, Differential Treatment of Men and Women by Artificial Reproduction Statutes, Tulsa Law Review, Volume 21 Issue 3, Spring 1986, p.464.

4. Rice, Judith Lynn Bick, op. cit. p.1085

5. ((- B. L. Chaudhar. op. cit. p .350

6 ()-Christina M. Eastman. op. cit.p.377.

٧. وللمزيد في تفصيل ذلك يراجع د. علي حسين نجيدة، بعض صور التقدم الطبي وانعكاساتها القانونية في مجال القانون المدني، التلقيح الصناعي، وتغيير الجنس، دار النهضة العربية، ١٩٩١، ص١٢ وما بعدها.

## الفرع الثاني مشروعية التلقيح الاصطناعي المتماثل

إن أول ما يمكن أن نؤكد عليه بشأن مشروعية استعمال تقنيات التلقيح الاصطناعي هو أنه صار حقيقة واقعية، كونه بات يمارس في كثير من البلدان على الرغم من عدم وجود قانون ينظمه؛ إذ ثمة من يؤكد على أن دولاً في أمريكا اللاتينية تمارس عمليات التلقيح الاصطناعي في الواقع على الرغم من عدم وجود قانون ينظم ذلك، كما هو الحال في البرازيل والأرجنتين<sup>(١)</sup>.

أما بالنسبة إلى دول أخرى مثل كولومبيا؛ فإن كان هناك من يؤكد على أن الإنجاب عن طريق التلقيح الصناعي مسموح استناداً إلى نص البند (٦) من المادة (٤٢) من الدستور، التي تعترف بالمساواة في الحقوق والواجبات لجميع الأطفال داخل العلاقة الزوجية أو الذين يتم الحصول عليهم بالطرق العلمية؛ غير أن ما يلاحظ هو أن الأمر لم يجسد بتشريع ينظم تلك المسألة ويبين ضوابطها؛ إذ يؤكد هذا الجانب على أن أكثر من مشروع قانون تم صياغته وطرحه لتنظيم هذا الموضوع لكن لم يكتب لأي منها النجاح<sup>(٢)</sup>.

وبالنسبة إلى الواقع التشريعي بشأن استعمال تقنيات التلقيح الاصطناعي في الإنجاب فيمكننا القول بأنه قد أصبح حقيقة قانونية، كون مراجعة موقف بعض التشريعات التي تيسر لنا الاطلاع عليها قد كشفت عن أنها قد اعترفت بهذا الأسلوب ونظمت شروطه وبينت أحكامه. ومن بين تلك الدول على حسب ما يشير إليه البعض ألمانيا ونيوزيلندا ونيجيريا وعدة ولايات في أستراليا، والولايات المتحدة الأمريكية<sup>(٣)</sup>، وأيضاً بريطانيا<sup>(٤)</sup>؛ التي حلت الخلاف الذي أثير حول مشروعية التلقيح الاصطناعي من خلال التدخل التشريعي وسن قوانين خاصة، وكذا الحال بالنسبة لفرنسا التي أصدرت أيضاً قانوناً بشأن تنظيم التلقيح الاصطناعي وأحوال جوازه وشروط ذلك<sup>(٥)</sup>.

وقد شمل الأمر أيضاً جانباً آخرًا من دول أمريكا اللاتينية، التي يؤكد البعض على أنها خالفت النهج الذي سارت عليه بعض البلدان، كالبرازيل والأرجنتين؛ حيث يجيز المشرع في (بيرو) للنساء

1. Martin Hevia and Carlos Herrera Vacaflor, The legal status of in Vitro of Fertilization in Latin America and the American Convention on Human Rights, Suffolk transnational law Review, Vol. 36, 2013, P.P-5960-

2. Martin Hevia and Carlos Herrera Vacaflor, op. cit. p.58

3. وعلى وجه الخصوص لاحظ الهامش رقم (٢٢) في الصفحة ذاتها.  
3 ((-Dr. Sandeep Kulshrestha, ARTIFICIAL INSEMINATION AND PRESUMPTION OF PATERNITY IN INDIA, in International Journal of Advance Research And Innovative Ideas In Education Vol-4 Issue-3, May 2018.p.

٤. أصدر المشرع في المملكة المتحدة قانون الأجنة والاختصاص البشري لسنة ١٩٩٠  
٥. أصدر المشرع الفرنسي لقانون رقم (٦٥٤) الصادر في ٢٩ يوليو ١٩٩٤ بشأن استخدام عناصر ومنتجات جسم الإنسان واستخدامها،

والمساعدة الطبية للإنجاب. متاح على الموقع الإلكتروني  
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000549618&categorieLien=id>.

المصابات بالعقم بالعلاج بالتلقيح الاصطناعي، وكذا فعلت المكسيك التي أتاحت للمرأة المتزوجة التلقيح الاصطناعي شريطة موافقة الزوج على ذلك<sup>(١)</sup>.

وقد كشفت مراجعتنا للتشريعات العربية أن منها ما نظمت التلقيح الاصطناعي بقوانين مستقلة أي خاصة، كالمشرع الإماراتي، الذي أصدر القانون رقم (١١) لسنة ٢٠٠٨، والمشرع التونسي الذي أصدر القانون عدد ٩٣ لسنة ٢٠٠١ المؤرخ في ٧ أوت ٢٠٠١ والمتعلق بالطب الإنجابي<sup>(٢)</sup> ولم تتخلف عن هذا النهج المملكة العربية السعودية التي أصدر فيها مجلس الوزراء المرسوم الملكي رقم (م/٧٦) بتاريخ ١٤٢٤/١١/٢١ هجري؛ والأمر خلاف ذلك بالنسبة إلى المشرع الجزائري الذي لم يصدر قانوناً خاصاً، كما فعلت التشريعات؛ إنما عدل قانون الأحوال الشخصية بأن أضاف مادة عالج بموجبها التلقيح الاصطناعي بين الأزواج<sup>(٣)</sup>. ولم يتخلف المشرع البحريني عن مسابرة الاتجاه الحديث للتشريعات فهو أيضاً أصدر القانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٧ بشأن استخدام التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي والإخصاب<sup>(٤)</sup>.

ولا يفوتنا ونحن نختم الموقف من مشروعية الإنجاب عبر تقنيات التلقيح الاصطناعي أن نشير إلى أن مجمع الفقه الاسلامي أقر فكرة التلقيح الاصطناعي، بعد أن عقد أكثر من ندوة علمية تدارس فيه مجالات الطب والشريعة والقانون هذا الأمر وانتهى الأمر إلى توصيات تم بموجبها إجازة أنواع من التلقيح الاصطناعي وفق ضوابط معينة وبوجه الخاص أن يتم بين الأزواج سيتمّ التعرض له في موقعه المخصص من هذا البحث.

ما يمكن أن نخلص إليه مما تقدم هو أننا لا نتردد في القول بأن التلقيح الاصطناعي قد أصبح حقيقة قانونية على صعيد القوانين الأجنبية، والعربية على حد سواء؛ وهذا يقود إلى القول بأن كل الحجج التي قيلت بشأن رفض استعمال التلقيح الاصطناعي لا قيمة لها، بل إنها حجج معدومة القيمة والأثر في نطاق البلدان التي عالجت بنصوص خاصة؛ إذ لا موجب حينئذٍ لرفضه أمام صراحة نص المشرع، ولا موجب من التخوف من استعماله في ظل ضوابطه الشرعية والقانونية التي لا تسمح بخروجه عن إطاره وغايته النبيلة.

1. -Martin Hevia and Carlos Herrera Vacaflor.p.58

٢. لاحظ نص القانون الذي تم الاطلاع عليه بتاريخ ١٢/١١/٢٠١٩ على الموقع الإلكتروني أدناه  
<http://wrcati.cawtar.org/preview.php?type=law&ID=73>

والذي يشير إلى أنه قد تم نشره في الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد (٦٢) بتاريخ ٧ أوت ٢٠٠٠ ص ٢٥٧٢.  
٣. لاحظ المادة (٤٥) مكرر الصادرة بموجب الأمر ٠٢-٠٠٥-٠٢ المؤرخ في ٢٧ فبراير ٢٠٠٥، منشور في الجريدة الرسمية العدد ١٥ ص ٢١.

٤. للاطلاع على نصوص القانون راجع الموقع الإلكتروني:  
<http://www.legalaffairs.gov.bh>.

## الفرع الثالث

### ضرورة الاتجاه إلى تجريم التلقيح الاصطناعي غير المتماثل

إن كان السؤال الذي يظهر هنا يتعلق بالموقف من مدى إباحة التلقيح الاصطناعي على حسب مصدر الخلايا الجنسية التي تستعمل في التلقيح، وبالتحديد بشأن التلقيح الاصطناعي غير المتماثل؛ فإننا في الوقت الذي نشير فيه إلى أن هذا النمط من التلقيح تتم معالجته تحت عنوان التلقيح بمساعدة الغير<sup>(١)</sup>، أي بمساعدة طرف ثالث؛ فإن هذا النوع من التلقيح لا شك مادة خصبة في الفقه الغربي، نظراً لما تعرفه هذه المجتمعات من انفتاح في العلاقات الاجتماعية مقبول لدى البعض منهم. لذا كان علينا أن نستعرض موقف بعض البلدان منه لأنه بات حقيقة واقعية فيها على الرغم من معارضته من جانب الفقه والجهات التي تتولى إنفاذ القانون.

#### أولاً: التلقيح الاصطناعي بمساعدة الغير حالة واقعية في بعض البلدان

إذا أردنا أن نكشف عن حقيقة التلقيح الاصطناعي بمساعدة الغير؛ فإننا نستطيع القول بأنه يعد في بعض البلدان حقيقة واقعية استناداً إلى ما يؤكد البعض؛ إذ ثمة من يؤكد على أن هناك ممارسات فعلية حصلت وتحصل؛ حيث تشير التقديرات إلى أن ما بين ٦٠٠٠ إلى ٢٠٠٠٠ ولادة عن طريق التلقيح الاصطناعي بمساعدة الغير تحدث كل عام<sup>(٢)</sup>.

ويؤكد البعض الآخر بشأن انتشار التلقيح الاصطناعي بمساعدة الغير على أن التقرير الصادر عن مختبر حفظ الخلايا في ولاية فلاديفيا كشف عن ولادة ما يقارب من (٣٠٠٠٠) ثلاثين ألف طفل كل سنة لنساء يستخدمن المتبرعين بالحيوانات المنوية<sup>(٣)</sup>.

وإذ يؤكد البعض على أن هذه التقديرات تشوبها الضبابية؛ لأن الأطباء لا يحتفظون بسجلات عن عملهم، حيث لم يجب أكثر من ٣٠٪ من الأطباء عن الاستطلاع الذي تم بشأن احتفاظهم بسجلات للمتبرعين<sup>(٤)</sup>؛ فإن ما يمكن استنتاجه من هذا الأمر هو أن نسبة إجراء التلقيح الاصطناعي بمساعدة الغير أعلى مما يذكر بكثير؛ حيث لا يمكن التحقق من سجلات الأطباء حتى تكون الإحصائيات دقيقة.

١. للمزيد عن هذا الموضوع راجع

Rice, Judith Lynn Bick, The Need for Statutes Regulating Artificial Insemination Ohio State Law Journal, vol. 46, no. 4 (1985), P. 1058.

متاح بتاريخ ١٢/١١/٢٠١٩ على الموقع الإلكتروني

[https://kb.osu.edu/dspace/bitstream/handle/181164290//OSLJ\\_V46N4\\_1055.pdf](https://kb.osu.edu/dspace/bitstream/handle/181164290//OSLJ_V46N4_1055.pdf).

وهذه الطريقة قد ساعد على ظهورها انتشار (بنوك المنى) في الكثير من البلدان الغربية، كالولايات المتحدة وغيرها. د. حسيني هيكل، المرجع السابق، ص ١٣٥.

2. Rice, Judith Lynn Bick, op. cit.p.1085

3. Christina M. Eastman, op. cit. p.377

4. Rice, Judith Lynn Bick, op. cit. p.1085

أما الإجراءات المتبعة بشأن هوية المتبرعين؛ فإن هناك من يؤكد أن هذا الأمر يُحاط بالكتمان التام؛ لا سيما بشأن المتبرع؛ فلا يُكشف عن هويته، الأمر له تأثيره السلبي على صدق الإحصائيات التي تكشف عن حقيقة هذا النوع من التلقيح؛ لأن إحاطة الأطباء بسجلاتهم التي يجرى بموجبها التلقيح الاصطناعي بمساعدة الغير بالسرية التامة، وإن كان من أجل حماية هوية المتبرع<sup>(١)</sup> لبلوغ غايتين: الأولى ألا يتمكن الطفل من تتبع الأب، والأخرى ألا يتمكن الأب من الاتصال بالطفل<sup>(٢)</sup>؛ إلا أن هذه الإجراءات تشكل عاملاً مهماً عن عدم صدق الإحصائيات التي ذكرت، وكونها لا تعكس واقع هذا النوع من التلقيح.

وثمة من يؤكد أن التبرع بالخلايا الجنسية ظاهرة حديثة ومتنامية في الولايات المتحدة الأمريكية على مدى السنوات الخمس والعشرين الماضية، حيث يتم تنفيذ ما يقرب من ١٢٠٠٠ ألف إلى ١٥٠٠٠ ألف عملية تلقيح اصطناعي من متبرع ونظراً لخصوصية عملية سحب البويضة من المرأة المتبرعة فإنها قد تتقاضى عن ذلك ما يتراوح بين ٥٠٠٠ و ١٥٠,٠٠٠ دولار لكل دورة تبرع<sup>(٣)</sup>؛ خلاف الأمر بالنسبة للمتبرع الرجل الذي يتقاضى ٧٥ دولار لكل عينة وبحد أقصى ٩٠٠ دولار شهرياً، وأن هذا الأسلوب في جذب المتبرعين يكون من خلال شبكات الأنترنت والإعلان في الجامعات<sup>(٤)</sup>.

ولا شك في أن هذا أمر لا يمكن قبوله وينبغي محاربتة لا بتجريمه فحسب؛ إنما ملاحقة من يمارسه، كونه يتعارض مع كرامة الإنسان الذي كرمه الله سبحانه وتعالى على كثير المخلوقات؛ لأنه سيكون كالمسألة خاضعة للعرض والطلب مع أنه خلق من أجل أن يستخلف الأرض ولا يصح أن يكون الإنسان ولا مكوناته محلاً للبيع.

### ثانياً: مبررات عدم إباحة التلقيح الاصطناعي بمساعدة الغير

إذا أردنا الكشف عن الموقف من التلقيح الاصطناعي بمساعدة الغير؛ فإن هذا النوع من التلقيح إن كان له وجود في الواقع العملي إلا أنه لا يلقى ترحيباً، بل وثمة معارضة له وصلت إلى الدوائر التي تتولى إنفاذ القانون؛ فذهبت المحكمة العليا في إحدى الولايات الأمريكية التي نظرت القضية بشأن الزوجة التي أنجبت طفلاً نتيجة التلقيح الاصطناعي بمساعدة مانح والذي يرمز له بـ(A.I.D)؛ بأن هذا لا يعد علاجاً طبياً واعتبرتها قد ارتكبت جريمة هي الزنا، استناداً إلى فكرة أن أي علاقة جنسية مغايرة لغير حالة الجماع الجنسي تحقق ذلك، وعللت ذلك بأنها تنطوي على إمكانية إدخال

1. Ibid.p.1085

2. B. L. Chaudhary, op. cit.p.351

٣. وتتقاضى المرأة التي تتنازل عنها البويضات مبالغ أعلى من الرجل بسبب المخاطر التي تتطلبها إجراءات انتزاعها وبالتحديد فيما يتعلق بالحقن بالهرمونات؛ حيث أدى حقن إحدى الطالبات من جامعة ستانفورد بالهرمونات المطلوبة لتحفيز إنتاج البيض إلى سكتة دماغية. لاحظ في تفاصيل الواقعة

Christina M. Eastman, op. cit. p.377.

4. Christina M. Eastman, op. cit. p.377.

سلالة كاذبة من الدم<sup>(١)</sup> إلى كيان الأسرة.

وينطلق البعض في رفض التلقيح الاصطناعي بمساعدة طرف ثالث من كونه يتعارض مع النظام العام والأخلاق؛ حيث يؤكد على أن التلقيح الاصطناعي الذي يتم بعينة من السائل المنوي من زوج المرأة لا يتعارض مع السياسة العامة والأخلاق الحميدة، ولا يمثل أي صعوبة من الناحية القانونية؛ خلاف الأمر بالنسبة للتلقيح الاصطناعي المتغاير، أي الذي يتم فيه الحصول على عينة من السائل المنوي من طرف ثالث أو جهة مانحة؛ سواء تم ذلك بموافقة الزوج، أو بدون موافقته؛ فإنه يتعارض مع السياسة العامة والأخلاق الحميدة ويشكل جريمة زنا بالنسبة للأم التي تقبل بالحمل، وأن الطفل الذي تم إنجابها لا يمكن أن يكون طفلاً شرعياً<sup>(٢)</sup>.

ويسير في هذا الاتجاه الراض البعض ويرى بأن هذا النوع من التلقيح يدخل إلى الأسرة ولداً بصورة احتيالية، كون المولود يحمل صفة أبيه البيولوجية وليس الذي يُنسب إليه، بل إن هذا النوع من التلقيح على رأي البعض لا يختلف عن الزنا إلا بمسألة هي أن تلقيح بويضة المرأة سيتم بدون علاقة جنسية طبيعية<sup>(٣)</sup>.

لكن هناك من ينظر إلى هذا الأسلوب من التلقيح الاصطناعي من زاوية البناء الاجتماعي الذي تقوم عليه الأسرة، كتحديد صلة القرابة على أساس رابطة الدم والأيدولوجية القانونية التي تقوم عليها الأسرة؛ لا سيما بشأن إثبات النسب؛ إذ تُعد الأبوة البيولوجية إحدى وسائل إثبات البنوة وأنها نتاج العلاقة المشروعة بين الزوجين؛ فعلى أساس رابطة الدم تقوم رابطة الاتصال أو الانفصال بين الطرفين، ومن ثم تحديد صلة القرابة التي يفرضها قانون العقل والمنطق؛ حيث تؤدي وحدة الخلايا الجنسية الملقحة إلى إنشاء بيان مؤسسي أسري قوي نتيجة التمسك بقاعدة شرعية الوالدين<sup>(٤)</sup>؛ خلاف الأمر بالنسبة للخلايا الجنسية المغايرة، التي تؤدي إلى تحطيم قواعد القرابة والانتساب؛ بمعنى أنه يحطم الحقيقة الثابتة القائمة على افتراض وحدة الدم الذي يجمع أفراد الأسرة ويحدد الأقارب، ويشيع مفهوماً مغايراً للمبدأ الأساسي بشأن الأسرة وينقله من كون الأسرة مبنية على علاقات الدم إلى مبدأ آخر ألا وهو أن الأسرة لا ينبغي أن تعكس دائماً وأبداً رابطة الدم؛

١. لاحظ في ذلك.

Domingo G. Castillo, Augusto Y. Hung, Lorna T. patajo, Capunan, Limuel M. Santos, Romeo R. Stu. Tomas, Legal perspective on artificial insemination, Philippine Law Journal.vol.51. p .146.

متاح بتاريخ ٢٠١٨/١٢/٢٠ على الموقع

<https://slidedocument.org/a-legal-perspective-on-artificial-insemination>

2. Anthony F. Lo Gatto, op. cit. p 179.

3. Rice, Judith Lynn Bick, op cit. p.1085.

4. Roxanne Mykitiuk, Beyond Conception: Legal Determinations of Filiation in the Context of Assisted Reproductive Technologies, Osgoode Hall Law Journal, Volume 39, Number 4 (Winter 20001). P. 776.

متاح بتاريخ ٢٠١٩/١١/١٢ على الموقع الإلكتروني

[https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol39/iss42/?utm\\_source=yorku.ca](https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol39/iss42/?utm_source=yorku.ca).

إنما من الممكن أن يكون بينها ما هو دخیل علیها، الأمر الذی له مردوده علی المفاهیم المستقرة اجتماعياً وقانونياً وشرعياً.

وبالنسبة لرأینا فإننا فی الوقت الذی نؤكد فیهِ تأییدنا لما ذهب إلیهِ الآراء السابقة سواء فیما یخص معارضة التلقيح بمساعدة الغير للنظام العام أو الأخلاق أو فیما یعلق بتحطیم بناء الأسرة؛ فإننا نؤكد أيضاً أن هذا النوع من التلقيح الاصطناعي لا یمكن الأخذ به أو حتی إقراره مهما كانت المبررات الذی تساق بشأنه، مما یعنی أنه ینبغی أن یرفضه إن كان هناك من یقبل به.

أما الاعتبارات الذی تقف وراء هذا الرفض فمن أهمها: أنه یؤدي إلی خلق إشکالات: اجتماعية وقانونية؛ فمن جانب أنه یتعارض مع وحدة الأسرة، بل إنه یسئ إلی المكانة السامية للزواج وآثاره وأهمها الصلة البيولوجية للأولاد بالأم والأب، بل إنه ینبغی رفضه لما یؤثر به علی الإنسان وكرامته؛ لأنه یعد أسلوباً من أسالیب المساس بكرامة الإنسان فیما یخص الإنجاب، كونه یسمح بتسویق الحيوانات المنوية أو البويضات لما یسمح تقاضی ثمن عنها، وهذا یعد أمراً غیر أخلاقی قبل أن یكون أمراً غیر قانونی، الأمر الذی ینبغی أن یكون فی نطاق المواجهة الجنائية، أي أن یكون محل تجريم؛ لا سيما أمام ما بات مألوفاً فی بعض المجتمعات من ظاهرة جلب الخلايا الجنسية والاتجار بها<sup>(١)</sup>، وهذا ما قد سیفتح الباب أمام عملية استغلال أصحاب الحاجة سواء من خلال ثمن الخلايا الجنسية، أم بشأن الأمومة البديلة؛ إذ یشیع فی بعض البلدان حالة تأجیر الأرحام بمقابل مادي حیث تستغل حاجة بعض العوائل للمال<sup>(٢)</sup>.

ومن آثاره الأخرى أن هذا النمط من التلقيح الاصطناعي یقضي علی الاحترام الواجب لقیم المجتمع أمام الإشکالات الأخلاقية الذی تواجه تلقيح الزوجة بالحيوانات المنوية للشخص الثالث؛ لا سيما بشأن انتقال الصفات الوراثية للمتبرع إلی المولود، مما یؤدي إلی النظر إلیهِ بأنه مولود دخیل علی الأسرة، وأن لیس من صلبها ویشوه صفاتها الوراثية؛ لأن المولود لا یحمل صفات الأسرة الوراثية؛ إنما صفات المانح؛ ناهیک عن أنه وسیلة مرفوضة من جمیع الشرائع السماوية<sup>(٣)</sup> لما یؤدي إلیهِ من آثار سواء بالنسبة للأسرة، بل حتی بالنسبة للمولود؛ إذ سیظل المولود تحت وطأة الشعور أنه لیس من صلب والديه، أو علی الأقل أنه لیس من صلب أحدهما، مما یخلق له مشاكل نفسية واجتماعية لا ذنب له فیها.

١. ویشیر البعض لتأكيد هذه الحقيقة بأن الذی یتنازل عن الخلايا الجنسية الذکریة یتقاضی مبلغاً یتراوح بین ٧٥ دولار عن كل جلسة تبرع وبعده أعلى ٩٠٠ دولار.

Christina M. Eastman, op. cit. p.377.

ولاحظ ما تم الإشارة إلیهِ بشأن المتبرعة الأنثی ما كنا قد ذكرناه فی الهامش رقم (٩٢) من هذا البحث.

٢. ویؤكد البعض علی أن هذا الوضع لا یقل فی الهند عن بیع البشر أو الاتجار بهم حیث یتعرضن بعض الأمهات إلی ضغوط من قبل أزواجهن لتأجیر أرحامهن مقابل بعض المال.

B. L, Chaudhary, op. cit. p.352

3. B. L. Chaudhary, op. cit. p.351

أما بالنسبة لمسألة اعتبار التلقيح الاصطناعي بمساعدة الغير أي من مانح هوبمثابة جريمة زنا (١)؛ فإننا لا نريد أن نزيد أكثر من القول بأن هذا الرأي محل نظر من حيث البناء القانوني للجريمة على الرغم من اقترابه من جريمة الزنا من حيث النتائج؛ حيث إن التلقيح الاصطناعي وإن كان يشترك مع جريمة الزنا في وجود مولود في العائلة ليس من دم طرفي العلاقة، أو ليس من صلب أحدهما على الأقل مما يشوه البيئة الأسرية ويؤدي إلى اختلاط الأنساب بسبب وجود طفل لا ينتسب إليها بيولوجياً. لكن التلقيح الاصطناعي لا يمكن أن ينضوي تحت المدلول الحقيقي لجريمة الزنا، حتى مع هذا التشابه ونقصد وجود مولود لا ينتمي للأسرة. وهذا التباين له نتيجته القانونية ألا وهي ألا مجال لعقاب طرفي التلقيح بموجب نصوص جريمة الزنا التي تعاقب عليها التشريعات (٢)؛ حيث تتطلب تلك الجريمة الاتصال الجنسي بين شخصين ليس بينهما ما يحلل لهما هذا الاتصال. غير أن قولنا هذا لا ينبغي أن يفهم في غير إطاره الصحيح؛ لأن ما ذكر يتعلق بالأركان التي تتطلبها جريمة الزنا ليس إلا، ولا ينبغي أن يفهم منه أيضاً أن هذا الفعل ينبغي أن يترك من غير عقاب، أو مساءلة جنائية، كما سيأتي عند بياننا الحقيقة القانونية للتلقيح الاصطناعي بمساعدة الغير.

### ثالثاً: التلقيح الاصطناعي بمساعدة الغير محرم شرعاً

لم يخرج موقف مجمع الفقه الإسلامي عن التصور الذي طرحه الفقه أو الذي تبنته دوائر إنفاذ القانون؛ حيث بين القرار الصادر عن المجمع خمساً من طرق التلقيح الاصطناعي محرمة شرعاً، وممنوعة منعاً باتاً لذاتها، أو لما يترتب عليها من اختلاط في الأنساب وضياع للأمومة وغير ذلك من المحاذير الشرعية، وبالتالي عدم جواز إقرارها لا واقعاً ولا بإحتمالها تشريعاً، وهذه الحالات هي (٣) :

١. أن يجري التلقيح بين نطفة مأخوذة من زوج وبويضة مأخوذة من امرأة ليست زوجته ثم تزرع تلك اللقيحة في رحم زوجته.
٢. أن يجري التلقيح بين نطفة رجل غير الزوج وبويضة الزوجة ثم تزرع تلك اللقيحة في رحم الزوجة.
٣. أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي زوجين ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة متطوعة بحملها.
٤. أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي رجل أجنبي وبويضة امرأة أجنبية وتزرع اللقيحة في رحم الزوجة.
٥. أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي زوجين ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى.

1. Domingo G. Castillo, Augusto Y. Hung, Lorna T. patajo , Capunan, Limuel M. Santos, Romeo R. Stu. Tomas, op. cit. p.146.

٢. عالج المشرع البحريني هذه الجريمة بموجب نص المادة (٣٦١) عقوبات التي تنص على (يعاقب الزوج الزاني بالحبس مدة لا تزيد على سنتين).

٣. أنظر قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ١٦ / ٢ / ٤ مجلة مجمع الفقه العدد الثالث / الجزء الأول / ١٩٨٦. متاح بتاريخ ١٢ / ١١ / ٢٠١٩ على الموقع الإلكتروني:

#### رابعاً: التلقيح الاصطناعي بمساعدة الغير مجرم قانوناً

إن الحقيقة القانونية من التلقيح بمساعدة الغير، أي من مانح سواء كان المانح مصدراً للخلية الجنسية الذكرية، وذلك عندما يكون الزوج هو مصدر العلة، أو أن تكون المانحة امرأة أخرى غير الزوجة التي يتطلب الأمر تلقيحها لعدة فيها تتمثل بموقف التشريعات العربية من ذلك، والتي في الوقت الذي تؤكد فيه على رفضها لهذه الوسيلة؛ لا سيما بشأن تحريمها من قبل مجمع الفقه الإسلامي؛ فإنها لا تقرها ولا تتساهل بشأنها؛ إنما ذهبت إلى تحريمها بنصوص صريحة، كما هو الحال عند المشرع البحريني الذي عاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد عن عشر سنوات وبالغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف دينار ولا تزيد عن عشرين ألف دينار في حال مخالفة الفقرة (ب) من المادة السابعة، والتي تتضمن التلقيح بنطف غير الزوج، بل وتخصيب بويضة من غير الزوجة<sup>(١)</sup> وكذا الأمر بالنسبة للمشرع السعودي والمشرع الإماراتي<sup>(٢)</sup>؛ حيث جرما التلقيح بمساعدة الغير.

ومع أن هذه النصوص من الوضوح بمكان بشأن تجريمها للتلقيح الاصطناعي بمساعدة الغير سواء كان التلقيح لضرورة علاج علة الزوج أو علة في الزوجة؛ فلا مجال لتلقيح الزوجة بمني غير زوجها، كما لا مجال لتلقيح إلا بويضة مأخوذة من الزوجة التي يراد تلقيحها، بل ولا مجال لتلقيح بويضة مأخوذة من زوجة للرجل ووضعها في رحم زوجته الأخرى؛ فحتى لو كان للرجل زوجتان فلا يحق تلقيح بويضة أخذت من إحدهما ليتم زرعها في رحم زوجته الأخرى؛ لذات العلة وهي اختلاط الأنساب وتحطم أو اضرار الأسرة؛ إلا أننا نرى ضرورة إعادة النظر في نص المشرع البحريني؛ لأنه قصر العقاب على المؤسسة الصحية أو الطبيب الاستشاري أو الاختصاصي أو الفني المتخصص في علم الأجنة عند القيام بالتلقيح بنطف غير الزوج أو تخصيب بويضة من غير الزوجة؛ مع أن هذا الأمر لا يمكن أن يتم إلا وفق موافقة الزوجين أو رغبتهما في ذلك؛ لذا نفضل أن يكون هناك جزاء يفرض على الزوجين أيضاً .

١. لاحظ المادتين (السابعة والرابعة عشر) من القانون البحريني.

٢. لاحظ المادة الثانية والثلاثون من النظام السعودي التي عاقبت بالغرامة التي لا يقل مقدارها عن مئتي ألف ريال ولا يزيد على خمسمئة ألف ريال أو السجن مدة لا تزيد على خمس سنوات أو إلغاء الترخيص بمزاولة المهنة، والمادة ٢٩ من القانون الإماراتي التي تعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين ولا تزيد على خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن مائتي ألف درهم ولا تزيد على خمسمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يخالف أي حكم من أحكام المواد.... والمادة (١٠) موضوع البحث... الخ.

## المبحث الثالث الطبيعة القانونية للإنجاب عبر تقنيات التلقيح الاصطناعي ومنزلته بين حقوق الإنسان

إن الفصل في تحديد منزلة الإنجاب عبر تقنيات التلقيح الاصطناعي بين حقوق الإنسان الأخرى يتطلب تحديد طبيعته القانونية؛ لا سيما بشأن من يجادل بأنه ليس حقاً؛ إنما مجرد رغبة وقد خصصنا لذلك المطلب الأول على أن يكون المطلب الثاني مخصصاً لبيان منزلة هذا الحق بين حقوق الإنسان الأخرى.

### المطلب الأول الطبيعة القانونية للإنجاب عبر تقنيات التلقيح الاصطناعي

يجادل البعض في إطار بيان الطبيعة القانونية للإنجاب عبر تقنيات التلقيح الاصطناعي وينكر أن يكون الإنجاب حقاً، بل وينكر أن يكون حقاً للزوجين، ويركز على أنه مجرد رغبة لأحدهما، أو كليهما أو حرية للشخص إن شاء استعمالها وإن شاء امتنع عنها دون أن يُجبر على ممارسة هذه الحرية وأن هذه الحرية ليست مطلقة؛ إنما مقيدة لكنها لا ترقى إلى مرتبة الحق<sup>(١)</sup>.

ويسير البعض في هذا الاتجاه ويذهب إلى القول بأن الإنجاب ما هو إلا رغبة مشتركة ينبغي أن تتحقق لدى الزوجين، الأمر الذي يترتب عليه ألا مجال لأحد الطرفين إجبار الطرف الآخر لتنفيذ التزامه<sup>(٢)</sup>، بل أن عدم الإنجاب ليس شرطاً ضرورياً في الزواج فضلاً عن أن الإخصاب ليس من أسباب الزواج، الأمر الذي يترتب عليه ألا مجال لطلب التطليق أو التفريق بسبب العقم وعدم الإنجاب<sup>(٣)</sup>.

ومن أجل مناقشة أفكار هذا الاتجاه والوصول إلى حقيقة طبيعة الإنجاب لا بد من بيان المقصود بالرغبة، وخصائصها حتى يكون تقييمنا للرأي سليماً.

وإذ تعني الرغبة في اللغة إرادة الشيء والحرص عليه والطمع فيه وحبه<sup>(٤)</sup>؛ فإن هذا يقود إلى القول بأن الرغبة في مضمونها لا يمكن أن تكون إلا بشأن ميول وحاجات الشخص، والتي إن تولدت؛ فإنها تعبر عن حاجة: نفسية، أو غريزية، أو ربما اجتماعية تفرضها البيئة التي يعيش فيها الفرد، وإن من شأنها أن تختلف عند ذات الشخص من وقت إلى وقت ناهيك عن أنها تختلف على حسب اختلاف الأفراد والمجتمعات. لذلك فإن أهم ما تتميز به الرغبة هو طابعها الشخصي؛ لأنها تعبر عن ميول

١. د. محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص ٢٦.

٢. د. محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص ٢١٢.

٣. د. علي أحمد لطفي الزبيري، المرجع السابق، ص ٦٨، د. شوقي زكريا، المرجع السابق، ص ٤٠.

٤. لاحظ قاموس المعاني متاح على الموقع الإلكتروني:

وحاجات الشخص، وهذا ما ينفي عنها أن تكون في مواجهة آخر، ومن ثم ينتفي عنها أن تكون رغبة مشتركة ومتحدة بين شخصين.

وإذا جئنا إلى مدلول الرغبة في بعدها الفلسفي فهي إذ تمثل غاية وجود الإنسان، وهي السبيل إلى التعبير عن حاجاته وميوله وغرائزه وشهواته، وهي إن كانت تقترب من الشهوة التي تعبر عن الغريزة، أو ترتبط بها<sup>(١)</sup>؛ فإنها تختلف عنها في كونها يحكمها الجانب العقلي؛ خلاف الشهوة التي يحكمها الجانب الغريزي الحيواني أو الفطري، وهي في مدلولها تختلف عن الحاجة التي هي النقص الذي يعترى الإنسان سواء في ذاته، أو بالنظر إلى محيطه الاجتماعي.

أما الرغبة من حيث وضعها القانوني فهي أقل مرتبة من الحق، ودليلنا في ذلك هو أن الحق يقيم مركزاً قانونياً مقابلاً، أو على الأقل سلطة لمن يثبت له ويفرض التزاماً على من يثبت بمواجهته؛ بحيث ينبغي على الأخير الوفاء بموضوعه قبل من يثبت له الحق؛ خلاف الأمر بالنسبة للرغبة؛ حيث ستظل حبيسة النفس ولكنها من الممكن أن تتحول إلى الطبيعة المادية الظاهرة للعيان عندما يسمح الشخص لها بأن تأخذ شكلها المعبر عنها وتأصيل ذلك وفق وجهة نظرنا المتواضعة أن الرغبات موطنها الحاجات والغرائز فهي تدور في نطاقها<sup>(٢)</sup>. ومن خصائصها أن ليس لها مظهر مادي؛ إنما هي ذات طبيعة داخلية غير بارزة للعيان؛ غير أنها من الممكن أن تلبس ثوبها القانوني، وعندها ستلبس ثوب الحق، بل وستكون حينئذ حقاً، عندما تأخذ إطارها والاجتماعي والشرعي والقانوني وفي نطاق موضعنا قد تتحول الغريزة الجنسية من مجرد رغبة إلى حق، عندما تأخذ إطارها القانوني الذي يعترف به المشرع، وهو الزواج.

وتوضيحاً لهذه الفكرة؛ فإن قضاء الوطر إن كان مجرد رغبة ويمكن أن يلبي حاجة ذاتية للشخص يقتضي إشباعها في لحظة معينة استجابة للغريزة الجنسية؛ فإنه في الجانب الآخر يتم من خلاله السعي إلى الحفاظ على الذات من خلال حفظ النوع وتكرار وجوده؛ غير أنه لا يمكن أن يرقى إلى مرتبة الحق إلا عندما يأخذ إطاره الشرعي، ونقصد بذلك الزواج الصحيح. وحينئذ يصبح قضاء الرغبة حقاً للزوج في مواجهة زوجته؛ بمعنى أن الزواج يجعل قضاء الوطر الذي هو في الأصل رغبة يرتقي إلى مرتبة الحق ويثبت للزوج تجاه زوجته ويحق له اقتضاءه، وحينها لا يحق للزوجة أن تتمتع عن ذلك، بل وعليها أن تمكن زوجها من نفسها، فحق الاستمتاع من الحقوق المشتركة للزوجين<sup>(٣)</sup>.

١. والشهوة ما يشتهي من المذات المادية، وقد تكون معبرة عن احساس عضوي، كالجوع والعطش وقد يدل على حاجة الفرد ذكراً أو أنثى، كعملية الجماع وبهدف الاستمتاع. لاحظ قاموس المعاني-المعجم الوسيط متاح على الموقع الإلكتروني:

<https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar>

٢. الرغبات لا يمكن حصرها بل ولا يمكن اشباعها، وأنها غير محددة المعالم؛ خلاف الحق الذي يتصف بالتحديد والوضوح والتنظيم، وأنها متعددة تختلف من شخص إلى آخر، بل وبالنسبة لذات الشخص من زمن إلى آخر؛ ناهيك عن اختلافها حسب ظروف كل مجتمع.

٣. بنصه في المادة (٣٨) التي تتحدث عن الحقوق المشتركة (استمتاع كل من الزوجين بالآخر...) من القانون رقم ١٩ لسنة ٢٠١٧ بإصدار قانون الأسرة البحريني.

وعلى أساس هذا الفهم فإن رفضنا لمذهب هذا الاتجاه يكمن في تناقضه؛ إذ هو كما يقال يناقض نفسه بنفسه؛ فإذا يذهب إلى تكييف الإنجاب بأنه رغبة؛ فإنه يُسَلَّم بذات الوقت بأنه لا يمكن ممارسته إنسانياً واجتماعياً خارج نطاق القانون، وأن الإنجاب الذي يتم خارج حدود القانون لا يعترف به فضلاً عن أنه معاقب عليه جزائياً<sup>(١)</sup>، وهذا القول لا شك في أنه لا ينسجم إلا مع كون الإنجاب حقاً وليس رغبة؛ لأن الرغبات إن تم تنظيمها من قبل القانون فهي تدرج تحت باب الحقوق، إلى جانب الخلل الذي بنى عليه فكرته بشأن الحق؛ فحيث نسلم باختلاف مدلول الحق على حسب وجهة النظرية الشخصية، أو الموضوعية<sup>(٢)</sup>، الأمر الذي له أثره بشأن العناصر التي يتكون منها؛ فإنه قد تبني فكرة الحق عند أصحاب المذهب الشخصي؛ وهي التي أوقعته في الإشكالية لأنه نظر إلى الحق باعتبار طبيعته الشخصية والتي تتطلب علاقة قانونية بين شخصين دائن ومدين، وأن للدائن سلطة في مواجهة المدين.

أما الحجة الأخرى التي نستند إليها في رفض أن يكون الإنجاب مجرد رغبة فهي النتائج غير المقبولة التي تترتب على ذلك؛ فالإنجاب إن تم اعتباره مجرد رغبة سيسمح للمرأة التي ترغب في الأمومة وتدفعها إلى ذلك غريزتها بأن تحقق رغبتها في الحصول على مولود دون أن تكون ذات زوج؛ لا سيما إذا لم تتح لها فرصة الزواج؛ فهل سيسمح لها ذلك انطلاقاً من أن الإنجاب بهذا الأسلوب يُحقق لها رغبتها؟ إن هذا أمر لا يستسيغه العقل والمنطق، ولا يقره القانون<sup>(٣)</sup>، وإن المولود الذي يتم إنجابها سيكون غير شرعي كونه كان خارج إطار العلاقة الزوجية، بل لا يصح أن ينسب إلى شخص؛ حيث سيكون صاحب النطفة مجهولاً؛ ناهيك عن أنه من الصعب أن يتم نسبته إلى أمه والاعتراف به.

أما دليلنا على أن الإنجاب لا يعد مجرد رغبة فهو ما اتجهت إليه جهات إنفاذ القانون في بعض البلدان الغربية ورفضها لفكرة حصول المرأة غير المتزوجة على مولود استجابة لرغبتها؛ إذ يؤكد النائب العام في ولاية (Oklahoma) أن القانون يقضي بأن تكون المرأة التي تلتئم التلقيح الاصطناعي متزوجة، وأن النظام الأساسي لا ينص على السماح بتلقيح امرأة غير متزوجة بصورة مصطنعة، وهذا يقضي بأن تتجه السلطة التشريعية إلى حظر التلقيح الاصطناعي للمرأة غير المتزوجة<sup>(٤)</sup>، أي إصدار تشريع يمنع ذلك صراحة.

١. د. محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص ١٩٣.

٢. للمزيد عن النظريتين وعن المذهب المختلط الذي يجمع بين فكرتي القدرة والمصلحة راجع د. حسن كبره، المدخل الى القانون، منشأة المعارف، الاسكندرية ١٩٦٩م، ص ٤١٢.

٣. ولا يقبل العقل والمنطق بأن تحمل المرأة من غير زوج، بل حتى في البلدان الغربية لا يسمح للمرأة غير المتزوجة من الانجاب. يلاحظ في وجهة النظر التي تدافع عن عدم جواز حصول المرأة غير المتزوجة على مولود

Linda J. Lacey; The Law of Artificial Insemination and Surrogate Parenthood in Oklahoma: Roadblocks to the Right to Procreate, Tulsa Law Review, Volume 22, Issue 3 Article 1, Spring 1987, p. 287.

متاح بتاريخ ١٢/١١/٢٠١٩ على الموقع الإلكتروني:

<https://digitalcommons.law.utulsa.edu/tlr/vol22/iss31/>

4 ()-Linda J. Lacey, op. cit. p.287.

أما الدليل القانوني الذي يؤكد أن الإنجاب حق هو اتجاه التشريعات المنظمة للأحوال الشخصية إلى الاعتراف بحق الزوجين في الاستمتاع واعتبار ذلك من الحقوق المشتركة ونصه في باب حقوق الزوجة على زوجها ألا يحرمها من نسله. ونصه في المادة (٣٩) التي نظم فيها حقوق الزوج على زوجته ونص على عدم امتناعها عن الإنجاب إلا بإذنه أو لعذر<sup>(١)</sup>، الأمر الذي يفيد بأن عقد الزواج ينشئ حق الإنجاب ويمكن للزوجين الاتفاق على عدم المضي باستعماله من جهة، أو أن يكون هناك عذر يمنع الزوجة من ذلك، كالمرض وفي غير ذلك لا مجال للقول بعدم جوازه.

وقد ذهب في ذات السياق التشريعات ذات العلاقة بالتلقيح الاصطناعي؛ فاشتطرت أيضاً وجوب وجود العلاقة الزوجية بين طرفي التلقيح الاصطناعي، كما هو حال المشرع البحريني<sup>(٢)</sup>، والإماراتي<sup>(٣)</sup>، وأيضاً السعودي<sup>(٤)</sup>، بل إن التشريعات اتجهت إلى ضرورة موافقة الزوجين، بل واشترطت أن تكون الموافقة صريحة وخطية من قبل الزوجين<sup>(٥)</sup> ولم يتخلف عن هذا الشرط مشروع ولاية (Oklahoma) بنصه في المادة (٥٥٣) من القانون الأساسي بشأن التلقيح الاصطناعي لسنة ١٩٨١ على أن تقنية التلقيح الاصطناعي... لا بد أن تكون بناءً على طلب وبموافقة خطية من الزوج والزوجة الراغبين في استخدام هذه التقنية<sup>(٦)</sup>.

وبالنسبة إلى موقف القضاء في بعض البلدان كالعهد؛ فإنه قد اتجه إلى اعتبار عدم موافقة الزوج على التلقيح الاصطناعي سبباً لرفض اعتبار الطفل المولود طفلاً شرعياً؛ بمعنى أن الطفل الذي ينتج عن التلقيح الاصطناعي لا يعتبر طفلاً مولوداً في إطار الزواج وبالتالي يعتبر غير شرعي إن لم يقترن الأمر بموافقة الزوج حتى وإن كان قد وُلِدَ في ظل علاقة زوجية قائمة بين الرجل والمرأة<sup>(٧)</sup>.

خلاصة الأمر أن الطبيعة القانونية للإنجاب لا تخرج عن كونه حقاً وليس رغبة سواء كان إدراك ذلك عبر الوسائل الطبيعية، أو الوسائل الاصطناعية (التلقيح الاصطناعي)؛ لأن القول بأن الإنجاب رغبة تحكمها الميول والأهواء من شأنه أن يقود إلى نتيجة هي تعارضه مع فكرة الضوابط التي ينبغي أن تحكمه؛ بمعنى أن الضوابط التي وضعتها التشريعات المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي هي في الحقيقة لا تسجّم إلا مع كون الإنجاب حقاً، بل أن طبيعته تلك هي التي فرضت على التشريعات تنظيمه ووضع الضوابط لممارسته. ومن يخرج عن هذه الضوابط يكون تحت باب المساءلة الجنائية؛ لأنه خرج عن استعمال الحق الذي بين المشرع معاملة ووضع قيوده ورسم نطاقه.

١. لاحظ المادتين (٣٩)، (٤٠) من القانون رقم ١٩ لسنة ٢٠١٧ بإصدار قانون الأسرة البحريني.

٢. لاحظ البند (أ) من المادة (٦) من قانون التلقيح الاصطناعي البحريني.

٣. الذي نص على عدم جواز اجراء التقنية المساعدة على الانجاب للمرأة، أو زرع جنين في رحمها إلا من زوجين.... وبشرط أن يكون ذلك أثناء قيام الزواج الشرعي بينهما المادة الثانية عشر من قانون التلقيح الاصطناعي الاتحادي الإماراتي.

٤. لاحظ المادة (الرابعة) من النظام السعودي بشأن وحدات الإخصاب والأجنة وعلاج العقم.

٥. لاحظ البند (ج) من المادة (٦) من القانون البحريني، والمادة السادسة من النظام السعودي، والبند رقم (٢) من المادة التاسعة من القانون الإماراتي.

6. Linda J. Lacey, op. cit. p.287.

7. Sandeep Kulshrestha, op. cit. p.8378

## المطلب الثاني منزلة حق الإنجاب عبر تقنيات التلقيح الاصطناعي بين حقوق الإنسان الأخرى

بعد أن انتهينا إلى أن الإنجاب عبر تقنيات التلقيح الاصطناعي من الحقوق المشتركة بين الزوجين؛ فإن بيان منزلته بين حقوق الإنسان الأخرى يتطلب منا بيان مدى تعارض أعمال التلقيح الاصطناعي للمواثيق والصكوك الدولية؛ لا سيما أننا قد وجدنا اتجاهاً قضائياً وفقهياً ذهب إلى اعتبار التلقيح الاصطناعي مخالفاً للاتفاقيات الدولية، ومن ثم بيان ما إذا كان هذا الحق يُعد من الحقوق الأساسية التي اعترفت به الصكوك الدولية، أم أنه أدنى مرتبة منها أو على حسب ما يذهب البعض من أنه حق جديد مستقل عن حق الإنجاب بالوسائل الطبيعية على أن نستكمل ذلك بموقف الدساتير من ذلك باعتبارها، وأقصد الدساتير من الوثائق الأساسية التي تبين الحقوق والحريات، وقد خصصنا لكل أمر فرعاً مستقلاً.

### الفرع الأول

مدى تعارض التلقيح الاصطناعي مع المواثيق الدولية المنظمة لحقوق الإنسان  
لقد وجدنا اتجاهاً قضائياً وفقهياً يذهب إلى اعتبار أن التلقيح الاصطناعي يتعارض مع المواثيق والصكوك الدولية فكان علينا أن نبين حقيقة ذلك وقد خصصنا لكل منهما فقرة مستقلة.

أولاً: موقف القضاء من التلقيح الاصطناعي وتعارضه مع المواثيق الدولية لحقوق الإنسان  
ثمة اتجاه تبناه القضاء منع الإنجاب عبر تقنيات التلقيح الاصطناعي واعتبر القوانين التي تنظمه متعارضة مع حقوق الإنسان التي تنظمها الصكوك الدولية، ويتمثل هذا الاتجاه في مذهب الغرفة الدستورية في المحكمة العليا في كوستاريكا؛ حيث ذهبت إلى حظر التلقيح الاصطناعي ومنعه تماماً استناداً إلى أن العمل في نطاقه يؤدي إلى وجود احتمال كبير للتخلص من الأجنة، الأمر الذي يعد اعتداءً على حقها في الحياة<sup>(١)</sup>، الأمر الذي يتعارض مع الحق في الحياة المنصوص عليه في البند (١) من المادة (٤) من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان<sup>(٢)</sup>.

وقد حكمت المحكمة بعدم دستورية المرسوم الرئاسي الذي يسمح باستعمال أطفال الأنايب استناداً إلى أن ما تتعرض له الأجنة يعد انتهاكاً للدستور استناداً إلى رؤيتها في أن جميع الأجنة، وبغض النظر عما إذا كانت داخل جسم المرأة أو خارجه يمكن مقارنتها بالشخص المولود، الأمر الذي يعطيها جميعها الحق في الحياة وعلى قدم المساواة مع الأجنة التي تعلق في رحم الأم وأن هذا الحق

1. Martin Hevia and Carlos Herrera Vacaflo op. cit.p.52.

٢. علماً بأن البند (١) من المادة (٤) ينص على (لكل إنسان الحق في أن تكون حياته محترمة، وهذا الحق يحميه القانون، وبشكل عام، منذ لحظة الحمل، ولا يجوز أن يجرم أحد من حياته بصورة تعسفية) لاحظ نصوص الاتفاقية على الموقع الإلكتروني: <http://hrlibrary.umn.edu/arab/am2.html>.

حق مطلق يفوق أي حق آخر<sup>(1)</sup> ولا يسمح بألا يكون محلاً للاحترام. وتوضيحاً لذلك فإن الجنين البشري؛ حيث له الحق في الحياة باعتبار هذا الحق حقاً أساسياً لا يجوز الاعتداء عليه؛ فإن فقدان الأجنة، والمقصود هنا البويضة الملقحة لهذا الحق لا يمكن أن يتم تبريره على أساس أن الهدف من ذلك هو منح طفل لزوجين يعانيان من صعوبة الإنجاب؛ إذ ليس سليماً أو صحيحاً من الناحية الدستورية أن تتعرض تلك الأجنة لخطر الموت لمجرد منح مولود لزوجين يعانيان من العقم. وأن خطر الموت الذي تتعرض له الأجنة (البويضة الملقحة)، والذي ينشأ بحقها من احتمال التخلص منها في حال كونها فائضة عن الحاجة، أو عندما تصبح غير قابلة للحياة أثناء العملية غير متناسب مع الغاية التي يسعى إلى تحقيقها التلقيح الاصطناعي، الأمر الذي يقود إلى أن تعريض الأجنة لخطر الموت يشكل انتهاكاً لحق الحياة الذي يضمنه الدستور<sup>(2)</sup> وتقره الاتفاقيات الدولية التي تضمن للجميع الحق في الحياة.

### ثانياً: تقييمنا لموقف القضاء من كون التلقيح الاصطناعي يخالف المواثيق الدولية وعدم دستورية القانون الذي يجيزه

بدءاً نشير إلى أن التحفظ الذي أبداه القضاء بشأن التلقيح الاصطناعي إن كان قد استند إلى أن الأجنة لها الحق في الحياة شأنها في ذلك شأن أي كائن بشري، مما يمكن على ضوءه تفسير أعمال التلقيح الصناعي بأنها تشكل اعتداء على حقها في الحياة لما تؤدي إليه من إعدام البعض منها؛ سواء الفائض منها عن الحاجة، أو الذي قد يتم تجميدها، أو التي قد يتم تركها من غير عناية مما يؤدي إلى موتها؛ فإن هذا القول يصطدم بالحقيقة القانونية؛ حيث إن المحكمة قد خالفت المدلول الذي تضمنته المادة التي استند إليها في اعتبار التلقيح الاصطناعي يتعارض معها، وبالتحديد ما تضمنه البند (1) من المادة (4) الذي ينص على (لكل إنسان الحق في أن تكون حياته محترمة... وهذا الحق يحميه القانون...، منذ لحظة الحمل..) فعبارة (منذ لحظة الحمل) لا يمكن أن يمتد إلى البويضة الملقحة، الأمر الذي يكشف عن اتجاه المحكمة إلى خلاف ما يقتضيه النص، هذا من جانب ومن جانب آخر فإن أي مطلع في القانون لا يمكن أن يقبل بأن مدلول الجنين يمكن أن يشمل البويضة الملقحة خارج جسم المرأة، ومساواتها بالبويضة الملقحة وهي داخل رحم الأم؛ سواء التي تم زرعها بعد عملية التلقيح الاصطناعي الخارجي، أو التي تحققت بناءً على اتصال جنسي طبيعي؛ إذ المستقر هو أن البويضة الملقحة عندما تكون في رحم المرأة هي التي تأخذ وصف الجنين حقاً، وليس البويضة التي يتم تلقيحها خارج رحم المرأة؛ فوضع البويضتين ينبغي أن يختلف على الرغم من

1. Martin Hevia and Carlos Herrera Vacaflo. Op. cit.p.56.

وثمة من يؤكد على أن الاعتقاد الذي تبنته الغرفة الدستورية لكوستاريكا، والذي يتعلق بحق الأجنة في الحياة هو السائد أيضاً في الأرجنتين وبيرو وشيلي والإكوادور.

Martin Hevia and Carlos Herrera Vacaflo, op. cit. p.61

2. Martin Hevia and Carlos Herrera Vacaflo, op. cit. p.56.

كونهما تم تلقيحهما.

وما يؤكد عدم صواب اتجاه المحكمة إلى المساواة بين الأجنة التي داخل رحم المرأة، والبويضة الملقحة عبر تقنيات التلقيح الاصطناعي الخارجي هو معنى الجنين، والذي يعني في اللغة الولد في بطن أمه لاستتاره، وجمعه أجنة<sup>(١)</sup>، وإن خرج حياً فهو ولد وإن خرج ميتاً فهو سقط<sup>(٢)</sup>. فعلى أساس أن الجنين يأتي من الاستتار فيرتبط به؛ فإنه يشمل جميع مراحل الحمل منذ التلقيح حتى الولادة لتحقق الاستتار في جميع هذه المراحل<sup>(٣)</sup> مصداقاً لقوله تعالى (...وَإِذْ أَنْتُمْ أَجْنَةٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ فَلَا تُزَكُّوا أَنْفُسَكُمْ هُوَ أَعْلَمُ بِمَنِ اتَّقَى)<sup>(٤)</sup>. وقد لا يختلف هذا عما أخذت به بعض القوانين، كالمرشع البحريني الذي عرف الجنين بأنه الحمل من أول أطواره، ويُقصد به العلقة فما فوقها؛ خلاف الأمر بالنسبة للأمشاج التي بين بأن المقصود بها هي الخليط بين الحيوان المنوي وبويضة المرأة، وهي ما تسمى (البويضة الملقحة)<sup>(٥)</sup>. وكذا الأمر بالنسبة للمرشع الألماني الذي بين بأن المقصود بالجنين بيولوجياً هو خلية البويضات البشرية المخصبة والقادرة على التطور، من وقت اندماج النواة<sup>(٦)</sup>؛ إذ المتطلب وفقاً للقانون الألماني هو أن تكون البويضة المخصبة قادرة على النمو ولا تكون كذلك إلا في داخل رحم المرأة، أي بعد التصاقها بجدار الرحم.

وانطلاقاً من المعنى المقصود بالجنين وفقاً لما ورد عليه النص في الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان الأنف الذكر واستناداً إلى معنى الجنين أنف الذكر سواء في اللغة، أم في التشريعات فإن النظر في المبررات التي ساقتها المحكمة واستندت إليها في حكمها بتعارض القانون المنظم للتلقيح الاصطناعي للاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان يكشف عن أن هذه المبررات تتعارض مع المنطق القانوني؛ فتبيريها لحق الكائن البشري في الحياة لا يمكن تصور تحققه بشأن الأجنة التي ما زالت خارج رحم المرأة، ومن ثم لا يمكن قبول القول بأن لها الحق في الحياة على قدم المساواة مع الأجنة التي تزرع في رحم المرأة؛ إذ ثمة صعوبات تقف وراء عدم الاعتراف بأن لها سمات الكائن البشري، كالجنين الذي

١. لسان العرب باب جن، لاحظ الموقع الإلكتروني:

<https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/جن>

٢. والسقط هو الجنين المستبين الخلق، لكنه غير كامل سواء كان ذكراً أو أنثى لاحظ المعجم الوسيط، متاح على الموقع الإلكتروني: <https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/> سقط

٣. الشيخ صالح بشر، الحماية الجنائية للجنين في ضوء الممارسات الطبية الحديثة، رسالة ماجستير كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠١٣، ص ١١.

٤. الآية ٣٢ من سورة النجم.

٥. لاحظ المادة الأولى من القانون البحريني. أما المرشع السعودي فقد أطلق على البويضة الملقحة بمني الرجل اللقيحة، لاحظ الفقرة رقم (٨) من المادة الأولى من نظام وحدات الإخصاب والأجنة وعلاج العقم السعودي.

6. Sheila Jasanoff and Ingrid Metzle, *Borderlands of Life: IVF Embryos and the Law in the United States, United Kingdom, and Germany*. *Science, Technology, & Human Values*. 2018. P. 12.

متاح بتاريخ ١١ / ١٢ / ٢٠١٩ على الرابط الإلكتروني:

<https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.11770162243917753990/>

في بطن أمه، ومن ثم فليس من المناسب الكلام بأنها ستكون محلاً للحماية الجنائية بموجب نصوص جريمة القتل، وليس من المناسب أيضاً اعتبار إتلاف البويضة الملقحة بالنسبة للفائض منها، أو عدم قابليتها للزرع لأي سبب كان وتركها من دون عناية، اعتداء على حقها في الحياة، بل ولا يمكن أن يوصف مثل هذا الفعل بالفعل الجنائي؛ لأن البويضة الملقحة ليس لها حرمة شرعية ولا حرمة قانونية قبل أن تنغرس في رحم الزوجة، مما يعني ألا مانع يحول دون إعدامها بأي وسيلة، بل والأكثر من ذلك فإن البويضة الملقحة التي تكتسب وصف الجنين ستكون محلاً للحماية الجنائية بموجب نصوص جريمة الإجهاض وليس بموجب نصوص جريمة القتل هي التي يتحقق بها الحمل، والذي بدوره يتم عند التصاق البويضة المخصبة بجدار الرحم؛ فمن تلك اللحظة تعد البويضة الملقحة جنيناً، وما قبل هذه اللحظة تكون مجرد بويضة ملقحة.

وثمة نتيجة قانونية مهمة تترتب على هذا القول ألا وهي أن الجنين سيكون محلاً للحماية الجنائية بموجب نصوص جريمة الإجهاض من كل اعتداء مقصود يكون هدفه إنهاء حالة الحمل أو وقفه وليس بموجب نصوص جريمة القتل، الأمر الذي له أهميته بشأن النصوص القانونية والحقوق الدستورية المتعلقة بحق الحياة بشكل خاص والتي لا تكون مقررة إلا للبشر المولودين فقط<sup>(١)</sup>؛ لذا نرى بأن الاتجاه الذي سلكته المحكمة محل نظر؛ إذ لا مجال لإعطاء البويضة الملقحة خارج جسم المرأة صفة الجنين؛ لعدم تمتعها بالمكونات البشرية التي تؤهلها للحماية بموجب النصوص التي تشكل اعتداءً على حق الحياة؛ لأنها لا زالت في طور التكون وخارج البيئة الطبيعية لنموها ونقصد بذلك رحم المرأة، مما يقود إلى صعوبة التسليم بما ذهبت إليه المحكمة.

أما الدليل الذي يؤكد وجهة نظرنا بشأن رفض موقف المحكمة الدستورية لما يعتره من مجافاة للعقل والمنطق فيتجسد بتعليق اللجنة الأمريكية لحقوق الإنسان في نطاق الدعوى التي أقيمت ضد كوستاريكا (Gretel Artavia Murillo v. Costa Rica)<sup>(٢)</sup>؛ حيث اعترضت اللجنة المذكورة على قرار المحكمة وذهبت إلى القول بأن الحظر التام الذي فرضته كوستاريكا على أطفال الأنابيب ينتهك الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان؛ لأنه يُعد تدخلاً تعسفياً في الحق في الحياة الخاصة والحقوق العائلية والحق في تكوين أسرة، المنصوص عليها في المادتين ١١ و١٧ من الاتفاقية<sup>(٣)</sup>، بل إن اللجنة رأت بأن المنع الذي اتجهت إليه المحكمة الدستورية ينتهك حق الأفراد في المساواة ومنع التمييز؛ لأن

١. إذ أن النصوص القانونية الجنائية تتفاوت في حمايتها تبعاً لمراحل الحياة البشرية؛ فإذ تحمي المولود الحي بموجب نصوص جريمة القتل؛ فإنها تحمي الكائن الذي في بطن أمه، أي الجنين من لحظة تلقيح البويضة إلى ما قبل بدء عملية الوضع بموجب نصوص جريمة الإجهاض، لكن الحماية لا يمكن أن تمتد إلى ما قبل زرع البويضة الملقحة في رحم الزوجة.

2. Case 12. 361, Inter-Am. Comm'n H.R., Report No. 852010) 10/).

يمكن مطالعة تقرير اللجنة بتفاصيله والذي تم الاطلاع عليه في ٢٠١٩ / ١٠ / ٢١ على الموقع الإلكتروني:

[http://www.worldcourts.com/iacmhr/eng/decisions/2010.07.14\\_Murillo\\_v\\_Costa\\_Rica.pdf](http://www.worldcourts.com/iacmhr/eng/decisions/2010.07.14_Murillo_v_Costa_Rica.pdf).

3. Martin Hevia and Carlos Herrera Vacaflo, op. cit. p.52.

علماً بأن المادة (١١) من الاتفاقية تتكلم عن حق الخصوصية؛ في حين تتحدث المادة ١٧ عن حقوق الأسرة سواء في التكوين أو في الحماية..... الخ.

الدولة بحظرها التلقيح الاصطناعي تكون قد منعت فئة من الحصول على العلاج الذي من شأنه أن يمكنهم من التغلب على الحرمان الذي لديهم، والذي يتعلق بإمكانية إنجاب أطفال بيولوجيين، وأن هذا الحظر له تأثير على النساء اللواتي لا يستطعن الإنجاب عبر الوسائل الطبيعية<sup>(١)</sup>، الأمر الذي يجعلهن في موقف التمييز بينهن وغيرهن من النساء اللواتي من حقهن الحصول على مولود؛ إذ بمنعهن من التلقيح الاصطناعي لا يعاملن مع غيرهن من النساء ويكُنّ قد حرمن من حق الأمومة.

### ثالثاً: موقف الفقه من تعارض أعمال التلقيح الاصطناعي مع الصكوك الدولية

في إطار الإجابة عن التساؤل الذي وضعناه عنواناً لهذا الفرع؛ فإن البعض ذهب إلى القول بأن التلقيح الاصطناعي يتعارض مع الصكوك الدولية وحجته في ذلك هي أن الأجنة عبارة عن أشخاص؛ فحيث يثبت لها الحق في الحياة، فإن خطر موتها أو التخلص منها قبل نقلها إلى جسد المرأة يشكل انتهاكاً للكرامة الإنسانية الجوهرية<sup>(٢)</sup> التي أجمعت الصكوك والمواثيق الدولية على على ضمان احترامها، بل وصيانتها.

