

مجلة جامعة البعث

سلسلة العلوم القانونية



مجلة علمية محكمة دورية

المجلد 46 . العدد 10

1446 هـ - 2024 م

الأستاذ الدكتور عبد الباسط الخطيب

رئيس جامعة البعث

المدير المسؤول عن المجلة

رئيس هيئة التحرير	أ. د. محمود حديد
رئيس التحرير	أ. د. وليد حماده

مديرة مكتب مجلة جامعة البعث

م. ربا قباقلي

عضو هيئة التحرير	د. محمد هلال
عضو هيئة التحرير	د. فهد شريباتي
عضو هيئة التحرير	د. معن سلامة
عضو هيئة التحرير	د. جمال العلي
عضو هيئة التحرير	د. عباد كاسوحة
عضو هيئة التحرير	د. محمود عامر
عضو هيئة التحرير	د. أحمد الحسن
عضو هيئة التحرير	د. سونيا عطية
عضو هيئة التحرير	د. ريم ديب
عضو هيئة التحرير	د. حسن مشرقي
عضو هيئة التحرير	د. هيثم حسن
عضو هيئة التحرير	د. نزار عبشي

تهدف المجلة إلى نشر البحوث العلمية الأصيلة، ويمكن للراغبين في طلبها

الاتصال بالعنوان التالي:

رئيس تحرير مجلة جامعة البعث

سورية . حمص . جامعة البعث . الإدارة المركزية . ص . ب (77)

. هاتف / فاكس : 963 31 2138071 ++

. موقع الإنترنت : www.albaath-univ.edu.sy

. البريد الإلكتروني : [magazine@ albaath-univ.edu.sy](mailto:magazine@albaath-univ.edu.sy)

ISSN: 1022-467X

شروط النشر في مجلة جامعة البعث

الأوراق المطلوبة:

- 2 نسخة ورقية من البحث بدون اسم الباحث / الكلية / الجامعة) + CD / word من البحث منسق حسب شروط المجلة.
 - طابع بحث علمي + طابع نقابة معلمين.
 - إذا كان الباحث طالب دراسات عليا:
يجب إرفاق قرار تسجيل الدكتوراه / ماجستير + كتاب من الدكتور المشرف بموافقة على النشر في المجلة.
 - إذا كان الباحث عضو هيئة تدريسية:
يجب إرفاق قرار المجلس المختص بإنجاز البحث أو قرار قسم بالموافقة على اعتماده حسب الحال.
 - إذا كان الباحث عضو هيئة تدريسية من خارج جامعة البعث :
يجب إحضار كتاب من عمادة كليته تثبت أنه عضو بالهيئة التدريسية و على رأس عمله حتى تاريخه.
 - إذا كان الباحث عضواً في الهيئة الفنية :
يجب إرفاق كتاب يحدد فيه مكان و زمان إجراء البحث ، وما يثبت صفته وأنه على رأس عمله.
 - يتم ترتيب البحث على النحو الآتي بالنسبة لكليات (العلوم الطبية والهندسية والأساسية والتطبيقية):
عنوان البحث .. ملخص عربي و إنكليزي (كلمات مفتاحية في نهاية الملخصين).
- 1- مقدمة
 - 2- هدف البحث
 - 3- مواد وطرق البحث
 - 4- النتائج ومناقشتها .
 - 5- الاستنتاجات والتوصيات .
 - 6- المراجع.

- يتم ترتيب البحث على النحو الآتي بالنسبة لكليات (الآداب - الاقتصاد - التربية - الحقوق - السياحة - التربية الموسيقية وجميع العلوم الإنسانية):
- عنوان البحث .. ملخص عربي و إنكليزي (كلمات مفتاحية في نهاية الملخصين).
- 1. مقدمة.
- 2. مشكلة البحث وأهميته والجديد فيه.
- 3. أهداف البحث و أسئلته.
- 4. فرضيات البحث و حدوده.
- 5. مصطلحات البحث و تعريفاته الإجرائية.
- 6. الإطار النظري و الدراسات السابقة.
- 7. منهج البحث و إجراءاته.
- 8. عرض البحث و المناقشة والتحليل
- 9. نتائج البحث.
- 10. مقترحات البحث إن وجدت.
- 11. قائمة المصادر والمراجع.
- 7- يجب اعتماد الإعدادات الآتية أثناء طباعة البحث على الكمبيوتر:
 - أ- قياس الورق 25×17.5 B5.
 - ب- هوامش الصفحة: أعلى 2.54- أسفل 2.54 - يمين 2.5- يسار 2.5 سم
 - ت- رأس الصفحة 1.6 / تذييل الصفحة 1.8
 - ث- نوع الخط وقياسه: العنوان . Monotype Koufi قياس 20
- . كتابة النص Simplified Arabic قياس 13 عادي . العناوين الفرعية Simplified Arabic قياس 13 عريض.
- ج . يجب مراعاة أن يكون قياس الصور والجداول المدرجة في البحث لا يتعدى 12سم.
- 8- في حال عدم إجراء البحث وفقاً لما ورد أعلاه من إشارات فإن البحث سيهمل ولا يرد البحث إلى صاحبه.
- 9- تقديم أي بحث للنشر في المجلة يدل ضمناً على عدم نشره في أي مكان آخر، وفي حال قبول البحث للنشر في مجلة جامعة البعث يجب عدم نشره في أي مجلة أخرى.
- 10- الناشر غير مسؤول عن محتوى ما ينشر من مادة الموضوعات التي تنشر في المجلة

11- تكتب المراجع ضمن النص على الشكل التالي: [1] ثم رقم الصفحة ويفضل استخدام التهميش الإلكتروني المعمول به في نظام وورد WORD حيث يشير الرقم إلى رقم المرجع الوارد في قائمة المراجع.

تكتب جميع المراجع باللغة الانكليزية (الأحرف الرومانية) وفق التالي:
آ . إذا كان المرجع أجنبياً:

الكنية بالأحرف الكبيرة . الحرف الأول من الاسم تتبعه فاصلة . سنة النشر . وتتبعها معترضة (-) عنوان الكتاب ويوضع تحته خط وتتبعه نقطة . دار النشر وتتبعها فاصلة . الطبعة (ثانية . ثالثة) . بلد النشر وتتبعها فاصلة . عدد صفحات الكتاب وتتبعها نقطة .
وفيما يلي مثال على ذلك:

-MAVRODEANUS, R1986- Flame Spectroscopy. Willy, New York, 373p.

ب . إذا كان المرجع بحثاً منشوراً في مجلة باللغة الأجنبية:

. بعد الكنية والاسم وسنة النشر يضاف عنوان البحث وتتبعه فاصلة، اسم المجلد ويوضع تحته خط وتتبعه فاصلة . المجلد والعدد (كتابة مختزلة) وبعدها فاصلة . أرقام الصفحات الخاصة بالبحث ضمن المجلة.
مثال على ذلك:

BUSSE,E 1980 Organic Brain Diseases Clinical Psychiatry News ,
Vol. 4. 20 – 60

ج . إذا كان المرجع أو البحث منشوراً باللغة العربية فيجب تحويله إلى اللغة الإنكليزية و
التقيد

بالبنود (أ و ب) ويكتب في نهاية المراجع العربية: (المراجع In Arabic)

رسوم النشر في مجلة جامعة البعث

1. دفع رسم نشر (40000) ل.س أربعون ألف ليرة سورية عن كل بحث لكل باحث يريد نشره في مجلة جامعة البعث.
2. دفع رسم نشر (100000) ل.س مئة ألف ليرة سورية عن كل بحث للباحثين من الجامعة الخاصة والافتراضية .
3. دفع رسم نشر (200) مئتا دولار أمريكي فقط للباحثين من خارج القطر العربي السوري .
4. دفع مبلغ (6000) ل.س ستة آلاف ليرة سورية رسم موافقة على النشر من كافة الباحثين.

المحتوى

الصفحة	اسم الباحث	اسم البحث
54-11	د. تيسير عبد الله الناعس	القواعدُ الفقهيَّةُ في القانون السوريّ
98- 55	د. أحمد حسن د فواز صالح أسامة الرحال	الفرق بين نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة دراسةً فقهيةً قانونيةً
160-99	بهجت رجب الدنيا د. مروان القطب	مشروعية الإثبات الجزائي بالوسائل العلمية الحديثة والدليل الرقمي
188-161	د. وسام عضوم	تطبيقات الأثر المطلق والرجعي للحكم الصادر بالإلغاء

القواعدُ الفقهيةُ في القانون السوري

الأستاذ المساعد تيسير عبد الله الناعس

جامعة دمشق: كلية الشريعة/ قسم الفقه الإسلامي

المستخلص

هَدَفَ البحثُ إلى الكشف عن أثر القواعد الفقهية في القانون السوري، سواء من حيث التشريعات النافذة أم من حيث مصادر التشريع، وفي سبيل الوصول إلى الهدف، عرض المبحث الأول في مطلبين إلى حقيقة القواعد الفقهية ومشروعيتها، وشرح القواعد الفقهية الكلية، وعرض المبحث الثاني في مطلبين إلى أثر القواعد الفقهية في نصوص المواد القانونية، وأثر القواعد الفقهية في مصادر التشريع الاحتياطية. واتبع البحث المنهج الاستقرائي والاستنباطي. وتوصل البحث في الخاتمة إلى النتائج الآتية: القواعد الفقهية مبادئ تشريعية عالمية، تسالم الناس على الأخذ بها، وتزاحم المفكرون على تضمينها في كتاباتهم، ومن ثم فهي تراث تشريعي استفادت منها النظم القانونية على اختلاف مشاربها، واقترح البحث على كليات الحقوق أفراد موضوع القواعد الفقهية بمقرر خاص، كما اقترح على كليات الشريعة توجيه طلاب الدراسات العليا إلى العناية بالقواعد الفقهية، عبر توجيههم إلى استنباط القواعد الفقهية من المصادر الكثيرة التي لم تستنبط منها القواعد الفقهية بعد.

الكلمات المفتاحية: القواعد الفقهية، القانون السوري، التشريع الإسلامي.

Abstract

The research aimed to reveal the impact of the jurisprudential rules in Syrian law, whether in terms of the applicable legislation or in terms of the sources of legislation. In order to reach the goal, the first section presented in two sections the reality of the jurisprudential rules and their legitimacy, and a brief explanation of the overall jurisprudential rules, and the second section presented in We seek the impact of jurisprudential rules in the texts of legal materials, and the impact of jurisprudential rules in alternative sources of legislation. The research followed the inductive and deductive method. At the conclusion of the research, the following results were reached: Jurisprudential rules are universal legislative principles that people agree to adopt, and thinkers compete to include them in their writings. Therefore, they are a legislative heritage from which legal systems of all stripes have benefited. The research suggested that law faculties single out the subject of jurisprudential rules as a course. In particular, he also suggested that Sharia faculties direct graduate students to pay attention to the rules of jurisprudence, by directing them to deduce the rules of jurisprudence from the many sources from which the rules of jurisprudence have not yet been deduced.

Keywords: jurisprudential rules, Syrian law, Islamic legislation.

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد سيد المرسلين، وآل بيته الطيبين الطاهرين، وصحبه الغر الميامين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

تعددت مناهج فقهاء الشريعة الإسلامية في تدوين الفقه الإسلامي، وتعد القواعد الفقهية إحدى أهم تلك المناهج وأشهرها، ومن أقدم مناهج التدوين الفقهي، إذ بعد أن اعتنى الفقهاء بتدوين أحكام المسائل الجزئية في الكتب المطولة، انتقلوا إلى تدوين القواعد التي بنيت عليها أحكام المسائل الجزئية، وهي خطوة مهمة تهدف إلى خدمة الفقه الإسلامي، بشكل يتناسب مع ما وصل إليه البناء الفقهي من العناية والرعاية.

وقد اهتم فقهاء الشريعة الإسلامية بالقواعد الفقهية، وحظي تدوين القواعد الفقهية باهتمام الفقهاء، لكن تعاضم الاهتمام بالقواعد الفقهية مع ظهور صناعة التقنين الفقهي، والتي قامت على أساس وضع القواعد الفقهية في مواد قانونية.

أولاً - أهمية البحث:

لا يختلف منهج البناء الفقهي للقاعدة الفقهية عن منهج البناء التشريعي للقاعدة القانونية، وأمام هذه الحقيقة حاول علماء الشريعة الإسلامية الاستفادة من القواعد الفقهية في تقنين الأحكام، ونقل هذه القواعد من مدونات القواعد الفقهية إلى مواد التشريعات القانونية، بدءاً من ظهور أول قانون مدني مستمد من الشريعة الإسلامية، وهو ما عرف باسم مجلة الأحكام العدلية.

وبناء على أن مجلة الأحكام العدلية مستمدة من الشريعة الإسلامية، كان من الطبيعي أن يستفيد واضعو المجلة من القواعد الفقهية، وأن يستعينوا بها في عدد لا بأس به من موادها القانونية.

لكن مع إلغاء العمل بمجلة الأحكام العدلية، وصدور تشريعات قانونية مستمدة من الشريعة الإسلامية ومن غيرها، تأتي أهمية البحث في الكشف عن مدى استفادة المشرع السوري من القواعد الفقهية، في ظل اعتماده على مصادر تشريعية مختلفة.

ثانياً - أهداف البحث:

يسعى البحث إلى الإجابة عن السؤالين الآتيين:

- 1 - ما أثر القواعد الفقهية في التشريعات القانونية السورية؟
- 2 - ما مدى نفوذ القواعد الفقهية في مصادر التشريع السوري؟

ثالثاً - الدراسات السابقة:

وجد الباحث عدداً من الدراسات السابقة في موضوع البحث، وهي:

1 - "القواعد الفقهية في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي شكلاً ومضموناً"، للباحث أحمد ياسين القرالة، دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 36، (ملحق)، الأردن، 2009: ص704-725.

وقد تناول القرالة الموضوع في بحثين؛ الأول: القواعد الفقهية في القانون المدني من حيث الشكل، والثاني: القواعد الفقهية في القانون المدني من حيث الموضوع.

ومن المعلوم أن القانون المدني الأردني الصادر عام 1976م/ مستمد من الفقه الإسلامي، وهذا يعني أنه اقتدى بمجلة الأحكام العدلية في إيراد عدد من القواعد الفقهية في مواضع مختلفة من أبوابه وفصوله. وهذا يجعل طبيعة البحث عن القواعد الفقهية في التشريعات القانونية مختلفة بين القانون السوري والقانون الأردني؛ لأن القانون المدني السوري مستمد من القانون المدني المصري، والقانون المدني المصري مستمد من عدد من التشريعات القانونية والاجتهادات الفقهية.

فأهم الفروق بين هذه الدراسة ودراسة القرالة، هو اختلاف مصادر القانون المدني الأردني عن مصادر التشريعات القانونية السورية؛ بناء على أن القانون المدني الأردني مستمد من الفقه الإسلامي، والتشريعات القانونية السورية مستمدة من عدد من المصادر التشريعية.

2 - "أثر القواعد الفقهية في القانون دراسة نظرية تطبيقية على نماذج من قوانين بعض الدول العربية"، للباحث عبد القادر بن ياسين بن ناصر الخطيب، مجلة العلوم الإسلامية، العدد 32، المجلد الأول، العراق، 2022: ص 79-110.

قسم الخطيب البحث إلى تمهيد، ومبحثين؛ الأول: أثر القواعد الفقهية في الارتقاء بالصياغة القانونية، والثاني: أثر القواعد الفقهية في المصادر القانونية.

والفروق بين هذه الدراسة ودراسة الخطيب هي ذاتها الفروق بينها وبين دراسة القرالة؛ لأن نماذج القوانين التي اختارها الخطيب للدراسة كانت لأبرز القوانين العربية، مثل: نظام الحكم بالمملكة العربية السعودية، والقانون المدني العراقي، والقانون المدني الأردني، وقانون المعاملات المدنية السوداني، وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، والقانون المدني الكويتي. وهذه القوانين مستمدة من الفقه الإسلامي أيضاً.

3 - "أثر قاعدة العادة محكمة في القانون المدني العراقي وتطبيقاتها: دراسة تحليلية"، للباحث أروان مصطفى إسماعيل، المجلة العالمية للدراسات الفقهية والأصولية: الجامعة الإسلامية العالمية - كلية معارف الوحي والعلوم الإنسانية، مج4، ع1، ماليزيا، 2020: ص 33-42.

قسم إسماعيل دراسته إلى مبحثين؛ الأول: أثر قاعدة العادة محكمة في القانون المدني العراقي، والثاني: أبرز تطبيقات قاعدة العادة محكمة وما تفرع عنها في القانون المدني العراقي.

ومن المعلوم أن القانون المدني العراقي الصادر عام /1951/ هو أول قانون اقتبس القواعد الفقهية في عدد من مواده، ومن القواعد التي اقتبسها من مجلة الأحكام العدلية، القاعدة التي نصت عليها المادة (1/164)، ولفظها: العادة محكمة عامة كانت أو خاصة.

ومن ثم، فالفروق بين هذه الدراسة ودراسة إسماعيل هي ذاتها الفروق التي تقدمت بينها وبين الدراسات الآتفة الذكر.

الجديد في البحث:

يظهر من عرض الدراسات السابقة أن هذا البحث جديد في موضوعه، ولم يسبق بدراسات عن أثر القواعد الفقهية في القانون السوري، أو عن أثر القواعد الفقهية في القوانين المستمدة من التشريعات المصرية والغربية.

وأن الدراسات المقدمة عن أثر القواعد الفقهية في القوانين المستمدة من الفقه الإسلامي، هي دراسات سابقة غير مباشرة.

رابعاً - مناهج البحث:

اتبعت البحث المناهج الآتية:

1 - المنهج الاستقرائي: حيث قام باستقراء نصوص التشريعات القانونية، وتتبع معاني القواعد الفقهية التي تضمنتها معاني تلك التشريعات.

2 - المنهج الاستنباطي: قام البحث بتحديد النصوص التشريعية التي تضمنت معاني واردة في القواعد الفقهية، واستنباط القواعد الفقهية التي أخذت بمعانيها القواعد القانونية.

المبحث الأول

مفهوم القواعد الفقهية ومشروعيتها

تطورت الكتابة والتصنيف في الفقه الإسلامي، فبدأت بجمع المسائل والأحكام الجزئية، مروراً بالضوابط والقواعد الفقهية، وصولاً إلى النظريات العامة والمقاصد الكلية. فالشريعة الإسلامية أشبه ما تكون بالقطار، محطته الأولى هي تدوين الأحكام الفرعية والمسائل التفصيلية، ومحطته الثانية هي تدوين الضوابط الفقهية والقواعد الكلية.

المطلب الأول: حقيقة القواعد الفقهية، وأهميتها

القواعد الفقهية من أعظم الإبداعات العقلية التي أنتجتها عقول الفقهاء، وهي من جوامع الكلم المعبر عن الفكر الفقهي، ولها قيمة ثابتة في مجال التشريع والقضاء.

أولاً - تعريف القاعدة الفقهية:

القاعدة الفقهية: هي قانون عام، أو حكم كلي ينطبق عليه جزئيات متشابهة كثيرة⁽¹⁾.

وتقسم القواعد الفقهية من حيث شمولها واستيعابها للمسائل الفرعية إلى نوعين⁽²⁾:

النوع الأول - القواعد الفقهية الكبرى: وهي القواعد الخمس الكلية التي بنى عليها التشريع الإسلامي فروعها المختلفة، وهذه القواعد الكلية هي:

- الأمور بمقاصدها.

(1) البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، مج 1/ 20-24؛ شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ص 11-19.

(2) البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، مج 1/ 32-35؛ النونو، "القواعد الفقهية..."، مجلة جامعة دمشق، ص 421-461.

- اليقين لا يزول بالشك.
- الضرر يزال.
- العادة محكمة.
- المشقة تجلب التيسير.

فتدرج تحت هذه القواعد مسائل جزئية تعود إلى فروع الشريعة الإسلامية كلها، وتتميز هذه القواعد بأنها أصلية مستقلة، ومتفق عليها بين المذاهب الفقهية كافة.

وقد اصطلح فقهاء القانون على تسمية هذا النوع من القواعد الفقهية في الدراسات القانونية باسم المبادئ العامة للقانون، أو مبادئ القانون، وهي القضايا الكلية التي تستخلص من أحكام القانون، وتتخذ أساسا لاستنباط الأحكام التفصيلية للمسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص.

النوع الثاني - القواعد الفقهية الصغرى: وهي قواعد تتصف بالعموم أيضا، لكن المسائل التي تنطبق عليها صفة العموم في القواعد الفقهية الصغرى أقل شمولاً من المسائل التي تنطبق عليها صفة العموم في القواعد الفقهية الكبرى، ومن هذه القواعد: لا ينكر تغير الأحكام الاجتهادية بتغير الأزمان، والضرورات تبيح المحظورات.

فالقواعد الفقهية الصغرى هي أقل شمولاً للمسائل من القواعد الفقهية الكبرى، إضافة إلى أنها قواعد تابعة للقواعد الفقهية الكبرى، وغير مستقلة عنها.

ولا يختلف معنى مصطلح القواعد الفقهية الصغرى في الدراسات الشرعية عن معنى مصطلح القواعد القانونية في الدراسات القانونية، فكما أنه يشترط في القاعدة الفقهية العموم والإلزام، كذلك يشترط في القاعدة القانونية العموم والإلزام أيضا.

ثانيا - مصادر تكوين القاعدة الفقهية:

تستمد القاعدة الفقهية من أصول أو أدلة متنوعة، ويمكن إرجاع أهم هذه المصادر إلى ما يأتي:

أ - القرآن الكريم: هناك عدد من القواعد الفقهية المستمدة أصولها من الآيات القرآنية، ومن الأمثلة على ذلك:

- قال الله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: 185]، فهذه الآية الكريمة مصدر قاعدة: المشقة تجلب التيسير.

- قال الله تعالى: ﴿وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾ [البقرة: 220]، هذه الآية الكريمة أصل لقاعدة: الأمور بمقاصدها.

ب - السنة النبوية: وهذا من جوامع الكلم التي أكرم الله بها نبيه محمدا صلى الله عليه وآله وسلم، حيث ينطق بالكلمات القليلة التي تفيد المعاني الكثيرة، ومن الأمثلة على ذلك:

- قاعدة: الأمور بمقاصدها، أصل هذه القاعدة قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى»⁽¹⁾.

- قاعدة: الضرر يزال، أصل هذه القاعدة قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم: «لا ضرر ولا ضرار»⁽²⁾.

(1) متفق عليه من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

(2) سنن ابن ماجه، رقم الحديث: (2340).

ج - أقوال مأثورة عن الصحابة والتابعين: ترك السلف الصالح آثارا كثيرة في مجال القواعد الفقهية، مما يعد مصدرا لهذه القواعد، ومن الأمثلة على ذلك⁽¹⁾:

- قول سيدنا علي كرم الله وجهه: من قاسم الربح، فلا ضمان عليه.
- قول القاضي شريح: من شرط على نفسه طائعا غير مكره، فهو عليه.

د - أقوال الأئمة المجتهدين: ومن الأمثلة على ذلك⁽²⁾:

- قول محمد بن الحسن الشيباني: لا يجتمع الخراج والضمان.
- قول الإمام مالك بن أنس: إذا بطل بعض الصفقة، بطلت كلها.
- قول الإمام الشافعي: لا ينسب إلى ساكت قول.
- قول الإمام أحمد ابن حنبل: الشريكان في الربح على ما اصطلاحا عليه، والوضيعة على المال.

هـ - الاجتهاد: توصل الفقهاء إلى عدد من القواعد الفقهية بالاستنباط، مثل قاعدة: الجواز الشرعي ينافي الضمان، كما توصلوا إلى عدد من القواعد بالاستقراء مثل قاعدة: التابع تابع.

ثالثا - الأهمية القانونية للقواعد الفقهية

تمثل القواعد الفقهية روح التشريع الإسلامي وضوابطه، وتعبّر عن مقاصده التي يرمي إلى تحقيقها، فهي ثروة تشريعية عظيمة، وزاد فكري خصب، تظهر أهميته في الجوانب الآتية:

(1) معلمة زايد للقواعد الفقهية، 1/ 396.

(2) معلمة زايد للقواعد الفقهية، 1/ 292-304.

أ - القاعدة الفقهية مصدر تشريعي: اختلف الفقهاء حول اعتبار القواعد الفقهية من مصادر الشريعة الإسلامية، وانقسم الرأي الفقهي حول هذه المسألة، وعلى أي حال، فإن بعضا من الفقهاء رأى أن القواعد الفقهية مصدر من مصادر الشريعة الإسلامية، واشتروا لذلك شرطين:

الأول: أن يكون مصدر القاعدة الفقهية نصا من القرآن الكريم أو السنة النبوية أو الإجماع.

والثاني: أن لا تعارض القاعدة الفقهية أصلا مقطوعا به من كتاب أو سنة أو إجماع.

ب - القاعدة الفقهية تساعد في تكوين تصور عام عن التشريع الإسلامي: وخاصة لدى غير المختصين بالشريعة الإسلامية، وذلك عبر الآتي:

1 - تساعد القواعد الفقهية رجال القانون على الاستقلال في تحصيل الأحكام الشرعية من مصادرها؛ لأنهم يحتاجون إلى القواعد الفقهية في تفسير المواد القانونية المستمدة من الشريعة الإسلامية.

2 - تساعد القواعد الفقهية على جمع معاني الفروع الفقهية بعبارات موجزة سهلة واضحة، وترتيبها في الذهن بصورة منتظمة، وتحديد الرابط الذي يجمع بينها.

المطلب الثاني: شرح القواعد الفقهية الكلية

تقدم القواعد الفقهية لرجال القانون خدمات جليلة، كما مر سابقا، وهذا يوجب عليهم أن يكونوا على دراية بمعاني هذه القواعد؛ ليكونوا قادرين على وضع هذه القواعد في موضعها.

أولاً - قاعدة «الأمر بمقاصدها»:

الأمر بمقاصدها إحدى القواعد الفقهية الكبرى، ومن أهم القواعد الشرعية وأعمقها جذورا؛ لأن شطرا كبيرا من الأحكام الشرعية تدور حول هذه القاعدة، ولذلك عدها العلماء ثلث العلم.

أ - معاني مفردات قاعدة «الأمر بمقاصدها»: تشتمل هذه القاعدة على مصطلحين، وهما: الأمر، والمقاصد، وفيما يلي بيان معاني هذه المفردات:

- الأمر: جمع أمر، وهو لفظ عام للأفعال والأقوال كلها، ومنه قوله تعالى: ﴿وَالْيَهُ يَرْجِعُ الْأَمْرُ كُلَّهُ﴾ [هود: 123].

ثم إن الكلام على تقدير مقتضى؛ أي: أحكام الأمور بمقاصدها؛ لأن علم التشريع إنما يبحث عن أحكام الأشياء لا عن ذواتها⁽¹⁾.

- والمقاصد: جمع مقصد، وهو هنا بمعنى النية⁽²⁾.

ب - المعنى الإجمالي لقاعدة «الأمر بمقاصدها»: المراد بهذه القاعدة أن تصرفات الإنسان منوط حكمها المترتب عليها بالنية، وأن أقواله وأعماله يختلف حكمها الشرعي باختلاف قصده⁽³⁾.

(1) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 47.

(2) البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، مج 1/ 121-124.

(3) الكردي، القواعد الفقهية الكلية، ص 17-18؛ شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ص 96-97.

فالحكم على تصرف الإنسان بكونه واجبا أو مندوبا أو مباحا أو مكروها أو حراما إنما يكون تابعا لقصد الإنسان ونيته⁽¹⁾، فقد يعمل الإنسان عملا بقصد معين فيتربط على عمله حكم معين، وقد يعمل نفس العمل بقصد آخر فيتربط على عمله حكم آخر⁽²⁾.
فالمدار في تصرفات الإنسان العملية والقولية على المقاصد والنيات، لا على ذات الأعمال والألفاظ فحسب⁽³⁾.

ج مصدر قاعدة «الأمر بمقاصدها»: الأصل في هذه القاعدة حديث رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى»⁽⁴⁾، قال أبو عبيدة: "ليس في أخبار النبي صلى الله عليه وآله وسلم شيء أجمع وأغنى وأكثر فائدة منه"⁽⁵⁾.

د - مسائل تطبيقية لقاعدة «الأمر بمقاصدها»: الأمثلة على هذه القاعدة في التشريعات الإسلامية كثيرة، قال الإمام الشافعي: "حديث النية يدخل في سبعين بابا"، ومن ذلك:

1 - الاستيلاء على منقول ليس له مالك (إحراز المباحات): لو استولى شخص على مباح، وكان غافلا أو ساهيا، فإن هذا الاستيلاء لا يفيد الملك، كما لو تعلق صيد في

(1) البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، مج1/ 124-125.

(2) زيدان، الوجيز في شرح القواعد الفقهية، ص11.

(3) شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ص97.

(4) متفق عليه من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

(5) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص9.

شبكة نشرها الصياد بقصد التجفيف، فيستوي صاحب الشبكة وغيره في الاستيلاء على ما تعلق بها من صيد في ذلك الوقت⁽¹⁾.

وقد أخذ القانون المدني السوري بالحكم السابق، فنصت المادة (828) منه على ما يأتي: (من وضع يده على منقول لا مالك له بنية تملكه، ملكه)، فاشتراط نص المادة نية الاستيلاء لإفادة الملك.

2 - التعسف باستعمال الحق: وهو مسؤولية الشخص عن استعمال حق له، إذا أضر بغيره ضرراً غير معتاد.

وقد أخذ بالتعسف المالكية والحنبلية، واشتراطوا لتحقيق التعسف باستعمال الحق عدة شروط، ويأتي قصد المستعمل لحقه الإضرار بغيره في مقدمة معايير التعسف⁽²⁾.

وقد أخذ القانون المدني السوري بالحكم السابق، فنصت المادة (6) منه على ما يأتي: (يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية: آ - إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير...).

3 - العقد الصوري: يعرف هذا العقد في الفقه الإسلامي باسم بيع التلجئة، وهو أن يكون هناك عقدان متزامنان على موضوع واحد، العقد الأول صوري ظاهر معلن، والعقد الثاني حقيقي سري خفي، وهذان العقدان مختلفان من حيث الماهية أو الأركان أو الشروط.

فقد ذهب فقهاء الشريعة والقانون إلى أن العقد النافذ بين المتعاقدين هو العقد الحقيقي؛ لأنه العقد الذي توجه إليه قصد المتعاقدين، فقد نصت المادة (246) من القانون المدني

(1) الزحيلي، القواعد الفقهية، 1/ 64.

(2) الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، ص 98-99.

السوري على ما يأتي: (إذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي).

ومن الأمثلة على العقود الصورية: الهبة المستترة، وهي هبة ينقل فيها الواهب إلى الموهوب إليه حقا عينيا أو حقا شخصيا، ولكنها تباشر تحت ستار عقد آخر، كعقد البيع (المادة: 456 / 1 مدني).

ه القواعد الصغرى المتفرعة عن قاعدة «الأمر بمقاصدها»: يندرج تحت قاعدة الأمور بمقاصدها عدد من القواعد الفرعية، من أهمها القاعدتان الآتيتان:

1 - قاعدة «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني»: لا يختلف معنى هذه القاعدة الجزئية عن معنى القاعدة الكلية «الأمر بمقاصدها»، إلا أن تطبيقات قاعدة «الأمر بمقاصدها» عامة في التصرفات القولية والفعلية كلها، أما تطبيقات قاعدة «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني...» خاصة بالتصرفات القولية، وهي عقود المعاملات ونحوها.

ومعنى قاعدة «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني...» أن الألفاظ التي وضعت لعقود معينة، يمكن أن تصرف إلى عقود أخرى، إذا قصد منها التعاقدان تلك العقود الأخرى⁽¹⁾، كما يمكن شرح معنى القاعدة بقاعدة موجزة أخرى تقول: «العقود بالقصود».

مثال توضيحي: الهبة بشرط العوض، كما لو قال الواهب: وهبتك، بشرط التعويض، فتصح، وتكون هبة ابتداء، وبيعا انتهاء⁽²⁾.

(1) الكردي، القواعد الفقهية الكلية، ص 19.

(2) الزحيلي، القواعد الفقهية، 1 / 405-406.

وقد أخذ القانون المدني السوري بالهبة بعوض أيضا، فنصت المادة (465) منه على ما يأتي: (يلتزم الموهوب له بأداء ما اشترط عليه من عوض سواء اشترط هذا العوض لمصلحة الواهب أم لمصلحة أجنبي أم للمصلحة العامة).

2 - قاعدة «من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه»: تعد هذه القاعدة استثناء من قاعدة «الأمر بمقاصدها»، حيث إن الفاعل هنا يعامل بنقيض مقصوده الفاسد.

ومعنى قاعدة «من استعجل الشيء...» هو الآتي: يشترط أن يكون قصد المكلف في العمل موافقا لقصد الشارع، فإذا جاء المكلف بقصد سيئ خالف فيه قصد الشارع من التشريع، يكون عمله باطلا⁽¹⁾.

فقد قررت قاعدة «من استعجل الشيء...» أصلا مفاده: أن المضار يعامل بنقيض قصده، والمضار هو من قصد بتصرفه غرضا غير مشروع.

مثال توضيحي: تعد قاعدة «من استعجل الشيء...» الأساس الذي يقوم عليه أحد المبادئ القانونية العامة، وهو مبدأ (حسن النية)، وهذا المبدأ من القواعد القانونية الكبرى، إذ جاء تعبير حسن النية في مواضع كثيرة من نصوص القوانين المدنية والتجارية والجزائية.

فقضت المادة (1 / 149) من القانون المدني السوري على أنه: (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية).

(1) معلمة زايد للقواعد الفقهية، 1 / 398-399.

ثانيا - قاعدة «اليقين لا يزول بالشك»:

قاعدة «اليقين لا يزول بالشك» من أكثر القواعد الكبرى تطبيقاً، ويتفرع عنها الكثير من القواعد الفقهية والقواعد الأصولية كقاعدة الاستصحاب.

أ - معاني مفردات قاعدة «اليقين لا يزول بالشك»: تشتمل هذه القاعدة على مصطلحين، وهما: اليقين، والشك، وفيما يلي بيان معانيهما:

- اليقين: المراد باليقين إما الظن أو غلبة الظن، وهو العلم الذي لا شك معه، ولا تردد فيه⁽¹⁾.

ويمكن تعريف اليقين بأنه: الأمر القوي الراجح.

- والشك: هو ما استوى طرفاه، أو هو التردد بين أمرين دون إمكان ترجيح أحدهما⁽²⁾.

ويمكن تعريف الشك بأنه: الأمر الضعيف المرجوح.

ب - المعنى الإجمالي لقاعدة «اليقين لا يزول بالشك»: المراد بهذه القاعدة أن الأمر الذي ثبت بدليل راجح لا يرتفع بطرء دليل مرجوح عليه؛ لأن الحكم القوي لا يرفعه ما هو أضعف منه، وما ثبت بيقين لا يزول إلا بيقين مثله⁽³⁾.

(1) شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ص 128-129.

(2) شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ص 130-131.

(3) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 82؛ البورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ص 169.

وبمعنى آخر: يبقى الحكم الأول مطبقاً سارياً حتى يأتي حكم ثان يرفعه، بشرط أن يكون الحكم الثاني مثل الحكم الأول أو أقوى منه؛ لأن الضعيف لا يعارض القوي.

خلاصة معنى القاعدة: هي إلحاق الشك الطارئ بالوهم، واعتباره بحكم العدم.

ج مصدر قاعدة «اليقين لا يزول بالشك»: الأصل في هذه القاعدة حديث رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك»⁽¹⁾، والريبة هي الشك؛ أي: اترك ما شككت فيه، واذهب إلى ما لا شك فيه.

د - مسائل تطبيقية لقاعدة «اليقين لا يزول بالشك»: الأمثلة على هذه القاعدة في التشريعات الإسلامية واسعة، كما قال السيوطي⁽²⁾: "اعلم أن هذه القاعدة تدخل في جميع أبواب الفقه، والمسائل المخرجة عليها تبلغ ثلاثة أرباع الفقه وأكثر"، ومن ذلك:

1 - مبدأ (تفسير الشك لمصلحة المتهم) في الدعوى الجنائية: ومعنى هذا المبدأ أن القاضي إذا تشكك في صحة إسناد التهمة إلى المتهم، فإنه يقضي له بالبراءة؛ لأن الأصل براءة المتهم، فقد جاء بالمادة (143) من قانون العقوبات السوري ما يلي: (... ولمحكمة الجنايات النازرة في أية جريمة كانت أن تحكم على الظنين أو المتهم عند قضائها بالبراءة...); لأن الشك لا يبني حكم على أساسه.

2 - مبدأ (تفسير الشك لمصلحة المدين) في الدعوى المدنية: وهذا مبدأ قانوني في نظرية العقد، نص عليه القانون المدني السوري ضمن آثار العقد بالمادة (1/152): (يفسر الشك في مصلحة المدين)، بحيث تفسر العقود من حيث التزامات المدين في التفسير الأقرب إلى مصلحته.

(1) سنن الترمذي، رقم الحديث: (2518)؛ سنن النسائي، رقم الحديث: (5711).

(2) الأشباه والنظائر، ص51.

ومن المبدئين السابقين، يمكن استنباط المبدأ القانوني الآتي: الشك يفسر لصالح المدعى عليه.

والحاصل من جملة الأمثلة السابقة أن الإدانة تبنى على الجزم واليقين لا على الشك والتخمين، وهذا ما نص عليه الدستور السوري بالمادة (2/51): (كل متهم بريء حتى يدان بحكم قضائي مبرم في محاكمة عادلة).

هـ القواعد الصغرى المتفرعة عن قاعدة «اليقين لا يزول بالشك»: يندرج تحت قاعدة «اليقين لا يزول بالشك» عدد من القواعد الصغرى، مثل: قاعدة «الأصل براءة الذمة»، وقاعدة «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر»، وقاعدة «البينة لإثبات خلاف الظاهر، واليمين لإبقاء الأصل»، وقاعدة «الأصل بقاء ما كان على ما كان»، وقد أخذ قانون البينات السوري بهذه القواعد، فنصت المادة (2) منه على ما يأتي:

1 - الأصل في المعاملات براءة الذمة، والبينة على من يدعي خلاف ذلك.

2 - الأصل صحة الظاهر، والبينة على من يدعي خلاف ذلك.

3 - الأصل ما تم إثباته سابقاً، والبينة على من يدعي خلاف ذلك.

ثالثاً - قاعدة «الضرر يزال»:

قاعدة «الضرر يزال» إحدى القواعد الكبرى التي عليها مدار التشريع الإسلامي، ولها أهمية كبرى في جلب المصالح ودرء المفاسد، وحفظ الضروريات الخمس، وإزالة الضرر بعد وقوعه.

أ - معاني مفردات قاعدة «الضرر يزال»: تشتمل هذه القاعدة على مصطلحين، وهما: الضرر، والإزالة، وفيما يلي بيان بمعاني هذه المفردات⁽¹⁾:

- الضرر: هو الإخلال بمصلحة مشروعة للنفس أو الغير، تعدياً أو تعسفاً أو إهمالاً.

- والإزالة: هي الإبطال والنقض والإسقاط.

ب - المعنى الإجمالي لقاعدة «الضرر يزال»: المراد بهذه القاعدة وجوب رفع الضرر بعد وقوعه، كما يجب دفعه قبل وقوعه، وترميم آثاره بعد الوقوع.

فتوجب قاعدة «الضرر يزال» النهي عن الإضرار بالناس، ولا فرق في النهي عن الإزالة بين ضرر وآخر، فالضرر حرام على أية صورة جاء⁽²⁾.

وإزالة الضرر وترميم آثاره تكون بأحد الصور الآتية⁽³⁾:

1 - الجزاء العيني للضرر: ويكون بإزالة عين الضرر، وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر، وهذا هو الأصل في دعوى المسؤولية التقصيرية.

2 - الجزاء التعويضي للضرر: ويكون بقطع دابر الضرر المؤدي بقاء سببه إلى استمرار وقوعه في المستقبل، ولا يحكم القاضي به إلا عند تعذر الحكم بالتعويض العيني.

(1) شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ص 164-165.

(2) الزحيلي، القواعد الفقهية، 1 / 210.

(3) موافي، الضرر في الفقه الإسلامي، 2 / 935.

3 - الجزء العقابي للضرر: ويكون بإيقاع العقوبة بمحدث الضرر، إذا كان هذا الضرر مما يجب في مثله العقوبة.

ج - مصدر قاعدة «الضرر يزال»: الأصل في هذه القاعدة حديث رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «لا ضرر ولا ضرار»⁽¹⁾.

إضافة إلى الآيات القرآنية التي تنهى عن المضارة، كما في قول الله تعالى: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا﴾ [البقرة: 233]، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق: 6].

د - مسائل تطبيقية لقاعدة «الضرر يزال»: الأمثلة على هذه القاعدة في المسائل التشريعية الإسلامية كثيرة، ومن ذلك:

1 - مثال على إزالة عين الضرر: نص القانون المدني السوري بالمادة (2 /776) على أن للجار أن يطالب بإزالة مضار الجوار الفاحشة غير المألوفة، ومن ثم يطالب المالك برفع الضرر غير المألوف عن الجيران، ولو كان عنده ترخيص بالاستعمال من الجهات المختصة.

ومن الأمثلة على المضار غير المألوفة: أن يحول دار السكنى إلى حمام أو فرن أو مدرسة أو فندق.

وكذلك نص القانون المدني السوري بالمادة (2 /799) على نقض القسمة الاتفاقية بالغبن الفاحش، لكن يمكن للمدعى عليه تفادي إبطال القسمة بسبب الغبن، إذا أكمل للمدعي المغبون ما نقص من حصته.

(1) سنن ابن ماجه، رقم الحديث: (2340).

فمقتضى الفعل الضار في الأمثلة السابقة تكليف الفاعل رفع الضرر، وإزالة أثره، وإعادة الحال إلى ما كانت عليه.

2 - مثال على التعويض المالي عن الضرر (الضمان): حيث يلتزم الفاعل بالتعويض النقدي إلى المضرور بما يعادل ضرره.

ويعد الفعل الضار أو العمل غير المشروع من مصادر الالتزامات غير الإرادية، والتي يصير فيها الشخص ملتزماً بالتزام مالي تجاه آخر، دون أن تتجه إرادته إلى تحمل هذا الالتزام.

وقد نصت المادة (164) من القانون المدني السوري على ما يأتي: (كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض)، والمقصود بالخطأ هو التعدي أو العدوان الذي هو أساس المسؤولية التقصيرية.

ومن الأمثلة على التعويض المالي عن الضرر: التعويض عن الضرر الأدبي، وهو الحكم بالتعويض للأزواج والأقارب عما يصيبهم من حزن وألم من جراء موت المصاب، وهو ما نصت عليه المادة (223) من القانون المدني السوري.

3 - مثال على الجزاء العقابي للضرر: وذلك حيث يفرض التشريع عقوبة على ضرر يمثل جنائية أو جريمة، فقد نصت المادة (1/138) من قانون العقوبات السوري على الآتي: (كل جريمة تلحق بالغير ضرراً مادياً أو أدبياً تلزم الفاعل بالتعويض).

هـ القواعد الصغرى المتفرعة عن قاعدة «الضرر يزال»: يندرج تحت قاعدة الضرر يزال عدد من القواعد، من ذلك:

1 - قاعدة «ارتكاب أخف الضررين لدفع أشدهما»: وردت هذه القاعدة بألفاظ عديدة أخرى، مثل قاعدة: «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف»، وقاعدة: «يدفع أعظم

الضررين بأهونهما»، وقاعدة: «إذا اجتمع ضرران أسقط الأصغر للأكبر»، وقاعدة: «يرتكب أخف الضررين لالتقاء أشدهما».

ومعنى هذه القاعدة أن الضرر يجب إزالته، لكن بشرط أن لا يزال بضرر مساو له أو أكبر منه، كما تقول القاعدة الأخرى: «الضرر لا يزال بمثله».

وقد أخذ القانون المدني السوري بقاعدة ارتكاب أخف الضررين، فنصت المادة (169) منه على ما يأتي: (من سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر محققاً به أو بغيره لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً).

2 - قاعدة: «يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام»: لا ينفك معنى هذه القاعدة عن معنى قاعدة «ارتكاب أخف الضررين...» السابقة، فالضرر الخاص يدخل ضمن الضرر الأخف، والضرر العام يدخل ضمن الضرر الأشد، فيرتكب الضرر الخاص وهو الضرر الأخف؛ تفادياً لارتكاب الضرر العام وهو الضرر الأشد⁽¹⁾.

وقد عمل الدستور السوري بمقتضى قاعدة «يتحمل الضرر الخاص...» في استملاك العقار، إذ اشترطت المادة (15) في الدستور لجواز نزع ملكية العقار الفردية الشرطين الآتيين:

- أن يكون الغرض من نزع ملكية العقار تحقيق مصلحة عامة.
- أن يكون نزع ملكية العقار مقابل تعويض عادل للمالك.

(1) البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، مج 6 / 254.

والحاصل أن قواعد إزالة الضرر مبدأ محكم تكفلت الشريعة الإسلامية بتطبيقه في جميع فروع التشريع، وتدور عليها أحكام نظرية التعسف، كما تعد توثيقاً لمبدأ المصلحة في التشريع⁽¹⁾.

رابعاً - قاعدة «العادة محكمة»:

تعد قاعدة «العادة محكمة» من القواعد الخمس التي يبني عليها التشريع الإسلامي، وهي تعبر عن مكانة العرف المهمة في فروع التشريع، وخاصة في مجال إعادة بناء أحكام التشريع المبنية على العرف عند تطوره أو تغييره.

أ - معاني مفردات قاعدة «العادة محكمة»: تشتمل هذه القاعدة على مصطلحين، وهما: العادة، ومحكمة، وفيما يلي بيان معانيهما⁽²⁾:

- العادة: هي استمرار تكرار الأمر إلى أن يصير مستقراً في النفس، ومقبولاً بالطبع، ومستحسناً بالعقل.

والعرف هو المصطلح المرادف لمعنى العادة في مجال التشريع.

- والمحكمة: اسم مفعول من التحكيم، وهو القضاء بين الناس.

والمراد بالمحكمة هنا: المعمول بها شرعاً في مجال الحكم بين الناس، وأقرب عبارة تعبر عن هذا المعنى القاعدة التي تقول: «العرف قاضٍ»، والقاعدة التي تقول: «العادة معمول بها شرعاً».

(1) الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص 228.

(2) شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ص 230-233.

ب - المعنى الإجمالي لقاعدة «العادة محكمة»: المراد بهذه القاعدة أن للعادة سلطانا قويا في الاعتبار الشرعي، فهي مصدر من مصادر التشريع الإسلامي، ولها حاكمية على التصرفات في نظر الشارع، وأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي. وتعد قاعدة «استعمال الناس حجة يجب العمل بها» أفضل تعبير عن المعنى الإجمالي لقاعدة «العادة محكمة».

ج مصدر قاعدة «العادة محكمة»: الأصل في هذه القاعدة قول الله تعالى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ﴾ [الأعراف: 199]، والعرف في الآية الكريمة هو العادة.

كما يستدل على قاعدة «العادة محكمة» بما قاله رسول الله صلى الله عليه وسلم لهند بنت عتبة: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»⁽¹⁾، بشأن تقدير النفقة على الزوج.

د - مسائل تطبيقية لقاعدة «العادة محكمة»: باستثناء قانون العقوبات، فإن العرف موجود في فروع القانون المختلفة، وينقسم العرف من حيث وظيفته حيال التشريع إلى النوعين الآتيين⁽²⁾:

1 - العرف المكمل للتشريع: تأتي هذه الوظيفة التشريعية للعرف من مكانته الرسمية الاحتياطية بين مصادر التشريع، والتي تقضي بوجوب رجوع القاضي إليه عند عدم وجود قاعدة قانونية في التشريع؛ عملا بالقاعدة الفقهية التي تقول: «نص الشارع مقدم على العرف»، وكما جاء في المادة الأولى من القانون المدني السوري.

(1) صحيح البخاري، رقم الحديث: (5364).

(2) حمزة، "العرف"، الموسوعة العربية: الموسوعة القانونية المتخصصة، مج 7 / 137.

فالنص التشريعي هو المصدر الرسمي الوحيد، والعرف هو أحد مصادر القانون الاحتياطية، وهذا الترتيب يفرض على القاضي الرجوع أولاً إلى نصوص التشريع، فإن لم يجد بها ما يقضي به، انتقل إلى المصادر الاحتياطية، ولا يجوز اللجوء إلى العرف إلا إذا لم يوجد نص تشريعي.

وأكثر ما يظهر الدور المكمل للعرف في القانون التجاري؛ نظراً للتطور والنمو السريع الذي تتصف به العلاقات التجارية، ومن ثم لا يغطي التشريع منها إلا القليل.

وتدخل الأمثلة التي ذكرتها كتب القواعد الفقهية للعرف في هذا النوع من وظائفه، ومن تلك الأمثلة:

- ثبوت مالية الأشياء يكون بالتمول العرفي، بمعنى أن الشيء لا يكون مالاً إلا بتعارف الناس على كونه مالاً ينتفع به عادة.
- تعارف الناس على العمل بعقود الاستصناع.
- تقدير النفقات للأولاد والأزواج بحسب العادات.

2 - العرف المساعد للتشريع: عند تنظيم التشريع لموضوع معين، قد يقوم بالإحالة إلى العرف؛ لتفسير بعض المسائل اللازمة لتطبيقه، عملاً بقاعدة: «العادة والعرف يخصصان ما أبهما المتعاقدان».

فالعرف المساعد هو العرف الذي يحيل إليه التشريع؛ وذلك لتفسير إرادة المتعاقدين أو لإكمال اتفاقهما في المسائل التفصيلية، كما جاء في المادة (2 / 149) من القانون المدني السوري: (لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام)، عملاً بالقاعدة الفقهية: «من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته».

نخلص مما سبق إلى أن العرف له وظيفتان، الأولى أن العرف مصدر للتشريع، وهذه هي الوظيفة المكملة للعرف، على اعتبار أن العرف يأتي بعد التشريعات القانونية، والثانية أن العرف يفسر النصوص التشريعية وعبارات المكلفين وفقا للعادة الجارية بينهم، وهذه هي الوظيفة المساعدة للعرف.

هـ - القواعد الصغرى المتفرعة عن قاعدة «العادة محكمة»: تندرج تحت قاعدة «العادة محكمة» قواعد فرعية عدة، ومن تلك القواعد:

1 - هناك عدد من القواعد الفقهية الفرعية التي هي ضوابط للعادة: مثل قاعدة «إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت»، وقاعدة «العبرة للغالب الشائع لا للنادر»، فهاتان القاعدتان تدلان على أنه: يشترط في العادة أن تكون عامة حتى تصير عرفا؛ أي: أن تكون منتشرة انتشارا واسعا في الوسط الاجتماعي أو المهني، وأن تسود لدى غالبية الأشخاص في المجال الذي تطبق فيه. وهذا هو الركن المادي للعرف.

إضافة إلى القواعد السابقة، هناك قواعد فرعية أخرى تعد شروطا للعرف أيضا، مثل قاعدة «المعروف عرفا كالمشروط شرطا»، وقاعدة «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم»، وقاعدة «التعيين بالعرف كالتعيين بالنص»، فتدل هذه القواعد على أنه: يجب أن يتولد في أذهان الناس شعور بضرورة احترام العادة وعدم مخالفتها، واعتقادهم أن مخالفتها تستوجب الجزاء. وهذا هو الركن المعنوي للعرف.

وتعد قاعدة «العادة محكمة ما لم يعارضها دليل شرعي» من أهم القواعد الفرعية للعرف؛ لأنها القاعدة التي تحدد مكانة العرف بين مصادر التشريع الأخرى، فإذا كان التشريع هو المصدر الرسمي للقانون، فإن العرف يأتي بعد التشريع باعتباره أول مصدر رسمي احتياطي؛ عملا بالقاعدة الفقهية التي تقول: «العرف إنما يعتبر إذا لم يخالف

المنصوص»، وقاعدة: «كل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر». فالعرف هو أول مصدر رسمي احتياطي يعمل به المشرع، إذا لم يوجد نص تشريعي بالواقعة.

2 - ومن القواعد التي تعد فروعاً تندرج تحت قاعدة «العادة محكمة» ما يأتي:

- قاعدة «الحقيقة تترك بدلالة العادة»: هذه القاعدة خاصة بالأعراف القولية، وهي تعني أن الكلام إذا كان له تفسيران، أحدهما حقيقي، والآخر عرفي، فإن المعنى الحقيقي يترك، ويحمل الكلام على المعنى العرفي عند المتعاقدين.

وقد عمل القانون المدني السوري بمقتضى قاعدة «الحقيقة تترك بدلالة العادة»، فنصت المادة (151) منه على ما يأتي:

1) - إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين.

2 - أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات).

فتدل عبارة (دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ) على ترك المعنى الحقيقي، وتدل عبارة (وفقاً للعرف الجاري في المعاملات) على الأخذ بالمعنى العرفي عند المتعاقدين.

- قاعدة «الممتنع عادة كالممتنع حقيقة»: هذه القاعدة خاصة بشروط الواقعة محل الإثبات، وهي أن تكون الدعوى ممكنة عادة، إذ يجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها ممكنة الوقوع عقلاً، أو غير مستحيلة عادة.

فتذكر كتب القانون إمكان الواقعة محل الإثبات، وتعد ذلك من الشروط الطبيعية لإثبات الواقعة أمام القضاء؛ لأن الدعوى المستحيلة عبث، والعبث لا يقبل به القضاء⁽¹⁾.

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري بقاعدة «المتنع عادة كالممتنع حقيقة» في دعوى إثبات النسب بالإقرار، فاشتراط لصحة الإقرار إمكان الدعوى، وهو أن يكون فرق السن بين الولد وبين المقر له يحتمل هذه البتوة. (المواد: 129، 134، 135/أحوال)

وكذلك أخذ المشرع السوري بمقتضى قاعدة «المتنع عادة...»، فنصت المادة (93) من قانون البينات السوري على ما يأتي: (يشترط ألا يكذب ظاهر الحال الإقرار)، عملاً بالقاعدة الفقهية التي تنص على ما يأتي: «الإقرار بالمحال العقلي والشرعي باطل».

خامساً - قاعدة «المشقة تجلب التيسير»:

تعد قاعدة «المشقة تجلب التيسير» من أمهات القواعد الفقهية، وهي مظهر من مظاهر وسطية الإسلام وسماحته، وأصل في التخفيفات ورفع الحرج عن الناس.

أ - معاني مفردات قاعدة «المشقة تجلب التيسير»: تشتمل هذه القاعدة على مصطلحين، وهما: المشقة، والتيسير، وفيما يلي بيان معاني هذه المفردات⁽²⁾:

- المشقة: هي الإرهاق الخارج عن حد العادة في الاحتمال.

- التيسير: هو رد الأمر المرهق إلى دائرة الحد المعتاد.

(1) واصل، «الإثبات في القانون الخاص»، الموسوعة العربية: الموسوعة القانونية المتخصصة، مج 2 / 21.

(2) التعريفات مستفادة من نص المادة (2 / 148) القانون المدني السوري.

فالمشقة هي ظرف استثنائي يصبح معها الحكم الأصلي للحالات العادية محرجا للمكلفين، ومرهقا لهم، مما تكون فيه حاجة ظاهرة إلى تدبير يعود بالأمر إلى السهولة واليسر⁽¹⁾.

ب - المعنى الإجمالي لقاعدة «المشقة تجلب التيسير»: تقرر هذه القاعدة تغليب العمل بمبدأ العدالة والإنصاف في حالات الطوارئ على التشريعات القانونية في الحالات الطبيعية، وهذا المعنى قررته قاعدة أخرى بشكل أوضح، وهذا نصها: «الفتوى تختلف باختلاف الأشخاص والأحوال والأماكن والأزمان».

فتأتي قاعدة «المشقة تجلب التيسير» لمراعاة أحوال الناس في أيام الصعاب، والتوسعة عليهم في أوقات الكرب والضنك؛ لأن أصول الشريعة مبنية على أن الأشياء إذا ضاقت اتسعت أحكامها.

ج مصدر قاعدة «المشقة تجلب التيسير»: الأصل في هذه القاعدة قول الله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: 185]، فاليسر: هو السعة والسهولة، والعسر: هو المشقة والشدة.

د - مسائل تطبيقية لقاعدة «المشقة تجلب التيسير»: تعد هذه القاعدة الأصل الذي يكون عليه العمل في الوقائع الطارئة التي يصير معها التكليف مرهقا، أو الظروف القاهرة التي يصير معها التكليف مستحيلا.

(1) الزرقا، المدخل الفقهي، 2/ 1001-1004.

ويكفي مثالا على قاعدة «المشقة تجلب التيسير» نظرية الظروف الطارئة، والتي نص عليها القانون المدني السوري بالمادة (148): (1) - العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون.

2 - ومع ذلك، إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي، تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك).

هـ القواعد الصغرى المتفرعة عن قاعدة «المشقة تجلب التيسير»: يندرج تحت هذه القاعدة عدد من القواعد الأخرى، ومن ذلك:

1 - قاعدة «ما ضاق أمره اتسع حكمه»: ولا يختلف معناها عن معنى القاعدة الأم «المشقة تجلب التيسير».

2 - قاعدة «المشقة والحرَج إنما يعتبران في موضع لا نص فيه، وأما مع النص بخلافه فلا»: هذه القاعدة قيد للقاعدة الكبرى «المشقة تجلب التيسير»، وهذا يعني أن المشقة الجالبة للتيسير هي المشقة التي لا تصادم نصا شرعيا.

المبحث الثاني

أثر القواعد الفقهية في القانون السوري

كانت القواعد الفقهية من أولى الخطوات التي ساعدت على تقنين أحكام التشريع الإسلامي، إذ استطاعت هذه القواعد بعباراتها الموجزة وألفاظها الجزلة أن تستوعب جزئيات كثيرة، وأن تعبر عن مبادئ حقوقية ثابتة في ميزان التشريع، ابتداء من مجلة الأحكام العدلية وانتهاء بمشروع قانون المعاملات المالية الموحد الذي تبنته جامعة الدول العربية.

المطلب الأول: أثر القواعد الفقهية في نصوص المواد القانونية

تعد القواعد الفقهية أقدم تقنين عرفته البشرية، وكانت الأساس الذي قامت عليه القواعد القانونية، سواء من حيث الصناعة أم من حيث الصياغة، الأمر الذي دفع إلى تزايد أهمية هذه القواعد بنظر رجال التشريع في البلاد العربية.

أولاً - أثر القواعد الفقهية في مواد مشروعات القوانين:

بعد استقرار نصوص القوانين السورية المتعددة، يمكن القول بأن المشرع السوري لم يأخذ بالقواعد الفقهية، بمعنى أنه لم يتخذ من الصيغ اللفظية للقواعد الفقهية مواد قانونية في أي من تشريعاته النافذة، لكنه اتخذ من معاني القواعد مواد قانونية لكثير من نصوص القوانين، ومن الأمثلة على ذلك:

أ - نصت المادة (5) من القانون المدني السوري على ما يأتي: (من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً، لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر)، وبالنظر في معاني

القواعد الفقهية، يظهر أن هذه المادة شرح للقاعدة الفقهية: «الجواز الشرعي ينافي الضمان».

ومما يؤكد على أن نص المادة (5) هو شرح لقاعدة «الجواز الشرعي...»، هو ما اشتملت عليه المادة (61) من القانون المدني الأردني من الجمع بين نص القاعدة وشرحها: (الجواز الشرعي ينافي الضمان؛ فمن استعمل حقه استعمالاً مشروعاً، لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر).

ب - نصت المادة (3 / 202) من قانون العقوبات السوري على ما يأتي: (لا يعاقب من ارتكب فعلاً وظن خطأ أنه يكون جريمة)، فمعنى هذه الفقرة يدخل دخولاً أولاً في قاعدة فقهية تنص على أنه «لا عبرة بالظن البين خطؤه».

ج - نصت المادة (96) من قانون البينات السوري على ما يلي: (الإقرار القضائي حجة لازمة قاصرة على المقر)، وقد جاءت بهذا المعنى قاعدة فقهية تنص على ما يأتي: «البينة حجة متعدية والإقرار حجة قاصرة».

تدل هذه الأمثلة على أن المشرع السوري لم يبتعد في صياغته للمواد القانونية عن معاني القواعد الفقهية، لكنه لم يأخذ بصيغ القواعد الفقهية في تشريعاته كما جاءت في المدونات الفقهية، ويمكن عزو ذلك إلى التسليم برأي المشرع المصري في الابتعاد عن صيغ القواعد الفقهية في صياغة المواد القانونية؛ لأن القانون المدني السوري مأخوذ نصاً وروحاً عن القانون المدني المصري.

ثانيا - أسباب عدم أخذ المشرع السوري بصيغ القواعد الفقهية في مشروعات القوانين:

أعرض القانون المدني السوري -ومن قبله القانون المدني المصري- عن الأخذ بصيغ القواعد الفقهية، وتضمينها في مواد مشروعاته القانونية، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى ما يأتي:

أ - ترجيح الرأي القائل بأن القواعد الفقهية ليست دليلا يستتبط منه حكم شرعي، أو مدركا يؤخذ به في التعليل والترجيح.

وقد كان المشرع المصري على اطلاع بتجربة مجلة الأحكام العدلية، وخلاصة هذه التجربة أن مجلة الأحكام العدلية أفردت للقواعد الفقهية المقالة الثانية من المقدمة، ابتداء من قاعدة المادة (2) وانتهاء بقاعدة المادة (100)، ثم بعد ذلك عاد واضعو المجلة ليقولوا بأنه لا يجوز الحكم بمجرد الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد⁽¹⁾.

وأمام تجربة مجلة الأحكام العدلية في اعتماد صيغ القواعد الفقهية بمواد قانونية، ثم التنبية إلى عدم جواز الحكم بها دون نص آخر يشمل بعمومه الحادثة المقضي فيها، كان من الطبيعي أن لا يكرر المشرع المصري التجربة السابقة، وأن يتعد قدر الإمكان عن الأخذ بصيغ القواعد الفقهية في مواد تشريعاته القانونية.

ب - ألفاظ القواعد الفقهية ومصطلحاتها لم تعد تناسب أصول الصياغة التشريعية للقوانين المعاصرة، فالقواعد الفقهية المدونة في مصادر الفقه الإسلامي هي محصلة

(1) الزرقا، المدخل الفقهي العام، 2/ 967؛ معلمة زايد للقواعد الفقهية، 2/ 30.

جهود أزمئة وبيئات متطاولة، والخطاب السائد في تلك الأزمنة والبيئات هو خطاب له طابعه الخاص، وهو يختلف في قسم لا بأس به عن الخطاب الحقوقي السائد بين أهل الاختصاص في أيامنا.

ومما يؤكد المعنى السابق، أن بعض القوانين المدنية العربية التي أخذت بصيغ بعض القواعد الفقهية، مثل القانون المدني العراقي والقانون المدني الأردني، لم تستطع الأخذ بالقواعد الفقهية دون التصرف ببعض ألفاظها وعباراتها، حتى تكون ملائمة للصياغة التشريعية⁽¹⁾.

أما المشرع المصري، ومن بعده المشرع السوري، فقد استعاض عن ذكر صيغة القاعدة الفقهية بذكر معناها، مراعيًا بذلك أصول الصياغة القانونية، ومن الأمثلة على ذلك:

- قاعدة: «الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة»، استعاض عنها القانون المدني السوري في المادة (191) بالنص الآتي: (تسري قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي).
- قاعدة: «يقدم العرف الخاص على العرف العام»، استعاض عنها قانون التجارة السوري في المادة (2 / 4) بالنص الآتي: (يعد العرف الخاص والعرف المحلي مرجحين على العرف العام).

وهناك قواعد قانونية كثيرة في التشريعات السورية تشبه الأمثلة السابقة.

(1) القرالة، "القواعد الفقهية في القانون المدني ..."، دراسات، علوم الشريعة والقانون، ص 724-704.

المطلب الثاني: أثر القواعد الفقهية في مصادر التشريع الاحتياطية

المصادر الاحتياطية: هي المصادر التي يستعين بها القاضي في الحكم، إذا لم يجد في مواد التشريع ما يحكم به.

والمصادر الاحتياطية هي: مبادئ الشريعة الإسلامية، والعرف، ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

وأما عن أثر القواعد الفقهية في مصادر القانون الاحتياطية، فيمكن بيان ذلك فيما يأتي:

أولاً - أثر القواعد الفقهية في مبادئ الشريعة الإسلامية:

مبادئ الشريعة الإسلامية: هي القواعد التشريعية الكلية المنتجة للأحكام العملية.

وأما عن أثر القواعد الفقهية في مبادئ الشريعة الإسلامية، فإن القواعد الفقهية - وخاصة القواعد الكبرى- من أهم المصادر التي يستدل بها على مبادئ الشريعة الإسلامية، حتى إن هناك تلاقياً بين بعض القواعد الفقهية وبعض مبادئ الشريعة الإسلامية، مثل قاعدة «المشقة تجلب التيسير» ومبدأ التيسير، وقاعدة «اليقين لا يزول بالشك» ومبدأ البراءة الأصلية.

فالعمل بأحكام القواعد الفقهية هو عمل صريح أو ضمنى بمبادئ الشريعة الإسلامية؛ لأن هذه المبادئ منبثة في عموم أحكام الشريعة الإسلامية.

ثانيا - أثر القواعد الفقهية في العرف:

هناك علاقة متبادلة بين القواعد الفقهية والعرف، ويمكن بيان هذه العلاقة فيما يأتي:

أ - مر سابقا أن قاعدة «العادة محكمة» من القواعد الفقهية الكبرى، ويندرج تحت هذه القاعدة عدد من القواعد الصغرى، بمعنى أن القواعد الفقهية أفردت للعرف مساحة واسعة من صيغها، وهذه القواعد تغطي كثيرا من أحكام العرف الواردة في نصوص القانون أو شروح القانون.

فالعرف جزء مهم من القواعد الفقهية، بدليل وجود عدد كبير من القواعد الفقهية في موضوع العرف.

ب - أسهمت القواعد الفقهية بعد تدوينها في شهرة بعض هذه القواعد على الألسنة، فغدت هذه القواعد أعرافا سارت بها السنة الناس.

فالعبارات الموجزة الجزلة لبعض القواعد، جرت مجرى الأمثال في شهرتها ودلالاتها في عالم التشريع الإسلامي والتشريعات القانونية الأخرى، مثل قاعدة «كما تدين تُدان»، بمعنى أن الجزاء من جنس العمل.

فقد ساعدت صياغة القواعد الفقهية وتدوينها على نقل بعض القواعد إلى أن تصبح أعرافا قولية يرددها الناس في متقلبهم ومثواهم.

ثالثاً - أثر القواعد الفقهية في مبادئ القانون:

مبادئ القانون: هي قواعد قانونية عامة أساسية، غير مدونة بنصوص تشريعية، يستنبطها القاضي من ضمير الجماعة وروح التشريع ومبادئ العدالة والإنصاف، من أجل الالتزام بها.

فلا تحتاج المبادئ القانونية إلى نصوص تشريعية تقررها؛ لأنها مستقرة في ذهن وضمير الجماعة، يستلهمها القاضي من تحليل النظام القضائي الذي ينظم المجتمع، ممثلاً في ظروفه السياسية والاقتصادية والاجتماعية والفكرية والروحية⁽¹⁾.

وأما عن أثر القواعد الفقهية في مبادئ القانون، فيمكن بيان ذلك فيما يأتي:

أ - تشكل القواعد الفقهية جزءاً مهماً من مبادئ القانون، فكثير من القواعد الفقهية تعبر عن مبادئ حقوقية ثابتة في ميزان التشريع والتعامل والقضاء، ومن الأمثلة على ذلك:

يعد الإقرار من إحدى وسائل الإثبات في التشريع الإسلامي وفي قانون البينات السوري (المادة: 4)، ولا يشترط لقبول الإقرار في الشريعة الإسلامية والقانون السوري عدالة المقر؛ لأن الإقرار بالأساس حجة قاصرة على المقر، والإنسان المكلف لا يتهم في الإضرار بنفسه.

والمبدأ القانوني الذي استند إليه المشرع السوري في عدم اشتراط عدالة المقر لقبول الإقرار، هو أن الوازع الطبيعي أقوى من الوازع القانوني، أو ما يعرف في العلوم

(1) الديكان، "المبادئ القانونية العامة..."، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ص 219-296.

الاجتماعية بمبدأ اليد الخفية، وهذا المبدأ نصت عليه عبارات عدد من القواعد الفقهية، مثل قاعدة: «الوازع الطبيعي يغني عن الوازع الشرعي»، وقاعدة: «في داعية الطبع ما يغني عن الإيجاب»، وقاعدة: «الوازع الطبيعي أقوى من الوازع الشرعي»، وقاعدة: «الإنسان يحال على طبعه ما لم يقم مانع».

وخلاصة ما تقدم، أن عدم اشتراط عدالة المقر تستند إلى مبدأ قانوني، وهذا المبدأ القانوني وردت به قاعدة فقهية بصيغ عديدة.

ب - المنهج العلمي الذي سار عليه فقهاء التشريع الإسلامي في وضع القواعد الفقهية، هو عين المنهج الذي يستعين به القضاة في الكشف عن مبادئ القانون.

إذ تمثل القواعد الفقهية بالنسبة لرجال القضاء نموذجاً يشرح لهم بشكل عملي كيفية استنباط مبادئ القانون، ويمكن إيضاح معالم هذا المنهج بالآتي⁽¹⁾:

- التعرف على علل الأحكام.
 - جمع الأحكام المتشابهة في المسائل المختلفة.
 - ضبط المسائل المتحددة في حكمها وتنظيمها بقاعدة خاصة.
- وينطبق المنهج على المسائل، يمكن التوصل إلى المبادئ الفقهية أو القانونية.

(1) البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، مج 1 / 6.

الخاتمة

توصل البحث إلى النتائج والتوصيات الآتية:

- 1 - القواعد الفقهية مبادئ قانونية، ترسخت في عقول الناس وقلوبهم على مر الأيام، حتى صارت أشبه بالفطرة التي خلق الناس عليها.
- 2 - القواعد الفقهية قواعد منطقية، اتخذ منها المشرعون مصدرا أوليا في إعداد نصوص تشريعاتهم، وهذا ما يفسر وجود القواعد القانونية في نصوص الدساتير أكثر من وجودها في مواد التشريع الصادرة عن السلطة التشريعية.
- 3 - معظم المبادئ القانونية غير المدونة لا تخرج عن القواعد الفقهية التي دونها فقهاء التشريع الإسلامي في مصادر الفقه الإسلامي.
- 4 - أقتراح أن يكون للقواعد الفقهية مقرر خاص في كلية الحقوق، نظرا إلى حاجة رجال القانون إليها في سن التشريعات، أو في تفسيرها، أو في الحكم بموجبها.
- 5 - أقتراح على الباحثين في التشريع الإسلامي استكمال مشروع استتباط القواعد الفقهية الواردة في مصادر الفقه الإسلامي، بناء على أن هناك الكثير من القواعد الفقهية التي لم يكشف عنها بعد.

قائمة مصادر البحث ومراجعته

• القرآن الكريم.

أولاً - مصادر البحث:

- 1 - البخاري، محمد بن إسماعيل. صحيح البخاري. تحقيق: محمد زهير الناصر، بيروت: دار طوق النجاة، ط1، 1422هـ.
- 2 - الترمذي، محمد بن عيسى. سنن الترمذي. تحقيق: بشار عواد معروف، بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1998.
- 3 - السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر. الأشباه والنظائر. بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1411هـ/ 1990م.
- 4 - ابن ماجه، محمد بن يزيد. سنن ابن ماجه. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، القاهرة: دار إحياء الكتب العربية، [د.ت].
- 5 - مجلة الأحكام العدلية.
- 6 - مسلم بن الحجاج القشيري. صحيح مسلم. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت: دار إحياء التراث العربي، [د.ت].
- 7 - النسائي، أحمد بن شعيب. سنن النسائي (المجتبى من السنن = السنن الصغرى). تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، حلب: مكتب المطبوعات الإسلامية، ط2، 1406هـ/ 1986م.

ثانيا - مراجع البحث:

- 1 - البورنو، محمد صدقي. الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية. بيروت: مؤسسة الرسالة، ط4، 1416هـ/ 1996م.
- 2 - البورنو، محمد صدقي. موسوعة القواعد الفقهية. بيروت: مؤسسة الرسالة، ط1، 1424هـ/ 2003م.
- 3 - حمزة، محمود جلال. "العرف". الموسوعة العربية: الموسوعة القانونية المتخصصة.
- 4 - الخيف، علي. الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية: معناها- أنواعها- عناصرها- خواصها- قيودها. القاهرة: دار الفكر العربي، 1416هـ/ 1996م.
- 5 - الدستور السوري.
- 6 - الدريني، فتحي. نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي. بيروت: مؤسسة الرسالة، ط4، 1408هـ/ 1988م.
- 7 - الزحيلي، محمد مصطفى. القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة. دمشق: دار الفكر، ط1، 1427هـ/ 2006م.
- 8 - الزرقا، أحمد بن محمد. شرح القواعد الفقهية. دمشق: دار القلم، ط2، 1409هـ/ 1989م.