غير أن هذه الأفكار يُرد عليها بما سيرد به موقف القضاء الذي يعتبر البويضة الملقحة بموجب التلقيح الاصطناعي الخارجي ضمن مدلول الجنين، الأمر الذي يدعونا إلى أن نكرر القول بالأمر إذ لا اعتبار موت البويضات الملقحة، الناتجة عن التلقيح الاصطناعي مما يتنافى مع كرامة الإنسان؛ إذ ليس لها وصف الإنسان حتى تنتهك كرامته.

أما الاعتراض الآخر الذي يسوقه أصحاب هذا الاتجاه بشأن معارضة التلقيح الاصطناعي للصكوك الدولية فيتعلق بتجميد البويضات الملقحة؛ إذ هناك من يعتبر عملية التجميد بمثابة المعاملة القاسية أو اللا إنسانية أو المهينة، الأمر الذي لا تقره المعاهدات الدولية؛ بحيث يذهب إلى القول بأن التدابير الحالية المتمثلة بحفظ الأجنة بتجميدها لا يكفي لحماية حقها في الحياة إلى جانب حقها في الكرامة كشكل من أشكال الحياة، وأن إدراك غاية التلقيح الاصطناعي التي تتمثل بإنهاء صدمة العقم لدى المرأة وحماية حقوق الزوجين في تكوين الأسرة لا تتناسب مع التدابير التي تتبع في الحفظ والمقصود مع الغاية من التجميد<sup>(٣)</sup>.

والحق أن هذا الرأي قد جانب الصواب بشأن الحجة التي يستند إليها؛ إذ لا مجال لاعتبار ما تتعرض له البويضات الملقحة جراء تجميدها معاملة قاسية أو لا إنسانية أو مهينة؛ لأن هذه الأفعال ينبغي أن توجه إلى شخص طبيعي، الأمر الذي تؤكد النصوص المتعلقة بالاتفاقية الدولية ذات العلاقة<sup>(٤)</sup>؛ إذ لا مجال لتحقق مثل هذه الأفعال إلا في مواجهة إنسان تحقق وجوده في عالم الأحياء

١. لاحظ تقرير لجنة الدول الأمريكية لحقوق الإنسان سابق الإشارة له في القضية ضد كوستاريكا.

Case No. 12.361 Gretel Artavia Murillo et al. (In Vitro Fertilization), July 29, 2011.

2. Martin Hevia and Carlos Herrera Vacaflo. op. cit. p.62.

3. Martin Hevia and Carlos Herrera Vacaflo. op. cit. p.62.

٤. المقصود هو اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية التي اعتمدها الجمعية العامة في القرار ٢٩/

وثبتت له شخصيته القانونية.

وبذلك نكون قد وصلنا إلى نتيجة هي عدم صواب الاتجاه سواء المحكمة في إلغائها القانون الذي يسمح بالتلقيح الاصطناعي، أو اعتراض الفقه على كونه يتعارض مع الصكوك الدولية؛ إذ أن هذا الأسلوب من الإنجاب لا يتعارض مع المواثيق الدولية، بل العكس أن عدم الأخذ به يعد انتهاكاً لتلك الصكوك وحرماناً للأفراد من الحق في الإنجاب، الأمر الذي يخرق مبدأ المساواة الذي ثمة حرص شديد على عدم خرقه في الممارسات ولا في نطاق سن القوانين.

## الفرع الثاني اعتراف المواثيق الدولية بحق الإنجاب عبر تقنيات التلقيح الاصطناعي

إن تتبع موقف الصكوك والمواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان ابتداءً من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وانتهاءً بالعهدين الدوليين يكشف لنا عن أنها لم تتطرق إلى الإنجاب بشكل صريح، فهل يمكن أن نستخلص ذلك من النصوص الواردة فيها؟

في إطار الإجابة عن ذلك نؤكد على أن النصوص التي لها علاقة بالإنجاب هي النصوص المتعلقة بالحق في الزواج والحق في تكوين الأسرة؛ إذ جاءت النصوص الصريحة التي تؤكد هذا الحق سواء ما ورد بالمادة السادسة عشر من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي نصت على أن (١)- للرجل والمرأة... حق الزوج وتأسيس أسرة... ولهما حقوق متساوية عند الزواج وأثناء قيامه....، وأن(٣)- الأسرة هي الوحدة الطبيعية الأساسية للمجتمع ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة، أو ما ورد في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية<sup>(١)</sup>، والذي سار على ذات نهج الإعلان؛ فنص في المادة (٢٣) منه على أن (الأسرة هي الوحدة الجماعية الطبيعية والأساسية في المجتمع، ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة، إلى جانب الاعتراف بحق الرجل والمرأة، في الزواج وتأسيس أسرة ابتداءً من بلوغ سن الزواج....)، أو ما ورد في العهد الدولي للحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية الذي جاراها في ذلك؛ بنصه في المادة العاشرة منه على (تقر الدول الأطراف في هذا العهد بما يلي:١-وجوب منح الأسرة، التي تشكل الوحدة الجماعية الطبيعية والأساسية في المجتمع، أكبر قدر ممكن من الحماية والمساعدة، وخصوصاً لتكوين هذه الأسرة وطوال نهوضها بمسؤولية تعهد وتربية الأولاد الذين تعيّلهم.....).

ويبدو لنا من خلال مراجعة هذه النصوص أن الحق في الإنجاب يمكن أن نستخلصه استخلاصاً؛

٤٦ في ١٠ كانون الأول ١٩٨٤. والتي تتطلب أن تعتبر الأفعال التي تضمنتها جرائم فهذا يعني أنها لا يمكن أن تتحقق إلا في مواجهة إنسان، وأن يكون على قيد الحياة لا أن يكون مشروع جنين، ونقصد بذلك البويضة الملقحة المجمدة.

١. وفي نطاق القيمة القانونية يُعدّ العهد من الناحية القانونية أكثر إلزاماً من الإعلان. راجع في الخلاف حول القيمة القانونية للإعلان د. مريم بنت حسن آل خليفة، د. عبد الكريم علوان، ملتقى البحرين في حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، مطبعة جامعة البحرين، ط/ الأولى ٢٠٠٧، ص، ٣٥ وما بعدها.

فإذ اعتبرت الزواج وتكوين الأسرة من الحقوق الأساسية التي تثبت للزوجين؛ فإن من مقتضيات ذلك وفقاً لقواعد العقل والمنطق الاعتراف بحق الزوجين في الإنجاب باعتباره النتيجة الطبيعية لأي اتصال الجنسي بين زوجين: رجل وامرأة، وأنه الأمر الذي بدونه لا يمكن للأسرة أن تتكون؛ فحق تكوين الأسرة يقود وبحكم اللزوم العقلي الاعتراف بحق الزوجين في الإنجاب؛ بمعنى أن الصكوك الدولية إن كانت لم تتكلم عن الإنجاب بصورة صريحة؛ فإنها اعترفت بذلك ضمناً من خلال اعترافها للزوجين بتكوين الأسرة، الأمر الذي يمكن استنتاجه من المبادئ التي جاءت بها؛ إذ أنها جاءت بمبدأين متكاملين: الأول هو الاعتراف بحق كل من الرجل والمرأة في تكوين الأسرة من خلال الزواج عند بلوغهما السن الذي يؤهلها لذلك، والآخر هو ضرورة حماية الأسرة من قبل المجتمع والدولة؛ باعتبارها الوحدة الطبيعية والأساسية للمجتمع.

ونعتقد بالأحد يشك في منطوية هذين المبدأين وترابطهما الجدلي؛ إذ يستلزم الحق في حماية الأسرة الحق في تكوينها طبقاً للضرورة العقلية والمنطقية التي تحكم المبدأين؛ لأن القول بضمان حماية الأسرة يستلزم عقلاً ومنطقاً الاعتراف بحق تكوينها ابتداءً، بل يمكننا القول بالأحد مجال لضمان المجتمع للأسرة إن لم يعترف أصلاً بحق تكوينها، بل وضمان تكوينها، الأمر الذي يكون من خلال إزالة العقبات التي تحول دون ذلك.

أما من يعتقد بأن ضمان تكوين الأسرة الذي نصت عليه الصكوك الدولية والذي جئنا على ذكره بشأن المبدأين ينبغي أن ينصرف إلى الطرق والوسائل الطبيعية، والذي يتم عبر الاتصال الجنسي الطبيعي بين الأزواج، كونه السبيل إلى تحقق الحمل وتكوين الأسرة. وأن الضمان الذي تقصده بشأن تكوين الأسرة يقتصر على الوسائل العلاجية المتعارف عليها، كالمنشطات والعقاقير وما إلى ذلك باعتبارها الوسائل التي يمكن أن تحقق الغاية التي يتم السعي إليها دون أن يمتد إلى التلقيح الاصطناعي؛ فإن هذا الاعتقاد لا ينبغي التسليم به لأن الصكوك الدولية قد تواترت على حق الرجل والمرأة في الزواج وحققها في تكوين أسرة، وأن الأسرة التي هي الوحدة الطبيعية والأساسية في المجتمع لها الحق في الحماية من قبل المجتمع، والدولة؛ إذ بضمان تكوينها يضمن المجتمع تكوينه، والسبب في رفضنا لهذا الاعتقاد هو عدم منطوية هذا التفسير، بل أن وجهة النظر التي ترى بأن هذه النصوص ينبغي أن تفسر في إطارها؛ بحيث تكون الحماية التي تقرها الصكوك الدولية للأسرة تشمل فقط الاعتراف بحق الإنجاب عبر الوسائل الطبيعية. ونقصد الاتصال الجنسي بين الزوجين، باعتباره السبيل الطبيعي لتكوينها ولا ينبغي أن ينصرف مدلولها إلا إلى تلك الوسائل وعدم قبول فكرة امتداد النص إلى الطرق الاصطناعية، أمرٌ غير مقبول لأن وجهة النظر هذه تُقيد تفسير النصوص من غير سند، بل إنها تتعارض والمنطق القانوني والغاية التي تأتي النصوص لحمايتها.

وعلى أساس ذلك فإننا نرى بالأحد مجال في ضوء نصوص الصكوك الدولية التي جاءت مطلقة، للركون إلى هذا التفسير وبالتالي التمييز بين الوسائل الحديثة التي يتحقق بها الإنجاب، وبين الوسائل

التقليدية التي يتحقق الحمل بموجبها؛ لا سيما أن النصوص لم يرد فيها أي قيد من شأنه أن يقود إلى التفريق بين الوسيلة أو السبب الذي تتكون فيه الأسرة؛ لذلك نؤكد على أن النصوص الواردة في الصكوك الدولية ينبغي- وفق وجهة نظرنا- أن تفسر بما يؤدي إلى أنها تشمل جميع الوسائل التي يمكن من خلال استعمالها أن تزيل العقوبات التي تعترض تكون الأسرة ونموها، ومنها على وجه الخصوص الوسائل الطبية الحديثة التي تساعد الزوجين على التغلب على معوقات الإنجاب وتكوين الأسرة.

أما العلة التي تقف وراء ما نقول به فهو أن هذا التفسير يُعد من الضمانات التي يقدمها المجتمع لحماية الأسرة، إلى جانب كونه السبيل لحماية الأمومة والطفولة؛ إذ بالتغلب على صعوبة الإنجاب بالتلقيح الاصطناعي يمكن تكون الأسرة؛ حيث يتم من خلاله وعن طريقه التغلب على العقوبات المرضية التي تحول دون تكونها بشأن فئة تعاني من أمراض تعترض سبيل قدرتهم على ذلك، ومن خلاله أيضاً يضمن المشرع حق الأمومة لكل امرأة متى كانت تحت مظلة الزواج على خلاف لوقيل بغير ذلك؛ لأن من شأنه أن يفرغ نصوص الصكوك الدولية، المتعلقة باعترافها بحق تكوّن الأسرة من مضمونها، ويحرفها عن هدفها، ويجعلها نصوصاً خاوية وقاصرة عن مواكبة التطور؛ ناهيك عن أن الأخذ بما يخالف ما نطالب به يؤدي إلى خرق مبدأ المساواة الذي تتادي به المواثيق الدولية، بل ويعارض من يعاني من صعوبة الإنجاب إلى التمييز المنهي عنه والذي تحرص النصوص على التأكيد عليه؛ لأن الفئة التي لا يمكن أن تنجب إلا من خلال تقنيات التلقيح الاصطناعي ستحرم من تكوين الأسرة، وعدم الاعتراف لهذه الفئة بالإنجاب من خلال تلك الوسائل سيجعلها في موقع التمييز غير المحمود.

وما يعزز وجهة نظرنا تلك هو ما يتطلبه المنطق القانوني الذي ينبغي أن نحتمك إليه؛ فضمن تكوين الأسرة وحمايتها من قبل المجتمع يتطلب عقلاً ومنطقاً الاعتراف بجميع السبل والوسائل التي تساهم في ذلك حتى الحديثة منها، كالتى نتعرض لها، بل إن على المجتمع أن يسعى إلى تدليل كل العقوبات التي تقف حائلاً دون تكون الأسرة، ومن ضمنها الاعتراف بالوسائل الحديثة في الإنجاب وعدم منع استعمالها؛ لأن القول بغير ذلك، ونقصد منع الأزواج من استعمال تقنية التلقيح الاصطناعي من شأنه أن يعرقل تكوّن الأسرة ومن ثم تكوّن المجتمع؛ ناهيك عن أنه يقود إلى حرمان فئة ليست بالقليلة من أفراد المجتمع من هذا الحق، الأمر الذي تكشف عنه الإحصائيات التي تبين نسبة عدم الإنجاب في بعض المجتمعات<sup>(1)</sup>.

ولعل ما يعزز وجهة نظرنا أنفة الذكر هو اتجاه الغرفة الكبرى للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان (ECHR) التي حسمت الجدل بشأن التلقيح الاصطناعي الخارجي ومدى تعارضه مع الاتفاقية الأوروبية بقولها بأن القانون الإنجليزي الذي يحكم بالموافقة على علاج الإخصاب خارج الرحم

١. لاحظ تمهيد هذا البحث - فقرة كون العقم ظاهرة عالمية.

(IVF) لا ينتهك الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان<sup>(١)</sup>.

## الفرع الثالث

### منزلة الإنجاب عبر تقنيات التلقيح الاصطناعي في الدساتير

في إطار اتجاهنا إلى تعزيز مكانة حق الإنجاب بين حقوق الإنسان الأخرى والذي لا يمكن أن يتجاهل موقف الدساتير باعتبارها الوثيقة التي تعكس وجهة نظر الفئة القابضة على السلطة والتي لا يمكن أن تتجاهل الحقوق والحريات والواجبات؛ فإن ما ينبغي بيانه يرتبط بمدى اعتراف الدساتير بحق الإنجاب عبر تقنيات التلقيح الاصطناعي؟

في نطاق الإجابة عن هذا التساؤل ثمة من يرى بأن واضعي الدساتير من المؤكد أنهم لم يفكروا في إمكانية الإنجاب عن طريق التلقيح الاصطناعي؛ لذلك فإنه يمكن أن يوصف بالحق الجديد، وأنه لا يرقى إلى مرتبة الحق الأساسي؛ بمعنى أنه حق جديد ومنفصل عن الحق الثابت في الإنجاب بالوسائل الطبيعية؛ لذا فإنه لا يصل به إلى مرتبة، أو مكانة الحق الأساسي<sup>(٢)</sup>.

وإذا كان ما يمكن أن يُستفاد من هذا الرأي هو أنه أقر بأن الإنجاب بنوعيه: الطبيعي والاصطناعي هو حق من حقوق الإنسان؛ فإن ما يمكن ملاحظته هو أنه قد اعتبر الحق في الإنجاب بالوسائل الطبيعية من الحقوق الثابتة والأساسية؛ في حين أن الإنجاب باستعمال تقنيات التلقيح الاصطناعي فهو حق منفصل عن الحق الثابت، وهو يتميز عن ذلك الحق بكونه حقاً جديداً، وهذا من شأنه ألا يجعله يصل إلى مرتبة الحق الأساسي؛ بمعنى أن هذا الاتجاه إن كان يعترف بحق الإنجاب عبر التلقيح الاصطناعي إلا أنه يُشكك في اعتباره من الحقوق التي ترقى إلى مرتبة الحق الأساسي.

ويبدو لنا أن هذا الرأي يتعارض والمنطق الذي استند إليه في نشوء الحق، واعتباره التلقيح الاصطناعي والذي يحقق ذات الهدف أو الغاية التي يحققها الإنجاب عبر الوسائل الطبيعية من الحقوق الجديدة. وهنا يبرز أول تحفظ ألا وهو تعارض الفكرة التي يطرحها مع المنطق ومع طبيعة الحق؛ إذ يبدو لنا أن هذا الاتجاه قد خلط بين الإنجاب باعتباره حقاً من الحقوق الأساسية التي تتكون عن طريقه الأسرة،

١. انظر في تحليل وقائع قضية السيدة (In Evans v. United Kingdom) التي نظرتها المحكمة والتي كانت تطلب فيها الاستمرار في إجراءات التلقيح الاصطناعي.

Rosy Thornton, European Court of Human Rights: Consent to IVF treatment, International Journal of Constitutional Law, Volume 6, Issue 2, April 2008, Pages 317–330, Published, 21 March 2008.

متاح بتاريخ ١٢/١٠/٢٠١٩ على الموقع الإلكتروني

<https://academic.oup.com/icon/article/6737023/317/2/>

والتي أقرت أيضاً بأن سحب الزوج للموافقة التي أبدتها على التلقيح الاصطناعي أثناء قيام العلاقة الزوجية لا يتعارض مع حقوق المرأة إن قرر سحبها بعد الانفصال؛ لأن القانون الإنجليزي يجيز لأي من طرفي عملية التلقيح العدول عن زرع الجنين وسحب موافقته على عملية التلقيح.

2. Linda J. Lacey, op. cit, p.292

وبين الوسائل التي يتحقق بها؛ بمعنى أنه ميز بين الإنجاب على أساس الوسيلة التي يتحقق بها فاعتبر الإنجاب الذي يتحقق عبر وسيلته الحديثة، ونقصد التلقيح الاصطناعي في تحقيق الإنجاب حقاً منفصلاً عما إذا تحقق بالوسيلة الطبيعية؛ فكأنه بذلك فسر النصوص الدستورية التي تعطي الزوجين في تكوين الأسرة بأنها قاصرة على الوسائل أو الطرق الطبيعية ونقصد بذلك الاتصال الجنسي بين الزوجين والذي يتحقق به الإنجاب، وما عداها فلا يدخل ضمن الوسائل التي تتكون بموجبها الأسرة، بل إن من الضمانات التي يقتضيها العقل والمنطق هي أن الاعتراف بالحق يتطلب الاعتراف بجميع الوسائل التي تضمن استعماله، وتحقق غايته؛ فحق الإنجاب هو الحق الأساسي وما التلقيح الاصطناعي إلا وسيلة من وسائل تحقيقه أو بلوغه؛ لذا فإن التلقيح الاصطناعي لا يمكن أن يكون حقاً جديداً وإلا اقتضى القول بخلاف ذلك تعديل النصوص التي تتعلق بالإنجاب المرتبط أصلاً بتكوين الأسرة.

وتحفظنا الثاني يتعلق بمخالفته لأصول التفسير، وبالتحديد فيما يتعلق بقوله بعدم اتجاه إرادة واضعي الدستور إلى الوسائل الاصطناعية في الإنجاب وأن واضعهم لم يكن يدور في خلداهم، إمكانية الإنجاب عبر تلك الوسائل؛ فمثل هذا الأمر لا يمكن التسليم به لأنه مبني على الافتراض المطلق فلم يقدم دليلاً عما يذهب إليه إلا تصوره فقط، ولو سلمنا جدلاً بهذه الحجة؛ فإن ما جاء به يتعارض والمبادئ المستقرة فقهاً في تفسير النصوص؛ إذ المقرر أن النصوص ينبغي النظر في مدلولها لحظة تطبيقها لا وقت وضعها<sup>(١)</sup>.

أما سندنا الآخر في رفض قصر حق الإنجاب الوارد في النصوص الدستورية بشكل أخص على الوسائل الطبيعية والذهاب إلى أنه لا يشمل الوسائل الاصطناعية، فهو ما في ذلك من مجافاة للعدل والإنصاف ناهيك عن تعارضه مع طبيعة النصوص الدستورية، التي لا تتعدى مهمتها في أن تضع المبادئ العامة، وتبتعد عن الخوض في التفاصيل، بل إن على واضعيها الابتعاد عن ذلك؛ إذ في تجاهل واضعي الدستور هذه القاعدة والدخول في تفسير المصطلحات التي ترد في النصوص يجعل النص الدستوري عرضة للانتقاد لخروجه عن المألوف، بل والمتطلب في النص.

ولعل دليلنا الأخير في رفض فكرة أن يكون التلقيح الاصطناعي حقاً جديداً هو النظرة الضيقة لمدلول الإنجاب، والتي تتعارض والمدلول المتفق عليه في القانون؛ إذ يعني الإنجاب السماح للوالدين بإنتاج ذرية<sup>(٢)</sup>، الأمر الذي كما يمكن أن يكون بالطرق الطبيعية يمكن أن يكون، بل وينبغي أن يكون شاملاً أيضاً الطرق الاصطناعية عندما يكون هناك مانع يحول دون تحقق الإنجاب بالطرق الطبيعية. ويقتضي هذا فهم حق الإنجاب على أنه حق أساسي من حقوق الإنسان يثبت لمن يتمثل بالصفة باعتباره من الوسائل التي تتكون بها الأسرة المرتبطة بزواج أصولي، الأمر الذي ينبغي ألا يقيد رأي

١. لاحظ على سبيل المثال لا الحصر د. محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، النظرية العامة وتطبيقاتها، ط/ الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٧٩، ص ٢٦٣، وما بعدها.

2. -Linda J. Lacey, op. cit. p.p.292293-

هذا الفقيه أو ذاك.

أما القول بغير ذلك ورفض تفسير عبارات المشرع الدستوري بشأن تكوين الأسرة وضمان حمايتها بكونه ينبغي أن يكون قاصراً على الوسائل الطبيعية؛ باعتباره هو الوسيلة الطبيعية والاعتيادية لتكوينها، وأنه لا ينبغي أن يمتد ليشمل الوسائل غير الطبيعية التي من خلال استعمالها تتكون الأسرة أيضاً؛ فمن شأنه أن يقود إلى هدم الأساس القانوني للقوانين التي صدرت بشأن التلقيح الاصطناعي، بل أننا نستطيع القول بأن هذا الرأي لو تم الأخذ به لكان من نتائجه أن تكون القوانين المنظمة للتلقيح الاصطناعي تعريبها شبهة عدم الدستورية، كونها خالفت نصاً دستورياً، الأمر الذي لا يمكننا قبوله لتعارضه مع المنطق القانوني والحقيقة الواقعية.

وعلى أساس هذا الفهم فإننا نرى بأن الاعتراف بحق الأفراد بتكوين أسرة، يعني الاعتراف بحق الإنجاب، لأن الأخير هو السبيل لتكوين الأسرة، والاعتراف بحق الزوجين في الإنجاب يعني عقلاً ومنطقاً أن يشمل ذلك حقهما في الإنجاب بالوسائل الطبيعية، أو الإنجاب باستعمال تقنيات التلقيح الاصطناعي؛ لا سيما إذا أخذنا بعين الاعتبار أن اللجوء إلى استعمال الوسيلة الأخيرة لا يمكن أن يتم من غير ضوابط ومبررات علاجية سبق أن ذكرنا أهمها في بداية بحثنا؛ لذلك نرى بأن النصوص الدستورية ينبغي أن تُفسر بما يؤدي إلى أنها تشمل الإنجاب عبر الوسائل الطبيعية والإنجاب عبر الوسائل الاصطناعية؛ لأن تفسير النص الدستوري الذي يضمن الحق في تكوين الأسرة بكونه مقصور على الوسائل الطبيعية تفسير من غير سند، بل يفقد للمنطقية؛ لذا فإن اعتراف الدستور بحق الإنجاب وتكوين أسرة من شأنه أن يقود إلى القول بأن ذلك يقود عقلاً ومنطقاً إلى الاعتراف بجواز استعمال الوسائل التي تمكن الأفراد من بلوغ مرام هذا الحق حتى أن خرجت عن الأسلوب الطبيعي، واتجهت إلى الأسلوب الاصطناعي.

لكن ما ينبغي النظر فيه هو أن الإنجاب عبر التلقيح الاصطناعي إن كان قد تم إقراره بشأن الزوجين وأنه من الحقوق المشتركة لهما، وأنه السبيل إلى تكوين الأسرة؛ فإن هذا الأمر وأقصد الإنجاب باستعمال هذه التقنية لا ينبغي أن يشمل بعض الزيجات الشاذة، كالزواج المثلي<sup>(١)</sup>، الذي أقرته بعض التشريعات الغربية<sup>(٢)</sup>؛ إذ يعتبر حقهم في الإنجاب عن طريق التلقيح الاصطناعي غير دستوري؛ لا

١. وهناك وقائع عملية تؤكد استعمال التلقيح الاصطناعي لأزواج مثليين عبر فكرة (الأم الحاضنة) ومنها استئجار زوجين مثليين من الولايات المتحدة (فيستر ومايكل) لرحم امرأة في حيدر أباد في عام ٢٠٠٩ بعد أن تم نزع الحيوانات المنوية من أحدهما وهو (فيستر) وتم بموجبه تخصيب بويضة من متبرعة هندية. وهذه هي أول حالة من هذا القبيل يولد طفل لآباء اثنين.

Sandeep Kulshrestha, op. cit. p.8378.

٢. علماً بأن المشرع الهندي يعاقب بموجب المادة (٣٧٧) بالسجن مدى الحياة، أو بالسجن لمدة قد تمتد إلى عشر سنوات كل من قام طواعية بعلاقة جسدية ضد الطبيعة مع أي رجل أو امرأة أو حيوان إلى جانب عقوبة الغرامة، الأمر الذي يجعل من الزواج المثلي جريمة في الهند وأن المولود الذي يأتي عبر هذه التقنيات في إطار الشذوذ الجنسي والقائم على العلاقات المثلية مولوداً غير شرعي.

Sandeep Kulshrestha, op. cit. p.8378.

سيما أن العلاقة بين أعضاء الأسرة المترتبة على الزواج الذي يتم بين الرجل والمرأة والمقصود بذلك الإنجاب علاقة ظاهرة واضحة لا تحتاج إلى بيان<sup>(١)</sup>، بل وينبغي ألا يعطى حق الإنجاب عبر التلقيح الاصطناعي للمرأة غير المتزوجة استجابة لرغبتها، الأمر الذي بدأت بعض التشريعات تأخذ به<sup>(٢)</sup>. إذن خلاصة الأمر هو أن ما تذهب إليه الصكوك الدولية والداستير بشأن تكوين الأسرة وحمايتها لا يمكن أن يُنظر على أنه مقصوداً على الطرق الطبيعية؛ إنما ينبغي أن يشمل كل الوسائل التي تحقق هذا الهدف؛ لا سيما أن إقراره لم يكن استجابة للغرائز الجنسية التي تحرك الرجل للاتصال بالمرأة؛ إنما لبلوغ أمرين: الأول هو تحقيق الغاية الأساسية من الإنجاب، ونقصد بذلك حفظ النوع، والأمر الآخر تكوين الأسرة باعتباره ونقصد الإنجاب السبيل الأساسي لتكوينها؛ فمن غير ذلك لا تتكون الأسرة، ولا مجال لبلوغ هذين الهدفين إن تم النظر إلى الطريقة التي جاء بها المولود بطريقة طبيعية، أو بطريقة اصطناعية.

1. Linda J. Lacey, op. cit. p.294.

٢. ويؤكد البعض على أن المجلس الفدرالي للطب في البرازيل إن كان يسمح بالتلقيح الاصطناعي للنساء العازبات؛ فإنه قد أصدر أخيراً وبالتحديد في عام ٢٠١١ قراراً أجاز فيه التلقيح الاصطناعي لكل شخص؛ فأصبحت هذه العبارة تشمل الأفراد غير المتزوجين والأزواج من نفس الجنس.

Martin Hevia and Carlos Herrera Vacafior, op. cit. p.59

ونص عبارته

In early 2011, it issued a resolution allowing access to IVF for «all competent persons.» a phrase that came to include unwed individuals and same-sex couples.

## الخاتمة أولاً: الاستنتاجات

لقد تم التوصل من خلال البحث إلى الاستنتاجات الآتية:

١. إن التلقيح الاصطناعي لا يمكن رفض استعماله عند تعذر الإنجاب بالوسائل الطبيعية، بل ينبغي الأخذ به لأنه فوق أنه وسيلة من وسائل العلاج لمشكلة صعوبة الحمل أو تأخره؛ فإنه أيضاً لا يتعارض مع مشيئة الله التي لا تمنع من العلاج، بل أنه مما تقتضيه الفطرة ولا يتعارض مع الاطلاع على العورة المغلظة؛ طالما كان استعماله بقصد العلاج، ولا يتعارض أيضاً مع حق الزوجين في الالتصاق الجسدي؛ إذ يحق التنازل عن هذا الحق لمن يملكه؛ لا سيما أمام الضرورة وهي صعوبة الإنجاب أو تأخره.
٢. يُعد التلقيح الاصطناعي المتماثل، أي الذي يحصل بين خلايا جنسية تعود للزوجين، حقيقته قانونية في كثير من الدول العربية والأجنبية على حد سواء؛ إذ صدرت تشريعات خاصة بشأنه. وأنه صار حقيقة واقعية؛ حيث يتم إجراؤه من الناحية العملية في أغلب بلدان العالم وفي بعض البلدان حتى من غير سند في القانون، كونه وسيلة للعلاج وحتى من غير قانون خاص.
٣. إن التشريعين البحرين والسعودي أجازا التلقيح الاصطناعي لمجرد عدم تحقق الحمل خلال مدة معينة من الزواج وقد أحسنا التشريعيين بذلك.
٤. مع أن التلقيح الاصطناعي غير المتماثل، أو ما يطلق عليه بالتلقيح الاصطناعي بمساعدة الغير، أي من مانح؛ أصبح ظاهرة في بعض البلدان؛ لكنه غير جائز قانوناً ولا يسانده الكثير من الفقهاء والدوائر الخاصة بإنفاذ القانون، بل أنه محل تجريم لدى جانب من التشريعات، ناهيك عن أنه محرم شرعاً.
٥. يعتبر التلقيح الاصطناعي حقاً من الحقوق المشتركة للزوجين وكونه وسيلة للعلاج لما يعانيان من علل تحول دون تحقق الإنجاب.
٦. إن المواثيق الدولية لم تذكر الإنجاب لا بصورته الطبيعية (الاتصال الجنسي) ولا عبر الوسائل الاصطناعية (التلقيح الاصطناعي) صراحة لكنها؛ ومن خلال اعترافها بالزواج وبتكوين الأسرة وإقرارها بوجوب حماية المجتمع والدولة لذلك؛ فإنها بذلك تعترف بالتلقيح الاصطناعي باعتباره وسيلة من وسائل تكون الأسرة وضمان ذلك في حال عدم إمكان تحقق تكوينها بالوسائل الطبيعية، وما ينطبق على المواثيق الدولية ينطبق على الدساتير لأن تفسير نصوصها التي تضمنتها بشأن الأسرة يقود إلى ذلك.

## ثانياً: التوصيات

١. بعد أن بينا عدم دقة مصطلح العقم الذي استعمله المشرعان: البحريني والسعودي؛ فإننا نأمل من المشرعين إعادة النظر في المصطلح واستعمال المصطلح البديل ونقصد بذلك صعوبة الإنجاب حتى يتطابق المعنى الاصطلاحي مع المعنى الحقيقي.
٢. على المشرع البحريني أن يلتفت إلى النقص الذي يعتري مدلول طفل الأنبوب الذي أورده من ضمن التعاريف التي تضمنها القانون وأن يعالج النقص الذي يعتريه؛ لأنه لم يتضمن في مدلوله عملية زرع البويضة الملقحة في رحم الزوجة بعد تلقيحها بمني الزوج، الأمر الذي تجنبه المشرع السعودي.
٣. مع أن المشرع البحريني يعاقب المؤسسة أو الطبيب الاستشاري أو الاختصاصي أو الفني المتخصص في علم الأجنة في حال التلقيح بنطف غير الزوج أو تخصيب بويضة من غير الزوجة؛ فإننا نرى ضرورة أن يفرد المشرع البحريني نصاً خاصاً يعاقب بموجبه الزوجين في هذه الحالة؛ لأن الأمر ما كان ليتم لولا رغبتهما في ذلك وموافقتهما.
٤. مع أن مجتمعاتنا الإسلامية بفضل ما فيها من قيم دينية وأخلاقية تمنع المرأة غير المتزوجة أو المتزوجة التي مات عنها زوجها من اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي؛ فإننا نأمل من التشريعات بشكل عام والمشرع البحريني بشكل خاص أن يفرد نصاً خاصاً يجرم فيه هذا النوع من التلقيح.
٥. نلفت عناية المشرع البحريني بالأقصر العقاب بحق من يتولى القيام بعملية التلقيح سواء كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً؛ إنما أن يتضمن النص عقاب من تلجأ إلى ذلك؛ لا سيما أمام انفتاح المجتمعات والتغيرات التي يمكن أن تطرأ.

## مراجع البحث أولاً: المراجع العربية

١. أحمد شوقي عمر أبو خطوة - القانون الجنائي والطب الحديث- دار النهضة العربية- ١٩٩٥.
٢. أحمد عمراني- حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية-رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق-جامعة وهران- الجزائر-٢٠١٠.
٣. أحمد محمد لطفي المسؤولية الجنائية للطبيب عن عمليات التلقيح الاصطناعي- دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة-٢٠١٣.
٤. اسماعيل مرحبا-البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية- دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع/ط/الأولى- ١٤٢٩.
٥. باتريك راو، فرانك كُمهير، تيموثي هار غريف، هيدر مليونز - دليل منظمة الصحة العالمية للأسلوب المعياري لاستقصاء العقم عند الزوجين-منظمة الصحة العالمية المكتب الإقليمي - الشرق الأوسط - القاهرة -٢٠٠١.
٦. بغدالي الجيلالي- الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الانجاب في قانون الأسرة الجزائري-رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق بن عكنون- جامعة الجزائر - ٢٠١٤.
٧. بروين عبد الله حسن التنظيم القانوني لعمليات التلقيح الاصطناعي -دراسة تحليلية مقارنة -دار الكتب القانونية، ودار شتات للنشر- مصر٢٠١٦.
٨. بوشي يوسف الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائياً، رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية،٢٠١٣.
٩. حسن كيره-المدخل الى القانون-منشأة المعارف-الاسكندرية ١٩٦٩م.
١٠. حسيني هيكل-النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية-دراسة مقارنة -دار الكتب القانونية-مصر - ٢٠٠٧.
١١. علي أحمد لطيف الزبيري التلقيح الاصطناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء-ط/الثانية- دار الفكر العربي- الإسكندرية-٢٠١١.
١٢. علي حسين نجيدة-بعض صور التقدم الطبي وانعكاساتها القانونية في مجال القانون المدني- التلقيح الصناعي، وتغيير الجنس- دار النهضة العربية- ١٩٩١.
١٣. علي خطار شنطاوي - حق الزوجين في الإنجاب-مجلة الشريعة والقانون-العدد الخامس عشر- ١٤٢٢هـ- ٢٠٠١م- تصدر عن كلية الشريعة والقانون- جامعة الامارات العربية.
١٤. علي عارف علي القرداغي- قضايا فقهية في نقل الأعضاء البشرية- سلسلة بحوث فقهية في قضايا معاصرة مطبعة IIUM - ط/ الأولى ٢٠١١.
١٥. سعدي إسماعيل البرزنجي- المشاكل القانونية الناجمة عن تكنولوجيا الإنجاب الجديدة-دراسة مقارنة في ضوء القانون المقارن والأخلاق والشريعة - دار الكتب القانونية-مصر-٢٠٠٩.

١٦. شوقي زكريا الصالح - التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية-دراسة مقارنة -دار النهضة العربية - ٢٠٠١.
١٧. الشيخ صالح بشر-الحماية الجنائية للجنين في ضوء الممارسات الطبية الحديثة- رسالة ماجستير كلية الحقوق - جامعة الجزائر- ٢٠١٣.
١٨. طفياني مخطارية - التلقيح الاصطناعي- دراسة مقارنة - أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة أبي بكر بلقايد-٢٠١٤.
١٩. محمد بن دغيب العتيبي، الاستساخ البشري بين الإباحة والتجريم في ضوء الشريعة الإسلامية من بيان موقف الهيئات الدولية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية-٢٠٠٥.
٢٠. محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، النظرية العامة وتطبيقاتها، ط/ الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٧٩.
٢١. محمد علي البار-خلق الإنسان بين الطب والقرآن- الدار السعودية للنشر والتوزيع - ط/ الخامسة- ١٩٨٤.
٢٢. محمد عبد الوهاب الخولي-المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب الحديثة في الطب والجراحة - دراسة مقارنة - التلقيح الاصطناعي-طفل الأنابيب - نقل الأعضاء ط/ الأولى ١٩٩٧.
٢٣. محمد المرسي زهرة- الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية دراسة مقارنة- مطبوعات جامعة الكويت-١٩٩٣.
٢٤. محمود أحمد طه- الإنجاب بين المشروعية والتجريم- دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع - ٢٠١٥.
٢٥. مهند صالح أحمد فتحي العزة الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة-دار الجامعة الجديدة للنشر- مصر- الإسكندرية ٢٠٠٢.
٢٦. ناصر عبد السلام الصرايرة - الحماية الجزائية لكرامة الكائن البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة - دراسة مقارنة - دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان ط/ الأولى ٢٠١٨.
٢٧. النحوي سليمان-التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن- أطروحة دكتوراه-كلية الحقوق - جامعة الجزائر- ٢٠١١.
٢٨. شادية الصادق الحسن-حكم الاسلام في التلقيح الاصطناعي- جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا-معهد العلوم والبحوث الإسلامية. متاح على الموقع الإلكتروني ادناه بتاريخ ٢٠١٩/١٠/١١.

[http://www.sustech.edu/staff\\_publications/2014081707324310](http://www.sustech.edu/staff_publications/2014081707324310).

## ثانياً: المراجع الأجنبية

1. Anthony F. Lo Gatto, M.S.S.S., LL. B 2016. Artificial Insemination: I - Legal aspects ,The Catholic Lawyer: Vol. 1: No. 3, Article 2.

متاح بتاريخ ١٠ / ١١ / ٢٠١٩ على الموقع الإلكتروني:

<http://scholarship.law.stjohns.edu/tcl/vol1/iss32/>

2. Bala Bhagavath, Kathleen Hoeger, Vivian Lewis, John T. Queenan, Jr, Wendy Vitek, In Vitro Fertilization Process, Risk, and Consent.

متاح بتاريخ ٣ / ٩ / ٢٠١٩ على الموقع

<https://www.urmc.rochester.edu/MediaLibraries/URMCMedia/fertility-center/documents/in-vitro-fertilization-consent.pdf>

3. B. L. Chaudhary, Assisted Reproductive Techniques Ethical and Legal Issues, J Indian Acad Forensic Med. October-December 2012, Vol. 34, No. 4.
4. Brent J. Jensen, Artificial Insemination and the Law,1982 BYU L. Rev. 935 (1982)
5. Christina M. Eastman, Statutory Regulation of Legal Parentage in Cases of Artificial Insemination by Donor: A new Frontier of Gender Discrimination. Legal Parentage in Cases of Artificial Insemination. Mc George Law Review / Vol. 41.2010.
6. Domingo G. Castillo, Augusto Y. Hung, Lorna T. patajo, Capunan, Limuel M. Santos, Romeo R. Stu. Tomas, Legal perspective on artificial insemination, Philippine Law Journal.vol.51.

متاح على الموقع الإلكتروني

<https://slidedocument.org/a-legal-perspective-on-artificial-insemination>

7. George D. Radler, Legal Problems of Artificial Insemination, Marquette Law Review Volume 39 Issue 2,1955
8. Jack F. Williams, Differential Treatment of Men and Women by Artificial Reproduction Statutes, Tulsa Law Review, Volume 21 Issue 3, Spring 1986
9. Linda J. Lacey; The Law of Artificial Insemination and Surrogate Parenthood in Oklahoma: Roadblocks to the Right to Procreate, Tulsa Law Review, Volume 22, Issue 3 Article 1, Spring 1987.
10. Martin Hevia and Carlos Herrera Vacaflor, The legal status of in Vitro of Fertilization in Latin America and the American Convention on Human Rights, Suffolk transnational law Review, Vol. 36, 2013
11. Paul C. Redman II, Lauren Fielder Redman Seeking a Better Solution for the Disposition of Frozen Embryos: Is Embryo Adoption the Answer. Tulsa Law Review, Vol. 35. Issue. 3, Art. 7 [1999].

12. Rice, Judith Lynn Bick, The Need for Statutes Regulating Artificial Insemination by Donors, Ohio State Law Journal, vol. 46, no. 4 (1985).
13. Roger C. Herdman, Gretchen S. Kolsrud, Gary B. Ellis, R. Alta Charo, Gladys B. White, E. Blair Wardenburg, Infertility: Medical and Social Choices, Center for Ethics, Medicine, and Public Issues Baylor College of Medicine, Houston, TX. U.S. Government Printing Office, May 1988
14. Rosy Thornton, European Court of Human Rights: Consent to IVF treatment, International Journal of Constitutional Law, Volume 6, Issue 2, April 2008, Pages 317–330, Published, 21 March 2008.

متاح بتاريخ ١٢/١٠/٢٠١٩ على الموقع الإلكتروني

<https://academic.oup.com/icon/article/6737023/317/2/>

15. Roxanne Mykitiuk, Beyond Conception: Legal Determinations of Filiation in the Context of Assisted Reproductive Technologies, Osgoode Hall Law Journal, Volume 39, Number 4 (Winter 20001).

متاح بتاريخ ١٢/١١/٢٠١٩ على الموقع الإلكتروني

[https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol39/iss42/?utm\\_source=yorku.ca](https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol39/iss42/?utm_source=yorku.ca)

16. Sandeep Kulshrestha, ARTIFICIAL INSEMINATION AND PRESUMPTION OF PATERNITY IN INDIA, in International Journal of Advance Research and Innovative Ideas In Education Vol-4 Issue-3, May 2018. p.8378
17. Sheila Jasanoff<sup>1</sup> and Ingrid Metzle, Borderlands of Life: IVF Embryos and the Law in the United States, United Kingdom, and Germany. Science, Technology, & Human Values.2018.

متاح بتاريخ ١١/١٢/٢٠١٩ على الرابط الإلكتروني:

<https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.11770162243917753990/>.

18. Susan L. Crockin and Gary A. Debele, Ethical Issues in Assisted Reproduction: A Primer for Family Law Attorneys, Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers Vol. 27, 2015

### ثالثاً: القوانين

١. المرسوم بقانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠١٧ بشأن التقنيات الطبية المساعدة على التلقيح الاصطناعي البحريني.
٢. القانون الاتحادي الإماراتي رقم ١١ لسنة ٢٠٠٨ الصادر في ١٦/١٢/٢٠٠٨، بشأن تراخيص الإخصاب بالدولة.
٣. النظام السعودي بشأن وحدات الإخصاب والأجنة وعلاج العقم الصادر بالمرسوم الملكي رقم: (م/٧٦) بتاريخ ٢١/١١/١٤٢٤ هجري.
٤. القانون التونسي عدد ٩٣ لسنة ٢٠٠١ المؤرخ في ٧ أوت ٢٠٠١ والمتعلق بالطب الإنجابي.



## أهم النصوص المشتبه في عدم دستوريته في قانون الضريبة المصري على القيمة المضافة رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٦ ولائحته التنفيذية

د. أشرف وجيه الشافعي خليفة

دكتوراه في التشريعات الاقتصادية والمالية

### ملخص البحث

بموجب القانون ٦٧ لسنة ٢٠١٦ صدر قانون الضريبة على القيمة المضافة ليحل محل قانون الضريبة العامة على المبيعات ١١ لسنة ١٩٩١ الملغى بعد أن أدخلت عليه العديد من التعديلات وتعرضت العديد من مواده للحكم بعدم الدستورية، ووجهت له العديد من الانتقادات، ومعلوم أن موافقة القوانين للدستور تعد ضابطاً مهماً وأمراً لا يمكن تجاهله إذ من شأنه الحيلولة دون خروج القوانين على الدستور بما يؤدي إلى احترام السلطات القائمة في الدولة لدورها واحترام كل منها للأخرى، ويحقق للقوانين بصفة عامة والضريبة منها بصفة خاصة نوعاً من الاستقرار والثبات بحيث تقتصر التعديلات في نظام الضرائب على أقل حد ممكن بتضييق مداها والتقليل من عددها؛ إذ ينجم عن التغييرات المتعاقبة في النظام الاقتصادي المستقر على حالة راهنة تعبت بها التغييرات الفجائية في النظم المالية إذ أن كثرة التعديلات التي تطرأ على أحكام الضريبة تضايق الممول وتضر بالنشاط الاقتصادي، وقد حاولنا من خلال البحث، أن نجيب عن تساؤل هام وهو هل استطاع المشرع في القانون الجديد أن يتجنب مواطن العوار الدستوري التي سبق وأن أصابت القانون السابق ١١ لسنة ١٩٩١ الملغى ولائحته التنفيذية وذلك من خلال مبحثين أفردنا أولهما للحديث عن مواد قانون الضريبة على القيمة المضافة المشتبه في دستوريته، أما الثاني فخصصناه للحديث عن أهم مواد اللائحة التنفيذية للقانون المشتبه في دستوريته، ثم أتبعنا ذلك بخاتمة للبحث أظهرنا من خلالها تنوع الأسباب التي من أجلها أحاطت شبهة عدم الدستورية بعدد من نصوص قانون الضريبة على القيمة المضافة الصادر بالقانون ٦٧ لسنة ٢٠١٦ ولائحته التنفيذية ما بين الإخلال بحق المكلف في التوقع المشروع للمكلف، وما بين نكول المشرع ذاته عن التدخل لمباشرة اختصاصه بوضع قواعد الضريبة بوقوفه موقفاً سلبياً من هذا الأمر وتركه ذلك للسلطة التنفيذية، والتي قد يتحول تدخلها المشروع في هذا الخصوص حينما تتولى إصدار اللوائح اللازمة لإعمال القوانين إلى غير نتيجة لتخطيها الحدود والضوابط التي رسمها لها الدستور في هذا الخصوص .

**كلمات مفتاحية:** ضريبة القيمة المضافة، شبهة عدم الدستورية، عدم رجعية القانون الضريبي،

تنازل المشرع الضريبي عن اختصاصه، العناصر الأساسية للضريبة، أصل البراءة، القرائن المنافية لأصل البراءة، حدود السلطة التنفيذية في المجال الضريبي.

## Summary

In Law No. 67 of 2016, the Value Added Tax Law was passed to replace the General Sales Tax Law 11 of 1991, which was repealed after several amendments were made to it. Many of its articles were subject to unconstitutional judgment and many criticisms. The approval of the laws is an officer Which cannot be ignored as it will prevent the departure of laws and regulations of the Constitution, which leads to respect for the existing authorities in the State for their role and respect each other, and to achieve the laws in general and the tax of them in particular a kind of stability and stability, The system of taxes to the minimum extent possible to narrow the scope and reduce the number; The successive changes in the economic system stable on the current situation messed with sudden changes in financial systems as the frequent amendments to the provisions of the tax burden of the taxpayer and damage to economic activity, and we tried through The search to answer the important question is whether legislator in the new law could avoid every citizen constitutional chaos, which has been affected by the former law 11 of 1991 repealed and its executive regulations, through two studies singled out the first to talk about the articles of the law of value added tax suspected of And the second, we devoted to talk about the most important articles of the executive regulations of the law suspected of constitutionality, and then followed by a conclusion to the research showed us the diversity of reasons for which the suspicion of unconstitutionality surrounded a number of texts of the law of value added tax issued by Law 67 of 2016 and its executive regulation between Violation of the right of the taxpayer to the legitimate expectation of the taxpayer, and the violation of the legislator himself from interference to direct his competence to develop tax rules by standing a negative attitude of this matter and leaving it to the executive authority, which may turn its legitimate intervention in this regard when it issues the necessary regulations To enforce the laws not as a result of exceeding the limits and controls prescribed by the Constitution in this regard.

## مقدمة

صدر قانون الضريبة على المبيعات بموجب القانون ١١ لسنة ١٩٩١ ليحل محل قانون الضريبة على الاستهلاك ١٣٣ لسنة ١٩٨١ وليقضي على ما أصاب الأخير من متالب، ولكن الواقع العملي كشف أيضاً العديد من المثالب والمشاكل التي جاءت نتيجةً منطقية لتطبيق قانون ضريبة المبيعات هو الآخر

نتيجة لما اعتراه من تشوهات وما طرأ عليه من تعديلات<sup>(١)</sup> عديدة ومتلاحقة بهدف محاولة معالجة تلك التشوهات، وكان ذلك سبباً مباشراً في إثارة عددٍ من أوجه الخلاف بين المكلفين والمصلحة نشأ عنه كثيرٌ من المنازعات فيما بين الطرفين، انتهت معظمها إلى أروقة المحاكم على اختلاف أنواعها، وتسلسل درجاتها، وكفي للتدليل على صحة هذا القول أن أحكام محكمةنا العليا «المحكمة الدستورية» في خصوص قانون الضريبة على المبيعات وحده قاربت ثلث ما صدر عنها من أحكام في خصوص باقي التشريعات الضريبية الأخرى المكونة للنظام الضريبي المصري بوجه عام خلال مدة تطبيق القانون أي خلال الفترة من مايو ١٩٩١ وحتى سبتمبر ٢٠١٦<sup>(٢)</sup>.

وتعالت أصوات الكثير من الفقهاء والكتاب في توجيه الانتقادات للقانون والمناداة بضرورة إصلاح ما اعتراه من عوار أثر على تطبيقه تطبيقاً صحيحاً<sup>(٣)</sup>.

لكل ما سبق ونظراً للظروف الاقتصادية التي مرّت وتمرّ بها البلاد ولا تزال تمر ولرغبة الحكومة في الإصلاح الاقتصادي في إطار برنامج متكامل للإصلاح، ولضمان الحصول على قرض صندوق النقد الدولي تحتم إحلال نظام الضريبة على القيمة المضافة محل الضريبة العامة على المبيعات، لذلك صدر القانون ٦٧ لسنة ٢٠١٦ بتاريخ ٢٠١٦/٩/٥ ونشر بالجريدة الرسمية في العدد ٣٥ مكرر (ح) في ٢٠١٦/٩/٧

ولكن السؤال الذي يبدو ملحاً في حالتنا هذه هو هل استطاع المشرع الضريبي أن يتجنب كل أو بعض مسالك العوار الدستوري التي أصابت القانون ١١ لسنة ١٩٩١، هذا ما سنحاول إدراكه والتعرف عليه من خلال عرض مواد القانون ٦٧ لسنة ٢٠١٦ ولأئحته التنفيذية المشتبه فيها دستورياً على ضوء المبادئ التي أرستها المحكمة الدستورية العليا في الشأن الضريبي. وذلك في مبحثين:

**المبحث الأول:** مواد قانون الضريبة على القيمة المضافة المشتبه في عدم دستورتها.

**المبحث الثاني:** مواد لائحة القانون ٦٧ لسنة ٢٠١٦ المشتبه في عدم دستورتها.

١. تجدر الإشارة أن حالات تعديل قانون الضريبة العامة على المبيعات قد جاءت عديدة ومتلاحقة مما أضعف حالة اليقين لدى ذلك القانون، وكفي الإشارة إلى أهمها والتي تمثلت في القانون ١١ لسنة ٢٠٠٢، والذي نشر بالجريدة الرسمية بالعدد ٦ مكرر في ٢١/٤/٢٠٠٢، والقانون ٨٩ لسنة ٢٠٠٤، والذي نشر بالجريدة الرسمية بالعدد ٢١ مكرر في ٢٢/٥/٢٠٠٤، والقانون ٩ لسنة ٢٠٠٥ والذي نشر بالجريدة الرسمية بالعدد ١٣ تابع في ٢١/٥/٢٠٠٥، وقرار رئيس الجمهورية بقانون والذي نشر بالجريدة الرسمية في العدد ٤٩ تابع (أ) في ٦/١٢/٢٠١٢، وقرار رئيس الجمهورية بقانون ٥٨ لسنة ٢٠١٤ ونشر بالجريدة الرسمية في العدد ٢٦ مكرر (ج) في ٢/٧/٢٠١٤.

٢. راجع على سبيل المثال أحكامها في القضايا أرقام ٦٥ لسنة ١٨ ق.د جلسة ٢٠٠١/١/٦، ٢٢٢ لسنة ٢٦ ق.د جلسة ٢٠٠٧/٤/١٥، ٩ لسنة ٢٨ ق.د جلسة ٢٠٠٧/١١/٤، ١١٣ لسنة ٢٨ ق.د جلسة ٢٠١١/١/٢، ٧٩ لسنة ٢٢ ق.د جلسة ٢٠١٢/١/١٤، ٢٠٠ لسنة ٢٧ ق.د جلسة ٢٠١٣/٤/٧، وأخيراً حكمها في القضية رقم ١٦٢ لسنة ٢١ ق.د بجلسته ٢٠١٣/٤/٧.

٣. راجع في ذلك بوجه عام: د/ محمود إبراهيم القلموني: المنازعات الضريبية في إطار الضريبة العامة على المبيعات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ط ١٩٩٨، وراجع د/ السعيد محمد شعيب: الضريبة العامة على المبيعات بين التعديل أو الإلغاء لتقرير الضريبة على القيمة المضافة، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر الضريبي المنعقد «تطبيق الضريبة على القيمة المضافة في مصر» في ١٧/٥/٢٠١٤، وراجع د/ طارق عبد العال حماد: الضريبة العامة على المبيعات. المشكلات والمنازعات في التطبيق العملي. بغير ناشر، ٢٠٠٥.

## المبحث الأول

### مواد القانون ٦٧ لسنة ٢٠١٦ المشتبه بعدم دستوريتها

#### أولاً: الإخلال بحق المكلف في التوقع المشروع:

الأصل هو ألا يسري القانون على الماضي<sup>(١)</sup>، وأن يسري على المستقبل فيحكم الأوضاع التي قامت في ظله؛ فمبدأ عدم سريان القانون على الماضي أحد الأسس المتعارف عليها دولياً، والتي يقوم عليها القانون في كل بلد؛ لأن الأخذ به شرط لازم لتحقيق العدالة و استقرار النظام، إذ لو سرى القانون على الماضي لفقد الأفراد ثقتهم به و لاختلت معاملاتهم، وهو ما أسمته المحكمة الدستورية<sup>(٢)</sup> بحق الممول في التوقع المشروع، فليس من العدل أن يعاقب شخص على فعل سابق والقول بغير ذلك من شأنه إخضاع الأفراد في حقوقهم وحررياتهم لرحمة المشرع وعلو على ما تقدم فإن هذه القاعدة يقضي بها المنطق إذ كيف تطلب من الأفراد احترام قاعدة لم يعرفوها ولم يرتبوا أمورهم عليها<sup>(٣)</sup>. ولذلك يبدو منطقياً أن تخضع لسلطان التشريع الجديد كل الآثار التي تتم في ظله، وذلك توحيداً للحكم بين المراكز القانونية وأن تشريعات الضرائب تصدر لمواجهة الأوضاع القائمة وقت نفاذها وما يستجد من أوضاع بعد تاريخ العمل بها تحقيقاً للمساواة بين الخاضعين للضريبة<sup>(٤)</sup>. ويبدو أنه من هذا المنطق كان نص المشرع الدستوري في المادة ١٨٧ من دستور مصر السابق لعام ١٩٧١ على الأثر الفوري للقانون كقاعدة عامة حينما قرر أنه «لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها. ومع ذلك يجوز في غير المواد الجنائية النص في القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب». منتهياً بذلك إلى تقرير القاعدة العامة في هذا الشأن؛ فأجاز للمشرع في غير القوانين الجنائية سحب القوانين على الماضي، إلا أن المشرع الدستوري إدراكاً منه لخطورة هذا الاستثناء كان يتطلب لذلك أغلبية خاصة وهي أغلبية الأعضاء جميعاً لا أغلبية الحاضرين، فكانت سلطة المشرع البرلماني على ذلك النحو مقيدة بقيد أولهما أن يكون عطف القانون على الماضي متعلقاً بمجلس الشعب فقط وأن تكون موافقة المجلس على ذلك بأغلبية أعضاؤه، أما ثانيهما فهو قيد موضوعي، وهو أن يكون هناك مصلحة عامة<sup>(٥)</sup> لا يمكن

١. فتنطبق القانون على الماضي. وعلى حد قول محكمة النقض. يتنافى مع مبادئ العدالة والمشروعية ووجوب حماية الحقوق المكتسبة وما يقتضيه الصالح العام من استقرار معاملات الأفراد والمحافظة على الثقة والاطمئنان على حقوقهم، راجع حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٤٣ لسنة ٢٨ ق، جلسة ١٠/٢٨/١٩٧٥، على موقعها الأتي على شبكة الانترنت

<http://www.cc.gov.eg>.

٢. راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٠٨ لسنة ٢٤ ق. د جلسة ٢٠٠٦/٦/١١.

٣. راجع د / عماد الدين الشربيني: المدخل للعلوم القانونية، مكتبة جامعة طنطا، ١٩٨٤، ص ١٨٤.

٤. راجع حكم المحكمة العليا في ٦ مايو ١٩٧٨، الطلب رقم ٩ قضائية عليا (تفسير)، الجزء الثاني، ص ٢٤٤، مشار إليه في د / محمد عبد اللطيف: الضمانات الدستورية في المجال الضريبي دراسة مقارنة بين مصر والكويت وفرنسا، مطبوعات جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، ط ١٩٩٩، ص ١٨٢.

٥. ومن ذلك موافقة مجلس الشعب المصري على قرار رئيس الجمهورية بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ بتعديل أحكام نص المادة ٤٩

تحقيقها إلا بسريان القانون على الماضي وتقدير هذه المصلحة العامة متروك للمجلس. هذه القيود في خصوص مدى جواز تقرير الأثر الرجعي من عدمه كانت تنطبق أيضاً على القوانين الضريبية شأنها شأن باقي القوانين في الدولة، إلا أنه يحسب للدستور المصري الجديد لعام ٢٠١٤ أن شمل القوانين الضريبية هي الأخرى بالحظر الذي كان قاصراً على القوانين الجنائية فقط؛ فأضاف إلى الأخيرة المواد الضريبية أيضاً، ويظهر ذلك من نص المادة ٢/٢٢٥ من الدستور الجديد والتي وردت على النحو الآتي «ولا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ومع ذلك يجوز في غير المواد الجنائية والضريبية، النص في القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب». وبذلك أصبحت القاعدة الخاصة بعدم رجعية القوانين الجنائية تسري أيضاً في حق القوانين الضريبية، وهذه القاعدة ذات صفة دستورية مطلقة، يلتزم بها المشرعين الجنائي والضريبي على حد سواء فلا يجوز لأحدهما النص في القانون على خلافها وفقاً للمادة ٢٢٥ من الدستور وإلا كان التشريع باطلاً لمخالفته لصريح نص الدستور في هذه الحالة، على خلاف الحال في ظل ما كان يقرره دستور ١٩٧١ في هذا الشأن<sup>(١)</sup>. كما يتقيد بها القاضي الجنائي والضريبي، فلا يجوز أن يخرج عند تطبيقهما للقانون عن حكمها<sup>(٢)</sup>. وعدم الرجعية<sup>(٣)</sup> في المجال الضريبي تجد مبررها في الأثر السلبي الذي يمكن أن يسفر عنه فرض الضريبة بأثر رجعي حيث يؤثر في استقرار المعاملات والطمأنينة، مما يؤدي إلى إضعاف روح الادخار والاستثمار، كما أن من شأن فرض الضريبة بأثر رجعي تعذر تحقيق العدالة الاجتماعية، وبصفة عامة فإن فرض ضريبة جديدة أو زيادة سعر ضريبة موجودة بأثر رجعي يؤدي إلى مطالبة الأفراد بمبالغ كبيرة عن مدة خلت، وهو

من قانون المحكمة الدستورية العليا والذي اتخذ في غيبة المجلس خلال فترة الإجازة البرلمانية، وذلك فيما نص عليه من أنه "يترتب على الحكم بعدم الدستورية لنص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم يعدد الحكم لذلك تاريخاً آخر" كما نص على "الأ يكون الحكم بعدم الدستورية لنص ضريبي في جميع الأحوال إلا أثراً مباشراً وذلك دون الإخلال باستفادة المدعى من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص" حيث أقتنع المجلس بأوجه المصلحة العامة التي تفيهاها قرار رئيس الجمهورية بالتعديل والتي قدمتها الحكومة في بيانها أمام المجلس بجلسة ١٩٩٨/١٢/١ والتي كان من أهمها ضرورة عدم تعرض الخزانة العامة لاضطراب مالي أو لتفادي انهيار الأمن الاجتماعي، أو العمل على تحقيق الصالح العام وعدم المساس بالحقوق المكتسبة، وذلك من جراء رد مبالغ مالية كبيرة تقدر بحوالي ٨ مليار جنيه مما يكون له أثر سيء على مسيرة التنمية الاقتصادية والاجتماعية. راجع هذا الموضوع تفصيلاً لدى د/ بشير علي باز: أثر الحكم الصادر بعدم الدستورية في ضوء أحكام القرار بقانون ١٦٨ لسنة ١٩٩٨، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية، ط ٢٠٠٥، ص ١٢٣ وما بعدها.

١. فلم تكن رجعية القانون الضريبي تمثل مخالفة دستورية حيث أن القضاء الدستوري في مصر كان مستقراً على أنه لا يوجد نص دستوري يمنع من تقرير الأثر الرجعي للتشريع الضريبي، راجع حكم الدستورية العليا الصادر في ٢ يناير ١٩٩٢، الجريدة الرسمية، العدد ٣، ٢١ يناير ١٩٩٣، ص ١٢٠، مشار إليه في د/ محمد عبد اللطيف: الضمانات الدستورية، المرجع السابق، ص ١٨٥.
٢. راجع د/ يسر أنور: على: شرح قانون العقوبات القسم العام ج أحكام عامة، دار النهضة العربية بالقاهرة، ط ١٩٨٦، ص ١٢٤.
٣. نتيجة للإضافة التي نوهنا عنها في المادة ٢/٢٢٥ من الدستور الجديد لعام ٢٠١٤ تحول مبدأ عدم الرجعية في المجال الضريبي من مبدأ تشريعي له قيمة تشريعية فقط يجوز للمشرع مخالفته (بينما لا يجوز للسلطة التنفيذية مخالفته إذ يقيد المبدأ الحكومة والإدارة فلا يجوز لهما أبداً تطبيق قانون جديد بأثر رجعي ما لم يقرر المشرع ذلك) إلى مبدأ دستوري يقيد السلطتين التشريعية والتنفيذية على السواء فلا يجوز لأياً منهما مخالفته. راجع د/ محمد عبد اللطيف: الضمانات، المرجع السابق، ص ١٨٣.

ما لم يكن يتوقعه الأفراد أو يحسبون له حساباً، ولعل قوة المبررات السابقة ووجاهتها هي التي دعت البعض<sup>(١)</sup> إلى تصوير هذا المبدأ أو القاعدة بالضمانة أو حق الممول في الأمان مما قد يفاجئه به المشرع في المستقبل من قوانين أو قرارات تتعلق بالماضي.

ومما يعد إخلالاً بحق المكلف في التوقع المشروع ويتعارض بالتالي مع قاعدة عدم رجعية القوانين الضريبية المستقر عليها قضاءً، والمجمع عليها فقهاً ما نصت عليه المادة ٢/١١ من قانون الضريبة على القيمة المضافة الصادر بالقانون ٦٧ لسنة ٢٠١٦ من أنه: «وتعدل أسعار العقود المبرمة بين مكلفين أو بين أطراف أحدها مكلف والسارية وقت فرض الضريبة وضريبة الجدول أو عند تعديل فئاتها بذات قيمة عبء الضريبة أو تعديلها.....». وقد كان هذا النص وما زال مثاراً للعديد من أوجه الجدل والانتقادات<sup>(٢)</sup>.

وقد تولت المادة ١٢ من اللائحة التنفيذية للقانون بيان كيفية تطبيق هذا النص، فقررت قصر هذا التعديل على الجزء الذي لم يتم تنفيذه من العقد بعد تاريخ العمل بالقانون أو تعديله وبحيث تكون الزيادة بمقدار عبء الضريبة، وذلك دون الإخلال بشروط التعاقد. وكان الأولى بالمشرع أن يقصر تطبيق القانون على العقود التي أبرمت بعد صدور القانون ٦٧ لسنة ٢٠١٦ تلافياً للوقوع في إثم رجعية القانون، ولا ينفي عن المشرع الوقوع في ذلك الإنم أن قصرت اللائحة التنفيذية للقانون التعديل على ذلك الجزء من العقد الذي يتم تنفيذه بعد العمل بالقانون لما يمثله ذلك من إخلال بحق التوقع المشروع الذي أتمته المحكمة الدستورية العليا من قبل، خاصة وأن معظم تلك العقود تتعلق بتنفيذ مشروعات قومية تتولاها شركات أجنبية أو محلية وما يمكن أن يثيره ذلك من فقدان للثقة في الاستثمار الآمن في مصر، إضافة إلى المشكلات المنتظر أن تواجه جهات الإسناد جراء تطبيق مثل هذا النص، وهو ما حاول أن يتحاشاه المشرع في المادة ٣/١٢ من اللائحة التنفيذية للقانون حينما أوجب على وزارة المالية استقطاع الضريبة وضريبة الجدول جبراً من جهات الإسناد الحكومية في حالة امتناعها عن تعديل العقود المشار إليها، وإذا كان المشرع بذلك قد حل جزء من المشكلة كما ذكر البعض<sup>(٣)</sup> بالنسبة للعقود الحكومية. وهو ما نشك فيه. إلا أن ذلك لا يعني أن المشرع استطاع بذلك الحل أن يحبط الآثار السيئة التي ترتبها رجعية النص حتى بالنسبة لجهات الإسناد الحكومية إذ من المعلوم أن تلك الجهات تتبع وزارات أو هيئات حكومية لها موازنات تم تحديدها

١. راجع د/ رمضان صديقي: الإدارة الضريبية الحديثة، دار النهضة العربية، ط ثانية، ٢٠٠٦، ص ٩٦.

٢. راجع د/ جلال الشافعي: دراسة تحليلية انتقادية للضريبة على القيمة المضافة في ظل القانون ٦٧ لسنة ٢٠١٦، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الخامس والعشرين إشكاليات وآليات تطوير المنظومة الضريبية، في الفترة من ١٢ - ١٣ ديسمبر ٢٠١٧، ص ٣٣ وما بعدها، وراجع د/ باسم نعيم عوض: إشكاليات تطبيق الضريبة على القيمة المضافة، بحث مقدم لذات المؤتمر، ص ٤ وما بعدها.

٣. راجع د/ رمضان صديقي: الضريبة على القيمة المضافة في التشريع المصري والمقارن دراسة تحليلية لأحكام قانون الضريبة على القيمة المضافة والضرائب الانتقائية (ضريبة الجدول) وفقاً لأهم التشريعات الضريبية المقارنة مع إشارة خاصة بالقانون ٦٧ لسنة ٢٠١٦ ولائحته التنفيذية مدعماً بأراء الفقه وفتاوى مجلس الدولة وأحكام القضاء، دار النهضة العربية بالقاهرة، ط ٢٠١٧، ص ١٨٢.

بالفعل إيراداً ومصرفاً، قبل صدور القانون وبالتالي فإن الواقع العملي ينبئ عن حدوث العديد من المشاكل والارتباك إذ ما أريد تطبيقه؛ إذ أن سداد الضريبة سوف يتسبب في حدوث العجز في بنود من لم يكن في حسابها أو اعتباراتها عند إعدادها لموازنتها، هذا من ناحية أخرى فإن نص اللائحة التنفيذية المشار إليه لم يحل المشكلة بالنسبة إلى العقود التي يكون طرفها القطاع الخاص.

### ثانياً: تنازل المشرع عن اختصاصه بتحديد العناصر الأساسية للضرائب:

ويقصد بالعناصر الأساسية للضريبة تلك المتعلقة بوعاء الضريبة وسعرها وطرق تحصيلها، وقد ورد ذكر هذه العناصر في المادة ٣٤ من الدستور الفرنسي والتي جرى نصها على أنه « يحدد القانون القواعد المتعلقة بوعاء وسعر وطرق تحصيل الفرائض الضريبية أياً كانت طبيعتها». على العكس من ذلك المادة ٣٨ من الدستور المصري لعام ٢٠١٤، ومن قبله المادة ١١٩ من دستور مصر السابق عام ١٩٧١، ومع ذلك فإن هذا الاختلاف ظاهري فقط. كما ذهب البعض<sup>(١)</sup>. لأننا لا نكون بصد «فريضة ضريبية» إلا إذا توافرت لها العناصر الثلاثة السابقة وهي الوعاء والسعر وطرق التحصيل، ولذلك استقر الفقه والقضاء<sup>(٢)</sup> في مصر على ضرورة تدخل المشرع لتنظيم هذه العناصر الثلاثة. وعلى ذلك فإن تحديد القواعد الخاصة بالوعاء والسعر وطرق التحصيل هو عمل أعمال المشرع بينما تتولى السلطة التنفيذية تحديد القواعد الخاصة بتنفيذ تلك القواعد التي صاغها المشرع، كما يقع على عاتقها تحديد القواعد الأخرى غير تلك التي تخص الوعاء والسعر وطرق التحصيل<sup>(٣)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن المقصود بالقواعد الخاصة بالوعاء الضريبي تلك الخاصة باختيار المال محل الضريبة، بشكل منضبط عن طريق تحديد الواقعة المنشئة للضريبة وما يستتبعه ذلك من تحديد النطاق المكاني للقانون الضريبي من حيث الأخذ بقاعدة إقليمية الضريبة أم بقاعدة شخصية الضريبة، وطرق تقدير الضريبة التي سيتم تطبيقها في كل حالة على حده. أما سعر الضريبة فهو الطريقة التي يلجأ إليها المشرع لتحديد مقدار الضريبة وهو عبارة عن نسبة مئوية من المادة

١. راجع د / محمد عبد اللطيف : الضمانات الدستورية ، مرجع سابق، ص ١٢ .

٢. ومن ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية ٧٨ لسنة ٢٦ ق . د بجلسة ٢٠١٠/٣/٧ حيث قررت «إن السلطة التشريعية هي التي تنظم أوضاع الضريبة العامة بقانون يصدر عنها -على ما تقضى به المادة (١١٩) من الدستور- يكون متضمناً تحديد وعائها وأسس تقديره، وبيان مبلغها، والمتزمين أصلاً بأدائها، والمسئولين عن توريدها، وقواعد ربطها وتحصيلها وتوريدها، وضوابط تقادتها، وغير ذلك مما يتصل بينانها عدا الإعفاء منها، إذ يجوز أن يتقرر في الأحوال التي يبينها القانون». وراجع أيضاً في ذات المعنى أحكامها في القضية رقم ٩ لسنة ١٧ ق . د السابق الإشارة إليه، ص ١٦٤، وكذا حكمها في القضية رقم ٢٣ لسنة ١٦ ق. د بجلسة ١٩٩٦/١١/٣.

٣. من ذلك ما قضت المحكمة الإدارية العليا في شأن ضريبة الأطيان بالقانون ١١٣ لسنة ١٩٣٩ من أنه «حدد المشرع الأحكام الخاصة بربط الضريبة على الأطيان الزراعية فحدد أحوال فرض الضريبة ووعائها وسعرها وطريقة تقديرها والأحوال الخاصة برفعها أو الإعفاء منها بطريقة دائمة أو مؤقتة كما حدد مواعيد استحقاقها وطريقة دفعها والإجراءات الخاصة بتحصيلها - نتيجة ذلك عدم السماح للجهة القائمة على التنفيذ بسلطة تقديرية في تحديد قيمة الضريبة أو الإعفاء منها واقتصر دورها على مجرد اتخاذ الإجراءات القانونية التي فرضها القانون في مواجهة الخاضع لها دون أن يكون لها سلطة إصدار قرار إداري ينشئ أو يعدل أو يلغى المركز القانوني بالمعنى الدقيق» راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٠٦٨ لسنة ٢٣ ق . ع بجلسة ١٩٩٢/٦/٢٨ .

الخاضعة للضريبة الواجب على المكلف دفعه للدولة<sup>(١)</sup>. أما طرق التحصيل فيقصد بها الطريقة التي سوف يتم اتباع جهة الإدارة لها وهي بصدد جبايتها للضريبة فهل سيتم ذلك بالطريق المباشر من الممول أم بالطريق غير المباشر؟ وما يتعلق بذلك من حيث المكان<sup>(٢)</sup> الذي سوف تؤدي فيه الضريبة ووقت هذا الأداء<sup>(٣)</sup>، والطريقة التي سوف تتبعها الإدارة الضريبية في حالة تعثر<sup>(٤)</sup> المكلف عن السداد والإجراءات التي سوف تتبعها في حالة تعسفه<sup>(٥)</sup> وامتناعه عن السداد<sup>(٦)</sup>. ومن ثم ليس للمشرع أن يقتصر على تنظيم جانب أو جوانب دون أخرى من الجوانب السابقة تاركاً للسلطة التنفيذية القيام بذلك وإلا أعد ذلك تفریطاً منه في السلطة التي خولها له الدستور في مجال فرض الضريبة العامة وإهداراً لاختصاصه، يكفي بذاته للحكم بعدم الدستورية. وهذا ما كان بالفعل من أمر محكمتنا العليا في العديد من الأحكام<sup>(٧)</sup> التي تنازل فيها المشرع عن الولاية المنوطة به في شأن الضريبة مفوضاً أمرها للسلطة التنفيذية<sup>(٨)</sup>. وبناءً على ما تقدم فإن التفويض الذي قرره المشرع لوزير المالية في الفقرة الأخيرة من المادة ١٦ من القانون ٦٧ لسنة ٢٠١٦ في أن يصدر قراراً منه بتعديل حد التسجيل الذي عينه القانون هو تفويض غير دستوري لأنه أوكل للسلطة التنفيذية الحق في تعديل وعاء الضريبة على غير ما تقضي به المادة ٢/٢٨ من الدستور المصري لعام ٢٠١٤<sup>(٩)</sup>.

١. راجع د/ عبد الهادي مقبل: نظرية الضريبة، مكتبة جامعة طنطا، ط ٢٠٠٠، ص ١٣١ وما بعدها.
٢. ومن ذلك ما جاء بالمادة ٢/١٠٢ من القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ من أنه «ويكون دين الضريبة واجب الأداء في مقر المصلحة وفروعها دون حاجة إلى مطالبة في مقر المدين».
٣. ومن ذلك ما جاء بالمادة ٢/٨٤ من القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ من أنه «ومع مراعاة أحكام الفقرة الثانية من المادة ٦٣ من هذا القانون يلتزم الممول بسداد مبلغ الضريبة المستحق من واقع الإقرار في ذات يوم تقديمه بعد استنزال الضرائب المخصومة والدفعات المقدمة..».
٤. ومن ذلك ما جاء بالمادة ١٠٥ من القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ من أنه «يكون تحصيل الضريبة دفعة واحدة أو على أقساط لا تتجاوز عدد السنوات الضريبية التي استحققت عنها الضريبة. وإذا طرأت ظروف عامة أو ظروف خاصة بالممول تحول دون تحصيل الضريبة وفقاً لحكم الفقرة السابقة، جاز لرئيس المصلحة أو من ينيبه تقسيطها على مدة أطول بحيث لا تزيد على مثلي عدد السنوات الضريبية».
٥. جرى نص المادة ١٠٦ من القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ على أنه «يتبع في تحصيل الضرائب والمبالغ الأخرى المستحقة بمقتضى هذا القانون أحكام القانون رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ في شأن الحجز الإداري والأحكام المنصوص عليها في هذا القانون. وتسري أحكام الفقرة السابقة على الشركات والمنشآت أيًا كان النظام القانوني المنشأة وفقاً له، ويلغى كل ما يخالف ذلك».
٦. راجع في طرق تحصيل الضريبة تفصيلاً د/ عبد الهادي مقبل: نظرية الضريبة، المرجع السابق، ص ١٥٧ وما بعدها.
٧. راجع على سبيل المثال حكمها في القضية رقم ١٨ لسنة ٨ ق. د جلسة ١٩٩٦/٢/٣، مشار إليه في د/ محمد عبد اللطيف: الأسس الدستورية، الدستورية لقوانين الميزانية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ط ٢٠٠٧، ص ١٦.
٨. وقد وصفت المحكمة الدستورية العليا هذا التنازل من المشرع قائلة «وهي المخالفة التي تمثلت في إهدار المشرع اختصاصه بتعديل الضريبة، وإسناده لرئيس الجمهورية، بما يعد إعراضاً من جانب المشرع عن مباشرة ولايته الأصلية في تحديد نطاق هذه الضريبة وقواعد سريانها، ونقل مسؤولياته إلى السلطة التنفيذية وتفويضها في ذلك، الأمر الذي يمس ببيان الضريبة التي فرضها القانون، ويشرك هذه السلطة في إنشائها وتفسير أحكامها، وهو المجال المحجوز للسلطة التشريعية دون غيرها بصريح نص الأحكام الدستورية السالف بيانها «راجع حكم الدستورية العليا في القضية رقم ٢٢ لسنة ٢٢ ق. د جلسة ٢٠١٢/١٠/١٤ والصادر بعدم دستورية البند أولاً من المادة ٣ من القانون ٢ لسنة ١٩٩٧ بتعديل بعض أحكام قانون الضريبة العامة على المبيعات ١١ لسنة ١٩٩١ اعتباراً من ١٩٩٢/٣/٥».
٩. وتجدر الإشارة إلى احتواء قانون الضريبة على المبيعات ١١ لسنة ١٩٩١ الملغى على نص مماثل لهذا النص في المادة ١٨ منه وسبق

## ثانياً: الأصل في الإنسان البراءة:

يؤسس افتراض البراءة على الفطرة التي جبل الإنسان عليها، فقد ولد الإنسان مبرأً من الخطيئة أو المعصية، ويفترض على امتداد مراحل حياته أن أصل البراءة لازال كامناً فيه، مصاحباً له فيما يأتيه من أفعال إلى أن تنتقص محكمة الموضوع بقضاء جازم. لا رجعة فيه. هذا الافتراض، على ضوء الأدلة التي تقدمها النيابة العامة مثبتة بها الجريمة التي نسبتها إليه في كل ركن من أركانها، وبالنسبة إلى واقعة ضرورية لقيامها<sup>(١)</sup>. وعلى ذلك فإن المتهم بجريمة مهما بلغت جسامتها ومهما كانت خطورته يعد بريئاً حتى تثبت إدانته قانوناً<sup>(٢)</sup>. ولما كان أصل البراءة ليس إلا تأكيداً لأصل عام هو حرية المتهم، فإنه يترتب عليه ضرورة حماية الحقوق والحريات، والتي بغيرها يفقد أصل البراءة معناه، لأن الحرية لا يمكن أن ترتفع من خلال انتهاكات للحقوق والحريات التي تكون معها وحدة متكاملة هي كرامة الإنسان. فلا معنى لأصل البراءة إذا أجريت المحاكمة من خلال إجراءات لا تحترم حقوق الدفاع<sup>(٣)</sup>. وقد أكد الدستور المصري لسنة ١٩٧١ هذا الأصل<sup>(٤)</sup>، فنصت مادته السابعة والستين على أن «المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه» وتبعه في ذلك دستور مصر الجديد لعام ٢٠١٤ فقرر في مادته السادسة والتسعون على أن «المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية عادلة تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه..» ومبدأ الأصل في المتهم البراءة، حق من الحقوق الإنسانية للفرد يواجه به السلطة إذا ما تعرض للاتهام، فحق الدولة في توقيع العقاب على المتهم وسلطتها في جمع الأدلة واتخاذ الإجراءات الجنائية ضده يمنح للدولة سلطة على المتهم الذي أمامها في موقف أضعف قد يؤدي بحريته ولا سبيل له في كثير من الأحيان إلا أن يلوذ بحقه الأصيل في أن الأصل في المتهم البراءة. فهذا الأصل يعتبر مبدأ أساسياً لضمان الحرية الشخصية للمتهم، وعليه ينتقل عبء إثبات الإدانة حيث يقع على عاتق النيابة العامة. ومن ثم يجب معاملة المتهم بجريمة مهما كانت جسامتها بوصفه شخصاً بريئاً حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات، وقد كان للقضاء دور كبير في إعلاء شأن هذا المبدأ والتأكيد عليه في العديد من الأحكام ومن ذلك قضاء المحكمة الدستورية والتي حظي المبدأ باهتمامها اهتماماً ظهر في العديد من أحكامها

التنبية إلى عدم دستوريته من قبل بعض الفقه، ومع ذلك فإن المشرع لم يعر هذا التنبية اهتماماً وعاد للنص عليه من جديد في قانون الضريبة على القيمة المضافة الصادر بالقانون ٦٧ لسنة ٢٠١٦، راجع د/ رمضان صديق بعض النصوص المشتبه فيها دستورياً، مرجع سابق، ص ١٠.

١. راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ ق د، جلسة ١٩٩٥/٧/٣، مشار إليه في د/ أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، ط ٢٠٠٠، ص ٥٩٩.

٢. راجع د/ محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية/ ط ٣، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، ص ٧٨٢.

٣. راجع د/ أحمد فتحي سرور: المرجع السابق، ص ٦٠٠.

٤. تجدر الإشارة إلى أن علماء المسلمين قد سبقوا إلى الإجماع على هذه القاعدة، راجع في تفصيلات ذلك والتأصيل لمبدأ أصل البراءة لدى الفقه الإسلامي، د/ إبراهيم الزلي: معين القضاة لتحقيق العدل والمساواة، الصلة بين المنطق والقانون، الناشر إحسان للنشر والتوزيع، ط أولى، ٢٠١٤م - ١٤٣٥هـ، ص ١٥٥-١٥٦.

ومن ذلك قضاؤها أنه: «وحيث إن الدستور كفل في مادته السابعة والستين الحق في المحاكمة المنصفة بما تنص عليه من أن المتهم برئ حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه، وهو حق نص عليه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مادتيه العاشرة والحادية عشرة التي تقر أولهما أن لكل شخص حقاً مكتملاً ومتكافئاً مع غيره في محاكمة علنية ومنصفة تقوم عليها محكمة مستقلة محايدة، تتولى الفصل في حقوقه والتزاماته المدنية، أو في التهمة الجنائية الموجهة إليه، وتردد ثانيتهما في فقرتها الأولى حق كل شخص وجهت إليه تهمة جنائية في أن تفترض براءته إلى أن تثبت إدانته في محاكمة علنية توفر له فيها الضمانات الضرورية لدفاعه. وهذه الفقرة السابقة هي التي تستمد منها المادة ٦٧ من الدستور أصلها، وهي تردد قاعدة استقر العمل على تطبيقها في الدول الديمقراطية، وتقع في إطارها مجموعة من الضمانات الأساسية تكفل بتكاملها مفهوماً للعدالة يتفق بوجه عام مع المقاييس المعاصرة المعمول بها في الدول المتحضرة... ثم تستطرد المحكمة في حكمها لتؤكد على اتساع نطاق هذه القاعدة ليشمل أي اتهام ولو كان غير جنائي فتقرر» .. ولأن نطاقها وإن كان لا يقتصر على الاتهام الجنائي وإنما يمتد إلى كل دعوى ولو كانت الحقوق المثارة فيها من طبيعة مدنية، إلا أن المحاكمة المنصفة تعتبر أكثر لزوماً في الدعوى الجنائية وذلك أياً كانت طبيعة الجريمة وبغض النظر عن درجة خطورتها، وعلّة ذلك أن إدانة المتهم بالجريمة إنما تعرضه لأخطر القيود على حريته الشخصية وأكثرها تهديداً لحقه في الحياة، وهي مخاطر لا سبيل إلى توقيها إلا على ضوء ضمانات فعلية توازن بين حق الفرد في الحرية هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى حق الجماعة في الدفاع عن مصالحها الأساسية<sup>(١)</sup>. والمبدأ على النحو السابق يجعل إثبات التهمة في حق المتهم يقع على عاتق النيابة العامة، فعليها وحدها عبء إثبات الجريمة بأركانها فعليها وحدها عبء تقديم الدليل<sup>(٢)</sup>. ويخضع إثبات التهمة إلى قواعد أخرى تحكم إدارة الدليل بعيداً عن المتهم الذي لا يلتزم بتقديم أي دليل على براءته، وكل ما له هو أن يناقش أدلة الإثبات التي تتجمع لكي يفندها أو يضع فيها بذور الشك دون أن يلتزم بتقديم أدلة إيجابية تقيده براءته<sup>(٣)</sup>. وترتيباً على ما سبق فإن المشرع لا يملك أن يفرض قرائن قانونية لإثبات التهمة أو لنقل عبء الإثبات على عاتق المتهم، لمناقضة ذلك بعدم التزام المتهم بإثبات براءته تطبيقاً لأصل البراءة ولا سبيل لدحض أصل البراءة بغير الأدلة التي تبلغ قوتها الاقتناعية مبلغ الجزم الذي تخلص إليه المحكمة<sup>(٤)</sup>.

وقد بين الفقه العديد من المبررات والاعتبارات المنطقية التي تبين أهمية قرينة البراءة وأهمها:

١. راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٣ لسنة ١٢ ق. د، جلسة ١٩٩٢/٢/٢.

٢. Philippe conté, Patrick Maistre du chombon procedure pénal 2 émé édition – Armand colin, p.23.

٣. راجع د/ أحمد فتحى سرور، الحماية الدستورية للحقوق، المرجع السابق، ص ٦٠٦.

٤. راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ ق. د، جلسة ١٩٩٥/٧/٣، سابق الإشارة إليه.

أولاً: تفادي الأضرار التي لا يمكن تعويضها إذا ما ثبتت براءة المتهم الذي افترض فيه الجرم وعمِلَ على هذا الأساس.

ثانياً: حماية أمن الأفراد وحرية الفردية ضد تحكم السلطة في حالة افتراض ارتكاب الجرم في حق المتهم.

ثالثاً: أن قرينة البراءة تتفق مع الاعتبارات الدينية والأخلاقية التي تهتم بحماية الضعفاء.

رابعاً: الإسهام في تلافي الأخطاء القضائية بإدانة الأبرياء الأمر الذي يؤدي إلى فقدان الثقة في النظام القضائي في نظر المجتمع<sup>(١)</sup>.

وعلى ذلك فإن المشرع إذا ما خرج على أصل البراءة فأقام قرائن معينة بمجرد توافرها في حق المكلّف أُعْتَبِرَ مخالفاً للقانون أو متهرباً من الضريبة، وأن التهمة ثابتة في حقه مع أن افتراض ثبوت التهمة في حق المتهم تجعله في موضع حرج فيجد نفسه مضطراً لتحمل دليل إثبات العكس، فالقرائن سواء كانت قانونية أم قضائية تعارض تماماً مبدأ قرينة البراءة التي تتحكم في مسألة إسناد عبء الإثبات، هذه الممارسة تشكل مصدراً هاماً من مصادر التعسف وخرق الحريات الفردية، لهذا فالفقه الجنائي لا يرتاح لوجود مثل هذه القرائن فقد « فلا شيء يناقض روح القضاء الجنائي مثل الاتكال على هذه القرائن وإعمالها فالقضاء الجنائي لا ينبغي أن يعتمد على العشوائية ولكن عليه اعتماد أسلوب العلم والدراية»<sup>(٢)</sup>.

وفي المجال الضريبي بصفة خاصة كان للمحكمة الدستورية العليا دور كبير في الكشف عن مخالفة عدد لا بأس به من النصوص الضريبية للدستور كنتيجة مباشرة لمخالفتها لأصل البراءة، ومن ذلك دستورية نص المادة ١٢١ من قانون الجمارك الصادر بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ فيما تضمنته فقرتها الثانية من افتراض العلم بالتهريب إذا لم يقدم من وجدت في حيازته البضائع بقصد الاتجار المستندات الدالة على أنها قد سددت عنها الضرائب الجمركية المقررة<sup>(٣)</sup>، ومن ذلك أيضاً حكمها بعدم دستورية ما تضمنته المواد ٣٧، ٣٨، ١١٧ من قانون الجمارك الصادر بالقرار بقانون ٦٦ لسنة ١٩٦٣ من اعتبار النقص في عدد الطرود المفرغة أو محتوياتها عما أدرج في قائمة الشحن، قرينة على تهريبها، باعتبار أن هذه القرينة تناقض أصل البراءة<sup>(٤)</sup>. وأخيراً قضاؤها<sup>(٥)</sup> بعدم دستورية البند سادساً من المادة ٦/٤٤ من قانون الضريبة العامة على المبيعات

١. راجع د/ أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية، المرجع السابق، ص ٥٩٦.

٢. Traité théorique et pratique de preuves en droit civil et en droit criminel , 4eme Edition- paris.

٣. راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٣ لسنة ١٢ ق. د، سابق الإشارة إليه.

٤. راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٧٢ لسنة ١٨ ق. د، جلسة ١٩٩٧/٨/١٤، مشار إليه في د/ أحمد فتحي سرور:

المرجع السابق، ص ٦١٤.

٥. وفيه ذهبت المحكمة إلى أنه وحيث إن المشرع، بما نص عليه بصدور المادة (٤٤) المطعون فيه، من أنه «يعد تهريباً من الضريبة»، وهي جريمة عمديه، نص في البند السادس من هذه المادة على أن مجرد تقديم بيانات خاطئة عن المبيعات تتجاوز ١٠٪ مما ورد بالإقرار بمثابة قرينة قانونية على جريمة التهريب العمدي من سداد الضريبة، منشئاً بذلك قرينة قانونية يكون ثبوت الواقعة البديلة بموجبها دليلاً على ثبوت واقعة التهريب الضريبي التي كان ينبغي على النيابة العامة أن تتولى بنفسها مسئولية إثباتها في إطار التزامها بإقامة

الصادر بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١ فيما نصت عليه من أنه «يعد تهرباً من الضريبة يعاقب عليه بالعقوبات المنصوص عليها في المادة السابقة ما يأتي: ٦ - تقديم بيانات خاطئة عن المبيعات إذا ظهرت فيها زيادة تجاوز (١٠٪) عما ورد بالإقرار. وسقوط نص المادة (٤٣) من القانون في مجال تطبيقها على البند رقم (٦). أما محكمة النقض فقد كان من قضائها في هذا الشأن ما قضت به من أن «نص المادة ٩/٤٧ من قانون الضريبة العامة على المبيعات الصادر بالقانون ١١ لسنة ١٩٩١، افتراض في حق من يحوز السلع الخاضعة للضريبة بقصد الاتجار، العلم بأنها مهربة من هذه الضريبة إذا لم يقدم من وجدت في حيازته هذه السلع المستندات الدالة على سداد الضريبة. وأن هذا النص قد أقام قرينة مبناهما افتراض العلم بالتهريب ونقل إلى المتهم عبء إثبات براءته، يكون قد خالف المادة ٦٧ من الدستور التي نصت على المتهم بريء حتى تثبت براءته في محاكمة قانونية يُكفل له فيها الدفاع عن نفسه»<sup>(١)</sup>. وعلى الرغم من القضاء السابق لمحكمة العليا إلا أن المشرع في القانون ٦٧ لسنة ٢٠١٦ وعلى ما يبدو لم يعر هذا القضاء اهتماماً، فنجده يذهب لاعتماد نظام القرائن المنافية لأصل البراءة في المادة ٨ من قانون الضريبة على القيمة المضافة حينما أقام بتوقف المسجل عن النشاط أو تصفيته قرينة على تصرفه في السلع الخاضعة للضريبة بمقابل يوجب أداء الضريبة، دون أن يجعل له مجالاً لأن يوضح ظروفه الخاصة عند التوقف، والحالة التي كانت عليها هذه السلع، وما إذا كانت تستحق عليها ضريبة من عدمه، إلا في حالة واحدة وهي حالة ما إذا كان الخلف مسجلاً لدى المصلحة<sup>(٢)</sup>، وعلى ذلك فإن عدم قيام المسجل بسداد الضريبة على البضائع

الأدلة المؤيدة لقيام كل ركن يتصل ببيان الجريمة، ويعتبر من عناصرها، بما في ذلك القصد الجنائي العام ممثلاً في إرادة الفعل مع العلم بالوقائع التي تعطي دلالة الإجرامية، وإذ كان ذلك فإن الواقعة البديلة التي اختارها النص المطعون فيه لا ترشح في الأغلب الأعم لاعتبار واقعة التهرب العمدي من أداء الضريبة ثابتة بحكم القانون، وتبدو القرينة - تبعاً لذلك - غير مرتكزة على أسس موضوعية ومقحمة لإهدار افتراض البراءة، ومجاورة من ثم لضوابط المحاكمة المنصفة التي كفلها الدستور «ثم انتهت إلى أن» = وحيث إن افتراض براءة المتهم من التهمة الموجهة إليه يقترن دائماً من الناحية الدستورية، ولضمان فعاليته، بوسائل إجرائية إلزامية تعتبر كذلك، من ناحية أخرى، وثيقة الصلة بالحق في الدفاع، وتتمثل في حق المتهم في مواجهة الأدلة التي قدمتها النيابة العامة إثباتاً للجريمة، والحق في حضاها بأدلة النفي التي يقدمها، وكان النص التشريعي المطعون عليه، وعن طريق القرينة القانونية التي افتراض بها ثبوت القصد الجنائي، قد أدخل بهذه الوسائل الإجرائية بأن جعل المتهم مواجهاً بواقعة أثبتتها القرينة في حقه بغير دليل، ومكلفاً بنفيها خلافاً لأصل البراءة، ومسقطاً عملاً كل قيمة أسبغها الدستور على هذا الأصل، ويكون النص، فضلاً عما تقدم جميعه، مخالفاً لضوابط المحاكمة المنصفة وما تشتمل عليه من ضمان الحق في الدفاع، ومن ثم يكون مخالفاً لأحكام المواد (٢٦ و ٣٤ و ٧٤ و ٧٦ و ٧٧ و ٧٨ و ٨١ و ٨٢ و ١٦٨ و ١٧٠) من الدستور القائم الصادر في ٢٥/١٢/٢٠١٢. راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٠٠ لسنة ٢٧ ق، د، جلسة ٧/٤/٢٠١٣.

١. راجع حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٢٢٠٦٤ لسنة ٦٣ ق، نقض جنائي (غرفة مشورة) جلسة ٢٢/٧/١٩٩٨، مشار إليه في د/ أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية، المرجع السابق، ص ٦١٦.

٢. بل أن الملفت للنظر أن المادة ٨ من القانون ٦٧ لسنة ٢٠١٦ تقابل تماماً المادة ٩ من قانون ضريبة المبيعات المُلغى ١١ لسنة ١٩٩١ والتي سبق وأن انتهت البعض إلى عدم دستوريتها بوصفها تتضمن تمييزاً أو ترجيحاً غير مقبول لمصلحة الإدارة الضريبية أو مصلحة الخزنة العامة للدولة على مصلحة الممول وهو ذات السبب الذي حكمت بسببه المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية المادة ٣/٢٢ من قانون الضريبة على الدخل السابق ١٥٧ لسنة ١٩٨١ .. راجع د/ رمضان صديق: بعض النصوص المشتبه فيها، مرجع سابق، ص ٤٩ وما قبلها.

التي في حوزته والتي افترض المشرع - افتراضاً تحكيمياً - قيامه ببيعها يدخله في عداد المتهرين من الضريبة وفقاً لحكم المادة ٢/٦٨ من القانون والتي جرى نصها على أنه: «يعد متهرباً من الضريبة وضريبة الجدول يعاقب عليه بالعقوبة المنصوص عليها في المادة ٦٧ من هذا القانون ما يأتي: ١- ٢- بيع السلع أو أداء الخدمة أو استيراد أي منهما دون الإقرار عنها، وسداد الضريبة وضريبة الجدول المستحقة». وهو ما يضي على النص شبهة عدم الدستورية لمخالفته لمبدأ أصل البراءة على التفصيل الذي عرضناه.

## المبحث الثاني النصوص المشتبه في عدم دستورتها في اللائحة التنفيذية لقانون ضريبة القيمة المضافة الصادر بالقانون ٦٧ لسنة ٢٠١٦

ونعرض في هذا المبحث لعدد من نصوص اللائحة التنفيذية لقانون الضريبة على القيمة المضافة والصادرة بموجب قرار وزير المالية ٦٦ لسنة ٢٠١٧<sup>(١)</sup> المشتبه في عدم دستورتها، وذلك طبقاً للعرض السابق عند الحديث عن المواد المشتبه في عدم دستورتها في القانون ٦٧ لسنة ٢٠١٦ وذلك على النحو الآتي:

### أولاً: وجوب التزام السلطة التنفيذية بالحدود المرسومة لها في المجال الضريبي:

الأصل أن السلطة التنفيذية لا تتولى التشريع، وإنما يقوم اختصاصها أساساً على أعمال القوانين وإحكام تنفيذها، غير أنه استثناء من هذا الأصل وتحقيقاً لتعاون السلطات وتساندها، فقد عهد الدستور إليها في حالات محددة أعمالاً تدخل في نطاق الأعمال التشريعية، ومن ذلك إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين<sup>(٢)</sup>، فنصت المادة ١٧٠ من دستور مصر لعام ٢٠١٤ على أن يصدر رئيس مجلس الوزراء اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين. وينظم الاختصاص اللائحي للسلطة التنفيذية في مجالات الضرائب الأحكام الواردة بالمادتين ٣٤ و٣٧ من الدستور الفرنسي<sup>(٣)</sup> لعام ١٩٥٨، والمادة ٢/٣٨ من دستور مصر لعام ٢٠١٤. إلا أن ما يصدر من لوائح عن السلطة التنفيذية يجب أن يقتصر فقط على تفصيل ما ورد إجمالاً من نصوص قانونية دون تعديل أو تعطيل<sup>(٤)</sup>، وعلى ذلك لا يجوز للسلطة التنفيذية أن تجعل من حق إصدار اللوائح ذريعة للانتقاص من حقوق الممولين أو أن تثقل كاهلهم بأعباء لم ينص عليها قانون الضريبة؛ فاختصاصها في هذه الحالة هو اختصاص استثنائي.

١. صدر قرار وزير المالية رقم ٦٦ لسنة ٢٠١٧ بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون الضريبة على القيمة المضافة ونشر بالوقائع المصرية في العدد ٥٥ تابع (أ) في ٧ مارس ٢٠١٧ على أن يعمل من اليوم التالي لتاريخ نشره.

٢. راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٥ لسنة ٥ ق. د ، جلسة ١٩٨٦/٥/١٧ .

٣. ويجرى نصها على أن "الموضوعات الأخرى غير تلك التي تدخل في مجال التشريع ، تكون لها الصفة اللائحية".

٤. راجع المادة ١٧٠ من دستور مصر لعام ٢٠١٤.

على حد تعبير المحكمة الدستورية. يجب أن ينحصر في الحدود الضيقة التي بينها نصوص الدستور حصراً، فدورها مجرد مكمل أو مفصل لما ورد بالقانون من أحكام<sup>(١)</sup>. فإذا ما تجاوزت اللائحة ذلك الإطار تكون عندئذ قد شرعت ابتداءً من خلال نصوص جديدة لا يمكن إسنادها إلى القانون، فالغرض من اللائحة إذن يتعين أن ينحصر في إتمام القانون أي وضع القواعد والتفاصيل اللازمة لتنفيذه مع الإبقاء على حدوده الأصلية بلا أدنى مساس<sup>(٢)</sup>. ودون أن تنطوي على تعديل أو إلغاء لأحكامه، أو أن تضيف إليه أحكاماً تبعده عن روح التشريع، فيجاوز مصدرها الاختصاص الدستوري له متعدياً على السلطة التشريعية<sup>(٣)</sup>.

وعلى ضوء المبادئ السابقة فإن هناك بعضاً من مواد اللائحة التنفيذية لقانون الضريبة على القيمة المضافة ٦٧ لسنة ٢٠١٦ تعد مخالفة تماماً للدستور لانحرافها عن الإطار الذي ينبغي تنحصر فيه من الناحية الدستورية ومن ذلك:

#### (١): تخصيص عقود النشاط السياحي بحكم خاص على خلاف حكم القانون:

حيث ورد نص الفقرة الأخيرة من المادة ١٢ من اللائحة التنفيذية ليقرر أنه: «لا يسري حكم الفقرة الأولى من هذه المادة على عقود النشاط السياحي المبرمة قبل العمل بالقانون والتي تنفذ خلال الموسم محل التعاقد فقط إلى نهايته، بشرط أن يقدم المكلف ما يثبت التعاقد قبل العمل بأحكام القانون...» وحكم الفقرة الأولى تلك يتناول تفاصيل مسألة تعديل العقود والتي سبق للمشرع وأن أطلق بشأنها حكماً عاماً نص عليه في المادة ٢/١١ من قانون الضريبة على القيمة المضافة ٦٧ لسنة ٢٠١٦ من أنه: «وتعدل أسعار العقود المبرمة بين مكلفين أو بين أطراف أحدها مكلف والسارية وقت فرض الضريبة وضريبة الجدول أو عند تعديل فئاتها بذات قيمة عبء الضريبة أو تعديلها.....» وعلى ذلك تكون اللائحة التنفيذية للقانون. قد أتت بحكم جديد لم يكن في ضمير المشرع. وإلا كان قد أدرجه صلب المادة ١١ من القانون ٦٧ لسنة. حينما استثنت عقود النشاط السياحي من الحكم العام الذي قرره المشرع لكافة العقود دون استثناء، وهو ما يكشف عن عدم دستوريتها.

١. راجع د/ مصطفى محمود عفيفي: الوجيز في مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الكتاب الأول، ط ٢، المبادئ

العام للقانون الدستوري «مع دراسة تطبيقية للقانون الدستوري المصري»، بغير ناشر، ١٩٨٤، ص ٢٠٦.

٢. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بشأن عدم وجود نص في القانون ١١ لسنة ١٩٩١ بشأن الضريبة العامة على المبيعات الملغى يفيد سريان تلك الضريبة على البيع الأول للمستورد وورد النص على ذلك فقط في اللائحة التنفيذية بأن: «مناطق فرض الضريبة. كأصل عام. هو القانون وليس اللائحة التنفيذية. طبقاً للمبادئ الدستورية المتعارف عليها. بإصدار اللوائح اللازمة للقوانين مشروط بالآتي يكون فيها تعديل أو تعطيل لها أو الإعفاء من تنفيذها أو استحداث ما من شأنه مخالفة غرض المشرع وهو ما يطلق عليه لائحة أو قرار.. فإذا بان أن هذا القرار أو تلك اللائحة قد خرج عن هذا النطاق التشريعي أصبح معدوم الأثر ويكون للقضاء العادي ألا يعتد به في مقام تطبيق القانون الذي صدر القرار تنفيذاً له. ومن ثم فإنه لا محل للاعتداد بما جاء باللائحة التنفيذية لقانون الضريبة العامة على المبيعات من استحقاق الضريبة على السلع المستوردة حال بيعها بجلتها دون تغيير بمعرفة المستورد في السوق المحلي». راجع حكم محكمة النقض في الطعن رقم ١٢٤ لسنة ٧٠ ق جلسة ٧/٧/٢٠٠٥.

٣. راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٤٦ لسنة ٢٥ ق. د بجلسة ١/٤/٢٠٠٩ مشار إليه في د/ رمضان صديق: بعض النصوص المشتبه فيها، المرجع السابق، ص ١٥.

## (٢): إعفاء الخدمات التي تقدمها الهيئة القومية للبريد خلافاً لحكم القانون:

ورد البند ٢٧ من قائمة الإعفاءات المرفقة بقانون الضريبة على القيمة المضافة ليقرر إعفاء «الطابع البريدية والمالية» من الضريبة ومع أن كلاً منهما معلوم فالطابع البريدية وطبقاً للتقسيم المقرر بمعرفة الهيئة القومية للبريد تنقسم إلى طوابع عادية، وأخرى حكومية، وثالثة تذكارية ثم طوابع الدمغة والتنمية، وطوابع أخرى بخلاف ذلك وتشمل جميع أنواع الطوابع المهنية (مهن تطبيقية، مهن اجتماعية) وكذلك طوابع دعم المشروعات والطوابع الخيرية (الأمومة والطفولة) إلا أن اللائحة التنفيذية للقانون وبرغم ذلك الوضوح ذهبت لتنص على أنه: «تشمل الطوابع البريدية مقابل الخدمات البريدية التي تقدمها الهيئة عدا البريد السريع». وبذلك تكون اللائحة قد أعطت وعلى خلاف حكم القانون المقابل الذي تحصل عليه مكاتب الهيئة القومية للبريد عن جميع ما تؤديه من خدمات عديدة تقترب من أربعة عشرة خدمة بكافة مكاتبها وفروعها على مستوى الجمهورية منها على سبيل المثال البطاقات البريدية، الصناديق البريدية، الصناديق المخصصة، خدمة الرسائل، الرسائل البنكية، البريد الدعائي، الكاست بوست، الفاكس البريدي، تبادل المستندات الالكترونية ...<sup>(١)</sup>. وبذلك فإن ورود نص اللائحة التنفيذية على هذا النحو يعد مخالفة صارخة للدستور من جهين أما الوجه الأول فيتمثل في أن المشرع اللائحي على هذا النحو يكون قد تدخل في مسألة من صميم اختصاص المشرع وهي تحديد الوعاء الضريبي، أما الوجه الثاني فيتمثل في الخروج عن الحدود المرسومة له كمشرع لائحي فلم يكن ينبغي له أن يضمن اللائحة مثل هذا النص لما ينطوي عليه من تعديل بل إلغاء لأحكام نص المشرع البرلماني في هذا الخصوص.

## الخاتمة

ويظهر من العرض السابق تنوع الأسباب التي من أجلها أحاطت شبهة عدم الدستورية بعدد من نصوص قانون الضريبة على القيمة المضافة الصادر بالقانون ٦٧ لسنة ٢٠١٦ ولائحته التنفيذية ما بين الإخلال بحق المكلف في التوقع المشروع نتيجة الاعتداء على مبدأ عدم رجعية القوانين الضريبية، والذي يمثل وبحق ضماناً أو حق للمكلف مما قد يفاجئه به المشرع في المستقبل من قوانين أو قرارات تتعلق بالماضي؛ وهو ما كان من المشرع في المادة ٢/١١ من قانون الضريبة على القيمة المضافة الصادر بالقانون ٦٧ لسنة ٢٠١٦ من أنه: «وتعدل أسعار العقود المبرمة بين مكلفين أو بين أطراف أحدها مكلف والسارية وقت فرض الضريبة وضريبة الجدول...» فالتزام العدالة والانحياز للمساواة يقتضي ألا تسري أحكام القانون الجديد على مراكز ضريبية استقرت نهائياً في ظل قانون سابق. وإذا كان تدخل المشرع على ذلك النحو من الممكن أن يكون سبباً مباشراً في إصاق شبهة عدم

١. حول هذه الخدمات تفصيلاً راجع موقع الهيئة القومية للبريد على الموقع التالي على شبكة الانترنت:

<http://www.giza.gov.eg/Companies/Postal/DisService.aspx?ID=3>

الدستورية بالنص الضريبي فإنه وفي المقابل يصبح نكول المشرع عن التدخل والتزامه موقفاً سلبياً من شأنه أيضاً أن يؤدي إلى عدم دستورية النص الضريبي، فعلى سبيل المثال يعد مجرد تقاعس المشرع أو تخليه عن مباشرة اختصاصه الذي منحه له الدستور بالتشريع بتحديد العناصر الأساسية للضرائب أو اقتصراره على بعضها دون البعض الآخر تاركاً للسلطة التنفيذية القيام بذلك تقييداً منه في السلطة التي خولها له الدستور في مجال فرض الضريبة العامة وإهداراً لاختصاصه، يكفي بذاته للحكم بعدم الدستورية وهو ما كان من أمر المشرع في المادة ١٦ من قانون الضريبة على القيمة المضافة بتفويضها لوزير المالية في الفقرة الأخيرة في تعديل حد التسجيل الذي عينه القانون إذ أنه تفويض غير دستوري لأنه أوكل للسلطة التنفيذية الحق في تعديل وعاء الضريبة على غير ما تقضي به المادة ٢/٣٨ من الدستور المصري لعام ٢٠١٤. إلا أنه وإن كان الأمر كذلك فإن ذلك لا يعني أن السلطة التنفيذية محجوب عنها تماماً أن تتولى التشريع فقد سمح لها الدستور بذلك استثناءً بمناسبة إصدارها للوائح اللازمة لإعمال القوانين شريطة ألا تتخطى الحدود التي رسمها لها الدستور في هذا الخصوص وإلا كان ما يصدر عنها عندئذ مشوباً بعدم الدستورية، وهو ما كان من شأن اللائحة التنفيذية للقانون الضريبة على القيمة المضافة في المادة ١٢ فقرة أخيرة حينما خصت عقود النشاط السياحي بحكم خاص لم يقصده المشرع، وذات الحال أيضاً في البند الوارد مقابل البند ٢٧ من قائمة الإعفاءات الواردة في القانون حينما قررت أيضاً حكماً خاصاً بإعفاء الخدمات التي تقدمها الهيئة القومية للبريد من الضريبة مع أن الأصل في الضريبة على القيمة المضافة هو خضوع جميع الخدمات والاستثناء هو الإعفاء أو عدم الخضوع.

## قائمة المراجع أولاً: المراجع العربية:

١. د/ إبراهيم الزلمي: معين القضاة لتحقيق العدل والمساواة، الصلة بين المنطق والقانون، الناشر إحسان للنشر والتوزيع، ط أولى، ٢٠١٤م- ١٤٣٥ هـ، ص ١٥٥-١٥٦.
٢. د/ أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، ط ٢٠٠٠.
٣. د/ السعيد محمد شعيب: الضريبة العامة على المبيعات بين التعديل أو الإلغاء لتقرير الضريبة على القيمة المضافة، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر الضريبي المعنون «تطبيق الضريبة على القيمة المضافة في مصر» «الضرورات والمحاذير»، والمنعقد بقاعة المؤتمرات بكلية التجارة جامعة بنها، في ١٧ / ٥ / ٢٠١٤.
٤. د/ باسم نعيم عوض: إشكاليات تطبيق الضريبة على القيمة المضافة، بحث مقدم للمؤتمر الضريبي المعنون «تطبيق الضريبة على القيمة المضافة في مصر» «الضرورات والمحاذير»، والمنعقد بقاعة المؤتمرات بكلية التجارة جامعة بنها، في ١٧ / ٥ / ٢٠١٤.

٥. د/ بشير علي باز: أثر الحكم الصادر بعدم الدستورية في ضوء أحكام القرار بقانون ١٦٨ لسنة ١٩٩٨، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية، ط ٢٠٠٥، ص ١٢٣.
٦. د/ جلال الشافعي: دراسة تحليلية انتقادية للضريبة على القيمة المضافة في ظل القانون ٦٧ لسنة ٢٠١٦، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الخامس والعشرين إشكاليات وآليات تطوير المنظومة الضريبية، في الفترة من ١٢-١٣ ديسمبر ٢٠١٧.
٧. د / رمضان صديق: الإدارة الضريبية الحديثة، دار النهضة العربية، ط ثانية، ٢٠٠٦.
٨. د/ رمضان صديق: الضريبة على القيمة المضافة في التشريع المصري والمقارن دراسة تحليلية لأحكام قانون الضريبة على القيمة المضافة والضرائب الانتقائية (ضريبة الجدول) وفقاً لأهم التشريعات الضريبية المقارنة مع إشارة خاصة بالقانون ٦٧ لسنة ٢٠١٦ ولأئحته التنفيذية مدعماً بأراء الفقه وفتاوى مجلس الدولة وأحكام القضاء، دار النهضة العربية بالقاهرة، ط ٢٠١٧.
٩. د/ طارق عبد العال حماد: الضريبة العامة على المبيعات - المشكلات والمنازعات في التطبيق العملي - بغير ناشر، ٢٠٠٥.
١٠. د/ عبد الهادي مقبل: نظرية الضريبة، مكتبة جامعة طنطا، ط ٢٠٠٠.
١١. د / عماد الدين الشربيني: المدخل للعلوم القانونية، مكتبة جامعة طنطا، ١٩٨٤، ص ١٨٤.
١٢. د / محمد عبد اللطيف: الضمانات الدستورية في المجال الضريبي دراسة مقارنة بين مصر والكويت وفرنسا، مطبوعات جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، ط ١٩٩٩.
١٣. د/ محمد عبد اللطيف: الأسس الدستورية، الدستورية لقوانين الميزانية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ط ٢٠٠٧.
١٤. د/ محمود إبراهيم القلموني: المنازعات الضريبية في إطار الضريبة العامة على المبيعات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ط ١٩٩٨.
١٥. د/ محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية/ ط ٣، دار النهضة العربية، ١٩٨٨.
١٦. د/ مصطفى محمود عفيفي: الوجيز في مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الكتاب الأول، ط ٢، المبادئ العامة للقانون الدستوري "مع دراسة تطبيقية للقانون الدستوري المصري"، بغير ناشر، ١٩٨٤.
١٧. د/ يسر أنور: على: شرح قانون العقوبات القسم العام ج ١ أحكام عامة، دار النهضة العربية بالقاهرة، ط ١٩٨٦.

## ثانياً: المراجع الأجنبية:

1. Philippe conté, Patrick Maistre du chombon procedure pénal 2 éme édition – Armand colin, p.23.
2. Traité théorique et pratique de preuves en droit civil et en droit criminel, 4 éme Edition– paris.

### ثالثاً: أحكام المحكمة الدستورية العليا والقضاء المصري:

١. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٥ لسنة ٥ ق. د، جلسة ١٧/٥/١٩٨٦.
٢. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٣ لسنة ١٢ ق. د، جلسة ٢/٢/١٩٩٢.
٣. حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٠٦٨ لسنة ٣٢ ق.ع جلسة ٢٨/٦/١٩٩٢.
٤. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٧٢ لسنة ١٨ ق. د، جلسة ١٤/٨/١٩٩٧.
٥. حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٢٢٠٦٤ لسنة ٦٣ ق، نقض جنائي (غرفة مشورة) جلسة ١٩٩٨/٧/٢٢.
٦. حكم محكمة النقض في الطعن رقم ١٢٤ السنة ٧٠ ق جلسة ٧ / ٧ / ٢٠٠٥.
٧. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٣٠٨ لسنة ٢٤ ق. د جلسة ١١/٦/٢٠٠٦.
٨. حكم الدستورية العليا في القضية رقم ٧٩ لسنة ٢٢ ق. د جلسة ١٤/١٠/٢٠١٢.
٩. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٠٠ لسنة ٢٧ ق. د، جلسة ٧/٤/٢٠١٣.

## بحث ضمانات المحاكمة العادلة أمام القضاء العسكري البحريني

الإستاذ محمد حمد فارس العيد

### المقدمة،،

لطالما كان موضوع المحاكمة العادلة من المواضيع بالغة الأهمية التي أولاها لها المجتمع الدولي العديد من المعاهدات والمواثيق الدولية، ولعل أبرز المواثيق الدولية التي اهتمت بهذا الجانب العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦م، والذي تضمن صيانة حقوق الإنسان وعلى رأسها حق الإنسان في المحاكمة العادلة المنصوص عليه في المادة الرابعة عشرة منه التي احتوت على مجموعة من الضمانات التي يجب على المشرع مراعاتها والاستلها من عند سن القوانين. وفي ظل ما تشهده مملكة البحرين من تحديات أمنية في مواجهة الإرهاب، ارتأى المشرع الدستوري البحريني في عام ٢٠١٧م إجراء تعديلات في نص المادة (ب/١٠٥) التي كانت تقصر اختصاص المحاكم العسكرية على الجرائم العسكرية التي تقع من العسكريين من حيث الأصل، ولا يمتد إلى غيرهم إلا عند إعلان الأحكام العرفية، وبعد التعديل أحال المشرع الدستوري تنظيم اختصاصات المحاكم العسكرية للقانون، ونتيجة لذلك أجريت تعديلات جوهرية في قانون القضاء العسكري، وأصبح بالإمكان محاكمة المدنيين أمام المحاكم العسكرية في القضايا الإرهابية أو التي تشكل ضرر على المصلحة العامة.

ولما كانت مملكة البحرين في عام ٢٠٠٦م قد انضمت إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، فإن ذلك الأمر من شأنه أن يرتب التزامات على عاتق مملكة البحرين بما يستوجب على كافة أجهزة الدولة التشريعية والتنفيذية والقضائية- بما فيها القضاء العسكري- احترام كافة بنود العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية بما فيها ضمانات المحاكمة العادلة المنصوص عليها في المادة الرابعة عشر من العهد.

### أهمية البحث:

تبرز أهمية الدراسة في إنها تسعى لإظهار الواقع التشريعي في مملكة البحرين لضمانات المحاكمة العادلة أمام القضاء العسكري، ومدى توافقها مع المادة الرابعة عشرة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

## مشكلة البحث:

يثير البحث محل الدراسة عدة إشكاليات رئيسية تبرز في التساؤلات التالية: ما مدى التزام المشرع البحريني بتوفير ضمانات المحاكمة العادلة أمام القضاء العسكري البحريني؟ وهل تتوافق تلك الضمانات مع ما جاء به نص المادة الرابعة عشرة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية؟

## منهج البحث:

تعتمد الدراسة على المنهج المقارن والمنهج التحليلي، فأما المنهج المقارن من خلاله سيكون محل المقارنة قانون القضاء العسكري البحريني بشكل رئيسي وبعض القوانين والتشريعات المعمول بها في مملكة البحرين، ومن جهة أخرى المادة الرابعة عشر من العهد. وأما المنهج التحليلي فإنه الطريق الذي من خلاله سيتم تفسير القواعد العامة المنصوص عليها في قانون القضاء العسكري البحريني وتحليل مضمونها، بهدف الوصول إلى مدى إمكانية اعتبارها تطبيقات خاصة لضمانات المحاكمة العادلة الوارد النص عليها في المادة الرابعة عشرة من العهد.

## تقسيم البحث:

لقد تم تقسيم خطة البحث لبيان ضمانات المحاكمة العادلة أمام القضاء العسكري البحريني ومدى توافقها مع المادة الرابعة عشر من العهد، وعلى ذلك فإن الضمانات الواردة في المادة الرابعة عشرة بطبيعتها تنقسم إلى نوعين، النوع الأول: ضمانات تتعلق بصفة المحكمة والنوع الثاني: ضمانات تتعلق بحقوق المتهم في الدفاع، وعلى ضوء هذه المبررات ارتأى الباحث أن يكون تقسيم خطة الدراسة في مباحث ثلاثة ووفق الخطة الآتية:

المبحث التمهيدي: ماهية ضمانات المحاكمة العادلة.

المبحث الأول: الضمانات المتعلقة بإجراءات المحكمة ومدى توافرها في القضاء العسكري البحريني.

المبحث الثاني: ضمانات المتهم في المحاكمة العادلة ومدى توافرها في إجراءات القضاء العسكري البحريني.

## المبحث التمهيدي

### ماهية ضمانات المحاكمة العادلة

لبيان ماهية ضمانات المحاكمة العادلة الواردة في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، يستلزم الأمر إعطاء نبذة تعريفية عن مضمونه، وبيان قيمته القانونية في التشريع البحريني، وتبسيط الضوء على مفهوم المحاكمة العادلة، وهذا ما سنتناوله في المطالب التالية:

**المطلب الأول:** نبذة تعريفية عن العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.  
**المطلب الثاني:** القيمة القانونية للعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في التشريع البحريني.  
**المطلب الثالث:** ضمانات المحاكمة العادلة وفقاً للمادة الرابعة عشرة من العهد.

## المطلب الأول نبذة تعريفية عن مضمون العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية

في عام ١٩٦٦ أعلنت الجمعية العامة للأمم المتحدة اعتمادها للعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية بقرارها رقم (٢٢٠٠) وقد دخل حيز النفاذ في عام ١٩٧٦ م، ويُعد العهد أحد أهم المصادر الرئيسية لحقوق الإنسان في القانون الدولي، ولقد حظي بقبول واسع من جانب الدول الأعضاء في الأسرة الدولية<sup>(١)</sup>. ويتألف من مقدمة وثلاث وخمسين مادة موزعة على ستة أجزاء، ويتضمن طائفتين من الحقوق، وهما الحقوق المدنية والسياسية، الأولى الحقوق المدنية: وهي الحقوق المتصلة بشخص الإنسان وتستمد أصولها من شخصيته ويكون ارتباطها به ارتباطاً وثيقاً، وهذه الحقوق المدنية هي: حق الانسان في الحياة، حق الانسان في التنقل، حق الانسان في حرمة مسكنه وسرية مراسلاته<sup>(٢)</sup>. أما الطائفة الثانية فهي الحقوق السياسية: وهي التي تثبت للشخص باعتباره عضواً في جماعة سياسية معينة، وتشمل حق الانتخاب والترشح في الانتخابات والتوظيف في الوظائف العامة<sup>(٣)</sup>. ولغرض الرقابة فقد أقرت نصوص العهد إنشاء اللجنة المعنية بحقوق الإنسان تتكون من ١٨ خبيراً تكون مهمتهم التأكد من التزام الدول الأطراف<sup>(٤)</sup>، من خلال آلية منتظمة على شكل تقارير دورية تقدمها الدول، كما لهذه اللجنة دور في تفسير أحكام العهد<sup>(٥)</sup>.

١. د. فيصل شطاوي، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، الطبعة الأولى، دار مكتبة حامد للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨، ص ١٧٢.
٢. د. جابر إبراهيم الراوي، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية في القانون الدولي والشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١٠ م، ص ١٦٩ وما بعدها.
٣. د. جابر إبراهيم الراوي، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية في القانون الدولي والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص ١٧١.
٤. اللجنة المعنية بحقوق الإنسان في الأمم المتحدة: تم إنشاؤها بموجب المادة (٦٨) من ميثاق الأمم المتحدة للمجلس الاقتصادي والاجتماعي، وتتولى وفقاً لما تضمنه قرار إنشاؤها تقديم الاقتراحات والتوصيات والتقارير حول حقوق الإنسان وكل ما من شأنه صيانة وحماية حقوق الإنسان. د. عبدالمنعم بدا أحمد، اللجنة المعنية بحقوق الإنسان في ظل مهام اللجنة الدولية لحقوق الإنسان، وصلاحيات مجلس حقوق الإنسان، بحث منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد الرابع، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، عام ٢٠١١ م، ص ٢٧٨.
٥. يراجع في ذلك الجزء الرابع من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية المواد (٢٨) إلى (٤٥).

## المطلب الثاني القيمة القانونية للعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في التشريع البحريني

بوجه عام حدد الدستور البحريني القيمة القانونية للمعاهدات والاتفاقيات الدولية في نص المادة (٣٧) منه، والتي نصت على أنه (... وتكون للمعاهدة قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية..) وبذلك يكون للمعاهدات الدولية بعد التصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية قوة قانونية مساوية من حيث الإلزام والمرتبة للقانون الوطني النافذ، ويمكن الاحتجاج بتطبيقها أمام القضاء الوطني<sup>(١)</sup>، وفيما يتعلق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية فقد انضمت إليه مملكة البحرين في عام ٢٠٠٦م<sup>(٢)</sup>، وبذلك حاز على قوة القانون الوطني، وجرى الاستناد على أحكامه عملياً في المحاكم الوطنية بمملكة البحرين.

ومن تلك التطبيقات ما قضت به المحكمة الدستورية في عام ٢٠١٢م بشأن الطلب المقدم من رئيس مجلس الوزراء لبيان مدى مطابقة دستورية بعض مواد المرسوم الملكي رقم (١٨) لسنة ٢٠١١م بإعلان حالة السلامة الوطنية، حيث استشهدت المحكمة الدستورية بأحكام العهد في حيثيات الحكم وذلك بقولها: (وحيث أن مملكة البحرين قد انضمت إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية وتم التصديق على انضمامها بتاريخ ١٢ أغسطس ٢٠٠٦م، وصدر بشأن ذلك القانون رقم (٥٦) لسنة ٢٠٠٦، ونُشر في الجريدة الرسمية العدد (٢٧٥٢) بتاريخ ١٦ أغسطس ٢٠٠٦).<sup>(٣)</sup> وتضيف المحكمة الدستورية في ذات الحكم، بأنه: « ولما كانت الفقرة الأولى من المادة الرابعة منه، قد نصت على أنه: (( في حالات الطوارئ الاستثنائية التي تهدد حياة الأمة والمعلن قيامها رسمياً، يجوز للدول الأطراف في هذا العهد أن تتخذ، في أضيق الحدود التي يتطلبها الوضع، تدابير لا تتقيد بالالتزامات المترتبة عليها بمقتضى هذا العهد، شريطة عدم منافاة هذه التدابير للالتزامات الأخرى المترتبة عليها بمقتضى القانون الدولي وعدم انطوائها على تمييز يكون مبرره الوحيد هو العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الأصل الاجتماعي))... الخ»

وتعقيباً على ذلك من الممكن تلمس مدى التزام السلطة التنفيذية في مملكة البحرين بتنفيذ أحكام العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية حتى في ظل الظروف الاستثنائية، وهذا ما كشفت

١. د. أحمد عبدالله فرحان، الاتفاقيات الدولية الأساسية لحقوق الإنسان في مملكة البحرين، المؤسسة الوطنية لحقوق الإنسان في مملكة البحرين، ورقة عمل مقدمة من المؤسسة الوطنية لحقوق الإنسان في ورشة العمل المعنونة: من التصديق إلى التنفيذ - معاهدات الأمم المتحدة لحقوق الإنسان ودول مجلس التعاون الخليجي المنظم من قبل مركز الأمم المتحدة للتدريب والتوثيق لجنوب غرب آسيا والمنطقة العربية بالاشتراك مع جامعة كلية لندن، جامعة أكسفورد، جامعة جورج تاون قطر، الثلاثاء ٢٨ مايو ٢٠١٣م، ص.٨.

٢. القانون رقم (٥٦) لسنة ٢٠٠٦ بالموافقة على انضمام مملكة البحرين إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، منشور في الجريدة الرسمية، العدد ٢٧٥٢ الأربعاء ١٦ أغسطس ٢٠٠٦.

٣. حكم المحكمة الدستورية البحرينية رقم (ط.ح/١/٢٠١١) لسنة (٩) قضائية، منشور في الجريدة الرسمية العدد ٣٠٢٦ - الخميس ٢٦ يناير ٢٠١٢م، ص.٣٠.

عنه المحكمة الدستورية في الحكم السابق.

## المطلب الثالث ضمانات المحاكمة العادلة وفقاً للمادة الرابعة عشرة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية

تُعد المحاكمة العادلة أحد الحقوق الأساسية للإنسان، التي تقوم على توافر مجموعة الإجراءات التي تتم بها الخصومة الجنائية في إطار حماية الحريات الشخصية وغيرها من حقوق الإنسان المتعلقة بها<sup>(١)</sup>.

وقد حظي هذا الحق باهتمام التشريعات الوطنية والدولية على حد سواء، ونظراً للمكانة العالمية والأهمية التي يحتلها العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في مسائل حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، فإنه يُعد المرجع الأساسي الذي تستلهم منه التشريعات الوطنية والمنظمات الدولية ضمانات حقوق الإنسان وحرياته الأساسية بمختلف أنواعها، ولا سيما المتعلقة بضمانات حق الإنسان في حصوله على المحاكمة العادلة.

«حيث حددت المادة الرابعة عشرة منه مجموعة من الضوابط المهمة لضمانات المحاكمة العادلة التي تفرض على الدولة المنظمة في العهد الالتزام بها، حيث نصت على أنه»<sup>(٢)</sup>:

الناس جميعاً سواء أمام القضاء. ومن حق كل فرد، لدى الفصل في أية تهمة جزائية توجه إليه أو في حقوقه والتزاماته في أية دعوى مدنية، أن تكون قضيته محل نظر منصف وعلني من قبل محكمة مختصة مستقلة حيادية، منشأة بحكم القانون ويجوز منع الصحافة والجمهور من حضور المحاكمة كلها أو بعضها لدواعي الآداب العامة أو النظام العام أو الأمن القومي في مجتمع ديمقراطي، أو لمقتضيات حرمة الحياة الخاصة لأطراف الدعوى، أو في أدنى الحدود التي تراها المحكمة ضرورية حين يكون من شأن العلنية في بعض الظروف الاستثنائية أن تخل بمصلحة العدالة، إلا أن أي حكم في قضية جزائية أو دعوى مدنية يجب أن يصدر بصورة علنية، إلا إذا كان الأمر يتصل بأحداث تقتضي مصلحتهم خلاف ذلك أو كانت الدعوى تتناول خلافات بين زوجين أو تتعلق بالوصاية على أطفال.