9 - الزرقاء، مصطفى أحمد. المدخل الفقهي العام. دمشق: دار القلم، ط2،
2004.

10 - زيدان، عبد الكريم. الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة
الإسلامية. بيروت: مؤسسة الرسالة، ط1، 1422هـ/ 2001م.

11 - شبير، محمد عثمان. القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة
الإسلامية. الأردن: دار النفائس، ط2، 1428هـ/ 2007م.

12 - القانون المدني الأردني.

13 - القوانين السورية: القانون المدني، القانون التجاري، قانون العقوبات،
قانون البيئات، قانون الأحوال الشخصية.

14 - الكردي، أحمد الحجي. القواعد الفقهية الكلية. الكويت: مركز
الراسخون للتأصيل الشرعي ودار الظاهرية، ط1، 1438هـ/ 2017م.

15 - معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية. الناشر: مؤسسة زايد بن
سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية؛ منظمة التعاون الإسلامي
مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ط1، 2013.

16 - موافي، أحمد. الضرر في الفقه الإسلامي: تعريفه، أنواعه، علاقاته،
ضوابطه، جزاؤه. المملكة العربية السعودية/ الخبر: دار ابن عفان للنشر
والتوزيع، ط1، 1418هـ/ 1997م.

ثالثا - المقالات المنشورة في الموسوعات والدوريات:

- 1 - حمزة، محمود جلال. "العرف". الموسوعة العربية: الموسوعة القانونية المتخصصة: <https://arab-ency.com.sy/law/details/26047/7>.
- 2 - الديكان، بشاير غنام سليمان. "المبادئ القانونية العامة غير المكتوبة باعتبارها مصدرا من مصادر القانون الإداري: دراسة مقارنة". مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، المجلد 2، العدد 8، ديسمبر 2014.
- 3 - القرالة، أحمد ياسين. "القواعد الفقهية في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي شكلا ومضمونا". دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 36، (ملحق)، 2009.
- 4 - النونو، ماهر محمود. "القواعد الفقهية: أنواعها وتقسيماتها وحكم الاستدلال بها". مجلة جامعة دمشق، المجلد 36، العدد الثاني، 2020.
- 5 - واصل، محمد. "الإثبات في القانون الخاص". الموسوعة العربية: الموسوعة القانونية المتخصصة: <https://arab-ency.com.sy/law/details/25730/2>.

الفرق بين نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة دراسة فقهية قانونية

إشراف

إعداد الطالب

د. أحمد حسن (*) - أ.د. فواز صالح (**)

أسامة الرحال (***)

الملخص

تعدُّ نظريتا الظروف الطارئة والقوة القاهرة من النظريات التي ظهرت أهميتها بنحو كبير في حل الكثير من مسائل المعاملات الفقهية الحادثة نتيجة تغير الظروف واختلافها وكثرة الحوادث الطارئة التي يتعرض لها العالم في عصرنا الحالي؛ لا سيما أن النظريتين تمثلان خروجاً على القوة الملزمة للعقد، ومن ثم فقد تناول البحث التعريف بنظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، ثم بيان أركان النظرية وشروط تطبيقها وأحكامها في الفقه والقانون، ثم التعريف بنظرية القوة القاهرة في الفقه والقانون، وكل ذلك مع المقارنة ما أمكن، ثم خُصَّ البحث إلى المقارنة بين النظريتين، حيث بيّن أوجه الشبه والاختلاف بينهما، وذلك لتحديد مجال تطبيق كلٍّ من النظريتين؛ ليتيسر معرفة المسائل الحادثة التي تندرج تحت كلٍّ منهما، ثم عقب بذكر تطبيقات لنظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة على بعض المسائل الحادثة في أبواب المعاملات المالية بسبب الظروف الطارئة، لا سيما جائحة كورونا والزلازل الأخير الذي أصاب منطقتنا، ثم ختم البحث بذكر أهم النتائج والتوصيات.

الكلمات المفتاحية: الفقه، القانون، الظروف الطارئة، القوة القاهرة، الإرهاق.

(*) أستاذ مساعد: كلية الشريعة، جامعة دمشق.

(**) أستاذ دكتور: كلية الحقوق، جامعة دمشق.

(***) طالب دكتوراه، جامعة دمشق، كلية الشريعة، قسم الفقه الإسلامي.

The difference between the theory of emergency circumstances and the theory of force majeure

Legal jurisprudence study

Prepared by the student

Osama Al-Rahhal

Supervised by

Dr. Ahmed Hasan, Dr. Fawaz Saleh

Summary

The theories of emergency circumstances and force majeure are among the theories that have shown great importance in resolving many issues of jurisprudential transactions that occur as a result of changing and different circumstances and the large number of emergency incidents to which the world is exposed in our current era. Especially since the two theories represent a departure from the binding force of the contract, and therefore the research dealt with defining the theory of emergency circumstances in Islamic jurisprudence and civil law, then explaining the pillars of the theory and the conditions for its application and provisions in jurisprudence and law, then defining the theory of force majeure in jurisprudence and law, and all of that with comparison. As much as possible, the research then concluded with a comparison between the two theories, showing the similarities and differences between them, in order to determine the field of application of each of the two theories. To make it easier to know the current issues that fall under each of them, then follow by mentioning applications of the theories of emergency circumstances and force majeure on some of the issues occurring in the chapters of financial transactions due to emergency circumstances, especially the Corona pandemic and the recent earthquake that struck our region, then the research concluded by mentioning the most important results and recommendations.

Keywords: jurisprudence, law, emergency circumstances, force majeure, exhaustion.

(*) Assistant Professor, Faculty of Sharia. Damascus University.

(**) Co-supervisor, Faculty of Law. Damascus University.

(***) student of Ph. D. in Islamic jurisprudence, Faculty of Sharia, Damascus University.

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين وأفضل الصلاة وأتم التسليم على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين، أما بعد:

فإن نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة من النظريات التي ظهرت أهميتها في حل الكثير من مسائل المعاملات الفقهية الحادثة نتيجة تغير الظروف واختلافها وكثرة الحوادث الطارئة التي تعترى العالم في عصرنا هذا؛ إذ تعد أحكامها خروجاً على مبدأ لزوم الوفاء بالعقود، وذلك لرفع الضرر وتحقيق العدل والإنصاف في الالتزامات العقدية، ولقد اقتبس الفقهاء المعاصرون هاتين النظريتين من القانون المدني في أثناء دراساتهم المقارنة بين الفقه والقانون.

ومع أن الفقهاء المعاصرين اقتبسوا نظرية الظروف الطارئة من القانون المدني، إلا أن كبار رجال القانون أكدوا أنها تعد أحد تطبيقات نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية، ومن هؤلاء القانوني الفرنسي الأستاذ لامبير، وقال الدكتور عبد الرزاق السنهوري: "إن نظرية الظروف الطارئة عادلة ويمكن للمشرع المصري أن يأخذ بها استناداً إلى نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية، وهي نظرية فسيحة المدى، خصبة النتائج، تنسج لنظرية الظروف الطارئة"⁽¹⁾.

لكن توسع فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرون في أحكام نظرية الظروف الطارئة أكثر من القوانين المعمول بها في البلاد العربية، وأدخلوا فيها أحكام القوة القاهرة؛ وذلك اعتماداً على التطبيقات المبنوثة في بطون الكتب الفقهية.

(1) نظرية الظروف الطارئة، الترماني، (ص/36، 106)، والفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي (3232/4).

أسئلة البحث وأهدافه: سيحاول البحث الإجابة عن الأسئلة الآتية:

- هل هناك فرق بين نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة؟
- ما الظروف التي تعد طارئة أو قاهرة، وما مجال تطبيق كل من النظريتين؟
- ما الحلول الممكنة للمسائل الحادثة بسبب الظروف الطارئة أو القاهرة؟
- من الذي يقدر اندراج العقد تحت أحكام نظرية الظروف الطارئة أو القوة القاهرة؟

وتتمثل أهداف البحث في الإجابة عن الأسئلة السابقة.

أهمية البحث وسبب اختياره:

تأتي أهمية البحث (الفرق بين نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة) بسبب تصدر النظريتين في عصرنا الحالي لحل الكثير من المسائل الحادثة في مختلف أبواب المعاملات؛ لا سيما في ظل الحروب والأوبئة والكوارث الطبيعية التي كان آخرها جائحة كورونا (كوفيد 19) التي اعتبرتها منظمة الصحة العالمية وباء عالمياً في (11 آذار 2020م)، ثم الزلزال المدمر الذي أصاب بلادنا المباركة بتاريخ (6 شباط 2023م).

حدود البحث:

أقتصر في هذه الدراسة على التعريف بالنظريتين مع المقارنة بينهما، وذكر أمثلة عن مسائل حادثة تتعلق في أبواب المعاملات المالية، دون توسع في التأصيل والاستدلالات.

منهج البحث وإجراءاته:

اتبعت في هذا البحث المنهج الوصفي التحليلي المقارن؛ وذلك من خلال استقراء المذاهب الفقهية وآراء شراح القانون؛ ثم المقارنة بينها وتحليلها لبناء الأحكام عليها. واتبعت القواعد العلمية العامة في بناء هذا البحث، من تخريج الآيات والأحاديث، والتعريف بالأعلام غير المشهورين، والتعريف بالمصطلحات، وعزو الأقوال إلى مصادرها، وتوثيقها في الحاشية بشكل مختصر، ثم ذكر بيانات المصادر والمراجع في الفهرس.

خطة البحث: قسمت البحث إلى مقدمة ومبحثين وخاتمة؛ على النحو الآتي:

المقدمة: مهدت فيها للبحث وذكرت فيها أسئلة البحث، وأهدافه، وأهميته، وحدوده، والدراسات السابقة، ومنهج البحث، وخطة البحث.

المبحث الأول: التعريف بنظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة.

المبحث الثاني: تطبيقات معاصرة للنظريتين.

الخاتمة: ذكرت فيها أهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول - التعريف بنظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة

عقد هذا المبحث للتعريف بكل من النظريتين، وذلك وفق وجهة نظر الفقه الإسلامي والقانون المدني، ثم بيان أهم الفروق بين النظريتين؛ مما يسهم في معرفة الحكم الفقهي أو القانوني للمسائل المستجدة التي تتأثر بالظروف الحادثة.

وقبل التعريف بالنظريتين لا بد من تعريف النظرية الفقهية، وقد وجد هذا المصطلح في العصر الحالي نتيجة تأثر علماء الفقه بالنظريات القانونية في أثناء دراساتهم المقارنة بين الفقه والقانون، وبعد اطلاعي على العديد من كتب المعاصرين أستطيع صياغة تعريف للنظرية الفقهية، وذلك وفق التالي: "مفهوم كلي عام يقوم على أركان وشروط وأحكام عامة، يتصل بموضوع معين، يؤلف نظاماً تشريعياً ملزماً، يجمع جزئيات متشابهة من مختلف أبواب الفقه"⁽¹⁾.

المطلب الأول - التعريف بنظرية الظروف الطارئة

قبل التعريف بنظرية الظروف الطارئة لا بد من تعريف الظروف الطارئة، ومن ثمّ تعريف نظرية الظروف الطارئة، ثم بيان أركانها وشروطها، وفق الفروع الآتية:

الفرع الأول: تعريف الظروف الطارئة:

اختلف الباحثون في الشريعة الإسلامية والقانون في شروط الظروف الطارئة؛ لذلك اختلفت تعاريفهم للظروف الطارئة واضطربت، وقد اعتدّ الفقهاء بالظرف على إطلاقه غالباً، في حين أن القوانين قيدت الظرف بالعام، ولم تعتدّ بالحادث الخاص، وعدّ الفقهاء الظروف غير متوقعة أو ممكنة الدفع غالباً وليس مطلقاً، في حين عدّها القانونيون غير متوقعة أو ممكنة الدفع مطلقاً⁽²⁾، وبما أن الإرهاق بالمصطلح القانوني يقابل الضرر

(1) من هذه الكتب: الدريني، النظريات الفقهية (ص/140)، والزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته (2837/4).

(2) الترماني عبد السلام، نظرية الظروف الطارئة (ص/119)، وفتحي الدريني النظريات الفقهية (ص/147)، وبني أحمد خالد، الفرق بين القوة القاهرة والظروف الطارئة، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية (ص/184)، مرعي عمر أحمد، الظروف الطارئة وأثرها في العقود المالية المعاصرة، المؤتمر الدولي لتمكين الحضارة الإسلامية (ص/534).

الزائد في الفقه؛ فمن الممكن صياغة تعريف يتوافق مع نظر الفقهاء، وآخر يتوافق مع نظر القانون على النحو الآتي:

- تعريف الظروف الطارئة بما يتوافق مع نظر علماء الفقه الإسلامي:

(حوادث غير متوقعة ولا ممكنة الدفع غالباً، تحدث بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه، فتجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً لأحد العاقدين وضاراً به).

- تعريف الظروف الطارئة بما يتوافق مع نظر شراح القانون المدني:

(حوادث عامة غير متوقعة ولا ممكنة الدفع، تحدث بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه، فتجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً لأحد العاقدين وضاراً به).

المطلب الثاني - تعريف نظرية الظروف الطارئة:

لنظرية الظروف الطارئة عند الفقهاء المعاصرين وشراح القانون تعاريف متقاربة تعتمد بمجملها على نصوص القوانين المدنية العربية، والتي تعتمد بشكل أساسي على القانون المصري؛ والدكتور السنهوري واضع القوانين المدنية العربية يوضح النظرية بقوله: "نظرية الحوادث الطارئة تفترض الوضع الآتي: عقد يتراخى وقت تنفيذه إلى أجل أو إلى آجال، كعقد توريد، ويحل أجل التنفيذ، فإذا بالظروف الاقتصادية التي كان توازن العقد يقوم عليها وقت تكوينه قد تغيرت تغيراً فجائياً لحادث لم يكن في الحسبان، فيختل التوازن الاقتصادي للعقد اختلالاً خطيراً. وليكن الحادث خروج السلعة التي تعهد المدين بتوريدها من التسعيرة، فيرتفع سعرها ارتفاعاً فاحشاً بحيث يصبح تنفيذ المدين لعقد التوريد يتهدهه بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في خسائر التجار. فهل يؤخذ المدين في هذه الحالة بتنفيذ التزامه مهما بلغت الخسارة؟"⁽¹⁾.

(1) السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني (1/ 515).

ولكن لم يتبلور التعريف الاصطلاحي لنظرية الظروف الطارئة عند الفقهاء وشراح القانون المدني؛ مما جعل بعض الباحثين لا يميز بين المصطلح الفقهي والمصطلح القانوني، ولا بين تعريف الظروف الطارئة كأحد مرتكزات النظرية وبين تعريف النظرية⁽¹⁾.

وقال أستاذنا الدكتور فواز صالح: "مقتضى هذه النظرية وقوع حوادث عامة بعد انعقاد العقد، وفي أثناء تنفيذه، لم يكن في الوسع توقعها وقت إبرامه، ومن شأنها أن تجعل تنفيذ التزام المدين مرهقاً مما يهدده بخسارة فادحة... تقضي العدالة، في مثل هذه الحالة مراعاة هذه الحوادث وتعديل التزامات المدين بما يتناسب مع الظروف الجديدة"⁽²⁾.

ومن الممكن تعريف نظرية الظروف الطارئة باعتباره مصطلحاً مركباً تركيباً إضافياً:

وذلك بالاعتماد على التعريف الاصطلاحي لكل من (النظرية الفقهية)، و(الظروف الطارئة) والتأليف بين معاني المصطلحين، على النحو الآتي:

- **التعريف الفقهي:** مجموعة من الأحكام تستند إلى أركان وشروط، وتعالج آثار حوادث غير متوقعة ولا ممكنة الدفع غالباً، تحدث بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه، وتلحق الضرر بأحد العاقدين.

(1) مثال ذلك تعريف: ذنون وإبراهيم؛ نظرية الظروف الطارئة وأثرها على الأحكام القضائية، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات (ص/188)، ومنصور محمد خالد، تغير قيمة النقود وتأثر ذلك بنظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي المقارن، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية (ص/153).

(2) صالح فواز، المصادر الإدارية للالتزام (ص/356).

- **التعريف القانوني:** مجموع الأحكام التي تستند إلى أركان وشروط وتعُدّ عقداً تؤثر بحوادث عامة غير متوقعة ولا ممكنة الدفع، تحدث بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه، وتسبب الإرهاق لأحد العاقدين.

الفرع الثالث - أركان وشروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة:

أركان نظرية الظروف الطارئة هي جوانبها التي يقوم عليها بنائها، والأركان لها شروط لا بد أن تتحقق؛ فإذا توافرت الأركان مع شروطها فُسح المجال أمام تطبيق النظرية، وهذه الأركان كما أوضحتها المادة (2/148) من القانون المدني السوري هي: العقد، والظرف الطارئ، والإرهاق، وبيان هذه الأركان مع شروطها يكون وفق الآتي:

أولاً: الركن الأول - العقد (الالتزام التعاقدية):

الالتزام التعاقدية هو الالتزام الناشئ عن عقد، أما الالتزام غير التعاقدية لا تسري عليه نظرية الظروف الطارئة؛ كالالتزام الناشئ عن الضمان مثلاً⁽¹⁾، ويشترط ثلاثة شروط في هذا الركن:

1- أن يكون **العقد متراخي التنفيذ**: وذلك بأن توجد مدة زمنية بين إنشاء العقد وتنفيذه، وهذه المدة يُتصور فيها إمكانية وقوع الظرف الطارئ، والعقود التي تحقق هذا الشرط هي:

(أ) **عقود المدة**: وهي العقود ذات التنفيذ الدوري كعقد التوريد، والعقود ذات التنفيذ المستمر كعقد الإجارة، وعقد بيع الثمر على الشجر بعد بدو صلاحه، وهذه العقود يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيها، وقد انفق الفقه والقانون المدني على تطبيق النظرية عليها.

(ب) **العقود الفورية المؤجلة التنفيذ**: التي لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيها؛ كعقد البيع إذا تم الاتفاق على تأجيل الثمن، أو تأخر تنفيذه لسبب خارج عن إرادة العاقدين⁽¹⁾.

(1) الترماني، نظرية الظروف الطارئة (ص/120).

وهذه العقود تنطبق عليها نظرية الظروف الطارئة في الفقه، وقد اختلف شراح القانون في انطباق النظرية عليها، وأحد أسباب الاختلاف أن القانون المدني السوري والمصري من قبله وباقي القوانين التي أخذت بنظرية الظروف الطارئة لم تذكر العقود التي تطبق عليها النظرية، في حين أن بعض القوانين حسمت النزاع وحددت نطاق العقود التي تسري عليها النظرية كالقانون الإيطالي، فقد نص في المادة (1467) على أنها: "العقود ذات التنفيذ المستمر، أو التنفيذ الدوري، أو التنفيذ المؤجل"⁽²⁾.

ومن أسباب الاختلاف أيضاً اختلاف شراح القانون في المقصود بالعقود المتراخية؛ هل هي العقود المتراخية بطبيعتها، أو المتراخية في تنفيذها⁽³⁾؟ والرأي الراجح عند شراح القانون أنها المتراخية في تنفيذها؛ فإذا نُفِّدَ العقد فلا تطبق النظرية، وإذا لم يُنْفَذْ تُطَبَّقْ، سواء أكان العقد من عقود المدة، أم من العقود الفورية المؤجلة التنفيذ بالاتفاق، أم من العقود الفورية مؤجلة التنفيذ بسبب ظرف الطارئ قبل تنفيذها⁽⁴⁾، وهذا الاتجاه الثاني يتوافق مع الفقه الإسلامي؛ ورد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول يقتضي تطبيق النظرية على كل عقد عرض له ظرف المرهق قبل تنفيذه، وهذا المعنى كما هو موجود في عقود المدة؛ فهو كذلك متحقق في العقود الفورية مؤجلة التنفيذ⁽⁵⁾.

(1) النعيمي، نظرية الظروف الطارئة (ص/115)، والدريني، النظريات الفقهية (ص/146)، والبيات أبو العيال، الالتزامات (ص/149)، وشليبيك، نظرية الظروف الطارئة (ص/172).

(2) النعيمي، نظرية الظروف الطارئة (ص/114)، والترمانيني، نظرية الظروف الطارئة (ص/126).

(3) الترماني، نظرية الظروف الطارئة (ص/127).

(4) السنهوري، مصادر الحق (ص/25/6)، والنعيمي، نظرية الظروف الطارئة (ص/119)، والترمانيني، نظرية الظروف الطارئة (ص/125)، وشليبيك، نظرية الظروف الطارئة (ص/176).

(5) الترماني، نظرية الظروف الطارئة (ص/126)، وعبد الباقي، نظرية العقد (ص/2/556).

2- أن يكون العقد محددًا: أي يستطيع كلا المتعاقدين من لحظة إنشاء العقد أن يحدد القدر الذي يُؤخذ والقدر الذي يُعطى حتى لو كان القدران غير متعادلين؛ كعقد البيع، ومقتضى هذا الشرط ألا يكون العقد المراد تطبيق النظرية عليه من عقود الغرر أو العقود الاحتمالية؛ لأن الإرهاق متلازم مع طبيعة هذه العقود، ومتوقع من المتعاقدين من لحظة إبرام العقد، ونظرية الظروف الطارئة تقوم على عدم توقع الظرف المرهق، بينما هذه العقود تقوم على احتمال الخسارة الكبيرة أو الربح الفاحش، ولا يُعرف فيها مقدار الغرم بالنسبة إلى الغنم، مثل بيع الثمر على الشجر قبل بدو صلاحه، وعقد التأمين؛ فهي عقود غير مشروعة في الفقه، ولا تسري عليها النظرية باتفاق الفقهاء والراجح عند شرح القانون⁽¹⁾.

3- أن يكون العقد ملزماً للجانبين: أي يرتب التزامات متقابلة في ذمة طرفي العقد؛ كعقد البيع، ومقتضى هذا الشرط عدم جواز تطبيق النظرية على العقد الملزم لجانب واحد؛ كعقد الوديعة غير المأجورة، وهذا الشرط قال به بعض شراح القانون، استنتاجاً من عبارة: (وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين) في نص المادة القانونية: التي تدل على تقابل الالتزامات وتقابلها لا يكون إلا في العقود الملزمة لطرفي العقد، ولكن الصحيح أن النظرية تسري على العقود الملزمة للجانبين والملزمة لجانب واحد؛ لأنه إذا كانت الغاية من تشريع النظرية هي إزالة الإرهاق عند أحد المتعاقدين، فليس من العدل أن يُرفق بأحدهما دون الآخر⁽²⁾.

ثانياً: الركن الثاني - الظرف الطارئ:

وهو الظرف الذي يحدث بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه؛ فإذا كان العقد لم ينفذ كاملاً طبقت النظرية على كامل التزاماته، وإذا نفذ بعضه طبقت على الالتزامات التي لم

(1) السنهوري، مصادر الحق (25/6)، والترمانيني، نظرية الظروف الطارئة، (ص/120-122)، وعبد الباقي، نظرية العقد (2/558)، وشليبيك، نظرية الظروف الطارئة (ص/178).

(2) الترماني، نظرية الظروف الطارئة (ص/122)، وشليبيك، نظرية الظروف الطارئة (ص/179).

تُنفَّذ فقط، وليس كل ظرف طارئ يكون سبباً لتطبيق النظرية، بل لا بد من توافر الشروط الآتية فيه:

1- أن يكون الظرف خارج إرادة المتعاقدين: أي لم يحدث بسبب أحدهما، أو بتقصير من أحدهما؛ وإلا فيتحمل المتسبب أو المقصر التبعة، ولا يستفيد من أحكام النظرية، وهذا الشرط متفق عليه في الفقه الإسلامي والقانون المدني⁽¹⁾.

2- أن يكون الظرف الطارئ استثنائياً: أي غير مألوف ولا يتفق مع السير الطبيعي للأمر، مع مراعاة المكان والزمان، فما قد يكون استثنائياً في بلد ما ليس بالضرورة أن يكون كذلك في بلد آخر، وما قد يكون استثنائياً في زمن ما قد يكون مألوفاً في آخر.

والحوادث الاستثنائية نوعان: حوادث سماوية لا دخل للبشر فيها؛ مثل حدوث الزلازل والبراكين، والفيضانات غير المألوفة، والأوبئة البشرية والمثال المعاصر لها (كورونا- COVID 19)، أو أوبئة الحيوانات كجنون البقر، أو أوبئة الزروع والثمار كانتشار الجراد، والصقيع والبرد وشدة الحرارة التي تصيب الزروع والثمار. وحوادث ناجمة عن فعل البشر؛ مثل الحروب والفتن، والأوامر الإدارية والتشريعات كصدور أوامر بإغلاق المحلات التجارية والمطاعم والفنادق (وحدث هذا أيام جائحة كورونا).

والراجح في الفقه والقانون أن نظرية الظروف الطارئة تسري على نوعي الحوادث الاستثنائية ولا فرق بين الحوادث السماوية والحوادث التي من صنع البشر⁽²⁾.

3- أن يكون الظرف الطارئ عاماً: أي غير خاص بالمدين، ولكن لا يُشترط فيه أن يعمَّ جميع البلاد؛ بل يكفي أن يؤثر في عدد كبير من الناس، وقد نص على هذا الشرط القانون المدني السوري في المادة (2/148)⁽³⁾؛ وقد أيد هذا الشرط معظم رجال القانون وعلى رأسهم الدكتور السنهوري؛ إذ قال: "ويجب ألا تكون هذه

(1) الترماني، نظرية الظروف الطارئة (ص/136)، والدريني، النظريات الفقهية (ص/150).

(2) الترماني، نظرية الظروف الطارئة (ص/136)، والدريني، النظريات الفقهية (ص/150)، والزحيلي، نظرية الضرورة (ص/318)، وشليبيك، نظرية الظروف الطارئة (ص/180).

(3) الترماني، نظرية الظروف الطارئة (ص/138).

الحوادث الاستثنائية خاصة بالمدين، بل يجب أن تكون عامة شاملة لطائفة من الناس، فالحوادث الاستثنائية الخاصة بالمدين؛ كالإفلاس أو الموت أو اضطراب الأعمال أو حريق المحصول لا تكفي"⁽¹⁾.

والفقه الإسلامي قَبِلَ الظرف العام والخاص، ولم يأخذ بشرط العمومية إلا في مسائل الجوائح عند الحنابلة وبعض المالكية على الأغلب⁽²⁾، أما مسائل أضرار الإجارة وتغير قيمة النقود فلا فرق بين الظرف إن كان عاماً أو خاصاً لا يتعدى أثره حدود التزام العقد الذي تُثار بشأنه النظرية، ففي فقه الحنفية: المرض والموت والإفلاس تُعدّ أضراراً تُفسخ بسببها الإجارة⁽³⁾.

ومع أن النص القانوني واضح في اشتراط العمومية؛ إلا أن القانون المدني السوري اعتدّ ببعض الأضرار الخاصة من قبيل الاستثناء من المبدأ العام لنظرية الظروف الطارئة، مستنداً في ذلك إلى الفقه الحنفي؛ ومن ذلك ما نصت عليه المادة (576): "يجوز للموظف أو المستخدم إذا اقتضى عمله أن يغير إقامته أن يطلب إنهاء إيجار مسكنه إذا كان هذا الإيجار معين المدة"⁽⁴⁾؛ والاستثناء من النظرية في هذا المثال يتجلى في أمرين؛ الأول: العموم وذلك باعتبار الظرف الخاص، الثاني: الجزاء وذلك بجواز الفسخ لا التعديل.

4- أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع: من قبل المتعاقد المتضرر منه، ولم يكن في وسعه أن يتوقع حدوثه قبل تنفيذ العقد أو أثناء تنفيذه؛ كمن استأجر داراً ثم تهدمت كلها أو جزء منها، وهذا الشرط مأخوذ من نص المادة القانونية (2/148): "ومع

(1) السنهوري، مصادر الحق (26/6).

(2) النفراوي، الفواكه الدواني (129/2)، وابن مفلح، المبدع في شرح المقنع (165/4).

(3) الزبيدي، الجوهرة النيرة (271/1)، والدريني، النظريات الفقهية (ص/148).

(4) النعيمي، نظرية الظروف الطارئة (ص/128)، والدريني، النظريات الفقهية (ص/154).

ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، "...، إلا أن بعضهم جعل شرط الاستثنائية يغني عن شرط عدم التوقع؛ إذ كل حادث استثنائي يُعدُّ غير متوقع⁽¹⁾.

والتحقيق أن بينهما عموماً وخصوصاً من وجه⁽²⁾؛ أي: من الحوادث الاستثنائية ما يكون متوقعاً، ومنها ما لا يكون متوقعاً، والحوادث غير المتوقعة منها ما يكون استثنائياً ومنها ما لا يكون؛ فيجتمع الشرطان في بعض الأفراد ويتغايران في بعضهم الآخر؛ فلا بد من اعتبارهما معاً.

ففيضان النهر استثنائي؛ لكن إن كان متوقعاً لا تُطبق النظرية، وارتفاع الأسعار في زمن الحرب يكون متوقعاً؛ فليس لمن تعاقد بعد نشوب الحرب أن يطلب تطبيق النظرية بحجة ارتفاع الأسعار؛ لأنه يكون متوقعاً⁽³⁾.

وعدم التوقع من الأمور الذاتية النسبية التي تختلف باختلاف تقديرات الناس لها؛ لذلك اتفق القانونيون على أن معياره موضوعي، وذلك بأن يكون الحادث الاستثنائي العام نادراً وخارجاً عن المؤلف، وأن يتجاوز بكثير كل التقديرات التي يقدرها شخص ذو بصيرة عند إبرام العقد⁽⁴⁾.

وعدم التوقع في الفقه الإسلامي يُعدُّ به غالباً لا مطلقاً، ويقابله في اصطلاح الحنفية الضرر الزائد، الذي لم يستحق بالعقد⁽⁵⁾، فالضرر المحتمل يكون متوقعاً، أما الضرر الزائد فلا يكون متوقعاً وهو الذي يسبب الإرهاق؛ لذلك وصِفَ الضرر الزائد بأنه لم يُستحق بالعقد⁽⁶⁾.

(1) الترماني، نظرية الظروف الطارئة (ص/139)، والزحيلي، نظرية الضرورة (ص/318).

(2) الإسنوي، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول (ص/507).

(3) السنهوري، الوسيط (1/644)، والترماني، نظرية الظروف الطارئة (ص/138).

(4) الترماني، نظرية الظروف الطارئة (ص/139)، وشليبيك، نظرية الظروف الطارئة (ص/183).

(5) الزيلعي، تبين الحقائق (5/145)، والطوري، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق (8/42).

(6) النعيمي، نظرية الظروف الطارئة (ص/136)، والدريني، النظريات الفقهية (ص/147).

5- أن يكون الظرف الطارئ غير ممكن الدفع: وهذا الشرط يُعدُّ ضابطاً للشرط السابق؛ فالظرف غير المتوقع ينبغي أن يكون مما لا يمكن دفعه والتحرز منه، فإن كان في وسع المدين دفعه وقصر في ذلك؛ فإنه يتحمل وحده نتيجة تقصيره، ولا يستفيد من النظرية؛ لأن الظرف الذي يُستطاع دفعه يستوي في شأنه أن يكون متوقفاً أو غير متوقع⁽¹⁾.

وهذا الشرط متفق عليه في القانون المدني والفقهاء الإسلامي إلى حدٍّ كبير، ومن أمثلته ما عبّر عنه المالكية بالأمر الغالب في قولهم: "كل ما منع المكترى من السكنى من أمر غالب لا يستطيع دفعه من سلطان أو غاصب، فهو بمنزلة ما لو منعه أمر من الله كأنهدام الدار ... فلا كراء عليه في ذلك كله؛ لأنه لم يصل إلى ما اكترى"، وكذلك اعتبروا الطير الغالب من الجوائح⁽²⁾.

والعذر الذي تُفسخ به الإجارة عند الحنفية هو الذي يحدث ضرراً زائداً لم يُستحق بالعقد غالباً؛ إلا أن بعض الأعداء الشخصية عندهم مما يمكن دفعها، فضلاً عن أنه ممكن توقعها⁽³⁾.

ثالثاً: الركن الثالث - الإرهاق:

إذا تحققت الشروط السابقة في العذر الطارئ ووصل بالالتزام إلى درجة الإرهاق فُسح المجال أمام تطبيق نظرية الظروف الطارئة، والمقصود بالإرهاق في القانون: إصابة أحد المتعاقدين نتيجة الظرف الطارئ بخسارة فادحة غير مألوفة تقلب اقتصاديات العقد؛ وتستدعي تدخل القاضي لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول⁽⁴⁾.

ويقابل الإرهاق في الفقه الإسلامي الضرر الزائد الذي لم يُستحق بالعقد، ولا بدّ من بيان ضوابط الإرهاق ومعياره وتوضيح ما إذا كان لمقداره تحديداً يُضبط، وذلك وفق الآتي:

- (1) السنهوري، الوسيط (644/1)، والترمانيني، نظرية الظروف الطارئة (ص/140).
- (2) القرافي، الذخيرة (212/5)، والغرناطي، التاج والإكليل لمختصر خليل (7/563).
- (3) الدريني، النظريات الفقهية (ص/179)، وشليبيك، نظرية الظروف الطارئة، (ص/183).
- (4) السنهوري، الوسيط (26/6).

أ- ضوابط الإرهاق:

للإرهاق ضوابط لا بدّ منها حتى تطبق نظرية الظروف الطارئة، وهي:

- 1- أن يكون الضرر الزائد أو الإرهاق ناجماً عن الظرف الطارئ، وليس من ذات الالتزام العقدي، والظرف الطارئ يكون استثنائياً في طبيعته، والإرهاق الناجم عنه يكون استثنائياً في أثره⁽¹⁾؛ وهذا الضابط لا خلاف فيه بين الفقه الإسلامي والقانون المدني.
- 2- أن يلحق الإرهاق بالمدين خسارة كبيرة ويصل به إلى درجة لا يستطيع معها تنفيذ الالتزام إلا بحرج ومشقة، أما إذا وصل إلى درجة الاستحالة فيكون الظرف عندها قوة القاهرة، وفي الفقه لا مانع أن يصل الإرهاق إلى درجة الاستحالة كما في بعض تطبيقات الأعدار والجوائح⁽²⁾.
- 3- أن يكون الإرهاق الناجم عن الظرف الطارئ مادياً أو اقتصادياً؛ وهذا في القانون، أما في الفقه؛ فلا فرق بين أن يكون الضرر الزائد (الإرهاق) مادياً اقتصادياً يخلُ بالتوازن بين التزامات العقد، كما في أحكام الجوائح، أو معنوياً يمسُّ الاعتبار الإنساني، أو شرعياً لا يجوز الاستمرار في تنفيذ العقد⁽³⁾.

ب- معيار الإرهاق:

اتفق القانونيون على أن معيار الإرهاق موضوعي يتعلق بالالتزام العقدي، وليس ذاتياً شخصياً⁽⁴⁾، لكن مع اعتبار الجانب الشخصي، فقد نصت المادة (2/148) من القانون المدني السوري: "... وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلًا، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة"؛ فالأصل أن معيار الإرهاق موضوعي، مع عدم إهمال المعيار الشخصي، والأفضل المزج بين المعيارين؛ لأن الأخذ بالمعيار الموضوعي وحده يؤدي إلى إهمال ظروف المدين إهمالاً تاماً، وهذا يتعارض مع

(1) الترماني، نظرية الظروف الطارئة (ص/159)، وعبد الباقي، نظرية العقد (551/2).

(2) الترماني، نظرية الظروف الطارئة (ص/158)، والدريني، النظريات الفقهية (ص/150).

(3) حاشية ابن عابدين (81/6)، والنعمي، نظرية الظروف الطارئة (ص/284)، والدريني، النظريات

الفقهية (ص/150)، وشليبيك، ونظرية الظروف الطارئة (ص/184).

(4) الترماني، نظرية الظروف الطارئة (ص/159).

العدالة، والأخذ بالمعيار الشخصي فقط يدخل القاضي في صعوبات كبيرة أمام تعدد الحالات التي تختلف باختلاف الأفراد⁽¹⁾.

ويتوافق القانون مع الفقه في اعتبار المعيارين، وهذا ما تفيد عبارات الفقهاء؛ ففي اعتبار المعيار الموضوعي ورد أن الضرر الزائد هو الذي لم يُستحق بالعقد⁽²⁾؛ وفي اعتبار المعيار الشخصي قال الكاساني⁽³⁾: "لو لزم العقد عند تحقق العذر؛ للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد"⁽⁴⁾، وفي حاشية ابن عابدين⁽⁵⁾: "كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ"⁽⁶⁾.