من حق كل متهم بارتكاب جريمة أن يعتبر بريئاً إلى أن يثبت عليه الجرم قانوناً.

لكل متهم بجريمة أن يتمتع أثناء النظر في قضيته، وعلى قدم المساواة التامة، بالضمانات الدنيا

التالية:

١. د. أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣م،

ص ١٨٥. د. عمر فخري الحديثي، حق المتهم في محاكمة عادلة دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٥، ص ١٢.

٢. العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية المعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢٢٠٠ ألف (د-٢١) المؤرخ في ١٦ ديسمبر ١٩٦٦.

- (أ) أن يتم إعلامه سريعا وبالتفصيل، وفي لغة يفهمها، بطبيعة التهمة الموجهة إليه وأسبابها.
- (ب) أن يعطى من الوقت ومن التسهيلات ما يكفيه لإعداد دفاعه وللاتصال بمحام يختاره بنفسه.
- (ج) أن يحاكم دون تأخير لا مبرر له.
- (د) أن يحاكم حضوريا وأن يدافع عن نفسه بشخصه أو بواسطة محام من اختياره، وأن يخطر بحقه في وجود من يدافع عنه إذا لم يكن له من يدافع عنه، وأن تزوده المحكمة حكما، كلما كانت مصلحة العدالة تقتضي ذلك، بمحام يدافع عنه، دون تحميلة أجرا على ذلك إذا كان لا يملك الوسائل الكافية لدفع هذا الأجر.
- (هـ) أن يناقش شهود الاتهام، بنفسه أو من قبل غيره، وأن يحصل على الموافقة على استدعاء شهود النفي بذات الشروط المطبقة في حالة شهود الاتهام.
- (و) أن يزود مجانا بترجمان إذا كان لا يفهم أو لا يتكلم اللغة المستخدمة في المحكمة.
- (ز) ألا يكره على الشهادة ضد نفسه أو على الاعتراف بذنب.
- في حالة الأحداث، يراعى جعل الإجراءات مناسبة لسنهم ومواتية لضرورة العمل على إعادة تأهيلهم. لكل شخص أدين بجريمة حق اللجوء، وفقا للقانون، إلى محكمة أعلى كيما تعيد النظر في قرار إدانته وفي العقاب الذي حكم به عليه.
- حين يكون قد صدر على شخص ما حكم نهائي يدينه بجريمة، ثم أبطل هذا الحكم أو صدر عفو خاص عنه على أساس واقعة جديدة أو واقعة حديثة الاكتشاف تحمل الدليل القاطع على وقوع خطأ قضائي، يتوجب تعويض الشخص الذي أنزل به العقاب نتيجة تلك الإدانة، وفقا للقانون، ما لم يثبت أنه يتحمل، كليا أو جزئيا، المسؤولية عن عدم إفشاء الواقعة المجهولة في الوقت المناسب.
- لا يجوز تعريض أحد مجددا للمحاكمة أو للعقاب على جريمة سبق أن أدين بها أو برئ منها بحكم نهائي وفقا للقانون وللإجراءات الجنائية في كل بلد.
- ويقسم البعض ضمانات المحاكمة العادلة، إلى نوعين، موضوعية وأخرى شكلية، أما الموضوعية فهي التي تتعلق باختصاص وحيادية المحكمة وأن تكون منشأة بحكم القانون، أما من حيث الشكلية فيجب أن تكون علنية وغير تمييزية<sup>(١)</sup>.
- ويرى الباحث بأن هذا التقسيم لم يجانب الصواب، إذ أن الضمانات سواء الموضوعية أو الشكلية تتعلق بالمحكمة، وبالتالي فإن هذا التقسيم لم يتناول الضمانات المتعلقة بحق المتهم في المحاكمة العادلة كافتراض البراءة في المتهم، وحقه في الضمانات الدنيا، وعليه فإنه من الممكن تقسيم هذه الضمانات إلى نوعين، الأول ضمانات تتعلق بصفة المحكمة، والثاني ضمانات تتعلق بحق الدفاع.

١. د. عبد الله الحبيب عمار، المعايير الدولية للمحاكمة الجنائية العادلة، بحث منشور على شبكة الانترنت الموقع الالكتروني: <http://www.icsft.net>.

www.icsft.net، تاريخ الإطلاع ٢٢ مايو ٢٠١٩م، ص ٢.

## المبحث الأول الضمانات المتعلقة بإجراءات المحكمة ومدى توافرها في القضاء العسكري البحريني

ورد في البند (١) من المادة الرابعة عشرة من العهد على أنه: « من حق كل فرد أن تكون قضتيه محل نظر منصف وعلني من قبل محكمة مختصة وحيادية منشأة بحكم القانون...»، وقد حددت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان المقصود بمصطلح «المحكمة»، فأدخلت فيه المحاكم العسكرية<sup>(١)</sup>، ومن الممكن استخلاص الشروط الواجب توافرها في المحاكمة العادلة وفقاً للمادة الرابعة عشرة من العهد الدولي وهي ثلاثة شروط: «أن تكون المحكمة التي تنظر القضية مختصة، أن تكون المحكمة علنية وحيادية وتتصف بالاستقلالية، أن تكون المحكمة منشأة بموجب القانون».

ولبحث مدى تحقيق القضاء العسكري البحريني للشروط المذكورة، سنتعرض في بادئ الأمر لدراسة شرعية القضاء العسكري، وذلك أن البحث في الشرعية سوف يحقق لنا التأكد من شرطي المنشأة القانونية والاختصاص، وبعد ذلك دراسة مدى تحقق شروط العلنية والحياد والاستقلال في المحاكم العسكرية من خلال النحو التالي:

المطلب الأول: شرعية القضاء العسكري في النظام القضائي بمملكة البحرين.  
المطلب الثاني: مدى توافر شروط العلنية والحيادية والاستقلالية في محاكم القضاء العسكري البحريني.

### المطلب الأول شرعية القضاء العسكري في النظام القضائي بمملكة البحرين

سنخصص الفرع الأول لدراسة المنشأة القانونية، والفرع الثاني لاختصاصات القضاء العسكري، وذلك بالنحو الآتي:

### الفرع الأول الأدوات القانونية المنشئة للقضاء العسكري في مملكة البحرين

تجدر الإشارة إلى أن الأدوات القانونية التشريعية في النظام القانوني بمملكة البحرين أنواعاً وأشكالاً مختلفة، تتباين فيما بينها تبعاً لاختلاف السلطة أو الجهة التي تصدرها، والموضوعات التي تتناولها وتعالجها، وعلى هذا الأساس توجد أنواع ثلاثة للتشريع: الدستور، والتشريع العادي، واللوائح، ويحتل الدستور قمة الهرم التشريعي ويحتل التشريع العادي (القانون) المرتبة الثانية، وأخيراً تحتل اللوائح

١. يراجع في ذلك المعنى التعليق العام رقم ٢٢ للجنة المعنية بحقوق الإنسان في الدورة التسعون بجنيف ٩-٢٧ تموز يولييه ٢٠٠٧ مالوارد بالوثيقة 58/UN Doc. E/CN4./2006 بتاريخ ٢٣ أغسطس ٢٠٠٧م. في ثالثاً: المحاكمة العادلة والعلنية أمام هيئة قضائية مختصة ومستقلة ونزيهة. البند ٢٢- منشورة الوثيقة في الموقع الرسمي للأمم المتحدة: [https://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=CCPR/C/GC/32&Lang=A](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=CCPR/C/GC/32&Lang=A) ص 8.

المرتبة الثالثة<sup>(١)</sup>.

وبشأن الأداة القانونية المنشأة للقضاء العسكري فهي التشريع العادي، حيث أنه من الناحية التاريخية كانت سابقة على صدور الدستور في مملكة البحرين الذي صدر في عام ١٩٧٣م<sup>(٢)</sup>.  
بينما في عام ١٩٦٨م صدر أول تشريع منشئ للقضاء العسكري تحت مسمى «قانون الأحكام العسكرية»، وقد تم العمل بموجب أحكامه في عام ١٩٧٠م<sup>(٣)</sup>، وبعد صدور أول دستور عام ١٩٧٣م قرر المشرع الدستوري تضمين المحاكم العسكرية في نصوصه حيث نصت المادة (١٠٢/ب) على أنه: «يقتصر اختصاص المحاكم العسكرية على الجرائم العسكرية التي تقع من أفراد القوات المسلحة وقوات الأمن ولا يمتد إلى غيرهم إلا في زمن الحكم العرفي وذلك في الحدود التي يقرها القانون»<sup>(٤)</sup> وعندما تولى صاحب الجلالة ملك البلاد المفدى سدة الحكم، دشن جلالاته المشروع الإصلاحي ونتج عن ذلك تعديلات دستورية في عام ٢٠٠٢، وكذلك فقد تضمنت التعديلات التأكيد على وجود المحاكم العسكرية في التنظيم القضائي، وذلك بموجب المادة (ب/١٠٥) التي تنص على أنه: «يقتصر اختصاص المحاكم العسكرية على الجرائم العسكرية التي تقع من أفراد قوة الدفاع والحرس الوطني والأمن العام ولا يمتد إلى غيرهم إلا عند إعلان الأحكام العرفية وذلك في الحدود التي يقرها القانون»<sup>(٥)</sup>.

وفي عام ٢٠١٧م ونظراً للمتغيرات الأمنية ارتأى المشرع الدستوري إجراء تعديلات على المادة (ب/١٠٥) ليصبح نصها بعد التعديل: «ينظم القانون القضاء العسكري ويبين اختصاصاته في كل من قوة دفاع البحرين والحرس الوطني وقوات الأمن العام»<sup>(٦)</sup>.

وبذلك التعديل انتفى الجمود الذي كان يسيطر على اختصاص المحاكم العسكرية الذي كان مقتصرًا على الجرائم العسكرية المرتكبة من العسكريين، ليكون اختصاص المحاكم العسكرية أكثر مرونة من خلال إسناد مهمة تحديد الاختصاصات للقانون - الذي هو أدنى مرتبة من الدستور-، وقد تلا التعديل الدستوري تعديلات جوهرية في قانون القضاء العسكري، سنتحدث عنها تفصيلاً في الفرع الثاني.

على ما تقدم نلخص إلى أن شرعية القضاء العسكري في النظام القضائي بمملكة البحرين، تجد سندها من قانون الأحكام العسكرية لسنة ١٩٦٨م، وبرغبة من المشرع الدستوري البحريني لإعلاء

١. د. خالد جمال أحمد، المدخل في مبادئ القانون البحريني، الطبعة الأولى، جامعة العلوم التطبيقية، البحرين، ٢٠١٠م، ص ١٤٦.
٢. في تاريخ ٦ ديسمبر من عام ١٩٧٣ صدر الدستور، وأصبح نافذاً اعتباراً من ١٦/١٢/١٩٧٣، يراجع في ذلك دستور دولة البحرين قبل تعديلاته، وتحديدًا المادة (١٠٩) المنشور في الجريدة الرسمية العدد ١٠٤٩ بتاريخ ٦ ديسمبر ١٩٧٣م.
٣. د. اللواء حقوقي يوسف راشد فليفل، اختصاص القضاء العسكري بالمحاكمة في الجرائم الجنائية دراسة مقارنة وتطبيقية على القضاء العسكري البحريني، رسالة ماجستير مقدمة للمركز العربي للدراسات الأمنية بالرياض، ١٩٩٥م، ص ٢٧.
٤. دستور دولة البحرين الصادر في تاريخ ٦ ديسمبر ١٩٧٣م والنافذ اعتباراً من ١٦ ديسمبر ١٩٧٣م.
٥. دستور مملكة البحرين المعدل في سنة ٢٠٠٢م.
٦. تعديل دستور مملكة البحرين الصادر سنة ٢٠١٧، المنشور في الجريدة الرسمية العدد ٣٢٠٧- الخميس ٣٠ مارس ٢٠١٧.

القيمة القانونية وإعطاء القضاء العسكري صبغة الشرعية الدستورية جاء الدستور الصادر في سنة ١٩٧٣ ليعزز من المكانة القانونية للقضاء العسكري واعتباره جزء من المنظومة القضائية بالمساواة مع بقية المحاكم الأخرى.

ويعني ذلك توافق النشأة القانونية للقضاء العسكري مع ما ورد في نص المادة (١/١٤) من العهد باشتراطها وجوب أن تكون المحكمة منشأة بموجب القانون، وعلى ذلك سننتقل في الفرع الثاني لبحث مدى تحقق شرط الاختصاص.

## الفرع الثاني التنظيم القانوني لاختصاصات القضاء العسكري البحريني

الاختصاص بوجه عام هو السلطة التي يخولها القانون لمحكمة من المحاكم للفصل في قضايا معينة<sup>(١)</sup>، ويُعد الاختصاص ضماناً أساسية ضمانات المحاكمة العادلة، وقد اشترطت المادة الرابعة عشرة من العهد لضمان عدالة المحكمة أن تكون مختصة سواءً من حيث الشخص والمكان والموضوع<sup>(٢)</sup>. وعلى ذلك فإنه لغاية البحث عن مدى تحقيق المشرع العسكري البحريني لشرط الاختصاص الوارد في المادة الرابعة عشرة من العهد، يستلزم الأمر تسليط الضوء على الضوابط القانونية المنظمة لاختصاص القضاء العسكري، ومن خلال استقراء نصوص قانون القضاء العسكري من الممكن تقسيم ضوابط الاختصاص إلى ثلاثة ضوابط، الضابط الشخصي، الضابط الموضوعي، الضابط المكاني، وفيما يلي سنتناول بيان هذه الضوابط بالنحو التالي:

### أولاً: الضابط الشخصي:

يقصد بالضابط الشخصي هو الاختصاص بالنسبة إلى الشخص، أي بمعنى أنه وفقاً لهذا الضابط فإنه يتعين أن تثبت الصفة العسكرية أصلاً أو حكماً للشخص، ويستوي في ذلك أن يكون الفعل المرتكب من جانبه يشكل جريمة عسكرية أو جنائية<sup>(٣)</sup>.

وحددت المادة (١٢) من قانون القضاء العسكري الأشخاص الخاضعين لولاية القضاء العسكري بقولها: «يخضع لأحكام هذا القانون الأشخاص الآتي ذكرهم:

١. ضباط وأفراد قوة الدفاع.
٢. المبتعثون للدراسة من قبل قوة الدفاع لأية مؤسسة أو منشأة تعليمية أكاديمية أو مهنية عسكرية أو مدنية داخل مملكة البحرين أو خارجها.

١. د. سعيد حسب الله عبدالله، الوجيز في قانون الإجراءات الجنائية البحريني، الطبعة الثانية، مطبعة جامعة البحرين، ٢٠٠٨، ص ٢٤٠.

٢. د. محمد مصباح القاضي، حق الإنسان في محاكمة عادلة دراسة مقارنة، دار النهضة العربية للطبع والنشر، القاهرة، ١٩٩٦م، ص ٩.

٣. د. بكري يوسف بكري، الوجيز في الإجراءات الجنائية، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، عام ٢٠١٣م، ص ٣٥.

٣. العاملون المدنيون في قوة الدفاع.
٤. ضباط وأفراد القوة الاحتياطية، وبما لا يتعارض مع نص المادة (١٧) من هذا القانون.
٥. العسكريون من القوات الحليفة، والملحقون بهم من المدنيين إذا كانوا يقيمون في أراضي مملكة البحرين، إلا إذا كانت هناك معاهدات أو اتفاقيات دولية تقضي بخلاف ذلك.
٦. أسرى الحرب».

ووفقاً للضابط الشخصي يمتد الاختصاص لأي شخص خاضع لولاية القضاء العسكري يرتكب جريمة خارج البلاد، ولا يعفى من المحاكمة الثانية، إذا ما تمت محاكمته في البلد الذي وقعت فيها الجريمة، وذلك وفقاً للمادة (١٤) من قانون القضاء العسكري التي نصت على أنه: «كل شخص خاضع لأحكام هذا القانون ارتكب خارج المملكة عملاً يجعله فاعلاً أو شريكاً في جناية أو جنحة داخلية في اختصاص القضاء العسكري يعاقب بمقتضى أحكامه ولو لم يعاقب عليها قانون البلد الذي وقعت فيه. أما إذا كان الفعل معاقباً عليه فإن ذلك لا يعفي من المحاكمة ثانية أمام المحاكم العسكرية إلا أنه يجب مراعاة مدة العقوبة التي يكون قد قضاها».

وبمقارنة ذلك ما جاء في البند (٧) من المادة الرابعة عشرة من العهد التي نصت على أنه: «لا يجوز تعريض أحد مجدداً للمحاكمة أو للعقاب على جريمة سبق أن أدين بها أو برئ منها بحكم نهائي وفقاً للقانون وللإجراءات الجنائية في كل بلد». يلاحظ بأنه قد يبدو للوهلة الأولى وجود تعارض بين المشرع العسكري البحريني والعهد الدولي في هذه المسألة. إلا أن الباحث يرى أن المحاكمة الثانية أمام المحاكم العسكرية لا تكون عن ذات الجريمة، بل هي عن فعل واحد يُشكل جريمتين منفصلتين<sup>(١)</sup>، فالجريمة الأولى في البلد الذي وقعت فيه، وأما الثانية فهي ثابتة الوصف بالجريمة العسكرية<sup>(٢)</sup>، وكذلك لم يستخدم المشرع العسكري لفظ الجريمة في المادة (١٤) بل استخدم لفظ «عملاً»، وذلك ما يؤكد أن ذات الفعل بالنسبة إلى العسكري يُشكل جريمتين منفصلتين.

## ثانياً: الضابط الموضوعي:

ويعتمد هذا الضابط على طبيعة الجريمة المرتبكة وطبيعة المصلحة المعتدى عليها، وكذلك لا عبرة

١. قريب من ذلك التفسير ما أقرته المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في عام ١٩٩٨م أثناء نظر القضية المشهورة باسم أوليفرا، حيث قررت أن المحاكمة عن ذات الفعل الذي يشكل جريمتين منفصلتين لا يُعد انتهاكاً للمادة (٤) من البروتوكول (٧) لاتفاقية حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية التي تنص على أنه: «١- لا يجوز إلزام أي شخص بأن يحاكم أو يعاقب مرة أخرى...» دليل حقوق الإنسان خاص بالقضاة والمدعين العامين والمحامين، الصادر من المفوضية السامية لحقوق، ٢٠٠٣م، الفصل السابع- الحق في المحاكمة العادلة الجزء الثاني، ص ٢٧٢.

٢. المادة (١٣) من قانون القضاء العسكري: «بعد مرتكباً لجريمة عسكرية ويخضع لاختصاص المحاكم العسكرية كل شخص خاضع لأحكام هذا القانون ارتكب إحدى الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات أو في أي قانون آخر بصفته فاعلاً أو شريكاً داخل المملكة أو خارجها، ويعاقب بالعقوبة المقررة في تلك القوانين»

بصفة الجاني في تطبيق هذا الضابط فيستوي أن يكون مدنياً أو عسكرياً<sup>(١)</sup>. وقد نصت على هذا الضابط المادتان (١٧ مكرراً) و(١٧ مكرراً ١) من قانون القضاء العسكري، وحيث نصت بعض بنود المادة (١٧ مكرراً) على أنه: «استثناءً مما ورد في أي قانون آخر، يختص القضاء العسكري بنظر الجرائم الآتية عند ارتكابها عمداً من شخص غير خاضع لأحكام هذا القانون بصفته فاعلاً أو شريكاً داخل المملكة أو خارجها:

١. الجنايات الماسة بأمن الدولة الخارجي والمنصوص عليها في الفصل الأول من الباب الأول من القسم الخاص في قانون العقوبات، متى وقعت في العمليات التي تتولاها قوة دفاع البحرين أو في حالة إرهاب مسلح من الخارج.

٢. الجرائم التي تقع على أموال أو ممتلكات أو معدات أو آليات أو مهمات أو اتصالات أو أشياء أو أسلحة أو ذخائر أو سجلات أو وثائق أو أسرار قوة دفاع البحرين أو الحرس الوطني وكافة متعلقتهما أينما وجدت.

٣. الجرائم التي ترتكب ضد منتسبي قوة دفاع البحرين أو الحرس الوطني متى وقعت بسبب أو بمناسبة تأديتهم أعمال وظيفتهم.

٤. الجرائم المرتبطة بأي من الجرائم الواردة في البنود السابقة.

ويجوز للقضاء العسكري إحالة أيّاً من الجرائم الداخلة في اختصاصه وفقاً للبنود السابقة إلى القضاء المدني أو لأي جهة قضائية مختصة».

كما نصت المادة (١٧ مكرراً ١) على أنه: «استثناءً مما ورد في أي قانون آخر، للنائب العام بعد موافقة القضاء العسكري أن يحيل إلى هذا القضاء أي من الجنايات الواردة في قانون حماية المجتمع من الأعمال الإرهابية أو أي من الجنايات الماسة بأمن الدولة الخارجي أو الداخلي والواردة في الفصلين الأول والثاني من الباب الأول من القسم الخاص في قانون العقوبات، وما يرتبط بها من جرائم».

وبوجه العموم يتضح من خلال نصوص المواد السابقة أنّ المشرع العسكري البحري قد توسع في نطاق اختصاصاته ليمتد لمحاكمة المدنيين بصورة استثنائية عن الجرائم العمدية التي ترتكب منهم وتكون متصلة اتصالاً وثيقاً بالمصالح العليا لقوة الدفاع وأمنها بشكل خاص، والأمن الوطني للدولة بشكل عام. ولا جرم بأن موضوع محاكمة المدنيين أمام القضاء العسكري من المواضيع الشائكة التي أثارَت الجدل في مسألة إيجاد التوازن بين حق الدولة في الحفاظ على الأمن القومي، ومن جهة أخرى التوفيق بين حق المتهم المدني في حصوله على المحاكمة العادلة التي تتوافر فيها كافة الضمانات القانونية التي تصون حقوق الإنسان وكرامته. وأمام هذه المسألة المعقدة أقرت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان بأنه لا يوجد في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ما يمنع من محاكمة

١. د. بكرى يوسف بكرى، الوجيز في الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص ٢٧.

المدنيين في محاكم عسكرية، ولكن اشترطت اللجنة أن تستوفي هذه المحاكمات شروط المادة الرابعة عشرة، وأن تكون المحاكمة من باب الاستثناء، وأن تكون لدى الدولة ثمة ضرورات ومبررات جدية<sup>(١)</sup>. وبالعودة للمذكرة التفسيرية لتعديل المادة (ب/١٠٥) من الدستور نجد بأن المشرع الدستوري أشار بأن هناك ضرورات ومبررات جدية من التعديلات تتمثل في الحفاظ على خصوصية الأجهزة العسكرية وخاصة في ظل تفشي ظاهرة الإرهاب، الأمر الذي يفرض ضرورة اتخاذ إجراءات كفيلة بزيادة درجات الحماية والتمكين للجهات العسكرية<sup>(٢)</sup>.

كما أكدت المذكرة التفسيرية لتعديل الدستور إن طبيعة الجرائم الماسة بالجهات العسكرية تجعل القضاء العسكري أكثر مرونة وسرعة في التعامل معها تحقيقاً ومحاكمة وفي أقصر وقت بما يحفظ للدولة أمنها وسلامتها واستقرارها، وايضاً بالرجوع للمذكرة الشارحة بأسباب التعديل التشريعي لبعض أحكام قانون القضاء العسكري في عام ٢٠١٧م، أوضح المشرع العسكري أن أسباب هذه التعديلات تستهدف ضمان حماية المصالح العسكرية ومنع الإضرار بها، وخصوصاً في ظل مشاركتها في الكثير من العمليات العسكرية داخل وخارج مملكة البحرين<sup>(٣)</sup>.

وعلى ذلك يرى الباحث بأن المشرع العسكري البحريني يتوافق من حيث المبدأ مع ما أقرته اللجنة المعنية بحقوق الإنسان من ناحية أن تكون محاكمة المدنيين أمام المحاكم العسكرية بصورة استثنائية تبررها ضرورات جدية، وهذا ما قرره صراحةً بداية المادة (١٧ مكرراً) بعبارة «استثناء»، وذلك ما يشير إلى أن المحاكم العسكرية من حيث الأصل مختصة بمحاكمة العسكريين، والاستثناء على هذا الأصل انعقاد الاختصاص بمحاكمة المدنيين في حال وقعت الجريمة بصورة عمدية يستقصد من ورائها الإضرار بأمن قوة الدفاع بصفة خاصة أو أمن مملكة البحرين بصفة عامة.

### ثالثاً: الضابط المكاني:

ويعتمد هذا الضابط على مكان وقوع الجريمة، ووفقاً لهذا الضابط تختص المحاكم العسكرية بمباشرة اختصاصها في نظر الجرائم المرتكبة في نطاق الأماكن الخاضعة لقوة دفاع البحرين، ولا عبرة بصفة الجاني في تطبيق هذا الضابط فيستوي أن يكون مدنياً أو أن يكون عسكرياً<sup>(٤)</sup>.

وقد ورد في البندين (ب، هـ) من المادة (١٧ مكرراً) من قانون القضاء العسكري بيان حدود هذا

١. التعليق العام رقم ٢٢ للجنة المعنية بحقوق الإنسان في الدورة التسعون بجنيف ٩-٢٧ تموز يولييه ٢٠٠٧م «الوارد بالوثيقة» UN Doc. E/CN.4/2006/58 بتاريخ ٢٣ أغسطس ٢٠٠٧م. البند ٢٢، المرجع السابق، ص ٨.

٢. يراجع المذكرة التفسيرية لمشروع تعديل دستور مملكة البحرين لسنة ٢٠١٧م. الجريدة الرسمية العدد ٢٣٠٧- الخميس ٣٠ مارس ٢٠١٧.

٣. المذكرة الشارحة لمشروع تعديل بعض أحكام قانون القضاء العسكري الصادر بالمرسوم (٣٤) لسنة ٢٠٠٢م، والمرفقة بالتقرير التاسع عشر للجنة الشؤون الخارجية والدفاع والأمن الوطني بمجلس الشورى البحريني، تاريخ ١٢ أبريل ٢٠١٧م، منشور في الموقع الرسمي لمجلس الشورى البحريني [www.shura.bh](http://www.shura.bh).

٤. د. بكرى يوسف بكرى، الوجيز في الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص ٣٧.

الضابط بقولها: «استثناءً مما ورد في أي قانون آخر، يختص القضاء العسكري بنظر الجرائم الآتية عند ارتكابها عمداً من شخص غير خاضع لأحكام هذا القانون بصفتها فاعلاً أو شريكاً..»

١. الجرائم التي تقع في نطاق الأماكن الخاضعة لقوة دفاع البحرين أو الحرس الوطني بما في ذلك السفن والطائرات والمركبات والمباني والمعسكرات والمنشآت ومناطق التمرکز والمناورات ومحاور التقدم للقوات ومواقع العمليات.

٢. الجرائم التي تقع على المنشآت الحيوية أو الهامة أو المواكب الرسمية متى كان تأمينها أو حراستها تحت مسؤولية قوة دفاع البحرين أو الحرس الوطني.»

خلاصة ما تقدم يتضح بأن المشرع العسكري البحريني حدد بموجب القانون ضوابط اختصاصات القضاء العسكري، بدايةً من الاختصاص الشخصي الذي يقتصر على العسكريين في حال ارتكابهم أية جريمة جنائية أو أية مخالفة عسكرية منصوص عليها في قوانين وأنظمة قوة الدفاع، وكذلك حدد المشرع العسكري البحريني ضوابط الاختصاص الاستثنائية التي بموجبها تتعدّد ولاية القضاء العسكري بمحاكمة المدنيين سواءً من الناحية الموضوعية في حال الجرائم الإرهابية والأمنية، أو من ناحية الاعتداءات التي تقع الأماكن الخاضعة لسيطرة المؤسسة العسكرية في مملكة البحرين، وهذا مما يتحقق معه شرط الاختصاص الوارد في المادة الرابعة عشرة من العهد.

## المطلب الثاني

### مدى توافر شروط العلنية والحيادية والاستقلالية في محاكم القضاء العسكري البحريني

نصت المادة الرابعة عشرة من العهد على أنه: (من حق كل فرد أن تكون قضتيه محل نظر منصف وعلني من قبل محكمة.. حيادية)، وعلى ذلك فإننا سنتناول دراسة مدى توافر هذه الشروط في محاكم القضاء العسكري في الفروع الآتية:

## الفرع الأول

### مدى توافر شرط العلنية في المحاكم العسكرية التابعة للقضاء العسكري البحريني

يُقصد بالعلنية أن يكون من حق كل إنسان أن يحضر المحاكمة دون شرط أو قيد أو عائق سوى ما يخل بالنظام، حتى تتاح له فرصة مشاهدة إجراءات المحاكمة<sup>(١)</sup>.

١. د. محمد الطراونة، الحق في المحاكمة العادلة، مركز عمان لدراسات حقوق الإنسان، دار الخليج للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١٤م،

وقد أكدت المادة الرابعة عشر من العهد على أهمية هذا المبدأ والقيود التي ترد عليه في البند رقم (١)، حيث نصت على أنه: «..ومن حق كل فرد، لدى الفصل في أية تهمة جزائية توجه إليه ..أن تكون قضيته محل نظر منصف وعلني .. ويجوز منع الصحافة والجمهور من حضور المحاكمة كلها أو بعضها لدواعي الآداب العامة أو النظام العام أو الأمن القومي في مجتمع ديموقراطي، أو لمقتضيات حرمة الحياة الخاصة لأطراف الدعوى، أو في أدنى الحدود التي تراها المحكمة ضرورية حين يكون من شأن العلنية في بعض الظروف الاستثنائية أن تخل بمصلحة العدالة، إلا أن أي حكم في قضية جزائية أو دعوى مدنية يجب أن يصدر بصورة علنية، إلا إذا كان الأمر يتصل بأحداث تقتضي مصلحتهم خلاف ذلك أو كانت الدعوى تتناول خلافات بين زوجين أو تتعلق بالوصاية على أطفال».. وعلى ذلك فالأصل في المحاكمة أنها تكون علنية، والاستثناء من ذلك أن تكون سرية لغرض مراعاة النظام العام والآداب، وعليه فإن للمحكمة السلطة في تقدير تلك المسألة، وفي كل الأحوال يجب تفسير كل هذه الفرضيات التي من شأنها أن تجعل المحاكمة سرية في حدود ضيقة وبالأخص في المحاكم العسكرية، ولاسيما عند التذرع بداعي الأمن الوطني<sup>(١)</sup>.

ونظراً إلى أهمية هذا المبدأ فقد نص عليه الدستور البحريني في المادة (١٠٥/ج) بقولها ( جلسات المحاكم العلنية إلا في الأحوال الاستثنائية التي يبينها القانون)، وتأكيداً عليه نصت المادة (٥٣) من قانون القضاء العسكري البحريني على أنه: (جلسات المحاكم علنية. ومع ذلك يجوز للمحكمة، مراعاة النظام العام والآداب أو المحافظة على الأسرار العسكرية، أن تأمر بنظر الدعوى كلها أو بعضها في جلسة سرية أو تمنع أفراداً معينين من الحضور فيها أو تمنع نشر أية أخبار عنها).

ويلاحظ من خلال ما سبق أن الأصل في المحاكمات المنظورة أمام القضاء العسكري البحريني هو العلنية، والاستثناء هو أن تكون جلسات المحاكمة سرية في حال كان الهدف مراعاة النظام العام والآداب العامة أو المحافظة على الأسرار العسكرية، وبمقارنة موقف المشرع العسكري البحريني مع ما ورد في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية نجد بأن هذا الاستثناء يتوافق مع ما ورد في المادة الرابعة عشرة من العهد، فقد أوضح المشرع العسكري صراحةً اعتبار النظام العام والآداب العامة من الاستثناءات الواردة على مبدأ علنية الجلسات، فعلى ذلك فإن هذا الأمر لا يُعد توسعاً ولا سيما فيما يتعلق بالأسرار العسكرية التي هي بالأصل جزء لا يتجزأ من الأمن القومي للدولة.

1. Emmanuel Decaux, International Standard Principles Governing the Administration of Justice through Military Tribunals, Report submitted by the Special Rapporteur of the Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, Publisher Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces .2010.p.20.

## الفرع الثاني

### حيادية واستقلال المحاكم العسكرية التابعة للقضاء العسكري

المقصود بحياد القضاء، هو أن لا يميل القاضي عند نظره في نزاع معين إلى أي جانب من خصوم الدعوى، وعليه أن يطبق القواعد القانونية التي تحقق العدالة<sup>(١)</sup>. وأما استقلال القضاء فهو تحرر القضاة من أي ضغط أو تدخل أو تأثير من أي سلطة<sup>(٢)</sup>، وحق الإنسان في أن تنظر قضيته محكمة مستقلة ومحايدة هو حق مطلق لا يخضع لأية استثناءات وملزم لجميع الدول<sup>(٣)</sup>.

وبصدد حيادية واستقلال المحاكم العسكرية، فإنه كثيراً ما تثار بشأنها المخاوف المتعلقة بعدالة القضاء العسكري<sup>(٤)</sup>، ومدى إمكانية استقلالية القضاء العسكري عن خضوعه للتسلسل القيادي الهرمي العسكري؟ وما إذا كانت إجراءات تعيين القضاة وظروف خدمتهم وضمانات أمنهم الوظيفي تكفل لهم الحيادية؟ وما إذا كان القضاة العسكريين يتمتعون بالمؤهلات اللائقة في مجال القانون؟<sup>(٥)</sup>. والجدير بالإشارة إليه أن اللجنة المعنية بحقوق الإنسان قد أوضحت بأنه على الدول التي ترغب في كفالة استقلال وحيادية القضاء، فينبغي لها أن تتخذ إجراءات محددة من خلال الدستور أو اعتماد قوانين تحدد ذلك بوضوح<sup>(٦)</sup>.

وبإنزال ما سبق على واقع التشريع البحريني نجد بأن المشرع قد عالج كل تلك الإشكاليات، وأحاط القضاء العسكري بسياج من الضمانات، بداية من الدستور حيث نصت المادة (١٠٤/ب) بأنه: (لا سلطان لأية جهة على القاضي في قضاؤه، ولا يجوز بحال التدخل في سير العدالة، ويكفل القانون استقلال القضاء، ويبين ضمانات القضاة والأحكام الخاصة بهم).

وتأكيداً على ذلك نصت المادة (٥) من قانون القضاء العسكري على أن: (القضاء العسكري جهة قضائية مستقلة تتكون من محاكم ونيابات عسكرية وفروع فنية أخرى طبقاً لأحكام هذا القانون وقوانين وأنظمة قوة الدفاع)، والمادة (١١) نصت على أن (القضاة العسكريون مستقلون ولا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون وغير قابلين للعزل إلا من خلال الطريق التأديبي، ويكون شأنهم شأن

١. د. عمر فخري الحديثي، حق المتهم في محاكمة عادلة دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ١٠٤.

٢. د. وائل بندق، حقوق المتهم في العدالة الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٧م، ص ٣٧٠.

٣. دليل المحاكمات العادلة الصادر عن منظمة العفو الدولية في عام ٢٠١٤م، ص ١٠٨.

٤. ومن ذلك ما عبرت عنه اللجنة المعنية بحقوق الإنسان بصدد محاكمة المدنيين أمام المحاكم العسكرية في التعليق العام رقم ٣٢ في البند ٢٢ بقولها: «تلاحظ اللجنة أن محاكمة المدنيين أمام محاكم عسكرية أو خاصة قد يثير مشاكل خطيرة فيما يتعلق بإقامة العدل بصورة منصفة ومحايدة ومستقلة... الخ». 58/UN Doc. E/CN4./2006، المرجع السابق، ص ٨.

٥. يراجع في ذلك: منظمة العفو الدولية، دليل المحاكمات العادلة الصادر عن في عام ٢٠١٤م، ص ٢٢٢. منظمة جوستيتا الحقوقية، المحكمة العسكرية والمحاكمة العادلة، ورقة عمل من إعداد في ضوء برنامج عمل وندوة ٢٧/٦/٢٠١٥، بيروت، ٢٠١٥م، ص ٣١. د. محمود أحمد طه، اختصاص المحاكم العسكرية بجرائم القانون العام في ضوء حق المتهم في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص ٢٠٥.

٦. يراجع في ذلك التعليق العام رقم ٣٢ للجنة المعنية بحقوق الإنسان في الدورة التسعون بجنيف ٩-٢٧ تموز يولييه ٢٠٠٧م «الوارد بالوثيقة 58/UN Doc. E/CN4./2006 بتاريخ ٢٣ أغسطس ٢٠٠٧م. البند ١٩»، المرجع السابق، ص ٧.

أقرانهم في القضاء والنيابة العامة..)، ومن شروط تعيين القاضي العسكري حصوله على شهادة بكالوريوس في القانون<sup>(١)</sup>، كما يُعدّ القضاة العسكريين نظراء للقضاة المدنيين<sup>(٢)</sup>.

من خلال ما تقدم نخلص إلى نتيجة مفادها توافق المشرع البحريني مع ما جاء بنص المادة الرابعة عشر من العهد فيما يتعلق بضمانة الحيادية واستقلال القضاء العسكري، وعلى الرغم من تمتع القضاء العسكري البحريني بالحياد والاستقلالية، إلا أن تلك الحيادة والاستقلالية أقرب ما تكون للانفصالية عن بقية الهيئات القضائية الأخرى، وخاصةً في ظل تبعية القضاء العسكري من الناحية الإدارية للسلطة التنفيذية ممثلة في قوة دفاع البحرين، وأما بقية المحاكم الأخرى فهي تخضع من الناحية الإدارية والإشرافية للمجلس الأعلى للقضاء<sup>(٣)</sup>.

ولذا يرى الباحث بأنه من الأفضل لتحقيق أعلى مستوى من الاستقلالية والحياد أن يخضع القضاء العسكري لإشراف المجلس الأعلى للقضاء حاله كحال بقية الهيئات القضائية الأخرى، أو أن يتم إنشاء مجلس أعلى للقضاء العسكري يتولى مهمة الإشراف على سير العمل في المحاكم العسكرية سواءً التابعة لقوة دفاع البحرين وغيرها من المؤسسات العسكرية كالحرس الوطني وقوات الأمن العام. وبعد أن تناولنا الضمانات المتعلقة بالمحاكمة الواردة في المادة الرابعة عشرة، وتحديداً ما ورد في البند (١)، والبند (٧) منها، سننتقل لدراسة الشق الثاني من ضمانات حق المتهم في حصوله على المحاكمة العادلة أمام القضاء العسكري.

## المبحث الثاني

### ضمانات حق المتهم في المحاكمة العادلة ومدى توافرها في إجراءات القضاء العسكري البحريني

المتهم هو كل شخص تثار ضده شبهات عن ارتكابه فعلاً إجرامياً، فيلتزم بمواجهة الادعاء بمسؤوليته عنه والخضوع للإجراءات التي يحددها القانون، وتستهدف تلك الإجراءات تمحيص هذه الشبهات وتقدير قيمتها في البراءة أو الإدانة، وعلى ذلك فإنه تثار عند بدء الاتهام مصلحتان: الأولى تستهدف حماية المصلحة العامة، والثانية تستهدف حماية مصلحة المتهم<sup>(٤)</sup>. ولما كان العهد يستهدف ضمان حماية حق الإنسان بوجه عام في الحصول على المحاكمة العادلة، فقد أوردت المادة الرابعة عشرة بوجه خاص العديد من الضمانات، ومن خلال استقراء بنودها وبالأخص منها الضمانات المتعلقة

١. نصت المادة (٧) من قانون القضاء العسكري: (يشترط في من يعين برتبة ضابط في كل من النيابة العسكرية والمحاكم العسكرية أن يكون حاصلًا على شهادة البكالوريوس في القانون معترف بها).

٢. نصت المادة (١١) من قانون القضاء العسكري: (يعتبر رئيس وأعضاء القضاء العسكري المجازون في القانون نظراء للقضاة المدنيين).

٣. المادة (١٠٥) من دستور مملكة البحرين، (البند د- ينشأ، بقانون، مجلس أعلى للقضاء يشرف على حسن سير العمل في المحاكم وفي الأجهزة المعاونة لها، وبين القانون صلاحياته في الشؤون الوظيفية لرجال القضاء والنيابة العامة).

٤. د. عمر فخري الحديثي، حق المتهم في محاكمة عادلة دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٦٣، ص ٤٠.

بالمتهم، بالإمكان تقسيم هذه الضمانات إلى طائفتين رئيسيتين، الطائفة الأولى ضمانات تتعلق بمرحلة ما قبل المحاكمة، والطائفة الثانية ضمانات تتعلق بمرحلة المحاكمة.

**المطلب الأول:** ضمانات المتهم السابقة على المحاكمة أمام القضاء العسكري البحريني.

**المطلب الثاني:** ضمانات المتهم بمرحلة المحاكمة أمام القضاء العسكري البحريني.

## المطلب الأول ضمانات المتهم السابقة على المحاكمة أمام القضاء العسكري البحريني

من المستقر عليه أن الدعاوى الجنائية لا تصل إلى مرحلة المحاكمة إلا بعد أن تمر بإجراءات عديدة تهدف إلى تهيئة الأدلة، ويطلق على هذه المرحلة عادة مرحلة التحقيق الابتدائي ويسبقها مرحلة تمهيدية تسمى بمرحلة جمع الاستدلالات<sup>(١)</sup>، وبشكل عام تُعدُّ مرحلتنا جمع الاستدلالات والتحقيق الابتدائي من أخطر المراحل التي لها اتصال مباشر بالحقوق والحريات الأساسية للإنسان وكرامته، ولذا فقد تولت العديد من التشريعات الوطنية والدولية تحديد الإجراءات واجبة الإتيان.

ولما كان موضوع الدراسة ونطاقها يقتصر على بحث مدى التوافق بين ما جاء في المادة الرابعة عشرة من العهد والتشريع العسكري البحريني، فإن ذلك الأمر يُلزم الباحث بعدم التوسع خارج نطاق حدود الدراسة، ولذا سنتناول في الفروع القادمة دراسة الضمانات المتعلقة بحق المتهم في المحاكمة العادلة بمرحلة ما قبل المحاكمة من خلال موضوعين وهما: افتراض قرينة البراءة في المتهم وحظر إكراهه على الاعتراف، والموضوع الثاني حق المتهم في الإحاطة علماً بموضوع الإتهام المنسوب إليه.

## الفرع الأول افتراض قرينة البراءة في المتهم وحظر إكراهه على الاعتراف ضد نفسه أمام القضاء العسكري البحريني

من المعلوم أن الجريمة حدث غير عادي في حياة الناس، وليس من الطبيعي أن يُجرم كل فرد، وذلك لأن الإنسان يولد على الفطرة السليمة وهو نقي السريرة، وهذا هو الأساس والأصل<sup>(٢)</sup>، ويتفرع من ذلك الأصل أنه لا يجوز إكراه أي إنسان على الاعتراف ضد نفسه، وعلى ضوء ذلك سنتحدث أولاً عن افتراض قرينة البراءة، وثانياً عن حظر إكراه المتهم على الاعتراف ضد نفسه.

١. د. سعيد حسب الله عبد الله، الوجيز في قانون الإجراءات الجنائية البحريني، المرجع السابق، ص ١٢٣.

٢. د. ممدوح خليل البحر، نطاق حرية القاضي الجنائي في تكوين قناعته الوجدانية، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون - العدد الحادي والعشرون ربيع الآخر ١٤٢٥ هـ يونيو ٢٠٠٤، ص ٣٥٩.

## أولاً: إفتراض قرينة البراءة في المتهم:

مقتضى هذا المبدأ أن كل متهم بجريمة مهما بلغت جسامتها يجب معاملته بوصفه شخصاً بريئاً حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات، ويقتضي ذلك أن يحدد وضعه القانوني خلال الفترة السابقة على ثبوت الإدانة على أنه شخص بريء<sup>(١)</sup>، وإذا كان الأصل في الإنسان البراءة فإنه على من يدعي العكس أن يثبت ذلك، وبالتالي فإن تقرير عبء الإثبات يقع على عاتق النيابة العامة<sup>(٢)</sup>، ولأهمية هذا المبدأ نص عليه البند (٢) من المادة الرابعة عشرة من العهد بالقول على أنه: (.من حق كل متهم بارتكاب جريمة أن يعتبر بريئاً إلى أن يثبت عليه الجرم قانوناً)، وإعمالاً لقيمة هذا المبدأ في التشريع البحريني نصت عليه المادة (٢٠/ج) من دستور مملكة البحرين بقولها: «المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية لممارسة حق الدفاع في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة وفقاً للقانون».

وعلى هذا نخلص إلى نتيجة مفادها أن قرينة البراءة أمر لازم في التشريع العسكري البحريني إذ لها مصدر دستوري أعلى قيمة من التشريع، ومن ثم يجب على كافة سلطات التحقيق والمحاكم العسكرية العمل بمقتضاها.

## ثانياً: حق المتهم في أن ألا يكره على الشهادة ضد نفسه أو على الاعتراف

### بذنب:

بالمفهوم المخالف يفترض هذا الحق أن يبدي المتهم أقواله بحرية وأن يقدم بنفسه ما شاء من دفاع، وكذا يحق له الصمت دون أن يُعد قرينة ضده، وإلا كان في ذلك إطاحة بقرينة البراءة وما تولد منها ما يُعد من حقوق، وإكراه المتهم على الشهادة ضد نفسه أو الاعتراف بذنب، يخضع لصور متعددة منها إكراهاً مادياً، ومنها ما يعتبر إكراهاً معنوياً أو أدبياً<sup>(٣)</sup>. وقد ورد النص على هذا الحق في البند (٣/ز) من المادة الرابعة عشرة من العهد بقولها: (لكل متهم بجريمة أن يتمتع أثناء النظر في قضيته، وعلى قدم المساواة التامة، بالضمانات الدنيا التالية: ز- ألا يكره على الشهادة ضد نفسه أو على الاعتراف بذنب).

وحرصاً من المشرع الدستوري البحريني على صيانة حقوق الإنسان وكرامته فقد اعتبر إكراه الإنسان بغية الحصول على اعترافه إجراءً باطلاً ويستوجب العقوبة لمن قام به حيث نصت على ذلك المعنى المادة (١٩/د) من الدستور البحريني بقولها: (لا يعرض أي إنسان للتعذيب المادي أو المعنوي، أو الإغراء، أو للمعاملة الحاطة بالكرامة، ويحدد القانون عقاب من يفعل ذلك. كما يبطل كل قول أو اعتراف يثبت صدوره تحت وطأة التعذيب أو بالإغراء أو لتلك المعاملة أو التهديد بأي منها). وتطبيقاً لهذا المبدأ الدستوري نصت المادة (٥٩) من قانون القضاء العسكري على أنه: (.كل قول يثبت بأنه

١. د. محمد محمد مصباح القاضي، حق الإنسان في محاكمة عادلة دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦م. ص ٢٩.

٢. د. ممدوح خليل البحر، نطاق حرية القاضي الجنائي في تكوين قناعته الوجدانية، المرجع السابق، ص ٣٦٢.

٣. د. محمد محمد مصباح القاضي، حق الإنسان في محاكمة عادلة دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٩٠.

صدر من أحد المتهمين أو الشهود تحت وطأة الإكراه أو التهديد به يهدر ولا يعول عليه). ونخلص من ذلك إلى أن المشرع العسكري قد حقق هذه الضمانة للمتهم، بما يتوافق مع أحكام العهد، وعلى ذلك سننتقل في الفرع الثاني لدراسة مدى تمتع المتهم بضمانة الحق في الإحاطة علماً بالتهمة المنسوبة إليه أمام القضاء العسكري البحريني.

## الفرع الثاني حق المتهم في الإحاطة علماً بموضوع الاتهام المنسوب إليه أمام القضاء العسكري البحريني

يتسع هذا الحق ليشمل ما ورد في نص البند (أ/٣) من المادة الرابعة عشرة من العهد على وجوب أن يتم إحاطة المتهم سريعاً بموضوع الاتهام وذلك بقولها: (أن يتم إعلامه سريعاً وبالتفصيل، وفي لغة يفهمها، بطبيعة التهمة الموجهة إليه وأسبابها) وكذلك نص البند (ب/٣) بوجوب أن يعطى المتهم الوقت الكافي لإعداد دفاعه بقولها: (أن يعطى من الوقت ومن التسهيلات ما يكفي لإعداد دفاعه وللاتصال بمحام يختاره بنفسه).

وأيضاً البند (د/٣) الوارد في نصه: (أن يزود مجاناً بترجمان إذا كان لا يفهم اللغة المستخدمة في المحكمة) حيث أن هذا الحق كذلك يتسع ليشمل المرحلة السابقة على المحاكمة. وفي مسألة إحاطة المتهم علماً بالاتهام المنسوب إليه، يجب أن تكون الإحاطة منذ بداية اتخاذ إجراءات التحقيق الابتدائي ضده باعتبار أن هذه الإجراءات تُعد أولى مراحل الخصومة الجنائية<sup>(١)</sup>.

وإجراءات التحقيق الابتدائي متعددة، ولكن أهم إجرائين يتصلان بإحاطة المتهم بالاتهام هما: الأمر بالتكليف بالحضور، وإجراء القبض عليه، وهذا ما سنتناوله بالبحث على النحو الآتي:

إحاطة المتهم علماً بالتهمة المنسوبة إليه في أمر التكليف بالحضور أمام النيابة العامة أو المحكمة: أمر التكليف بالحضور هو إجراء من إجراءات التحقيق الابتدائي يأمر بمقتضاه المحقق المتهم بالحضور في الزمان والمكان المحددين أمام المحقق، أو يكون الحضور مباشرة أمام المحكمة في الجرح والمخالفات بناء على الاستدلالات<sup>(٢)</sup>. وباستقراء قانون القضاء العسكري نجد بأن المادة (٢٥) عالجت مسألة الأمر بالتكليف للحضور أمام النيابة العسكرية، بقولها: (يجب أن يشتمل أمر التكليف بالحضور على اسم المتهم والوحدة التي يتبعها والتهمة المنسوبة إليه وتاريخ الأمر وميعاد الحضور وإمضاء عضو النيابة العسكرية والختم الرسمي). وكذلك نصت المادة (٥١) على أمر

١. د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة السابعة، مكتبة رجال القضاء، القاهرة، ١٩٩٣م، ص٩٤.

٢. د. مأمون محمد سلامة، قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بالفقه وأحكام النقض، الجزء الأول، طبعة مزيدة ومنقحة، سلامة للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٨م، ص٥١٦. وكذلك قضت محكمة التمييز البحرينية بأن: (.. تكليف المتهم بالحضور مباشرة أمام المحكمة دون إجراء تحقيق أو مواجهة بالتهمة. جوازى للنيابة العامة إذا رأت صلاحية الدعوى لرفعها بناء على محضر جمع الاستدلالات..) الطعن ١٠٧ لسنة ٢٠٠٦ القاعدة ٣٠. أحكام التمييز البحرينية منشورة في الموقع الرسمي للمجلس الأعلى للقضاء البحريني في الموقع الالكتروني: <http://www.sjc.bh>

التكليف بالحضور أمام المحكمة، بقولها: (يكلف رئيس المحكمة العسكرية، بعد تسجيل الدعوى في قلم الكتاب، النيابة العسكرية والمتهمين والشهود بحضور جلسة المحاكمة التي يحددها. ويكون تكليف المتهمين، والشهود المنتسبين لقوة الدفاع، بموجب ورقة تكليف بالحضور تبلغ إليهم ...). ويتضح من نص المادتين سالفتي الذكر بأن المشرع العسكري البحريني اشترط بصريح النص أن يشتمل أمر التكليف بالحضور للنيابة العسكرية على بيان التهمة المنسوبة للمتهم العسكري. بينما في التكليف بالحضور أمام المحاكم العسكرية، لم يتطرق المشرع إلى ذكر بيان التهمة المنسوبة للمتهم، وعليه يوصي الباحث المشرع العسكري بضرورة تعديل نص المادة (٥١) لإغفالها ذكر التهم المنسوبة للمتهم، وذلك لكي تأتي نصوص القانون متوافقة ومنسجمة مع العهد الدولي من جهة، ومن جهة أخرى تتماشى مع القواعد العامة الإجرائية الواردة في نص المادة (١٩٣) من قانون الإجراءات الجنائية البحريني<sup>(١)</sup>.

والملاحظ كذلك في المادتين سالفتي الذكر بأنهما تخاطبان المتهمين بوصفهم أشخاصاً خاضعين لأحكام قانون القضاء العسكري حصراً، وبحسب ما قدمنا أن المحاكم العسكرية امتد اختصاصها ليشمل محاكمة المدنيين طبقاً للإختصاص الموضوعي والمكاني.

وعلى ذلك فإن المشرع العسكري لم يعالج مسألة تكليف المدنيين بالحضور أمام النيابة العسكرية، مما يتعين معه في هذه الحالة الرجوع للقواعد العامة<sup>(٢)</sup>.

وبالرجوع لأحكام قانون الإجراءات الجنائية البحريني نجد بأن المواد (١٣٦) و(١٣٧) و(١٩٣)<sup>(٣)</sup>، قد تولت معالجة الأحكام المتعلقة بأمر التكليف بالحضور واشترطت في كل الأحوال احتواء أمر التكليف بالحضور على بيان التهمة المنسوبة للمتهم سواءً للحضور أمام النيابة العامة أو المحكمة. خلاصة القول بأن المشرع العسكري قد وفر للمتهمين الخاضعين لأحكام قانون القضاء العسكري، ضمانات إحاطته بالتهمة في ورقة التكليف بالحضور أمام النيابة العسكرية دون المحاكم العسكرية. وأما بالنسبة إلى المتهمين المدنيين فقد ترك المشرع تلك المسألة لأحكام القواعد العامة، وعليه يوصي الباحث المشرع العسكري بإيراد نصوص صريحة تعالج هذه المسألة بوضوح.

إحاطة المتهم علماً بالتهمة المنسوبة إليه بمناسبة القبض عليه بأمر قضائي أو في حالة التلبس:

١. نصت المادة (١٩٣) من قانون الإجراءات الجنائية البحريني على أنه: (يكون تكليف الخصوم بالحضور أمام المحكمة قبل إنعقاد الجلسة ... وتذكر في ورقة التكليف بالحضور التهمة ومواد القانون التي تنص على العقوبة...ألخ).

٢. وذلك إعمالاً للمادة (١) من قانون القضاء العسكري التي تنص على أنه: (تطبق فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون النصوص الخاصة بالإجراءات والعقوبات الواردة في القوانين الأخرى السارية في المملكة وبما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون).

٣. نصت المادة (١٣٦) إجراءات على أنه: (لعضو النيابة العامة أن يصدر حسب الأحوال أمراً بحضور المتهم...ألخ). وحددت المادة (١٣٧) على ما يجب أن يشتمل عليه أمر التكليف بالحضور، بقولها: (يجب أن يشتمل كل أمر على أسم المتهم ولقبه ومهنته وجنسيته ومحل إقامته والتهمة المنسوبة إليه وتاريخ الأمر وإمضاء عضو النيابة العامة والختم الرسمي ويشمل الأمر بحضور المتهم فضلاً عن ذلك تكليفه بالحضور في ميعاد معين)، وسبق الإشارة للمادة (١٩٣) من قانون الإجراءات الجنائية في الهامش ٤٨.

القبض هو إمساك المقبوض عليه من جسمه وتقييد حركته وحرمانه من حرية التجول دون أن يتعلق الأمر على قضاء فترة زمنية معينة<sup>(١)</sup>. ويُعد القبض إجراءً خطيراً لما يتضمنه من اعتداء على الحرية الشخصية، ولكنه في سبيل الموازنة بين سلطة الدولة وحق المتهم، فإن هذا الإجراء محاط بعدة ضمانات<sup>(٢)</sup>، ومنها ضرورة إعلامه بسبب القبض، وإصدار أمر القبض من اختصاص سلطة الاتهام والتحقيق ممثلة في النيابة العامة أو النيابة العسكرية<sup>(٣)</sup>، وفي حالة استثنائية وهي التلبس<sup>(٤)</sup> أجاز المشرع أن يكون بمعرفة مأموري الضبط القضائي، أو مأموري الضبط القضائي العسكري<sup>(٥)</sup>. ولخطورة هذا الإجراء فإنه يستوجب على الجهة القائمة بالقبض، إبلاغ المتهم فوراً بالتهمة الموجهة إليه، وينبغي كذلك عليها الاحتفاظ بسجلات مكتوبة، تتضمن: سبب القبض وتاريخه، والمكان المحتجز فيه المقبوض عليه، ووقت إحضار المتهم، والجهة التي نفذت القبض أو الاحتجاز، وينبغي أن تتاح مثل هذه السجلات للشخص المقبوض عليه ولحاميه، كما ينبغي أن تتاح المعلومات لأقارب المتهم المقبوض عليه<sup>(٦)</sup>، ومن الطبيعي أيضاً أن يستتبع هذا الإجراء وجوب حق المتهم في معرفة الاتهام باللغة التي يفهمها.

وبإستقراء قانون القضاء العسكري البحريني يتضح بأن المشرع العسكري لم يعالج تلك المسألة بنصوص صريحة وواضحة، بل جعلها خاضعة للقواعد العامة الإجرائية، حيث أوجب على مأموري الضبط القضائي في المادة (٥٧) من قانون الإجراءات الجنائية في حالة تم القبض على المتهم في إحدى حالات التلبس سماع أقوال المتهم المقبوض عليه فوراً، وهذا بحد ذاته ما يستتبع بالضرورة إحاطة المتهم علماً عند سماع أقواله بما هو منسوب إليه<sup>(٧)</sup>.

١. نقض ٢٧/٤/١٩٥٩ أحكام النقض س ١٠ رقم ١٠٥ ص ٤٨٢، مشار إليه لدى د. رؤوف صادق عبيد، تنقيح د. أوائل أنور بندق، القبض والتفتيش في جوانبهما العملية الهامة، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، عام ٢٠١٢م، ص ١٦.
٢. د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص ٢٤٦.
٣. وفقاً لقانون القضاء العسكري فإن النيابة العسكرية هي المكلفة باختصاص سلطة التحقيق والاتهام في الدعاوى الداخلة في اختصاص القضاء العسكري، وفقاً للمادة (٢٠) من قانون القضاء العسكري، وكذلك أكدت المادة ٢١ من ذات القانون بأن للنيابة العسكرية ذات الصلاحيات المخولة للنيابة العامة.
٤. عرف المشرع البحريني حالة التلبس بالجريمة، في المادة (٥١) من قانون الإجراءات الجنائية بقولها: (تكون الجريمة متلبساً بها حال ارتكابها أو بعد ارتكابها ببرهة يسيرة. وتعتبر الجريمة متلبساً بها إذا تبع المجني عليه مرتكبها، أو تبعته العامة مع الصياح إثر وقوعها، أو إذا وجد مرتكبها بعد وقوعها بوقت قريب حاملاً آلات أو أسلحة أو متاع أو أشياء يستدل منها على أنه فاعل أو شريك فيها، أو إذا وجدت به في هذا الوقت آثار أو علامات تفيد ذلك).
٥. أعضاء الضبط القضائي العسكري هم من ذوي الاختصاص الخاص في نطاق قانون القضاء العسكري ولهم ذات الصلاحية المقررة لمأموري الضبط القضائي في نطاق اختصاصهم، وهذا ما قرره المادة (٢٢) من قانون القضاء العسكري، بقولها (يكون لأعضاء الضبط القضائي العسكري، في حدود اختصاصهم، كافة الصلاحيات المقررة لمن لهم صفة الضبط القضائي طبقاً للقانون، ويمارسون أعمالهم وفقاً).
- للأحكام والإجراءات المنصوص عليها فيه، وذلك فيما لم يرد بشأنه نص خاص في قانون القضاء العسكري....).
٦. دليل المحاكمات العادلة، الصادر عن منظمة العفو الدولية، الطبعة العربية الثانية، ٢٠١٤م، ص ٨٤.
٧. نصت المادة (٥٧) من قانون الإجراءات الجنائية، على أنه: (يجب على مأمور الضبط القضائي أن يسمع فوراً أقوال المتهم المقبوض عليه....).

وكذلك بالنسبة إلى حالة القبض التي تتم بأمر من عضو النيابة العامة فقد أوجب المشرع في المادة (١٣٣) على عضو النيابة عند حضور المتهم لأول مرة في التحقيق أن تتم إحاطته علماً بالتهمة المنسوبة إليه، وكذلك قررت المادة (١٣٥) تمكين المتهم بالاستعانة بمحاميه والإطلاع على التحقيق قبل الاستجواب والمواجهة لكي يتمكن من إعداد دفاعه<sup>(١)</sup>.

وبطبيعة الحال قد يكون الشخص المقبوض عليه لا يفهم اللغة التي تستخدمها السلطات، وفي هذه الحالة أوجب المشرع البحريني في قانون الإجراءات الجنائية أن تتم الإستعانة بمترجم لمساعدة المتهم في إحاطته علماً بالتهمة المنسوبة إليه وكذلك التحقيق، وأيضاً في مرحلة المحاكمة، ودون مقابل، وينبغي أن يكون المترجم محايداً ويقسم اليمين بأن يؤدي مهمته بأمانة وصدق<sup>(٢)</sup>. وعلى ما تقدم نخلص إلى نتيجة مفادها أن المشرع العسكري البحريني وفر للمتهم ضمانات إحاطته بالتهمة المنسوبة إليه وبلغة يفهمها في حال كان المتهم مقبوضاً عليه.

إلا أن هذه الضمانة مستقاة من القواعد العامة الإجرائية، ولذا يوصي الباحث المشرع العسكري البحريني بضرورة إضافة مواد صريحة تلزم الجهات القائمة بالقبض على إحاطة المتهم علماً بالتهمة المنسوبة إليه، وذلك لكي تتوافق أحكام قانون القضاء العسكري بشكل متكامل مع المادة الرابعة عشر من العهد.

وعلى ما تقدم تناولنا في هذا المطلب دراسة ما جاء في المادة الرابعة عشر من العهد من ضمانات سابقة على مرحلة المحاكمة، وتحديدًا تناولنا بالتحليل والمقارنة البنود: (٢)، (٣/أ)، (٣/ب)، (٣/د)، (٣/ز)، وعلى ذلك سننتقل في المطلب الثاني لدراسة ضمانات المحاكمة العادلة المتعلقة بمرحلة المحاكمة.

١. نصت المادة (١٣٣) من قانون الإجراءات الجنائية على أنه: (يجب على عضو النيابة العامة عند حضور المتهم لأول مرة في التحقيق أن يدون جميع البيانات الخاصة بشخصيته ويحيطه علماً بالتهمة المنسوبة إليه ويثبت في المحضر ما قد يبيده في شأنها من أقوال). نصت المادة (١٣٥) من قانون الإجراءات الجنائية، على أنه: (يجب أن يمكن محامي المتهم من الإطلاع على التحقيق قبل الاستجواب أو المواجهة بيوم على الأقل ما لم يقرر عضو النيابة العامة غير ذلك. وفي جميع الأحوال لا يجوز الفصل بين المتهم ومحاميه الحاضر معه أثناء التحقيق).

٢. تطبيقاً لذلك أوجبت المادة (٨٨) من قانون الإجراءات الجنائية البحريني، أن يتم التحقيق باللغة العربية وأنه يتعين على عضو النيابة العامة الاستعانة بمترجم إذا كان المتهم يجهل اللغة العربية، بقولها: (يجري التحقيق باللغة العربية، ولعضو النيابة العامة أن يستعين بمترجم بعد أن يحلف يميناً بأن يؤدي مهمته بالصدق والأمانة إذا كان المتهم أو الشاهد يجهل اللغة العربية). وأما بشأن مرحلة المحاكمة فقد نصت المادة (٤) من المرسوم بقانون رقم (٤٢) لسنة ٢٠٠٢ بشأن السلطة القضائية، على أنه: (اللغة العربية هي اللغة الرسمية للمحاكم وعلى المحكمة أن تسمع أقوال الخصوم أو الشهود الذين يجهلون اللغة العربية بواسطة مترجم بعد حلف اليمين أو التصريح رسمياً بقول الحق).