ج- مقدار الإرهاق (الخسارة الفادحة):

لم يحدد القانون مقدار الخسارة الفادحة التي تلحق بالتزامات العقد المراد تطبيق نظرية الظروف الطارئة عليه، وترك تقديرها للقاضي، فيحدد مقدار الإرهاق في كل عقد على أساس الظروف التي أدت إليه، مع الموازنة بين مصلحة طرفي العقد⁽⁷⁾؛ أي: إن معيار تحديد مقدار الإرهاق معيار مرن ليس له مقدار ثابت؛ فما يكون مرهقاً لمدين قد لا يكون مرهقاً لآخر، وما يكون مرهقاً لمدين في ظروف معينة قد لا يكون مرهقاً له في

(1) السنهوري، الوسيط (1/645)، والترمانيني، نظرية الظروف الطارئة (ص/161).

(2) الطوري، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق (42/8).

(3) الكاساني (ت:587هـ): ملك العلماء علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد. نسبته إلى كاسان بالتركستان. من أئمة الحنفية قدم إلى حلب واستوطن فيها، أخذ عن السمرقندي وشرح كتابه: "تحفة الفقهاء" في "بدائع الصنائع". ينظر: ابن قطلوبغا، تاج التراجم (ص/327)، والزركلي، الأعلام (70/2).

(4) الكاساني، بدائع الصنائع (197/4).

(5) ابن عابدين (ت:1252هـ): هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، إمام الحنفية، صاحب الحاشية: "رد المحتار على الدر المختار". من تصانيفه: "العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، و"مجموعة رسائل". ينظر: ابن عابدين الابن، مقدمة قرّة عيون الأخيار (11/6)، والزركلي، الأعلام (42/6).

(6) حاشية ابن عابدين (81/6).

(7) الترماني، نظرية الظروف الطارئة (ص/162).

ظروف أخرى⁽¹⁾، والخسارة الفادحة هي: كل ما يمس كيان العقد الاقتصادي ويزعزع أركانه ويحدث خللاً يبيّن في التزاماته؛ ويتحقق الإرهاق إذا كان الفرق كبيراً بين قيمة الالتزام المحددة في العقد وقيمة العقد الفعلية عند التنفيذ⁽²⁾. وفي الفقه الإسلامي: لا يوجد تحديد لمقدار الضرر الزائد غير المستحق بالعقد؛ إلا في أحكام الجوائح؛ فإنها توضع إذا تجاوز مقدار التالف من الثمار أو الزروع الثلث عند بعض الفقهاء⁽³⁾.

الفرع الرابع - أحكام نظرية الظروف الطارئة في القانون والفقه:

أولاً - أحكام النظرية في القانون المدني:

إن نظرية الظروف الطارئة كما أقرها القانون المدني هي: صورة من صور تعديل العقد بوساطة القضاء⁽⁴⁾، وذلك خروجاً على القوة الملزمة للعقد؛ إذ العقد شريعة المتعاقدين، وقد نصّت المادة (148) من القانون المدني السوري في الفقرة الثانية منها على ما يلي: "ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلًا، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

وواضح من هذا النص أن للنظرية حكم واحد وهو تعديل العقد بسبب الإرهاق، وذلك برد التزامات العقد المرهقة لأحد العاقدين إلى الحد المعقول⁽⁵⁾، ويكون التعديل وفق وفق الصور الآتية:

1 - وقف العقد وتأجيل التنفيذ: وذلك إذا كان الظرف مؤقتاً؛ كما إذا تعهد مقاول

بإقامة بناء وارتفعت أسعار مواد البناء ارتفاعاً فاحشاً بسبب وقف الاستيراد،

(1) السنهوري، الوسيط (1/645)، والنعمي، نظرية الظروف الطارئة (ص/131).

(2) الترماني، نظرية الظروف الطارئة (ص/163)، وشليبيك، نظرية الظروف الطارئة (ص/186).

(3) القرافي، الذخيرة (5/212)، والنقراوي، الفواكه الدواني (3/130)، وابن قدامة، والمغني (4/81).

(4) النعمي، نظرية الظروف الطارئة (ص/69)، والدريني، النظريات الفقهية (ص/153).

(5) السنهوري، الوسيط (1/646).

فيعطيه القاضي مهلة زمنية لتسليم المبنى، وذلك إذا لم يلحق صاحب البناء ضرر جسيم بالتأخير⁽¹⁾.

2 - زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق: وذلك للتقليل من خسارة المدين، ومثال ذلك رفع السعر الوارد في عقد التوريد إذا ارتفع سعر المعقود عليه بسبب حادث طارئ، ورفع السعر هنا لا يكون إلى الحد الذي بلغه المبيع في السوق، ولكن على نحو يتم فيه توزيع الخسارة على طرفي العقد مع إهمال ارتفاع السعر المألوف، وفي هذه الحالة فإن القاضي يخير الدائن بين الشراء بالسعر الجديد أو فسخ العقد⁽²⁾.

3 - إنقاص الالتزام المرهق: وذلك برده إلى الحد المعقول؛ مثل الإنقاص من كمية سلعة تعهد شخص بتوريدها ثم قل وجودها في السوق بسبب ظرف طارئ.

ولا يوجد في القانون المدني فسخ أو انفساخ في أحكام نظرية الظروف الطارئة؛ لأن ظرف الطارئ إذا جعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا؛ كان قوة قاهرة ينقضي بها الالتزام⁽³⁾، لكن يكون الفسخ أحد الأحكام بشكل غير مباشر، وذلك عندما يعدل القاضي العقد بزيادة التزامات الدائن، فإن الدائن يُخَيَّر بين إمضاء العقد بعد تعديله أو فسخه، أما المدين فلا يحق له طلب الفسخ⁽⁴⁾.

ثانياً - أحكام النظرية في الفقه:

الأصل في العقود للزوم؛ لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [الآية/المائدة:1]. وبما أن أحكام نظرية الظروف الطارئة تُعدُّ استثناءات من مبدأ لزوم العقد؛ فإنه ينبغي أن تتناول كل واقعة بظروفها، وبالتالي يختلف الحكم أو الحل باختلاف

(1) المرجع السابق، ذات الموضوع.

(2) المرجع السابق (647/1).

(3) المرجع السابق (648/1، 631).

(4) البيات وأبو العيال، الالتزامات (ص/278).

طبيعة الواقعة وظروفها الملائمة، ويتضح هذا من خلال تعدد صور الحلول التي من الممكن حصرها في الآتي⁽¹⁾:

1 - تعديل العقد: في حال إمكانية التنفيذ مع الإرهاق، وقد يكون التعديل بزيادة التزامات المدين كتحميل المدين فرق انخفاض قيمة العملة في الدين أو القرض، وقد يكون التعديل بإنقاص التزامات المدين؛ كالحط من ثمن المبيع وتحميل الخسارة للبائع في جوائح الثمار والزروع عند المالكية والحنابلة، وهذه الصورة تقابل الصورتين الثانية والثالثة في أحكام القانون.

2 - تأجيل التنفيذ: وذلك عن طريق القاضي في حال وجد أن الظروف الطارئ قابل للزوال في وقت قصير، ولا يتضرر الملتزم له كثيراً بهذا الإمهال، ومثال هذا عقود التوريد والمقاوله.

3 - ثبوت حق فسخ العقد للعاقدين المتضررين: وذلك في حال تعذر تنفيذ العقد، كما في أضرار الإجارة عند الحنفية، أو هلاك كامل الثمر في الجوائح عند المالكية والحنابلة، فإذا كان العذر ظاهراً يُفسخ العقد بالإرادة المنفردة من قبل المتعاقد المضرور، أما إذا كان العذر خفياً - كالدين في أضرار أحد العاقدين في الإجارة - فلا بد من الرجوع إلى حكم القضاء⁽²⁾.

وحق فسخ العقد يكون على أساس الضرر الفاحش غير المستحق بالعقد، اللاحق بالمدين، والناشئ عن العذر الطارئ، ولا يكون على أساس فساد العقد أو بطلانه، أو الإقالة (الفسخ بالتراضي)، أو على أساس خيار من الخيارات، وهو ليس صورة من صور انقضاء العقد بتنفيذ التزاماته المتبادلة؛ إذ لا أثر للظرف الطارئ بعد تنفيذ التزامات العقد⁽³⁾.

(1) السنهوري، مصادر الحق (6/90)، والدريني، النظريات الفقهية (ص/152).

(2) المرغيناني، الهداية شرح البداية (3/248).

(3) النعيمي، نظرية الظروف الطارئة (ص/67)، والدريني، النظريات الفقهية (ص/153 - 154).

4 - انفساخ العقد تلقائياً بحكم الشرع: وذلك إذا كان التعذر لسبب شرعي؛ كالإجارة

على قلع ضرر كانت تؤلم صاحبها ثم سكنت، والانفساخ يكون تلقائياً دون رضا المتعاقدين، ودون رفع الأمر إلى القاضي ليحكم بالفسخ⁽¹⁾.

فالصورتان الأخيرتان ليستا من أحكام نظرية الظروف الطارئة في القانون، وهما تدخلان في الاستحالة التي هي من نظرية القوة القاهرة في القانون⁽²⁾.

المطلب الثاني - التعريف بنظرية القوة القاهرة في الفقه والقانون

إن مصطلح القوة القاهرة مصطلح وفد إلى الفقه الإسلامي حديثاً من خلال الدراسات المقارنة للباحثين في الفقه المقارن مع القانون، وأقرب مصطلح للقوة القاهرة في الفقه: الآفة السماوية أو الجوائح أو العاهة، والعدر⁽³⁾.

الفرع الأول - التعريف بنظرية القوة القاهرة في الفقه الإسلامي:

الجوائح التي تُعدُّ قوة قاهرة في الفقه هي التي لا يمكن معها تضمين أحد؛ وهي إما أن تكون سماوية مثل العواصف والبرَد والمطر الشديد والزلازل والحرائق الغالبة والفيضانات بانفاق الفقهاء، وإما من فعل البشر كالجيوش وأوامر السلطة واللصوص على اختلاف عند الفقهاء.

وملخص النظرية: أن العقود الملزمة للطرفين إذا استحالت تنفيذ أحد الالتزامين المتقابلين بسبب قوة قاهرة؛ انقضى هذا الالتزام وسقط عن الطرف الآخر التزامه وانفسخ العقد، ويتحمل المدين تبعة الهلاك؛ سواءً أكانت الاستحالة كلية أم جزئية، دائمة أم مؤقتة، وسواء أكان العقد بيعاً أم إجارة أم شركة⁽⁴⁾.

وأساس تحمل تبعة الهلاك المعاوضة التي تقتضي إنشاء التزامات متقابلة، وتحقق فكرة المساواة التي تقوم عليها العقود، وهذا يقتضي عدم إجبار أحد العاقدين على تنفيذ

(1) ابن نجيم، البحر الرائق (1/205)، والخرشي، شرح مختصر خليل (7/30)، والشريبي، مغني المحتاج، (3/449)، والدريني، النظريات الفقهية (ص/153).

(2) الدريني، النظريات الفقهية (ص/153)، والبيات وأبو العيال، الالتزامات (ص/303).

(3) السنهوري، مصادر الحق (6/124)، والبيات وأبو العيال، الالتزامات (ص/287).

(4) النعيمي، نظرية الظروف الطارئة (ص/87).

التزامه، إذا لم ينفذ الآخر الالتزام المقابل؛ قال الكاساني: "المعاوضات مبناها على المساواة عادةً وحقيقة"⁽¹⁾.

ومما يؤكد سلامة هذا التأصيل (المساواة) الحكم في حالة الهلاك الجزئي، أن الالتزام إذا انقضى جانب من محله بالهلاك، فإنه يسقط من الالتزام المقابل ما يساوي قيمة الجزء الهالك من التزام العاقد الآخر، أي الجزء الذي أصبح فيه الالتزام مستحيلًا⁽²⁾.

ومن الأمثلة على ذلك البيع؛ فعند جمهور الفقهاء: البائع يلزمه تسليم المبيع إلى المشتري، ولا يسقط عنه هذا الحق إلا بالأداء، ويظل البائع مسؤولاً في حالة هلاك المبيع، وتكون تبعة الهلاك عليه إذا كان الهلاك بأفة سماوية أو جائحة، وكذلك تكون تبعة هلاك الثمن على المشتري إذا كان الثمن معيناً، أما إذا كان في الذمة، فإنه المشتري يطالب ببدها عندها.

فإذا كان هلاك المبيع كلياً قبل التسليم، فإنه يهلك على ضمان البائع، لنهي النبي ﷺ عن ربح ما لم يُضْمَن⁽³⁾، ويترتب على ذلك أن البيع يفسخ ويسقط الثمن، وذلك لاستحالة التنفيذ.

وفائدة انفساخ البيع هنا أنه يسقط الثمن كله أو بعضه عن المشتري إن لم يكن دفعه، وله استرداده كله أو استرداد مقابل التالف إن كان قد دفعه، ولو لم يفسخ البيع للتعهد المشتري بالثمن، والتزم البائع بقيمة المبيع مهما بلغت، أو بمثله، والتعبير بالانفساخ دون الفسخ؛ إذ الانفساخ هو حكم ووصف للعقد ويكون تلقائياً، فلا يحتاج إلى قيام المتعاقدين أو القاضي بالفسخ، ولا يحتاج المدين في الانفساخ إلى إخطار الدائن كما في القانون⁽⁴⁾.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع (249/5).

(2) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (3176/4).

(3) أبو داود، السنن، كتاب أبواب الإجارة، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده (283/3)، (3504)، والترمذي، السنن، كتاب أبواب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك (526/2)، (1234)، والنسائي، السنن، كتاب البيوع، باب شرطان في بيع (295/7)، (4631)، وابن ماجه، السنن، كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك ... (737/2)، (2188)، وقال الترمذي: "حسن صحيح".

(4) النعيمي، نظرية الظروف الطارئة (ص/88).

أما إذا كان هلاك المبيع جزئياً فإنه يسقط من الثمن بحسب القدر التالف، ويخير المشتري بين أخذ الباقي بحصته من الثمن، أو فسخ البيع؛ لتفريق الصفقة⁽¹⁾.

واستثنى الحنابلة مسألة الجوائح؛ إذ قالوا يكون ضمان الثمار والزروع على البائع إذا هلك بجائحة قبل أوان الجذاذ والحصاد، أما إذا أتت الجائحة على بعض الثمار قبل أوان جذاذها خُير المشتري بين إمضاء البيع واسترداد مقابل التالف، أو ردّ المبيع وأخذ كامل الثمن⁽²⁾.

أما المالكية فقد اختلفوا مع جمهور فقهاء المذاهب في الضمان، فاعتبروا هلاك المبيع أو تعيبه بأفة سماوية من ضمان المشتري، إذا كان البيع صحيحاً لازماً؛ لأن الضمان عندهم ينتقل بالعقد إلى المشتري ولو لم يقبض المشتري المبيع. لكن استثنى المالكية من هذا الحكم عدة صور؛ منها: ما لو كان في المبيع حق توفية لمشتريه، وهو المثلي من مكيل أو موزون أو معدود حتى يُفَرَّغ في أواني المشتري، فإذا هلك بيد البائع عند تفريغه فهو من ضمان البائع. ومنها: الثمار المبيعة بعد بدو صلاحها، فلا تدخل في ضمان المشتري إلا بعد أمن الجائحة⁽³⁾.

والهلاك في الفقه الإسلامي بسبب الآفة ينفي الضمان فيما إذا كانت اليد أمانة، فالأمين لا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير، أما في حالة الهلاك بقوة قاهرة فلا يضمن؛ كالمودع لديه دون أجر لا يضمن الوديعة إذا هلكت بجائحة، وكل ما أمكن معه التضمين لا تنطبق عليه أحكام القوة القاهرة، فلا ينتفي الضمان إذا كانت اليد يد ضمان⁽⁴⁾، كهلاك المبيع قبل التسليم يكون من ضمان البائع، وبعده من ضمان

(1) حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (275/1)، والشرييني، مغني المحتاج (456/2)،

والرملّي، نهاية المحتاج (81/4)، والرحبياني، مطالب أولي النهى (144/3).

(2) الرحبياني، مطالب أولي النهى (204/3)، والبهوتي، شرح منتهى الإرادات (86/2).

(3) القرافي، الذخيرة (121/5)، والساوي، حاشية على الشرح الصغير (195/3).

(4) البيات وأبو العيال، الالتزامات (ص/287).

المشتري؛ باستثناء بعض الصور؛ منها: الخلاف السابق في جوائح الثمار والزررع في أنها تُضمن على البائع بعد التخلية عند المالكية والحنابلة. ومنها: عدم تضمين الأجير المشترك فيما إذا كان الهلاك بجائحة عند من قال: إن يده يد ضمان، ومن شروط تضمينه أن يكون في وسعه دفع الهلاك⁽¹⁾.

قال الدكتور السنهوري عن القوة القاهرة في الفقه الإسلامي: "ويظهر من النصوص أن الآفة السماوية هي أمر ليس في الإمكان الاحتراز عنه، ولا في الوسع توقعه، ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، وهذا عين ما قرناه في الفقه الغربي"⁽²⁾.

فالقوة القاهرة في الفقه معندٌ بها ويكون أثرها ارتفاع الضمان أو المسؤولية العقدية⁽³⁾.

الفرع الثاني - التعريف بنظرية القوة القاهرة في القانون:

للتعريف بنظرية القوة القاهرة لا بد من تعريفها اعتماداً على المواد القانونية الخاصة بها في القانون المدني السوري، ثم بيان شروطها وآثارها أو أحكامها، وذلك وفق الآتي:

أولاً - تعريف القوة القاهرة:

مع أن فكرة القوة القاهرة قديمة قدم العلاقات الإنسانية؛ إلا أن مصطلح القوة القاهرة مصطلح مبتكر، وربما استعمل شراح القانون مصطلح الاستحالة لذات المعنى؛ مع أن الاستحالة تُعدُّ أثراً للقوة القاهرة، والقوة القاهرة هي السبب الذي ينتج عنه المسبب وهو استحالة التطبيق⁽⁴⁾.

(1) البغدادي، مجمع الضمانات (ص/28)، الزحيلي، نظرية الضرورة (ص/333).

(2) السنهوري، مصادر الحق (6/125).

(3) الزحيلي نظرية الضرورة (ص/335).

(4) الكشور، نظام التعاقد ونظريتا القوة القاهرة والظروف الطارئة (ص/24).

وقد نصت المادة (166) من القانون المدني السوري على أنه: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة، أو خطأ من المضرور، أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك". فالحادث المفاجئ أو القوة القاهرة أحد أسباب انعدام رابطة السببية بين الشخص والضرر الناتج؛ وبالتالي ارتفاع المسؤولية عنه، وهناك من شراح القانون من فرّق بين الحادث المفاجئ والقوة القاهرة؛ لكن الراجح أنه لا فرق بينهما⁽¹⁾.

ونصت المادة (216) على أنه: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً، حُكّم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

ونصت المادة (218) على أنه: "يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة". أي: إن أحكام القوة القاهرة ليست من النظام العام؛ فتجوز مخالفتها.

ونصت المادة (371) على أنه: "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه".

وقد جاءت أحكام القوة القاهرة في مواد متفرقة في القانون المدني السوري، أما المشرع المغربي فقد نظم أحكام القوة القاهرة في فصل خاص، وعرفها تعريفاً مستنداً فيه إلى أحكام الفقه المالكي؛ فقد جاء في المادة (269) من القانون المدني المغربي: "القوة القاهرة: هي كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه؛ كالظواهر الطبيعية (الفيضانات

(1) السنهوري، الوسيط (875/1-877).

والجفاف والعواصف والحرائق والجراد)، وغارات العدو وفعل السلطة، ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً⁽¹⁾.

واستناداً إلى النصوص القانونية الخاصة عرّف الباحثون القوة القاهرة؛ ومن هذه التعاريف:

تعريف الدكتور وهبة الزحيلي: "أمر غير متوقع الحصول وغير ممكن الدفع يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً دون أن يكون هناك خطأ في جانب المدين"⁽²⁾.

تعريف الدكتور فواز صالح: "كل أمر خارج عن الشيء لا يمكن للمدين توقعه، ولا يمكن له دفعه"⁽³⁾.

ثانياً - شروط القوة القاهرة:

لا بدّ من توافر ثلاثة شروط في الظرف أو الحادث المفاجئ حتى يُعدّ قوة القاهرة:

الشرط الأول - أن يكون منشأ الضرر بسبب أجنبي لا دخل للشخص المتضرر فيه، أو دخل لأحد المتعاقدين فيه في الالتزام العقدي⁽⁴⁾.

الشرط الثاني - عدم إمكان التوقع: فإذا أمكن التوقع حتى لو استحال دفعه لم يكن قوة القاهرة، والمعيار في تقدير عدم التوقع موضوعي لا شخصي؛ بمعنى أن يكون الحادث غير متوقع بالنسبة إلى الشخص اليقظ المتبصر بالأمر. وعدم إمكان التوقع في

(1) الكشور، نظام التعاقد ونظريتنا القوة القاهرة والظروف الطارئة (ص/26).

(2) الزحيلي، نظرية الضرورة (ص/330).

(3) صالح، المصادر الإدارية للالتزام (ص/387).

(4) السنهوري، الوسيط (1/878)، والنعمي، نظرية الظروف الطارئة (ص/86)، والزحيلي، نظرية الضرورة (ص/330)، والكشور، ونظام التعاقد ونظريتنا القوة القاهرة والظروف الطارئة (ص/36).

المسؤولية العقدية يكون وقت إبرام العقد، ولا يمنع أن يكون ممكن التوقع بعد التعاقد وقبل التنفيذ، أما في المسؤولية التقصيرية فيكون عدم إمكان التوقع وقت وقوع الحادث⁽¹⁾.

الشرط الثالث - استحالة الدفع: فإذا أمكن دفع الحادث حتى في حال عدم إمكان توقعه لم يكن قوة قاهرة، والمقصود بالاستحالة هنا: الاستحالة الحقيقية لا مجرد صعوبة في التنفيذ، وهي الاستحالة المطلقة؛ أي: بالنسبة إلى أي شخص، لا بالنسبة إلى شخص المدين فقط.

ولا فرق بين أن تكون استحالة الدفع أو التنفيذ مادية، أو تكون معنوية تمس الجانب الأدبي، والقاضي هو الذي يقدر إن كان هناك استحالة معنوية⁽²⁾.

وهذه الشروط التي أوردتها شراح القانون لا تتنافى مع الفقه الإسلامي غالباً.

ثالثاً - آثار القوة القاهرة:

إذا كانت القوة القاهرة هي السبب الوحيد في وقوع الضرر، أو السبب الوحيد العارض على الالتزام العقدي؛ فالنتيجة انعدام علاقة السببية وبالتالي فالحكم هو:

- إما ارتفاع المسؤولية، وانقضاء الالتزام واعفاء المدين من التزاماته، وكذلك الدائن فإنه يسقط التزامه تبعاً لذلك، فلا يدفع للمدين شيئاً في مقابل الالتزام المنقضي، وإن كان قد دفع يسترد ما دفع؛ ومن أمثلة ذلك: وقوع حرب أدت إلى طرد السكان، ففي هذه الحالة يُعفى المستأجر من التزامات عقد الإجارة، والمقاول من التزامات العقد، وهكذا.

(1) السنهوري، الوسيط (878/1)، والزحيلي، نظرية الضرورة (ص/330).

(2) السنهوري، الوسيط (879/1)، والزحيلي، نظرية الضرورة (ص/330)، والكشور، نظام التعاقد ونظريتنا القوة القاهرة والظروف الطارئة (ص/33).

- أو وقف تنفيذ الالتزام حتى يزول أثر القوة القاهرة - إن كان من المتوقع زواله - ويبقى الالتزام موقوفاً على أن يعود واجب التنفيذ بعد زوال الحادث المفاجئ.

وأحكام القوة القاهرة ليست من النظام العام؛ لذلك يجوز للطرفين أن يتفقا على التحلل من آثار القوة القاهرة وإخلاء المسؤولية أو الالتزام عن المدين أيّاً كان نوع الحادث المفاجئ، أو أن يتفقا على عدم إخلاء المدين من التزامه عند وقوع حادث معين كالإضراب أو الحرب⁽¹⁾.

أما في الفقه الإسلامي فلا يجوز الاتفاق على التحلل من الضمان أو إخلاء المسؤولية، أو شرط الضمان على المدين؛ لأن العقد إما أنه يفسد بشرط عدم الضمان، أو يُهمل الشرط ويبقى الضمان (على اختلاف في المذاهب)؛ كالمقبوض ببيع صحيح أو فاسد، وكل عقد اقتضى الأمانة فكذا لا يغيره شرط الضمان؛ كالوديعة والشركة والمضاربة⁽²⁾.

الفرع الثالث - أوجه الشبه والاختلاف بين نظرية الظروف الطارئة والقوة

القاهرة:

التمييز بين هاتين النظريتين مهم للغاية؛ لأن النظريتين متقاربتان إلى حد كبير، وبتوضيح الفرق بينهما يُحدد مجال كل منهما، ومن ثمَّ معرفة النظرية المناسبة التي تطبق على المسائل الحادثة التي تتأثر بالظروف، ويتضح الفرق بينهما ببيان أهم أوجه الشبه والاختلاف بينهما.

أولاً - أوجه الشبه:

- 1- تُعدُّ أحكام النظريتين خروجاً على مبدأ سلطان الإرادة، والقوة الملزمة للعقد.
- 2- من جهة السبب: الحادث المسبب للإرهاق الذي يستدعي تدخل نظرية الظروف الطارئة قد يكون أثره أشد فيسبب الاستحالة ويكون قوة القاهرة وهذا في

(1) السنهوري، الوسيط (1/880)، وصالح، المصادر الإدارية للالتزام (ص/390).

(2) حاشية ابن عابدين (6/65)، وابن قدامة، المغني (5/165).

القانون، وكلا السببين يندرجان تحت أحكام نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي.

3- الاشتراك في معظم شروط الحادث: من حيث عدم التوقع، وعدم إمكان الدفع مطلقاً في القانون، وغالباً في الفقه، وأن يكون الحادث خارجاً عن إرادة العاقدين⁽¹⁾.

4- النظريتان تتدخلان على الالتزام في مرحلة التنفيذ وبعد إنشاء العقد، فلا يُتصور تدخلهما قبل إنشاء العقد، أو بعد انقضاء الالتزام، وهذا بالاتفاق بين الفقه والقانون⁽²⁾.

ثانياً - أوجه الاختلاف:

- 1- يُشترط في الظرف الطارئ الاستثنائية، والعمومية، أما في القوة القاهرة فلا يشترط ذلك؛ فمن الممكن أن يكون الظرف خاصاً بشخص المدين وغير استثنائي، من مرض مفاجئ، واحتراق محصول وغيره، وهذا في القانون؛ أما في الفقه الإسلامي فلا مانع من أن يكون الظرف الطارئ خاصاً⁽³⁾.
- 2- من جهة الأثر: القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا؛ أما الحادث الطارئ يجعله مرهقاً دون أن يصل إلى حد الاستحالة⁽⁴⁾، وهذا في القانون، أما في الفقه الإسلامي فالظرف الطارئ يشمل الحالتين: الإرهاق والاستحالة.
- 3- من حيث الجزاء: فالحكم في نظرية القوة القاهرة انقضاء الالتزام وانفساخ العقد بحكم القانون، أما في نظرية الظروف الطارئة فالحكم ردُّ الالتزام المرهق إلى

(1) النعيمي، نظرية الظروف الطارئة (ص/90).

(2) الزحيلي، نظرية الضرورة (ص/332).

(3) الزحيلي، نظرية الضرورة (ص/332)، وصالح، المصادر الإدارية للالتزام (ص/363).

(4) نظرية الظروف الطارئة، النعيمي (ص/90)، والزحيلي، نظرية الضرورة (ص/332).

الحَدّ المعقول⁽¹⁾، وفي الفقه الإسلامي تعديل العقد وفسخه وانفساخه من أحكام نظرية الظروف الطارئة، والانفساخ لا يحتاج إلى تراضي أو تقاضي⁽²⁾.

4- نظرية الظروف الطارئة تعدُّ في القانون من أحكام النظام العام؛ فلا يجوز الاتفاق على خلافها أو إسقاطها، أما في نظرية القوة القاهرة فلا مانع من الاتفاق على عدم الأخذ بأحكامها، وفي الفقه الإسلامي لا يجوز الاتفاق على خلاف النظريتين.

5- من حيث مجال التطبيق: نطاق نظرية القوة القاهرة يشمل المسؤولية العقدية والمسؤولية التصيرية، وهي بذلك أوسع من نظرية الظروف الطارئة التي تقتصر على المسؤولية العقدية، وكذلك نظرية القوة القاهرة تُطبَّق على كل العقود؛ بينما نظرية الظروف الطارئة لا تسري إلا على العقود التي يوجد زمن بين إبرامها وتنفيذها.

الخلاصة: في القانون: يوجد تقارب بين النظريتين مع وجود بعض الفروق الجوهرية المشار إليها.

وفي الفقه الإسلامي: بين النظريتين عموم وخصوص من وجه، فالقوة القاهرة تشمل المسؤولية العقدية والتصيرية، والظروف الطارئة تقتصر على المسؤولية العقدية؛ فنظرية القوة القاهرة أعم من هذا الوجه، ونظرية الظروف الطارئة تشمل الاستحالة الناتجة عن الهلاك بالجوائح، والضرر الزائد الغير مستحق بالعقد، في حين أن نظرية القوة القاهرة تقتصر على الاستحالة، ونظرية الظروف الطارئة أعم من هذا الوجه، وكلا النظريتين تدخل في نظرية الضرورة؛ فهي أعم من نظرية القوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئة.

(1) تتأغو مصادر الالتزام (ص/156)، والنعمي، نظرية الظروف الطارئة (ص/90)، والزحيلي، نظرية الضرورة (ص/332)، وصالح، المصادر الإدارية للالتزام (ص/390).

(2) الدريني، النظريات الفقهية (ص/152).

المبحث الثاني - تطبيقات معاصرة للنظريتين

بعد التعريف بالنظريتين وبيان أوجه الشبه والاختلاف بينهما نستطيع معرفة أحكام مسائل العقود المالية المستجدة التي تأثرت بالظروف الحادثة، وذلك بردها إلى النظرية التي تندرج تحتها، فإذا كان تأثير الظرف الطارئ مرهقاً دون أن يبلغ درجة الاستحالة فهو يستدعي تطبيق نظرية الظروف الطارئة، أما إذا وصل إلى درجة الاستحالة فيستدعي تطبيق نظرية القوة القاهرة، وذلك في القانون، أما في الفقه فنظرية الظروف الطارئة أعم من القوة القاهرة في مجال العقود المالية؛ لذلك تتدخل نظرية الظروف الطارئة في الحالتين: حالة الإرهاق الشديد وحالة الاستحالة.

وقد استجد بسبب جائحة كورونا التي عمت العالم والزلازل المدمر الذي أصاب منطقتنا مؤخراً مسائل في عقود المعاملات المالية تتطلب حلاً عادلاً، وقبل معرفة أثر الجائحة والزلازل في العقود لا بد من تحديد التكييف الفقهي والقانوني لكل منهما؛ فهل تعدُّ الجائحة أو الزلازل من قبيل الظروف الطارئة، أو من قبيل القوة القاهرة؟

المطلب الأول - التكييف الفقهي والقانوني لجائحة كورونا والزلازل:

أعلنت منظمة الصحة العالمية في (11 آذار 2020م) أن فيروس كورونا (COVID 19)، وباءً عالمياً، وقامت الدولة السورية كمعظم دول العالم باتخاذ إجراءات وإصدار أوامر حكومية من أجل التصدي لهذا الوباء والحد من انتشاره، ومن هذه الإجراءات صدور أوامر بحظر التجول الكلي أو الجزئي والتباعد وإغلاق المحلات والمطاعم والفنادق والمدارس وغيرها، وأحياناً التقليل من الوجود البشري بهذه المنشآت، والتقليل من ساعات العمل في بعض الأوقات، ورافق ذلك تعطيل معظم العمال عن عملهم في فترة الحظر والإغلاق، وقد أثرت هذه الإجراءات في مختلف مجالات الحياة، لا سيما عقود المعاوضات المالية، ومن أكثر هذه العقود تأثراً بهذه الجائحة عقود البيع المؤجل الثمن والمقاولات والتوريد وعقود الإجارة بمختلف أنواعها.

وإن جائحة كورونا تُعدُّ ظرفاً طارئاً مباشراً، كما تُعدُّ إجراءات الحكومات للتصدي

للجائحة ظرفاً طارئاً غير مباشرة سببها جائحة كورونا.

وقد ألحق الزلزال المدمر الذي أصاب بلادنا مؤخراً (في 6 شباط 2023م) الضرر بمختلف العقود؛ لا سيما عقود الإجارة، من حيث تهمد العقارات المستأجرة أو تصدعها، ومن حيث إخلاء بعض المدن والأحياء من السكان الذين يسكن بعضهم بالأجرة، وبعضهم قد استأجر عقارات تجارية أو صناعية.

وبالنظر الدقيق نجد أن كلاً من وباء كورونا والزلزال يُعدُّ ظرفاً خارجاً عن إرادة المتعاقدين، وعماماً من حيث تأثيره في مختلف قطاعات المجتمع على نحو مباشر أو من خلال الإجراءات الحكومية الصادرة من أجل التصدي للمرض أو السلامة من الزلزال، وكل منهما يُعدُّ ظرفاً استثنائياً غير مألوف عادة، ولا يمكن توقعه ولا دفعه، وإذا تحققت هذه الشروط في الظرف كان طارئاً، ومن باب أولى يكون قوة القاهرة؛ لأن القوة القاهرة لا يشترط فيها العموم والاستثنائية.

ثم إن هذا الظرف (جائحة كورونا أو الزلزال) مع تحقيقه للشروط الآتفة الذكر فهو إما أن يكون غير مرهق، وإما أن يصل بالالتزام العقدي إلى درجة الإرهاق، أو قد يصل به إلى الاستحالة، فإن لم يكن مرهقاً يبقى الالتزام على حاله، أما إذا أوصل الالتزام إلى درجة الإرهاق فإنه يُفسح المجال أمام تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وإذا أوصل الالتزام إلى درجة الاستحالة فالنظرية التي تعالج هذه الاستحالة هي القوة القاهرة، وهذا في القانون، أما في الفقه الإسلامي فالنظرية التي تتدخل في كلا الحالتين (الإرهاق والاستحالة) هي نظرية الظروف الطارئة.

ويقوم القاضي بدراسة كل حالة أو قضية تعرض له؛ ليتحقق من أنها تتدرج تحت أحكام نظرية القوة القاهرة، أو نظرية الظروف الطارئة.

ويتضح ما سبق بالمثال التالي: إذا استأجر شخص صالة أفراح ليقوم فيها حفل عرسه، وأصدرت الحكومة أوامر بحظر التجول وإغلاق المحلات التجارية والصالات وغيرها، ووقع تاريخ إقامة الحفل في مدة الحظر والإغلاق؛ فهذا الظرف قد أوصل عقد الإجارة إلى الإرهاق؛ فمن الممكن تأجيل إقامة الحفل إلى وقت السماح، أما إذا أدت الجائحة إلى وفاة أحد العروسين؛ فإن عقد إجارة الصالة يصبح مستحيلاً.

ففي الحالة الأولى تتدخل نظرية الظروف الطارئة، وفي الثانية تتدخل نظرية الظروف القاهرة وهذا في القانون، أما في الفقه فتتدخل نظرية الظروف الطارئة في الحالتين.

فالفارق الدقيق في القانون أن الظرف إذا أدى إلى استحالة التنفيذ يعدُّ قوة القاهرة، أما إذا أدى إلى الإرهاق الشديد فيكون ظرفاً طارئاً⁽¹⁾؛ ففي بعض الحالات كانت جائحة كورونا قوة القاهرة؛ كعقد إجازة لمرة واحد وبتاريخ معين تعذر تنفيذه بسبب إجراءات التصدي للجائحة، وفي معظم الحالات كانت جائحة كورونا من الظروف الطارئة؛ إذ إنها أدت إلى الإرهاق الشديد دون تعذر التنفيذ، كما في عقد توريد يعتمد على استيراد السلع، فتوقف حركة النقل بين الدول لم يكن دائماً حتى يستحيل معه تنفيذ العقد، بل كان مؤقتاً فيحكم القاضي في هذه الحالة بتأجيل التنفيذ، وكذلك كان من آثار الجائحة غلاء أسعار السلع لا سيما المستوردة؛ وعلى سبيل المثال فإن عقد التوريد إذا تأثر بغلاء الأسعار يقوم القاضي بتوزيع الخسارة على طرفي العقد، أما إذا تأثر بنقص السلع وشحها في الأسواق فإن القاضي يُنقص التزامات المدين بتخفيض الكمية التي تعهد بتوريدها، وفي عقد التوريد قد يكون أثر جائحة كورونا استحالة التنفيذ في حال فُقدت السلعة من الأسواق نهائياً بسبب منع إنتاجها أو منع استيرادها؛ فيقوم القاضي بفسخ العقد.