## المطلب الثاني ضمانات المتهم بمرحلة المحاكمة أمام القضاء العسكري البحريني

تعد مرحلة المحاكمة الجنائية من أهم مراحل الدعوى الجنائية، وتسمى كذلك بمرحلة التحقيق النهائي، وهي المرحلة التالية لمرحلة التحقيق الابتدائي، وتُعرف بإنها: (مجموعة الإجراءات التي تبشر أمام المحاكم الجنائية وتستهدف تقدير أدلة الدعوى جميعاً من حيث البراءة أو الإدانة، ثم الفصل في موضوع الدعوى إما بالإدانة إذا كانت الأدلة جازمة بذلك أو بالبراءة في حالة عدم كفاية الأدلة أو الشك فيها).<sup>(١)</sup>

ولأهمية هذه المرحلة أقرت أغلب التشريعات الوطنية والدولية على حد سواء ضمانات تحيط بالمتهم وتحميه، وتقرير هذه الضمانات الغرض منه حماية حق الإنسان في حصوله على محاكمة عادلة تؤمن فيها له كافة حقوق الدفاع. وقد حددت المادة الرابعة عشرة من العهد مجموعة من الضمانات التي من الممكن تصنيفها من طائفة الضمانات المتعلقة بمرحلة المحاكمة، والتي بطبيعتها تنقسم إلى نوعين، النوع الأول ضمانات تتعلق بسلامة سير إجراءات المحاكمة، والنوع الثاني ضمانات تتعلق بإصدار الأحكام القضائية، ولذا ارتأى الباحث اعتماد هذا المعيار في تقسيم هذا المطلب على فرعين بالنحو الآتي:

### الفرع الأول ضمانات المتهم المتعلقة بسلامة سير إجراءات المحاكمة

باستقراء بنود المادة الرابعة عشرة من العهد المتعلقة بضمانات المتهم في إجراءات المحاكمة، بالإمكان القول إنها تبدأ من ضمانات وجوب الإسراع في محاكمة المتهم دون تأخير، وأن يحاكم المتهم حضورياً وتمكينه من الدفاع عنه نفسه أو بواسطة محامي، وتمكينه من مناقشة الشهود، وأن يكون للمتهم صغير السن «الحدث» إجراءات تتناسب مع سنه وظروفه.

وقد وردت كل تلك الضمانات في الفقرات (ج، د، هـ) من البند (٣) من المادة الرابعة عشرة تحت مسمى الضمانات الدنيا، التي نصت على أنه: (لكل متهم بجريمة أن يتمتع أثناء النظر في قضيته، وعلى قدم المساواة التامة، بالضمانات الدنيا التالية: ج- أن يحاكم دون تأخير لا مبرر له. د- أن يحاكم حضورياً وأن يدافع عن نفسه بشخصه أو بواسطة محام من اختياره، وأن يخطر بحقه في وجود من يدافع عنه إذا لم يكن له من يدافع عنه، وأن تزوده المحكمة حكماً، كلما كانت مصلحة العدالة تقتضي ذلك، بمحام يدافع عنه، دون تحميله أجراً على ذلك إذا كان لا يملك الوسائل الكافية لدفع هذا الأجر. هـ- أن يناقش شهود الاتهام، بنفسه أو من قبل غيره، وأن يحصل على الموافقة على استدعاء شهود النفي بذات الشروط المطبقة في حالة شهود الاتهام). وورد في البند (٤) وجوب

١. د. بكري يوسف بكري، الوجيز في الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص ٥.

مراعاة سن الحدث، بقولها: (في حالة الأحداث، يراعى جعل الإجراءات مناسبة لسنهم ومواتية لضرورة العمل على إعادة تأهيلهم) وعلى ما تقدم سنتعرض فيما يلي لمقارنة ما ورد من ضمانات ومدى توافقها مع التشريع العسكري البحريني، من خلال التقسيم الآتي:

### أولاً: حق المتهم في المحاكمة دون تأخير لا مبرر له:

ورد النص على هذا الحق في البند (٣/ج) من المادة الرابعة عشرة من العهد، وقد علقت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان على هذه الضمانة بأنه ليس الغرض منها تجنب ترك الأشخاص لفترة أطول مما ينبغي في حالة الشك بشأن مصيرهم، أو ضمان عدم حرمانهم من الحرية في حالة الإحتجاز السابق للمحاكمة لفترة أطول، بل الغرض منها أيضاً خدمة مصلحة العدالة، ولا يتعلق هذا الضمان بالفترة الزمنية بين توجيه الاتهام وبين وقت بدء المحاكمة فحسب، بل يشمل أيضاً الفترة الزمنية حتى صدور حكم الاستئناف النهائي، ويجب أن تتم جميع المراحل سواءً كانت أمام المحاكم الابتدائية أو الإستئناف دون تأخير لا مبرر له<sup>(١)</sup>.

وباستقراء قانون القضاء العسكري البحريني، يتضح بأن المشرع العسكري لم ينظم نصوصاً خاصة بشأن الفترات الزمنية منذ القبض على المتهم وحتى وقت البدء في المحاكمة.

ولكن من الممكن الإشارة إلى بعض الفترات الزمنية المحددة بموجب القوانين السارية في مملكة البحرين، ومن هذه الفترات ما أوجبه المادة (٥٧) من قانون الإجراءات الجنائية على مأموري الضبط القضائي بعد سماع أقواله إحالته للنيابة العامة في ظرف ثمان وأربعين ساعة<sup>(٢)</sup>، وكذلك في الجرائم الإرهابية لمدة لا تتجاوز ثمانية وعشرين يوماً وفقاً لقانون حماية المجتمع من الأعمال الإرهابية<sup>(٣)</sup>، وعلى ذلك فإن أحكام قانون الإجراءات الجنائية تسري على مأموري الضبط القضائي العسكري، ولا يجوز حجز حرية المتهم لأكثر من ثمان وأربعين ساعة، وفي حال الجرائم الإرهابية لمدة لا تتجاوز ثمانية وعشرين يوماً.

والجدير بالذكر في هذه المسألة هو أن اللجنة المعنية بحقوق الإنسان اعتبرت أن المدة المعقولة هي ثمانية وأربعين ساعة، وأن تتجاوز هذه المدة يعتبر تأخيراً مفرطاً<sup>(٤)</sup>.

١. يراجع في ذلك التعليق العام رقم ٣٢ للجنة المعنية بحقوق الإنسان في الدورة التسعون بجنيف ٩-٢٧ تموز يولييه ٢٠٠٧م "الوارد بالوثيقة 58/UN Doc. E/CN4./2006 بتاريخ ٢٣ أغسطس ٢٠٠٧م. البند ٣٦، المرجع السابق، ص ١٤.

٢. المادة (٥٧) من قانون الإجراءات الجنائية البحريني، على أنه: (يجب على مأمور الضبط القضائي أن يسمع فوراً أقوال المتهم المقبوض عليه، وإذا لم يأت بما يبرأه يرسله في مدى ثمان وأربعين ساعة إلى النيابة العامة ويجب على النيابة العامة أن تستجبه في ظرف أربع وعشرين ساعة ثم تأمر بحبسه أو إطلاق سراحه).

٣. نصت المادة (٢٧) من القانون رقم (٥٨) لسنة ٢٠٠٦ بشأن حماية المجتمع من الأعمال الإرهابية، على أنه (لمأمور الضبط القضائي إذا توافرت دلائل كافية على اتهام شخص بارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، أن يقبض على المتهم لمدة لا تتجاوز ثمانية وعشرين يوماً، وعند الاقتضاء له أن يطلب من النيابة العامة أن تأذن له بمد مدة القبض ويكون مسبباً وتستلزمه ضرورة التحقيق...).

٤. الملاحظات الختامية على تقارير دولة أوزبكستان للجنة المعنية بحقوق الإنسان، الدورة الثالثة والثمانون، الوثيقة رقم CCPR/

كما عقت المؤسسة الوطنية لحقوق الإنسان بمملكة البحرين على مدة الثمانية وعشرين يوماً، ووصفتها بإنها مخالفة لأحكام المادة التاسعة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وتُشكل انتهاكاً جسيماً للحق في المحاكمة العادلة<sup>(١)</sup>، ومن جانب الباحث يتوافق مع ما جاء برأي المؤسسة الوطنية لحقوق الانسان، وعليه يوصي المشرع العسكري بتلافي هذه الإشكالية بإيراد نصوص خاصة في قانون القضاء العسكري البحريني تعالج المسائل الإجرائية العامة.

وعوداً على بدء بشأن الفترات المحددة التي ينبغي خلالها تقديم المتهم للمحاكمة، فإنه وفقاً لقانون الإجراءات الجنائية البحريني بعد أن يتم إحالة المتهم من قبل مأموري الضبط القضائي للنيابة العامة، يكون للنيابة العامة السلطة التقديرية بحسب الصلاحيات المخولة لها قانوناً بعد استجواب المتهم أن تقرر إصدار أمر الحبس الاحتياطي لمدة لا تزيد على سبعة أيام، وقبل انقضاء هذه المدة إذا رأت النيابة مد الحبس الاحتياطي تعرض الأوراق على قاضي المحكمة الصغرى، ولقاضي المحكمة الصغرى بمد الحبس الاحتياطي مدد متعاقبة لا يزيد مجموعها على خمسة وأربعين يوماً، وإذا رأت النيابة العامة الحاجة لتمديد الحبس الاحتياطي مرة أخرى، ترفع الأمر للمحكمة الكبرى الجنائية لتقرر بدورها مد الحبس الاحتياطي من عدمه، وفي كل الأحوال لا يجوز أن تزيد مدة الحبس الاحتياطي على ستة شهور<sup>(٢)</sup>. وأما في مرحلة المحاكمة فإنه من الصعوبة بإمكان تحديد سقف زمني، ويرجع ذلك إلى اختلاف طبيعة كل قضية عن الأخرى، وإحتياج بعض القضايا إلى وقت أطول، ولذا فلا يتوقف تعيين المدة المعقولة على طبيعة القضية ذاتها، بل يتعداه إلى سلوك المتقاضين أمام المحكمة، وما يمكن أن يخسرهم المتهم، وحالته الصحية، ومدى خطورة التهم، والعقوبات المحتملة<sup>(٣)</sup>.

## ثانياً: حق المتهم أن يحاكم حضورياً وتمكينه من الدفاع عنه نفسه أو بواسطة محامي، ومناقشة الشهود:

ورد النص على حق المتهم في أن يحاكم حضورياً وتمكينه من الدفاع عنه نفسه أو بواسطة محامي في البند (د/٣) من المادة الرابعة عشر من العهد، ويتسع هذا الحق ليشمل كذلك حق المتهم في تمكينه من مناقشة الشهود الوارد في البند (ه/٣).

CO/83/UZB بتاريخ ٢٦ أبريل ٢٠٠٥م، البند ١٤، ص٤.

١. ميثاق المؤسسة الوطنية لحقوق الإنسان بشأن المرسوم بقانون رقم (٦٨) لسنة ٢٠١٤م بتعديل بعض أحكام القانون رقم (٥٨) لسنة ٢٠٠٦ بشأن حماية المجتمع من الأعمال الإرهابية، الموقع الرسمي الخاص بالمؤسسة الوطنية المعنون: [www.nih.org.bh](http://www.nih.org.bh)، ص٦.

٢. يراجع في ذلك المعنى المواد: (١٤٧، ١٤٨) من قانون الإجراءات الجنائية البحريني.

٣. يراجع في ذلك التعليق العام رقم ٣٢ لجنة المعنية بحقوق الإنسان، البند ٢٧، المرجع السابق، ص ١٠. وكذلك: يسرى إبراهيم حسونة، ضمانات المحاكمة العادلة أمام القضاء العسكري الفلسطيني، بحث منشور في مجلة العلوم السياسية والقانون تصدر عن المركز الديمقراطي العربي- ألمانيا، برلين- العدد ٠٢ بتاريخ ٠٨ أبريل ٢٠١٨ - المجلد ٣ ص١٢٦.

وحضور المتهم في المحاكمة مسألة واجبة من حيث الأصل، ولا يجوز مخالفتها إلا استثناءً<sup>(١)</sup>، وعلى ذلك فإن تمكين المتهم من حضور المحاكمة قاعدة أساسية يترتب على إغفالها بطلان الإجراءات لما ينطوي عليه هذا الإغفال من إهدار حقه في الدفاع عن نفسه<sup>(٢)</sup>.

وباستقراء قانون القضاء العسكري البحريني من الممكن تلمس وجوب أن يحاكم المتهم حضورياً من خلال نص المادة (٥٢) بقولها: (إذا لم يحضر المتهم أمام المحكمة العسكرية بعد تبليغه قانوناً، تؤجل المحكمة الدعوى أو تأمر إما بالقبض عليه وإحضاره للجلسة التالية، أو بإعادة تبليغه مع إنذاره بأنه إذا لم يحضر في الجلسة المذكورة فصلت المحكمة في الدعوى. وعلى المحكمة أن تحقق الدعوى أمامها كما لو كان المتهم حاضراً).

وعلى ذلك فإن الأصل في المحاكمات العسكرية وجوب حضور المتهم من خلال تبليغه قانوناً بجلسة المحكمة، والإستثناء من هذا الأصل محاكمته باعتباره حاضراً أمام المحكمة العسكرية في حالة تم تبليغه وإنذاره، ويلاحظ في المادة سالفة الذكر إنها لم تراعي الحالة التي يقدم فيها المتهم عذراً ببرر غيابه، فقد اكتفى المشرع العسكري بإعتبار المتهم حاضراً بمجرد تبليغه قانوناً لمرتين مع إنذاره. ولذا يرى الباحث بأن هذا الأمر من شأنه أن ينال من ضمانات حق المتهم بالمحاكمة حضورياً أمام المحاكم العسكرية، الأمر الذي يستدعي إضافة تعديلات تشريعية بشأن حالة الغياب المبررة بعذر تقبله المحكمة<sup>(٣)</sup>.

و ضمانات تمكين المتهم من حضور المحكمة تستتبعها ضمانات تمكينه من الدفاع عن نفسه أو بواسطة محاميه، وحق المتهم في اختيار المحامي بنفسه أو أن توفر له المحكمة محامياً يدافع عنه يُعد ضمانات لها مقتضى دستوري، حيث نصت عليها المادة (٥/٢٠) من دستور مملكة البحرين بقولها: (٥- يجب أن يكون لكل متهم في جنائية محام يدافع عنه بموافقتهم). وتأكيداً لتلك الضمانات نصت المادة (٥٨) من قانون القضاء العسكري، على أنه: (إذا لم يكن للمتهم جنائية محام يدافع عنه على رئيس المحكمة العسكرية أن يندب له محامياً مدنياً وفقاً لأحكام القانون)، وأما في الجرح والمخالفات فلم يشترط القانون أن يكون للمتهم محام يدافع عنه، بل ترك ذلك لتقدير المتهم<sup>(٤)</sup>. وعلى ذلك يتضح بأن المشرع العسكري البحريني قد وفر للمتهم ضمانات الحق في توكيل محاميه بما يتوافق مع أحكام المادة الرابعة عشرة من العهد، وأما بشأن حق المتهم في مناقشة الشهود، فلم يتناول المشرع العسكري

1. S.A. DE SIMTH, F.B.A Judicial Review of Administrative Action, Fourth Edition London, 1980, P.158.

د. عمر فخري الحديثي، حق المتهم في محاكمة عادلة دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ١١١.

٢. محمود عطيفة، محاضرات في الإجراءات الجنائية، سلسلة الدراسات القضائية (١٠)، المركز القومي للدراسات القضائية، وزارة العدل بجمهورية مصر العربية، ١٩٨٩م، ص ١٢٢.

٣. وذلك أسوة بما ورد في المادة (٢٠١) من قانون الإجراءات الجنائية البحريني التي تنص على أنه: (... ومع ذلك إذا كانت ورقة التوكيل بالحضور قد سلمت لشخص المتهم يجوز للمحكمة إذا لم يقدم عذراً ببرر غيابه أن تقرر اعتبار الحكم حضورياً وعليها أن تبين الأسباب التي استندت إليها في ذلك).

٤. د. محمد محمد مصباح القاضي، حق الإنسان في محاكمة عادلة دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٩٢.

تنظيم هذا الحق، مما يتعين معه إعمال الأحكام العامة السارية في قوانين الأخرى، حيث قرر المشرع هذه الضمانة للمتهم في قانون الإجراءات الجنائية، وجعل من حق المتهم توجيه الأسئلة لشهود الإثبات والنفي، وكذلك له الحق أن يطلب إعادة سماع الشهود للاستيضاح منهم بشأن الوقائع التي أدوا شهادتهم عنها<sup>(٥)</sup>.

### ثالثاً: وجوب مراعاة الإجراءات المتخذة ضد المتهم الحدث:

أوجبت المادة الرابعة عشر وفي البند (٤) منها مراعاة الإجراءات بالنسبة للمتهم الحدث، ويقصد بالحدث كمصطلح قانوني هو الصغير الذي أتم السن الذي حدده القانون للتمييز، ولم يتجاوز السن الذي حدده لبلوغ الرشد<sup>(٦)</sup>، ولكن من الممكن القول إن سن الرشد وفقاً لما حددته اتفاقية الطفل هو ثمان عشرة سنة كحد أقصى<sup>(٧)</sup>.

وقد حدد المشرع البحريني المقصود بالحدث في المادة (١) من قانون الأحداث بقولها: (يُقصد بالحدث في حكم هذا القانون من أتم السابعة من عمره ولم يتجاوز سنه خمس عشرة سنة ميلادية كاملة وقت ارتكابه الجريمة أو عند وجوده في إحدى حالات التعرض للانحراف)<sup>(٨)</sup>.

وأكدت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان على أنه يجب أن يتمتع الأحداث على الأقل بالضمانات والحماية نفسها الممنوحة للبالغين بموجب المادة (١٤) من العهد، وإضافة إلى ذلك، يحتاج الأحداث لحماية خاصة. وينبغي في الإجراءات الجنائية على وجه الخصوص إبلاغهم بصورة مباشرة بالتهم الموجهة إليهم أو إبلاغهم، عند الاقتضاء، عن طريق الآباء أو الأوصياء الشرعيين، وتوفير المساعدة المناسبة لتحضير وعرض دفاعهم؛ ومحاكمتهم على وجه السرعة في محاكمة عادلة بحضور محام أو غيره من المعنيين بتقديم المساعدة للملائمة والآباء أو الأوصياء الشرعيين، إلا إذا اعتبر ذلك محالاً لمصالح الطفل الفضلى، ويُراعى على وجه الخصوص سن الطفل أو وضعه. وينبغي قدر الإمكان تجنب الاحتجاز قبل وأثناء المحاكمة<sup>(٩)</sup>.

ومن الممكن القول أن المشرع العسكري البحريني قد راعى هذه المسألة صراحةً بما يتوافق مع أحكام العهد، حيث نصت المادة (١٦) من قانون القضاء العسكري على أنه: (يطبق على الحدث عند ارتكابه إحدى الجرائم الواردة في قانون الأحداث العقوبات الواردة به...)، وبالعودة إلى العقوبات المقررة في قانون الأحداث نجد بأن المادة (٦) منه قد نصت على أنه: (يحكم على الحدث الذي يرتكب جريمة

٥. يراجع في ذلك المعنى المواد: المواد (٢٢٠)، (٢٢١)، (٢٢٢) من قانون الإجراءات الجنائية البحريني.

١. د. أكرم نشأت إبراهيم، عوامل جنوح الأحداث، بحث منشور في مجلة جنوح الأحداث، سلسلة الدفاع الاجتماعي، المنظمة العربية للدفاع الاجتماعي، العدد الثالث، الرباط، ١٩٨١، ص٩.

٧. يراجع المادة (١) من اتفاقية حقوق الطفل الصادرة وفق قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٤٤/٢٥ الصادر بتاريخ ١٩٨٩/١١/٢٠. والمرسوم بقانون رقم (١٦) لسنة ١٩٩١ بشأن انضمام دولة البحرين لإتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل.

٨. قانون رقم (١٥) لسنة ٢٠١٤ بتعديل المادة (١) من المرسوم بقانون رقم (١٧) لسنة ١٩٧٦ في شأن الأحداث، منشور في الجريدة الرسمية بتاريخ: ٢٠١٤/٠٦/١٢ العدد ٣١٦٠.

٩. يراجع في ذلك التعليق العام رقم ٢٢ للجنة المعنية بحقوق الإنسان البند ٤٢، المرجع السابق، ص١٦.

ما بأحد التدابير الآتية: ١- التوبيخ. ٢- التسليم. ٣- الالتحاق بالتدريب المهني في الجهات التي يصدر بتحديدھا قرار من وزير العمل والشؤون الاجتماعية. ٤- الإلزام بواجبات معينة. ٥- الاختبار القضائي. ٦- الإيداع في إحدى مؤسسات الرعاية الاجتماعية الحكومية أو الخاصة. ٧- الإيداع في إحدى المستشفيات المتخصصة).

ومن خلال ما تقدم نخلص بنتائج مفادھا، أن المشرع العسكري البحريني على الرغم من تحقيقه ضمانات حق المتهم في أن يمكن من حضور المحاكمة كأصل عام، إلا أن هذه الضمانة يجب أن تراعى فيها الحالة التي يقدم فيها المتهم عذراً يبرر غيابھ، كما يحسب للمشرع العسكري النص على وجوب أن يكون لكل متهم في جناية محام، وإذا لم يكن له يتولى القاضي العسكري ندبه، كما لم ينظم المشرع العسكري الأحكام الخاصة بضمان حق المتهم في سماع الشهود، إلا أن هذه الضمانة متحققة من خلال الأحكام العامة، كما راعى المشرع العسكري الأوضاع الإجرائية الخاصة بالأحداث المتهمين، وعلى ذلك تناولنا فيما سبق دراسة الفقرات: (ج، د، هـ) من البند (٣)، وكذلك البند (٤) من المادة الرابعة عشرة من العهد، وسنتقل في الفرع الثاني لدراسة الضمانات المتعلقة بإصدار الأحكام القضائية من محاكم القضاء العسكري البحريني.

## الفرع الثاني ضمانات المتهم المتعلقة بالأحكام القضائية

بالإمكان تلمس ضمانات المتهم المتعلقة بالأحكام القضائية في المادة الرابعة عشرة من العهد في نصوص البندين (٦٠٥)، حيث نص البند (٥) على أنه: (لكل شخص أدين بجريمة حق اللجوء، وفقاً للقانون، إلى محكمة أعلى كما تعيد النظر في قرار إدانته وفي العقاب الذي حكم به عليه). كما نص البند (٦) على أنه: (حين يكون قد صدر على شخص ما حكم نهائي يدينه بجريمة، ثم أبطل هذا الحكم أو صدر عفو خاص عنه على أساس واقعة جديدة أو واقعة حديثة الاكتشاف تحمل الدليل القاطع على وقوع خطأ قضائي، يتوجب تعويض الشخص الذي أنزل به العقاب نتيجة تلك الإدانة، وفقاً للقانون، ما لم يثبت أنه يتحمل، كلياً أو جزئياً، المسؤولية عن عدم إفشاء الواقعة المجهولة في الوقت المناسب). وفيما يلي سنتعرض لدراسة الأحكام السابقة وتحليلها بالمقارنة مع ما ورد في قانون القضاء العسكري من خلال التقسيم التالي:

### أولاً: حق المتهم في اللجوء إلى محكمة أعلى (حق الطعن):

إن حق المتهم في اللجوء إلى محكمة أعلى هو عبارة عن وجه من أوجه الضمانات للمتهم لغرض تدارك ما قد يلحق في الحكم الأولي الصادر ضده، فقد يكون الحكم الجنائي الصادر ضد المتهم ينطوي على إدانة خاطئة أو أن الفعل الجرمي الذي جرت المحاكمة بشأنه لم يقع على النحو الوارد في نموذج التجريم أو أنه وقع من قبل شخص آخر غير الذي تمت محاكمته، أو أن المتهم قد حوكم دون مراعاة ما يتطلبه القانون من ضمانات، فلم تسمع طلباته ولم تتح له فرص الدفاع عن نفسه،

ولذا فإن حق المتهم في اللجوء إلى محكمة أعلى يُعد دعامة للمحاكمة العادلة<sup>(١)</sup>. وقد أوضحت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان بشأن الدول التي تلجأ إلى المحاكم العسكرية إلى وجوب أن تضمن للمتهم حق الاستئناف<sup>(٢)</sup>، وبالنظر لما ورد في قانون القضاء العسكري البحريني، فقد عالج المشرع العسكري هذه المسألة من خلال توفير ضمانات الطعن بالاستئناف أمام المحكمة الكبرى العسكرية إذا كان الحكم صادراً من المحكمة العسكرية الصغرى، وأمام المحاكم الاستئنافية العسكرية العليا إذا كان الحكم صادراً من المحاكم العسكرية الكبرى، وكذلك أتاح المشرع العسكري للمتهم الطعن أمام محكمة التمييز العسكرية في الأحكام النهائية سواءً الصادرة من المحاكم العسكرية الكبرى أو من المحاكم الاستئنافية العليا<sup>(٣)</sup>. وعلى ذلك من الممكن القول بأن المشرع العسكري البحريني قد وفر للمتهم ضمانات اللجوء إلى محكمة أعلى بما يتوافق مع أحكام العهد.

### ثانياً: تعويض المتهم المدان بحكم نهائي في حالة وجود خطأ قضائي:

ورد النص على هذه الضمانة في البند (٦) من المادة الرابعة عشرة من العهد، ومقتضى هذه الضمانة وفق ما أشار إليه دليل المحاكمات العادلة الصادر من منظمة العفو الدولية هو تعويض المتهم لغرض جبر الضرر الذي أصابه بمبلغ مالي تدفعه الدولة نتيجة لخطأ في حكم قضائي، وتشترط هذه الضمانة أن يكون المتهم قد أدين بجرم جنائي بموجب حكم نهائي، وتعتبر الإدانة نهائية عندما لا يعود هناك أي مجال لمراجعة قضائية أو لاستئناف الحكم، إما بسبب استنفاد جميع سبل الطعن أو نتيجة انقضاء المهل الزمنية المحددة لها؛ وكذلك يشترط أن يكون قد تم توقيع العقوبة عليه نتيجة لإدانته، وقد تكون العقوبة حكماً بالسجن أو أي نوع آخر من العقاب، ولا يشكل الاحتجاز المشروع الذي يقضيه المتهم قبل المحاكمة من بين العقوبات؛ وأن يكون قد صدر بحقه عفو خاص أو أسقط عنه حكم الإدانة استناداً إلى وقائع جديدة، أو جرى اكتشافها حديثاً، وأظهرت أن خطأً في تطبيق العدالة قد وقع، شريطة أن لا يكون عدم اكتشاف المعلومات في الوقت المناسب راجعاً كلياً أو جزئياً إلى المتهم وتتحمل الدولة عبء إثبات أن ذلك يعود إلى المتهم نفسه<sup>(٤)</sup>.

وبحسب مراجعة الباحث فإنه لا يوجد أي نص في التشريعات الوطنية بمملكة البحرين يؤكد على أن أي شخص كان قد تعرض لمحاكمة وتمت إدانته بحكم نهائي بات، وأن كان بموجب خطأ قضائي له حق في الحصول على تعويض مادي، وفي الواقع بأن مثل هذه الضمانة تقودنا لبحث عدة مواضيع متشابهة ومنها تعارض هذه الضمانة مع حجية الحكم القضائي البات الذي يمثل عنواناً للحقيقة،

١. د. عمر فخري الحديثي، حق المتهم في محاكمة عادلة دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ١٦٩.

٢. مشار إليه في التقرير السنوي لمفوض الأمم المتحدة السامي لحقوق الإنسان وتقارير المفوضية السامية والأمين العام، الدورة الثامنة والعشرون، موجز المناقشات التي أجريت أثناء مشاوره الخبراء المتعلقة بمسألة إقامة العدل عن طريق المحاكم العسكرية، ودور النظام القضائي المتكامل في مكافحة انتهاكات حقوق الإنسان، الوثيقة رقم: 32/A/HRC/28 بتاريخ ٢٩ يناير ٢٠١٥م، البند (٢٣)، ص ٩.

٣. يراجع في ذلك المعنى المواد (٤٦) إلى (٤٩) من قانون القضاء العسكري البحريني.

٤. دليل المحاكمات العادلة الصادر عن منظمة العفو الدولية، المرجع السابق، ص ٢٢٧.

ومن جهة أخرى كذلك يقودنا لموضوع مسؤولية الدولة عن العمل القضائي، والذي كان بطبيعته محلاً للجدل والبحث الواسع، ولا يتسع المقام له في هذه الدراسة.

وعلى الرغم من خلو التشريعات الوطنية في مملكة البحرين من الممكن تلمس جزئية تعويض المتهم بتبرأته هذه الضمانة في فكرة «إعادة النظر» باعتبارها طريق من الطرق غير العادية في الأحكام الجنائية الباتة الصادرة بالإدانة في الجنايات والجرح لتصحيح الأخطاء القضائية المتعلقة بتقدير وقائع الدعوى<sup>(١)</sup>، وفي أحوال حددها قانون محكمة التمييز على سبيل الحصر وتتوافق مع ما جاء في البند (٦) من المادة الرابعة عشرة من العهد<sup>(٢)</sup>، وبمثل ذات الفكرة أجاز المشرع العسكري البحريني التظلم من الأحكام النهائية إذا كانت مبنية على ذات الأسباب التي توجب أعمال إعادة النظر وفقاً للحالات المنصوص عليها في القانون<sup>(٣)</sup>.

ومن ثم فإنه يترتب على الطلب بإعادة النظر في حالة قبوله شكلاً وموضوعاً إلغاء الحكم السابق والحكم ببراءة المتهم ويترتب على ذلك محو الحكم السابق محوً تاماً، كما ويترتب على ذلك وجوب نشر الحكم في الصحف أو في الجريدة الرسمية<sup>(٤)</sup>، ويمكن إعتبار ذلك صورة من صور التعويض الأدبي، وعلى ذلك يتفق الباحث مع الرأي القائل أنه من الأفضل أن يتضمن التشريع البحريني تقرير مسؤولية الدولة عن تعويض الأضرار الناجمة عن الأحكام الجنائية الخاطئة التي تلغى نتيجة الطعن فيها بإعادة النظر، وبإمكان الدولة الرجوع بمبلغ التعويض على من تسبب بخطئه في وقوع الحكم الجنائي<sup>(٥)</sup>، ومن جهة أخرى سوف يؤدي ذلك الأمر إلى تحقيق كافة ضمانات المحاكمة العادلة الواردة بالمادة الرابعة عشر من العهد.

## الخاتمة

وبهذا يكون الباحث قد انتهى من دراسة موضوع البحث الموسوم (بضمانات المحاكمة العادلة أمام القضاء العسكري البحريني ومدى توافقها مع المادة الرابعة عشر من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية دراسة تحليلية مقارنة)، وقد أستخدم الباحث المنهج التحليلي والمقارن للوقوف على مواطن التوافق والاختلاف بين أحكام ضمانات المحاكمة العادلة الواردة في المادة الرابعة عشرة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وتحليل ومقارنة مدى توافق ما جاء في مضمون

١. د. سعيد حسب الله عبدالله، الوجيز في قانون الإجراءات الجنائية البحريني، المرجع السابق، ص ٤٢٨.

٢. يراجع في تلك الأحوال المادة (٤٣) من المرسوم بقانون رقم (٨) لسنة ١٩٨٩ بإصدار قانون محكمة التمييز.

٣. نصت المادة (٧٩) من قانون القضاء العسكري البحريني، على أنه: (يجوز التظلم من الأحكام المصدق عليها، إذا كان مبنياً على ذات الأسباب التي توجب الطعن بالتمييز أو إعادة النظر وفقاً للحالات المنصوص عليها في قانون محكمة التمييز، ويرفع التظلم مشفوعاً برأي مدير القضاء العسكري إلى القائد العام الذي له اتخاذ أي من الصلاحيات المخولة له قانوناً في التصديق على الأحكام).

٤. المادة (٥٠) من قانون محكمة التمييز.

٥. د. سعيد حسب الله عبدالله، الوجيز في قانون الإجراءات الجنائية البحريني، المرجع السابق، ص ٤٤٥.

أحكام المادة الرابعة عشرة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية مع المعمول به أمام القضاء العسكري البحري وفقاً للتشريعات السارية بمملكة البحرين، توصل الباحث للنتائج الآتية: اشترطت المادة الرابعة عشر من العهد في البند (١) في المحكمة التي تتصف بالمحاكمة العادلة أن تكون المحكمة منشئة بموجب القانون ومختصة وتتسم بالحياد والاستقلال والعلنية، وقد وفر المشرع العسكري البحري هذه الضمانات في المحاكم العسكرية، فالقضاء العسكري في مملكة البحرين منشأ بموجب قانون الأحكام العسكرية لسنة ١٩٦٨م، وذلك من قبل صدور دستور مملكة البحرين في عام ١٩٧٣م، وبعد صدور الدستور في عام ١٩٧٣م حدد المشرع الدستوري اختصاصات القضاء العسكري وحصرها في نطاق الضابط الشخصي عن الجرائم العسكرية التي ترتكب من منسوبي المؤسسة العسكرية، وجرى التعديل على هذه الاختصاصات في عام ٢٠١٧م بموجب المادة (ب/١٠٥) التي أحالت تنظيم اختصاصات المحاكم العسكرية للقانون، ونتيجة لتلك الإحالة الدستورية جرت تعديلات بموجبها امتد اختصاص المحاكم العسكرية ليشمل محاكمة المدنيين بصفة استثنائية وفقاً للضابطين الموضوعي والمكاني.

أقر المشرع العسكري البحري صراحةً في نصوصه بضمانة علانية المحاكمة، فالأصل في المحاكمات المنظورة أمام القضاء العسكري هو العلنية، والاستثناء هو أن تكون جلسات المحاكمة سرية في حال كان الهدف مراعاة النظام العام والآداب العامة أو المحافظة على الأسرار العسكرية، وبمقارنة موقف المشرع العسكري البحري مع ما ورد في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وهذا الاستثناء يتوافق مع ما ورد في المادة الرابعة عشرة من العهد، فقد أوضح المشرع العسكري صراحةً اعتبار النظام العام والآداب العامة من الاستثناءات الواردة على مبدأ علنية الجلسات، فعلى ذلك فإن هذا الأمر لا يُعد توسعاً ولا سيما فيما يتعلق بالأسرار العسكرية التي هي بالأصل جزء لا يتجزأ من الأمن القومي للدولة.

ضمانة الاستقلالية مقررّة بموجب الدستور، وأكد عليها المشرع العسكري في نصوصه، وذلك ما يتوافق مع أحكام المادة الرابعة عشر من العهد، إلا أن إستقلالية القضاء العسكري وإن كانت مصانة دستورياً، إلا إنها أقرب للانفصالية عن بقية الهيئات القضائية الأخرى في الدولة، لذا يوصي الباحث بانضمام القضاء العسكري إلى المجلس الأعلى للقضاء أو أن يتم إنشاء مجلس أعلى للقضاء العسكري تكون مهمته الإشراف على أعمال المحاكم العسكرية.

تضمن البند (٢) من المادة الرابعة عشرة النص على حق المتهم في اعتباره بريئاً، وإعمالاً لقيمة هذا المبدأ في التشريع البحري فقد نصت عليه المادة (ج/٢٠)، وعلى ذلك فإن قرينة البراءة الواردة في المادة الرابعة أمر لازم في التشريع العسكري البحري إذ لها مصدر دستوري أعلى قيمة من التشريع، ومن ثم يجب على كافة سلطات التحقيق والمحاكم العسكرية العمل بمقتضاها.

تضمن البند (٣/ز) من المادة الرابعة عشرة من العهد حق المتهم في أن ألا يكره على الشهادة ضد

نفسه أو على الاعتراف بالذنب، وهذه الضمانة في التشريع البحريني منصوص عليها في المادة (د/١٩) من الدستور، وتطبيقاً لهذا المبدأ الدستوري أوردته المشرع العسكري في نص المادة (٥٩) من قانون القضاء العسكري، وعلى ذلك فقد حقق المشرع العسكري هذه الضمانة للمتهم، بما يتوافق مع أحكام العهد.

ورد في نص البند (أ/٣) من المادة الرابعة عشرة من العهد على وجوب أن يتم إحاطة المتهم سريعاً بموضوع الإتهام وكذلك نص البند (ب/٣) بوجوب أن يعطى المتهم الوقت الكافي لإعداد دفاعه والاتصال بمحاميه، وعلى ذلك فإن المشرع العسكري البحريني وفر للمتهم ضمانة إحاطته بالتهمة المنسوبة إليه وبلغة يفهمها وتمكين محاميه من الحضور في حال كان المتهم مقبوضاً عليه، إلا أن هذه الضمانة مستقاة من القواعد العامة الإجرائية، ولذا يوصي الباحث المشرع العسكري البحريني بضرورة إضافة مواد صريحة تلزم الجهات القائمة بالقبض على إحاطة المتهم علماً بالتهمة المنسوبة إليه، وذلك لكي تتوافق أحكام قانون القضاء العسكري بشكل متكامل مع المادة الرابعة عشرة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

يوصي الباحث المشرع العسكري بضرورة تعديل نص المادة (٥١) لإغفالها ذكر التهم المنسوبة للمتهم في أمر التكيلف الصادر من المحكمة العسكرية، وذلك لكي تأتي نصوص القانون متوافقة ومنسجمة مع العهد الدولي من جهة، ومن جهة أخرى تتماشى مع القواعد العامة الإجرائية الواردة في نص المادة (١٩٣) من قانون الإجراءات الجنائية البحريني.

كما يوصي الباحث المشرع العسكري بمعالجة مسألة تكليف المدنيين بالحضور أمام النيابة العسكرية، بنصوص خاصة، حيث أنه في ظل القواعد الحالية فإنها محصورة في مخاطبة الأشخاص الخاضعين لأحكام قانون القضاء العسكري، مما يتعين معه في هذه الحالة الرجوع للقواعد العامة.

ورد النص على حق المتهم في المحاكمة دون تأخير لا مبرر له: في البند (ج/٣) من المادة الرابعة عشر من العهد، ولم يحدد قانون القضاء العسكري المدد واجبة الاتباع بشكل صريح، ولكن مع ذلك توجد فترات محددة بموجب القانون لبعض الإجراءات مستقاة من القواعد العامة التي من شأنها أن تكفل للمتهم الحق في المحاكمة دون تأخير، ومع امتداد اختصاص القضاء العسكري بمحاكمة المدنيين عن الجرائم الإرهابية فقد أجاز قانون الجرائم الإرهابية لمأمور الضبط القضائي حجز المتهم لمدة لا تتجاوز ثمانية وعشرين يوماً، ومؤدى ذلك أن لمأموري الضبط القضائي العسكري حجز المتهم لمدة لا تتجاوز ٢٨ يوم، وهذا الأمر بحد ذاته مخالف لأحكام البند (ج/٣) من المادة الرابعة عشرة من العهد الدولي، لذا يرى الباحث أنه على المشرع العسكري تلافي هذه الإشكالية بإيراد نصوص خاصة في قانون القضاء العسكري البحريني تعالج هذه المسألة.

ورد النص على حق المتهم في أن يحاكم حضورياً وتمكينه من الدفاع عنه نفسه أو بواسطة محامي في البند (د/٣) من المادة الرابعة عشر من العهد، وكذلك حق المتهم في تمكينه من المناقشة في البند (هـ/٣). وفي البند (٤) منها مراعاة الإجراءات بالنسبة إلى المتهم الحدث، وعلى الرغم من

تحقيق المشرع العسكري لضمانة حق المتهم في أن يمكن من حضور المحاكمة كأصل عام، إلا أن هذه الضمانة يجب أن تراعى فيها الحالة التي يقدم فيها المتهم عذراً يبرر غيابه الأمر الذي يستدعي إضافة تعديلات على نص المادة (٥٢) من قانون القضاء العسكري توضح فيها هذه المسألة، كما وفر المشرع العسكري ضمانة توفير محامي للمتهم في الجنايات، وإذا لم يكن له يتولى القاضي العسكري ندبه، كما لم ينظم المشرع العسكري الأحكام الخاصة بضمان حق المتهم في سماع الشهود، إلا أن هذه الضمانة متحققة من خلال الأحكام العامة.

ورد النص في البند (٥) من المادة الرابعة عشرة من العهد على أن يكون للمتهم الحق باللجوء إلى محكمة أعلى، وقد حقق المشرع العسكري هذه الضمانة من خلال إعطاء المتهم حق الطعن في المحاكم الأعلى وصولاً إلى محكمة التمييز العسكرية.

ورد النص في البند (٦) من المادة الرابعة عشرة من العهد أن يكون للمتهم الحق في التعويض المادي عن الخطأ القضائي، ولا يوجد أي نص في التشريعات الوطنية بمملكة البحرين يؤكد على أن أي شخص كان قد تعرض لمحاكمة وتمت إدانته بحكم نهائي بات، وإن كان بموجب خطأ قضائي له حق الحصول على تعويض مادي، وعلى الرغم من ذلك فإن المشرع البحريني قد وفر للمتهم ضمانة إعادة النظر والتظلم ضد الأحكام النهائية الباتة، وفي حال قبولها تُلغى الآثار الجنائية السابقة، ويُعد من قبيل التعويض الأدبي نشر الحكم بالبراءة في الجريدة الرسمية أو الصحف المحلية.

## قائمة المراجع

١. د. أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣م.
٢. د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة السابعة، مكتبة رجال القضاء، القاهرة، ١٩٩٣م.
٣. د. أكرم نشأت إبراهيم، عوامل جنوح الأحداث، بحث منشور في مجلة جنوح الأحداث، سلسلة الدفاع الاجتماعي، المنظمة العربية للدفاع الاجتماعي، العدد الثالث، الرباط، ١٩٨١.
٤. د. بكرى يوسف بكرى، الوجيز في الإجراءات الجنائية، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، عام ٢٠١٣م.
٥. د. جابر إبراهيم الراوي، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية في القانون الدولي والشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١٠م.
٦. د. خالد جمال أحمد، المدخل في مبادئ القانون البحريني، الطبعة الأولى، جامعة العلوم التطبيقية، البحرين، ٢٠١٠م.
٧. د. رؤوف صادق عبيد، تنقيح د. وائل أنور بندق، القبض والتفتيش في جوانبهما العملية الهامة، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، عام ٢٠١٢م.

٨. د. سعيد حسب الله عبد الله، الوجيز في قانون الإجراءات الجنائية البحريني، الطبعة الثانية، مطبعة جامعة البحرين، ٢٠٠٨م.
٩. د. عبد المنعم بدا أحمد، اللجنة المعنية بحقوق الإنسان في ظل مهام اللجنة الدولية لحقوق الإنسان وصلاحيات مجلس حقوق الإنسان، بحث منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد الرابع، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، عام ٢٠١١م.
١٠. د. عبدالله الحبيب عمار، المعايير الدولية للمحاكمة الجنائية العادلة، بحث منشور على شبكة الانترنت الموقع الالكتروني: <http://www.icsft.net>.
١١. د. عمر فخري الحديثي، حق المتهم في محاكمة عادلة دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٥.
١٢. د. فيصل شنتاوي، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، الطبعة الأولى، دار مكتبة حامد للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨.
١٣. د. مأمون محمد سلامة، قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بالفقه وأحكام النقض، الجزء الأول، طبعة مزيدة ومنقحة، سلامة للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٨م.
١٤. د. محمود أحمد طه، اختصاص المحاكم العسكرية بجرائم القانون العام في ضوء حق المتهم في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، دار النهضة العربية، ١٩٩٤م.
١٥. محمود عطيفة، محاضرات في الإجراءات الجنائية، سلسلة الدراسات القضائية (١٠)، المركز القومي للدراسات القضائية، وزارة العدل بجمهورية مصر العربية، ١٩٨٩م.
١٦. د. ممدوح خليل البحر، نطاق حرية القاضي الجنائي في تكوين قناعته الوجدانية، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون - العدد الحادي والعشرون - ربيع الآخر ١٤٢٥هـ، يونيو ٢٠٠٤.
١٧. د. محمد الطراونة، الحق في المحاكمة العادلة، مركز عمان لدراسات حقوق الإنسان، دار الخليج للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١٤م.
١٨. د. محمد محمد مصباح القاضي، حق الإنسان في محاكمة عادلة دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦م.
١٩. د. وائل بندق، حقوق المتهم في العدالة الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٧م.
٢٠. د. اللواء حقوقي يوسف راشد فليفل، اختصاص القضاء العسكري بالمحاكمة في الجرائم الجنائية دراسة مقارنة وتطبيقية على القضاء العسكري البحريني، رسالة ماجستير مقدمة للمركز العربي للدراسات الأمنية بالرياض، ١٩٩٥م.
٢١. يسرى إبراهيم حسونة، ضمانات المحاكمة العادلة أمام القضاء العسكري الفلسطيني، بحث منشور في مجلة العلوم السياسية والقانون تصدر عن المركز الديمقراطي العربي - المانيا، برلين - العدد ٢، بتاريخ ٨ أبريل ٢٠١٨م.

## التقارير والوثائق:

١. د. أحمد عبد الله فرحان، الاتفاقيات الدولية الأساسية لحقوق الإنسان في مملكة البحرين، المؤسسة الوطنية لحقوق الإنسان في مملكة البحرين، ورقة عمل مقدمة من المؤسسة الوطنية لحقوق الإنسان في ورشة العمل المعنونة: من التصديق إلى التنفيذ - معاهدات الأمم المتحدة لحقوق الإنسان ودول مجلس التعاون الخليجي المنظم من قبل مركز الأمم المتحدة للتدريب والتوثيق لجنوب غرب آسيا والمنطقة العربية بالاشتراك مع جامعة كلية لندن، جامعة أكسفورد، جامعة جورج تاون قطر، الثلاثاء ٢٨ مايو ٢٠١٣.
٢. التقرير رقم (٣٢) للجنة المعنية بحقوق الإنسان في الدورة التسعون بجنيف ٩-٢٧ تموز يولييه ٢٠٠٧م الوارد بالوثيقة رقم 58/UN Doc. E/CN4./2006 بتاريخ ٢٣ أغسطس ٢٠٠٧م [https://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=CCPR/C/GC/32&Lang=A](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=CCPR/C/GC/32&Lang=A)
٣. الملاحظات الختامية على تقارير دولة أوزبكستان للجنة المعنية بحقوق الإنسان، الدورة الثالثة والثمانون، الوثيقة رقم CCPR/CO/83/UZB بتاريخ ٢٦ أبريل ٢٠٠٥م.
٤. التقرير السنوي لمفوض الأمم المتحدة السامي لحقوق الإنسان وتقارير المفوضية السامية والأمين العام، الدورة الثامنة والعشرون، موجز المناقشات التي أجريت أثناء مشاوره الخبراء المتعلقة بمسألة إقامة العدل عن طريق المحاكم العسكرية، ودور النظام القضائي المتكامل في مكافحة انتهاكات حقوق الإنسان، الوثيقة رقم: 32/A/HRC/28 بتاريخ ٢٩ يناير ٢٠١٥م.
٥. التقرير التاسع عشر للجنة الشؤون الخارجية والدفاع والأمن الوطني بمجلس الشورى البحريني، بتاريخ ١٢ أبريل ٢٠١٧م، منشور في الموقع الرسمي لمجلس الشورى البحريني [www.shura.bh](http://www.shura.bh)
٦. المحكمة العسكرية والمحاكمة العادلة، منظمة جوستيتا الحقوقية، ورقة عمل من إعداد في ضوء برنامج عمل وندوة ٢٧/٦/٢٠١٥، بيروت، ٢٠١٥م.
٧. دليل حقوق الإنسان خاص بالقضاة والمدعين العامين والمحامين، الصادر من المفوضية السامية لحقوق، ٢٠٠٣م، الفصل السابع- الحق في المحاكمة العادلة الجزء الثاني.
٨. دليل المحاكمات العادلة، الصادر عن منظمة العفو الدولية، الطبعة العربية الثانية، ٢٠١٤م.
٩. مرنثيات المؤسسة الوطنية لحقوق الإنسان بشأن المرسوم بقانون رقم (٦٨) لسنة ٢٠١٤م بتعديل بعض أحكام القانون رقم (٥٨) لسنة ٢٠٠٦ بشأن حماية المجتمع من الأعمال الإرهابية، الموقع الرسمي الخاص بالمؤسسة الوطنية المعنون: [www.nihr.org.bh](http://www.nihr.org.bh).

## المراجع باللغة الإنجليزية:

1. Emmanuel Decaux, International Standard Principles Governing the Administration of Justice through Military Tribunals, Report submitted by the Special Rapporteur of the Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, Publisher Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, 2010.
2. S.A. DE SIMTH, F.B.A Judicial Review of Administrative Action, Fourth Edition London, 1980.

## التشريعات والأحكام القضائية:

١. دستور مملكة البحرين، وتعديلاته.
٢. المذكرة التفسيرية لمشروع تعديل دستور مملكة البحرين لسنة ٢٠١٧م.
٣. القانون رقم (٥٦) لسنة ٢٠٠٦ بالموافقة على انضمام مملكة البحرين إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.
٤. المرسوم بقانون رقم (٣٢) لسنة ٢٠٠٢م بإصدار قانون القضاء العسكري البحريني، وتعديلاته.
٥. المرسوم بقانون رقم (٤٦) لسنة ٢٠٠٢م بإصدار قانون الإجراءات الجنائية البحريني، وتعديلاته.
٦. المرسوم بقانون رقم (٤٢) لسنة ٢٠٠٢ بشأن السلطة القضائية.
٧. المرسوم بقانون رقم (١٧) لسنة ١٩٧٦ في شأن الأحداث، وتعديلاته.
٨. المرسوم بقانون رقم (٨) لسنة ١٩٨٩ بإصدار قانون محكمة التمييز.
٩. المرسوم بقانون رقم (١٦) لسنة ١٩٩١ بشأن انضمام دولة البحرين لإتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل.
١٠. حكم المحكمة الدستورية البحرينية رقم (ط. ح/١/٢٠١١) لسنة (٩) قضائية، منشور في الجريدة الرسمية العدد ٣٠٣٦- الخميس ٢٦ يناير ٢٠١٢م.
١١. الطعن ١٠٧ لسنة ٢٠٠٦ القاعدة ٣٠. أحكام التمييز البحرينية منشورة في الموقع الرسمي للمجلس الأعلى للقضاء البحريني في الموقع الالكتروني: <http://www.sjc.bh>

## ضوابط الصياغة القانونية الواردة في آية الدين بشأن كتابة العقود

### الدكتور هيثم حامد المصاروة

أستاذ القانون المدني - قسم القانون  
كلية الأعمال براغ - جامعة الملك عبد العزيز

### الملخص

تضطلع آية الدين بتنظيم جانب مهم من العلاقات المالية بين الأفراد وإثباتها، إذ يرجع إليها كثيراً لمعرفة أحكام متعلقة بالدين والبيع والرهن والأثبات، غير أن جانباً آخر تطرقت له الآية الكريمة ولم يحظ باهتمام كافٍ في الأبحاث والدراسات القانونية خصوصاً، وهو الجانب المرتبط بالأسس الواجب مراعاتها عند صياغة النصوص القانونية للعقود، حيث تضمنت الآية التعرض لجانبين أساسيين في الصياغة القانونية للعقود، وهما: الشخص القائم بالصياغة القانونية من جهة، والنص الذي يتم صياغته من جهة أخرى.

وقد أتت هذه الدراسة للتركيز على هذين الجانبين المهمين، فعرضت لأهم الشروط الواجب توفرها في متولي الصياغة القانونية للعقود، وتبين بانها العدالة والعلم والاستقلالية، كما تطرقت لأهم الضوابط المتعلقة بالنص المراد صياغته، وكشفت عن وجود ثلاثة طوائف من الضوابط: أولها متعلق بالإملاء، وثانيها مرتبط بصياغة التفاصيل، وثالثها متصل بكيفية وآليات تحقيق العدل في النص المصاغ. وبينت أن بعض هذه الشروط والضوابط قد تنطبق على صياغة العقود والتصرفات القانونية.

كما ناقشت الدراسة إمكانية الاستفادة من أسس الصياغة القانونية الواردة بآية الدين في كافة مجالات صياغة النصوص القانونية، كالنصوص التشريعية والأحكام القضائية والقرارات الإدارية والاتفاقيات الدولية وغيرها، خصوصاً وأن هذه النصوص تتصل بحقوق ومصالح أشخاص ومجتمعات وشعوب وأمم، الأمر الذي يجعلها تكتسب حيوية أكثر وأهمية أكبر.

المصطلحات الدالة: القرآن الكريم، آية الدين، الصياغة، القانون، العدالة، التوثيق.

### المقدمة

تنهض الصياغة القانونية بوصفها أداة مهمة وحيوية لضبط الشروط والقيود أو ما يتصل بها من حقوق والتزامات ناجمة عن عقد تم إبرامه بين طرفين، ولا شك في أن لهذه الأداة تأثير بالغ وكبير عليهما ومدى انتظام العلاقة بينهما ووصولها إلى تحقيق غاياتها بلا نزاع أو خصومة، فهم يبرمان

تلك العقود بصورة يومية ومستمرة.

ولما كانت الشريعة الإسلامية الغراء قد اهتمت بالإنسان وتحقيق مصالحه وضرورياته، فقد أتت بقواعد وأحكام لتنظيم كافة المسائل المرتبطة به وبعلاقته وحقوقه في كل زمان، ولا سيما تلك المتعلقة بحياته اليومية، فهو يدخل في اليوم الواحد في علاقات عديدة، وقد يبرم عقوداً مختلفة ومتنوعة، قد تستمر آثارها لفترة قد تطول أو تقصر، وهو ما قد يضع على عاتقه التزامات وأعباء قد ينوء بحملها، بل هو وأسرته إن هو اغفل أو تراخى عن ترتيبها وتنظيمها حسب الأصول وفقاً لمصلحته وظروفه. ولعل آية الدين تأتي هنا بوصفها دليلاً عملياً وواضحاً على ذلك، فهي تعد من أهم الآيات التي تورد أحكاماً وقواعد تتصل بتنظيم علاقات أولئك الأشخاص وحقوقهم ومصالحهم، فهي تتضمن جملة من الأحكام والقواعد التي تنظم وتبين الحقوق والالتزامات المالية التي يمكن ترتيبها بين الطرفين إذا ما تداينوا أو تعاقدوا مع بعضهم، إذ يقول رب العزة في الآية (٢٨٢) من سورة البقرة: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيَمْلَأِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا بِيْخَسَ مِنْهُ شَيْئًا فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يَمِلَ هُوَ فَلْيَمْلَأْ وَلِيَهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهُ وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَلَّحُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيَعْلَمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ).

### مشكلة الدراسة

إذا كانت آية الدين تتضمن جانباً من الأحكام والقواعد الموضوعية التي تتولى تنظيم حقوق والتزامات الطرفين المالية في الديون والبيوع التي يبرمونها، فإن التساؤل قد يطرح بشأن ما إذا كانت تتضمن كذلك أسساً وضوابط للكيفية التي تكتب وتصاغ بها النصوص التي تتضمن حقوقهما والتزاماتهما؟ وبعبارة أخرى، فإن التساؤل هنا يدور حول مدى ما إذا كانت هذه الآية تتضمن مواصفات أو شروط للأشخاص القائمين على الصياغة القانونية للنص أو الوثيقة التي يثبت الدين بينهما؟ إضافة إلى مواصفات وضوابط الصياغة القانونية لوثيقة الدين نفسها؟... هذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال هذه الدراسة.

## منهج الدراسة

سيعتمد الباحث في هذه الدراسة على المنهج الاستقرائي التحليلي الوصفي، الذي يقتضي تجميع المعلومات ذات الصلة بموضوع الدراسة، واستخلاصها من عدد من المصادر والكتب والدراسات المتخصصة والتشريعات الصادرة في هذا الخصوص.

## خطة الدراسة

سنعرض لدراسة موضوع أسس الصياغة القانونية التي يمكن استنباطها من خلال آية الدين وفقاً للتقسيم الآتي:

المبحث التمهيدي: مفهوم الصياغة القانونية.

المبحث الأول: شروط من يتولى الصياغة القانونية للعقود.

المبحث الثاني: الضوابط المتعلقة بالنص المراد صياغته في العقود.

## المبحث التمهيدي مفهوم الصياغة القانونية

يرتبط مفهوم الصياغة القانونية بمجالات ومصطلحات عديدة ومتنوعة، ولعل من أبرز الأمثلة على هذه المصطلحات: مصطلحات الصياغة التشريعية، وكتابة العدل والتوثيق. ولا شك في أن التمييز بين هذه المصطلحات ومعرفة المجالات التي تتصل بالصياغة القانونية تتطلب قبل ذلك القيام بتعريفها، أي تعريف الصياغة القانونية. وبناء عليه، سنتعرض لمفهوم الصياغة القانونية من خلال المطالب الثلاثة الآتية: المطالب الأول: تعريف الصياغة القانونية. المطالب الثاني: مجالات الصياغة القانونية. المطالب الثالث: تمييز الصياغة القانونية عما يشتهر بها.

## المطلب الأول تعريف الصياغة القانونية

### أولاً. الصياغة لغةً

الصياغة لغةً من الوضع والترتيب، فقد جاء في المعجم: «يقال صاغ شعراً وكلاماً أي وضعه ورتبه»<sup>(١)</sup>. ومن ذلك يتضح أن مجالات الصياغة كثيرة ومختلفة قد تتصل بالشعر والأدب والعلوم المختلفة، إضافة إلى القانون.

### ثانياً. الصياغة اصطلاحاً

يعرف البعض<sup>(٢)</sup> الصياغة القانونية بأنها: «الأداة أو الوسيلة التي يجري بمقتضاها نقل التفكير القانوني من الحيز الداخلي إلى الحيز الخارجي». في حين عرفها البعض الآخر<sup>(٣)</sup> بأنها: «تحويل للمادة الأولية التي يتكون منها القانون إلى قواعد منضبطة محددة». لعل النظر إلى التعريفين السابقين يثير تساؤلاً حول ماهية الصياغة القانونية، فالتعريف الأول يعدها وسيلة، في حين يقترّب التعريف الثاني من جعلها عملية، فهل الصياغة القانونية وسيلة أو أداة يتم استخدامها لغرض محدد، أم أنها عملية تتطلب المرور بأكثر من مرحلة أو القيام بإجراءات محددة؟ لا نعتقد بضرورة استبعاد أي من الرأيين السابقين كلياً، فالصياغة القانونية وإن كانت بمثابة أداة في يد جهة أو شخص ما، إلا أن استخدامها عادةً ما يتطلب المرور بأكثر من مرحلة.

١. ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، الإسكندرية، «دون سنة طبع»، ص ٢٥٢٧. محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، الطبعة الأولى، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٢٠٩.

٢. انظر: د. حيدر ادهم عبد الهادي، أصول الصياغة القانونية، الطبعة الأولى، دار الحامد، عمان، ٢٠٠٩، ص ٦٤.

٣. انظر: د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة الثالثة، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٨، ص ١٦٤. د. رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، الدار الجامعية، بيروت، «دون سنة طبع»، ص ٤٤٣.

ولعل ذلك ما لاحظ مثله البعض<sup>(١)</sup> فتولى تعريف الصياغة القانونية على نحو مختلف، إذ عرفها بأنها: «مجموعة الإجراءات والوسائل التي تتخذ لإعداد مشروعات القوانين على أساس المبادئ المقترحة من الجهة طالبة التشريع، انسجاماً مع مبادئ الدستور وتنسيقاً مع أحكام القوانين النافذة، تمهيداً لتقديمها إلى السلطة التشريعية لدراستها وإقرارها».

وبالرغم من أن التعريف السابق أفلح في بيان العديد من الجوانب المتعلقة بالصياغة القانونية، غير أنه يبدو -وكما في بعض التعريفات التي سبقتها- محصوراً في نطاق ضيق، ذلك أن الصياغة القانونية تشمل صياغة القوانين إلى جانب صياغة التشريعات الأخرى الأقل مرتبة، كما أن للصياغة القانونية -كما سنرى- مجالات أوسع بكثير.

لذا يمكن القول بأن المقصود بالصياغة القانونية: وضع الفكرة المراد التعبير عنها بطريقة قانونية على هيئة عبارات محكمة ومنضبطة.

إذن فمهمة الصياغة القانونية ترتبط بنقل وتحويل أفكار معينة تدور في خلد شخص أو جهة ما إلى عبارات تكتسب مواصفات محددة.

أما الشخص الذي يتولى هذه المهمة فهو من يسمى: «الصائغ» أو «متولي الصياغة»، وهو غالباً ما يكون من الحائزين على شهادة في القانون، ولديه مهارات وخبرة في مجال الصياغة القانونية، وهو ما يتطلبه المشرع صراحةً في من يتولى مهام تتعلق بصياغة التشريعات<sup>(٢)</sup>.

غير أن ذلك لا يعني بالضرورة أن مهام الصياغة القانونية محصورة بالقانونيين، فمهمة الصياغة القانونية قد توكل في بعض الأحيان إلى فريق من الأشخاص قد يكون من بينهم الفنيين في المجال الذي يتعلق به الصياغة، كالمهندسين في مجال عقود البناء أو التحكيم المتعلق بفض النزاعات الهندسية، كما أن مهام بعض الأشخاص من غير القانونيين قد تتطلب التعامل باستمرار مع عقود أو وثائق أو إجراءات تتطلب صياغة قانونية لا تتبع نموذجاً واحداً، كما في موظفي البنوك والمصارف والمؤسسات المالية، الأمر الذي ينطبق على الإداريين في كثير من مؤسسات القطاعين العام والخاص، وبعبارة أخرى، فإن الحاجة إلى الصياغة القانونية والمهارات المتعلقة بها ليست حكراً على القانونيين وحدهم، بل أن الكثير من الأشخاص في المجالات المختلفة قد يجدون أنفسهم مطالبين بأعمال تحتاج إلى صياغة قانونية محكمة.

١. انظر: د. عبد الواحد كرم، معجم مصطلحات الشريعة والقانون، الطبعة الثانية، عمان، ١٩٩٨، ص ٢٦٢.

٢. يتولى ديوان الرأي والتشريع في الأردن مهام عدة من بين أهمها الصياغة القانونية لمشاريع التشريعات. انظر المادة (٩) من نظام ديوان التشريع والرأي رقم (١) لسنة ١٩٩٣.

## المطلب الثاني مجالات الصياغة القانونية

تستخدم الصياغة القانونية في مجالات عدة، فالدولة بسلطاتها الثلاث: (التشريعية، التنفيذية، والقضائية) لا بد لها عند القيام بصلاحياتها وممارسة أعمالها من اللجوء إلى الصياغة القانونية فيما يصدر عنها من طلبات وقرارات وأوامر ونواهي، فما من تشريع يصدر عن السلطة التشريعية، أو قرار يصدر عن السلطة التنفيذية، أو حكم يصدر عن السلطة القضائية، إلا وكانت الحاجة ماثلة لصياغته الصياغة القانونية الملائمة.

الأمر الذي يصدق على صياغة المعاهدات أو الاتفاقيات أو القرارات الدولية. والصياغة التي يستخدمها فقهاء القانون وشراحه<sup>(١)</sup>، وكذلك المحامون الذين يتولون صياغة لوائح الدعاوى والإنذارات والعقود والمذكرات القانونية.

ليس هذا فحسب، فالصياغة القانونية تهتم كل شخص في المجتمع، وإن كانت معرفته وقدراته المتعلقة بها ضئيلة ومحدودة، ذلك الشخص يبقى خاضعا لجملة من الأوامر والنواهي التي تظهر في صورة تشريعات... وما قيل بصدد التشريعات يصدق أيضا على العقود والتصرفات القانونية، ألا ترى أن الشخص يدخل دائما وبصورة يومية في تصرفات وعقود مع غيره من الأشخاص تلعب فيها عبارات ذلك التصرف أو العقد وصياغته دوراً كبيراً في تحديد الحقوق والالتزامات المترتبة على إبرامه! فمن من الأشخاص في المجتمع لم يبرم عقد بيع، بائعاً كان أو مشترياً، أو عقد الإيجار، مستأجراً كان أو مؤجراً، أو عقد العمل، عاملاً كان أو صاحب عمل؟

والتصرفات القانونية هي جمع للتصرف القانوني، وهو يعني اتجاه الإرادة نحو إحداث أثر قانوني معين<sup>(٢)</sup>. وينقسم التصرف القانوني إلى قسمين هما:

أ. العقد: وهو: «تطابق إرادتي جانبيين على ترتيب أثر قانوني»<sup>(٣)</sup>.

ب. التصرف الانفرادي: أي التصرف القانوني الذي يترتب التزاماً في ذمة شخص بإرادته وحده<sup>(٤)</sup>. إذن، يمكن القول أن صياغة العقد تعني<sup>(٥)</sup>: الصياغة القانونية للبيانات والشروط التي يوافق عليها طرفي العقد. أما صياغة التصرف الانفرادي فتعني: الصياغة القانونية للبيانات والشروط التي

١. انظر: د.عبد القادر الشبخلي، فن الصياغة القانونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٥، ص٦٥.

٢. انظر: د.سليمان مرقس، شرح القانون المدني (في الالتزامات)، المطبعة العالية، القاهرة، ١٩٦٤، ص١٨. د.إسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، ١٩٦٦، ص٤٥. د.محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، دار مطابع الشعب، القاهرة، ١٩٦٦، ص٢٧. د.شهاب سليمان عبد الله، مصادر الالتزام المدني، الطبعة الأولى، دار النشر الدولي، الرياض، ٢٠١٨، ص٤٢.

٣. انظر: د.عبد المنعم البدرأوي، مرجع السابق، ص٢٢٤ وما بعدها.

٤. انظر: د.أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٧، ص٢٧٣. د.محمود جمال الدين زكي، مرجع السابق، ص٤٧٧.

٥. انظر: د.احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، مطبعة أبناء وهبة حسان، القاهرة، ١٩٩٣، ص١٤.

يرغب الشخص في التعبير عنها بإرادته وحده. نخلص مما سبق إلى أن للصياغة القانونية مجالات متعددة ومتشعبة، كالصياغة التشريعية والإدارية والقضائية والفقهية والاستشارية وصياغة الدعاوى واللوائح، كما يعد من بين أهمها صياغة العقود والتصرفات القانونية والتي قد تتضمن مديونية أحد الأشخاص لآخر أو نفيها، وهو ما ورد ذكره في سورة البقرة وتحديداً في آية الدين.

## المطلب الثالث تمييز الصياغة القانونية عما يشتهبها

قد يشتهب مصطلح الصياغة القانونية بمصطلحي «كتابة العدل» و«التوثيق». وهو ما نعرض له على التالي:

### أولاً. تمييز الصياغة القانونية عن كتابة العدل

الكتابة لغة من كتب،: (كُتِبَ كُتِبًا وَكُتِبَ: خَطَهُ... الكاتب العالم)<sup>(١)</sup>. والعدل لغة: (ضد الجور، وما قام في النفوس أنه مستقيم)<sup>(٢)</sup>. أما اصطلاحاً فتعرف كتابة العدل وفقاً للنظام القانوني السعودي بأنها: (إدارة حكومية شرعية ذات اختصاص ولائي بتوثيق العقود والإقرارات)<sup>(٣)</sup>. أما كاتب العدل وفقاً للنظام القانوني السعودي فيعرف قانوناً بأنه: (موظف يتولى توثيق العقود والتصرفات القانونية بمقتضى أحكام القانون)<sup>(٤)</sup>. وتتمثل الفوارق بين الصائغ وكاتب العدل في الآتي:

١. أن كاتب العدل هو موظف عام «حكومي»<sup>(٥)</sup>، بينما قد لا يكون من يتولى الصياغة موظفاً حكومياً، كما في من يقوم بصياغة العقود بين المتعاقدين، كما لو كانوا في السوق مثلاً.
٢. أن لكاتب العدل قانوناً -وعلى خلاف الصائغ- اختصاصات محددة وفقاً للقانون<sup>(٦)</sup>. من ذلك يتبين أن عمل كل من الصائغ وكاتب العدل يتصل بالصياغة القانونية، فكلاهما يتعامل مع العقود والإقرارات التي يبرمها الأشخاص، غير أن مهام وأعمال كاتب العدل محددة وفقاً للقانون

١. مجد الدين الفيروزآبادي، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ١٣٩٢.

٢. المرجع السابق، ص ١٠٦١.

٣. المادة (١) من لائحة اختصاص كتاب العدل السعودية الصادرة بقرار وزير العدل رقم (٣٧٤٠) بتاريخ ١٧/٥/١٤٢٥هـ.

٤. انظر المادة (١) من القانون الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة بشأن تنظيم مهنة الكاتب العدل رقم (٤) لسنة ٢٠١٢. المادة (٧٨) من نظام القضاء السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم: (م/٧٨) وتاريخ: ١٩ / ٩ / ١٤٢٨ هـ. المادة (١) من لائحة اختصاص كتاب العدل السعودية. انظر كذلك: د.عبد الواحد كرم، المرجع السابق، ص ٣٢٤.

٥. المادة (١) من لائحة اختصاص كتاب العدل السعودية.

٦. تورد التشريعات العربية اختصاصات محددة لكاتب العدل، ومن قبيل ذلك ما نص عليه المادة (٢) من لائحة اختصاص كتاب العدل السعودية، انظر كذلك المادة (٢) من قانون تنظيم مهنة الكاتب العدل الإماراتي.

ولا يجوز له تعديها، أما الصائغ فقد يكون موظفا عاما أو غير حكومي<sup>(١)</sup> بل قد لا يكون موظفا عاما أو خاصا.

## ثانيا. تمييز الصياغة القانونية عن التوثيق

التوثيق لغة من وثق، وفي المعجم (وثق الشيء بالضم وثاقه: قوي وثبت، فهو ثابت محكم)<sup>(٢)</sup>.

أما اصطلاحا فقد يقصد بالتوثيق معان عديدة، ولعل من أبرزها الآتي:  
١. يقصد بها معنى مقارب لكاتبة العدل على نحو ما هو مذكور آنفا، فنحيل إلى ما سبق تلافياً للتكرار.

٢. التصديق، ومن قبيل ذلك ما نص عليه قانون تنظيم مهنة الكاتب العدل الإماراتي، حيث عرفت المادة (١) منه التوثيق بأنه: (تصديق الكاتب العدل على توقيع أو بصمة إبهام ذوي العلاقة يدويا أو إلكترونيا). وواضح هنا أن مهمة التوثيق محدودة الصلة بالصياغة القانونية، إذ تقتصر على التحقق من اطراف العلاقة في العقد أو التصرف المبرم بينهما.

٣. استيفاء الحق أو إثباته: ذهب البعض إلى تأييد اعتبار التوثيق وسيلة من الوسائل التي تؤدي إلى استيفاء الحق عند تعذره من المدين، أو إثباته في زمنه عند الإنكار<sup>(٣)</sup>. وبناء على ذلك، فإن وسائل التوثيق تقسم إلى قسمين:

أ. وسائل يقصد منها الاستيفاء وهي: الضمان والكفالة<sup>(٤)</sup>. والحديث هنا عن عقود محددة بعينها، ولا شك هنا بأن الصياغة القانونية تتصل بمهمة اشمل واعم وأوسع من صياغة هذين العقدين حصرا، ولا تتصل بإبرامهما فقط.

ب. وسائل يقصد منها إثبات الحق، وهي الشهادة، والكتابة<sup>(٥)</sup>. والملاحظ هنا أن الصياغة لا تتصل بكل المعنى المقصود بوسائل الإثبات، بل هي غالبا ما تتصل ببعضها<sup>(٦)</sup>، وعلى نحو أكثر بالكتابة، كما أن الصياغة تشمل إلى جانب إثبات الحقوق مسائل أخرى متعددة ومتنوعة على نحو ما رأينا آنفا في مجالات الصياغة القانونية، ناهيك عن أن من يقوم بالتوثيق يحتاج إلى الصياغة القانونية وعلى خلاف من يقوم بالصياغة القانونية فقد يكون بصدد مسألة ترتبط بالتوثيق وقد يكون بصدد

١. تسمح التشريعات في بعض الدول بممارسة مهام كاتب العدل من قبل شخص آخر لا يعد موظفا حكوميا ويسمى: «الموثق». انظر:

المادة (٧٤) من نظام القضاء السعودي. لائحة الموثقين وأعمالهم الصادرة بقرار رقم (٦٦٩٥٤) بتاريخ ٠٧-١٠-١٤٣٥هـ.

٢. احمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير، الطبعة الأولى، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٢٤٨.

٣. انظر د. صالح الهليل، توثيق الديون في الفقه الإسلامي، منشورات جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ٢٠٠١، ص ٢٢.

٤. انظر د. صالح الهليل، مرجع سابق، ص ٢٢.

٥. انظر د. صالح الهليل، مرجع سابق، ص ٢٢.

٦. قد تتصل الصياغة القانونية ببعض أدلة الإثبات من غير الكتابة كما هي الحال بالنسبة للصياغة القانونية المتعلقة باليمين القضائي، للمزيد من التفصيل انظر: ساهرة موسى، كيفية صياغة اليمين القضائي، مجلة كلية التربية بجامعة واسط «العراق»، العدد (٢١)، المجلد الأول، ٢٠١٥، ص ٤٨٢.

مسائل أخرى لاصلة لها بالتوثيق كما في صياغة التشريعات أو اللوائح أو غيرها، لذلك فثمة اختلاف بين الصياغة والتوثيق بالمعنى الوارد سابقا.

نخلص مما سبق إلى أن مفهوم الصياغة القانونية يختلف عن مفهوم كتابة العدل أو التوثيق من حيث الشخص القائم بكل منهما، ومن حيث نطاق كل منها، إذ قد يقوم بالصياغة القانونية الكاتب العدل أو لأغراض تتصل بتوثيق الحقوق، كما قد يقوم بالصياغة شخص آخر كطريف العلاقة أو شخص ثالث، موظف حكومي أو غيره من الأشخاص.

## المبحث الأول شروط من يتولى الصياغة القانونية للعقود

تطرقت آية الدين إلى العديد من الشروط الواجب توافرها في الشخص الذي يقوم بالكتابة والصياغة القانونية عند القيام بإبرام عقد من العقود بين طرفين، فهي تشير إلى ضرورة اتسامه بالعدالة من جهة، كما أنها تشير إلى ضرورة تمتعه بالعلم من جهة ثانية، وهي من جهة ثالثة تتطلب فيه ألا يكون تابعا لأي من طرفي العقد، أي أن يكون مستقلاً عن كلاهما.

وبناء على ما سبق، نعرض للشروط الواجب توافرها في من يتولى الصياغة القانونية على ضوء آية الدين من خلال التقسيم الآتي:

المطلب الأول: العدالة.

المطلب الثاني: العلم.

المطلب الثالث: الاستقلالية.

### المطلب الأول العدالة

جاء في الآية الكريمة قول الله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ)<sup>(١)</sup>.

ولعل أول ما يطرح هنا التساؤل عن معنى كلمة «بالعدل»<sup>(٢)</sup>، وهل يقصد بها الكاتب، أي أن يكون الكاتب عدلاً، أم الكتابة، أي ما يقوم بكتابه ذلك الشخص تحديداً؟ لا بد للإجابة عن مثل هذا التساؤل معرفة معنى كلمة العدل لغة واصطلاحاً، وهو ما نتعرض له على التالي:

والعدل لغة - وكما اسلفنا: (ضد الجور، وما قام في النفوس أنه مستقيم)<sup>(٣)</sup>. كما جاء في معناه:

(عدل - هو بالضم - عدالة وعدولة فهو عدل: أي مرضي يقنع به...)<sup>(٤)</sup>.

أما العدالة اصطلاحاً فهي: (الاعتدال في الأحوال الدينية، وذلك يتم بأن يكون مجتنباً للكبائر محافظاً على مروءته وعلى ترك الصغائر، ظاهر الأمانة غير مغفل)<sup>(٥)</sup>.

١. الآية (٢٨٢)، سورة البقرة.

٢. للعدل في القرآن الكريم معان عديدة ومتنوعة، لا تتحصر فيما جاء بآية الدين، للمزيد من التفصيل انظر: د. محمود عيدان أحمد،

العدل في القرآن الكريم، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإسلامية، العدد الثامن، العراق، ١٤٣٢، ص ٢٠.

٣. الفاموس المحيط، مرجع سابق، ص ١٠٦١.

٤. المصباح المنير، مرجع سابق، ص ١٥٠.

٥. محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، الطبعة الثانية، دار عالم

الكتب، الرياض، ٢٠٠٣، ج ٢، ص ٣٦٠. انظر كذلك: د. محمد رواس قلعه جي ود. حامد صادق قتيبي، معجم لغة الفقهاء، الطبعة

الثانية، دار النفائس، بيروت، ١٩٨٨، ص ٢٧٦.

وقد ورد في كتب تفسير القرآن الكريم أكثر من وجه في تفسير هذه الكلمة، فقد اختلف المفسرون بشأنها، إذ يقول البيضاوي: «﴿وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ﴾ من يكتب السوية لا يزيد ولا ينقص، وهو في الحقيقة أمر للمتدائنين باختيار كاتب فقيه دين حتى يجيء مكتوبه موثقاً به معدلاً بالشرع» (١). ويقول القرطبي في تفسير الآية: «فَلَا يَجُوزُ لِلْوَلَاةِ أَنْ يَتْرُكُوهُمْ إِلَّا عُدُولًا مَرْضِيَيْنَ. قَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: لَا يَكْتُبُ الْوَثَائِقُ بَيْنَ النَّاسِ إِلَّا عَارِفٌ بِهَا عَدْلٌ فِي نَفْسِهِ مَأْمُونٌ، لِقَوْلِهِ تَعَالَى: «وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ». قُلْتُ: فَالْبَاءُ عَلَى هَذَا مُتَعَلِّقَةٌ بِ «كَاتِبٍ» أَي لِيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ عَدْلٌ، فَ «بِالْعَدْلِ» فِي مَوْضِعِ الصِّفَةِ» (٢).

وجاء أيضاً في تفسير البحر المحيط: (اختلف فيما يتعلق به: بالعدل، فقال الزمخشري: بالعدل، متعلق بكاتب صفة له، أي: بكاتب مأمون على ما يكتب... وقال ابن عطية: والباء متعلقة بقوله تعالى: وليكتب، وليست متعلقة بكاتب...) (٣).

وعلى ما يبدو أن كلا الوجهين مرتبط بالآخر، فلا يستبعد أحدهما بحسب ما يظهر في أقوال بعض المفسرين، إذ يقول الشوكاني: (وهو أمر للمتدائنين باختيار كاتب متصف بهذه الصفة لا يكون في قلبه ولا قلمه هوادة لأحدهما على الآخر، بل يتحرى الحق بينهم والمعدلة فيهم) (٤). فالكتابة يجب أن تكون بالعدل، لذا كان يجب في من يتولها أن يتصف بالعدل (٥).

وليس بعيداً عن ذلك ما ذهب إليه بعض المفسرين من تشبيه مهمة الكاتب بمهمة القاضي بالنسبة لذلك العقد الذي يتم إبرامه بينهما، إذ يقول صاحب تفسير المنار ما نصه: (إن كاتب العقود والوثائق بمنزلة المحكمة الفاصلة بين الناس، وليس كل من يخط بالقلم أهلاً لذلك، وإنما أهله من يصح أن يكون قاضي العدل والإنصاف) (٦).

واستناداً إلى ما سبق، يتضح لنا أن من يتولى الصياغة يجب أن يتصف بالعدل، فلا يجوز أن يكون فاسقاً، أو ممن يغلبون مصالحهم أو يبيعون ذمهم للآخرين فصياغتهم للعقود ينتج عنها آثار قد

١. عبد الله بن عمر البيضاوي، أنوار التنزيل وأسرار التأويل المعروف بتفسير البيضاوي، تحقيق: محمد عبد الرحمن المرعشلي، دار احياء التراث العربي، بيروت، ج١، ص١٦٥. انظر كذلك: محمد بن علي بن محمد الشوكاني، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، دار المعرفة، بيروت، ٢٠٠٤، ص١٩٣.

٢. الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج٣، ص٣٨٤. انظر كذلك: عبد الرحمن بن ناصر السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، تحقيق: عبد الرحمن اللويحي، الطبعة الثانية، دار السلام، الرياض، ٢٠٠٢، ص١٢١. مجموعة من العلماء، التفسير الميسر، منشورات مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، ٢٠٠٩، ص٤٨.

٣. محمد بن يوسف الشهير بابي حيان الأندلسي، تفسير البحر المحيط، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ج٢، ص٣٥٩.

٤. محمد بن علي بن محمد الشوكاني، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، دار المعرفة، بيروت، ٢٠٠٤، ص١٩٣. انظر كذلك: تفسير البحر المحيط، مرجع سابق، ج٢، ص٣٥٩.

٥. انظر: حماد بن عبد الله الحماد، كتابة العدل والتوثيق، مجلة العدل، منشورات وزارة العدل، العدد (٨) السنة الثانية، الرياض، ١٤٢١، ص١٧.

٦. محمد رشيد رضا، تفسير القران الحكيم الشهير بتفسير المنار، الطبعة الثالثة، دار المنار، القاهرة، ١٣٦٧، ج٢، ص١٢١.

تكون بالغة الخطورة على مصالح الطرفين أو أحدهما، إذ قد يؤدي الاستعانة بغير العدل إلى تحميل أحد الطرفين بالتزامات لا تجب عليه أو أكثر مما يجب عليه. لذا نعتقد بأنه يتوجب على الطرفين إذا ما أرادا كتابة عقد وفق صياغة منضبطة ومتوازنة ودقيقة أن يتحريرا الشخص الذي سيتولاها، ونعتقد بأن عليهما تحرّي ذلك حتى وإن كان في ذلك بعض المشقة كالانتقال إلى مكان آخر، أو حتى لو أدى بهم ذلك إلى التأخر لبعض الوقت كما لو احتاج الأمر إلى انتظاره، الأمر الذي ينطبق كذلك على تحملهما بعض النفقات، ذلك أن مغبة سوء اختيارهما قد تفضي إلى ما لا يحمد عقباه بالنسبة للطرفين.

## المطلب الثاني العلم

يقول الله تعالى: (وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ)<sup>(١)</sup>.

العلم لغةً بمعنى: (اليقين، يقال علم يعلم إذا تيقن، وجاء بمعنى المعرفة أيضا)<sup>(٢)</sup>. أما اصطلاحاً فالعلم هو مجموعة من الأصول الكلية التي تتصل بموضوع واحد، كعلم الفقه الذي موضوعه الحلال والحرام<sup>(٣)</sup>.

وقد ذكرت الآية الكريمة «العلم» منسوبةً إلى من يقوم بالكتابة، وهنا تطرح عدة تساؤلات، يرتبط أهمها بالمقصود بالعلم في هذه الآية تحديداً، هل هو العلم بالكتابة فقط، أم أنه يتعداه إلى علوم أخرى كعلوم الفقه أو القانون أو غيرها؟ ومن جانب آخر هل يشمل ذلك العلم النظري فقط أم يمتد إلى العلم التطبيقي العملي المرتبط بالمهارة والخبرة؟

نعتقد بأن للإجابة على هذه التساؤلات أهمية كبيرة، لا سيما لجهة بيان وضبط الفوارق بين الكاتب والصائغ إن كان بينهما فوارق، فهل الكاتب المذكور في الآية هو نفسه الصائغ أم أن هنالك اختلاف بينهما، خصوصاً وأنه لا غضاضة في القول بأنه يشترط في الكاتب أو الصائغ العدالة والعلم، الشرطان اللذان ذكرتهما الآية؟

يلاحظ بأن المفسرين قد ذهبوا إلى أكثر من اتجاه بصدد تفسير مصطلح العلم الوارد في آية الدين، إذ يمكن إجمالهما على النحو الآتي:

أولاً. الاتجاه الأول: ذهب جانب من المفسرين إلى اعتبار العلم المقصود في الآية متعلقاً بالكتابة، ومن قبيل ذلك ما ذكره ابن كثير في تفسيره: (وقوله: (وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ) أي:

١. الآية (٢٨٢)، سورة البقرة.

٢. المصباح المنير، مرجع سابق، ص ١٦٢.

٣. انظر: د. قطب مصطفى سانو، معجم مصطلحات أصول الفقه، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق، ٢٠٠٠، ص ٢٩٤. هناك معاني عديدة ومتنوعة لمصطلح العلم. للمزيد من التفصيل انظر المرجع نفسه.

ولا يمتنع من يعرف الكتابة إذا سُئِلَ أن يكتبَ للناس، ولا ضرورة عليه في ذلك، فكما علمه الله ما لم يكن يعلم، فليصدق على غيره ممن لا يحسن الكتابة وليكتب... وفي الحديث الآخر: «من كنتم علماءً يعلّمه الجَمَّ يوم القيامة بلجام من نار»<sup>(١)</sup>. وجاء في التفسير الميسر ما نصه: (ولا يمتنع مَنْ علّمه الله الكتابة عن ذلك)<sup>(٢)</sup>.

أما ما يبرر مثل هذا التفسير، فعدة أسباب قد يكون من بينها ما يأتي:

١. أن الكاتب مطلوب منه أن يكتب كما يملي عليه الذي عليه الحق أي المدين، بدلالة الآية ذاتها، إذ يقول تعالى: (وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيَمْلِكِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ)<sup>(٣)</sup>.

٢. أن الكتابة عند العرب كانت قليلة: إذ يقول الشعراوي: (آية الدين قد نزلت وكانت الكتابة عند العرب قليلة، كان هناك عدد قليل فقط هم الذين يعرفون الكتابة، فكان هناك طلب شديد على من يعرف الكتابة)<sup>(٤)</sup>. كما جاء في تفسير ابن كثير (وقوله: (فَاكْتُبُوهُ) أمر منه تعالى بالكتابة... عن عبد الله بن عمر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إنا أمة أمية لا نكتب ولا نحسب»)<sup>(٥)</sup>.

واستناداً إلى ذلك، فإن من يقوم بالكتابة يجب أن يكون لديه علم بالكتابة واطلاع على ما تتطلبه من معرفة بالحروف والأرقام وأشكالها وترتيبها وكيفيةها وما يرتبط بها من علوم كعلوم اللغة، كالقراءة والأملء والأعراب، وعلى ذلك فإن مهمة الكاتب هنا ستكون تلقائية، بحيث لا تعد مهمة الصياغة ذات أهمية كبيرة بالنسبة إلى ذلك الكاتب، لأنه حينئذ ستكون من مهام الطرفين وتحديد من يملي عليه الصيغة أي الشخص الذي عليه الحق.

ولا شك في أن هذا الفرض لا يتناقض مع ضرورة توافر الشروط الواجب توافرها في الكاتب، إضافة إلى العلم يجب أن تتوافر فيه العدالة، لكي لا يتغافل أو يميل أو يزيد أو ينقص في المقدار أو المال أو الأجل أو غيرها.

ولا شك أيضاً في أن تصور مثل هذه الحالة وارد، بل ومنتحق في الحالات التي يكون فيها كلا الطرفين على معرفة ودراية واسعة بالصيغ القانونية، كما لو كان طرفا العقد من القضاة أو المحامين أو المستشارين أو الخبراء القانونيين، إذ ستحصر مهمة ذلك الكاتب في الكتابة دون الصياغة، فقد يكونوا أكثر قدرة منه على ذلك.

بل لا مانع أيضاً بحسب ما يرى جانب من الفقه الإسلامي من أن يكون من يتولى الصياغة غير عالم

١. إسماعيل بن عمر بن كثير، تفسير القرآن العظيم، تحقيق سامي السلامة، دار طيبة، ١٩٩٩، ج ١، ص ٧٢٤. انظر كذلك: مجير الدين بن محمد العليمي المقدسي الحنبلي، فتح الرحمن في تفسير القرآن، تحقيق: نور الدين طالب، الطبعة الأولى، مشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بقطر، ٢٠٠٩، ج ١، ص ٤٠٠. انظر كذلك: أنوار التنزيل، مرجع سابق، ج ١، ص ١٦٥. البحر المحيط، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٦٠.

٢. التفسير الميسر، مرجع سابق، ص ٤٨.

٣. الآية (٢٨٢)، سورة البقرة.

٤. محمد متولي الشعراوي، تفسير الشعراوي (خواطري حول القرآن الكريم)، أخبار اليوم، القاهرة، ١٩٩١، ج ١، ص ١٢١٤.

٥. تفسير القرآن العظيم، مرجع سابق، ج ١، ص ٧٢٣.

بالكتابة، وفي هذا يقول ابن قدامه: (ليس من شرط الحاكم كونه كاتباً. وقيل: يشترط ذلك، ليعلم ما يكتبه كاتبه، ولا يتمكن من إخفائه عنه. ولنا، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان أمياً، وهو سيد الحكام...) (١).

نخلص مما سبق إلى أن الكاتب قد يتولى صياغة النصوص في أحيان، كما أنه قد لا يباشرها في أحيان أخرى، فليس كل كاتب صانع في كل الأحوال، وبذلك يتبدى لنا اختلاف الكاتب عن الصانع، فمهمتهما ليس واحدة بالضرورة.

ثانياً. الاتجاه الثاني: ذهب جانب من المفسرين إلى أن المقصود بالعلم في آية الدين يمتد إلى علوم متعددة، كعلوم اللغة والفقه الإسلامي والقانون، وفي ذلك يقول صاحب تفسير البحر المحيط: (قال الزمخشري: بالعدل، متعلق بكاتب صفة له... وفيه أن يكون الكاتب فقيهاً عالماً بالشروط، حتى يجيء مكتوبه معدلاً بالشرع، وهو أمر للمتدائنين بتخير الكاتب، وأن لا يستكتبوا إلا فقيهاً ديناً) (٢).

كما يقول المراغي: (بعد أن شرط الله في الكاتب العدالة شرط فيه العلم بالأحكام والفقه في كتابة الدين، إذ الكتابة لا تكون ضماناً تاماً إلا إذا كان الكاتب عالماً بالأحكام الشرعية والشروط المرعية عرفاً وقانوناً، وكان عادلاً حسن السيرة، لا غرض له إلا بيان الحق بلا محاباة) (٣).

كما جاء في تفسير المنار: (وقد ذكروا أن العدل في الكاتب يستلزم العلم بشروط المعاملات التي تحفظ الحقوق؛ لأن الكاتب الجاهل قد يترك بعض الشروط أو يزيد فيها أو يبهم في الكتابة بجهله فيلتبس بذلك الحق بالباطل، ويضيع حق أحد المتعاملين، كما يضيع بتعمد الترك أو الزيادة أو الإبهام إذا لم يكن عادلاً.. وقد يغني عن أخذ ذلك بطريق اللزوم - قوله: (ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله) فإن تعليم الله إياه ليس خاصاً بصناعة الكتابة، بل هو يعمم ما وفقه له من علم الأحكام والفقه فيها فالكتابة لا تكون ضماناً تاماً إلا إذا كان الكاتب عالماً بما يجب علمه في ذلك من الأحكام الشرعية والشروط والاصطلاحات العرفية) (٤).

إذن، فإنه يتوجب على من يقوم بالكتابة أن يكون لديه اطلاع على علوم أخرى غير الكتابة، وهي تلك التي يحتاجها في الصياغة على نحو أوضح، وإلا فإن دوره سيكون محدوداً ومقتصرًا على مهمة إفراغ ما سمعه، أي كتابة النص كما هو، وفي ذلك يقول الكاساني: (ومنها أن يتخذ - القاضي - كاتباً... وينبغي أن يكون - الكاتب - عفيفاً صالحاً من أهل الشهادة، وله معرفة بالفقه... لأنه يحتاج إلى الاختصار والحذف من كلام الخصمين، والنقل من لغة، ولا يقدر على ذلك إلا من له معرفة بالفقه، فإن لم يكن فقيها كتب كلام الخصمين كما سمعه...) (٥).

١. عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه المقدسي، المغني، تحقيق: د. عبد الله التركي ود. عبدالفتاح الحلو، الطبعة الثالثة، دار علم الكتب، الرياض، ٢٠٠٣، ج ١٤، ص ١٦.

٢. تفسير البحر المحيط، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٥٩. انظر كذلك: تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، مرجع سابق، ص ١٢١.

٣. أحمد مصطفى المراغي، تفسير المراغي، الطبعة الأولى، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ١٩٤٦، ج ٣، ص ٦٩.

٤. تفسير المنار، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٢٠.

٥. مسعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٦، ج ٧، ص ١٢.

واستناداً إلى ما سبق، فإن من مستلزمات الصياغة المتخصصة في هذا الزمان العلم والاطلاع على علوم لا تتصل بعلوم اللغة فقط، بل يبدو أنه من الضروري في كثير من الأحيان الإلمام بأكثر من علم من العلوم المتصلة بالصياغة القانونية كعلوم الشريعة والقانون<sup>(١)</sup>، بل وعلوم أخرى تتصل بتيسير مهمة الصائغ، ونقصد تحديداً إمامه بمعطيات التكنولوجيا الحديثة ومهارات الحاسب الآلي، بل وجانب من اللغات الأجنبية، فالصياغة القانونية المتعلقة بالعقود لم تعد تكتب بلغة واحدة، أو في مكان واحد، وهذا ما يتطلب بلا شك إجادة لغة أخرى أو أكثر كاللغة الإنجليزية أو الفرنسية أو الصينية.

ولعل تحصيل ذلك بات متيسراً إلى حد كبير حال تحصيل درجة علمية من إحدى كليات الشريعة والقانون التي تنشأ في مختلف الجامعات وتنتشر في شتى البلدان، كبيرها وصغيرها، كما أصبح من المتيسر أيضاً التعمق والتخصص بمثل هذه المجالات ذات الصلة بالصياغة القانونية، إذ بات متاحاً الحصول على الدرجات العلمية العليا في كثير من تلك الجامعات.

وعلى أية حال، فإن المقصود بالعلم المرتبط بالكتابة والصياغة القانونية تحديداً لم يعد يقتصر على الجوانب النظرية، بل أن للتطبيق العملي أهمية أكبر وأثر أوضح في صقل قدرات المتخصصين في هذا المجال، فكلما الجانبين النظري والعملي بات مهماً وضرورياً لمثل أولئك الأشخاص.

بل لا نبالغ إذا ما قلنا أيضاً، أنه غداً من المهم والضروري أعداد وتدريب أشخاص مؤهلين ومتخصصين تخصصاً دقيقاً في إحدى مجالات الصياغة القانونية للعقود المختلفة والمتنوعة التي تحتاجها المجتمعات والدول، فما يتطلبه إعداد وتأهيل متخصص في صياغة عقود الزواج<sup>(٢)</sup> قد يختلف كثيراً أو قليلاً في جانباً أو أكثر عما يتطلبه إعداد وتأهيل متخصص في صياغة العقود الرسمية أو العرفية أو عقود البيع الدولية أو المحلية ومراجعتها، أو أخرى متخصص في العقود الإدارية، وهو يلقي بدوره بعبء ومهمة سامية على عاتق الجامعات لإعداد مثل هؤلاء المختصين، إذ أصبح من الضروري أيضاً الالتفات إلى ضرورة إنشاء معاهد متخصصة لإعداد مهنيين أكفاء ومحترفين في مثل هذه الجوانب وباقي أنواع الصياغة القانونية ومجالاتها<sup>(٣)</sup>، بحيث لا يقتصر الأمر على تدريس مقرر أو اثنين في مجال الصياغة القانونية في مرحلة الدراسة الجامعية الأولى أو الاقتصار على تقديم دورات تدريبية لهم في هذا المجال الحيوي والمفيد للمجتمع والدولة.

ولعل مما يعزز ذلك أيضاً أن جانب من المفسرين قد أشار إلى أهمية ومشروعية تعلم العلوم المتصلة بصياغة النصوص وليس كتابتها فقط، إذ يستفاد من هذه الآية بحسب ما يقول السعدي: (مشروعية

١. انظر على سبيل المثال المادة (٤) من نظام ديوان التشريع والرأي الأردني.

٢. تقر التشريعات العربية بإمكانية اختصاص بعض الأشخاص بإجراء وصياغة عقود الزوج. انظر قواعد تنظم أعمال لائحة مأذوني عقود الأئحة «السعودية».

٣. د. هيثم حامد المصاروة، عيوب الصياغة القانونية وسبل تلافيها، مجلة الحياة النيابية، منشورات المجلس النيابي بلبنان، المجلد (٨٢)، مارس ٢٠١٢، ص ١٥.

كون الإنسان يتعلم الأمور التي يتوقع بها المتدانيون كل واحد من صاحبه، لأن المقصود من ذلك التوثيق والعدل، وما لا يتم المشروع إلا به فهو مشروع<sup>(١)</sup>. ونعتقد بناء على ذلك أن التعلم المطلوب هو مرتبط بالصياغة، فتعلم الكتابة وحدها أيسر بكثير من تعلم الصياغة، فكم من فرد يعلم الكتابة ولا يعلم الصياغة في مجتمعاتنا في هذا الزمن؟

ومما يؤكد ذلك أن جانباً آخر من المفسرين ذهب إلى ما هو أبعد من ذلك، حيث أشار إلى أهمية توافر الكفاءة في من يتولى الكتابة والصياغة، إذ يقول المراغي: (وفي ذكر هذه الشروط في الكاتب إرشاد من الله للمسلمين أن يكون فيهم هذا الصنف من الكتاب القادرين على كتابة العقود الرسمية<sup>(٢)</sup>). ومن جانب آخر، فإنه بات من الواضح أن «العلم» وهو الشرط الثاني الذي تحدثت عنه آية الدين والمطلوب توافره في من يتولى صياغة العقود هو من الشروط اللازمة والضرورية في كل من يتولى الصياغة القانونية للعقود.

أما شرط العدالة فيجب توافره في الصائغ حتى وإن لم يتولى الكتابة وتحرير الوثيقة بيده، بل إن أهمية توافره في هذا الشخص تبدو أكثر حساسية وحيوية لما قد يترتب من خطورة على حقوق أحد الطرفين إذا ابتغى الإضرار به أو تحميله ما لا يجب في مواجهة الطرف الآخر. ويشار هنا إلى أن الآية الكريمة قدمت شرط العدالة على شرط العلم، وما ذلك إلا لحكمة قدرها المولى عز وجل، إذ يقول المراغي في ذلك: (وقدم صفة العدالة على صفة العلم، لأن العادل يسهل عليه أن يتعلم ما ينبغي أن يعلمه لكتابة الوثائق، ولكن من كان عالماً غير عادل فاعلم بهذا وحده لا يهديه للعدالة)<sup>(٣)</sup>.

## المطلب الثالث الاستقلالية

قال الله تعالى: (فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ)<sup>(٤)</sup>.

يستفاد من هذه العبارة الواردة في آية الدين، أن من يتولى الصياغة ليس طرفي العقد بل شخص آخر يتولى ذلك، وفي ذلك يقول القرطبي: (وإنما قال ( بينكم ) ولم يقل أحدكم؛ لأنه لما كان الذي له الدين يتهم في الكتابة الذي عليه الدين وكذلك بالعكس شرع الله سبحانه كاتباً غيرهما يكتب بالعدل لا يكون في قلبه ولا قلمه مودة لأحدهما على الآخر. وقيل: إن الناس لما كانوا يتعاملون، حتى لا يشذ أحدهم عن المعاملة، وكان منهم من يكتب ومن لا يكتب، أمر الله سبحانه أن يكتب بينهم كاتب بالعدل)<sup>(٥)</sup>. كما جاء في البحر المحيط: (ومعنى: بينكم، أي: بين صاحب الدين والمستدين، والبائع

١. تفسير الكريم الرحمن، مرجع سابق، ص ١١٨.

٢. تفسير المراغي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٦٩. تفسير المنار، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٢١.

٣. تفسير المراغي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٦٩.

٤. الآية (٢٨٢)، سورة البقرة.

٥. الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٨٣ - ٢٨٤.

والمشتري، والمقرض والمستقرض، والتثنية تقتضي أن لا ينفرد أحد المتعاملين لأن يتهم في الكتابة، فإذا كانت واقعة بينهما كان كل واحد منهما مطلعاً على ما سطره الكاتب<sup>(١)</sup>.

ويقول الشعراوي: (من الذي يكتب الدين؟ انظر الدقة: لا أنت أيها الدائن الذي تكتب، ولا أنت أيها المدين، ولكن لا بد أن يأتي كاتب غير الاثنين، فلا مصلحة لهذا الثالث من عملية الدين)<sup>(٢)</sup>.

لقد استخدم المفسرون ألفاظاً عديدة للدلالة على الطرفين المقصودين بالآية، كما في الألفاظ الآتية: طرقي العقد، صاحب الدين والمستدين، والبائع والمشتري، والمقرض والمستقرض، الدائن والمدين، على نحو ما ورد في الأقوال السابقة، غير أن جانباً آخر منهم استخدم ألفاظاً أخرى يبدو أنها تشي بفهم لمقصود الآية الكريمة والعلة من كتابة الدين، إذ استخدم بعضهم للدلالة على الطرفين مصطلح «الخصمين»<sup>(٣)</sup>، مع أنهما لا يزالان في مرحلة إبرام العقد والكتابة.

وبعبارة أخرى، فالواضح من أقوال المفسرين السابقة أن من يقوم بالكتابة والصياغة بين الطرفين ليس أحدهما، بل شخص من الغير، أما العلة من اشتراط أن يكون من يتولى الصياغة من الغير يتمثل في أسباب عديدة، إذ يعد من أهمها:

١. بث الثقة بين الطرفين، فلا يعود أحدهما يخشى الآخر وما قد يؤدي به حرصه على مصلحته الشخصية ولو على حساب الغير، إذ سينتفي مثل هذا الأمر، وهو ما سيحتمه على الإقبال على التعاقد باطمئنان.

٢. حفظ حقوق الطرفين واجتناب الظلم ومراعاة قواعد العدالة والأنصاف بتحقيق مصلحة الطرفين على حد سواء، فلا ينجم عن إبرام ذلك العقد الحاق أضرار بأي منهما، بل إعطاء كل ذي حق حقه، خصوصاً إذا كان الطرفين يجهلان كلياً أو جزئياً جوانب من المسائل المتعلقة بالوثيقة المراد صياغتها وما قد يرد بها ومن شروط وأحكام.

٣. قطع أوجه النزاع المحتملة بين الطرفين، فمن تولى الصياغة شخص من الغير لديه الخبرة والدراية بما تولى تحريره وصياغته حتى وأن كانا يجيدان الكتابة.

يقول المراغي: (وفي ذكر هذه الشروط في الكاتب... إيماء إلى أنه ينبغي أن يكون الكاتب غير المتعاقدين وإن كانا يحسنان الكتابة خيفة أن يفالط أحدهما الآخر أو يغشّه)<sup>(٤)</sup>.

وبالرغم من ذلك، فإن مسألة اتخاذ الطرفين لشخص من الغير لتولى الكتابة والصياغة بينهما ليست بالإلزامية، فلا مانع من أن يباشر ذلك أحد الطرفين أو كلاهما بالتعاون بينهما، ذلك أن مسألة الكتابة برمتها -والتي جاءت بها الآية- ليست وجوبية على الطرفين، بل يبقى لهم الخيرة من أمرهم، إن شاءوا فعلوا، وإن شاءوا تركوا، يقول البيضاوي: ﴿فَكُتِبُوهُ﴾ لأنه أوثق وادفع للنزاع،

١. البحر المحيط، ج ٢، ص ٢٥٩.

٢. تفسير الشعراوي، مرجع سابق، ج ١، ص ١٢١٤.

٣. فتح الرحمن، مرجع سابق، ج ١، ص ٣٩٩.

٤. تفسير المراغي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٦٩.

والجمهور على أنه استحباب<sup>(١)</sup>.

كما يجوز للصانع طلب الأجر، إذ يقول القرطبي: (لَمْ يَخْتَلَفِ الْعُلَمَاءُ فِي جَوَازِ أَخْذِ الْأُجْرَةِ عَلَى كِتَابِ الْوَثِيقَةِ... وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ أَمْرٌ إِرْشَادٌ فَلَا يَكْتَبُ حَتَّى يَأْخُذَهُ حَقُّهُ)<sup>(٢)</sup>. وحقه هذا سيدخل في اعتباره كل جهد بذله ذلك الشخص، ولا شك في الجهد المبذول في الصياغة يفوق بكثير ذلك المبذول في الكتابة، ذلك أن الصياغة تحتاج إلى عملية ذهنية إضافية ودقيقة قد لا تخلو من مشقة في بعض الأحيان، كما أنها تحتاج إلى تمكن ذلك الشخص من أكثر من علم ليقوم بهذا العبء كما يجب، والعلوم المقصودة يأتي على رأسها علوم الشريعة والقانون كما نعتقد.

كما لا يخفى مقدار المشقة التي قد يتكدها الصانع أثناء القيام بعمله، فهو يقوم بالكتابة والصياغة، وقد يقوم بها مرة وأخرى وثالثة أو أكثر وبحسب ما يوجهه الطرفان، إذ عليه إجابتهما والقيام بالتعديل، فالأمر يتعلق بصياغة عبارات دقيقة منضبطة يترتب عليها حقوق والتزامات للطرفين، لذلك كان من المتصور قيامه بتعديل العبارات وإعادة صياغتها بناء على رغبة الطرفين، وهو ما يتوجب عليه القيام به والانصياع له، ذلك أن سنة النبي صلى الله عليه وسلم تشير إلى ضرورة انصياع الكاتب لما يملى عليه وإمكانية تعديلها، بدليل ما ورد في الأحاديث المتعلقة بصلح الحديبية والذي شهد تعديل لصياغة الوثيقة المزمع كتابتها أكثر من مرة، فقد جاء في صحيح البخاري: (...فجاء سهيل بن عمرو، فقال: هات اكتب بيننا وبينكم كتابا، فدعا النبي صلى الله عليه وسلم الكاتب، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: بسم الله الرحمن الرحيم، قال سهيل: أما الرحمن، فو الله ما أدري ما هو، ولكن اكتب باسمك اللهم كما كنت تكتب، فقال المسلمون: والله لا نكتبها إلا بسم الله الرحمن الرحيم، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: اكتب باسمك اللهم، ثم قال: هذا ما قاضى عليه محمد رسول الله، فقال سهيل: والله لو كنا نعلم أنك رسول الله ما صددناك عن البيت ولا قاتلناك، ولكن اكتب محمد بن عبد الله، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: والله إني لرسول الله، وإن كذبتموني اكتب محمد بن عبد الله...)<sup>(٣)</sup>.

وإذا كانت استقلالية الصانع عن طرفي العقد من الشروط المطلوب توافرها في صياغته، فإنه قد يتصور أيضا تطلب مثل هذا الشرط في باقي مجالات الصياغة القانونية، بل قد تكون استقلاليته واجبة يبطل معه عمله، ونقصد تحديدا القاضي وكاتبه<sup>(٤)</sup>.

١. تفسير البيضاوي، مرجع سابق، ج ١، ص ١٦٥. الحسين بن مسعود البغوي، تفسير البغوي «معالم التنزيل»، الطبعة الثانية، دار ابن حزم، بيروت، ٢٠٠٢، ص ١٧٩. انظر كذلك: الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج ٣، ص ٣٨٢. محمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، مطبوعات مجمع الفقه الإسلامي بجهة، ج ١، ص ٣٠٧.

٢. الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج ٣، ص ٣٨٥. انظر كذلك: تفسير الشعراوي، مرجع سابق، ج ١، ص ١٢٤.

٣. محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، تحقيق: رائد أبي علفة، الطبعة الثالثة، درا الحضارة، الرياض، ٢٠١٥، ص ٤٤٧.

٤. لا يجوز للقاضي أن ينظر في خصومة هو أو أي من أقاربه طرف فيها، ومن باب أولى قطعاً إلا يصدر حكماً يكون هو قد صاغه بصدد هذه الخصومة، الأمر الذي ينطبق على الكاتب لدى ذلك القاضي، إذ لا يجوز له مباشرة أي عمل من أعماله كالتكتابة والصياغة إذا ما تعلق الأمر بدعوى هو أو أي من أقاربه حتى الدرجة الرابعة طرفاً فيها، وهو ما نصت عليه قوانين المرافعات المختلفة

## المبحث الثاني

### الضوابط المتعلقة بالنص المراد صياغته في العقود

لقد أشارت آية الدين إلى جملة من الضوابط الواجب مراعاتها لدى قيام طرفي العقد بكتابتها وصياغته، وهذه الضوابط متعددة ومتنوعة، ويمكن توزيعها على ثلاثة مجموعات: أولاً يتعلق بضوابط تلمية النص القانوني على الكاتب ومدى إمكانية تدخله بشأنه، وثانياً يتصل بكيفية إيراد المسائل التفصيلية في النص القانوني، أما ثالثها فيرتبط بآليات تحقيق العدل في النص القانوني المراد صياغته.

وبناء على ما سبق، نعرض للضوابط المتعلقة بالنص المراد صياغته على ضوء آية الدين من خلال التقسيم الآتي:

**المطلب الأول:** ضوابط إملاء النص (الإملال).

**المطلب الثاني:** ضوابط التفصيل في صياغة النص.

**المطلب الثالث:** ضوابط تحقيق العدل في صياغة النص.

## المطلب الأول

### ضوابط إملاء النص (الإملال)

يقول تعالى: (وَلِيَمَلِّمَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلِيَتَّقِيَ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئًا فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيَمَلِّمُ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ)<sup>(١)</sup>.

الإملال لغة من ملل، وقد جاء في المعجم: (أمليت الكتاب على الكاتب إملالاً: ألقيته عليه، وأمليته عليه إملاء، فالأولى - أي الإملال - لغة الحجاز... والثانية - أي الإملاء - لغة بني تميم...)<sup>(٢)</sup>، كما جاء القاموس المحيط: (وأملّه: قال له اكتب عنه)<sup>(٣)</sup>.

يستفاد من ذلك أن الإملاء «الإملال» مرحلة سابقة على الكتابة، فهي تتطلب إلقاء الكلمات والعبارات على الكاتب والطلب منه كتابتها، وهي بذلك تتضمن في جانب منها صياغة لتلك الكلمات والعبارات التي سترد في النص، غير أن ذلك لا يعني بالضرورة التطابق بين الأملاء والصياغة، فالصياغة تتزامن مع مرحلتي الإملاء والكتابة.

في زمننا هذا انظر بشأن حالات رد القاضي المادة (١٤٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٨٦. المادة (٩٤) من نظام المرافعات الشرعية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم: (م/١) وتاريخ: ٢٢ / ١ / ١٤٣٥هـ. انظر كذلك بشأن الحظر المقرر على أعوان القضاة في المادة (٨) من نظام المرافعات السعودي. أما العلة من ذلك فتتجلى في حماية حقوق خصم القاضي أو الكاتب ودرء للشبهات التي قد تثار في هذا الصدد، علماً بأن ثمة خلاف في الفقه الإسلامي حول مدى جواز أن يحكم القاضي لنفسه، إذ يقول ابن قدامه: (وليس للحاكم أن يحكم لنفسه، كما لا يجوز أن يشهد لنفسه، فإن عرضت له حكومة مع بعض الناس، جاز أن يحاكمه إلى بعض خلفائه، أو بعض رعيته). المغني، مرجع سابق، ج ٣، ص ٣٨٥.

١. الآية (٢٨٢)، سورة البقرة.

٢. المصباح المنير، مرجع سابق، ص ٢٢٢.

٣. القاموس المحيط، مرجع سابق، ص ١٥٥٦.

أما بالنسبة إلى الآية الكريمة فيلاحظ من خلالها وجود فرضين لإملاء النص على الكاتب، وهما على النحو الآتي:

### أولاً. الإملاء من قبل المدين

يقول تعالى: (وَلِيَمَّلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلِيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئًا)<sup>(١)</sup>. فهنا يلاحظ أمور ثلاثة:

أ. يقول تعالى: (وَلِيَمَّلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ)، وفي ذلك تحديد للشخص القائم بالإملاء، فقد جاء في البحر المحيط: (أي: فليكتب الكاتب، وليملل من وجب عليه الحق)<sup>(٢)</sup>، ولكن لماذا، أي ما الحكمة من ذلك؟

جاء في التفسير: (لأنه هو المشهود عليه بأن الدين في ذمته، والمستوثق منه بالكتابة)<sup>(٣)</sup>.

ب. يقول تعالى: (وليَتَّقِ اللَّهَ رَبَهُ)، أي: (أن يذكر ما عليه كاملاً، وفي هذا مبالغة في الحث على التقوى بالتذكير بجلال نعم والترهيب من العقاب)<sup>(٤)</sup>.

ج. يقول تعالى: (وَلَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئًا)، أي: (لا ينقص بالمخادعة أو المدافعة)<sup>(٥)</sup>، ويقول في ذلك المراغي: (إذ الإنسان مجبول على دفع الضرر عنه، وعرضة للطمع، وربما يستخفه طمعه إلى نقص شيء من الحق، أو الإبهام في الإقرار الذي يملى على الكاتب تمهيدا للمجادلة والمماطلة)<sup>(٦)</sup>.

وبناء على ذلك، فإن من يقوم بالإملاء للكاتب وصياغة الجمل والعبارات هو المدين، ولما كانت هذه المهمة حساسة وبالغة الأهمية، فقد تم توجيهه بأمرين: الأول هو تقوى الله، والثاني ألا يبخس شيئاً من حقوق الطرف الآخر، ومع ذلك، فصياغته وإملائه العبارات للكاتب قد لا تكون نهائية، فقد يعترض عليها الطرف الآخر، أي الدائن، كما أنها قد لا تكون موافقة لما يوجبه الشرع أو القانون أو العرف، وهنا تبرز أهمية دور الصائغ في التوفيق بين مصالح الطرفين، والنزول على ما يوجبه الشرع والقانون والعرف، وهو ما اشترط من أجله في ذلك الكاتب العدالة والعلم والاستقلالية على نحو ما رأينا آنفاً.

### ثانياً. الإملاء من قبل ولي المدين

يقول تعالى: (فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهَاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يَمِلَّ هُوَ فَلْيَمَلِّ لَهُ بِالْعَدْلِ)<sup>(٧)</sup>.

١. الآية (٢٨٢)، سورة البقرة.

٢. البحر المحيط، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٦٠.

٣. البحر المحيط، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٦٠.

٤. تفسير المراغي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٦٩.

٥. البحر المحيط، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٦٠.

٦. تفسير المراغي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٦٩. انظر كذلك: تفسير المنار، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٢٢.

٧. الآية (٢٨٢)، سورة البقرة.

تشير الآية الكريمة إلى حالات محددة يقوم فيه شخص آخر غير من عليه الحق بالإملاء، والحالات المقصودة هي:

أ. إذا كان الذي عليه الحق سفيهاً: بمعنى مبذراً<sup>(١)</sup>، أي (إن كان المدين محجوراً عليه لتبذيره وإسرافه)<sup>(٢)</sup>، والسفيه بحسب ما أورد القرطبي هو: (مهلهل الرأي في المال الذي لا يحسن الأخذ لنفسه ولا الإعطاء منها)<sup>(٣)</sup>، كما عرف بانه: (الذي يجهل قدر المال فلا يمتنع من تبذيره ولا يرغب في تثميره)<sup>(٤)</sup>.

ومع ذلك فإن هناك معاني أخرى للسفيه أوردها المفسرون، ومنها ما يأتي: (الجاهل بالإملاء)<sup>(٥)</sup>، (الجاهل بالأمر والإملاء)<sup>(٦)</sup>، (ناقص العقل)<sup>(٧)</sup>، (الصبي والمرأة)<sup>(٨)</sup>، (الصغير)<sup>(٩)</sup>، (ضعيف البدن)<sup>(١٠)</sup>، (الأحمق)<sup>(١١)</sup>، (البذيء اللسان)<sup>(١٢)</sup>، (الجاهل بالإسلام)<sup>(١٣)</sup>.

ب. إذا كان الذي عليه الحق ضعيفاً: أي: (صبياً أو شيخاً مختلاً)<sup>(١٤)</sup>، وقال آخر: ﴿أَوْ ضَعِيفًا﴾ عن الإملاء لصغر أو كبر، (صغيراً أو مجنوناً)<sup>(١٥)</sup>.

كما أورد البعض معاني أخرى للضعيف، فقد جاء في تفسير البحر المحيط: ﴿أَوْ ضَعِيفًا﴾... إنه العاجز، والأخرس، ومن به حمق... أنه الصغير. وقيل: المدخول العقل، الناقص الفطرة..<sup>(١٦)</sup>.

ج. إذا كان الذي عليه الحق لا يستطيع أن يمل: جاء في التفسير: (أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يَمِلَ هُوَ) إما لعي

١. تفسير ابن كثير، مرجع سابق، ج ١، ص ٧٢٤. أنوار التنزيل، مرجع سابق، ج ١، ص ١٦٤. تفسير الكريم الرحمن، مرجع سابق، ص ١٢١.
٢. التفسير الميسر، مرجع سابق، ص ٤٨.
٣. تفسير القرطبي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٣٨٥.
٤. البحر المحيط، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٤٦.
٥. فتح الرحمن، مرجع سابق، ج ١، ص ٤٠٠. البحر المحيط، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٤٦. تفسير البغوي، مرجع سابق، ص ١٨٠.
٦. البحر المحيط، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٤٦. فتح الرحمن، مرجع سابق، ج ١، ص ٤٠٠. تفسير البغوي، مرجع سابق، ص ١٨٠.
٧. أنوار التنزيل، مرجع سابق، ج ١، ص ١٦٤. تفسير الكريم الرحمن، مرجع سابق، ص ١٢١. تفسير القرطبي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٣٨٥.
٨. البحر المحيط، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٤٦.
٩. البحر المحيط، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٤٦. تفسير البغوي، مرجع سابق، ص ١٨٠.
١٠. أنوار التنزيل، مرجع سابق، ج ١، ص ١٦٤. تفسير الكريم الرحمن، مرجع سابق، ص ١٢١. تفسير القرطبي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٣٨٥.
١١. البحر المحيط، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٤٦.
١٢. أنوار التنزيل، مرجع سابق، ج ١، ص ١٦٤.
١٣. البحر المحيط، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٤٦.
١٤. أنوار التنزيل، مرجع سابق، ج ١، ص ١٦٤. تفسير الكريم الرحمن، مرجع سابق، ص ١٢١. تفسير القرطبي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٣٨٥.
١٥. تفسير ابن كثير، مرجع سابق، ج ١، ص ٧٢٤. أنوار التنزيل، مرجع سابق، ج ١، ص ١٦٤. تفسير الكريم الرحمن، مرجع سابق، ص ١٢١.
١٦. البحر المحيط، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٦٠.

أو جهل بموضع صواب ذلك من خطئه<sup>(١)</sup>. كما قيل: (غير مستطيع للإملاء بنفسه لخرس أو جهل بالغة)<sup>(٢)</sup>، وقيل أيضاً: (لخرس أو عي أو عجمة أو حبس أو غيبة لا يمكنه حضور الكاتب أو جهل بما له وعليه)<sup>(٣)</sup>.

ومع ذلك، فثمة معانٍ أخرى أشار إليها المفسرون، وفي ذلك يقول القرطبي: (أو لا يستطيع أن يملّ هو) قال ابن عباس: لعي أو خرس أو غيبة، وقيل: بجنون، وقيل: بجهل بما له أو عليه. وقيل: لصغر... وأن عدم استطاعته الإملاء لعي أو خرس، لأن الاستطاعة هي القدرة على الإملاء<sup>(٤)</sup>.

لعل ابرز ما يلاحظ في هذا السياق التنوع والتباين الكبير في تفسير معنى: (أو لا يستطيع أن يمل)، ولكن ذلك كله يؤكد وبصورة واضحة أهمية وخطورة الإملاء على حقوق شرائح وأشخاص أكثر في المجتمع، وهو ما يشير بدوره إلى أهمية وضرورة الاستعانة بالآخرين ممن يستطيعون الإملاء، لضمان حسن وسلامة الصياغة القانونية.

وعلى أية حال، فإن توافر أي من الأشخاص المذكورين فيما سبق يفضي إلى إناطة القيام بالإملاء إلى شخص آخر بدلاً عنه، إذ يقول تعالى: (فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمِلْ وَلِيَّهُ بِالْعَدْلِ)<sup>(٥)</sup>.

قال البيضاوي: ((فَلْيُمِلْ وَلِيَّهُ بِالْعَدْلِ) أي الذي يلي أمره ويقوم مقامه من قيم إن كان صبياً أو مختل العقل، أو وكيلاً أو مترجم إن كان غير مستطيع. وهو دليل جريان النيابة في الإقرار ولعله مخصوص بما تعاطاه القيم أو الوكيل)<sup>(٦)</sup>. فيما ذهب بعض المفسرين إلى أن المقصود بوليّه: (وقال ابن عباس رضي الله عنه ومقاتل: أراد بالولي صاحب الحق، يعني إن عجز من عليه الحق من الإملاء فليمل ولي الحق وصاحب الدين بالعدل لأنه أعلم بحقه)<sup>(٧)</sup>.

وأياً كان القول في معنى الولي، فقد عادت الآية الكريمة لتؤكد أهمية العدل في الولي وفيما يكتب<sup>(٨)</sup>. إذن، فالآية الكريمة تشير إلى ضرورة القيام بالإملاء وما يتضمنه من صياغة شخص قادر عليه في كل حالة لا يتسنى بها لصاحب الحق القيام بذلك، وما ذلك إلا لخطورة هذا الأمر على حقوقه، كما نعتقد بلا مانع يحول في مثل هذه الأحوال من الاستعانة بمختص في أمور الصياغة من باب الحرص والاهتمام بحقوق أولئك الأشخاص غير القادرين عليه.

١. تفسير ابن كثير، مرجع سابق، ج ١، ص ٧٢٤.

٢. أنوار التنزيل، مرجع سابق، ج ١، ص ١٦٤.

٣. تفسير البغوي، مرجع سابق، ص ١٨٠. انظر كذلك: فتح القدير، مرجع سابق، ص ١٩٤.

٤. البحر المحيط، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٦٠.

٥. الآية (٢٨٢)، سورة البقرة.

٦. أنوار التنزيل، مرجع سابق، ج ١، ص ١٦٤. انظر كذلك: فتح الرحمن، مرجع سابق، ج ١، ص ٤٠٠، التفسير الميسر، المرجع السابق، ص ٤٨.

٧. فتح القدير، مرجع سابق، ج ١، ص ١٩٤.

٨. تفسير البغوي، مرجع سابق، ج ١، ص ٣٥٠. فتح الرحمن، مرجع سابق، ج ١، ص ٤٠٠.

٨. تفسير الكريم الرحمن، مرجع سابق، ص ١١٨.

## المطلب الثاني ضوابط التفصيل في صياغة النص

يقول تعالى: (وَلَا تَسَامُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ آجَلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمٌ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا) <sup>(١)</sup>.

جاء في تفسير هذه الآية: (ولا تملوا من كتابة الدين قليلا أو كثيرا إلى وقته المعلوم. ذلكم أعدل في شرع الله وهديه، وأعظم عوناً على إقامة الشهادة وأدائها، وأقرب إلى نفي الشك في جنس الدين وقدره وأجله) <sup>(٢)</sup>. وجاء في تفسير البحر المحيط: (ومعنى: ولا تساموا، أي لا تكسلوا) ... (وقيل: معناه لا تضجروا) <sup>(٣)</sup>. وقال القرطبي: (وَقَدَّمَ الصَّغِيرَ اهْتِمَامًا بِهِ) <sup>(٤)</sup>. يتبين من خلال ما سبق، بأنه يتوجب على طرفي الدين تحري إيراد كافة التفاصيل المتعلقة بالدين، لا بل إن الآية كانت واضحة في بيان مسائل محددة تتعلق بتفاصيل الدين، فقد أشارت إلى ضرورة إيراد عدد من المسائل التفصيلية، كما في الآتي:

أ. ذكر كل صغير وكبير يتعلق بالدين: فقد يكتفي الطرفان بذكر المسائل الكبيرة والمهمة فقط، غير أن ذلك قد يكون مدعاة للخلافات ووقوع المنازعات بين الطرفين، وهو ما يبرز أهمية وحرفية دور الكاتب في صياغة الكلمات والجمل والعبارات والأرقام وكل ما يتعلق بالدين من تفاصيل وجزئيات، ولا سيما تلك التي تكثر حولها النزاعات في الحياة العملية، فالمسألة لا تتصل بأن يخط الكاتب بيده ما يملى عليه فقط، بل ترتبط بجوانب ومسائل عديدة قد لا يدركها أي متعاقدين.

ب. ذكر أجل الدين: الأجل هو الوقت المضروب لانتهاء شيء <sup>(٥)</sup>، وهو أيضا: (مدة معلومة الأول والآخر، والأجل يلزم في الثمن في البيع وفي السلم حتى لا يكون لصاحب الحق الطلب قبل محله) <sup>(٦)</sup>، ويعد الأجل من أهم المسائل التي يتوجب التحقق من ذكرها، لكي لا تحصل المماطلة والمنازعة بشأن الوفاء بالدين، ذلك أن كثيرا من النزاعات تثار بسبب الأجل، لذلك أتت الآية لتذكره وتذكر وصف بأنه مسمى، أي (المعين بالتسمية كالشهر والسنة) <sup>(٧)</sup>.

ويلاحظ هنا أن ما ورد في الآية الكريمة لم يقتصر على بيان الأحكام، وإنما تعدى لبيان الحكمة منها، إذ يقول الله تعالى: (ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمٌ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا) <sup>(٨)</sup> وهو ما يمكن إجماله كالآتي:

١. الآية (٢٨٢)، سورة البقرة.
٢. التفسير الميسر، مرجع سابق، ص ٤٨.
٣. البحر المحيط، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٦٧.
٤. الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج ٣، ص ٤٠٠-٤٠١.
٥. تفسير المنار، مرجع سابق، ج ١، ص ١٢٠.
٦. تفسير البغوي، مرجع سابق، ص ١٨٠.
٧. تفسير المنار، مرجع سابق، ج ١، ص ١٢٠. انظر كذلك: البحر المحيط، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٥٩. فتح القدير، مرجع سابق، ١٩٣.
٨. الآية (٢٨٢)، سورة البقرة.

١. تحقيق العدل: إذ يقول الله تعالى: (ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ) <sup>(١)</sup>، وقيل في تفسيرها: ((أَقْسَطُ) أعدل (عِنْدَ اللَّهِ) لأنه أمر به، واتباع أمره أعدل من تركه) <sup>(٢)</sup>.

٢. تقوية الشهادة وتثبيتها: إذ يقول الله تعالى: (وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ) <sup>(٣)</sup>، ويفسر المرآغي بقوله: (أعون على إقامة الشهادة على وجهها... وفي هذا إيحاء إلى أن للشاهد أن يطلب وثيقة العقد المكتوب ليتذكر ما كان من الأحوال حين كتابتها وإملائها) <sup>(٤)</sup>. ومؤدى هذا القول أن صياغة النصوص تكتسب أهمية أيضاً بالنسبة للشاهد، ولعل ذلك يكون ذو أهمية أكبر في حالات وجود عبارات ونصوص مفصلة ومركبة ومعقدة، أو نصوص جرى بشأن صياغتها مفاوضات ونقاشات طويلة أو شائكة، فلا يكون غريباً أو مستهجناً أن يطلب الشاهد صورة ونسخة من تلك الوثيقة التي قد يطلب للشهادة بصدها. فمعلوم أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد إلا إن كان متيقناً <sup>(٥)</sup> من شهادته.

٣. تبديد الريبة والشك: إذ يقول الله تعالى: (وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا) <sup>(٦)</sup>، أي: (وأقرب في أن لا تشكوا في جنس الدين وقدره وأجله والشهود ونحو ذلك) <sup>(٧)</sup>.

وإذا كان نفي الريبة والشك من مهام الوثيقة المكتوبة بين الطرفين، فإن مناط ذلك سيبقى متوقفاً على ما ورد في تلك الوثيقة، وهو ما يقتضي بلا شك أن تكون صياغة عباراتها دقيقة وشاملة وواضحة، لا يكتنفها غموض أو لبس أو قصور، وهو ما يؤكد مجدداً على أهمية وحيوية دور الصائغ في إعداد تلك الوثيقة وتحريها.

إذن، فمراعاة المسائل التفصيلية وذكرها عند صياغة نصوص العقود والتصرفات من الأمور المطلوبة والمهمة، وهي تقضي غالباً إلى تحقيق الدقة والشمول والوضوح في تنظيم ومعالجة كافة المسائل المتعلقة بالعقد أو التصرف والشروط والأحكام الواردة بهما، فلا يتم إغفال أي جانب أو مسألة تتصل بذلك العقد، صغيراً كان أو كبيراً، خصوصاً وأن إهمالها قد يفضي إلى ضياع الحقوق ونشوب النزاعات بين الطرفين، وبالتالي فإن مراعاتها أقرب إلى تحقيق الغايات المزمع التوصل إليها من وراء كتابة النصوص وصياغتها بصورة منضبطة ومتوازنة.