وكذلك الأمر بالنسبة للزلازل؛ ففي بعض الحالات كان الزلزال قوة القاهرة، وذلك عند تهدم العقارات محل عقد الإجازة، وفي بعض الحالات يكيف على أنه ظرف طارئ، وذلك إذا تصدع العقار وأمكن إصلاحه.

ومن الممكن تصنيف هذه المسائل إلى مسائل تُطبق عليها أحكام نظرية الظروف الطارئة وأخرى تُطبق عليها أحكام نظرية القوة القاهرة؛ والأمثلة في المطلبين الآتيين توضح جانباً من الحلول الممكنة في ضوء النظريتين.

(1) صالح، المصادر الإدارية للالتزام (ص/362).

المطلب الثاني - تطبيقات لنظرية الظروف الطارئة في الجائحة والزلازل:

1- إجارة المحلات التجارية: التي تعرضت للإغلاق بسبب القرارات الحكومية للحد من انتشار الوباء، أو تعرضت للإغلاق بسبب الإخلاء إثر حدوث الزلازل، ففي هذه الحالة من العدل أن تتدخل نظرية الظروف الطارئة بمبدئها العام لتعديل الأجرة فترة الإغلاق وتوزيع الخسارة على المؤجر والمستأجر. ومن الممكن أن يطلب كل من العاقدين الفسخ في مثل ظروف كورونا والزلازل؛ فقد ورد نص خاص في القانون المدني السوري يجيز ذلك في المادة (575) حيث نصت على أنه: "1- إذا كان الإيجار معين المدة جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد قبل انقضاء مدته إذا جدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو في أثناء سريانه مرهقاً".

تختلف هذه المادة عن المادة (148) التي تنص على أحكام نظرية الظروف الطارئة في أمرين؛ الأول: لم تشترط المادة (575) أن يكون الحادث الاستثنائي عاماً كما في المادة (148)، والثاني: أن المادة (575) أجازت الفسخ، بينما اقتصرَت المادة (148) على رد الالتزام إلى الحد المعقول، قال الدكتور السنهوري: "النص الوارد في عقد الإيجار قد وسَّع من نظرية الحوادث الطارئة؛ ولذلك كان تطبيقاً تشريعياً لم يلتزم حدود المبدأ المطبق، وليس بدعاً أن يخرج التطبيق التشريعي على المبدأ العام في بعض التفصيلات"⁽¹⁾.

2- العقود مع المدارس الخاصة: فقد تم إيقاف الدراسة لفترة ثم إنهاء العام الدراسي قبل موعده، وبالتالي فإن المؤسسات التعليمية قد قدمت أفل

(1) السنهوري، الوسيط (858/6)، وينظر: الزحيلي محمد، العقود المسماة (ص/644).

من المطلوب؛ لذلك فإن العدل أن تحسم للطلاب مبلغاً مقابلاً لفترة الانقطاع، لكن بما أن هذا التقصير كان بسبب الظروف الطارئ الخارج عن إرادتها فإن نظرية الظروف الطارئة تتدخل لتوزع الخسارة على طرفي العقد.

3- عقود العمل في القطاع الخاص: أثناء فترة إيقاف العمل؛ تستدعي تتدخل نظرية الظروف الطارئة لتعديل العقد فترة الانقطاع عن العمل، ويكون التخفيض من أجرة العامل أحد الحلول الممكنة.

والأصل في الفقه الإسلامي أن عقد الإجارة لازم، والعامل أو الموظف هو أجير خاص يستحق أجره بتسليم نفسه في المدة المتفق عليها وإن لم يعمل⁽¹⁾، وفي ظل الجائحة أو الزلزال وإيقاف العمل لمدة غير معروفة يلحق الضرر بالمستأجر إذا دفع الأجرة دون حصوله على المنفعة، فيثبت له حق الفسخ للضرر الحادث، ولكن إذا حُكم بفسخ العقد بسبب الجائحة يتضرر العامل؛ لذلك فإن مقتضيات العدالة تستدعي تتدخل نظرية الظروف الطارئة لتعديل العقد بتوزيع الخسارة على الطرفين، وذلك بتخفيض الأجرة مدة إيقاف العمل دون فسخ العقد أو وقف تنفيذه⁽²⁾، وهذا الحل يكون بالتراضي أو بحكم القاضي، والأولى أن تتدخل الدولة وتفرض هذا الحل على جميع منشآت وفعاليات القطاع الخاص زمن إيقاف العمل، أما في القطاع العام فلا تثار هذه المسألة؛ لأن الدولة تبقي رواتب عمال القطاع العام مستمرة.

وقد يكون توقف العامل عن العمل لا بسبب الإجراءات الحكومية، بل بسبب المرض مباشرة؛ فقد يُصاب بالمرض، وهذه الإصابة إما أن تكون خفيفة

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق (134/5).

(2) لأن وقف التنفيذ يُعفي كلاً من العاقدين من التزاماته في فترة إيقاف، وبالتالي عدم إعطاء العامل أجره في هذه الفترة.

فيُعطى إجازة صحية، وإما أن تودي بحياته فينفسخ العقد مع استحقاق الورثة كامل التعويضات المنصوص عليها في العقد أو القانون، وقد تكون الإصابة كبيرة فتعجزه عن العمل كلياً، فينفسخ العقد أيضاً؛ لعدم قدرة العامل على الاستمرار بالعمل، وقد تكون الإصابة متوسطة فتعجزه عن العمل جزئياً؛ والحل العادل في هذه الحالة أن يؤمن صاحب العمل للعامل عملاً يناسب وضعه الصحي، فإن لم يقبل العامل العمل الجديد جاز للمستأجر (رب العمل) فسخ العقد.

4- عقود البيع المؤجلة التنفيذ: إذا تم تأجيل الثمن أو اتفق العاقدان على تقسيطه؛ فقد حدث في ظل جائحة كورونا تضخم مالي وارتفاع الأسعار بشكل كبير، وليس من العدل أن يُعطى البائع مثل النقود التي تم الاتفاق عليها؛ لذلك تتدخل نظرية الظروف الطارئة وتوزع الخسارة في قيمة النقود على طرفي عقد البيع، والقانون لم يأخذ بنظرية الظروف الطارئة في الدين، ونص على أن الديون تقضى بمثلها في المادة (135).

5- عقود نقل الركاب أو البضائع: فقد تم فرض حظر التجول لفترة مؤقتة بسبب كورونا وإيقاف حركة النقل بسبب الزلزال؛ ومن الممكن في هذه الحالة أن تتدخل نظرية الظروف الطارئة لتعديل العقد بوقف التنفيذ وتأجيله، إذا أمكن المستأجر الاستفادة من المعقود عليه بعد استئناف العمل.

6- عقود المقاولة والتوريد: من الممكن أن يتأخر تنفيذها بسبب الوباء أو الزلزال، فالعدالة تقتضي تعديل العقد بوقف التنفيذ وتأجيله إلى حين الإمكان في الزلزال، وإلى حين استئناف العمل في ظل جائحة كورونا، مع إسقاط الشرط الجزائي للتأخير (وهذا في القانون)، أما إذا ارتفعت الأسعار ارتفاعاً كبيراً بسبب الظروف الطارئ فالحل يكون بتوزيع الخسارة على طرفي العقد.

المطلب الثالث - تطبيقات لنظرية القوة القاهرة في الجائحة والزلازل:

1- عقود إجارة المنازل أو المحلات التجارية: إذا تعيب المنزل أو المحل تعيباً جزئياً بسبب الزلزال ثبت للمستأجر حق الفسخ إلا إذا بادر المؤجر بالإصلاح، أما إذا تلف المنزل أو المحل فإن العقد يفسخ في الفقه والقانون، وهذه الحلول من أحكام نظرية الظروف الطارئة في الفقه، ومن أحكام القوة القاهرة في القانون⁽¹⁾.

ومثل ذلك يُقال في عقود إجارة لمرة واحدة أو لعمل واحد، مثل حجوزات صالات الأفراح والعزاء، وصالات المؤتمرات وغيرها؛ فإن العقد يفسخ بتلفها، وكذلك في حالة فرض حظر التجول في ظل جائحة كورونا.

2- عقود العمل في المنشآت الصناعية والتجارية: إذا دمرها الزلزال، فإن العقد يفسخ وينتهي الالتزام التعاقدية بسبب القوة القاهرة، وكذلك إذا أدت الجائحة إلى موت العامل أو عجزه كلياً عن العمل كما قد سبق بيانه في المطلب السابق.

ومن صور الظروف الطارئة التي تعد قوة قاهرة التي تؤدي إلى انفساخ عقد الإجارة ما نصت عليها المعايير الشرعية للمؤسسات من أنه: "إذا مات الأجير الخاص أو المشترك، أو فقد أهليته بالكامل، أو أصابه تلف أو مرض منعه من العمل كلياً أو لفترة زمنية طويلة لا يصبر عليها المستأجر عادة، أو تم تصفية المؤسسة الأجيبة، أو تفليسها، أو تجميد نشاطها، انفسخ عقد الإجارة على الأشخاص ما دامت الإجارة خاصة بشخص الأجير حسب العقد أو العرف"⁽²⁾.

وقد عالج قانون العمل السوري رقم (17) الصادر عام (2010م) هذه

الحالات في المادة (62) التي تبين انتهاء عقد العمل، وأهمها:

(1) السنهوري، الوسيط (6/285، 291).

(2) المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، المعيار رقم (34) إجارة الأشخاص (ص/557).

- وفاة العامل
 - عجز العامل عن أداء عمله عجزاً كلياً أياً كان سبب هذا العجز، أما في حال عجز العامل جزئياً فلا ينتهي عقد العمل إلا إذا ثبت عدم وجود عمل آخر لدى صاحب العمل يستطيع أن يقوم به العامل، وإذا ثبت وجود هذا العمل يجب على صاحب العمل بناء على طلب العامل أن ينقله إلى ذلك العمل مع عدم الإخلال بأحكام العجز المنصوص عليه في قانون التأمينات الاجتماعية.
 - مرض العامل مرضاً يستوجب انقطاعه عن العمل مدة لا تقل عن مئة وثمانين يوماً متصلة، أو مدداً متفرقة تزيد في مجملتها على مئتي يوم خلال سنة عقدية واحدة.
- القوة القاهرة.
- 3- عقود وسائط النقل المعينة: فإنها إذا تلتفت يفسخ العقد، أما إذا كانت الإجارة على واسطة نقل غير معينة (إجارة موصوفة بالذمة) يُطالب المؤجر بالبدل إلا إذا عجز وأثبت عجزه فإنه يثبت للمؤجر حق الفسخ.
- 4- عقود البيع: في حال تأجل تسليم المبيع وهلك كلياً فإن العقد يُفسخ، أما إذا كان الهلاك جزئياً فإن المشتري يخير بين إمضاء البيع مع إسقاط جزء من الثمن بحسب القدر التالف، أو فسخ البيع، وذلك بسبب تفرق الصفقة، وهذا مما اتفق عليه الفقه والقانون؛ فقد نصت المادة (406) من القانون المدني السوري على أنه: "إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع، وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن"، وقد ورد في كتاب الذخيرة المالكي: "تلف بعض الطعام يوجب الانفساخ في ذلك القدر وسقوط قسطه من الثمن، إلا أن يكون جُلّ الصفقة فيخير المشتري"⁽¹⁾.

(1) القرافي، الذخيرة (130/5).

الخاتمة:

وفي الختام لا بد من ذكر أهم النتائج التي توصل إليها الباحث، والتوصيات المقترحة.

أولاً - أهم النتائج:

- 1- نظرية الظروف الطارئة التي اعتمدها القانون المدني مقبولة في الفقه الإسلامي، وأساسها نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية.
- 2- نظرية الظروف الطارئة من النظام العام في القانون فلا يجوز الاتفاق على خلاف أحكامها، على عكس نظرية القوة القاهرة، أما في الفقه فلا يجوز الاتفاق على خلاف أحكام النظريتين.
- 3- حلول نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي أوسع من حلولها في القانون؛ إذ اقتصر القانون على تعديل العقد، بينما أضاف الفقه الفسخ والانفساخ.
- 4- أحكام القوة القاهرة لها نظرية مستقلة في القانون؛ بينما هي من تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي.
- 5- من الظروف ما يوصل بالالتزام التعاقدي إلى درجة الاستحالة فيستدعي تطبيق نظرية القوة القاهرة، ومنها ما يصل بالالتزام التعاقدي إلى الإرهاق دون الاستحالة مما يستدعي تتدخل نظرية الظروف الطارئة، وذلك في القانون.
- 6- يختلف التكيف القانوني لكل من جائحة كورونا والزلازل المدمر الذي أصاب بلادنا؛ فقد يكون التكيف القانوني أن الجائحة أو الزلازل قوة القاهرة أو ظرف طارئ، وذلك حسب الحالة المعروضة أمام القاضي، تقدير الظرف فيما إذا

كان طارئاً أو قاهراً يعود إلى القاضي، وكذلك الحل المناسب يختلف باختلاف المسائل وملابساتها ويعود تقديره للقاضي.

7- مسائل الإجارة الحادثة بسبب جائحة كورونا والزلازل الأخير الذي أصاب بلادنا تتنوع أحكامها من فسخ العقد إلى وقف تنفيذه إلى تعديله، أو تعديل الأجرة.

ثانياً - التوصيات:

1- استمرار البحث الفقهي والقانوني في مثل هذه المسائل الحادثة بسبب الظروف الطارئة والقاهرة؛ لإيجاد الحلول العادلة لها.

2- أفراد دراسة خاصة لكل عقد من عقود المعاملات التي تتأثر بالظروف الطارئة، التي كثرت وتنوعت واختلفت آثارها في عصرنا.

3- تتدخل الحكومة لوضع الحلول المناسبة للعقود التي تتأثر بالظروف الطارئة من بيوع وإيجارات وغيرها؛ وذلك بالاعتماد على مجلس علمي مؤلف من خبراء مختصين في مجالات الفقه الإسلامي، والقانون، والاقتصاد.

فهرس المصادر والمراجع

- القرآن الكريم.
- مراجع الشريعة الإسلامية:
- ابن الأشعث سليمان السجستاني. سنن أبي داود. تحقيق: محمد عبد الحميد، بيروت، صيدا: المكتبة العصرية، د.ت، 4 ج.
- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر. (1412هـ-1992م). رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين). ط: 2. بيروت: لبنان. دار الفكر. ج: 6.
- ابن قدامة، موفق الدين. (1968م). المغني. القاهرة: مصر. مكتبة القاهرة. ج: 10.
- ابن قطلوبغا، قاسم. (1993م). تاج التراجم. ط: 1. دمشق: سورية، دار القلم. ص: 367.
- ابن ماجه، محمد. سنن ابن ماجه. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. بيروت: لبنان. دار إحياء التراث. ج: 2.
- ابن مفلح، إبراهيم بن محمد. (1418هـ-1997م). المبدع في شرح المقنع، برهان الدين. ط: 1. بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية. ج: 8.
- ابن نجيم، زين الدين. البحر الرائق، مع التكملة. ط: 2. بيروت: لبنان. دار الكتاب الإسلامي. ج: 8.
- الإسنوي، عبد الرحيم. التمهيد في تخرج الفروع على الأصول. ط: 1. بيروت: لبنان. مؤسسة الرسالة.
- البغدادي، غانم. مجمع الضمانات. بيروت: لبنان. المكتب الإسلامي. ص: 640.
- البهوتي، منصور ابن يونس. (1414هـ-1993م). شرح منتهى الإرادات. ط: 1. الرياض: السعودية. دار عالم الكتب. ج: 3.
- الترمذي، محمد بن عيسى. (1998م). سنن الترمذي. تحقيق: بشار عواد. بيروت: لبنان. دار الغرب الإسلامي. ج: 6.
- الحدادي الزبيدي، أبو بكر بن علي. (1332هـ). الجوهرة النيرة على مختصر القدوري. ط: 1. القاهرة: مصر. المطبعة الخيرية. ج: 2.

- حيدر، علي. (1411هـ-1991م). درر الحكام في شرح مجلة الأحكام. تعريب: فهمي الحسيني. ط: 1. بيروت: لبنان. دار الجيل. ج: 4.
- الخرشى، محمد بن عبد الله. شرح مختصر خليل. بيروت: لبنان. دار الفكر. ج: 8.
- الدريني، فتحي (1997م). النظريات الفقهية. ط: 4. دمشق: سورية. جامعة دمشق. ص: 499.
- الرحيباني، مصطفى. (1415هـ-1994م). مطالب أولى النهى. ط: 2. الرياض: السعودية. دار عالم الكتب. ج: 6.
- الرملي، محمد. (1404هـ-1984م). نهاية المحتاج. بيروت: لبنان. دار الفكر. ج: 8.
- الزحيلي، وهبة. (1425هـ). الفقه الإسلامي وأدلته. ط: 4 معدلة. دمشق: سورية، دار الفكر، ج: 10.
- الزركلي، خير الدين. (2002م). الأعلام. ط: 15. بيروت: لبنان. دار العلم للملايين. ج: 8.
- الزيلعي، عثمان بن علي. (1313هـ). تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، مع حاشية الشبلي. ط: 1. القاهرة: مصر. المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق. ج: 6.
- الشربيني، محمد بن أحمد. (1415هـ-1994م). مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. ط: 1. بيروت: لبنان. دار الكتب العلمية. ج: 6.
- الصاوي، أبو العباس أحمد. حاشية الصاوي على الشرح الصغير. القاهرة: مصر. دار المعارف. ج: 4.
- الغرناطي، محمد بن يوسف. (1416هـ-1994م). التاج والإكليل لمختصر خليل. ط: 1. بيروت: لبنان. دار الكتب العلمية. ج: 8.
- القرافي، أحمد بن إدريس. (1994م). الذخيرة. تحقيق: محمد حجي وآخرون. ط: 1. بيروت: لبنان. دار الغرب الإسلامي. ج: 14.
- الكاساني، أبو بكر بن مسعود. (1406هـ-1986م). بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ط: 2. بيروت: لبنان. دار الكتب العلمية. ج: 7.
- المرغيناني، علي بن أبي بكر. الهداية في شرح بداية المبتدي. تحقيق: طلال يوسف. بيروت: لبنان. دار إحياء التراث العربي. ج: 4.

- النسائي، أحمد بن شعيب. (1406هـ). سنن النسائي. ط: 2. حلب: سورية. مكتب المطبوعات الإسلامية. ج: 9.
- النفراوي، أحمد بن غانم. (1415هـ-1995م). الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني. بيروت: لبنان. دار الفكر. ج: 2.
- مراجع القانون والفقهاء المقارن:
- بني أحمد، خالد. (1427 هـ - 2006م). الفرق بين القوة القاهرة والظروف الطارئة (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي). المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية. عدد 2. (ص 180-198)، الأردن. عمان.
- البيات، محمد حاتم، وأبو العيال، أيمن. (1424هـ - 2003م). القانون المدني المقارن بالفقه الإسلامي. دمشق: سورية. منشورات جامعة دمشق. ص: 332.
- الترماني، عبد السلام. (1971م). نظرية الظروف الطارئة. دمشق: سورية. دار الفكر. ص: 203.
- تناغو، سمير عبد السيد. (2009م). مصادر الالتزام. ط: 1. الإسكندرية: مصر. مكتبة الوفاء القانونية. ص: 584.
- دنون، ياسر، وإبراهيم، رؤى. (1435هـ-2014م). نظرية الظروف الطارئة وأثرها على الأحكام القضائية. مجلة الشريعة والقانون، السنة الثامنة والعشرون. عدد 57. (ص 181-223). الإمارات العربية المتحدة. جامعة الإمارات العربية المتحدة.
- الزحيلي، وهبة. (1985م). نظرية الضرورة الشرعية. ط: 4. بيروت: لبنان. مؤسسة الرسالة. ص: 340.
- السنهوري، عبد الرزاق. (1964م). الوسيط في شرح القانون المدني. بيروت: لبنان. دار إحياء التراث العربي. ج: 7.
- السنهوري، عبد الرزاق. مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي. ط: 1. بيروت: لبنان. دار إحياء التراث العربي. مج: 3.
- شليبيك، أحمد الصويغي. (2007م). نظرية الظروف الطارئة (أركانها وشروطها). المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، مج 3. عدد 2. (ص 169 - 198). الأردن. عمان.

- صالح، فواز. (1444هـ-2022م). القانون المدني (المصادر الإدارية للالتزام). منشورات جامعة دمشق/ كلية الحقوق: سورية. ص:531.
- عبد الباقي، عبد الفتاح. (1984م). نظرية العقد والإرادة المنفردة. القاهرة: مصر. جامعة القاهرة. ج:2.
- مرعي، عمر. (2017م). الظروف الطارئة وأثرها في العقود المالية المعاصرة، بحث مقدم للمؤتمر الدولي لتمكين الحضارة الإسلامية، ص (533 - 541).
- منصور، محمد. (1998م). تغير قيمة النقود وتأثر ذلك بنظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي المقارن، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون. مج 1، عدد 1. ص:153. الجامعة الأردنية. عمان.
- النعيمي، فاضل. (1969م). نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون. بغداد: العراق. دار الجاحظ. ص:320.

مشروعية الاثبات الجنائي بالوسائل العلمية

الحديثة والدليل الرقمي

طالب الدراسات: بهجت رجب الدنيا

كلية الحقوق - جامعة دمشق

اشراف الدكتور: مروان القطب

الملخص

ملخص: يقوم الاثبات الجنائي على البحث عن مرتكب الجريمة بغرض إنزال العقاب على الجاني مستخدماً في ذلك المتاح من الوسائل القانونية التي ينبغي أن تواكب تطور الأساليب الاجرامية وتكفل للإنسان عدم المساس بحرياته الشخصية وسلامته الجسدية، وتمنعه من تقديم دليل ضد نفسه. لم تدخر أجهزة العدالة الجنائية جهداً في استخلاص الأدلة باعتماد الأساليب العلمية الحديثة كالتنويم المغناطيسي والبصمة الوراثية، واستخدام تقنيات التردد الإلكتروني من اعتراض للمراسلات وتسجيل للأصوات والتقاط للصور، يهدف هذا المقال إلى تحديد مشروعية استخدام هذه الوسائل، وقد اعتمد المنهج التحليلي من أجل ضبط النصوص المعالجة للوسائل العلمية وكذا إقرار القيمة الثبوتية للأدلة العلمية المستمدة منها، وعن النتيجة المتوخاة فقد خلص البحث إلى أهمية تحقيق التوازن بين مقتضيات المصلحة العامة ومكافحة الجريمة ووجوب ضمان مشروعية استخدام الأساليب العلمية والوسائل التقنية وفقاً للضوابط الإجرائية والموضوعية، وبالطرق السليمة حتى لا تشكل انتهاكاً لأصل البراءة وضمانات المتهم وخصوصيته

الكلمات المفتاحية: البصمة الوراثية، اعتراض المراسلات، تسجيل الأصوات، التقاط الصور.

ABSTRACT

Abstract: Criminal evidence aims at inflicting the punishment on the offender by using available legal means, which require keeping pace with criminal methods development and ensuring the non-violation of one's personal freedoms and physical integrity, and the prohibition of self-incrimination. Criminal justice agencies strive to extract evidence by adopting modern scientific methods such as hypnosis, genetic imprinting electronic and surveillance techniques, for example, intercepting correspondence and recordings. This article aims to determine the legality of using these means. The analytical approach was adopted to control texts considering scientific means, and recognizing the evidentiary value of the scientific derived evidence. The study concluded that it is essential to achieve balance between requirements of the public interest and combating crime. More, ensuring using scientific methods in accordance with procedural and substantive conditions and in the right way that the presumption of innocence, guarantees of the accused and his privacy are not violated.

Key words: Genetic fingerprint ; Interception of correspondence ; Recording sounds ; Take

مقدمة

تعد الأمور المادية مثل العوز والفاقة وكذلك البطالة من الأسباب الرئيسية التي تدفع الى ارتكاب بعض الجرائم ويلزم معالجتها في أي مجتمع وعلى السلطة التدخل الفوري لحا الأسباب الدافعة الى ارتكاب الجريمة بداية وتفادي الوصول الى الانفلات الأمني وفق خطط مدروسة مقيدة بفترة زمنية دون التسرع بقرارات ردة الفعل وضرورة التوعية الإعلامية حتى تحقق العقوبة المقررة الردع والزجر لمن تسول له نفسه اقتراف السلوك المخالف للنظام العام علماً أن الجريمة ظاهرة حتمية بدأت مع الخلق الأول وخير دليل على ذلك جريمة القتل التي وقعت بين ولدي آدم عليه السلام، ولن نتوقف الى أن يرث الله الأرض ومن عليها

فالجريمة ظاهرة طبيعية في الحياة الاجتماعية للإنسان فالتضارب والاختلاف بين مصالح الأفراد داخل المجتمع بصفة عامة قد ينتج عنه نزاعات بين أفراد هذا المجتمع مما يؤدي في غالب الأحيان الى ارتكاب جرائم متعددة الأشكال لقد تطورت الجريمة بتطور نمط حياة الفرد داخل المجتمع واختلفت اشكالها باختلاف مراحل حياته الشيء الذي جعلها تطال مختلف مجالات حياته وتتغير حسب أهدافه ودوافعه وظروفه الاجتماعية التي تخضع للزمان والمكان

فالجرائم التي كانت ترتكب في الأزمنة السالفة لم يعد لها وجود في الوقت الراهن والعكس صحح فارتكابها يختلف باختلاف البيئة التي تقع فيها وكذلك باختلاف المستوى العلمي والثقافي وفي بعض الأحيان الجانب الديني خاصة بعد ظهور المعنى الحديث للدولة حيث نتج عنها ظهور مجتمع دولي تربط بينه الكثير من الصلات التجارية او السياسية او حتى العسكرية هذا التطور على المستوى الدولي لن يمر هو الآخر بسلام على الإنسانية جمعاء فالجريمة ومن ورائها المجرمون استغلوا هذا الوضع ليجعلوا للجريمة طابعاً يتعدى كل الحدود

وأدى اكتساب الجريمة عبر البعد الوطني الى اعتبارها من الاعمال التي أضحت تهدد الاستقرار والأمن العالميين نتيجة تشعبها عبر الحدود الوطنية وذلك لظهور أنماط جديدة ومستحدثة لم يعرفها العالم من قبل بحث أصبح المجرمون يستغلون مختلف الوسائل التي أنتجها هذا العصر في تطوير وتوسيع نشاطهم الإجرامي

ويأتي وراء هذا التطور العديد من الأسباب والعوامل يأتي في مقدمتها التقدم العلمي في مجال الاتصالات بين الدول على وجه الخصوص وكان لهذا التطور فضل في إزالة الحدود والفواصل بين الدول الشيء الذي أعطى إحساس واعي لدى الشعوب بوهمية الحدود الموضوعية وأنها جزء من عالم واحد واختبا حول مقولة العولمة لنجعل من العالم قرية صغيرة ولقد صاحب هذا الإحساس الوهمي التطور الذي عرفه المجتمع الدولي في مجال تكنولوجيا الاتصالات حيث أصبحت هذه الشبكات من بين الوسائل التي تتم بها المعاملات على المستوى الدولي بما أضحي بمن كان أن يستغني عليها ولعل من بين أهم الشبكات الاتصالية التي تأخذ حيز كبير في الحياة اليومية لمعاملات الأفراد والدول على حد سواء هي الانترنت

وقد شملت استعمالات الانترنت في الآونة الأخيرة مختلف نشاطات الإنسان التجارية بالإضافة الى مجالات أخرى كالتعليم والترفيه والرياضة وقس على ذلك ولقد أخذت آثارها في البروز بشكل جلي في مجال الاتصالات وتبادل الأفكار والمعلومات بشكل جعل الحدود الجغرافية تتعدم وتتلاشى ومن خلال هذا النشاط الإنساني عبر شبكة الانترنت ظهرت الأنشطة الإجرامية

فقد كان من بين نتائج التطور الكبير الذي عرفه مجال الاتصالات ازدياد أهمية الانترنت (الحاسوب) في شتى مجالات الحياة المعاصرة فلم يعد أي فرع من أي نشاط يستغني عن استخدامه في معاملاته سواء تعلق الأمر بالشركات أو المطارات أو حتى البنوك بل هناك من يرى ان المجتمعات المعاصرة ستصوت قريباً من خلال هذا الجهاز

أن هذا التطور المدهش للإنترنت أدى إلى نشوء جرائم ناتجة عن ذلك الاستخدام وهذه الجرائم قد تقع على الإنترنت نفسه أو قد تقع بواسطته بحيث يصبح أداة في يد الجاني يستخدمه ليحقق أغراضه الإجرامية

نظراً لظهور مشكلة جرائم الكمبيوتر كمسألة أمنية وقانونية واجتماعية فإن خبراء الأمن المعلوماتي وصانعي السياسات الحكومية ومسوقي الكمبيوتر والأفراد المهتمين بهذا الموضوع بحاجة إلى تغيير نظرتهم تجاه جرائم الكمبيوتر لا لأنها مشكلة وطنية فقط وإنما كمسألة عالمية وتتطلب الإجراءات الوطنية تعاون في مجالي القطاع العام والخاص فبخصوص القطاع الخاص الإلتزام في إجراءات الوقاية وبخصوص القطاع العام تنفيذ الإجراءات اللازمة لمكافحة الجريمة وبوجه عام واعتباراً لهذا الازدياد السريع للجرائم الالكترونية فقد ذهبت كل الدول إلى وضع تشريعات جنائية خاصة لمكافحة الجرائم الالكترونية هذه الظاهرة التي تعتبر ظاهرة مستحدثة في علم الإجرام ومن هذه الدول الولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا وهولندا والإتحاد الاوربي هذا الأخير الذي وضع اتفاقية حول جرائم الكمبيوتر سنة 2000 وكما هو الحال في كل دول العالم استقبلت الجريمة الالكترونية في سوريا خلال العقود الأخيرة واصبح القضاء السوري في محك حقيقي عندما وضعت امامه القضايا المتعلقة بالجرائم الالكترونية

ونظراً لهذا التطور الذي عرفته الجريمة في سورية كان المشرع السوري مرغماً على اصدار المرسوم التشريعي 17 لعام 2012 من أجل سد الفراغ التشريعي في مجال مكافحة الجرائم الالكترونية

الا ان السؤال الذي يطرح نفسه لماذا لم يشر المشرع السوري بأي اشارة في قانون مكافحة الجريمة المعلوماتية الى كيفية الاثبات والتحقيق في هذا النوع من الجرائم

لكل هذه الأسباب كان لابد من الاشتغال على وسائل الاثبات وتطويرها بحيث أصبح ما يعرف بالإثبات الإلكتروني او الرقمي متجاوزاً تلك الاثباتات التقليدية واستبدال الملفات

الورقية بالأسطوانات الضوئية والأقراص الممغنطة

2_ مشكلة البحث وأهميته والجديد فيه

هنا يمكن طرح الإشكالية على الشكل التالي:

ماهي آليات الحصول على الدليل في الجرائم الإلكترونية؟

والى أي حد يمكن قبول الأدلة الرقمية كوسائل اثبات؟

وماهي الصعوبات التي يطرحها الحصول على الدليل الإلكتروني؟

وماهي الوسائل الحديثة والتقليدية المستخدمة في جمع الأدلة؟

3_ أهداف البحث وأسئلته .

4_ فرضيات البحث وحدوده .

5_ مصطلحات البحث وتعريفاته الإجرائية

6_ الإطار النظري والدراسات السابقة

7_ منهج البحث وإجراءاته

8_ عرض البحث والمناقشة و التحليل

9_ نتائج البحث

10_ مقترحات البحث

مخطط البحث:

- المبحث الأول: الوسائل العلمية الحديثة للإثبات الجزائي.
- المطلب الأول: الوسائل العلمية الحديثة بالدليل الإلكتروني في الإثبات.
- الفرع الأول: مفهوم وأنواع الدليل الإلكتروني ومجاله في الإثبات.
- الفرع الثاني: الأدلة الإلكترونية التي تحمل تعدياً على الحياة الخاصة
- المطلب الثاني: الوسائل العلمية الحديثة بالإثبات الجزائي المستمدة من بعض الاختبارات البيولوجية.
- الفرع الأول: الإثبات الجزائي بالبصمة الوراثية. DNA
- الفرع الثاني: الإثبات الجزائي بتحليل الدم (بصمة الدم).
- المطلب الثالث: الوسائل العلمية من التحليل الفيزيوكيميائي والإشارة.
- الفرع الأول: الإثبات الجنائي ببصمة الأصابع.
- الفرع الثاني: الإثبات الجنائي ببصمة الصوت.
- الفرع الثالث: الإثبات الجنائي ببصمة العين.
- الفرع الرابع: الإثبات الجنائي ببصمة الأذن.
- الفرع الخامس: الإثبات الجنائي ببصمة الرائحة.
- المبحث الثاني: مشروعية الإثبات بالوسائل التقليدية والوسائل العلمية الحديثة بين الفقه والقانون ووسائله.
- المطلب الأول: مشروعية الإثبات الجنائي بالدليل الإلكتروني في القانون السوري والفقه المعاصر.
- الفرع الأول: مشروعية الإثبات الجزائي بالدليل الإلكتروني في القانون السوري.
- الفرع الثاني: مشروعية الإثبات الجزائي بالدليل الإلكتروني في الفقه المعاصر.
- المطلب الثاني: الوسائل التقليدية والوسائل العلمية الحديثة في جمع الأدلة في القانون السوري والفقه المعاصر.
- الفرع الأول: الوسائل التقليدية في جمع الأدلة.
- الفرع الثاني: الوسائل الحديثة في جمع الأدلة.

المبحث الأول: الوسائل العلمية الحديثة للإثبات الجزائي

مع التقدم التكنولوجي الحاصل وتطور الفكر الإجرامي للفاعلين كان لا بد من مواجهة هؤلاء المجرمين ولا سيما أنهم بالغالب محترفون وذلك عن طريق استخدام وسائل علمية حديثة في كشف جرائمهم والحد من خطورتهم

ولذلك بين الباحث في هذا المبحث مطلبين تناول في المطلب الأول الوسائل العلمية الحديثة بالدليل الإلكتروني في الإثبات والمطلب الثاني الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجزائي المستمدة من بعض الاختبارات البيولوجية

المطلب الأول: الوسائل العلمية الحديثة بالدليل الإلكتروني في الإثبات.

ان من القواعد المستقرة في مجال الإثبات الجزائي أن القاضي لا يمكنه أن يقضي بعلمه الشخصي فأحاطته بوقائع الدعوى يجب أن يتم من خلال ما يطرح عليه من أدلة ومن هنا يبدو الدليل هو الوسيلة التي ينظر من خلالها القاضي للواقعة موضوع الدعوى وعلى أساسه قناعته ولهذه الأهمية التي يتمتع بها الدليل عموماً حظي باهتمام المشرع في مختلف الأنظمة القانونية من حيث تحديد شروط مشروعيتها وتقدير قيمته الإثباتية مع اختلاف النظم القانونية في الإتجاه الذي تتبناه بين موسع ومضيق وعلى ذلك فكلماً استحدث نوع من الأدلة كان من اللازم أن تتوافر فيه الشروط التي يحددها النظام القانوني الذي يقدم في ظله هذا الدليل

ونتيجة للتطور العلمي وانتشار التقنية الإلكترونية في التعاملات اليومية أصبحت تستعمل تلك التقنية كوسيلة لارتكاب الجرائم تارة وكموضوع للجريمة تارة أخرى وبذلك اختلف الوسط الذي ترتكب فيه الجريمة من وسط مادي الى وسط معنوي أو ما يعرف بالوسط الافتراضي وهو استتبع ظهور طائفة جديدة من الأدلة تتفق وطبيعة الوسط الذي ارتكبت فيه الجريمة وهي الأدلة الإلكترونية أو ما يسمى بالأدلة الرقمية ولقد أثارت هذه الأدلة الكثير من التساؤلات التي يمكن إرجاعها الى إشكاليتين رئيسيتين هما:

الأولى: يتمتع الدليل الإلكتروني بصفة الحداثة فهو من الأدلة الحديثة التي أفرزها التطور التقني وهو أيضاً ذو طبيعة خاصة من حيث الوسط الذي ينشأ فيه والطبيعة التي يبدو عليها وهذا يثير التساؤل حول مشروعية الأخذ به إذ إنه يشترط في الدليل الجزائي بوجه عام أن يكون مشروعاً من حيث وجوده والحصول عليه فمشروعية الوجود تقتضي

أن يكون الدليل قد قبله المشرع ضمن أدلة الإثبات الجزائي فما هو الموقف من هذا النوع من الأدلة؟

أما مشروعية الحصول فتقتضي أن يتم الحصول على الدليل بإتباع الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالنظر الى الطبيعة الخاصة للدليل الإلكتروني والوسط الذي نشأ به فإنه تنور من الإشكاليات التي تتصل بهذا الموضوع كمدى إمكانية البحث عن الدليل الإلكتروني في الوسط الافتراضي وضبطه وفقاً للقواعد التي تحكم التفتيش وكذلك صفة الشخص الذي يقوم بجمع هذا الدليل

الثانية: ان نظام الإثبات الجزائي تحكمه قرينة البراءة والتي على أساسها يتعين دائماً الحكم بالبراءة كلما تنطرق للدليل الشك ولذا فإن ذلك يثير التساؤل حول مقبولية الدليل الإلكتروني في إثبات الوقائع الجزائية لاسيما إذا علمنا مقدار التطور في مجال تقنية المعلومات على نحو يتيح العبث بالمخرجات الإلكترونية بما يجعل مضمونها مخالفاً للحقيقة دون أن يتسنى لغير المتخصص إدراك ذلك فهل مفهوم اليقين الذي يجب أن يتمتع به الدليل الجزائي يتعارض وهذه الطبيعة الخاصة للدليل الإلكتروني؟ ولذلك بين الباحث في هذا المطلب: الوسائل العلمية الحديثة بالدليل الإلكتروني في الإثبات الجزائي والتي تحمل تعدياً على حرمة الحياة الخاصة وفق الخطة التالية:

الفرع الأول: مفهوم وأنواع الدليل الإلكتروني ومجاله في الإثبات

ان تقييم أي نظام قانوني لايمكن أن يصل الى نتائج صحيحة إلا إذا توافر لدى المقوم تصوراً واضحاً لذلك النظام اذ الحكم على الشيء فرع عن تصوره ولذا فإننا اذ نتطلع في هذا البحث الى دراسة نظام الأدلة الإلكترونية ان جاز التعبير نعتقد أنه من الواجب تناول هذا

النوع من الأدلة بالتعريف ليتسنى فهم ماهيته لنتمكن في النهاية من الحكم عليه، ولذلك فإننا في هذا الفرع سنتناول مفهوم الدليل الإلكتروني في محورين محاور:

أولاً: تعريف الدليل الإلكتروني.

ثانياً: أنواع الدليل الإلكتروني وأشكاله.

أولاً: هو الدليل المأخوذ من أجهزة الكمبيوتر وهو يكون في شكل مجالات أو نبضات مغناطيسية أو كهربائية ممكن تجميعها وتحليلها باستخدام برامج تطبيقات وتكنولوجيا وهي مكون رقمي لتقديم معلومات في أشكال متنوعة مثل النصوص المكتوبة أو الصور أو الأصوات أو الأشكال أو الرسوم وذلك من أجل اعتماده أمام أجهزة إنفاذ وتطبيق القانون¹

والذي يلاحظ من هذا التعريف أنه يقتصر مفهوم الدليل الإلكتروني على ذلك الذي يتم استخراجها من الحاسب الآلي، ولاشك أن ذلك فيه تضيق لدائرة الأدلة الإلكترونية ، فهي كما يمكن أن تستمد من الحاسب الآلي، فهي يمكن أن يتحصل عليها من أي آلة رقمية أخرى ، فالهاتف وآلات التصوير وغيرها من الأجهزة التي تعتمد التقنية الرقمية في تشغيلها يمكن ان تكون مصدراً للدليل الإلكتروني، فضلاً عن ذلك فإن هذا التعريف يخلط بين الدليل الإلكتروني ومسألة استخلاصه، حيث عرّفه بأنه الدليل المأخوذ من الكمبيوتر... الخ، وهذا يعني ان الدليل الإلكتروني لا تثبت له هذه الصفة إلا اذا تم أخذه أو استخلاصه من مصدره، وهذا في رأينا ليس صحيحاً ، إذا من شأن هذا التسليم بذلك القول أن تلك المجالات المغناطيسية أو الكهربائية قبل فصلها عن مصدرها بواسطة الوسائل الفنية لا تصلح بأن توصف بالدليل الإلكتروني ، أي أن مخرجات الآلة الرقمية لا تكون لها قيمة إثباتية مادامت في الوسط الافتراضي التي نشأت فيه أو بواسطته، وهذا غير دقيق كما سنبين ذلك في محله وهذا ما يسبغ على العريف القصور لكونه لا يعطي تعريفاً جامعاً للدليل الإلكتروني .

ثانياً: أنواع الدليل الإلكتروني وأشكاله:

إن التعريف بالدليل الإلكتروني يحتم علينا تحديد أنواعه وأشكاله حتى يتسنى فهم المرتكزات التي يتخذها للحكم على قيمته القانونية فيما بعد، ولذا سنتناول أنواعه، والأشكال التي يبدو عليها هذا الدليل وذلك على النحو التالي:

← أنواع الدليل الإلكتروني: يمكن تقسيم الدليل الإلكتروني الى نوعين رئيسيين:

¹ خالد ممدوح إبراهيم، الدليل الإلكتروني في جرائم المعلوماتية، ص2

أ_ أدلة اعدت لتكون وسيلة إثبات: وهذا النوع من الأدلة الإلكترونية يمكن اجمالها فيما يلي:

السجلات التي تم إنشاؤها بواسطة الآلة التقنية، وتعتبر هذه السجلات من مخرجات الآلة التي لم يساهم الإنسان في إنشاؤها مثل سجلات الهاتف وفواتير أجهزة الحاسب الآلي، والسجلات التي جزء منها تم حفظه بالإدخال وجزء تم إنشاؤه بواسطة الآلة ومثال ذلك البيانات التي يتم إدخالها الى الآلة وتتم معالجتها من خلال برنامج خاص، كإجراء العمليات الحسابية على تلك البيانات.

ب _ أدلة لم تعد لتكون وسيلة إثبات: وهذا النوع من الدلة الإلكترونية نشأ دون إرادة الأشخاص، أي أنها أثر يتركه الجاني دون أن يكون راغباً في وجوده، وهذا النوع من الأدلة يسمى بالبصمة الرقمية، وهي ما يمكن تسميته أيضاً بالآثار المعلوماتية الرقمية²، وهي تتجسد في الآثار التي يتركها مستخدم الشبكة المعلوماتية بسبب تسجيل الرسائل المرسله منه أو التي يستقبلها وكافة الاتصالات التي تمت من خلال الآلة أو شبكة المعلومات العالمية.

والواقع أن مثل هذا النوع من الأدلة لم يُعد أساساً للحفظ من قبل من صدر عنه، غير أن الوسائل الفنية الخاصة تمكن من ضبط هذه الأدلة ولو بعد فترة زمنية من نشوئها فالاتصالات التي تجري عبر الانترنت والمراسلات الصادرة عن الشخص أو التي يتلقاها، كلها يمكن ضبطها بواسطة تقنية خاصة بذلك، حيث يتم الاعتماد على هذا النوع من الأدلة على ما يعرف ببروتوكول ip والذي يمكّن من ضبط تحركات مستخدم الشبكة للجهاز الذي يستعمله من خلال بيانات الجهاز عند مزود الخدمة³

← أشكال الدليل الإلكتروني: يتخذ ثلاثة أشكال رئيسية هي (الصور الرقمية، التسجيلات، النصوص المكتوبة)

أ _ الصور الرقمية: وهي عبارة عن تجسيد الحقائق المرئية حول الجريمة، وفي العادة تقدم الصور أما في شكل ورقي أو في شكل مرئي باستخدام الشاشة المرئية، والواقع أن

² ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، زبيدة محمد قاسم، عبد الله عبد العزيز، مرجع سابق ص 2238

³ عبد الفتاح بيومي حجازي، الدليل الرقمي والتزوير في جرائم الكمبيوتر والانترنت دراسة معمقة في جرائم الحاسب الآلي والانترنت ص 63_64

الصورة الرقمية تمثل تكنولوجيا بديلة للصورة الفوتوغرافية التقليدية وهي قد تبدو أكثر تطوراً ولكنها ليست بالصورة أفضل من الصور التقليدية⁴.

ب_ التسجيلات الصوتية: وهي السجلات التي يتم ضبطها وتخزينها بواسطة الآلة الرقمية، وتشمل المحادثات الصوتية على الانترنت والهاتف... الخ.

الفرع الثاني: الأدلة الإلكترونية التي تحمل تعدياً على الحياة الخاصة

وتناول الباحث في هذا الفرع على ثلاثة أنواع من الأدلة الإلكترونية الحديثة والتي تحمل تعدياً على حرمة الحياة الخاصة وهي كالتالي:

1_ الدليل الإلكتروني بالتسجيل الصوتي:

يقصد بالتسجيل الصوتي تسجيل الأصوات باستعمال أجهزة التسجيل المستخدمة في تسجيل الصوت على شرائط يمكن سماعها فيما بعد وفي أي وقت، والتسجيل هو نقل الموجات الصوتية من مصادرها بنبراتها ومميزاتها الفردية وخواصها الذاتية بما تحمله من عيوب في النطق الى شريط تسجيل بحيث يمكن إعادة سماع الصوت للتعرف على مضمونه وإدراك خواصه التي تشكل عناصر المقارنة عند مضاهاتها على صوت الشخص المنسوب اليه، مما يتيح تقرير اسناده أو نفي ذلك.

ويتم التسجيل بواسطة أجهزة تعتمد على حفظ الإشارات الكهربائية التي تمثل الصوت عند صدوره على هيئة مخطط مغناطيسي.

ويقول أحد الفقهاء: أن التسجيل الصوتي يجافي قواعد الخلق القديم وتأبها مبادئ الحرية التي كفلها الدستور، وهو في حقيقته تلصص وانتهاك لألصق الحقوق بشخص الإنسان وهو حقه ألا يتسلل أحد إلى حياته الخاصة⁵

فالتسجيل الصوتي الذي يهمننا هو الذي يجريه رجال الشرطة القضائية للاستعانة به في مجال الإثبات الجنائي وعليه فإن التسجيلات التي يقوم بها الأفراد فيما بينهم لا تعد من

⁴ ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، أدلة الصورة الرقمية في الجرائم عبر الكمبيوتر، مركز شرطة دبي، 2005 م، وتجدر الإشارة الى ان الفارق بين النوعين هو فارق تقني يتعلق بالأسلوب الذي تعمل به كل من الآلتين.

⁵ عدلي خليل، اعتراف المتهم فقهاً وقضاء، (دار النهضة العربية، ط 8، 1991م)

قبيل الإجراءات الجنائية نظراً لأنها لم تصدر في شأن دعوى جزائية حركتها السلطات القضائية بقصد الحصول على الحقيقة كما يخرج من نطاق البحث تسجيل الأحاديث التي لا تتضمن اعتداء على حق من يتم تسجيل حديثه كما في حالة تسجيل الأحاديث التلفزيونية أو الإذاعية أو الصحفية متى تم ذلك بموافقة المعني.

ويتمثل في وضع مراقبة تسجيلية على هواتف المتهم، أو وضع لاقطات ذات حساسية بالغة في الأماكن التي يكثر المتهم ارتيادها مثلاً.

وبعد عرضها للتحليل يتم تمييز بصمة الصوت كما هو في علم الأصوات.

لأن احتمالية وجود شخصين لهما نفس بصمة الصوت بعيد المنال⁶.

أ_ إجراءات التسجيل الصوتي:

لسلامة التسجيل الصوتي على القاضي أن يتأكد من أن الصوت المسجل يخص المتهم (بصمة الصوت) وألا يكون قد حدث تعديل بالتسجيل أو إجراء مونتاج على الشريط وكذلك يكون هذا التسجيل واضحاً وهذا ما سيتم دراسته على النحو التالي:

أولاً: التأكد من ان الصوت المسجل يخص المتهم:

لقد أصبح من الممكن فنياً وببساطة إدخال تبديل واحداث تغيير واجراء عمليات حذف ونقل العبارات من موضع آخر على شريط التسجيل وهذا ما يطلق عليه عملية المونتاج وبذلك أصبح من الميسور تغيير مضمون التسجيل⁷.

ولعل السؤال الذي يمكن طرحه هل الصوت المسجل على شريط التسجيل خاص بالمتهم ام لا؟

وهذه المسألة على جانب كبير من الأهمية لأنه يتوقف عليها قبول الدليل أو عدم قبوله ولا شك في ان القاضي يحتاج في حسن هذا الأمر الى الاستعانة بخبير في الأصوات يكون رأيه استشاري عملاً بالقواعد العامة في الإجراءات الجزائية لاسيما وانه في بعض الحالات يكون من الصعب تحديد ما إذا كان الصوت يخص المتهم من عدمه نظراً

⁶ أكرم عبد الرزاق المشهداني، علم مضاهاة الصوت، دراسة مقدمة الى ندوة البحث الجنائي المعاصر، المقامة بمركز البحوث بشرطة دبي، ص115. وأيضاً محمود محمد عبد الله، التقنيات الحديثة في مجال علم البصمات دراسة بحثية مقدمة الى ندوة البحث الجنائي في دبي، ص4.

⁷ سمير الأمين مراقبة التلفون والتسجيلات الصوتية والمرئية (دار الكتاب الذهبي، 2000م) ص38

لتشابه الأصوات او جريان التسجيل في مكان تتعدد فيه الأصوات لما يؤدي الى اختلاطها وانتحال الغير شخصية المتهم مستعملاً هاتفه⁸.

ولقد ظهرت في السنوات الأخيرة أجهزة متطورة التي يمكن من خلالها الحذف والإضافة وإعادة ترتيب الجمل في الحديث بمهارة فائقة حتى أدى الى بعض الفقهاء لرفع شعار "احذر قبول التسجيلات الصوتية في اثبات الإدانة"

لأنه على القاضي التأكد من سلامة التسجيل الصوتي وعلى هذا الأساس يصبح للقاضي ان يؤسس اقتناعه على الدليل المستمد من التسجيل الصوتي كما يصبح له ان يهدره تبعاً لاطمئنانه ولكن هناك تسجيلات الكترونية حديثة مثل الكمبيوتر فإنه يحفظ تسجيلات صوتية وزمنية ومكانية.⁹

ثانياً: تفريغ وتحريز التسجيلات:

تغلق الأشياء المضبوطة ويختم عليها إذا أمكن ذلك، كما أن الأشرطة المسجلة تعتبر أدلة اثبات مادية أصلية تقتضي الشرعية الإجرائية حفظها بطريقة خاصة بوضعها في احرار مختومة بما يضمن عدم التلاعب او العبث في الحديث المسجل سواء بالحذف أو الإضافة وضمها الى ملف الإجراءات مع المحاضر التي تصف او تنسخ محتواها لكشف الحقيقة¹⁰

(2) _ الدليل الإلكتروني بالتصوير:

أدى تطور الجريمة وازدياد معدلاتها من خلال استخدام المجرمين لأحدث الأساليب العلمية في ارتكابهم للجرائم الى ضرورة البحث عن الحلول التي تحد من تفاقم معدلات الجريمة ولذا استمر التطور التقني في انتاج أجهزة التصوير وزيادة كفاءة العدسات التلسكوبية والأفلام واختراع الدوائر التلفزيونية المغلقة التي تسمح بمراقبة مكان ما ومعرفة كل مايدور بداخله دون علم الحاضرين.

⁸ ياسر الأمين فاروق، المرجع السابق، ص655

⁹ عبد الفتاح بيومي حجازي، الجوانب الإجرائية لأعمال التحقيق الابتدائي في الجرائم المعلوماتية (مصر: الطبعة الأولى، 2009) ص671.

¹⁰ لوجاني نور الدين، يوم دراسي حول علاقة النيابة العامة بالشرطة القضائية، مداخلة بعنوان أساليب التحري واجراءاتها، 2007م، ص13.

أ_ وسائل التصوير:

أولاً: وسائل الرؤية والمشاهدة: تحتوي وسائل الرؤية على أدوات مختلفة، فالمستحدثات التكنولوجية في هذا المجال عديدة ومتنوعة، فظهرت آلات التصوير عن بعد، والتي تلغي حاجز المسافة وأجهزة التصوير للأشعة تحت الحمراء والتي تتيح اقتحام المجال الشخصي للأفراد ليلاً بقدرتها على النقاط صور دقيقة لما يأتيه تحت جنح الظلام، والمرايا ذات الازواج المرئي المسماة بالمرايا الناقصة، التي تتيح مراقبة الشخص أو تصويره داخل مكان مغلق من خلال زجاج يبدو من الداخل كمرآة أو كزجاج غير شفاف، وهي تسمح بالرؤيا من خلفها دون أن تسمح للشخص الموجود بالخارج بهذه الرؤية. وقد ظهرت آلات التصوير الدقيقة التي يسهل اخفائها في المكان الخاص لتصوير من بداخله بإشارات الكترونية من الخارج أو عند استعماله العادي للأبواب أو النوافذ او مفاتيح الإضاءة والتي تحتوي على عدسات يمكن ان تستخدم خلسة في مراقبة نزلاء احدى الحجرات بوضع العدسة في ثقب الحائط.

ب_ أنواع التصوير:

أولاً: آلة التصوير: تعتبر آلة التصوير في العصر الحديث أكثر دقة في التقاط الصور التي تبين وتوضح الحادثة او الشخص أو التصرف التي تطرح امام القاضي بدقة متناهية، وهي قرينة قوية لولا التدخل البشري في التصوير والاحتمال الوارد عليها في التزوير والتلاعب لكانت قرينة قوية قاطعة تفيد اليقين في الاثبات، ولكنها تخضع للتدقيق والفحص من قبل المختصين للتأكد منها¹¹.

ثانياً: كاميرا الفيديو: وهي عبارة عن جهاز لاقط للصوت والصورة معاً مع رصد كافة التحركات في الواقع.

ويدخل عليها احتمالية تدخل الانسان فيها بالتزوير والتلاعب، ولذا فهي تبقى مجرد قرينة، ويجب عرضها على المختصين للتأكد من سلامة تصوير الواقعة من التدخل عليها، وإلا تكون مجرد قرينة ضعيفة¹².

¹¹ عدنان حسن عزايزة، حجية القرائن في الشريعة الإسلامية ص207، دار عمار، الأردن، ط1، 1990م
¹² محمد مصطفى الزحيلي، مدى مشروعية القرائن المعاصرة في الاثبات ص13 جمعية نايف للعلوم الأمنية

واستخدام التصوير في التحقيق الجزائي له طريقتان:

الأول: تصوير الجريمة أثناء وقوعها، والثاني: تصوير الجريمة بعد وقوعها، بتصوير الآثار الموجودة في ساحة الجريمة، والمراد هنا هو القسم الأول، وخاصة ما يتعلق باستخدام التصوير على وجه التستر دون علم صاحب الجريمة بذلك¹³.

(3)-الدليل الإلكتروني بأجهزة التنصت والمراقبة:

لقد أدى التطور التكنولوجي الحديث إلى إفراس أجهزة للمراقبة ذات تقنية عالية، والواقع أن استخدام أجهزة المراقبة لا تقتصر على أجهزة التنصت التي تلتقط الأحاديث السلوكية واللاسلكية، بل امتدت بقدرتها الفائقة إلى النقاط المكالمات التي تتم بطريق الإنترنت، كما بات من السهل أيضاً التقاط صور الأشخاص عن بعد وبدقة عالية، الأمر الذي أفقد الإنسان حرّيته وخصوصيته وفي الحقيقة إن أساس البحث والخلاف حول استعمال هذه الوسائل العلمية هو هل هذه الوسائل تعتبر عدواناً على الحرية الفردية أم لا؟

فإذا كانت لا تمس بالحرية الفردية، خضعت للقاعدة العامة في اقتناع القاضي، أما إذا كانت تمس بالحرية الفردية تعين استبعادها كوسيلة إثبات في المواد الجزائية، ولقد كثرت في الآونة الأخيرة مع التطور العلمي أجهزة التنصت التي بلغت درجة عالية وكفاءة في التنصت، مما أدى إلى إثارة الجدل حول مشروعية استخدام مثل هذه الأجهزة كوسيلة من وسائل الإثبات الجزائي، ومن بين هذه التقنيات الحديثة: التنصت الهاتفي، أو ما يسمى بالنقاط المكالمات والمحادثات الهاتفية، والتي طرحت إشكالية الموازنة بين حق الأفراد في التمتع بسرية الحياة الخاصة، وحقهم في عدم انتهاك حرمتها دون إذن، وبين حق الدولة في الحفاظ على سلامتها الداخلية والخارجية ومراقبة كل ما من شأنه المساس بنظامها وأمن مواطنيها من خلال التحكم في الظاهرة الإجرامية وتتبع تطوراتها وأساليبها.

هذا وقد منعت المواثيق الدولية كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية، وكذا القوانين الوطنية، التنصت على المكالمات الهاتفية وانتهاك سرية المراسلات.

¹³ انظر: عبد الرحمن بن شايح العريني ص71

إلا أن الملاحظ أن هذا المنع لم يعد مطلقاً، ذلك أن التطور التقني وتطور تقنيات ارتكاب الجريمة بنوع من التستر والاطمئنان، وخاصة عن طريق الهاتف ترتب عنه صعوبة إثبات الواقعة الإجرامية ونسبتها لشخص معين، ونظراً لارتباط موضوع النقاط المكالمات والاتصالات بأهم حق من حقوق الأفراد، وهو ضمان الحرية الفردية وعدم المساس بحرمة الحياة الخاصة، فإنه يتعين أولاً تحديد موقف التشريعات والقوانين من مشروعيته وحجيته، قبل تحديد أهم الإجراءات والشروط التي يتعين اتباعها واحترامها من أجل قبول هذا الدليل كوسيلة إثبات أمام القضاء الجزائي، والمراد بأجهزة التسجيل الصوتي أي تسجيل الأصوات باستعمال أجهزة التسجيل، حيث تحفظ الصوت في شرائط، ويمكن سماعها فيما بعد، ولعل أول قضية استخدم فيها التسجيل كدليل إدانة على المتهم، كان في مصر عام 1953¹⁴

أما بالنسبة لأجهزة التنصت: فهي الأجهزة التي تستخدم في التقاط المحادثات وهي على درجة كبيرة من الحساسية، لها أنواع كثيرة منها:

- (1)- أجهزة (Micro directionnel) وهي على درجة كبيرة من الحساسية يمكنها تسجيل المحادثات الخاصة على مسافات بعيدة
 - (2)- أجهزة (Micro clous) وهي أجهزة تنصت دقيقة تسمح بالتنصت على المحادثات الخاصة التي تتم خلف حواجز أو حوائط
 - (3)- أجهزة التنصت الدقيقة جداً لا تزيد في حجمها عن رأس الدبوس، ويمكن تثبيتها في ملابس الشخص دون علمه بها ثم تسجيل محادثاته وبتها إلى الجهة المحددة¹⁵
- هذا ويدخل فيما سبق أيضاً أسلوب المراقبة وهو على نوعين:
- (1) المراقبة البريدية: وذلك بتتبع الرسائل البريدية الصادرة من المتهم، أو الواردة إليه
 - (2) المراقبة الهاتفية: وذلك بوضع الهاتف الخاص بالمتهم تحت المراقبة¹⁶.

¹⁴ رابح لطفي جمعة، مشروعية الدليل الذي تحصل عليه الشرطة (مجلة الأمن العام، عدد 41، ذي القعدة 1387هـ) ص 44

¹⁵ سمير الأمين، المشكلات العملية في مراقبة التلغرافات والتسجيلات الصوتية والمرئية وأثرهما في الإثبات الجنائي

¹⁶ انظر: علي بن محمد المحيميد، التحقيق الجنائي الشرطي مع المرأة المتهمة، رسالة ماجستير ص 67

المطلب الثاني: الوسائل العلمية الحديثة بالإثبات الجزائي المستمدة من بعض الاختبارات البيولوجية.

وتناول الباحث في هذا المطلب على فرعين وهما كالآتي:

(أ) الفرع الأول: الإثبات الجزائي بالبصمة الوراثية DNA

1) ماهية البصمة الوراثية:

المراد بالبصمة الوراثية: هي تعيين هوية الإنسان من خلال تحليل جزء من أجزاء حمض (D.N. A) المتمركز في نواة أي خلية من خلايا جسمه.

وأطلق عليها بالبصمة الوراثية باعتبار أن هذا الحمض يأخذه الإنسان بالوراثة عن أبيه وأمه، حيث أثبت الطب عبر تتابع الأبحاث، أن كل شخص له خلايا، وكل خلية عدا كريات الدم الحمراء لها نواة يحيط بها السيتوبلازم¹⁷، وأن النواة في كل خلية من الجسم تحمل المادة الوراثية، والشفرات الوراثية في النواة منظمة في تراكيب تسمى الكروموسومات¹⁸ ووحدة البناء الأساسي لهذه الكروموسومات هو هذا الحمض النووي، وكل شخص يحمل في خليته الجينية (46) من صبغيات الكروموسومات، يرث نصفها وهي (23) كروموسوماً عن أبيه بواسطة الحيوان المنوي، والنصف الآخر وهي (23) كروموسوماً يرثها عن أمه بواسطة البويضة، فينتج عن ذلك كروموسومات ذات صفة الاستقلالية عن كروموسومات والديه مع بقاء التشابه معهما كثير الوجوه في مكونات حمضه النووي، وبهذا يكون للإنسان بصمة جينية خاصة به لا تشبه أصوله من جميع الوجوه¹⁹.

ويستعمل الحمض النووي في مجالات عدة منها: قضايا النسب، وإثبات درجة القرابة بين الأفراد، وقضايا لتحقق من هوية الجثث المجهولة التي قد تحدث بسبب حوادث المركبات

¹⁷ هي مادة شفافة غير متجانسة، تحتوي على تراكيب دقيقة تسمى عصيات الخلية. الجندي: تطبيقات تقنية البصمة الوراثية في التحقيق والطب الشرعي ص39

¹⁸ الكروموسوم هو تركيب كيميائي يوجد في نواة الخلية، ويتكون من حمض نووي، وبعض أنواع البروتينات، والكروموسوم هو الذي يحمل الشيفرات الوراثية الجندي: تطبيقات تقنية البصمة الوراثية في التحقيق والطب الشرعي ص39.

¹⁹ انظر: إبراهيم احمد عثمان دور البصمة الوراثية في اثبات النسب والجرائم الوراثية (جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية) ص4.

أو الحريق أو الحروب ونحوها، وتحديد الجنس بالنسبة للخنثى، واختبار سبب الموت المفاجئ، وعلاج بعض الأمراض والتحقيق الجزائي، إلى غير ذلك من الاستخدامات²⁰. ويمكن استخدام بصمة الحمض النووي في مجال التحقيق الجزائي من جهة أن هذا الحمض يمكن عن طريقه الوصول إلى هوية الشخص يقيناً، ويتم ذلك من خلال اخذ ما يسقط من جسم الجاني في محل الجريمة وما حوله، وإجراء تحاليل البصمة الوراثية على تلك العينات المأخوذة، ومن ثم مطابقتها على البصمات الوراثية للمتهمين بعد إجراء الفحوصات المخبرية على بصماتهم الوراثية.

ويمتاز الحمض النووي بإمكانية الاحتفاظ به ولو لمدة طويلة، كما يمتاز بسهولة قراءته، كما يمكن من خلاله تحديد جنس المتهم هل هو ذكر أو أنثى.

2) تعريف البصمة الوراثية:

تعريف البصمة الوراثية لغة: لفظ البصمة الوراثية عبارة عن مركب وصفي مكون من كلمتين "البصمة" و "الوراثة"، والبصم: (بضم الباء) هو ما بين طرفي الخنصر إلى طرف البنصر، أي الفرجة ما بين الخنصر والبنصر، ورجل أو ثوب ذو بصم، أي: غليظ، أما الوراثة: فهي مصدر من مصادر ورث أو أُرث، ويقال ورث فلان المال عن أبيه، أي انتقل من الأب إلى الابن أو من الأصل إلى فرع وبناء عليه فالبصمة الوراثية هي الأثر الذي ينتقل من الآباء إلى الأبناء أو الصفات الوراثية الثابتة المنتقلة من الكائن الحي إلى فرعه.

تعريف البصمة الوراثية شرعاً: عرفت ندوة الوراثة والهندسة الوراثية برعاية المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية البصمة الوراثية بأنها: البنية الجينية نسبة إلى الجينات²¹ أي: المورثات التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه²².

²⁰ الجندي: تطبيقات تقنية البصمة الوراثية في التحقيق والطب الشرعي ص113

²¹ جينات: هي جمع جين والجين عبارة عن جزء من الحمض النووي على الكروموسوم خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، رسالة ماجستير، (مصر: جامعة الإسكندرية)

²² ندوة الوراثة والهندسة والبيولوجيا البشرية والعلاج الجيني، (الكويت: برعاية المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية المنعقدة من 13-15 أكتوبر سنة 1988م، الجزء الثاني 2000م)، ص1050

تعريف البصمة الوراثية قانوناً: اختلفت التعريفات القانونية لدى فقهاء القانون عند تعريفهم للبصمة الوراثية: حيث عرفها البعض بأنها: "الصفات الوراثية التي تنتقل من الأصول إلى الفروع من شأنها أن تحدد شخصية كل فرد عن طريق تحليل جزء من حامض (DNA) الذي تحتوي عليه خلايا جسده.

وقد أقر المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة في (1419هـ) (1998م) التعريف السابق للمنظمة حيث قال: "البصمة الوراثية هي البنية الجينية نسبة إلى الجينات أي المورثات التي تدل على هوية كل إنسان بعينه وأنها وسيلة تمتاز بالدقة، لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية، حيث تتعدى دقتها 99.99%، وإذا كانت هناك نسبة خطأ فهي ترجع إلى خطأ القائمين على الشفرة الوراثية وليس على الشفرة ذاتها، فهي قرينة شبه قطعية²³.

والطريقة التي يتم بها تحليل وفحص الجينات للوقوف على البصمة الوراثية تتمثل في أخذ جزء لا يزيد عن رأس دبوس من جسم الشخص الذي يراد معرفة بصمته الوراثية، ثم يجري عليه التحليل اللازم لمعرفة ما تحمله العينة من صفات وراثية مستجدة أو مورثة. والجزء الذي يراد تحليله وفحصه يؤخذ من أي من المصادر التالية: الدم، المنى، جذور الشعر، العظم، خلايا الفم، خلايا الكلية، السائل الأمنيوسي، خلية من البويضات المخصبة، خلية من الجنين.

ويستخلص (الدنا) أولاً من إحدى عينات الدليل، ومن دم الأب المشكوك فيه، ويقطع الدنا في كل من العينتين إلى ملايين الشظايا، بواسطة انزيم تحديد يقطع الحمض النووي (دنا) عند مواقع محددة وهذه القطع أو الشظايا تختلف من إنسان إلى آخر، من حيث طول هذه القطع وعدد تكرار بناء الحامض النووي في كل منها، ثم تعرض الشظايا لمجال كهربائي، فتتحرك شظايا الدنا بسرعة تختلف بحسب حجمها، ثم تنتقل بعد ذلك فوق قطعة ورق تسمى الغشاء لتكون جاهزة للتحليل، ثم يعرض الغشاء لفيلم اشعة X طوال الليل، فتظهر عليها الحمض النووي، ثم تقارن هذه الصورة بنظيرتها التي تم تجهزها من

²³ وقد يرجع الخطأ إلى عامل التلوث ونحو ذلك حيث يحتاج إلى معايير عديدة للتأكد من صحتها كالمواصفات العلمية والخبرة المتميزة وسلامة الطرق والإجراءات التي توظف لتحليلها (محمد غانم، ص 98_99)

كرات الدم البيضاء المأخوذة من دم المشكوك فيه، فإذا توافقت الصورتان كان الشخص واحداً، وإذا لم تتوافقا كانت العينتان لشخصين مختلفين²⁴.

وتتميز البصمة الوراثية بعدة خصائص لعل أهمها عدم التوافق والتشابه بين كل فرد عند تحليل البصمة الوراثية، فيستحيل التشابه بين الشخصيين إلا في حالة التوائم المتماثلة الواحدة. وتعتبر البصمة الوراثية هي أدق وسيلة عرفت حتى الآن في تحديد هوية الإنسان وكذلك في إثبات أو نفي الأبوة أو البنوة البيولوجية لأن نتائجها قطعية لا تقبل الشك والظن.

وتتمثل وظيفة البصمة الوراثية إما في الإثبات أو النفي فقط، فهي إما أن تثبت نسباً أو تثبت جريمة أو تهمة عن المتهم²⁵.

بالإضافة إلى أن من خصائص البصمة الوراثية أن قوة الحمض النووي تجعله يتحمل أسوأ الظروف والتلوثات البيئية كالتعفن والتغيرات الجوية ولا تفقده هيئته ولو بعد سنوات من الوفاة، كما يكفي لمعرفة البصمة الوراثية تحليل عينة ضئيلة من أجزاء الجسم أو سوائله حتى بعد جفافها.

(3)_تاريخ اكتشاف البصمة الوراثية:

يرجع تاريخ اكتشافها لعام (1974م) ولم تعرف البصمة الوراثية حتى كان عام 1984 حينما نشر د. "أليك جيفريز" عالم الوراثة بجامعة ليستر بلندن بحثاً أوضح فيه أن المادة الوراثية قد تتكرر عدة مرات، إن من خلال دراسته المستفيضة على أن الحمض النووي لاحظ بعض التكرارات والتبعبات المنتظمة والمحددة في الحمض النووي DNA التي لا يعرف لها وظيفة سوى تكرار نفسها و مضاعفاتها وتعيد نفسها في تتبعبات عشوائية غير مفهومة، وواصل أبحاثه حتى توصل بعد عام واحد إلى أن هذه التبعبات مميزة لكل فرد،

²⁴ وتستغرق هذه الطريقة بين خمسة أيام وثلاثة أسابيع، وفي السنوات الأخيرة أمكن فحص البصمة الوراثية خلال 48 ساعة (انس حسن محمد ناجي _ البصمة الوراثية)، ص 26_28

²⁵ بالإضافة إلى أن من خصائص البصمة الوراثية أن قوة الحمض النووي تجعله يتحمل أسوأ الظروف والتلوثات البيئية كالتعفن والتغيرات الجوية ولا تفقده هيئته ولو بعد سنوات من الوفاة، كما يكفي لمعرفة البصمة الوراثية تحليل عينة ضئيلة من أجزاء الجسم أو سوائله حتى بعد جفافها (انس حسن محمد ناجي _ البصمة الوراثية)، ص 26_28

وهي عبارة عن مناطق فرط التباير بين الجينات الموجودة على سلم DNA وهي تختلف من فرد إلى آخر من حيث طولها وسمكها وموقعها على السلم، إلا لدى التوائم متطابقة. وقد سجل العالم أليك جيفريز براءة اكتشافه سنة (1985م) وأطلق على هذه التتبعات مسمى البصمة الوراثية للإنسان تشبيهاً لها ببصمة الأصابع التي يتميز بها كل شخص عن الآخر، وقد عرفت بعد ذلك بأنها وسيلة دقيقة من وسائل التعرف على الشخص عن طريق مقاطع DNA وسماها بعضهم الطبعة الوراثية أو بصمة الجينات.

4)_ الأساس العلمي لتكوين البصمة الوراثية:أخذ اسم مركب (DNA) من الأحرف الأولى للحامض النووي الريبوزي منزوع الاوكسجين، أي المؤكسد ويتكون من شريطين يلتفان حول بعضهما على هيئة سلم حلزوني، سلسلة مترابطة من الأحماض النووية والتي تسمى نيوكليوتيد يتكون من ثلاث قطع: فوسفات وسكر وقاعدة نيتروجينية، ودرجات هذا السلم تتكون من ارتباط أربعة قواعد كيميائية تحت اسم أذنين A ، ثايمين T، سايتوسين C، وجوانين G، حيث يتصل دائماً (الأذنين مع الثايمين) هيدروجينيتين ، بينما يتصل (الجوانين بالسايوتوسين) بثلاث روابط هيدروجينية ، ويتكون هذا الجزيء في الانسان من نحو ثلاثة بلايين ونصف بليون قاعدة كل مجموعة ما من هذه القواعد تمثل جيناً من المئة الف جين الموجودة في الانسان ،إذاً فعملية حسابية بسيطة نجد ان كل مجموعة مكونة من 2.200 قاعدة تحمل جيناً معيناً تمثل ثمة مميزة لهذا الشخص ، هذه السمة قد تكون لون العين، أو لون الشعر أو الذكاء او الطول ، (وقد تحتاج سمة واحدة الى مجموعة من الجينات لتمثيلها)

وينظم ال DNA في صور صبيغات (كروموزوم) على جزيء واحد من ال DNA حيث يحتوي كل صبغي كروموزوم

على جزيء واحد من ال DNA يمتد من أحد طرفيه الى الطرف الآخر، الا انه يلتف ويطوي عدة مرات، ويرتبط بالعديد من البروتينات مكوناً ما يسمى بالكروماتين الذي يحتوي عادة على كمية متساوية من كل من البروتين وال DNA وتحتوي الخلية الجسدية للإنسان على (46) صبغي، وكل خلية تناسلية وحيوان منوي أو بويضة يجب ان يحتوي على نصف المعلومات الوراثية، حيث ان الفرد الجديد ينشأ من اتحاد حيوان منوي مع بويضة.