وما تشير إليه الآية الكريمة من ضرورة مراعاة إيراد المسائل التفصيلية بجزئياتها وحذافيرها وما يترتب ويرتبط بذلك من دقة وشمول ووضوح يعد من أهم مقومات ومعايير جودة الصياغة القانونية في عصرنا الحاضر، فعدم الدقة يفضي إلى الخطأ، وعدم الوضوح يفضي إلى الغموض واللبس، كما

١. الآية (٢٨٢)، سورة البقرة.

٢. تفسير البيهقي، مرجع سابق، ص ١٨١.

٣. الآية (٢٨٢)، سورة البقرة.

٤. تفسير المرآغي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٦٩.

٥. تفسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، مرجع سابق، ص ١٢١.

٦. الآية (٢٨٢)، سورة البقرة.

٧. تفسير البيضاوي، مرجع سابق، ج ١، ص ١٦٥. تفسير المرآغي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٦٩. تفسير ابن كثير، مرجع سابق، ج ١، ص ٧٢٤.

أن عدم الشمول يفضي إلى النقص والقصور، وجميعها من عيوب الصياغة القانونية التي يجدر تلافيها<sup>(١)</sup>.

## المطلب الثالث ضوابط تحقيق العدل في صياغة النص

لقد وردت كلمة «العدل» في آية الدين في موضعين، كما وردت كلمة «القسط» في موضع، كما أنها تحث وتفضي إلى تحقيق العدل في مواضع عديدة.

### أولاً. موضع إيراد كلمة العدل:

أ. قال الله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ)<sup>(٢)</sup>. يقول القرطبي: (قوله تعالى: (بالعدل) أي بالحق والمعدلة، أي لا يكتب لصاحب الحق أكثر مما قاله ولا أقل)<sup>(٣)</sup>. ويقول ابن كثير: (أي: بالقسط والحق، ولا يجز في كتابته على أحد، ولا يكتب إلا ما اتفقوا عليه من غير زيادة ولا نقصان)<sup>(٤)</sup>. ويقول الأندلسي: (واختلف فيما يتعلق به: بالعدل، فقال الزمخشري: بالعدل، متعلق بكاتب صفة له... وقال القفال في معنى ﴿بالعدل﴾: أن يكون ما يكتبه متفقاً عليه بين أهل العلم، لا يرفع إلى قاض فيجد سبيلاً إلى إبطاله بألفاظ لا يتسع فيها التأويل، فيحتاج الحاكم إلى التوقف)<sup>(٥)</sup>.

إذن، فالعدل في العبارة السابقة من الآية الكريمة لا يتعلق بالشخص الذي يتولى الكتابة والصياغة بحسب ما يرى جانب من المفسرين، وإنما يتصل بما يصوغه ويكتبه ذلك الصانع.  
ب. قوله تعالى: (فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يَمِلَّ هُوَ فَلْيَمِلْ لَهُ بِالْعَدْلِ)<sup>(٦)</sup>. وقد جاء في البحر المحيط في تفسيرها: (و) (بالعدل) متعلق بقوله: (فليمل)، وفي قوله: (بالعدل) حث على تحريره لصاحب الحق، والمولى عليه)<sup>(٧)</sup>. وهنا أيضاً، فالعدل المطلوب تحقيقه من قبل الولي يتعلق بما يمليه ويصوغه من عبارات يتم كتابتها.

١. د. هيثم المصاروة، مرجع سابق، ص ١٨.

٢. الآية (٢٨٢)، سورة البقرة.

٣. تفسير القرطبي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٣٤٩.

٤. تفسير ابن كثير، مرجع سابق، ج ١، ص ٧٢٥. انظر كذلك: تيسير الكريم الرحمن، مرجع سابق، ص ١١٨.

٥. تفسير البحر المحيط، مرجع السابق، ج ٢، ص ٣٥٩.

٦. الآية (٢٨٢)، سورة البقرة.

٧. تفسير البحر المحيط، مرجع السابق، ج ٢، ص ٣٥٩. فتح الرحمن، مرجع سابق، ج ١، ص ٤٠٠.

ثانيا: موضع إيراد كلمة «القسط»: يقول تعالى: (ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ)<sup>(١)</sup>، والقسط لغة: (العدل)<sup>(٢)</sup>. وجاء في التفسير: (ومعنى: أقسط عند الله. أعدل في حكم الله أن لا يقع التظالم)<sup>(٣)</sup>.

ثالثا: المواضع التي تحت على تحقيق العدل وتفضي إليه:

هناك العديد من الأوامر والنواهي الواردة عبارات الآية الكريمة، إذ يفضي الانصياع لها ووضوعها موضع التطبيق إلى تحقيق العدل، حيث مرت اغلبها معنا سابقا - فتحيل إلى ما سبق بشأن معانيها وتفسيرها، ولعلنا نقتصر على التذكير بجانب منها في هذا الموضوع، ومن قبيل الأوامر والنواهي الواردة المقصودة هنا ما يأتي:

- أ. قوله تعالى: (وَلَا يَأَبَّ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ).
- ب. قوله تعالى: (فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلَلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا بِيَخْسَ مِنْهُ شَيْئًا).
- ج. قوله تعالى: (وَلَا تَسَامُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ آجَلِهِ).
- د. قوله تعالى: (وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَلَّوْا فَإِنَّهُ فَسُوقٌ بِكُمْ).
- هـ. قوله تعالى: (وَاتَّقُوا اللَّهَ)<sup>(٤)</sup>.

ولعلنا لا نبالغ إن قلنا هنا بأن وضع هذه الأوامر والنواهي موضع التنفيذ يفضي إلى تحقيق العدل عند صياغة النصوص، فهي بمثابة الآليات والأدوات اللازمة لتحقيق العدل بين الطرفين، فعدم امتناع الكاتب عن الكتابة وإعادة الصياغة. وتعلم العلوم المتصلة بالكتابة والصياغة وما يرتبط بها من علوم كعلوم اللغة والفقه الإسلامي والقانون، وقيام المدين بالإملاء، وتحري تقوى الله من قبل الكاتب والمملي والأطراف، وعدم بخس الناس أشياءهم، وعدم السأم، وكتابة الصغير والكبير من الأشياء والصغير قبل الكبير، وتحديد الأجل، والامتناع عن الأضرار بالكاتب أو الأطراف، كلها تفضي إلى تحقيق العدل.

ولا شك في أن للصياغة القانونية أهمية بالغة للجميع، وهو ما يتطلب ويستلزم بذل مجهود فعال واهتمام أكبر لبث الوعي وترقيته بشأن أهمية الصياغة القانونية للعقود بالنسبة إلى كافة الأشخاص لما لها من تأثير على حقوقهم ومصالحهم، خصوصا وأن التوجيه الإلهي الوارد في آية الدين قد تطرق إلى جانب من ذلك، وبما يمكن استلهامه واستنباطه ومدته في كل ما يصب في المصلحة العامة والخاصة ما دام أنه لا يعارض أحكام الشريعة الإسلامية الغراء، أما الأشخاص أو الجهات التي يناط بها مثل هذه المهمة فنعتقد بأنه يتمثل في كل ذي علاقة بذلك، أفرادا كانوا أو مؤسسات، ونقصد على سبيل المثال لا الحصر الجامعات ووسائل الإعلام والعلماء.

١. الآية (٢٨٢)، سورة البقرة.

٢. القاموس المحيط، مرجع سابق، ص ١٢٢٢.

٣. البحر المحيط، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٦٨. انظر: فتح الرحمن، مرجع سابق، ج ١، ص ٤٠٤. فتح القدير، مرجع سابق، ١٩٥. تفسير

البغوي، مرجع سابق، ص ١٨١.

٤. الآية (٢٨٢)، سورة البقرة.

غير أن تحري الالتزام بضوابط وآليات تحقيق العدل وتلافي الإخلال بها قد لا يكون يسيراً في كل الأحوال، إذ قد يحتاج بعضها إلى بذل مجهود والتعلم والتدرب عليها، وهو ما يؤكد مجدداً ضرورة الاهتمام بهذا الجانب من قبل الأفراد والمجتمعات والدول وبحسب احتياجها، ولا سيما الجهات المعنية في الدولة كالجامعات والمؤسسات والهيئات التشريعية والتنفيذية والقضائية، خصوصاً وأن المسألة تتعلق بمختلف مجالات الصياغة القانونية، الأمر الذي سبق لنا الإشارة إليه والتحقق منه في أكثر من موضع في هذه الدراسة أيضاً.

كما يشير ذلك إلى أهمية بذل وأجراء العديد من البحوث والدراسات في مجال الصياغة القانونية وأسسها وقواعدها المستمدة من الشريعة الإسلامية، وخصوصاً في مصادرها الأصلية، القرآن الكريم والسنة النبوية، وربط ذلك بالواقع العملي ومستجدات علم القانون وما يتصل به من فروع ومهارات، إذ يأتي على رأس هذا المهارات الصياغة القانونية بمختلف مجالاتها، إذ لا يزال هذا الموضوع من الموضوعات البكر التي تحتاج إلى مزيد الاهتمام والرعاية من المعنيين كفقهاء وعلماء الشريعة والقانون والباحثين فيها.

## الخاتمة

بعد أن أنهينا دراسة موضوع أسس الصياغة القانونية للعقود المستنبطة من آية الدين، يجدر بنا عرض أهم النتائج والتوصيات التي تم التوصل إليها.

### النتائج

١. يقصد بالصياغة القانونية وضع الفكرة المراد التعبير عنها بطريقة قانونية على هيئة عبارات محكمة ومنضبطة.

٢. للصياغة القانونية مجالات عديدة، ولكن يعد من أهمها الصياغة التشريعية والقضائية والإدارية والاستشارية وصياغة الاتفاقيات الدولية والدعاوى والمذكرات، إضافة إلى صياغة العقود والتصرفات القانونية.

٣. تختلف الصياغة القانونية عن أنظمة ومصطلحات قانونية وشرعية متعددة، ككتابة العدل والتوثيق والإملاء "الإملال".

٤. تقضي آية الدين بضرورة توافر عدة شروط في من يتولى الصياغة القانونية للعقود، إذ يعد من أهمها الآتي:

أ. أن يكون الصائغ عدلاً، أي مجتنباً للكبائر وغير مصر على الصفائر، ومجتنباً للخسة في التصرفات.

ب. أن يتوافر لدى الصائغ العلم بمجال الكتابة وما يتصل بها من علوم اللغة والقانون والشريعة.

ج. أن يكون الصائغ مستقلاً عن طرف في العقد أو التصرف القانوني.

٥. تقضي آية الدين بضرورة مراعاة ضوابط عديدة بشأن صياغة النصوص القانونية، إذ يمكن تصور ثلاث طوائف من الضوابط، وهي كالآتي:
- أ. ضوابط تتعلق بإملاء النص القانوني (الإملاء). وهي تقوم على إناطة الإملاء بالمدين وضرورة مراعاته تقوى الله وعدم بخس أي شيء من الدين.
- ب. ضوابط تتعلق بإيراد التفصيل عند صياغة النص القانوني، إذ يرتبط أهمها بضرورة ذكر كافة الأمور التفصيلية، صغيرها وكبيرها، إضافة إلى تحديد أجل الوفاء بالدين، وهو ما يفضي إلى حسن وسلامة الصياغة القانونية للنصوص بتحقيق الدقة والشمول والوضوح وتلافي العيوب التي قد تشوبها.
- ج. ضوابط تحقيق العدل في صياغة النص القانوني، إذ يتصل أهمها بمراعاة تحقيق العدل بين الطرفين من قبل الصائغ والأطراف أو من يمثلهم كالولي، حيث أشارت الآية إلى جملة من الأدوات والآليات التي يتوجب مراعاتها بغية تحقيق العدل، كعدم السأم أو امتناع الكاتب عن الكتابة أو إعادة الصياغة أو الإضرار بالآخرين.

## التوصيات

- لما كانت الصياغة القانونية للعقود تحتل دوراً حيوياً وحساساً في حياة الأفراد والمجتمعات، فقد بات من الضروري الاهتمام بها والإلمام بها، وهو ما يتطلب على وجه الخصوص القيام بالآتي:
١. إنشاء معاهد متخصصة لإعداد مهنيين أكفاء ومحترفين في الصياغة القانونية عموماً وصياغة العقود المختلفة خصوصاً.
  ٢. إعداد وتدريب أعداد كافية من الأشخاص المؤهلين والمتخصصين تخصصاً دقيقاً في مجالات الصياغة القانونية للعقود المختلفة والعلوم واللغات المرتبطة بها، وبحسب احتياج المجتمعات.
  ٣. بذل مجهود واهتمام أكبر في سبيل تطوير وترقية الوعي لدى الكافة بأهمية الصياغة القانونية للعقود وتأثيرها عليهم من قبل المعنيين بذلك أفراداً كانوا أو مؤسسات.
  ٤. إجراء مزيد من البحوث والدراسات حول أسس الصياغة القانونية وقواعدها المستمدة من القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة مع الحرص على ربطها بالواقع العملي ومستجدات علم القانون ومهارته.

## قائمة المصادر والمراجع

### القرآن الكريم

١. كتب التفسير
٢. أحمد مصطفى المراغي، تفسير المراغي، الطبعة الأولى، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ١٩٤٦.
٣. إسماعيل بن عمر بن كثير، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: سامي السلامة، دار طيبة، ١٩٩٩.
٤. الحسين بن مسعود البغوي، تفسير البغوي «معالم التنزيل»، الطبعة الثانية، دار ابن حزم، بيروت، ٢٠٠٢.
٥. عبد الرحمن بن ناصر السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، تحقيق: عبدالرحمن اللويحق، الطبعة الثانية، دار السلام، الرياض، ٢٠٠٢.
٦. عبدالله بن عمر البياضوي، أنوار التنزيل وأسرار التأويل المعروف بتفسير البياضوي، تحقيق: محمد عبدالرحمن المرعشلي، دار أحياء التراث العربي، بيروت «بلا سنة طبع».
٧. مجير الدين بن محمد العليمي المقدسي الحنبلي، فتح الرحمن في تفسير القرآن، تحقيق: نور الدين طالب، الطبعة الأولى، مشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بقطر، ٢٠٠٩.
٨. محمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، مطبوعات مجمع الفقه الإسلامي بجدة.
٩. محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، الطبعة الثانية، دار عالم الكتب، الرياض، ٢٠٠٣.
١٠. محمد بن علي بن محمد الشوكاني، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، دار المعرفة، بيروت، ٢٠٠٤.
١١. محمد بن يوسف الشهير بأبي حيان الأندلسي، تفسير البحر المحيط، تحقيق: عادل احمد عبد الموجود وعلي محمد عوض، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت.
١٢. محمد رشيد رضا، تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار)، الطبعة الثالثة، دار المنار، القاهرة، ١٣٦٧.
١٣. محمد متولي الشعراوي، تفسير الشعراوي (خواطري حول القرآن الكريم)، أخبار اليوم، القاهرة، ١٩٩١.
١٤. مجموعة من العلماء، التفسير الميسر، منشورات مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، ٢٠٠٩.
١٥. كتب السنة النبوية:
١٦. محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، تحقيق: رائد أبي علفة، الطبعة الثالثة، دار الحضارة، الرياض، ٢٠١٥.

## مؤلفات الشريعة والفقه الإسلامي:

١. حماد بن عبد الله الحماد، كتابة العدل والتوثيق، مجلة العدل، منشورات وزارة العدل، العدد (٨) السنة الثانية، الرياض، ١٤٢١.
٢. د. صالح الهليل، توثيق الديون في الفقه الإسلامي، منشورات جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ٢٠٠١.
٣. عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه المقدسي، المغني، تحقيق: د. عبد الله التركي ود. عبدالفتاح الحلو، الطبعة الثالثة، دار علم الكتب، الرياض، ٢٠٠٣.
٤. د. قطب مصطفى سانو، معجم مصطلحات أصول الفقه، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق، ٢٠٠٠.
٥. د. محمود عيدان احمد، العدل في القرآن الكريم، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإسلامية، العدد الثامن، العراق، ١٤٣٢.
٦. د. محمد قلعه جي ود. حامد قتيبي، معجم لغة الفقهاء، الطبعة الثانية، دار النفائس، بيروت، ١٩٨٨.
٧. مسعود بن احمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٦.
٨. المؤلفات القانونية:
٩. د. احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، مطبعة أبناء وهبة حسان، القاهرة، ١٩٩٣.
١٠. د. إسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، ١٩٦٦.
١١. د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون الأردني، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٧.
١٢. د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة الثالثة، الدار الجامعية، بيروت.
١٣. د. حيدر ادهم عبد الهادي، أصول الصياغة القانونية، الطبعة الأولى، دار الحامد، عمان، ٢٠٠٩.
١٤. د. رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، الدار الجامعية، بيروت، " بلا سنة طبع".
١٥. ساهرة موسى، كيفية صياغة اليمين القضائي، مجلة كلية التربية بجامعة واسط "العراق"، العدد (٢١)، المجلد الأول، ٢٠١٥.
١٦. د. سليمان مرقس، شرح القانون المدني (في الالتزامات)، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٤.
١٧. شهاب سليمان عبد الله، مصادر الالتزام المدني، الطبعة الأولى، دار النشر الدولي، الرياض، ٢٠١٨.
١٨. د. عبدالقادر الشبخلي، فن الصياغة القانونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٥.
١٩. د. عبدالواحد كرم، معجم مصطلحات الشريعة والقانون، الطبعة الثانية، عمان، ١٩٩٨.
٢٠. د. محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزام، دار مطابع الشعب، القاهرة، ١٩٦٦.
٢١. د. هيثم حامد المصاروة، عيوب الصياغة القانونية وسبل تلافيها، مجلة الحياة النيابية، منشورات المجلس النيابي بلبنان، المجلد (٨٢)، مارس ٢٠١٢.
٢٢. التشريعات
٢٣. قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٨٦.
٢٤. القانون الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة بشأن تنظيم مهنة الكاتب العدل رقم (٤) لسنة ٢٠١٣.
٢٥. نظام القضاء السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم: م / ٧٨ وتاريخ: ١٩ / ٩ / ١٤٢٨ هـ.
٢٦. نظام المرافعات الشرعية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم: (م / ١) وتاريخ: ١/٢٢/١٤٣٥ هـ.

٢٧. نظام ديوان التشريع والرأي الأردني رقم (١) لسنة ١٩٩٣.
٢٨. لائحة اختصاص كتاب العدل "السعودية" الصادرة بقرار وزير العدل رقم ٣٧٤٠ وتاريخ ١٤٢٥/٥/١٧هـ.
٢٩. لائحة الموثقين وأعمالهم الصادرة بقرار رقم (٦٦٩٥٤) وتاريخ ١٠-٠٧-١٤٣٥هـ.
٣٠. المعاجم
٣١. ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، الإسكندرية، «دون سنة طبع».
٣٢. محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، الطبعة الأولى، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٠.
٣٣. مجد الدين الفيروزآبادي، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٨.
٣٤. احمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير، الطبعة الأولى، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٠.



## تطبيقات نظرية القوة القاهرة في القضاء المصري والبحريني تعليق على حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٣٧٢١٤ لسنة ٧٤ ق والصادر بجلسة ٢٠٢٠/٦/٢٨ باعتبار جائحة كورونا قوة القاهرة. (دراسة تحليلية مقارنة في كل من مصر والبحرين)

دكتور محمد عبد الجليل المر

دكتوراه في القانون العام من كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية.  
عضو الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع

الحكم:

بسم الله الرحمن الرحيم

باسم الشعب

مجلس الدولة

محكمة القضاء الإداري

الدائرة ( الثانية )

بالجلسة المنعقدة علناً يوم الأحد الموافق ٢٠٢٠/٦/٢٨ م.

برئاسة السيد الأستاذ المستشار/ فتحي إبراهيم محمد توفيق

وعضوية السيد الأستاذ المستشار/ إبراهيم عبد الغني محمد على

وعضوية السيد الأستاذ المستشار / حامد محمد محمود محمد

وحضور السيد الأستاذ المستشار/ خالد إيهاب سرحان

وسكرتارية السيد / أحمد عبد النبي

مفوض الدولة

أمين السر

أصدرت الحكم الآتي

في الدعوى رقم ٣٧٢١٤ لسنة ٧٤ ق

المقامة من

مجدي محمد بيومي عشاوي بصفته رئيس لجنة انتخابات نقابة أطباء الأسنان

حسين عبد الهادي حسين طه بصفته وكيل النقابة العامة لأطباء الأسنان

ضد

نقيب أطباء الأسنان بصفته

## الوقائع

أقام المدعيان دعواهما بموجب عريضة أودعت قلم كتاب المحكمة بتاريخ ٢٠٢٠/٤/٩، طلباً في ختامها الحكم: بقبول الدعوى شكلاً، وبوقف تنفيذ ثم إلغاء قرار نقيب أطباء الأسنان الصادر بتاريخ ٢٠٢٠/٤/٨ بوقف انتخابات النقابة، مع ما يترتب على ذلك من آثار، وإلزام المدعى عليه بصفته المصروفات واتعاب المحاماة.

وذكر المدعيان شرحاً لدعواهما أن المدعي الأول بصفته رئيس لجنة الانتخابات لنقابة أطباء الأسنان، والمدعي الثاني بصفته وكيل النقابة العامة لأطباء الأسنان، أصدرتا بتاريخ ٢٠٢٠/٤/٨ قرار بوقف إجراء الانتخابات على مقعد النقيب العام والتجديد النصفي لمجلس النقابة العامة وجميع مقاعد مجالس النقابات الفرعية والنقباء الفرعيين المقرر إجراؤها يوم ٢٠٢٠/٥/٧. وقد أصدر المدعى عليه القرار منفرداً عن مجلس النقابة العامة وادعى أنه من الصلاحيات المخولة له كنقيب عام لأطباء الأسنان، وكان مجلس النقابة العامة لأطباء الأسنان قد أصدر بتاريخ ٢٠١٩/١٠/١٦ قراراً ببدء إجراءات الانتخابات بفتح باب الترشيح يوم ٢٠١٩/١٢/٢١ وإغلاقه يوم ٢٠١٩/١٢/٣٠ على أن تجري الانتخابات يوم ٢٠٢٠/٣/٢٦، مراعيًا كافة المواعيد الإجرائية المنصوص عليها بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٩ بإنشاء النقابة العامة لأطباء الأسنان واللجنة الداخلية للنقابة العامة، وكانت لجنة الانتخابات المشار إليها قد اجتمعت وقررت تأجيل موعد إجراء الانتخابات نظراً لما تمر به البلاد من أزمة صحية لا يستقيم معها حدوث تجمعات انتخابية تهدد بنشر العدوى بين الناخبين وغيرهم ليتم النظر في إجراءاتها بتاريخ ٢٠٢٠/٥/٧ أو تأجيلها مجدداً إن استمر الخطر قائماً، إلا أن المدعى عليه استغل هذه الظروف وتخطى حدود اختصاصه وتحدى مبدأ المشروعية المفترض بالقرار الإداري ليصدر قراره بوقف الانتخابات تماماً، ونعى المدعيان على القرار المطعون فيه مخالفته أحكام القانون، والتعسف في استعمال السلطة إلى حد الانحراف بها، وختم دعواه بطلباته سائلة الذكر.

ونظرت المحكمة في الشق العاجل من الدعوى على النحو المبين بمحاضر جلساتها، حيث قدم الحاضر عن المدعي أربع حوافظ مستندات وقدم الحاضر عن النقابة المدعى عليها حافظتي مستندات ومذكرة دفاع، وبجلسة ٢٠٢٠/٦/٧ قررت المحكمة إصدار الحكم بجلسة اليوم، وفيها صدر الحكم وأودعت مسودته المشتملة على أسبابه لدى النطق به.

## المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع الإيضاحات وبعد المداولة قانوناً. من حيث أن المدعى يطلب الحكم - وفقاً للتكييف القانوني الصحيح - بقبول الدعوى شكلاً، وبوقف تنفيذ ثم إلغاء قرار النقيب العام لنقابة أطباء الأسنان الصادر بتاريخ ٢٠٢٠/٤/٨ بوقف إجراء انتخابات النقابة، مع ما يترتب على ذلك من آثار، وإلزام النقابة المصروفات.

ومن حيث أنَّ الدعوى استوفت سائر أوضاعها الشكلية فإنها تكون مقبولة شكلاً. ومن حيث أنَّه عن طلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه فإن المادة (٤٩) من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ تنص على أنه « لا يترتب على رفع الطلب إلى المحكمة وقف تنفيذ القرار المطلوب إلغاؤه على أنه يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف تنفيذه إذا طلب ذلك في صحيفة الدعوى ورأت المحكمة أن نتائج التنفيذ قد يتعذر تداركها»

ومن حيث أنَّ مفاد هذا النص إنه يتعين للحكم بوقف تنفيذ القرار الإداري ضرورة توافر ركنين، الأول ركن الجدية بأن يكون القرار المطعون فيه بحسب الظاهر من الأوراق ودون مساس بطلب الإلغاء مرجح الإلغاء لأسباب ظاهره تكفي بذاتها لحمل هذه النتيجة، والثاني ركن الاستعجال بأن يترتب على تنفيذ القرار المطعون فيه نتائج يتعذر تداركها.

ومن حيث إنه عن ركن الجدية فإن المادة (١٧) من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٩ بشأن إنشاء نقابة أطباء الأسنان تنص على أن « تعقد الجمعية العمومية للنقابة اجتماعها العادي في شهر مارس من كل سنة في ميعاد يحدده مجلس النقابة، وكذلك تجتمع اجتماعاً غير عادي كلما رأى المجلس ضرورة لعقدها، أو قدم له طلب بذلك موقع عليه، من (١٠٠) مائة عضو على الأقل ممن لهم حق حضور الجمعية العمومية.»

وتنص المادة (٢٠) من ذات القانون على أن « تختص الجمعية العمومية بما يأتي:

انتخاب النقيب وأعضاء مجلس النقابة.....»

ومن حيث أنَّ إن الاستفادة مما تقدم أن المشرع في القانون الصادر بإنشاء نقابة أطباء الأسنان جعل إدارة شؤون النقابة للجمعية العمومية ومجلس النقابة، وأن الجمعية العمومية للنقابة تختص بانتخاب النقيب ومجلس النقابة وتُدعى الجمعية العمومية في شهر مارس من كل عام بقرار من مجلس النقابة.

ومن حيث أنه في خصوص النزاع الماثل، وكانت حالة القوة القاهرة التي اجتاحت العالم، ودعت منظمة الصحة العالمية إلى الإعلان أن فيروس كورونا المستجد (covid 19) يعد جائحة، وفي سبيل اتخاذ الدولة لبعض الإجراءات الاحترازية لمواجهة تلك الجائحة وحفاظاً على صحة المواطنين؛ صدر قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٦٠٦ لسنة ٢٠٢٠ بتاريخ ٢٠٢٠/٣/٩ بتعليق - مؤقتاً - جميع الفاعليات التي تتطلب تواجد أية تجمعات كبيرة للمواطنين أو التي تتطلب انتقالهم بين المحافظات بتجمعات كبيرة مثل (الحفلات الفنية والاحتفالات الشعبية والموالد والمعارض والمهرجانات) وذلك لحين صدور إشعار آخر، وتم نشر القرار بذات التاريخ بالجريدة الرسمية - العدد ١٠ (مكرر)، ثم صدر قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٧٦٨ لسنة ٢٠٢٠ بتاريخ ٢٠٢٠/٣/٢٤. استناداً إلى قرار رئيس الجمهورية رقم ٢٠ لسنة ٢٠٢٠ بمد حالة الطوارئ المعلنة بالقرار رقم ٥٥٥ لسنة ٢٠١٩ في جميع أنحاء البلاد لمدة ثلاثة أشهر تبدأ من صباح يوم الاثنين الموافق السابع والعشرين من يناير عام

٢٠٢٠ ميلادية. بتفويض رئيس مجلس الوزراء في اختصاصات رئيس الجمهورية المنصوص عليها في القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ ، بشأن حالة الطوارئ، بحظر الانتقال والتحرك على المواطنين بكافة أنحاء الجمهورية في المواعيد المحددة بالقرار درءاً لأية تداعيات محتملة لفيروس كورونا المستجد، على النحو الوارد بالقرار، وتوالت قرارات رئيس مجلس الوزراء بتنظيم وحظر الانتقال والعمل ببعض مرافق الدولة والمدارس، في إطار خطة الدولة الشاملة للحفاظ على صحة وحياة المواطنين من أي مخاطر محتملة لفيروس كورونا المستجد.

كما أنه صدر قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٢٤٦ لسنة ٢٠٢٠ بتاريخ ٢٤/٦/٢٠٢٠ وتم نشره بالجريدة الرسمية في ذات التاريخ متضمناً إلغاء حظر انتقال وتحرك المواطنين بكافة أنحاء الجمهورية على جميع الطرق، وتضمنت المادة الثانية منه ضوابط استقبال دور العبادة المصلين لأداء الشعائر الدينية، عدا صلاة الجمعة بالنسبة إلى المسلمين والصلوات الرئيسية الجماعية التي تحدها السلطات الدينية بالنسبة لغير المسلمين، وورد بالمادة الثالثة ضوابط استقبال الجمهور بالمقاهي والكافيتريات والمطاعم وما يماثلها من المحال والمنشآت ومحال الحلويات ووحدات الطعام المتنقلة، وغيرها من الضوابط المتعلقة باستقبال الجمهور بالمحال التجارية والحرفية، وبيع السلع وتقديم الخدمات، والمراكز التجارية، وكذلك الأندية الرياضية والشعبية، ومراكز الشباب وصلالات الألعاب والنوادي الرياضية ودور الثقافة والسينما والمسارح، وذلك في حدود الضوابط التي تضمنت ألا تزيد نسبة الإشغال على ٢٥٪ من الطاقة الاستيعابية، وفي المادة الثامنة تضمن القرار استمرار غلق جميع الحدائق والمنتزهات والشواطئ العامة، وجاءت المادة التاسعة باستمرار تعليق جميع الفاعليات التي تتطلب تتواجد أية تجمعات كبيرة للمواطنين مثل (الحفلات الفنية والاحتفالات الشعبية والموالد والمعارض والمهرجانات والأفراح). الأمر الذي يفيد أن قرار رئيس مجلس الوزراء الأخير لم يتضمن إلغاء للقرار السابق وإنما يهدف إلى تنظيم سير بعض المرافق الاقتصادية في ظل الجائحة العالمية. التي مازالت آثارها الخطيرة مستمرة. مع الالتزام بعدم السماح بأية تجمعات للأفراد يترتب عليها خطر داهم على الصحة العامة للمواطنين.

ومن حيث إن البين من ظاهر الأوراق بالقدر اللازم للفصل في الشق العاجل من الدعوى أن مجلس النقابة العامة لأطباء الأسنان قد أصدر بتاريخ ١٦/١٠/٢٠١٩ قراراً ببدء إجراءات الانتخابات بفتح باب الترشيح يوم ٢١/١٢/٢٠١٩ وإغلاقه يوم ٣٠/١٢/٢٠١٩ على أن تجري الانتخابات يوم ٢٦/٣/٢٠٢٠، ثم صدر قرار رئيس مجلس الوزراء المشار إليه رقم ٦٠٦ لسنة ٢٠٢٠، فقرر مجلس النقابة باجتماعه رقم ١ لسنة ٢٠٢٠ بتاريخ ١٨ مارس ٢٠٢٠ تأجيل موعد انعقاد الجمعية العمومية إلي تاريخ ١٦ أبريل ٢٠٢٠، ثم اجتمع مجلس النقابة العامة يوم ٦/٥/٢٠٢٠ بالاجتماع رقم ٢ لسنة ٢٠٢٠ وقرر تفويض لجنة الانتخابات تفويضاً كاملاً فيما يتعلق بالانتخابات وإجرائها واعتماد تشكيل جديد للجنة، بسبب صدور القرار المطعون فيه بتاريخ ٨/٤/٢٠٢٠ من النقيب العام بإلغاء

الانتخابات تحت مسمى أمر إداري بوقف الانتخابات لحين تحسن واستقرار الأوضاع في البلاد وعودة الحياة الطبيعية في مؤسسات الدولة.

ومن حيث إنه لما كان ما تقدم، وكانت الحياة الإنسانية هي أعلى ما يمكن للحكومات والدول والمجتمعات والمؤسسات المحافظة عليها، فحفظ النفس يعد أول مقاصد الشريعة الإسلامية وسابقاً على حفظ الدين، بغير حياة الإنسان لا تقوم الدنيا، ومن أحيانا نفساً كأنما أحيانا الناس جميعاً، وفي إطار مسؤوليات الدولة بالحفاظ على صحة المواطن وحياته فقد قامت بكافة الإجراءات التي ساهمت في توصيات منظمة الصحة العالمية وكذلك المؤسسات الصحية الوطنية وصدر استناداً إليها قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٦٠٦ لسنة ٢٠٢٠ المشار إليه، وما تلاه من قرارات، بما يفيد حظر التجمعات البشرية لأي سبب من الأسباب، ومن هذه الأسباب التجمع في جمعية عمومية لإجراء انتخابات النقابة المدعي عليها، ولئن كانت الحياة الديمقراطية السليمة توجب إجراء الانتخابات في موعدها القانوني إلا أنه كما سبق البيان فإن صحة وحياتة المواطن لا يعادلها مقصد آخر.

ومن حيث إن محور النزاع الماثل يدور حول المختص بإصدار قرار تأجيل موعد إجراء الجمعية العمومية لانتخابات التجديد النصفى لأطباء الأسنان، ما إذا كان رئيس لجنة انتخابات نقابة أطباء الأسنان - المدعي الأول - أم النقيب العام للنقابة، أو مجلس النقابة العامة للنقابة، وكانت المادة ١٧ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٩ بإنشاء نقابة أطباء الأسنان قررت أن مجلس النقابة يحدد موعد اجتماع الجمعية العمومية كما أنه المختص بدعوة أعضاء الجمعية العمومية، ومن المقرر أن من الأركان الأساسية للقرار الإداري أن يكون له محل، هو المركز القانوني الذي تتجه إرادة مصدر القرار إلى إحداثه، والأثر القانوني الذي يترتب عليه حالاً ومباشرة، هذا الأثر هو إنشاء حالة قانونية معينة أو تعديلها أو إلغاؤها. وبهذا يتميز محل العمل القانوني عن محل العمل المادي الذي يكون دائماً نتيجة مادية واقعية.

ومن حيث إن الأثر المترتب على قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٦٠٦ لسنة ٢٠٢٠ - المشار إليه - هو تأجيل الجمعية العمومية لانتخابات نقابة أطباء الأسنان التي كان مقرراً لانعقادها يوم ٢٦ مارس ٢٠٢٠، وهذا الأثر نافذاً بذاته دون حاجة إلى صدور قرار من النقابة المدعي عليها، ويبقى ذلك الأثر إلى حين إلغاء قرار رئيس مجلس الوزراء أو تعديله، أو زوال الحالة التي صدر استناداً إليها، والتي تمثل الحالة الواقعية التي كانت سبباً لذلك القرار، ومن ثم فإن صدور قرار من النقيب العام - المطعون فيه - أو من مجلس النقابة بتفويض اللجنة المشرفة على الانتخابات في تأجيل أو تحديد موعد لإجراء الانتخابات، لا يتضمن إنشاء أو تعديلاً أو إلغاءً للمركز القانوني الناشئ عن قرار رئيس مجلس الوزراء، الأمر الذي تكون معه حالة القوة القاهرة قائمة والتي تحول دون إجراء تلك الانتخابات، ومن ثم يكون النعي على القرار المطعون فيه غير قائم على سند من القانون أو الأوراق ويكون غير مرجح الإلغاء، مما ينتفي معه ركن الجدية في طلب وقف تنفيذه، الأمر الذي يتعين معه رفض طلب

وقف التنفيذ دون حاجة إلى بحث ركن الاستعجال لعدم جدواه.  
ومن حيث إن من خسر الدعوى يلزم بمصروفاتها عملاً بحكم المادة ( ١٨٤ ) مرافعات.  
فلهذه الأسباب  
حكمت المحكمة: بقبول الدعوى شكلاً، وبفرض طلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه، وألزمت  
المدعين مصروفاته، وأمرت بإحالة الدعوى إلى هيئة مفوضي الدولة لإعداد تقرير بالرأي القانوني  
في طلب الإلغاء.

رئيس المحكمة

سكرتير المحكمة

## التعليق على الحكم:

### تمهيد:

قضت محكمة القضاء الإداري في حكمها المتقدم بقبول الدعوى شكلاً، وبفرض طلب وقف تنفيذ  
القرار المطعون فيه، وألزمت المدعين مصروفاته، وأمرت بإحالة الدعوى إلى هيئة مفوضي الدولة  
لإعداد تقرير بالرأي القانوني في طلب الإلغاء. وكانت المحكمة قد أيدت القرار الصادر من السيد/  
نقيب أطباء الأسنان في ٢٠٢٠/٤/٨ بوقف انتخابات النقابة العامة لأطباء الأسنان، نظراً لما تمر به  
البلاد من أزمة صحية لا يستقيم معها حدوث تجمعات انتخابية تهدد بنشر العدوى بين الناخبين  
وغيرهم، وكان المدعين قد طلبوا في هذه الدعوى وقف تنفيذ قرار النقيب العام، وإجراء الانتخابات.  
وكانت المحكمة قد استندت في حكمها المتقدم على حالة القوة القاهرة التي اجتاحت العالم، والتي  
دعت منظمة الصحة العالمية إلى الإعلان أن فيروس كورونا المستجد (COVID-19) يعد جائحة.  
وبناء عليه فإن هذا الحكم يتطلب منا أيضاً لفكرة القوة القاهرة، وشروط تطبيقها، وتطبيقاتها  
في القضاء المصري والبحريني، والتكيف القانوني لجائحة كورونا، ومدى اعتبارها قوة القاهرة،  
وتأثيرها على ممارسة الحقوق والحريات العامة.

### خطة البحث:

يتناول الباحث التعليق على هذا الحكم في مبحثين اثنين:  
المبحث الأول: تعريف القوة القاهرة، وشروطها، وتطبيقاتها في كل من القضاء المصري والبحريني.  
المبحث الثاني: التكيف القانوني لجائحة كورونا.

### منهج البحث:

سيتناول الباحث هذا البحث في إطار تحليلي مقارنة بين كل من القضاء المصري والبحريني على وجه  
الخصوص، مع الإشارة إلى بعض التطبيقات القضائية في التشريع الفرنسي وبعض الدول العربية  
الأخرى التي اعتبرت جائحة كورونا قوة القاهرة.

## المبحث الأول تعريف القوة القاهرة، وشروطها، وتطبيقاتها في كل من القضاء المصري والبحريني

يتناول الباحث هذا المبحث في مطلبين على النحو الآتي:

### المطلب الأول مفهوم القوة القاهرة، وشروطها

أولاً: مفهوم القوة القاهرة:

في أواخر عام ٢٠١٩ ظهر - لأول مرة - فيروس كورونا المستجد في مدينة وهان الصينية، ومنها انتشر بصورة سريعة وغير متوقعة في أنحاء العالم كافة، شمالاً وجنوباً، وشرقاً وغرباً، مخلفاً وراءه مئات الآلاف من الضحايا وملايين من المصابين<sup>(١)</sup>.

وقد أثر انتشار هذا الفيروس على مناحي الحياة كافة، السياسية والاقتصادية والاجتماعية، فتم إعلان حالة الطوارئ في العديد من دول العالم، وأوقفت الانتخابات، وتم تعليق حركة الطيران الدولي بين الدول، ووقف كافة الأنشطة التي تستلزم وجود تجمعات، وغلق دور العبادة، وتعليق العمل بالمحاكم، وتعليق الدراسة. كما تأثرت الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية بظهور وانتشار هذا الفيروس الخطير، سريع الانتشار والعدوى.

ولا شك في أن ظهور فيروس كورونا المستجد بهذه الصورة شكّل حدثاً استثنائياً غير متوقع يرتقي إلى مرتبة القوة القاهرة. ولم يتعرض الحكم - محل هذا التعليق - لمفهوم القوة القاهرة ولا شروط تطبيقها.

ويشير مفهوم القوة القاهرة إلى الواقعة التي يترتب عليها عدم قدرة الشخص (الطبيعي أو المعنوي) على القيام بما كلف به. لأن أساس التكليف هو الاستطاعة، فإذا لم يكن في مقدور الإنسان القيام بالعمل نتيجة نازلة غير متوقعة وغير ممكن دفعها وغير إرادية فلا تثير عليه ولا يمكن مجازاته بسببها<sup>(٢)</sup>.

١. تشير أحدث الإحصائيات في العالم أن عدد الاصابات والوفيات بسبب فيروس كورونا بلغ أكثر من ٩٨٦،٨١٧، ٦٤ مليون حالة إصابة، وعدد الوفيات بلغ أكثر من ١،٥٠٢،٢٦١ مليون حالة وفاة حتى تاريخ ٣/١٢/٢٠٢٠. المصدر موقع BBC NEWS عربي نقلا عن جامعة جونز هوبكنز .

٢. أ.د سحر عبد الستار إمام : جائحة كورونا وتداعياتها على المنظومة القضائية ، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة السادات ، المجلد ٦، عدد خاص بجائحة كورونا وتداعياتها القانونية والاقتصادية المحلية والإقليمية والدولية صيف ٢٠٢٠ ص ٢٠ . وانظر أيضاً في تعريف القوة القاهرة أ.د عزيزة الشريف: دراسات في نظرية العقد الإداري- دار النهضة العربية ص ٢١٢. أ.د ماجد الحلو: العقود الإدارية ، الإسكندرية ، دار الجامعة الجديدة ٢٠١٢ حيث يقول سيادته أن نظرية القوة القاهرة من النظريات القضائية القائمة على أساس المنطق والعدالة ص ٢٠٩ .

ولم يعرف أيضاً المشرع القوة القاهرة، وإنما أشار إليها في صلب القانون المدني المصري كسبب يُعفي من المسؤولية وذلك في نص المادة ١٦٥ من القانون المدني المصري التي تنص على أنه « إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث فجائي أو قوة القاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بغير ذلك».

وتنص المادة ١٧٨ مدني على أنه « كل من يتولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسؤولاً عما تحدثه، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه...» وكذلك الحال بالنسبة لنص المادة ٢٧٣ التي تنص على أنه « ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد له فيه ».

وقد أشار القانون المدني البحريني الصادر بمرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠١ بإصدار القانون المدني في عدة مواد إلى القوة القاهرة كسبب للإعفاء من المسؤولية فقد نصت المادة ١٤٥ من القانون المدني البحريني على:

أ) في العقود الملزمة للجانبين، إذا أصبح تنفيذ التزام أحد الطرفين مستحيلاً بسبب أجنبي لا يد له فيه، انقضى هذا الالتزام، وانقضت معه الالتزامات المقابلة على الطرف الآخر، وانفسخ العقد من تلقاء نفسه

ب) فإذا كانت الاستحالة جزئية، كان للدائن، بحسب الأحوال أن يتمسك بالعقد فيما بقي ممكن التنفيذ أو أن يطلب الفسخ.

ونصت المادة ١٤٦ / ١ من ذات القانون على: في العقود الملزمة لجانب واحد، إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، انفسخ العقد من تلقاء نفسه.

ونصت المادة ١٦٥ من القانون المدني البحريني على: «إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه أو حادث مفاجئ أو قوة القاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص بخلاف ذلك».

وإذا كانت نظرية القوة القاهرة كسبب للإعفاء من الالتزام قد نشأت في القانون الخاص فإن القضاء الإداري في مصر قد طبقها في ظل روابط القانون العام حيث قالت المحكمة الإدارية العليا:

«تطبيق القواعد الواردة في القانون المدني في هذا الشأن على الروابط الإدارية - أساسه - اعتبار هذه القواعد من الأصول العامة التي يجب النزول عليها في تحديد الروابط الإدارية في مجال القانون العام».<sup>(١)</sup>

١. مجلس الدولة - المكتب الفني - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السنة الخامسة - العدد الأول (من أول أكتوبر سنة ١٩٥٩ إلى آخر يناير سنة ١٩٦٠) جلسة ١٢ من ديسمبر سنة ١٩٥٩ - ص ١٠٦. وانظر أيضاً حكمها في الطعن رقم ٢١٦٢٦ لسنة ٦٢ بتاريخ ٢٣ / ١ / ٢٠١٨.

## ثانياً - شروط اعتبار الحادث قوة القاهرة :

حدد الفقه القضاء شرطين لاعتبار حادث ما قوة القاهرة:

**الشرط الأول :** هو عدم إمكانية توقع الحادث .

**الشرط الثاني:** استحالة الدفع .

يقول المرحوم الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري أن «نص القانون يصف القوة القاهرة والحادث الفجائي بأنهما سبب أجنبي لا يد للشخص فيه، لكن هذا الوصف يحتاج إلى التحديد، فالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي، يجب أن يكون حادثاً غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع، فعدم إمكان التوقع واستحالة الدفع هما الشرطان الواجب توافرها في القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، وإذا ما توافرا كان الحادث أجنبياً عن الشخص لا يد له فيه، أما العكس فغير صحيح فقد يكون الحادث أجنبياً عن الشخص لا يد له فيه، ومع ذلك يستطيع توقعه قبل أن يقع أو يستطيع دفعه بعد أن وقع»<sup>(١)</sup>.

## المطلب الثاني

### تطبيقات القوة القاهرة في القضاء المصري والبحريني

نعرض لتطبيقات القوة القاهرة في القضاء المصري أولاً ثم لتطبيقاتها في القضاء البحريني على النحو التالي :

#### أولاً - في القضاء المصري:

حدد القضاء في مصر - بكافة جهاته - شرطين لاعتبار حادث ما قوة القاهرة:

**الشرط الأول:** هو عدم إمكانية توقع الحادث.

**الشرط الثاني:** استحالة الدفع.

ففي القضاء الإداري:

بينت المحكمة الإدارية العليا في عدة أحكام شروط القوة القاهرة فقالت :

١- «ويجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أمراً غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع، فإن توافر هذان الشرطان كان الحادث أجنبياً عن الشخص لا يد فيه ويجب أن يكون عدم استطاعة التوقع لا من جانب المدين بل من جانب أشد الناس يقظة وبصراً بالأمر، فالمعيار موضوعي لا ذاتي فلا يكتفى فيه بالشخص العادي ولكن يتطلب أن يكون عدم الإمكان مطلقاً كما يجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي مستحيل الدفع فإن أمكن دفع الحادث حتى ولو استحال توقعه لم يكن ثمة قوة القاهرة أو حادث فجائي كما يجب أن يكون من شأنه جعل التنفيذ مستحيلاً استحالة مطلقة لا بالنسبة للمدين وحده بل بالنسبة إلى أي شخص يكون في موقف المدين وهذا

١.١. د عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، تتبع المستشار أحمد مدحت المراغي ، الجزء الأول ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ٢٠٠٦ ، طبعة نقابة المحامين ، ص ٧٥٠ . ويقول - رحمه الله - أن التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي لا يقوم على أساس صحيح ، وأن جمهور الفقهاء متفق على ذلك ، وكذلك إجماع القضاء . انظر له ص ٧٤٩ .

هو ما يميز القوة القاهرة والحادث الفجائي عن الحوادث الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً لا مستحيلاً....<sup>(١)</sup>.

٢- ولا بد لاعتبار الحادث قوة القاهرة أن يتوافر الشرطين معاً ، فإذا تحقق أحدهما وانتفى الآخر لا يعد الحادث قوة القاهرة وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا : « من الأمور المسلمة أنه يشترط في القوة القاهرة أو السبب الأجنبي أن يكون غير متوقع ومستحيل الدفع، فإن أمكن توقع الحادث حتى ولو استحاله دفعه أو أمكن دفع الحادث ولو استحاله توقعه لم يكن قوة القاهرة<sup>(٢)</sup> ».

٣- وقد بينت المحكمة في حكم حديث التفرقة بين القوة القاهرة والظروف الطارئة فقالت: «ومن حيث أن قضاء هذه المحكمة قد استقر على التفرقة بين القوة القاهرة التي تجعل التنفيذ مستحيلاً استحالة مطلقة وبين الظروف الطارئة التي تجعل التنفيذ مرهقاً لا مستحيلاً، وأن السبب الأجنبي هو الذي ينقضي به الالتزام من حيث التنفيذ العيني أو التنفيذ بالتعويض، والسبب الأجنبي هو الحادث الفجائي أو القوة القاهرة أو خطأ الدائن أو فعل الغير، ويجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أمراً غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع ، فإذا توافر هذان الشرطان كان الحادث أجنبياً عن الشخص لا يد له فيه، ويجب أن يكون عدم استطاعة التوقع غير متوقع لا من جانب المدين بل من جانب أشد الناس يقظة وبصراً بالأمر، فالمعيار موضوعي لا ذاتي فلا يعتد فيه بالشخص العاد، ولكن يتطلب أن يكون عدم الإمكان مطلقاً، كما يجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي مستحيل الدفع، فإن أمكن دفع الحادث حتى ولو استحاله توقعه فلا نكون بصدد قوة القاهرة أو حادث فجائي، كما يجب أن يكون من شأنه جعل التنفيذ مستحيلاً استحالة مطلقة لا بالنسبة للمدين وحده بل بالنسبة إلى أي شخص يكون في موقف المدين، وهذا هو ما يميز القوة القاهرة والحادث الفجائي عن الحوادث الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً لا مستحيلاً، ويختلف أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي بحسب الأحوال فإذا كان هو السبب الوحيد في وقوع الضرر انعدمت علاقة السببية فلا تتحقق المسؤولية، ولا يترتب عليه الإغفاء من تنفيذ الالتزام بل وقف تنفيذه حتى يزول الحادث، فيبقى الالتزام موقوفاً على أن يعود واجب التنفيذ بعد زوال الحادث، وغني عن القول أنه يجوز للطرفين أن يعدلا باتفاقهما من أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي فيتفقان مثلاً على أن المدين لا يتحلل من التزامه ويتحمل بذلك تبعه السبب الأجنبي فلا ينقضي الالتزام حتى ولو استحاله تنفيذه بسبب أجنبي ويتحول محله إلى تعويض، ويكون المدين في هذه الحالة إزاء الدائن بمثابة المؤمن يؤمنه من الحادث الذي يرجع إلى القوة القاهرة شريطة ألا يكون الالتزام العقدي معلقاً على شرط

١. الحكم السابق.

٢. مجلس الدولة - المكتب الفني - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السنة الرابعة عشرة - العدد الأول (من أول أكتوبر سنة ١٩٦٨ إلى منتصف فبراير سنة ١٩٦٩) جلسة ١٥ من فبراير سنة ١٩٦٩ - ص ٢٧٢.

واقف مالم يتحقق الشرط فينشأ الالتزام، قد قننه المشرع المصري كل ما تقدم من قواعد في القانون المدني، ولئن وإن كان مجال تطبيق هذه القواعد في مجال روابط قواعد القانون الخاص إلا أن القضاء الإداري قد اطرده على الأخذ بها باعتبارها من الأصول العامة التي يجب النزول عليها في تحديد الروابط الإدارية في مجال القانون العام مادامت تتسق مع تسيير المرافق العامة وتكفل التوفيق بين ذلك وبين المصالح الفردية الخاصة.<sup>(١)</sup>

وفي القضاء العادي :

تعرضت محكمة النقض في أحكام عديدة لمفهوم القوة القاهرة وشروطها ومن هذه الأحكام: قضت محكمة النقض « إذ كان نص المادة ١٦٥ من التقنين المدني يصف القوة القاهرة والحادثة الفجائي بأنها سبب أجنبي لا يد للشخص فيه، إلا أنه يحتاج إلى تحديد، فيشترط لاعتبار الحادث قوة القاهرة أو حادثاً فجائياً - وعلى ما جرى به محكمة النقض - عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه، فيجب أن يكون الحادث غير مستطاع التوقع لا من جانب المدعى عليه فحسب، بل من جانب أشد الناس يقظة وبصراً بالأمر، والمعيار هنا موضوعي ذاتي، ويعني شرط استحالة دفع الحادث أنه إذا أمكن دفعه حتى ولو استحاله توقعه لم يكن قوة القاهرة أو حادثاً فجائياً، ويجب أن يكون الحادث من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا استحالة مطلقة، فلا تكون استحالة بالنسبة للمدين وحده بل استحالة بالنسبة لأي شخص يكون في موقف المدين<sup>(٢)</sup> .

وقضت في حكم آخر: « حالة القوة القاهرة هي التي يترتب عليها تعرض المجتمع لظروف غير عادية تخل سير الحياة كوقوع الكوارث الطبيعية أو الفتن الداخلية أو اعتداء خارجي أو الثورات<sup>(٣)</sup> . يشترط في القوة القاهرة التي يترتب عليها عدم المسؤولية عن تعويض الضرر الناتج عن عدم تنفيذ

١ . المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ٢١٦٢٦ لسنة ٦٢ ق - جلسة ٢٣ / ١ / ٢٠١٨ . ومن تطبيقات القوة القاهرة في القضاء الإداري: الاعتقال حيث قالت قضت محكمة القضاء الإداري : «ومن حيث الاعتقال السياسي هو إجراء وقائي يرقى إلى مرتبة القوة القاهرة ويحول دون الإرادة الحرة للعامل المعتقل والذهاب الى مقر عمله في أوقاته الرسمية » محكمة القضاء الإداري - الطعن رقم ٣٣٥٧ لسنة ١٢ ق - جلسة ٢٧ / ١١ / ٢٠٠٥ ، والوباء: انظر حكمها محكمة القضاء الإداري - الطعن رقم ٣٥٩٨ لسنة ٩ ق - جلسة ٢٧ / ١ / ١٩٥٨ الذي اعتبرت فيه المحكمة وباء الكوليرا قوة القاهرة.

واعتبرت المحكمة أيضا أن المرض يعتبر قوة القاهرة حيث قالت «إذا أصاب صاحب الشأن مرض خلال ميعاد الطعن وكان من شأن هذا المرض إعاقه المدعى عن اتخاذ الإجراءات اللازمة لإقامة الطعن فمعدنذ يعتبر المرض بمثابة قوة القاهرة من شأنها أن توقف ميعاد الطعن - يترتب على وقف ميعاد الطعن عدم حساب المدة التي وقف خلالها - تطبيق.» المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ٥٣٠ لسنة ٣٤ ق - جلسة ٦ / ٣ / ١٩٩٠ - مكتب فني ٣٥ - ص ١٣١١ - ق ١١٧ .»

واعتبرت المحكمة الإدارية العليا ان حبس الموظف نتيجة تنفيذ حكم جنائي ضده يعد من قبيل القوة القاهرة .

( المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ١٤٧٣ لسنة ٤٩ ق - جلسة ١٧ / ٣ / ٢٠٠٧ )

٢ . محكمة النقض - الطعن رقم ٦٧٧ لسنة ٦٩ ق جلسة ١٠/٤/٢٠١٢ مشار إليه الاستاذ : مصطفى عبد الغني في بحث منشور على الانترنت بعنوان « القوة القاهرة في قضاء محكمة النقض المصرية ص ٤ .

وانظر أيضا حكمها في الطعن رقم ٥٠٤٢ لسنة ٧٤ ق - جلسة ١٦ / ٢ / ٢٠١٤ . وأيضا الطعن رقم ٥٩١٧ لسنة ٧٩ بتاريخ ٢٤ / ٤ / ٢٠١٦ .

٣ . محكمة النقض - الطعن رقم ٢٧١١ لسنة ٨٢ ق جلسة ٢/٢/٢٠١٧ مشار إليه الاستاذ : مصطفى عبد الغني المرجع السابق ص: ٥ .

العقد أن يكون من شأنها -على ما جرى به قضاء محكمة النقض- جعل الوفاء بالالتزام مستحيلاً وأن تكون غير متوقعة الحصول وقت التعاقد ويستحيل دفعها. (١)

المقرر-وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- لاعتبار الحادث قوة القاهرة عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه، فإذا تخلف أحد هذين الشرطين انتفت عن الحادث صفة القوة القاهرة ولا يلزم لاعتباره ممكناً التوقع أن يقع وفقاً للمألوف من الأمور بل يكفي في ذلك أن تشير الظروف والملابسات إلى احتمال حصوله ولا يلزم أن يكون المدين قد علم بهذه الظروف إذا كانت لا تخفى على الشخص شديد اليقظة والتبصر لأن عدم إمكان التوقع اللازم لتوافر القوة القاهرة يجب أن يكون مطلقاً لا نسبياً فالمعيار في هذه الحالة موضوعي لا ذاتي. ٢

٥- اعتبرت المحكمة أن الظروف التي مرت بها البلاد أثناء ثورة ٢٥ يناير ٢٠١١ قوة القاهرة، فقررت: «لما كان من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن الظروف التي مرت بها البلاد بسبب ثورة ٢٥ من يناير ٢٠١١ في الفترة من ٢٦ / ١ / ٢٠١١ حتى ٧ / ٢ / ٢٠١١ التي تعطل خلالها العمل بالمحاكم تعتبر من حالات القوة القاهرة التي يترتب عليها امتداد ميعاد التقرير بالطعن بالنقض». (٢)

أما في القضاء الدستوري:

حددت المحكمة الدستورية العليا شروط القوة القاهرة بقولها بحكمها: «يقصد بالحادث الجبري والقوة القاهرة؛ الحادث الذي لا يمكن توقعه ويستحيل دفعه، ويلزم توافر هذين الشرطين معاً في الحادث الذي يعتبر كذلك، ويتعين أن ينظر في توافرها بمعيار موضوعي هو معيار الرجل العادي في مثل ظروف المسؤل، مما مؤداه وقوع التكييف القانوني لذلك الحادث في إطار السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع». (٤)

### ثانياً: في القضاء البحريني:

استقر قضاء محكمة التمييز البحرينية على أن القوة القاهرة تعتبر سبباً يعفي من المسؤولية، وأحياناً تطلق عليها مصطلح «السبب الأجنبي» وحددت شروطها من عدم إمكان التوقع واستحالة الدفع ومن أحكامها:

السبب الأجنبي. شرطه. أن يكون خارجاً عن الشيء ولا يتصل بتكوينه ولا يمكن توقعه ويؤدي مباشرة إلى وقوع الحادث». (٥)

١. محكمة النقض - الطعن رقم ١١٤٥ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤/٢/٢٧ مكتب فني - قاعدة رقم (٩١) السنة ٤٥. موسوعة احكام محكمة النقض المدنية، المجلد الثالث، ص ٢٠٧٧، اصدر نقابة المحامين ٢٠١٠.  
٢. أحكام النقض المدني - الطعن رقم ٧٦١ لسنة ٧٠ ق - جلسة ٢٨ / ٥ / ٢٠٠٢.  
٣. أحكام النقض المدني - الطعن رقم ٣٢٢٨ لسنة ٨١ ق - جلسة ٤ / ٦ / ٢٠١٢.  
٤. المحكمة الدستورية العليا: ١٤/٦/٢٠١٤، القضية رقم ٧٥ لسنة ٢٦ قضائية «دستورية» أحكام المحكمة الدستورية العليا في تسع سنوات من ٢٠٠٩: ٢٠١٧، دار محمود للنشر والتوزيع ٢٠١٨، ص ٩٤.  
٥. حكمها في الطعن رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ - جلسة ٢٧/١٠/٢٠٠٣. مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز في خمس سنوات ٢٠٠٣-٢٠٠٧، من السنة الرابعة عشرة حتى إلى السنة الثامن عشرة (الجزء الأول) في المواد المدنية والتجارية والاحوال الشخصية لغير المسلمين إعداد المستشار عبد العزيز فرحات عضو المكتب الفني للمحكمة، ص ٣٥٢.

السبب الأجنبي قوامه استحالة التوقع واستحالة الدفع، ماهية كلٍّ منهما ومعياره (مثل لاستخلاص سائغ باعتبار التيار الكهربائي سبب أجنبي).<sup>(١)</sup>

المسئولية الشئئية . قيامها على خطأ مفترض وقوعه من الحارس لا يقبل إثبات العكس . درؤها عنه . سبيله . إثبات أن وقوع الضرر كان بسبب قوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ المضرور. » (٢)

«مسئولية حارس السيارة عن تعويض الضرر الذي تتدخل في إحداثه بناء على خطأ مفترض في جانبه لا يقبل إثبات العكس. ارتفاع المسئولية عنه. شرطه. نفي رابطة السببية بين فعل السيارة والضرر بإثبات وقوعه بسبب أجنبي قوة القاهرة أو حادث فجائي أو خطأ المضرور أو الغير . م ١٧٥ مدني. »<sup>(٣)</sup>

ومن تطبيقات القوة القاهرة في قضاء محكمة التمييز التي تعفي من المسئولية مخاطر البحر أو المياه الملاحية وفي ذلك تقول «التزام الناقل البحري بتوصيل البضائع سالمة إلى جهة الوصول . ماهيته. التزام بتحقيق غاية. مسئوليته عن التعويض عند تخلفها دون حاجة إلى إثبات خطئه. دفعه للمسئولية. شرطه. إثبات حدوث الهلاك أو التلف بسبب أجنبي ومنها مخاطر البحر أو المياه الملاحية والقوة القاهرة .»<sup>(٤)</sup>

ومن قضائها أحكامها أيضا «مخاطر البحر اذا بلغت من الشدة مدى يجعلها غير متوقعة الحدوث أو غير مستطاع دفعها ، فإنها تعد من قبيل القوة القاهرة التي تصلح سبباً المطعون فيه قد خلص الإعفاء الناقل من المسئولية » وإذ كان الحكم الابتدائي المزيد لأسبابه بالحكم من تقرير الخبرة المقدم من المطعون ضدهما وتقرير ربان السفينة الناقلة أنه واجهتها عاصفة وأمواج عاتية علت سطحها وأتلفت نظام تهوية عنابرها بسبب تلك الظروف مما أدى إلى تلف تلك الرسالة المشحونة، وهو ما يكفي بذاته لتوافر عنصرى القوة القاهرة من حيث الخروج عن نطاق ما هو متوقع حدوثه عادة وعدم استطاعة عنه ويصلح سبباً لإعفاء الناقل من المسئولية .»<sup>(٥)</sup>

وهكذا يتضح لنا أن شروط القوة القاهرة كسبب يعفي من المسئولية متفق عليها في كل من القضاء المصري والقضاء البحريني .

١ . حكمها في الطعن رقم ١٤٥ لسنة ٢٠٠٢ - جلسة ٢٤/٣/٢٠٠٢ ، المرجع السابق، ص ٣٥٢ .

٢ . حكمها في الطعن رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٢ - جلسة ٢٧/١٠/٢٠٠٢ سابق الإشارة إليه ص ٣٥٢ .

٣ . حكمها في الطعن رقم ٤٨٨ لسنة ٢٠١٤ - جلسة ٢٤/٥/٢٠١٦ .

٤ . حكمها في الطعن رقم ٢٠٠ لسنة ٢٠١١ - جلسة ٣/٥/٢٠١٣ .

٥ . حكمها في الطعن رقم ٢٠٦ لسنة ١٩٩٥ - جلسة ١٦ أبريل ١٩٩٥ . ومن قضاء محكمة النقض المصرية أن مخاطر البحر ، وإن كانت تصلح في ذاتها سبباً اتفاقياً للإعفاء من المسئولية ولو كانت متوقعة الحادث أو يمكن دفعها إلا أن هذه المخاطر إذا بلغت من الشدة مدى يجعلها غير متوقعة الحدوث أو غير مستطاع دفعها فإنها تعد من قبيل القوة القاهرة التي تصلح سبباً قانونياً للإعفاء . انظر حكمها في الطعن رقم ٢٧٢ لسنة ٣١ س ١٧ ص ١١٢٩ جلسة ١٧/٢/١٩٦٦ مشار إليه لدي المرحوم السنهوري الوسيط .. المرجع السابق ص ٧٥١ هامش ٤ .