الفرع الثاني: الإثبات الجزائي بتحليل الدم (بصمة الدم):

قد تشكل آثار الدماء الناتجة عن جسم الانسان والتي يمكن العثور عليها في مسرح الجريمة أهمية خاصة وكبيرة، باعتبارها تنتج عن جرح او خدش او نزيف دموي، الأمر الذي يجعل منها أثر ودليل مادي يستفاد منه في الاثبات الجنائي، والسبب يرجع الى اختلاف أنواع فصائل الدم بين الناس، وتقسّم الى أربعة فصائل²⁶ O_AB_B_A

وبما ان لهذه الدماء فائدة كبيرة في مجال البحث الجنائي، يجب على الخبير وعند العثور على البقع الدموية فحصها جيداً لمعرفة ما إذا كانت دماء من عدمه، وهل هي دم انسان او حيوان، ومدى نسبة الدم لشخص معين، ويتم فحص البقع الدموية السائلة تحت الميكروسكوب، ويتم دراسة كريات الدم الحمراء، فإذا كانت بقع الدم كروية كان الدم الذي عثر عليه لإنسان وإذا كانت كرات الدم بيضوية فإن الدماء ستكون لحيوان.

ماهية بقع الدم: يتكون الدم من المصل وكرات الدم الحمراء والبيضاء وهي ما تعرف بالخلايا الدموية ، فبالنسبة لكرات الدم الحمراء فهي تكتسب اللون الأحمر لاحتوائها على هيموغلوبين الدم وهي توجد بمعدل خمسة ملايين وحدة في المليمتر المكعب ، في حين يقدر عدد الكريات البيضاء أقل عدد من الحمراء، إذ يقابل كل الف كرت دم حمراء واحدة او اثنان بيضاء، وتبلغ كمية الدم في جسم الانسان عشر وزن جسم الانسان ، ويتدفق الدم عندما تتعرض انسجة الجسم للهتك ، ويمكن تحديد ما اذا كان الدم المتواجد في مكان الحادث هو للإنسان ام انه مادة مشابهة له بواسطة الاختبار الكيميائي ، واذا اثبتت النتائج انه دم يقوم باستخدام المضادات المصلية للإنسان مع الشخص المشتبه به ، وينتج عن التفاعل رواسب يعرف منها نوع الدم.

لذلك يجب على الاخصائيين تسجيل الأماكن التي وجدت عليها آثار الدماء، وشكل البقع وحجمها والسطح الذي تناثرت عليه، لأنه عندما تطبق المعلومات المتحصل عليها من مكان الحادث بشكل جيد ودقيق فإنه يمكن تحديد مصدر البقع، والمسافة بين مصدر الدم والسطح الذي اصطدم به وقت الحادث، عدد الضربات ووضع المجني عليه وقت الاعتداء.

²⁶ مسعود زیده القرائن القضائية، الجزائر: طبع المؤسسة الوطنية للفنون المطبوعة وحدة الرعاية، 2000م ص68

لذلك فإنه عندما يكون الدم على شكل سائل يتم رفعه بواسطة قطارة نظيفة أو ملعقة ويتم وضعه في أنبوب زجاجي نظيف ويضاف إليه محلول الملح، أما إذا كان الدم موجود على سطح جسم مسامي فإنه يترك إلى أن يجف ثم يتم نقله إلى المختبر وإذا كان السطح أو الجسم كبير ولا يمكن نقل هذا الدم فإنه يكشط بواسطة سكين ويوضع في زجاجة، أما بالنسبة للبقع الصغيرة التي لا يمكن كشطها فيمكن إزالتها باستعمال ورق نشاف مبلل بالماء، أما إذا وجد آثار الدم في التراب فإنه يجب أخذ عينة كافية من التراب لنضمن الحصول على عينة الدم وتوضع هذه الكمية في وعاء زجاجي أو بلاستيكي ويتم إرساله إلى المختبر قبل أن يتلف لأن وجود البكتيريا في التربة تؤدي إلى اتلافه.

من أدلة الإثبات الحديثة، في اثبات ونفي النسب وكذلك في معرفة الجاني في بعض الجرائم وفي اثبات شرب الخمر تحليل الدم أو بصمة الدم. ذلك أن دم الانسان ليس متفقاً بالنسبة لجميع الأشخاص وانما يختلف من شخص لآخر، وأن الوراثة تترك أثراً كبيراً في هذا المجال.

فصيلة دم الابن تتأثر كما أكد العلم بنوع فصيلة دم أبيه وأمه سواء كان دمهما من فصيلة دم واحدة أو من فصيلتين وان اختلاف فصيلة دم الابن عن فصيلة دم والديه يمكن الاعتماد عليه في نفي نسب هذا الطفل من هذا الاب وفقاً للقواعد التي وضعها (مندل)، وان كان من غير اللازم أن يقطع تحليل فصائل الدم في ثبوت هذا النسب.

المطلب الثالث: الوسائل العلمية من التحليل الفيزيوكيميائي والإشارة:

وستناول في هذا المطلب سبعة فروع وهي كالآتي:

أ) _ الفرع الأول: الإثبات الجنائي ببصمة الأصابع.

والمراد ببصمة الأصابع الخطوط الموجودة على باطن أصابع اليدين و القدمين، وتتكون من خطوط ملتفة بارزة تحاذيها خطوط أخرى منخفضة، وحيث أثبتت الدراسات ان بصمات الإنسان تتكون في الشهر الثالث والرابع، وأول من اكتشف هذه الوسيلة هم الصينيون واليابانيون منذ ثلاثة آلاف سنة في ختم العقود والمواثيق، أما استخدامها كوسيلة لقبض الجناة فإنما حدث في القرن التاسع عشر، حيث تولت

الأبحاث والتجارب العلمية وأكدت أهمية هذه الوسيلة من جهة أنه لا يمكن حدوث تطابق بين أي بصمتين، حتى أن التوأمين اللذين ينتميان لبويضة واحدة يختلف كل واحد منهما عن الآخر في بصماته.

وبصمة الأصابع عبارة عن الخطوط الكلية البارزة والخطوط المنحدرة الموازية لها، ويقع نوعي الخطوط في رؤوس الأصابع بحيث تترك طابعها الخاص عند ملامستها للسطوح والأجسام خاصة الملابس منها.

وتنقسم البصمات إلى أربعة أنواع رئيسية هي:

الأقواس: تكون فيها الخطوط الحلمية ممتدة من أحد جانبي البصمة إلى الجانب الآخر في شكل قوس والخطوط حينما تنتهي عند الجانبين لا تعود ثانية إلى الدوران.

المنحدرات: تتخذ الخطوط الحلمية عند مركز البصمة شكل يشبه المشبك، وتكون أطراف هذه الخطوط متجهة للأسفل ويختلف عدد الخطوط التي تحيط بالمركز متخذة هذا الشكل ويتميز هذا النوع بوجود مركز ودلتا به، وهما مهمان لاستعمالهما عند عد خطوط البصمة، وعند عد هذا النوع يُحسب عدد الخطوط التي تقطع الخط الوهمي الذي يصل الدلتا بالمركز.

الدوائر أو المستديرات: في الدوائر يكون شكل الخطوط أكثر تعقيداً، ويمكن للعين أن تلاحظ استدارة الخطوط، والاستدارة تكون في بعض الأحيان مع اتجاه عقارب الساعة في دورانها وفي البعض الآخر عكس هذا الاتجاه، وتتميز الدوائر بوجود دلتاوين بكل بصمة ويكون مركز البصمة واضحاً.

المركبات: تكون البصمة في هذا النوع من اثنين أو أكثر من الأنواع السابقة ويوجد بها دلتاوان على الأقل وقد يوجد ثلاث أو أربع، وتعتبر بصمة الأصابع أكثر جدوى وفعالية من غيرها من أنواع البصمات البيوميترية في مجال الاثبات الجزائي.

ويتم رفع البصمة التي يجب أن تكون على جسم مصقول أو لامع كقطعة زجاج أو رخام أملس أو مرآة أو بندقية أو سكين أو أي شيء آخر، وعلى المحقق أن يصف أولاً الشيء الذي يراه في مكان الجريمة وصفاً دقيقاً قبل لمسه وان يندب أحد خبراء تحقيق الشخصية لرفع البصمة وإجراء المضاهاة بينها وبين بصمات أصابع المتهم.

ومع تطور استخدام الآلة ودخول عصر الالكترونيات أصبح الآن يتم الكشف عن تطابق بصمات الأصابع بوضعها فوق ماسح الكتروني حساس للحرارة فيقرأ التوقيع الحراري للأصابع، ثم يقوم الماسح بصنع نموذج للبصمة ومضاهاتها بالبصمات المخزنة، بل أنه يمكن استخدام بعض التلفونات المحمولة في قراءة البصمات²⁷. وهناك أيضاً ما يعرف بهندسة اليد الحيوية وهي تستخدم للتعرف على الهوية البشرية ويتم ذلك بإدخال اليد في جهاز يقيس أصابع الشخص وكف وراحة يديه بدقة، لأن أصابع وكف كل شخص لها سماتها الخاصة، ويتم تمييزها أكثر بالتعرف على الأوردة التي تقع خلف راحة اليد وهي جميعها دلائل تأكيدية لبصمة الكف والأصابع كما أن التوقيع على الأوراق والمستندات والشيكات له سماته الشكلية والهندسية المميزة²⁸.

وهذه البصمات قد تكون ظاهرة، وذلك نتيجة تلوث أصابع اليدين أو القدمين بأية مادة ملونة كالدّم أو الحبر أو غير ذلك وقد تكون خفية لا ترى بالعين المجردة، فحينئذ يتم اظهارها بأحد ثلاثة طرق:

أ_ بواسطة المساحيق التي لها القدرة على الالتصاق على موضع الفحص إذا كان مستوياً لا نتوءات فيه.

ب_ الأشعة فوق البنفسجية، وذلك إذا كان السطح ذا ألوان بعد رشه بمادة تلتصق بمادة الأثر، وتظهر خطوطه ويتم تصويرها بعد ذلك

ج_ الطرق الكيميائية، وتستخدم إذا مضى على البصمات زمن طويل وغالباً ما تكون للأسطح نصف مسامية كالورق

ويمكن الاستفادة من البصمات في مسرح الجريمة على تعيين هوية الجاني، وعدد الجناة والآلة المستخدمة في الجريمة

²⁷ انظر: طارق أبو حوا ص 25

²⁸ وبصمة التوقيع لا يتم التعرف عليها من خلال شكلها الخارجي فقط، وإنما هناك أجهزة تتعرف على (فورمه التوقيع) وشكله وطريقته ووقت ونقاط الكتابة وسرعة القلم، وحتى الكتابة على الآلة الكاتبة أو لوحة مفاتيح الحاسب الآلي ويمكن الوصول الى الأصابع التي لامستها بالاستعمال وذلك بواسطة قياس طريقة وقوة الضغط على كل مفتاح (طارق أبو حوا) ص 17_18

وقد تطور استخدام البصمات في مجال التحقيق حيث: (كان الفحص عن طريق البصمات فيه مشقة في الماضي، أما في الوقت الحاضر فأصبحت البصمات تخضع لمسح ثم لتسجيل رقمي في قواعد بيانات كبيرة، ويمكن بعد ذلك استعمالها عبر الكمبيوتر للتأكد من مدى التطابق في لمحة عين، في حين كان ذلك يحتاج الى جيش صغير من المحققين في الماضي).

(ب) الفرع الثاني: الإثبات الجنائي ببصمة الصوت.

1_ بصمة الصوت:

أكدت الدراسات أن لكل صوت خصائصه التي لا يمكن أن يشاركه فيها صوت آخر من كل وجه، وقد استخدم في ذلك للتحقيق الجنائي ما يعرف بـ(جهاز الطيف السمعي) الذي يمكن من خلاله المقارنة بين صوت المتهم، والصوت المجهول، عن طريق الذبذبات التي تتحول إلى خطوط سوداء بيانية، يُقارن من خلالها بين الصوتين، «وتتم برسم

بياني يعكس تردد الإشارات الصوتية المسجلة على المحور العمودي حسب الزمن والوقت على المحور الأفقي، ويضاف إلى ذلك الثابت الثالث وهو حدة الصوت، وهو ما يتبين من خلال الرسم البياني ويحدد كثافة البصمة المرسومة»

وبهذا الجهاز فإن مسألة الترميز وتقليد الأصوات يمكن اكتشافها، حيث أن المقلد لا يستطيع تقليد الصوت من كل وجه، وإن كان ذلك ممكناً في الظاهر بالنسبة للمستمعين، حيث أن التجارب أثبتت إمكانية اكتشاف الترميز والتقليد في الأصوات بواسطة جهاز بصمة الصوت.

وفي الولايات المتحدة ثبت نجاح وصحة هذه الطريقة واعتمادها بنسبة 99 ٪ من قبل الباحثين في القوات (الجوية US Air Force وحتى في مواجهة محتالين محترفين لم يفشل النظام) وتجزم الدراسات العلمية بأن لكل شخص صوت خاص به لا يتصور صدوره من غيره بما يمكن تمييزه عن غيره من الأصوات التي تصدر عن الأشخاص الآخرين. فالصوت سواء اتخذ صورة التسجيل الصوتي أو البصمة الالكترونية، من الحواس المميزة لشخصية الانسان، فهو يشبه

بصمات الاصابع من حيث المساهمة في تحديد شخصية مصدر الصوت، ولقد شاع استخدام البصمة الصوتية لقبول الناس هذا النوع من التقنية في الاستخدامات اليومية ولتسارع ارتفاع دقة التعرف على المتحدث، حيث ثبت حتى الآن أنه لم يعثر على صوتين متطابقين تماماً.

ويعرف التسجيل الصوتي بصفة عامة بأنه عبارة عن عملية يتم بها ترجمة للتغيرات المؤقتة لموجات الصوت الخاصة بالكلام إلى نوع آخر من الموجات أو التغيرات الدائمة، ويتدخل لإتمام ذلك آلة تترجم موجات الصوت إلى اهتزازات ذات طبيعة خاصة ويحفظ التسجيل على سلك بلاستيكي ممغنط لحفظ هذه التسجيلات وإعادة ترديدها فمن خلال جهاز الاسبكتوجراف يتم تحليل الصوت البشري إلكترونياً وتحويله إلى خطوط مقروءة ومن ثم مقارنته مع أصوات المشتبه بهم وإعطاء الرأي بالمطابقة أو الإختلاف ذلك أن نطق الكلمات أو الجمل يختلف من شخص لآخر وان الاختلافات بين عدد من الأفراد تكون أكبر عن الاختلافات في النطق لفرد واحد.

وحتى إذا حدثت محاولات تصنع أو تلاعب في الصوت (عن طريق الحديث بالهمس أو غلق الأنف عند الكلام) فإن ذلك لا يؤثر ولا يترتب عليه أي تغيير في الملامح الأساسية لبصمة صوت الشخص، كذلك إذا حاول الشخص تقليد الأصوات أو التكلم من أقصى الحلق.

(2)_الأساس العلمي لبصمة الصوت:

وتعتمد طريقة التعرف على الشخصية عن طريق بصمة الصوت على خلفية علمية مغزاها أن نطاق الكلمات والجمل يختلف من شخص لآخر، وأن الاختلافات بين عدد من الأفراد تكون أكبر من الاختلافات في النطق لفرد واحد، وتبرير ذلك علمياً أن الرنين الصوتي يصدر بإخراج الهواء من الرئتين عن طريق القصبة الهوائية مما يؤدي إلى اهتزاز الأحبال الصوتية فتعطي وهي تهتز موجة صوتية معقدة تحتوي على التردد الصوتي الجوهري الذي يضاف إليه نغمات متوافقة، وعند مرور هذه الموجه الصوتية المعقدة بالبلعوم ثم بفجوات الفم والأنف تتسرب بعض الترددات الصوتية، بينما يظل البعض الآخر دون أن

يتأثر بأي شيء، فإذا تغير حجم وتطابق أحد هذه التجويفات على طريق الصوت فإن الموجة الصوتية تتسرب بطريقة مختلفة وينتج عنها حينئذ رنين مختلف، هذا ويمكن لهذه التجويفات التي تحدث الصوت أن تتغير بسهولة تبعاً للأوضاع الممكنة المختلفة لعناصر النطق (اللسان، الأسنان، الشفتين، اللهاة²⁹) وتعمل جميعاً في حركة ديناميكية منسقة في إخراج الألفاظ المتعارف عليها.

والجهاز المستعمل في التسجيل الطيفي المشار إليه يوجد في المختبرات التي تجري فيها أبحاث على الصوت والموسيقى والكلام. وقد بلغت دقة التعرف درجة عالية فاقت نسبة 99% وقد عززت هذه التجارب بعد ذلك بعدد آخر من الأصوات وقد لاقت نفس النجاح الذي حققته التجارب الأولى.

(3) أجهزة قياس بصمة الصوت: من أهم التجهيزات التجريبية المستخدمة لتمييز الأصوات جهاز يحمل اسم أروس A.R.O.S ومعناه التعرف الأتوماتيكي على المتحدثين وهذا الجهاز يعمل بواسطة العقل الإلكتروني وقد أعد بطريقة تساعد على مقارنة مزايا مختلف إجراءات تمييز شخصية المتحدثين أو التحقيق منها، ولقد أثبتت التجارب التي أجريت فعلاً على أن نسبة الخطأ تصل إلى 1% فيما يتعلق بالإجراءات متوسطة التعقيد.

جهاز A.R.O.S (جهاز التخطيط التحليلي للصوت) هو عبارة عن جهاز يعتمد على تحويل الانطباع المغناطيسي على شريط التسجيل إلى مخطط مرئي على هيئة خطوط متوازية متباينة تأخذ تشكيل خاص في أسماكها والمسافات الفاصلة بينها وفق خصائص الصوت، بحيث يسهل مقارنة هذه الخطوط على نظيرها مما يصدر من الإنسان عندما ينطبق بنفس الكلمات كعينات مضاهاة ويعبر المحور الرأسي في التخطيط عن ترددات الصوت، والمحور الأفقي يعبر عن البعد الزمني، أما درجة الدكاعة فتعبر عن ارتفاع الصوت.

²⁹ الحاجز الذي يفصل الفم عن البلعوم

ج) الفرع الثالث: الإثبات الجنائي ببصمة العين.

1)_بصمة العين:

حيث اكتشف الأطباء منذ ما لا يزيد على عشر سنين أن لكل شخص قزحية تختلف في شكلها عن قزحية الشخص الآخر، بل تختلف عن قزحية العين الأخرى في نفس الشخص، وليس ثمة قزحيتين متماثلتين حتى بين التوأمن، وهذه البصمة تكون في الشبكية والقزحية، وتستخدم كثير من الدول هذه البصمة في المجالات العسكرية، ويمكن التعرف على بصمة العين من خلال كاميرا خاصة توضع على بعد ثلاثة أقدام، إلا أن استعمال هذه البصمة في مجال التحقيق الجنائي مما يصعب الاستفادة منه، لذا كان استعماله نادر جداً لأن فائدتها تكمن في التأكد من شخصية موجودة بصماتها مسبقاً ولأن أماكن الجرائم في الغالب لا يكون فيها تصوير للعين فلا يكون لها فائدة حينئذ.

تعتبر بصمة العين أكثر دقة من بصمة الأصابع، لأن لكل عين خصائصها فلا تتشابه مع غيرها ولو كانت لنفس الشخص. ويمكن رؤية بصمة العين مكبرة 300 مرة بالجهاز الطبي "المصباح الشقي"، يحددها أكثر من 50 عاملاً، تجعل للعين الواحدة بصمة امامية وأخرى خلفية وباللجوء إليهما معاً يستحيل التزوير.

ويعتمد قياس بصمة العين على جزئين أساسيين فيها وهما بصمة الشبكية وبصمة القزحية. وتم تطوير تقنية للتعرف على الهوية البيومترية عبر قزحية العين، والتي تعتبر من أكثر التقنيات دقة في العالم، حيث لكل فرد قزحية مختلفة عن سواها، حتى ان شكل القزحية يختلف بين التوائم نفسها لأن قزحية العين البشرية تحتوي على مائتين وست وستين خاصية قياسية مميزة لها.

في حين أن بصمة الاصابع مثلاً تحتوي على أربعين خاصية قياسية يمكن التعرف على الشخص وتمييزه من خلالها.

وقامت أجهزة الشرطة في العديد من دول العالم بتركيب نظام خاص ببصمة العين، يعتمد علمياً على تقنية تصوير قزحية العين، بوصفها الجزء الأدق بين تقنيات التعرف الحيوي في جسم الانسان خاصة أن قزحية عين أي انسان تبقى ثابتة بدون أي تغيير، منذ عامه الأول وحتى وفاته، كما أنها منطقة غنية في المعلومات الجينية

وبصورة أفضل من الحامض النووي DNA كما أنها لا تتأثر بالعمر أو بالعمليات الجراحية أو لون العدسات اللاصقة أو عوامل الطبيعة ، كما أنها لا لا تهترئ لأنها محمية من القرنية بل وأمنة جداً للاستخدام، وتستخدم تقنية الفيديو العادي بدون أي اشعاعات ضارة ولا يتطلب للمس ولا يمكن خداعها، ويتم التقاط صورة العين وتخزينها في أقل من ثانيتين ثم تكون هناك رموز مشفرة لقزحية العين لا يمكن تقليدها أو العبث بها.

(2)_ الأساس العلمي لبصمة العين: ويرجع الأساس العلمي الذي تركز عليه بصمة العيون كما يقول الدكتور سيد سيف أستاذ الطب والجراحة بكلية طب القصر العيني³⁰ إلى أن العين تتكون أساساً من ثلاث طبقات أهمها الطبقة الحساسة وهي الشبكة التي تحيطها طبقة مغذية تتكون من المشيمية والجسم الهدبي والقزحية التي تأخذ شكل قرص مستدير يوجد في منتصفه فتحة يدخل منها الضوء تسمى الحدقة وهي تعتبر المكون الرئيسي لبصمة العين، وتتكون من ثلاثة مناطق، أولها منطقة داخلية بها خطوط غائرة تشبه الخطوط الموجودة في كف اليد من الداخل، وثانيهما منطقة متوسطة ملساء أما الثالثة فهي المنطقة الخارجية وبها فتحات صغيرة على شكل دوائر، كما يكون بالقزحية تغيرات لونية حسب كمية البصمات بها وهذه التغيرات هي المسؤولة عن تحديد لون القزحية، وبالتالي العين، فإذا كانت بكمية كبيرة فالقزحية تكون سوداء، وإذا كانت متوسطة تكون بلون بني غامق³¹.

ومن ثم فإن بصمة العين تصلح كأساس سليم ودقيق للتحقيق من الشخصية حيث أنه من السهل تصوير القزحية بكاميرا مزودة بميكروسكوب للتكبير، وملاحظة أوجه التشابه والاختلاف بين أي صورتين لعينين مختلفين بوضوح وعلى الرغم من ذلك لم يتم استخدام بصمة العين كدليل يعتمد عليه في الإثبات أو في الكشف عن الجرائم، لذلك ليست لها حجية لا في القانون السوري ولا في القانون المقارن.

³⁰ جريدة الأهرام المصرية_ 13 ديسمبر سنة 1988_ ص12. مقال مشار إليه في مرجع د. محمود محمد محمود

³¹ الأسس العلمية والتطبيقية للبصمات _ المرجع السابق ص342

أسامة الصغير، البصمات وسائل فحصها وحجبتها في الإثبات الجنائي، ص47

(3) أجهزة قياس بصمة العين:

في مدينة بورتلاند بولاية أوريجون الأمريكية تم اختراع جهاز يطلق عليه اسم (EYE DENTIFER) يتم بواسطته التعرف على بصمات العين التي يقال عنها أن لكل إنسان منها نمط خاص، بحيث لا تتشابه هذه الأنماط بين الأشخاص جميعاً على الإطلاق وقد تفوق في دقتها بصمات الأصابع³² ومن المتوقع أن يكون لهذا الجهاز دور كبير في المجالات الطبية بجانب تحقيق شخصية الأفراد، كذلك في أعمال المؤسسات المصرفية والعسكرية ولأماكن المحظور دخولها إلا لأشخاص معينين، خاصة وأن لهذا الجهاز ذاكرة تتسع لصور 1200 شبكية للعين.

(د) الفرع الرابع: الإثبات الجنائي ببصمة الأذن:

(1) بصمة الأذن:

يتضح استخدام هذه البصمة في مجال التحقيق الجنائي من جهة ما أثبتته التجارب العلمية منذ عام 1879م على يد "اللفونس برتليون" أن لكل أذن خصائص لا تشبه فيها مع غيرها، حتى على مستوى الفرد الواحد، وعلى هذا كان للبحث عن أثر بصمة الأذن دورها في التحقيق الجنائي، إلا أن بصمات هذا النوع قد يصعب إيجادها في بعض القضايا لعدم ملامسة الأذن لأماكن الجريمة غالباً، ومع ذلك فيمكن إيجاد بصمات هذا النوع عند الأبواب والنوافذ التي قد يسعى الجاني لوضع أذنه عليها بقصد التأكد من وجود أحد في المنزل أو لا، وكذلك يمكن وجود مثل هذه البصمات في الأماكن الضيقة في موقع الجريمة وفي عام 1970م أوضح الألماني "هيرشي" أن هناك إمكانية لتقييم الأذن البشرية وتبعه عدد من العلماء أضافوا الكثير في ميدان الاستفادة من بصمة الأذن في تحقيق الشخصية منهم: "جورج لانجا" و"هندل" و"روثر"³³ وقد أثبتت بصمات الأذن فائدتها في التحقيق الجنائي عام

³² تتلخص نظرية تشغيل هذا الجهاز في ان يقوم الشخص المشتبه فيه بالنظر الى عدسته الرئيسية فيتم تصوير خلفية العين بواسطة الأشعة تحت الحمراء التي يصدرها الجهاز كذلك يقوم هذا الجهاز بمقارنة الصورة مع الصور التي تم أخذها سابقاً ومطابقتها حتى يعثر على الصورة المشابهة تماماً والمخزنة في الملفات او ذاكرة الجهاز نفسه ومن ثم التعرف على الشخص مباشرة.

³³ انظر: محمد أمين البشري، التحقيق الجنائي المتكامل، ص223

1951م، في اليابان حيث قتل شخص امرأة في بيته، ثم نقلها إلى منزلها، وأنكر أن المرأة كانت معه تلك الليلة، حتى تم اكتشاف بصمات أذن المرأة في منزله، فكانت دليلاً على جريمته³⁴

(2) أجهزة قياس بصمة الأذن:

في سنة 1949 قام العالم ألفريد فكتور أيانا ريللي بإجراء دراسة شاملة في هذا الميدان تكمن بعدها من استنباط نظام لتصنيف الأذن يكون بمثابة أسلوب مكمل لنظام بصمات الأصابع، ولقد استطاع هذا العالم من خلال نقل التكوين الكامل للأذن على الورق باستخدام وسائل تصوير مبتكرة لهذا الغرض كما قام بقياس الخطوط البشرية التي تكون صورة الأذن بأساليب مستحدثة في ضوء دراسة مقياس الجسم البشري، وقد ابتكر بعض

الأدوات الضرورية للتصوير لمساعدته في إنجاز العمل بصورة لائقة. ويعتمد هذا الأسلوب على تصوير الأذن اليمنى للفرد ثم إظهار سلبيات الصور بعد مرورها بعدة مراحل يستخدم فيها مقياس متري يسمح بتصنيف الصور الفوتوغرافية ثم تحفظ هذه الصور بعد ذلك مصنفة ومرتبطة في سجلات خاصة للمحفوظات. وفي سنة 1968م قام بإصدار مؤلف عن تحقيق الشخصية بواسطة الأذن ومنذ ذلك الحين وحتى الآن مازالت الجهود في هذا المجال مستمرة ومتصلة من علماء تحقيق الشخصية والتشريح لإجراء الدراسات والبحوث العلمية والفنية وبحث مدى إمكانية الاستفادة من بصمة الأذن في المجالات المختلفة خاصة مجال التحقيق والبحث الجنائي.

(هـ) الفرع الخامس: الإثبات الجنائي ببصمة الرائحة:

(1) بصمة الرائحة:

حيث أثبتت الدراسات أن لكل إنسان رائحة تختلف عن الآخر، بسبب إفراز سائل أبيض ثقيل يحتوي على مواد تتحلل بواسطة البكتيريا الموجودة على الجلد، وينتج عنها مواد طيارة ذات رائحة مميزة، ويفرز هذا السائل مع العرق.

³⁴ انظر: محمد أمين البشري، التحقيق الجنائي المتكامل، ص225

وبصدد قرينة الرائحة، فإنه لما كان لكل انسان رائحة مميزة تختلف عن غيره، فإنه يمكن استخدام بصمة الرائحة في التعرف على الجاني، حيث يستعان بالكلاب البوليسية في شم الأثر المادي الذي يتركه الجاني في محل الحادث ثم في تتبع رائحته والتعرف على صاحبها.

فاختلاف الروائح البشرية باختلاف الأشخاص يعتبر من الأمور التي يتم اثباتها يقينياً ليس بالتجربة وحدها وإنما بواسطة بعض الأجهزة المتطورة أيضاً، كما تم اجراء بعض التحاليل للتعرف على الروائح البشرية بالتصوير الطيفي للكتل ولقد اكدت التجارب أن حينما تستقر القدم الأدمية على الأرض لمدة ثانية واحدة فإن كمية الرائحة المنبثقة في كل خطوة يمكن أن يتبينها الكلب البوليسي، كما يمكن له أن يشم الاشياء بعد مضي ستة أشهر على انفصالها عن صاحبها ما دامت في حرز محكم. فيستفاد من رائحة الشخص في التعرف على الجناة أو الارشاد إلى مكان اختفائهم بواسطة الكلاب البوليسية³⁵ تعتمد على حاسة الشم اذ المجرم لا بد أن يترك آثاره باللامسة مهما احتاط لذلك، فتنقل رائحته من يديه إلى الأشياء التي يلمسها مما يساعد في تكوين البصمات على الاسطح اللامعة أو إذا ترك متعلقاً من متعلقاته في اثناء ارتكاب الجريمة أو عند الهروب. ويقوم العرق بدور هام في اثبات نسبة الدليل المادي إلى المشتبه فيه لارتباطه بالبصمات والنمو البكتريولوجي والرائحة والانفعالات النفسية.

فالغدد العرقية تقوم باستخلاص العرق وإخراجه عن طريق مسام الجلد، وتوجد هذه المسام في الطبقة السفلى للجلد في كل اجزاء الجسم وتقدر بحوالي مليونين ونصف

³⁵ استخدمت الكلاب البوليسية (المدربة) في مجال الاثبات الجنائي كان على يد الألمان سنة 1903، ثم استخدمت في سويسرا وإيطاليا لإنقاذ ونجدة المدفونين تحت الثلوج، بالإضافة إلى حراسة المستودعات. والبحث عن المسروقات وفي حراسة السجون والمخافر والمنشآت وفي فض المظاهرات بالإضافة إلى مرافقة دوريات الشرطة وخصوصاً في الليل وفي الأماكن البعيدة. ويتوقف نجاح الكلب البوليسي، خصوصاً في تتبعه الأثار وبحثه عن المجرمين على عدة عوامل: الأثر وكمية توفره ونوعها، بقاء الأثار كما هي من غير ان يعيب بها أحد، الأحوال الجوية التي تعرضت لها الأثار، المدة التي انقضت على وقوع الجريمة وظروفها وملابسها، وقرب المتهمين وبعدهم عن نطاق الحادث
على أن الكلب البوليسي لا يعطي نتائج حاسمة في كل الأحوال (انظر بالتفصيل علاء الهمص، ص130_133).

مليون وحدة وتتفاوت كمية العرق نتيجة التي تفرز تبعاً للحركة وكمية المياه الممتصة في القناة الهضمية ودرجة حرارة الجو.

نتيجة اختلاف البصمة فقد استخدم أرباب التحقيق في الكشف عن الجريمة والبحث عن المجرمين ومكان اختفائهم، كلاباً أطلق عليها اسم (الكلاب البوليسية)، نظراً لما تتمتع به الكلاب من قوة حاسة الشم، كما أنه إلى جانب الكلب البوليسي قد اكتشف جهاز علمي يسمى بـ(الكروماتوغرافيا الغازية) يمكن به تحليل أي رائحة، فيكون مسانداً للكلاب، ومعوّضاً للنقص الذي يحدث عند الكلب والمنهجية.

المستخدمة في علم الشم تكون باستعمال شرائط من القطن والنسيج معقمة مدة ساعة (مدة التخصيب) في مواضع مختلفة من موقع الجريمة، والتي يتم تخزينها في قوارير مغلقة بإحكام، والمحافظة على الدلائل والمؤشرات لمدة تصل إلى عشر سنوات، ويتدخل الكلب لحظة تحديد الهوية بعد عرض القوارير عليه، ويكون قد سبق له شم المتهم³⁶.

(2) الأساس العلمي لبصمة الرائحة:

إن الإحساس بالروائح يأتي عن طريق حاسة الشم، فهي تنتقل في صورة أبخرة ويكفي أن يحمل الهواء منها قدرًا ضئيلاً لكي نحس وجودها وتبين طبيعتها، ومن الحقائق الثابتة أن الأبخرة التي تتبعث من شيء ما تتألف من جملة مكونات مختلفة تختلف باختلاف مصادرها، كما أنه من الثابت علمياً أن أسطح الأشياء هي بطبيعتها حقل خصب لنمو الكائنات الدقيقة التي تتغذى على الماء والشوائب العالقة بالهواء وكذلك على المواد العضوية التي تدخل في تركيب هذه الأسطح، كذلك فإن ما يميز هذه الكائنات الدقيقة يرجع إلى السطح الذي تعيش عليه وإلى البيئة المحيطة بهذا السطح، وتعد الروائح المنبعثة من الناس والعرق من أبرز

³⁶ مقال من مجلة فرنكوفونية "RING"، للكاتب سامي بيسوني، تحت عنوان: العلم في خدمة التحقيق الجنائي.

الأمتثلة على ضرورة توافر الكائنات الدقيقة والشوائب العالقة بالهواء الجوي لكي تتوافر هذه الروائح³⁷.

وتعتبر الرائحة البشرية نموذجاً خاصاً ومتميزاً للأثر المادي الذي يخلفه الجاني بمسرح الجريمة، فمن الحقائق العلمية الراسخة أن لكل إنسان رائحة متميزة تختلف من شخص لآخر ولقد كانوا يعزونها الى وجود مواد بروتينية غير معروفة التركيب في العرق ولها خاصية التطاير يضاف إلى ذلك الرائحة الناتجة عن المواد المتطايرة التي تدخل في إعداد الطعام

اليومي للإنسان كالتوابل وخلافه وتفرز مع العرق، وهناك رأي آخر يعزوها إلى البكتيريا الموجودة على جسم الإنسان والتي تقوم بالتأشير على مادة اليوريا والمخلفات البروتينية الأخرى وتنتج من ذلك مواد متطايرة لها رائحة غير مرغوب فيها تلاحظ في فصل الصيف عنها في فصل الشتاء.

كما ثبت حديثاً أن الرائحة المتميزة للفرد ترجع إلى إفراز سائل ثقيل أبيض اللون عديم الرائحة يحتوي على مواد تتحلل بواسطة البكتيريا الموجودة على الجلد في فترة تصل إلى أربعة وعشرين ساعة وينتج عنها مواد متطايرة ذات رائحة مميزة، ويفرز هذا السائل من غدد معينة تعرف باسم APOCRINE GLANDS توجد مع الغدد العرقية حيث انها لا تنشط الا بعد البلوغ ونظراً لتفرد نوع البكتيريا المرتبطة بكل فرد على حدا فإن نواتج التحلل المتطايرة تكون لها خاصية منفردة هي الأخرى تميز كل فرد عن الآخر.

ولقد أثبتت نظرية الرائحة صحتها عندما استغلت حاسة الشم لدى الكلاب، ثم تتبع رائحته في شم الأثر المادي الذي يتركه الجاني بمحل الحادث البوليسية والتالي التعرف ثم تتبع رائحته وبالتالي التعرف على صاحبه، فلقد أكدت التجارب أنه حينما

³⁷ محمد حازم سليم، الرائحة والكشف عن الجريمة، مجلة الأمن العام، العدد43سنة1968م، ص116.

تستقر القدم الأدمية على الأرض لمدة ثانية واحدة فإن كمية الرائحة المنبعثة من كل خطوة تبلغ ما بين مليون إلى ثلاثة ملايين مرة قدر الكمية الدنيا التي يمكن أن يتبينها الكلب، كما يمكن له أن يشم الأشياء بعد مضي ستة أشهر على انقضائها عن صاحبها.