## المبحث الثاني التكليف القانوني لجائحة كورونا

تمهيد:

**جائحة كورونا حدث مفاجئ لم يشهده العالم من قبل:**

ظهر فيروس كورونا المستجد في مدينة وهان الصينية في ديسمبر ٢٠١٩ بصورة مفاجئة غير متوقعة، وانتقل أيضاً إلى دول العالم بطريقة مفاجئة وسريعة وغير متوقعة مخلفاً - ولا يزال - وراءه الملايين من المصابين ، ومئات الآلاف من الضحايا، ومؤثراً على مناحي الحياة كافة. وحتى الآن لم يتوصل العلم - بالرغم من الجهود المبذولة - إلى لقاح يعالجه ويقضي عليه . وقد ثار السؤال حول الطبيعة القانونية لجائحة كورونا، هل تعد قوة القاهرة أم ظرف طارئ، ولا شك أن تحديد الطبيعة القانونية لجائحة كورونا يؤثر على طريقة تنفيذ الالتزامات، وكذلك تحديد المسؤولية ومدى إمكانية الإعفاء منها. (١)

ولتحديد الطبيعة القانونية لجائحة كورونا نعرض لموقف القضاء والفقه والتشريع، ثم نتناول مدى اعتبار جائحة كورونا قوة القاهرة بالنسبة لممارسة الحقوق والحريات وذلك في النقاط الآتية :  
**أولاً- القضاء:**

اعتبر القضاء في بعض الدول أن جائحة كورونا تعد من قبيل القوة القاهرة، ففي فرنسا وبتاريخ ٢٠٢٠/٣/١٢ صدر القرار رقم ٨٠ لسنة ٢٠٢٠ عن محكمة استئناف كولمار الفرنسية، الغرفة السادسة، حيث اعتبرت المحكمة أن «فيروس كورونا المنتشر عالمياً (COVID-19) يتصف فعلياً «بالقوة القاهرة»، وأن الأوضاع التي نشهدها بسببها هي استثنائية، ولا يمكن مقاومتها. (٢)  
**وفي مصر:**

اعتبرت محكمة القضاء الإداري في مصر- في حكمها محل هذا التعليق- أن فيروس كورونا المستجد يعد جائحة ويشكل «قوة القاهرة» حيث اجتاحت العالم وشيدت المحكمة قرارها على أن «الحياة الإنسانية هي أغلى ما يمكن للحكومات والدول والمجتمعات والمؤسسات المحافظة عليها، فحفظ النفس يعد أول مقاصد الشريعة الإسلامية وسابقاً على حفظ الدين، درءاً لأية تداعيات محتملة لفيروس كورونا المستجد.

**وفي المغرب :**

قضت محكمة القضاء المستعجل بمدينة الرباط بتاريخ ٢٠٢٠/٣/١١ برفض سفر المحضون من المغرب للخارج في ظل الظروف الحالية التي قد تهدد صحته وحياته وتنعكس عليه بشكل سلبي، باعتبار أن الحق في حياة آمنة حق من حقوق الطفل، حياة صحية هانئة مستقرة، وأن لا ضرورة

١. تجدر الإشارة إلى أن الظرف الطارئ يمتاز عن القوة القاهرة بأنه لا يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام ، بل يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا، للمزيد من التفصيل انظر ا. د سليمان الطماوي : الأسس العامة للعقود الادارية. دار الفكر العربي بدون تاريخ نشر ص ٧٠٣ .  
٢. انظر في التعليق على هذا الحكم مقال بعنوان « وباء كورونا والقوة القاهرة : تعليق على قرار محكمة استئناف COLMAR للمحامي جان ثابت والمقال منشور بمجلة « محكمة » بتاريخ ٢٠٢٠/٥/١٦.

تستدعي السفر للعلاج أو غيره، وبالتالي تم رفض الطلب نظراً للخطر الذي يهدد حياة المحضون وصحته ومستقبله، وأن سفره قد يعرضه للخطر طبقاً لواقع الحال<sup>(١)</sup>.

### وفي لبنان :

أصدر قاضي التحقيق في محافظة لبنان الشمالي بتاريخ ٢٠٢٠/٤/١٥ قراراً قضائياً في قضية ترويج مخدرات، اعتبر بموجبه أن « فيروس كورونا » يشكل «قوة القاهرة» من جراء تعريض المواطنين، بمن فيهم نزلاء السجون، إلى خطر الإصابة بالعدوى المميتة، وأن هذا الأمر يخرن على المستوى الوطني حالة ضرورة تسمح للقاضي بما له من سلطة تقدير أن يتخذ تدابير وقائية ملائمة للأوضاع الخطرة المشكو منها، عبر تطبيق نص المادة (١٠٨) من قانون أصول المحاكمات الجزائية، وتخليه سبيل الموقوفين على الرغم من عدم اكتمال المهل المنصوص عنها في المادة المذكورة<sup>(٢)</sup>.

### ثانياً - في الفقه:

ذهب بعض الفقهاء الذين تعرضوا لبحث الطبيعة القانونية لفيروس كورونا «كوفيد-١٩» إلى اعتبار وباء كورونا قوة القاهرة كونه حادثاً خارجياً فجائياً غير متوقع الحدوث وغير ممكن دفعه، فضلاً عن كونه وباءً عالمياً واسع الانتشار عابر للقارات لا يعرف الحدود ولا المسافات، أصاب الكرة الأرضية بالشلل التام غرباً وشرقاً، شمالاً وجنوباً، وأجبر العالم على الحظر المنزلي والتباعد الاجتماعي وأوقف مظاهر الحياة إلا ما تقتضيه الضرورة<sup>(٣)</sup>.

ويرى الأستاذ الدكتور رجائي حسين الشتوي: «أن وباء كورونا يعد قوة القاهرة لأنه سيكون السبب الرئيسي للقضاء بإعفاء أطراف العقود من أداء التزاماتهم المستحقة أو الغير مقدور على تنفيذها»<sup>(٤)</sup> ويرى البعض أنه من الواضح أن فيروس كورونا المستجد يصح وصفه بالقوة القاهرة، لكونه حادثاً عاماً شمل كافة دول العالم ولا يمكن توقعه أو درء نتائجه؛ لذلك من الممكن بشكل كبير قانوناً بالنسبة لبعض الأفراد أو الأنشطة التجارية أو الخدمية التي تضررت تضرراً مباشراً أن تتمسك بتوافر معيار القوة القاهرة كمبرر وسند لفسخ العقود من تلقاء نفسها<sup>(٥)</sup>.

١. أمر صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بالرباط بتاريخ ٢٠٢٠/٣/١١ مشار إليه لدى الأستاذ عبد المغيث الحاكمي في بحث بعنوان «دور القانون ولقضاء في الحد من تأثير فيروس كورونا على العلاقات التعاقدية، مجلة الباحث، عدد خاص بجائحة كورونا، كوفيد ١٩ العدد ١٧، ابريل ٢٠٢٠ ص ٤٦.

٢. مشار إليه لدي د. محمود المغربي، د. بلال صنيدي: التكييف القانوني للجائحة «الكورونا» على ضوء الثوابت الدستورية والدولية والمبادئ القانونية المستقرة... بين صلافة المسلمات ومرونة الاعتبارات: دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - السنة الثامنة - ملحق خاص - العدد ٦، يونيو ٢٠٢٠ ص ٣٠ هامش ٢٠.

٣. د. سحر عبد الستار إمام: جائحة كورونا وتداعياتها على المنظومة القضائية، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، مرجع سابق ٢٠٢ ص ٦٣.

٤. د. رجائي حسين الشتوي: آثار كورونا COVID-19 على الالتزامات التعاقدية، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة السادات، المجلد ٦، عدد خاص بجائحة كورونا وتداعياتها القانونية والاقتصادية المحلية والاقليمية والدولية صيف ٢٠٢٠ ص ٥.

٥. عبيد أبو شمالة: مقال بعنوان شروط «القوة القاهرة» هل تنطبق على فيروس كورونا منشور على موقع الخليج الاقتصادي بتاريخ ٢٠٢٠/٣/٢٠. ومن الآراء التي تعتبر جائحة كورونا قوة القاهرة، د. يوسف عبيدات حيث يرى أن جميع شروط القوة القاهرة تنطبق

وأخيراً، يرى بعض الفقه أن فيروس كورونا المستجد يخضع إلى النظريتين ( نظرية الظروف الطارئة – نظرية القوة القاهرة )، ويكون معيار خضوعه هو مدى تأثيره في العقد المراد تنفيذه، فإذا كان التأثير هو إرهاب أحد طرفي العقد إرهاباً شديداً كأن تسبب في ارتفاع تكلفة الإنتاج أو زيادة أسعار الشحن بصورة مرهقة، فيعتبر هذا الوباء من قبيل الظروف الطارئة، أو تسبب في استحالة تنفيذ الالتزام كأن يصبح نقل الخامات مستحيلاً بسبب غلق حدود بلد ما فإن الوباء يصبح قوة القاهرة<sup>(١)</sup>. وفي البحرين يقول المستشار محمد المهزع «وإن كانت جائحة كورونا تعتبر حالة استثنائية عامة غير متوقعة، ليس للمتعاقدين دخل في حدوثها ولا يمكن دفعها، إلا أن ما سبق غير كاف لتكييف الجائحة وآثارها بأنها قوة القاهرة أم ظرف طارئ، بل يجب الإضافة إلى ما سبق دراسة كل عقد على حده للتأكد من أن الجائحة تحققت في النطاق الزمني للعقد أي إبرامه وقبل انتهاء تنفيذه. كما يجب البحث فيما إذا كانت الجائحة هي السبب المباشر للخسارة غير العادية المرهقة للمتعاقدين أو ترتب عليها استحالة التنفيذ. وأكد سيادته أن التكييف القانوني لواقعة بعينها ما إذا كانت قوة القاهرة أو ظرف طارئ هو من اختصاص السلطة القضائية وحدها<sup>(٢)</sup>. ويذهب رأي آخر إلى «أن هذا الوباء ظرف طارئ يجب إعمال فيه تخفيف الالتزامات لا طرحها بالكلية»<sup>(٣)</sup>.

### ثالثاً - التشريع: ففي فرنسا:

أصدر وزير الاقتصاد والمالية الفرنسي بياناً بتاريخ ٢٨ فبراير ٢٠٢٠ بأن وباء كورونا يعد قوة القاهرة وبالتالي فإن التأخير في التسليم للالتزامات طبقاً للمواعيد الوارد في العقود التي أبرمتها الدولة مع الشركات الصغيرة والمتوسطة الناتج عن اجتياح هذا الوباء لن يترتب عليها توقيع جزاءات لاعتبار هذا الوباء قوة القاهرة لم يكن في الإمكان توقعها ويستحيل دفعها، لأن الفيروس أو المرض لا يعد قوة القاهرة حينما يكون الوباء معروفاً أو متوطناً وليس مميتاً، وهذه الأوصاف لا تنطبق على فيروس كورونا، فما زال تحت الدراسة، وأضراره تجاوزت الحد المألوف، فضلاً عن سرعة انتشارها كالنار

على ظرف فيروس كورونا . انظر له بحث بعنوان « بعض صور الحماية القانونية في زمن جائحة كورونا » مجلة كلية القانون الكويتية العالمية – السنة الثامنة – ملحق خاص – العدد ٦، يونيو ٢٠٢٠ ص ٥٧٠.

١. د. بكر طالب: أزمة تنفيذ العقود في ضوء جائحة كورونا المستجد، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة السادات، المجلد ٦، عدد خاص بجائحة كورونا وتداعياتها القانونية والاقتصادية المحلية والاقليمية والدولية صيف ٢٠٢٠ ص ٢٢.

٢. نقلا عن جريدة الوطن البحرينية في ١٤/٧/٢٠٢٠.

٣. مقال بعنوان « هل يعتبر فيروس كورونا من القوة القاهرة التي يتأثر بها العقد » للدكتور: محمد الكوهجي، جريدة الايام البحرينية، العدد ١١٣٤٧ في ٢٠٢٠/٥/٢. وفي دولة مملكة البحرين – وعلى حد علم الباحث – لم يصدر أي تشريع أو قرار أو حكم من القضاء بشأن التكييف القانوني لجائحة كورونا، وما إذا كانت قوة القاهرة أو ظرف طارئ، وإن كانت بعض الآراء لا تميل إلى التعميم وترك الأمر للقضاء ليقول كلمته في كل حالة على حدة حسب الظروف والأحوال .

في الهشيم<sup>(١)</sup>.

وفي مصر:

أصدر رئيس مجلس الوزراء القرار رقم ١٢٩٥ لسنة ٢٠٢٠ قراراً بوقف المواعيد الإجرائية الخاصة بالتظلمات الجوبية والدعاوي والطعون القضائية حيث نصت المادة الأولى من القرار على أنه «تعد الفترة من تاريخ ٢٠٢٠/٣/١٧ حتى تاريخ سريان قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٢٤٦ لسنة ٢٠٢٠ مدة وقف بالنسبة لمواعيد سقوط الحق والمواعيد الاجرائية الخاصة بالتظلمات والدعاوى والطعون القضائية وغيرها من المواعيد والآجال المنصوص عليها بالقوانين والقرارات التنظيمية. ولا يسري حكم وقف سريان المواعيد على الآجال الخاصة بالحبس الاحتياطي والظعن في الأحكام الجنائية الصادرة في شأن الأشخاص المحبوسين تنفيذاً لتلك الأحكام»<sup>(٢)</sup> وبصدور هذا القرار من رئيس مجلس الوزراء فإنه يكون بذلك اعتبر جائحة كورونا قوة القاهرة. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن مواعيد السقوط تقف بالقوة القاهرة التي لا إرادة للخصم فيها وتمنعه من القيام بالعمل الإجرائي في الميعاد المحدد له ويستمر وقف سريان الميعاد ما بقي ذلك الطارئ قائماً ومانعاً من اتخاذ الإجراء<sup>(٣)</sup>.

**رابعاً - مدى اعتبار جائحة كورونا قوة القاهرة بالنسبة للحقوق والحريات العامة :**

لا يُعد نظاماً ما ديمقراطياً إلا إذا كفل لأفراده عدداً من الحريات الأساسية التي لا يقوم أي نظام ديمقراطي بها إلا عليها. فوجود الحريات وضمنان تمتع الأفراد بها وممارستهم لها في جو ديمقراطي يسوده القانون هو الدليل على وجود نظام ديمقراطي حقيقي . إن الحقوق والحريات العامة أساس ومحور أي مجتمع مستقر أو نظام عالمي مستقر وفعال، واحترام بل تقديس هذه الحريات بكل مضامينها السياسية والاقتصادية، والفلسفية، والثقافية، والاجتماعية وغيرها بأنها تعني أمراً واحداً أنه : الإنسان. محور وأساس وإطار المجتمع على مستوى الوحدة أو على مستوى العالم وبدون ذلك لا مجتمع ولا نظام عالمي<sup>(٤)</sup>.

١. نقلا عن الدكتورة سحر عبد الستار إمام: مرجع سابق، ص ٤٨ .

٢. الجريدة الرسمية العدد رقم ٢٦ مكرر (ب) بتاريخ ٢٩/٦/٢٠٢٠ .

٣. الظعن رقم ٤١١٠ لسنة ٨٢ ق جلسة ٢٠١٨/٥/١٤ مشار إليه لدي الدكتور سحر عبد الستار إمام، مرجع سابق ص ٤١ .

و جدير بالذكر أن القضاء المصري قد استقر على وقف المواعيد القضائية في حال تعذر مباشرتها وأن العبرة ليست بوجود القوة القاهرة وإنما بأثرها هذا ما قرره المحكمة الإدارية العليا « مواعيد دعوى الإلغاء - قوة القاهرة - وقف الميعاد كأثر للقوة القاهرة مرده إلى أصل عام مقرر هو عدم سريان المواعيد في حق من يستحيل عليه لأسباب خارجة عن إرادته اتخاذ الإجراءات للمحافظة على حقه - الاستحالة المادية المترتبة على القوة القاهرة من مسائل الواقع التي تخضع لتقدير القاضي و يختلف هذا التقدير بحسب ظروف الحال - العبرة ليست بوقوع القوة القاهرة وإنما بالأثر الذي يمكن ترتيبه عليها من حيث إمكان قيام ذوى الشأن بالإجراء أو استحالة ذلك عليه.» المحكمة الإدارية العليا - الظعن رقم ٨٠٦ لسنة ٢٢ ق - جلسة ٢٤ / ١ / ١٩٨١ - مكتب فني ٢٦ - ص ٣٧٢ .

٤. د محمد إبراهيم درويش ، د إبراهيم محمد درويش : القانون الدستوري ، النظرية العامة، أسس النظام الدستوري المصري،

وقد جرت سنة الدول الديمقراطية على تقرير الحريات العامة في صلب دساتيرها، حرصاً منها على أن يكون لتلك الحريات قوة الدستور بما له من سمو في النظام القانوني، ولم يكتف الدستور المصري القائم بتضمين الحريات في صلبه والنص على أن لا تنظم إلا بقانون، وإنما أكد على عدم جواز الانتقاص منها حتى ولو بالقانون.<sup>(١)</sup> حيث أكدت المادة ٩٢ / ٢ من الدستور المصري القائم على أنه «ولا يجوز لأي قانون ينظم ممارسة الحقوق والحريات أن يقيدتها بما يمس أصلها أو جوهرها.»<sup>(٢)</sup> فالدستور كفل الحريات العامة في مواجهة المشرع العادي نفسه، ودور المشرع في تنظيم الحقوق والحريات هو كفالتها في الحدود الموضوعية على النحو الذي يُمكن الأفراد من ممارستها بطريقة فعالة.

لكن قد تحدث ظروف أو أحداث استثنائية غير متوقعة مثل الحروب أو الأوبئة أو الزلازل تجعل ممارسة الأفراد لبعض الحريات مستحيلًا، وتُحتم على السلطات تعليق ممارسة الأفراد أو المواطنين لحرياتهم أو حرمانهم منها بصفة مؤقتة؛ وذلك بهدف المحافظة على هدف أسمى ومصلحة أولى بالرعاية. فهل تشكل هذه الظروف الاستثنائية قوة القاهرة تعفي الدولة من مسؤوليتها الدستورية بكفالة الحريات العامة؟

ويرى الباحث أن جائحة كورونا تطبق عليها وصف القوة القاهرة حيث نجد أن هذا الفيروس قد ظهر فجأة وبصورة غير متوقعة في مدينة ووهان في دولة الصين في أواخر عام ٢٠١٩، ومنها انتشر بصورة سريعة وغير متوقعة أيضاً في أنحاء العالم مخلفاً وراءه ملايين المصابين ومئات الآلاف من الضحايا. وحتى الآن لم يتوصل العالم - برغم المحاولات المستمرة - إلى علاج لهذا الفيروس. وبالتالي يتوافر في هذه الجائحة صفة القوة القاهرة من حيث عدم إمكان التوقع فلم يتوقع أحد ظهور هذا الفيروس ولم يُتوقع انتشاره بهذه الصورة السريعة، وكذلك استحالة الدفع، فحتى الآن لم يستطع العالم دفع هذا المرض بالعلاج المناسب.

القاهرة، الهيئة العامة للكتاب، ٢٠١٩، ص ١٩١.

١. د. محمد عبد الجليل المر: حق تكوين الجمعيات الأهلية الضوابط الدستورية (للنشأة - ممارسة النشاط - للانقضاء) دراسة تحليلية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية ٢٠٢٠ ص ٢.
٢. أكدت المحكمة الدستورية البحرينية - وتواتر قضاءها - على أن تنظيم المشرع للحقوق والحريات العامة مقيد بعدم المساس بجوهرها أو الانتقاص منها، وعدت الانتقاص من الحقوق والحريات أمراً مخالفاً للدستور، فقررت في حكم لها في ٢٠١٤/٧/٢ «وحيث إنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المادة «٢١» من الدستور، إذ اقتضت الآتي «لا يكون تنظيم الحقوق والحريات العامة المنصوص عليها في هذا الدستور أو تحديدها إلا بقانون، أو بناءً عليه. ولا يجوز أن ينال التنظيم أو التحديد من جوهر الحق أو الحرية»، وقد دل ذلك على أن جوهر سلطة المشرع في تنظيم الحقوق يتمثل في المفاضلة التي يجريها المشرع بين البدائل المختلفة التي تتصل بالموضوع محل التنظيم موازناً بينها ومرجعاً ما يراه أنسبها لمضمونها وأجدها بتحقيق مصالح الجماعة واختيار أصلحها لملاءمة للوفاء بمتطلباتها في خصوص الموضوع الذي يتناوله التنظيم. إلا أن ممارسة هذه السلطة مقيدة بضوابط الدستور وحدوده والتي تعد سباجاً لا يجوز اقتحامه أو تخطيه، فإذا ما عهد الدستور إلى أي من السلطتين التشريعية أو التنفيذية بتنظيم موضوع معين، كان لزاماً على القواعد القانونية التي تصدر عن أي منهما في هذا النطاق ألا تتال من جوهر الحقوق أو الحريات التي كفلها الدستور، سواء بنقضها من أساسها، أو بانتقاصها من أطرافها. والا كان ذلك بمثابة عدوان على مجالاتها الحيوية. انظر تعليق على هذا الحكم د. مروان المدرس، مقال في جريدة الوطن في ٢٨/٩/٢٠١٧.

وبالتالي فإن عدم استطاعة الدولة كفالة الحريات العامة في هذه الظروف الاستثنائية له ما يبرره، بل أن الإجراءات والتدابير الاحترازية التي قامت السلطات باتخاذها لمكافحة الجائحة والتي أثرت بلا شك على ممارسة الأفراد لحرياتهم، وأدت إلى تقييدها كانت بهدف مشروع وغاية سامية هي الحفاظ في الحق في الحياة والصحة العامة .

فعلى سبيل المثال - في الواقعة محل التعليق - التي تتعلق بالحرية النقابية التي أعلى الدستور شأنها إذ نصت المادة ٧٦ من الدستور المصري القائم على « إنشاء النقابات المهنية وإدارتها على أساس ديمقراطي، وتكون لها الشخصية الاعتبارية، وتمارس نشاطها بحرية، وتسهم في رفع مستوى الكفاءة بين أعضائها والدفاع عن حقوقهم، وحماية مصالحهم .

وتكفل الدولة استقلال النقابات والاتحادات، ولا يجوز حل مجالس إدارتها إلا بحكم قضائي، ولا يجوز إنشاء أي منها بالهيئات النظامية .»

وتنص المادة ٧٧ من الدستور « ينظم القانون إنشاء النقابات المهنية وإدارتها على أساس ديمقراطي، ويكفل استقلالها ويحدد مواردها، وطريقة قيد أعضائها، مساءلتهم عن سلوكهم في ممارسة نشاطهم المهني، وفقاً لمواثيق الشرف الأخلاقية والمهنية ومساءلتهم ولا تنشأ لتنظيم المهنة سوى نقابة واحدة. ولا يجوز فرض الحراسة عليها أو تدخل الجهات الإدارية في شؤونها، كما لا يجوز حل مجالس إدارتها إلا بحكم قضائي، ويؤخذ في مشروعات القوانين المتعلقة بها.»

وفي مملكة البحرين حرص الدستور البحريني على كفالة حرية النقابات فنصت المادة ٢٧ منه على أنه « حرية تكوين الجمعيات والنقابات، على أسس وطنية ولأهداف مشروعة وبوسائل سلمية، مكفولة وفقاً للشروط والأوضاع التي يبينها القانون، بشرط عدم المساس بأسس الدين والنظام العام. ولا يجوز إجبار أحد على الانضمام إلى أي جمعية أو نقابة أو الاستمرار فيها»

فالدستور - في مصر والبحرين - أعلى من شأن الحرية النقابية كقيمة كحق دستوري . ووضع المشرع الدستوري المصري عدة ضوابط دستورية ترسخ وجودها، فأكد على أن إنشاء النقابات يكون على أساس ديمقراطي، وأكد أيضاً على مبدأ حرية النشاط وعدم جواز تدخل الجهات الإدارية في شؤونها ، كما ألزم الدولة بكفالة استقلالها ، وعدم جواز حل مجالس إدارتها إلا بحكم قضائي.

وقد تواتر قضاء المحكمة الدستورية العليا على أهمية الحرية النقابية فقالت فقضت « وحيث أن قضاء هذه المحكمة قد تواتر على أن الديمقراطية النقابية التي كرسها، وأقام صرحها نص المادة (٥٦) من الدستور (دستور ١٩٧١) ، تحتم أن يكون التنظيم النقابي قائماً وفق مقاييس ديمقراطية يكون القانون كافلاً لها، توكيداً لأهمية وخطورة المصالح التي تمثلها، وعمق اتصالها بالحقوق المقررة قانوناً لأعضائها ... كما أن الديمقراطية النقابية تعتبر مفترضاً أولياً لوجود حركة نقابية تستقل بذاتها ومناحي نشاطها، وبها يكون العمل النقابي إسهاماً جماعياً في المجتمع المدني، متى كان هذا العمل منفتحاً لكل الآراء، قائماً على فرص حقيقية لتداولها وتفاعلها، بما يوفق بينها قدر

الامكان أو يبدلها بغيرها، فلا يكون العمل النقابي إملاء أو التواء بل تراضياً والتزاماً، وإلا كان مجاوزاً للحدود التي ينبغي أن يترسمها»<sup>(١)</sup>.

وحيث إن إجراء الانتخابات النقابية وما يتفرع عنها من حقوق الترشح والاقتراع لاختيار أعضاء مجلس إدارة النقابة يعتبر من أهم وسائل الديمقراطية النقابية فلا يجوز تعطيلها إلا في حالة الضرورة وبالقدر الذي تستلزمه حالة الضرورة، ومن أمثلة حالة الضرورة التي يجوز معها وقف العملية الديمقراطية النقابية حالة الحرب، الوباء، الزلازل...

وبالتالي فإن قيام محكمة القضاء الإداري في حكمها - محل التعليق - بتأييد قرار النقيب العام لأطباء الأسنان بوقف الانتخابات في ظل انتشار جائحة كورونا وما تمثله من خطر على الصحة العامة للمواطنين يكون قد صدر صحيحاً موافقاً للدستور والقانون، خاصة أنه تعليق مؤقت ومرتببط بظروف معينة خارجة عن الإرادة، ولا يمكن دفعها، وأن حفظ النفس البشرية مصلحة أولى بالرعاية. لكن تعليق ممارسة الحريات العامة في الظروف الاستثنائية لا يجوز أن يتم دون حدود أو قيود على السلطات العامة حتى لا تستغل تلك الظروف في التقييد على الحريات العامة وتكون تلك الظروف أداة للتعسف والاستبداد، وهو ما نوضحه في البند التالي.

١. المحكمة الدستورية العليا: القضية رقم ١٩٨ لسنة ٢٣ قضائية «دستورية» جلسة ٢٠١١/١/٢ الجريدة الرسمية العدد الاول مكر في ٢٠١١/١/٨.

### خامساً: حدود تقييد الحريات العامة في ظل جائحة كورونا:

لا شك أننا إزاء كارثة صحية عالمية، وكان أمراً مقضياً على الدول والحكومات أن تتدخل لحماية مواطنيها من خطر هذه الكارثة الصحية العالمية، ولكن لكي يكون التدخل مشروعاً - في ظل هذه الظروف الاستثنائية - لا بد للسلطات في إطار ممارستها لسلطاتها التقديرية في حماية النظام العام مراعاة عدد من المبادئ الدستورية الهامة التي تضبط تصرفاتها<sup>(١)</sup>، ذلك ليس معنى أننا نعيش في ظرف استثنائي أن تتحلل السلطات من القيود والضوابط القانونية، أو تتصرف كما تشاء، وإنما يجب أن تخضع لضوابط قانونية تحد من إطلاق سلطاتها وتكون تخوماً لا يجوز لها أن تتجاوزها؛ ذلك أنه وفقاً لـ «مبادئ سيراكوزا» التي اعتمدها المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة عام ١٩٨٤. والتعليقات العامة للجنة حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة بشأن حالات الطوارئ وحرية التنقل، فإن كل القيود التي تفرض في بعض الحالات - ومنها الصحية - على حقوق وحريات الأفراد يجب أن تكون محددة ومطبقة بما يتماشى مع القانون، موجهة نحو هدف مشروع للمصلحة العامة، ضرورية للغاية في مجتمع ديمقراطي لتحقيق هدف معين، مستندة إلى أسس علمية، وليست تعسفية أو تمييزية عند التطبيق، محددة زمنياً، وتحترم كرامة الإنسان لأسباب تتعلق بالصحة العامة أو الطوارئ الوطنية إلا وفقاً لهذه المبادئ، فكل التدابير والإجراءات التي تتخذها الحكومات لمكافحة فيروس كورونا والتي تقيّد الحقوق والحريات العامة للمواطنين ينبغي أن تكون ضرورية ولازمة ومتناسبة وغايتها تحقيق المصلحة العامة.

وإذا كانت نصوص الدستور كفلت الحقوق والحريات العامة، وحظرت المساس بها أو بما من شأنه تعطيلها، إلا أن الدستور ذاته منح الحكومة سلطة تقييدها بمقتضى لوائح الضبط الإداري التي بلا ريب تتضمن قيوداً على الحريات والحقوق العامة، باعتبارها سلطة استثنائية لا يجوز إعمالها إلا في الحدود التي رسمها الدستور وفي ضوء المبادئ الدستورية العامة مثل مبدأ الضرورة والتناسب، وأن يكون الهدف من تلك القيود دائماً هو تحقيق الصالح العام.

وتخضع دائماً تلك القرارات التي تتخذها سلطات الضبط الإداري لرقابة القضاء الإداري لوزنها بميزان المشروعية. ورقابة القضاء الإداري على - قرارات الضبط الإداري - نظراً لخطورتها على الحقوق والحريات العامة، لا تقف عند حد البحث في شرعية الإجراء، إنما تبسط رقابتها للتحقق من ملاءمته، من ناحية صحة الوقائع التي استندت إليه الإدارة لتبرير قرار الضبط وصحة التكييف القانوني لهذه الوقائع، ومدى التناسب بين القرار والأسباب التي استند إليها القرار (الظروف

١. تعرفت المحكمة الدستورية العليا السلطة التقديرية في حكمها « وحيث إن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن سلطة المشرع في تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية ما لم يقيد الدستور بضوابط معينة، وكان جوهر السلطة التقديرية يتمثل في المفاضلة التي يجريها المشرع بين البدائل المختلفة لاختيار ما يقدر أنه أنسبها لمصلحة الجماعة وأكثرها ملاءمة للوفاء بمتطلباتها في خصوص الموضوع الذي يتناوله التنظيم « حكمها في القضية رقم ١٦٠ لسنة ٣٦ ق. د. جلسة ٢٠١٦/١٢/٣، الجريدة الرسمية العدد ٥٠ (تابع) في ٢٠١٦/١٢/١٥. وانظر أيضاً حكمها في ٢٠٠٥/٨/٥، القضية رقم ٢ لسنة ٢٠ قضائية. «دستورية».

الواقعية التي تهدد النظام العام).

إذن، فإن سلطات الضبط سواء أكانت ضبطاً - تشريعي أو إداري - ليست طليقة من أي قيود عند تنظيمها للحريات العامة في الظروف الاستثنائية؛ وإنما تلتزم بعدد من المبادئ الدستورية العامة، والتي من أهمها في هذه الظروف مبادئ الضرورة والتناسب.

### أولاً: مبدأ الضرورة:

عند الكلام عن القانون في مجمله، فهناك مبادئ عليا حاکمة، لا يمكن التلاعب في وجودها أو معناها؛ لأنها تسمو في مرتبتها على كل قانون ولو كان مكتوباً، تأكيداً وتوطيداً لحقوق الإنسان ولقيمة العدل - الذي تزهو به الأمم - وأطره ومفاهيمه....<sup>(١)</sup>

مبدأ أو نظرية الضرورة مبدأ عام أو نظرية عامة لها تطبيقاتها في فروع القانون كافة، وتقيدها بها السلطات العامة في الظروف العادية والظروف الاستثنائية، وتطبيقها في الظروف الاستثنائية أولى. ويعتبر مبدأ الضرورة من المبادئ الدستورية العامة، وهي مبادئ عامة غير مقننة يستنبطها القضاء من المقومات الأساسية للمجتمع وقواعد التنظيم القانوني في الدولة، ويقرها في أحكامه باعتبارها قواعد قانونية ملزمة. وعلى هذا الأساس تعتبر هذه المبادئ من عناصر المشروعية، بحيث يتحتم على السلطات العامة الالتزام بها، وتعتبر الأعمال الصادرة عنها بالمخالفة لأحد هذه المبادئ باطلة لخروجها على مبدأ المشروعية<sup>(٢)</sup>.

فالفقه الحديث في مصر بات يسلم بهذه المبادئ ودورها في المجال الدستوري حيث يؤكد أن الواقع العملي يشير إلى أن «القاضي يستعين بهذه المبادئ ليؤول نصوص الدستور إذا تحملت التأويل، أو أنه يعتمد في تطبيقه لهذه المبادئ على صمت الدستور أو عدم وجود نص صريح يعارضها، فيطبق هذه المبادئ باعتبارها أصلاً عاماً أو قاعدة واجبة الإتياع»<sup>(٣)</sup>.

فهذه المبادئ مستقرة في الفطرة الإنسانية السليمة، تأبى القيم الإنسانية الخروج على مقتضياتها، أو التجاوز عما تقرره، لذلك فهي تعبر عن قيم مستقرة في ضمير الأمم المتحضرة جميعها. وأكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر على مبدأ الضرورة في العديد من أحكامها، واستقر قضاؤها على التزام السلطات العامة بهذا المبدأ، واعتبرته قيداً على المشرع في التشريع، وقيداً على الإدارة في التنفيذ، حيث أعملت المحكمة هذا المبدأ في أخطر مجالات عمل السلطات وهو التشريع وخاصة في مجال الحقوق والحريات العامة حيث فرضت المحكمة مبدأ الضرورة كأساس لنشأة التجريم أو تقييد الحريات العامة.

١. حكم محكمة استئناف القاهرة في الدعوي رقم ٢٩ لسنة ١٣٠ قضائية، تحكيم الصادر بجلسة ٢٠٢٠/٦/٢ منشور على شبكة القوانين والأحكام المصرية على الانترنت.

٢. انظر في تعريف المبادئ العامة للقانون وأساسها القانوني وقوتها القانونية أ.د سامي جمال الدين: تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠١٣ ص ٩٩.

وانظر أيضاً في تعريفها أ.د سمير تناغو: النظرية العامة للقانون، الاسكندرية، منشأة المعارف ١٩٩٩ ص ٢٤٦ وما بعدها.

٣. د. محمد ماهر أبو العينين: الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، ١٩٨٧، ص ٤٣١ وما بعدها.

وجاء في حكم المحكمة:

«أن حقوق الإنسان وحرياته لا يجوز التضحية بها في غير ضرورة تملئها مصلحة اجتماعية لها اعتبارها...»<sup>(١)</sup>

وفي قضاء مجلس الدولة المصري، رسخت هذا المبدأ محكمة القضاء الإداري في بواكير أحكامها حيث قررت «ويتبين من ذلك ومن تقصي الأعمال التحضيرية للدستور أن سلطة الحكومة هي قيد استثنائي وارد على أصل حق يعد إحدى الحريات العامة فيجب والحال هذه أن يفهم القيد المذكور في أضيق حدوده، فلا تستعمله الحكومة إلا للضرورة القصوى وذلك عندما تقوم لديها أسباب حقيقية لها سند من الواقع...»<sup>(٢)</sup>

وقضت أيضا «إذا جاز لجهة الإدارة في الظروف الاستثنائية أن تتخذ من التدابير السريعة ما من شأنه المساس بتلك الحريات على وجه لا يجوز لها مباشرته في الظروف العادية، إلا أن التصرف أو التدبير الذي تتخذه في هذا الشأن يلزم أن يكون ضروريا لمواجهة حالات معينة من دفع خطير جسيم يهدد الأمن والنظام باعتباره هذا التصرف أو التدبير هو الوسيلة الوحيدة لمنع هذا الخطر»<sup>(٣)</sup>

ولقد أخذت المحكمة الإدارية العليا بذات القاعدة فتقول فجاء في حكمها الصادر في ١٤/٤/١٩٦٢ بأن «حماية مبدأ المشروعية تتطلب أولا وقبل كل شيء العمل على بقاء الدولة، الأمر الذي يستتبع تخويل الحكومة استثناء في حالة الضرورة من السلطات ما يسمح لها باتخاذ الإجراءات التي يتطلبها الموقف، ولو خالفت في ذلك القانون بمدلوله اللفظي ما دامت تبغي بذلك العام، غير ان سلطة الحكومة في هذا المجال ليست ولاشك طليقة من كل قيد، بل تخضع لأصول وضوابط، فيجب أن تقوم حالة واقعية أو قانونية تدعو إلى التدخل، وأن يكون تصرف الحكومة لازما لمواجهة هذه الحالة بوصفه الوسيلة الوحيدة لمواجهة هذا الموقف»<sup>(٤)</sup>

وقد استقر القضاء الإداري على هذا النهج في ضرورة خضوع قرارات وتصرفات سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية لمبدأ الضرورة كما سنبين لاحقا في حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٨/٨/٢٠٢٠.

وفي البحرين جاء في حكم المحكمة الدستورية العليا أن «أن نظرية الضرورة تعتبر قيماً على مبدأ سمو الدستور تبيح الخروج على أحكامه في أي وقت ترى فيه السلطة توافر حالة الضرورة وإلى أي

١. حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بتاريخ ١٢ فبراير ١٩٩٢ في القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية «دستورية» الموسوعة الدستورية، مرجع سابق، المجلد الثاني، ص ٥٢٢.

٢. حكم محكمة القضاء الإداري في ٢١/٧/١٩٥١ في القضية رقم ١٣٢٠ لسنة ٥ ق والحكم منشور في كتاب « دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات العامة » الجزء الأول. للمستشار الدكتور: فاروق عبد البر ص ٢٣٧.

٣. حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٨٦٩ لسنة ١٤ ق، والصادر بجلسة ١١/٢/١٩٦١، مشار إليه لدي الدكتور: عادل أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده، القاهرة، الهيئة العامة للكتاب، ١٩٩٥، ص ٤٠٤.

٤. حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقم ٩٥٦ لسنة ٥ ق، والصادر بجلسة ١٤/٤/١٩٦١، مشار إليه لدي الدكتور: عادل أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده، المرجع السابق، ص ٤٠٥.

مدى تعتبره السلطة مطلوباً، أي مهما كانت درجة التقييد والتعدي على الحقوق الأساسية والحريات العامة التي نص عليها الدستور، حيث قال الحكم بكل صراحة ووضوح: «وحيث إن نظرية الضرورة تعتبر قيماً على مبدأ سمو الدستور، إذ تجد هذه النظرية مجالاً لتطبيقها في الظروف الاستثنائية، التي قد تمر بها الدولة من خلال مواجهتها لأخطار أو أزمات تهدد سلامة المجتمع والأفراد والجماعات التي تعيش في ظله، ما يوجد مبرراً للسلطة العامة الحاكمة في الخروج على تلك القيود والضوابط القانونية، المتمثلة في مجموعة القواعد الدستورية والقانونية المطبقة في الظروف العادية، ويحق لهذه السلطة - نتيجة لذلك - اتخاذ الإجراءات اللازمة لمواجهة الظروف الطارئة»<sup>(١)</sup>.

فحالة الضرورة هي الحالة الواقعية التي تمثل ركن السبب التي يتم على أساسها تقييد الحريات العامة في الظروف الاستثنائية، ويخضع قيام حالة الضرورة وتوافر شروطها لتقدير القضاء، ولا يجوز أبداً أن تستقل سلطات الضبط بتقدير قيام حالة الضرورة التي تبرر لها تقييد الحقوق والحريات العامة، بل يخضع تقديرها دائماً لرقابة القضاء.

ومقتضى حالة الضرورة ألا تتخذ سلطات الضبط أي إجراءات أو تدابير لتقييد الحريات العامة إلا للحفاظ على مصلحة أولى بالرعاية مثل حفظ النفس والصحة، وبالقدر اللازم أو في الحدود الضرورية للحفاظ على تلك المصلحة الأولى بالرعاية. ويترتب على ذلك إن أي إجراءات تجاوز حالة الضرورة أو تكون غير مناسبة لحماية المصلحة الأولى بالرعاية تكون غير مشروعة، ومخالفة للدستور والقانون.

وفي تطبيق حديث وعملي على بطلان وحظر التقييد المطلق للحرية لانتهاء حالة الضرورة، قررت المحكمة الدستورية الألمانية: عدم جواز فرض حظر شامل على إقامة الشعائر الدينية شريطة اتباع إجراءات احترازية لمنع انتشار الفيروس.»

وقد ألغت المحكمة الدستورية في ألمانيا - في ٢٩/٤/٢٠٢٠ - الحظر الشامل المفروض على إقامة الشعائر الدينية أثناء أزمة تفشي فيروس كورونا والذي فرضته السلطات الألمانية منذ منتصف مارس الماضي في إطار خطتها لاحتواء جائحة فيروس كورونا. وقالت وجاء في حكم المحكمة إن ثمة استثناءات عديدة يمكن تقريرها على مبدأ الحظر إذا اتُخذت احتياطات كافية لتجنب العدوى. وقد أصدرت المحكمة قرارها السابق في سياق نظرها لاستئناف رفعته الرابطة الإسلامية- في إحدى الولايات الألمانية الشمالية- والتي كانت ترغب في السماح لها بإقامة صلاة الجمعة في الأسابيع المتبقية من شهر رمضان. واستندت المحكمة في قرارها السابق إلى القول بأنه «بالنظر إلى الانتهاك الخطير الذي يمثله الحظر الشامل للشعائر الدينية على الحرية الدينية» فإنه لم يعد مستساغاً تقبل فكرة عدم إمكانية إيراد بعض الاستثناءات على هذا الحظر. وشددت المحكمة على ضرورة اتباع إجراءات احترازية معينة: مثل تحديد عدد المصلين على نحو يتناسب مع المكان المخصص

١. حكم المحكمة الدستورية البحرينية في ٢٥/١/٢٠١٢ والمنشور في الجريدة الرسمية في العدد رقم ٣٠٢٦ بتاريخ ٢٦ يناير ٢٠١٢.

لإقامة الشعائر، احترام قواعد التباعد الاجتماعي، ارتداء الأقنعة الواقية، وضع علامات تضمن عدم التقارب بين الأشخاص، وغير ذلك من الاجراءات الضرورية لتجنب العدوى. والمستفاد من هذا الحكم أنه في حالة إمكانية وجود بدائل يمكن تطبيقها وتحافظ على حياة ممارسي الحرية وسلامتهم، فلا يجوز فرض الحظر الشامل والحرمان من ممارسة الحرية بصفة مطلقة لانتفاء حالة الضرورة<sup>(١)</sup>.

### ثانياً: مبدأ التناسب:

من المبادئ الدستورية الهامة التي ينبغي على السلطات العامة أن تراعيها وأن تلتزم بها عند اتخاذ الاجراءات والتدابير الاحترازية لمواجهة انتشار فيروس كورونا المستجد مبدأ التناسب، وهو مبدأ مكمل ومتمم للمبدأ السابق، حيث يجب عليها أن تكون الاجراءات والتدابير ضرورية ومتناسبة مع حالة الخطر، فأى إجراء أو تدبير يخل بمبدأ التناسب سيكون مخالفاً للدستور والقانون. وقد أشارت إلى أهمية مراعاة مبدأ التناسب مفوضة الأمم المتحدة لحقوق الانسان ميشيل باشليه حيث أكدت على أن «الإجراءات الاستثنائية يجب أن تكون متناسبة وغير تمييزية ومحددة «زمنياً» وأن تخضع لرقابة برلمانية وقضائية مناسبة». وأكدت «من الواضح أن إطلاق النار على شخص خرق حظر التجول بحثاً عن طعام أو إيداعه السجن وممارسة العنف بحقه غير مقبول وغير مشروع»، دون أن تذكر اسم البلد الذي حصل فيه ذلك<sup>(٢)</sup>.

هذا، وقد قررت السلطات إجراءات استثنائية لمواجهة تفشي جائحة كورونا، وقررت عقوبات على مخالفة تلك الاجراءات، فمثلاً مخالفة قرار حظر التجول، مخالفة حظر التجمعات، فتح النوادي والمقاهي وغيرها، كل هذه الأمور يترتب عليها عقوبات تختلف من بلد لآخر. فمصر مثلاً قررت معاقبة من يخالف قرارات حظر التجول بعقوبة الحبس وبغرامة لا تتجاوز أربعة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين.

فينبغي أن تنقيد الاجراءات والعقوبات بمبدأ التناسب.

ومبدأ التناسب على هذا له وجهان:

**الوجه الأول:** هو ألا تكون العقوبة أو الجزاء المقرر على المخالفة مفرطاً إلى حد الشطط الذي تتأذى منه العدالة.

**الوجه الثاني:** وهو ألا يكون الجزاء المقرر واهياً لا يحقق ردعاً للمخالفين، ولا يتحقق به أهداف العقاب.

١. انظر عكس ذلك، رفض المحكمة العليا الامريكية طعن أقامته إحدى الكنائس في ولاية كاليفورنيا ضد إجراءات الإغلاق لمواجهة انتشار فيروس كورونا، وبصفة خاصة القيود المفروضة على التجمعات العامة. واستندت المحكمة في حيثيات حكمها أن القيود المفروضة تبدو متسقة مع التعديل الأول «للدستور الامريكي الذي يكرس حرية الدين والتجمع السلمي، كما توجد قيود مماثلة، وربما أشد قسوة على التجمعات المدنية المناظرة، بما في ذلك المحاضرات، والحفلات الموسيقية، وعروض الافلام والعروض الرياضية والمسرحية، حيث تلتقي تجمعات كبيرة من الناس في تقارب لمدد طويلة.

٢. تصريحها المنشور على موقع فرانس ٢٤ والمنشورة في بتاريخ ٢٧/٤/٢٠٢٠.

ويعد مبدأ التناسب تجسيداً حقيقياً لفكرة العدالة، فعندما يسود هذا المبدأ في كافة الأعمال القانونية التي تقوم بها السلطات العامة يتحقق الشعور بالعدالة والرضا من كافة المخاطبين بالقانون. ويشكل التناسب أحد المبادئ العامة للقانون التي تجسد أفكار العدالة والإنصاف والمعقولية - كما يعكس ضرورة توافر الملاءمة في الاجراءات التي تتبناها الدولة - والتي تنطوي في الغالب على تقييد للحقوق والحريات المكفولة دستورياً - بغرض تحقيق هدف مشروع. ويجد هذا المبدأ تكريساً صريحاً له، ليس فقط في الوثائق القانونية للاتحاد الأوروبي، ولكن في العديد من الدساتير الوطنية. ويتسع نطاق تطبيق هذا المبدأ، بحيث لم يعد يقتصر على التطبيق في حالة تقييد ممارسة أو حريات معينة، ولكن في سياق ممارسة الدولة لسلطاتها بصورة عامة<sup>(١)</sup>.

ومبدأ التناسب من المبادئ الدستورية العامة الذي له صدى في فروع القانون كافة، لذلك نجد هذا المبدأ في نطاق القانون الدستوري، القانون الاداري، القانون الجنائي، القانون المدني. كما أن هذا المبدأ من المبادئ المستقرة عليها في الأمم المتحدة حيث «يجد مبدأ التناسب تكريساً له، صريحاً أو ضمناً، سواء في الآليات القانونية الدولية أو في العديد من دساتير الدول الديمقراطية، ففي رومانيا على سبيل المثال، ينص الدستور صراحة على مبدأ التناسب صراحة في المادة (٥٣)، كما توجد العديد من النصوص الأخرى التي تشير إلى هذا المبدأ ضمناً. ويشير العديد من الكتاب إلى أن مبدأ التناسب أضحى يشكل أحد المبادئ العامة للقانون العام في معظم الدول الأوروبية»<sup>(٢)</sup>.

ويترب على القيمة الدستورية لمبدأ التناسب التزام كافة السلطات العامة به في كافة ما تباشره من اختصاصات. فتلتزم به السلطة التشريعية فيما تصدره من تشريعات، وتلتزم به السلطة التنفيذية فيما تصدره من لوائح وقرارات فردية، وتلتزم بتطبيقه السلطة القضائية فيما تصدره من أحكام. ومن التطبيقات الحديثة لمبدأ التناسب ما قرره مجلس الدولة الفرنسي بشأن الإجراءات التي اتخذتها الحكومة الفرنسية من فرض حظر شامل على حرية العبادة حيث ألغى المجلس تلك القرارات؛ لأن الحظر العام والمطلق غير متناسب مع الهدف المتمثل في الحفاظ على الصحة العامة لذلك أمر مجلس الدولة الحكومة الفرنسية بإعادة فتح دور العبادة، ورفع الحظر الشامل عن التجمعات المفروض على خلفية فيروس كورونا المستجد، مطالباً بالالتزام بالتجمع في مجموعات صغيرة، وجاء في حيثيات قرار المجلس أن «حظر الحكومة ينتهك بشكل خطير وواضح حرية العبادة ... وقرر أن الحظر العام والمطلق غير متناسب مع الهدف المتمثل في الحفاظ على الصحة العامة .. لذا يجب اتخاذ إجراءات أقل صرامة»<sup>(٣)</sup>.

١. أ.د. وليد الشناوي: التطورات الحديثة للرقابة على التناسب في القانون الإداري: دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية العدد ٥٩، أبريل ٢٠١٦ ص ٤١٥.

٢. للمزيد من التفصيل انظر أ.د. وليد الشناوي: التطورات الحديثة للرقابة على التناسب في القانون الإداري: المرجع السابق، ص ٤١٥ وما بعده.

٣. جريدة الشروق المصرية في ١٩/٥/٢٠٢٠.

وفي ذات السياق وفي ٥/٦/٢٠٢٠ قررت المحكمة الدستورية الرومانية عدم دستورية الغرامات المفروضة على مخالفي إجراءات الإغلاق التي تستهدف الحد من انتشار فيروس كورونا بسبب إفراطها (عدم تناسبها) وغموض النص التشريعي الذي تستند إليه.

إذاً، مبدأ التناسب أضحى من المبادئ الدستورية العامة المستقر عليها في الأمم المتحدة، وهو من الأحكام الأساسية في الفكر الإنساني، الفلسفي والسياسي والقانوني، وبدون التناسب والتوازن لن تكون هناك إمكانية لاستمرار الحياة المشتركة التي يتقاسمها البشر، ولن تكون هناك إمكانية لاستمرارية الدولة كت تنظيم سياسي واجتماعي وقانوني، واستمرار هيئاتها وأجهزتها وسلطاتها.<sup>(١)</sup> فالتوازن بين الحقوق والحريات، وسائر القيم الدستورية المتمثلة في حقوق وحريات الغير أو المصلحة العامة؛ يجب أن تتم وفقاً للضرورة الاجتماعية والتناسب. وكلامها من واد واحد؛ فالضرورة لا بد أن تقدر بقدرها. ومن هنا التناسب، ولا إلا بالقدر الضروري. وهكذا فإن ضابط الضرورة والتناسب، يحكم مبدأ أو نطاق تدخل المشرع لتقييد الحقوق والحريات التي تعد أصلاً عاماً لا يجوز المساس به بغير ضرورة وتناسب.<sup>(٢)</sup>

ولأهمية مبدأ التناسب كأداة لتحقيق العدالة فقد جعلته المحكمة الدستورية العليا المصرية أساساً لشرعية أي جزاء سواء كان جزاءً جنائياً أم تأديبياً أم مدنياً، فمبدأ التناسب - وفق تصوير المحكمة - هو الضمانة لشرعية الجزاءات بحيث يؤدي تخلفه إلى فقدان أساس وجودها وشرعيتها فقد قررت المحكمة: «وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن شرعية الجزاء، جنائياً كان، أو مدنياً، أو تأديبياً، مناطها، أن يكون متناسباً مع الأفعال التي أتمها المشرع، أو حظرها، أو قيد مباشرتها...»<sup>(٣)</sup> وفي البحرين<sup>(٤)</sup> اعتنق القضاء من خلال الدائرة الإدارية مبدأ التناسب وذلك في حكمها الصادر بتاريخ ٢٧/١٢/٢٠٠٤ في مجال التأديب والذي جاء فيه «يتعين أن يكون الجزاء الموقع من قبل جهة الإدارة يتناسب مع الجرم الذي يقع من الموظف العام كشرط لمشروعية الجزاء، إذ أن السلطة

١. ا.د جورج شفيق زيدان : رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري، دراسة تحليلية مقارنة في بعض الأنظمة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد ٦٦ أغسطس ٢٠١٨ ص ١٧٣، ١٧٤.

٢. ا.د أحمد فتحي سرور : القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق ٢٠٠٢، الطبعة الثانية، ص : ١٧٥.

٣. حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ٥ ديسمبر ٢٠١٥ في القضية ١٧٣ لسنة ٢٩ قضائية «دستورية» مجموعة احكام المحكمة في تسع سنوات ... مرجع سابق ص ١٨٩.

٤. يرجع بعض الفقهاء مبدأ التناسب إلى نصوص الدستور فيقول «الواقع بأن المشرع الدستوري قد وضع أساساً مهما لمبدأ التناسب لحماية الحقوق والحريات المنصوص عليها في المادة (٣١) من الدستور البحريني عندما نص في المادة ٣١ (من الدستور البحريني) على أن « يكون تنظيم الحقوق والحريات العامة المنصوص عليها في هذا الدستور أو تحديدها بقانون أو بناء عليه، ولا يجوز أن ينال التنظيم أو التحديد من جوهر الحق أو الحرية». انظر د. مروان المدرس : اختصاص المحكمة الدستورية البحرينية في حماية الحقوق والحريات العامة، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية المجلد ١٤ العدد ٢ ديسمبر ٢٠١٧ م ص: ٣٦٤. في حين يرد العديد من الفقهاء مبدأ التناسب إلى نظرية المبادئ الدستورية العامة أو المبادئ العامة غير المدونة في الدستور وهي مبادئ تستمد من روح الدستور وليس من نصوصه الصريحة. انظر الدكتور أحمد كمال أبوالمجد: الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والاقليم المصري، القاهرة، دار النهضة المصرية ١٩٦٠، ص ٥٩٧ وما بعدها. د. سامي جمال الدين : تدرج القواعد القانونية والشريعة الإسلامية، ٢٠١٣، مرجع سابق ص ١٠١ وما بعدها.

التأديبية تتمتع بحرية تقدير الذنب وما يناسبه من الجزاء بشرط ألا يشوبه غلو ممثل في عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة الخطورة الذنب الإداري ونوع الجزاء ومقداره ؛ لأن التناسب في العقاب يحقق هدف العقوبة التأديبية دون أن يؤثر في أداء الإدارة لدورها. <sup>(١)</sup>

وفي القضاء الدستوري البحريني طبقت المحكمة الدستورية مبدأ التناسب في مجال الحقوق والحريات العامة، وفي مجال التجريم والعقاب بحيث أضحي هذا المبدأ من المبادئ المستقرة عليها في القضاء الدستوري البحريني ويشكل قيوداً على سلطة المشرع في التشريع، وقيوداً على سلطة الإدارة في التنفيذ. <sup>(٢)</sup>

وقد أشارت محكمة القضاء الإداري الدائرة الثانية - بذات التشكيل في الحكم محل التعليق - في حكمها الصادر في ٢٠٢٠/٨/١٨ في الدعوى رقم ٥١١٨٥ لسنة ٧٤ ق في الدعوى المقامة ضد رئيس نقابة اتحاد كتاب مصر بوقف تنفيذ قرار النقيب العام لاتحاد كتاب مصر الصادر بتاريخ ٢٠٢٠/٨/٤/٨ فيما تضمنه من الدعوة لعقد جمعيتين عموميتين بتاريخ ٢٠٢٠/٨/٢١، و٢٠٢٠/٨/٢٨، إلى ضرورة مراعاة سلطات الضبط الإداري لمبدئي الضرورة والتناسب في الإجراءات التي تتخذها سلطات الضبط الإداري في مجال تنظيم الحقوق والحريات العامة في ظل جائحة كورونا، وجاء في حكم المحكمة «إنه من الأصول أن الضرورة تقدر بقدرها، ويتعين التناسب بين الأضرار والمصالح المترتبة على الإجراء. ونوهت المحكمة إلى أن تقديرها لتناسب الإجراء والحظر المقرر بقرار سلطات الضبط الإداري، إنما يكون بحسب كل حالة على حدة وفق ظروفها وملابساتها، وميزانها بميزان لا يخل بالحقوق الدستورية المقررة، ويراعي سلطة الدولة في تنظيم وحماية الصحة العامة، كما تهيب بالجهة الإدارية الإعلان في أسرع وقت عن التدابير الوقائية التي يتعين على النقابات والجمعيات ومنظمات المجتمع المدني اتخاذها لممارسة الحقوق الدستورية المقررة والتي تقتضي التجمع، ووضع آليات مراقبتها، والشروط اللازمة لها، حتى لا تتخذ حالة الضرورة كمسوغ لتعطيل ممارسة الحقوق الديمقراطية والسياسية. <sup>(٣)</sup>

١. حكم المحكمة الكبرى المدنية - الدائرة الإدارية - في الدعوى رقم (٢٢١١) لسنة ٢٠٠٤ مشار إليه لدى الدكتور- مروان المدرس:

رقابة المحكمة الدستورية في مملكة البحرين على مبدأ التناسب، مجلة الحقوق - جامعة الكويت - العدد ١ / ٢٠١٧ ص ١٧٥ .

٢. انظر بالتفصيل رقابة المحكمة الدستورية على مبدأ التناسب الدكتور مروان المدرس: رقابة المحكمة الدستورية في مملكة البحرين على مبدأ التناسب، مجلة الحقوق - المرجع السابق ص ١٨٩ وما بعدها.

٣. يقول الأستاذ الدكتور أحمد فتحي سرور « إن السلطة التقديرية للمشرع في تحديد الضرورة والتناسب في التجريم والعقاب ليست مطلقة، وإنما تحددها الغايات التي استهدف الدستور تحقيقها، لأن السلطة التشريعية لا تمارس اختصاصها إلا في حدود الدستور . فالضرورة والتناسب يكونان معاً معياراً دستورياً يتعين الالتزام به. انظر لسيادته: القانون الجنائي الدستوري، المرجع السابق ص:

## الخاتمة:

يخلص الباحث من التعليق على حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٣٧٢١٤ لسنة ٧٤ق والصادر بجلسة ٢٨/٦/٢٠٢٠ إلى بعض النتائج والتوصيات وهي:  
أن التكييف القانوني الذي أسبغته محكمة القضاء الإداري على جائحة كورونا بأنها قوة القاهرة هو تكييف صحيح قانونا ويتفق مع الشروط المقررة للقوة القاهرة من عدم إمكان التوقع واستحالة الدفع. أن المحكمة قد وازنت في حكمها محل التعليق بين المصالح المختلفة والجديرة بالحماية، وغلبت المصلحة الأولى بالرعاية على غيرها من المصالح الأخرى، فرجحت حماية النفس البشرية والحق في الحياة على غيره من الحقوق والحريات الأخرى، وأيدت قرار جهة الإدارية بإرجاء وقف الانتخابات المقررة لنقابة أطباء الاسنان مؤقتا لحين السيطرة على الفيروس، حفاظا على الصحة العامة وحماية النفس البشرية.

## التوصيات:

إذا كان من حق السلطات العامة في إطار ممارستها لاختصاصاتها الدستورية تقييد الحريات العامة في الظروف الاستثنائية، ولكن هذا الحق ليس مطلقا، وإنما هو مقيد بعدد من المبادئ الدستورية الهامة مثل مبدأ الضرورة والتناسب. فيجب على السلطات العامة ألا تُقيد الحريات إلا في حالة الضرورة وبالقدر الذي تستلزمه هذه الضرورة، وهذا التقييد يخضع دائما لرقابة القضاء لوزنه بميزان المشروعية.

كما يوصي الباحث السلطات بضرورة اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لكفالة الحريات في الظروف الاستثنائية خاصة في حالة إذا ما طال الأمر، ولم يُكتشف علاج فعال لهذا الفيروس، فيجب على الجهات الإدارية اتخاذ كافة التدابير الوقائية اللازمة الواجب على كافة الجهات اتخاذها لضمان ممارسة الحقوق والحريات الدستورية المقررة، ذلك أن كفالة الحرية لا تقل أهمية عن كفالة الحق في الحياة، فالله سبحانه وتعالى قد منحنا الحياة وفي اللحظة ذاتها قد وهبنا الحرية. والله ولي التوفيق.

## المراجع:

١. أحمد كمال أبو المجد: الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري، القاهرة، دار النهضة المصرية، ١٩٦٠.
٢. أحمد فتحي سرور: القانون الجنائي الدستوري، القاهرة، دار الشروق ٢٠٠٢.
٣. بكر طالب: أزمة تنفيذ العقود في ضوء جائحة كورونا المستجد، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة السادات، المجلد ٦، عدد خاص بجائحة كورونا وتداعياتها القانونية والاقتصادية المحلية والاقليمية والدولية صيف ٢٠٢٠.
٤. جورجى شفيق زيدان: رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري، دراسة تحليلية مقارنة في بعض الأنظمة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد ٦٦ أغسطس ٢٠١٨.
٥. رجائي حسين الشتوي: آثار كورونا COVID-19 على الالتزامات التعاقدية، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة السادات، المجلد ٦، عدد خاص بجائحة كورونا وتداعياتها القانونية والاقتصادية المحلية والاقليمية والدولية صيف ٢٠٢٠.
٦. سامي جمال الدين: تدرج القواعد القانونية والشريعة الإسلامية، ٢٠١٣، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
٧. سحر عبد الستار إمام: جائحة كورونا وتداعياتها على المنظومة القضائية، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة السادات، المجلد ٦، عدد خاص بجائحة كورونا وتداعياتها القانونية والاقتصادية المحلية والاقليمية والدولية صيف ٢٠٢٠.
٨. سمير تناغو: النظرية العامة للقانون، الاسكندرية، منشأة المعارف ١٩٩٩.
٩. عادل أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده، القاهرة، الهيئة العامة للكتاب، ١٩٩٥.
١٠. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام ٢٠٠٦، طبعة نقابة المحامين.
١١. عبير أبو شمالة: مقال بعنوان شروط «القوة القاهرة» هل تنطبق على فيروس كورونا منشور على موقع الخليج الاقتصادي بتاريخ ٢٠٢٠/٣/٣٠.
١٢. عزيزة الشريف: دراسات في نظرية العقد الاداري - دار النهضة العربية، بدون تاريخ.
١٣. فاروق عبد البر: «دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات العامة» الجزء الاول، بدون تاريخ.
١٤. وليد الشناوي: التطورات الحديثة للرقابة على التناسب في القانون الاداري: دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية العدد ٥٩، أبريل ٢٠١٦.
١٥. ماجد الحلو: العقود الادارية، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة ٢٠١٢.
١٦. مروان المدرس: رقابة المحكمة الدستورية في مملكة البحرين على مبدأ التناسب، مجلة الحقوق - جامعة الكويت - العدد ١ / ٢٠١٧.
١٧. مروان المدرس: اختصاص المحكمة الدستورية البحرينية في حماية الحقوق والحريات العامة، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية المجلد ١٤ العدد ٢ ديسمبر ٢٠١٧م.

١٨. محمد إبراهيم درويش، إبراهيم محمد درويش: القانون الدستوري، القاهرة، الهيئة العامة للكتاب، ٢٠١٩.
١٩. محمد ماهر أبو العينين: الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، ١٩٨٧.
٢٠. محمد عبد الجليل المر: حق تكوين الجمعيات الأهلية الضوابط الدستورية (للنشأة - لممارسة النشاط - للانقضاء) دراسة تحليلية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية ٢٠٢٠.
٢١. محمد الكوهجي مقال بعنوان «هل يعتبر فيروس كورونا من القوة القاهرة التي يتأثر بها العقد»:، جريدة الايام البحرينية، العدد ١١٣٤٧ في ٢/٥/٢٠٢٠.
٢٢. مصطفى عبد الغني: بحث منشور على الانترنت بعنوان «القوة القاهرة في قضاء محكمة النقض المصرية».
٢٣. محمود المغربي، بلال صنديد: التكييف القانوني للجائحة «الكورونا» على ضوء الثوابت الدستورية والدولية والمبادئ القانونية المستقرة ... بين صلافة المسلمات ومرونة الاعتبارات: دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - السنة الثامنة - ملحق خاص - العدد ٦، يونيو ٢٠٢٠.
٢٤. يوسف عبيدات: بحث بعنوان «بعض صور الحماية القانونية في زمن جائحة كورونا» مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - السنة الثامنة - ملحق خاص - العدد ٦، يونيو ٢٠٢٠.





جامعة البحرين  
University of Bahrain

هيئة التشريع والرأي القانوني  
Legislation & Legal Opinion Commission



# AL Qanoniya

Volume No. 10- Rabi Al-Awwal  
1443 Hijri- October 2021



A Biannual Law Journal Issued by the  
Legislation and Legal Opinion Commission  
In Collaboration with: University of Bahrain