(3) _أجهزة قياس بصمة الرائحة:

إن تجربة استخدام الكلاب البوليسية تسمح بافتراض إمكانية التعرف على الجاني من خلال رائحته الخاصة، ذلك أن اختلاف الروائح البشرية باختلاف الأشخاص يعتبر من الأمور التي تم اثباتها يقيناً ليس فقط بالإسناد الى التجربة وحدها انما ايضاً بواسطة بعض الأجهزة المتطورة، بالإضافة إلى ذلك فقد تم إجراء بعض التحاليل للتعرف على الروائح البشرية بالتصوير الطيفي للكتل.

ولقد أمكن تصميم جهاز *Caz- Chromatography* للاستعاضة به عن أسلوب الكلاب البوليسية التقليدي، وهو جهاز ذو فاعلية واضحة وخاصة وأن الأبخرة المنبعثة من الأجسام لا تتلاشى إلا بمرور فترة طويلة قد تمتد إلى بضعة أشهر³⁸، كما تمكنت إحدى معاهد الأبحاث في شيكاغو من اختراع جهاز يمكنه التحقق من وجود قنابل داخل الطائرات وأطلقوا عليه اسم (شمام القنابل) وتقوم فكرة هذا الجهاز على أساس أن المادة الفعالة في صنع أغلب القنابل الموقوتة هي مادة *T.N.T* التي تنبعث منها رائحة مميزة يصعب على الأنف العادية تمييزها³⁹.

لذلك فإن التحقق من شخصية الجاني بالاستناد إلى رائحته قد تزايدت أهميته بفضل القاعدة العلمية الثابتة التي تقضى بأنه لا وجود لشخصين اثنين لهما رائحتان متطابقتان.

³⁸ عدنان عبد الحميد زيدان، ضمانات المتهم والأساليب الحديثة في الكشف عن الجريمة، رسالة دكتوراه، (جامعة

عين الشمس 1973م) ص 375.

³⁹ محمود محمد محمود، الأسس العلمية والتطبيقية للبصمات، ص 375

فمن المعلوم جيداً أن كل كائن حي تفرز مسامه عرقاً وأنه كلما ارتفعت درجة الحرارة ازدادت جزئيات الرائحة سرعةً وانتشاراً، ولا يفوتنا أن ننوه إلى أن مصدر جزئيات الروائح لدى الإنسان يكون جسمه بكامله ليس أعضائه فقط مثلما كان يظن قديماً، هذه الجزئيات من الروائح تستقر على الأرض أو على الأشياء التي يلمسها الإنسان لمساً مباشراً.

ومهما بلغت احتياطات الجاني وحذره فإنه لا مناص من أن يترك على المكان أثر رائحته الخاصة التي تميزه، إذ أنه ليس بمقدور القضاء على أثارها أو منع إفرازها، إن الإحساس بالروائح يأتي عن طريق الشم، فإذا كانت الأجهزة البصرية OPTICS تختص بالضوء والأجهزة السمعية ACOUSTICS تختص بالصوت، فإن العلماء أجمعوا على إطلاق

اصطلاح OLFACTRONICS على أجهزة كشف الرائحة ولما كانت الأجهزة البصرية تستخدم للمرئيات وغير المرئيات بالنسبة للأشعة فوق البنفسجية وتحت الحمراء، فإن أجهزة كشف الرائحة تستخدم كذلك في كشف الأبخرة عديمة الرائحة والتي لا يمكن تمييزها بحاسة الشم.

وهنا يجب أن ننوه إلى أن انعدام الإحساس بالرائحة لا يعني بالضرورة عجز أجهزة كشف الرائحة عن القيام بعملها، مادامت هذه الأبخرة، ولم تحس برائحتها أو لأن درجة تركيزها لا تسمح للأنف بكشفها، لا تزال تتبعث بتركيز يكفي لكي تؤدي هذه الأجهزة مهمتها.

المبحث الثاني: مشروعية الإثبات بالوسائل التقليدية والوسائل العلمية الحديثة بين الفقه والقانون ووسائله

نتيجة لتطور العلوم وانتشار الثقافة وتعدد إشكاليات الحياة وتفاقمها واعتماد الوسائل العلمية والتكنولوجية في شتى نواحي حياة الأفراد جعلت القاضي يواجه صعاباً وعقبات في أداء رسالته في الكشف عن الحقيقة فيما يتعلق بإثبات العديد من الوسائل. حيث إن هناك وسائل علمية استقر التطبيق العلمي عليها بحيث تجاوزت الخلاف بحجة عدم مساسها بسلامة جسد الإنسان ووسائل أخرى فيها خلاف حيث إن فيها اعتداء ومساس بسلامة جسم الإنسان ولهذا تناول الباحث هذا المبحث على مشروعية الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية الحديثة بين القانون السوري والفقه المعاصر من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: مشروعية الإثبات الجنائي بالدليل الإلكتروني في القانون السوري والفقه المعاصر.

المطلب الثاني: الوسائل التقليدية والوسائل العلمية الحديثة في جمع الأدلة في القانون السوري والفقه المعاصر.

المطلب الأول: مشروعية الإثبات الجزائي بالدليل الإلكتروني في القانون السوري والفقه المعاصر.

تناول الباحث في هذا المطلب مشروعية الإثبات للدليل الإلكتروني وذلك في فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: مشروعية الإثبات الجزائي بالدليل الإلكتروني في القانون السوري

الفرع الثاني: مشروعية الإثبات الجزائي بالدليل الإلكتروني في الفقه المعاصر.

أ) الفرع الأول: مشروعية الإثبات الجزائي بالدليل الإلكتروني في القانون الجزائي

تناول الباحث في هذا الفرع على نقطتين وهما: مشروعية وجود الدليل الإلكتروني في القانون السوري ومشروعية الحصول على الدليل الإلكتروني في القانون الجزائي.

أولاً: مشروعية وجود الدليل الإلكتروني في القانون السوري:

يقصد بـمشروعية الوجود أن يكون الدليل معترف به، بمعنى أن يكون القانون يجيز للقاضي الاستناد إليه لتكوين عقيدته للحكم بالإدانة، ويمكن القول إن النظم القانونية تخلف في موقفها من الأدلة التي تُقبل كأساس للحكم بالإدانة بحسب الاتجاه الذي تتبناه، فهناك اتجاهان رئيسان؛ الأول نظام الأدلة القانونية، والثاني نظام الإثبات الحر

موقف المشرع السوري بالدليل الإلكتروني في مجال الإثبات الجزائي:
أولاً: القاعدة العامة:

لا يوجد نص صريح في قانون الأصول الجزائية بقبول الدليل الإلكتروني، ولكن مع ذلك سنحاول تكييف الإشكال المختلفة للدليل الإلكتروني في ضوء الأدلة المعتمدة وفقاً للقانون المذكور لتحديد موقف المشرع السوري

أ- المستندات الرقمية: قد يكون الدليل الإلكتروني في شكل نص مكتوب على دعامة تختلف عن المحرر التقليدي، فهل يقبل هذا الدليل في الإثبات الجزائي

لقد أشارت نصوص قانون الأصول الجزائية إلى ما يستفاد منه قبول المشرع للدليل المكتوب أو ما يسمى بالمحررات كدليل إثبات، من ذلك مثلاً ما نصت عليه المادة (178)

تعتبر الضبوط المحررة في مواد المخالفات حجة بالنسبة للوقائع التي يثبتها المأمورون المختصون إلى أن يثبت ما ينفيها". بشأن ضبوط المخالفات، فهل تأخذ النصوص الرقمية صفة المحرر؟

لا يختلف المستند الرقمي عن المحرر التقليدي إلا من حيث الدعامة المكتوب عليها، وفي اعتقادنا إنه ليس لهذا الفارق أثر على طبيعة المحرر الرقمي من حيث انتمائه لفئة المحررات، ولذا فإن الدليل الإلكتروني إذا ما أخذ شكل النص المكتوب،

فإنه يستمد مشروعيته من أنه يأخذ حكم المحررات التي يعتمدها القانون كوسائل إثبات.

ب- الصور والتسجيلات الرقمية: لم ينص المشرع السوري على الدليل في شكل صور أو تسجيلات وإن ما أشار إليه في المادة (69) من قانون الأصول الجزائية التي تنص على

أنه " لقاضي التحقيق أن يضبط لدى مكاتب البريد كافة الخطابات، والرسائل، والجرائد والمطبوعات، والطرود، ولدى مكاتب البرق كافة البرقيات، كما يجوز له مراقبة المحادثات الهاتفية متى كان لذلك فائدة في ظهور الحقيقة. فنعتقد ان نص هذه المادة يتعلق بالتصتت على المكالمات لا تسجيلها، وان الصور والتسجيلات المسموعة لم ينص عليها مشرعنا السوري ومن ثم فإنها لا تعتبر دليلاً من أدلة الإثبات في هذه الصفة، ولكن هل يمكن اعتبارها من قبيل القرائن؟

إذا كانت القرينة هي استدلال على شيء مجهول من آخر معلوم، فإن الصور والتسجيلات يمكن عدها من القرائن لأنها تمكن من الاستدلال على شيء مجهول، ولكن مع ذلك هل اخذ المشرع السوري بالقرائن في مجال الإثبات الجزائي؟ لا يوجد نص صريح في قانون الأصول الجزائية باعتماد القرينة كدليل إثبات، ولكن هناك

إشارات في بعض النصوص يفهم منها اعتماد المشرع لها ضمن وسائل الإثبات، فنجد المادة (90) مثلاً تنص على أنه يحق لقاضي التحقيق أن يقوم بالتحريات في جميع الأمكنة التي يحتمل وجود أشياء فيها يساعد اكتشافها على ظهور الحقيقة. فهذا النص يفيد اعتداد المشرع بكل ما يفيد في كشف الحقيقة، فإذا كان التفتيش يهدف للحصول على دليل فإن القرينة تعتبر مما يفيد في كشف الحقيقة وهي مقصودة من التفتيش، فهي إذن دليل، وهذا ما يضيفي المشروعية.

كما أن المشرع السوري لم يرد بشأن مراقبة المحادثات الهاتفية إلا نص المادة (96) الذي يكاد يكون يتيم وهذا النص يخلو من أي ضمانات تشريعية، حيث أنه لم يقرر الحالات التي يتم فيها اللجوء لهذا الإجراء ولا مدته، مما يجعله نصاً عاماً يهدر

الضمانات القانونية المقررة لحقوق الأفراد، على عكس المشرع المصري الذي نظم استخدام هذا الإجراء في صلب قانون الإجراءات الجنائية من خلال (أ) من قانون العقوبات إساءة استخدامه أو مخالفة شروط اللجوء إليه. المواد 95 و95 مكرراً و206، كما جرم من خلال المادتين 309 مكرراً و309 مكرراً وعليه فإن الصور الرقمية والتسجيلات كلها تدخل في مفهوم القرينة، أي هي مما يفيد في كشف الحقيقة، على أن يتم الحصول عليها بطريقة مشروعة لا تتطوي على انتهاك لحرمة الحياة الخاصة، وإن كانت قيمة القرينة أدنى من قيمة الأدلة الأخرى في الإثبات وهو ما لا يتفق والطبيعة القاطعة في الإثبات للأدلة كما سنرى لاحقاً .

وقد نص المشرع السوري على ضرورة أخذ الإذن المسبق في مثل هذه الحالات حتى يكون الدليل ذا قيمة قانونية وتم بأذن من الجهة المختصة (النيابة العامة) والخلاصة: تتوقف مشروعية وجود الدليل الإلكتروني على طبيعة نظام الإثبات، ما إذا كان نظاماً مقيداً أم حراً، ويتبنى القانون السوري نظاماً مختلطاً يأخذ بنظام الأدلة القانونية مع إعطاء القاضي سلطة واسعة لتقدير القيمة الإقناعية للدليل كما بيناه سابقاً في نظام الإثبات الجزائي في القانون السوري.

وفقاً لذلك فإن القواعد العامة في القانون السوري لا يوجد نص صريح بقبول الأدلة الصور والتسجيلات مشروعيتهما بوصفها قرائن قضائية.

ثانياً: مشروعية الحصول على الدليل الإلكتروني في القانون السوري:

ان مشروعية الحصول على الدليل الإلكتروني فقد تركز بشكل أساسي في إجراءات التفتيش للبحث عن هذا الدليل والذي يمكن حصره في مدى مشروعية التفتيش عن هذا الدليل الرقمي وضبطه في الوسط الافتراضي⁴⁰ ، بالرغم على عدم النص صراحة على جواز تفتيش الوسط الافتراضي وضبط محتوياته ، الا ان هناك آراء تعتبران التفتيش عن الدليل الرقمي في الوسط الافتراضي وضبط محتوياته مشروعاً حيث ان تمتع الأدلة الرقمية بحجية قاطعة في الدلالة على الوقائع التي يتضمنها ، ويمكن التغلب على مشكلة الشك في مصداقيتها من خلال اخضاعها لاختبارات

⁴⁰ الدكتور عيسى المخول، الجريمة الالكترونية ص135

تمكن من التأكد من صحتها، ويرى البعض أنه لا يمكن اعتبار هذه القيمة المدعى بها للدليل الرقمي بمثابة خروج مستحدث عن القواعد العامة للإثبات الجزائي، حيث ان هناك من الأدلة لا يستطيع القاضي الجزائي تقديرها وفقاً لسلطته المقررة وهنا ننوه إلى عدم الخلط بين الشك الذي يشوب الدليل الرقمي كالصور والتسجيل الصوتي بسبب إمكانية العبث بها او لوجود خطأ في الحصول عليه وبين القيمة الإقناعية لهذا الدليل اثباتها فالحالة الأولى لا يملك القاضي الفصل فيها لأنها مسألة فنية فالقول فيها هو قول أهل الخبرة فإن سلم الدليل الإلكتروني من العبث والخطأ فإنه لن يكون للقاضي سوى القبول بهذا الدليل ولا يمكنه التشكيك في قيمته لكونه وبحكم طبيعته الفنية يمثل إخباراً صادقاً عن الواقع مالم يثبت عدم صلة الدليل بالجريمة المراد إثباتها

هذا وقد نصت المادة 25 من قانون مكافحة الجريمة المعلوماتية السوري على حجية الدليل الرقمي، حيث يعود للمحكمة تقدير قيمة الدليل الرقمي بشريطة تحقق ما يلي:

1_ ان تكون الأجهزة الحاسوبية او المنظومات المعلوماتية المستمد منها هذا الدليل تعمل على نحو سليم

2_ الا يطرأ على الدليل المقدم الى المحكمة أي تغيير خلال مدة حفظه ويعد الدليل الرقمي المقدم الى المحكمة مستجماً للشرطين الواردين في الفقرة (أ) من هذه المادة مالم يثبت العكس.

ومن ذلك نخلص الى حقيقة هامة هي أن الشك في الدليل الإلكتروني لا يتعلق بمضمونه كدليل، انما بعوامل مستقلة عنه، ولكنها تؤثر في مصداقيته.

الفرع الثاني: مشروعية الإثبات الجزائي في الدليل الإلكتروني في الفقه المعاصر.

من الملاحظ أن الأدلة الإلكترونية أصبحت واقعة من وقائع التحقيق والمحاكمة ومن الأصول المتبعة والمتعارف عليها ولا تثير إشكالات قانونية إلا إذا حصلت خلصة بأن وضعت خفية في أمكنة تواجد المشتبه به مثل التصوير والتسجيل فإن هذا التصرف يشكل خرقاً لحرمة حياة الإنسان الخاصة ولا يمكن الاستناد إليها كدليل ضده. وبها يتناول الباحث موقف مشروعية الفقه المعاصر للدليل الإلكتروني في

مجال الاثبات الجنائي عن طريق موقف الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية وهي كالاتي:

أولاً: موقف الشريعة الإسلامية.

يقصد بالتسجيل الصوتي تسجيل الأصوات باستعمال أجهزة التسجيل المستخدمة في تسجيل الصوت على شرائط يمكن سماعها فيما بعد وفي أي وقت. فهل يعتبر التسجيل الصوتي دليلاً ضد من قدم ضده يحكم عليه بموجبه؟ رغم أنه لا توجد في كتب الفقه الإسلامي إجابة على هذا التساؤل لأن التسجيلات الصوتية ناتجة عن التطور العلمي الحديث إلا أنه يمكن استنباط حكم في مثل هذه المسألة بناء على ما جاءت به روح الشريعة الإسلامية ومقاصدها فالنسبة لجرائم الحدود والقصاص يكون اثباتها بواسطة التسجيلات الصوتية أمر مستبعد تماماً ويبطل الاستناد إليها كدليل مستقل لإدانة من قدمت ضده وذلك

لأن التسجيلات تتطرق إليها احتمالات التزوير بعد اختراع وسائل التعديل والحذف والإصلاح في شرائط التسجيل وهو ما يسمى (بالمونتاج) كما أن جرائم الحدود لا يقام الحد فيها على المتهم في حالة عدوله عن إقرار فما بالك به ولم يقر فهذه كلها شبهة تدرأ إقامة الحد حسب قاعدة درء الحدود بالشبهات.

كما أن في الأخذ بالتسجيلات تزويج للآمنين وإثارة للقلق في نفوسهم وانتهاك لحرمة المسلمين وتعد على كرامتهم. ولأن التجسس منهي عنه مهما كانت الوسيلة لقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَجسسُوا﴾

أما بالنسبة للتصوير فإنه لم يكن كذلك معروفاً في بداية ظهور الإسلام، كما لم يعاصره فقهاء المسلمين لهذا لم نجد في كتبهم أحكاماً تجيزه أو تمنع الأخذ بالتصوير كدليل من أدلة الإثبات في الدعوى الجزائية لأن دلالة الصورة على صاحبها دلالة واهية وضعيفة لا يعول عليها في إصدار الأحكام خصوصاً بما يتعلق بموجبات الحدود والقصاص لأن الصور الفوتوغرافية قد تدخل فيها الخدع إذ بإمكان المصورين المتخصصين أخذ صورة للشخص وصورة أخرى للمكان ثم يتم تركيبها معاً فتصبح صورة واحدة في وضع مشين وهو ما يسمى (بالدبلجة) حيث توجد آلات تصوير متطورة تسهل للشخص تعديل ما يريده في الصورة وحذف ما

يرده وبناء عليه فهذه احتمالات تعد شبيهاً تدرأً إقامة الحد إلا أنه يمكن اعتبار هذه الصور قرينة ضد المتهم تخول السلطات المختصة للتحقيق معه ومواجهته بهذه القرينة للحصول على الاعتراف.

ثانياً: موقف القوانين الوضعية.

يثور الخلاف بين رجال القانون حول شرعية استعمال التسجيل الصوتي وما يزال الخلاف دائراً لحدوث هذه الوسيلة ففي مصر مثلاً: نجد أن شراح القانون اختلفوا بشأن حجية التسجيلات الصوتية وذهبوا الى ما يقارب خمسة آراء فمنهم من يؤيد الأخذ بهذه الوسيلة في الإثبات بصفة مطلقة ومنهم من يعارض الأخذ بها، ومنهم من يحيط هذا الدليل بشروط تساويه بالدليل المستمد من الاستماع خلسة إلى المحادثات الهاتفية الذي له شروط هو الآخر.

ومنهم من يجيز التسجيلات الصوتية إذا كان التسجيل مقدماً للتدليل على براءة المتهم ولو كان الحصول عليه بطريقة غير مشروعة إلا أن ذلك الخلاف الفقهي حسم بنص المادة (95) من قانون الإجراءات الجنائية المصري بعد تعديلها الأخير بالقانون (37) سنة 1972م إذ نص المشرع صراحة على جواز "...إجراء تسجيلات لأحاديث جرت في مكان خاص متى كان لذلك فائدة في ظهور الحقيقة..." حيث ربط هذا النص بشروط معينة هي:

- 1- أن يكون هذا الحديث له فائدة في ظهور الحقيقة
 - 2- أن يكون في جنابة أو في جنحة معاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر
 - 3- أن يكون بناء على أمر مسبب ولمدة لا تزيد على ثلاثين يوماً قابلة للتجديد لمدة أو لمدد أخرى مماثلة على أن يتم ذلك بناء على أمر قاضي التحقيق.
- أما القضاء الإنجليزي فقد اتجه أخيراً إلى أن الدليل المستمد من تسجيلات الأحاديث لا يبطل لمجرد ان الشرطة وضعت "ميكروفون" خلسة في مسكن خاص.
- وكذلك في القضاء الأمريكي فقد استقر حديثاً على إجازة التسجيل بإذن من القاضي إذ لا يتضمن أي إكراه يؤدي بالمتهم إلى الإدلاء بأقواله.

وأما في فرنسا فقد اعتبرت محكمة النقض تسجيل الأحاديث مجرد دلائل وقرائن يمكن أن تساهم في تكوين اقتناع القاضي مع المحافظة على حق الدفاع. أما بالنسبة للتصوير فقد أصبح اليوم فناً من الفنون التي يعتمد عليها المحقق في إجراء تحقيقاته إذ من شأنه أن يضبط بصورة مرئية وسمعية مجريات التحقيق بصورة تعكس واقع هذه المجريات وطالما ان التصوير يحصل بمعرفة المستجوب ويوضع قيد المناقشة كدليل من الأدلة فإنه لا شيء يمنع من إجرائه وحتى إذا أخذ خفية عن المدعى عليه شرط أن توضع نتائجه قيد المناقشة فالمبدأ هو عدم جواز اعتماده من قبل قاضي التحقيق كدليل لتكوين قناعته إلا إذا وضع هذا الدليل قيد المناقشة وكان باستطاعة من يوجه ضده أن يناقشه حيث نصت المادة (427) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الفرنسي على أنه " لا يمكن للقاضي اسناد قراره إلا للأدلة التي قدمت أثناء المحاكمة الوجيهة وكانت موضع مناقشة " .

إلا أن الأمر يصبح أكثر دقة في حال وضعت آلات تصوير الفيديو خلسة في منزل المشتبه به لضبط تصرفاته لأن هذا العمل يشكل خرقاً فاضحاً لحق الإنسان في حرمة منزله وخصوصياته وهو مرفوض أخلاقياً وقانونياً لا سيما وأن ما يمكن أن تصوره الكاميرا يخرج عن إطار التحقيق ليمس حياة الإنسان الخاصة المحمية شرعاً ودستوراً وقانوناً وهذا شكل من أشكال التجسس على الإنسان لا يجوز أن يصدر عن مرجع قضائي أو غير قضائي لما فيه من انتهاك لحقوق الإنسان في حياته الخاصة ولكن الأمر يصبح على خلاف ذلك فيما إذا حصل تصوير الفيديو في الأماكن العامة لا سيما على الطرق إذ عندها يعرف الإنسان أنه معرض لرصد تحركاته من قبل أي شخص وأن تصرفاته العلنية تقع خارج حماية الخصوصية حيث إن ما يمكن أن يرصد بالعين في مكان يمكن رصده من قبل السلطات القائمة بحفظ النظام بواسطة عدسة الكاميرا.

على أن تبقى النتائج خاضعة للمناقشة وإبداء الدفاع بصددها

اما بالنسبة لمشروعية التفتيش عن الدليل الرقمي في الكيانات المعنوية (الوسط الافتراضي) وضبط في الفقه المعاصر فلقد اختلف الفقه في مدى جواز تفتيش الوسط الافتراضي وضبط ما به من محتويات إلى ثلاث اتجاهات:

1 -الاتجاه الرفض: ويرى أن المقصود بلفظ الشيء هو ما كان مادياً أي ملموساً ، ولذا فإن الوسط الافتراضي والبيانات غير المرئية أو الملموسة لا يمكن اعتبارها شيئاً، ومن ثم سينحصر عنها النص القانوني الذي استعمل مصطلح شيء، ما يجعل تفتيش الوسط الافتراضي وضبط محتوياته مخالفاً للقانون، ولذلك يقترح هذا الرأي لمواجهة هذا القصور التشريعي أن يتم تعديل النصوص الخاصة بالتفتيش وذلك بأن يضاف إليها ما يجعل التفتيش يشمل البحث في الوسط الافتراضي وضبط المواد المعالجة عن طريق الحاسب الآلي أو بيانات الحاسب الآلي وبهذا الاتجاه أخذت بعض التشريعات فنصت صراحة على أن إجراءات التفتيش تشمل أنظمة الحاسب الآلي ومن ذلك ما نُصَّ عليه في قانون إساءة استعمال الحاسب الآلي في إنجلترا الصادر سنة 1990 ، وهو ما نصت عليه أيضاً اتفاقية بودابست لسنة 2001 في

(المادة 19 الفقرة 1)

2 -الاتجاه المؤيد: و يذهب إلى أن التفتيش والضبط لا يقتصران على الأشياء بمفهومها المادي، لأن الغاية من التفتيش هي البحث عن دليل بشأن جريمة وقعت، ولذا فإن أعمال التفسير المنطقي تجعل من الكيانات المنطقية مما يمكن تفتيشها وضبط ما بها من محتويات ووصولاً لذات النتيجة يرى البعض أن تحديد كلمة شيء أو مادة يجب أن نرجع في شأنه إلى مدلول هذه الكلمة في العلوم الطبيعية، حيث تعني كل ما يشغل حيزاً مادياً في فراغ معين، ولما كانت الكيانات المنطقية والبرامج تشغل حيزاً مادياً في ذاكرة الحاسب الآلي ويمكن قياسها بمقياس معين، وهي أيضاً تأخذ شكل نبضات إلكترونية تمثل الرقمين صفر أو واحد، يمكن ان نعتبرها كيان مادي وتتشابه مع التيار الكهربائي الذي اعتبره الفقه والقضاء في فرنسا ومصر من قبيل الأشياء المادية، ومن ثم فهي تعد أشياء بالمعنى العلمي للكلمة ومن ثم تصلح لأن تكون محلاً للضبط.

3 - اتجاه توفيقى: ويرى ضرورة إهمال الجدل الدائر حول مصطلح الشيء والعبرة عنده بالواقع، فالضبط لا يمكن وقوعه عملياً إلا على أشياء مادية، ولذلك فإن المشكلة ليست مشكلة مصطلح عبر عنه نص القانوني، وإنما هي تتعلق بإمكانية اتخاذ الإجراء، وترتيباً على ذلك فإن تفتيش الوسط الافتراضي يكون صحيحاً إذا أسفر عن وجود بيانات اتخذت فيما بعد شكلاً مادياً، وهذا الاتجاه قد اخذ به قانون الإجراءات الألماني في القسم (94) حينما نص على أن الأدلة المضبوطة يجب أن تكون ملموسة، ولذلك فإن البيانات إذا تمت طباعتها تعد أشياء ملموسة وبالتالي يمكن ضبطها.

المطلب الثاني: الوسائل التقليدية والوسائل العلمية الحديثة في جمع الأدلة في القانون السوري والفقهاء المعاصر.

يقصد بوسائل جمع الأدلة مجموعة من الأعمال التي يرى المحقق ملاءمة القيام بها لكشف الحقيقة بالنسبة لجريمة معينة.

وقسم الفقه هذه الوسائل أو الإجراءات إلى نوعين الأول يهدف إلى جمع وفحص الأدلة المثبتة لوقوع الجريمة ونسبتها إلى فاعلها كالمعاينة والخبرة والتفتيش وضبط الأشياء المتعلقة بالجريمة وسماع الشهود والاستجواب والثاني هو اتخاذ الوسائل اللازمة اتجاه المدعى عليه لمنع من التأثير في التحقيق أو في العبث أو إزالة الآثار المستفادة من الأدلة، وهو ما يطلق عليها الإجراءات الاحتياطية كالتوقيف الاحتياطي.

وحيث ان الاستخدام غير المشروع لتقنية الحاسب الآلي والانترنت رتب العديد من الإشكاليات الإجرائية في مجال إجراءات الملاحقة الجزائية التي تتبع من أجل كشف الجريمة وإقامة الدليل على وقوعها ونسبتها إلى مرتكبيها الذين يتوسلون بالتقنية المتطورة في ارتكابها وفي إخفاء معالمها وعدم ترك أية آثار مادية دالة عليها⁴¹*

⁴¹ ولهذا نصت المادة 15 من اتفاقية بودابست الخاصة بجرانم الحاسب الآلي والانترنت على إجراءات غالبها مستحدثة وغير مألوفة يعبر عنها بمصطلحات بيئة التقنية وهي إجراءات تتناسب مع طبيعة الجرائم الالكترونية تراعى فيها حرية الأفراد الشخصية وتكفل حقوقهم الأساسية

مما أدى الى تدخل شرعي بعض الدول لمواجهة هذا النوع من الجرائم وذلك بإصدار قوانين خاصة بملاحقتها وتنظيم الإجراءات التي تناسبها دون مساس بحقوق الأفراد وحررياتهم الأساسية.

الفرع الأول: الوسائل التقليدية في جمع الأدلة

(1) _ المعالجة: وهي اجراء يتم بمقتضاه الانتقال الأدلة، إلى مكان وقوع الجريمة لجمع الأشياء المتعلقة بالجريمة ومعالجة آثار وقوعها.

والمعالجة قد تتم من قبل النيابة العامة أو من قاضي التحقيق أو المحكمة وقد أوجب القانون على النيابة العامة الانتقال الفوري إلى محل الواقعة بمجرد اخطارها بارتكاب جريمة مشهودة لإثبات حالة الأمانة ووصفها وصفاً دقيقاً وبيان مدى امكان وقوع الجريمة فيها وكذلك بيان حالة الأشياء والأشخاص وكل ما يلزم اثبات حالته. وللمحكمة القيام بإجراء معاملة المكان الذي وقعت فيه الجريمة، إذا ما رأت بأن معاملة سلطة التحقيق غير كافية لاستخلاص دليل سائق لأثبات الجريمة

(2) _ التفتيش:

التفتيش هو البحث عن اشياء تفيد الكشف عن جريمة وقعت ونسبتها الى المتهم كما عرف بأنه "البحث في مستودع سر شخص عن أشياء تفيد الكشف عن الجريمة ونسبتها الى المتهم"⁴²

والتفتيش وفقاً لقواعد قانون أصول المحاكمات الجزائية ينقسم من حيث محله الى قسمين: الأول: تفتيش ينصب على المنازل وتفتيش يقع على الأشخاص وتفتيش المنازل هو اجراء من إجراءات التحقيق بمقتضاه يقوم المحقق أو من ينوبه من رجال الضابطة العدلية بالبحث في منزل شخص معين على أشياء تتعلق بجريمة قامت قرائن قوية على حيازته لها.

والثاني: هو اجراء من إجراءات التحقيق أيضاً يقصد به ضبط ما يحوزه الشخص من أشياء تفيد كشف الحقيقة.

⁴² د. مأمون مجمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، الجزء الأول، منشورات الجامعة الليبية الطبعة الأولى 1971 ص481

ولخصوصية الجرائم الالكترونية فإن التفتيش ينصب على جهاز الحاسب الآلي الذي يعمل طبقاً لتعليمات محددة سلفاً يستقبل البيانات ويخزنها ويقوم بمعالجة واستخراج النتائج المطلوبة، وهو متصل بالشبكة للحصول على المعلومات وتبادلها عبر الشبكات والبريد الالكتروني، ولهذا فإن التفتيش في الجرائم الالكترونية له طبيعة خاصة وتمييزة عن التفتيش التقليدي للأشخاص والمنازل، إلا أنه يخضع في إجراءاته للضوابط التي حددها قانون أصول المحاكمات الجزائية

وما يستلزمه من وقوع الجريمة، وان تكون هناك دلائل او قرائن على ما يفيد في كشف الحقيقة في أجهزة الحاسب الآلي الخاصة بالمدعى عليه أو غيره من الأشخاص، وإذا ما توافرت تلك الشروط، فإنه يجوز لسلطة التحقيق تفتيش جهاز الحاسب الآلي وملحقاته المكونة له المادية والمعنوية، وذلك من أجل ضبط أدلة الجريمة وما يحتمل ان يكون قد استعمل في ارتكابها أو نتج عنها أو وقعت عليه وكل ما من شأنه ان يكشف عن الجريمة.

وقد ثار جدل فقهي بين فقهاء القانون الجزائري حول مدى إمكانية تفتيش وضبط البيانات أو المعالجة الكترونياً بصورها وأشكالها المختلفة كالأقراص والأشرطة الممغنطة بما في ذلك ذاكرة جهاز الحاسب الآلي وانقسموا في ذلك الى اتجاهين:

الاتجاه الأول: ذهب أنصاره الى القول بعدم صلاحية إجراء التفتيش والضبط على برامج وبيانات الحاسب الآلي باعتباره وسيلة للإثبات المادي، يهدف الى ضبط أدلة مادية تتعلق بالجريمة وتفيد الكشف عن الحقيقة، وهذا يتنافى مع الطبيعة غير المادية لبرامج وبيانات الحاسب الآلي، ويمثل هذا الرأي جانب من الفقه الفرنسي الذي يرى أن النبضات أو الإشارات الإلكترونية الممغنطة لا تعد من قبيل الأشياء المادية المحسوسة التي يمكن تفتيشها وضبطها⁴³

الاتجاه الثاني: يرى أنصاره أن لمعلومات هي مجرد ذبذبات ونبضات إلكترونية أو إشارات أو موجات كهرومغناطيسية، الا أنها قابلة لأن تخزن في أوعية ووسائط مادية كالأقراص والأشرطة الممغنطة، وبالتالي فهي ليست شيئاً معنوياً كالحقوق والآراء

⁴³ د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مبادئ الإجراءات الجنائية في جرائم الكمبيوتر والانترنت، مرجع سابق،

والأفكار، بل هي أشياء مادية محسوسة لها وجود ملموس في العالم الخارجي، ومن ثم يصح أن يرد عليها التفتيش والضبط⁴⁴

ونعتقد ان التفتيش يصح على المكونات المعنوية باعتبارها محتوى لمعلومات وبيانات وحوار وكلمات سر يمكن تصفحها وتحليلها لاستظهار الدليل المعلوماتي ، ولا ينال من صحة التفتيش وجود الحاسب الآلي المراد تفتيشه في منزل غير المتهم أو اتصاله بشبكة معلومات محلية طالما توافرت شروطه ، غير أنه اذا كان متصلاً بشبكات معلومات دولية ، كأن يقوم مرتكب الجريمة المعلوماتية بتخزين المعلومات والبيانات المتعلقة بجرائمهم في أنظمة تقنية خارج إقليم الدولة المتواجدين على اقليمها ، فلا يجوز في هذه الحالة لسلطات التحقيق في الدولة التي ارتكبت الجريمة على إقليمها ، أو أضرت بأحد رعاياها أو مصالحها الأساسية أن تباشر التفتيش أو غيره من إجراءات التحقيق خارج حدودها الإقليمية ، وفي هذا الشأن قضت إحدى المحاكم الألمانية في جريمة غش ارتكبت في ألمانيا بأن الحصول على البيانات الخاصة بهذه الجريمة المخزنة بشبكات اتصال موجودة في سويسرا لا يتحقق إلا بطلب المساعدة من الحكومة السويسرية .

ويفترض ألا يكون الأمر بالتفتيش أمراً عاماً، وإنما يكون الهدف منه محدد تحديداً دقيقاً وأن يتم وصف الأشياء المراد ضبطها بصورة تفصيلية، بحيث لا يترك ذلك للسلطة التقديرية لعضو الضابطة العدلية الذي سيقوم بتنفيذ الأمر .

ففي الولايات المتحدة الأميركية أصدر القضاء حكماً بتعويض شركة ستيف جاكسون التي تقوم بأعمال النشر ، وكانت تصدر جريدة الكترونية وخضع للحماية بموجب قانون حماية الخصوصية وقانون حماية الاتصالات الالكترونية ، اللذان لا يجيزان القبض والتفتيش في حق الناشرين ما لم يتوافر سبب آخر يرجح ارتكاب الشخص للجريمة ، وتتلخص الواقعة في أنه في خلال شهر آذار عام 1990 قامت الشرطة السرية الأميركية بتفتيش الشركة وضبط أجهزة الحاسب الآلي وملحقاتها ومجموعة من البرامج وطابعات ليزر وكمية من الأسطوانات وملفات خاصة بجريدة الكترونية ، وكذلك آلة حاسب شخصية ، ووضعت الاختام على المضبوطات فترتب على هذا الإجراء تعرض الشركة

⁴⁴ د. هشام محمد فريد رستم، الجوانب الإجرامية للجرائم المعلوماتية، مكتبة الآلات الحديثة 1994، ص66

لأزمة مالية كبيرة في الوقت الذي لم توجه أية تهمة لصاحب الشركة أو لأي من العاملين معه ، وأن أحد العاملين في الشركة ، والذي لم يوجه له الادعاء ، كان يجب أن يكون الهدف من الإجراء وكانت المعلومات المطلوب ضبطها موجودة في منزله.
جـ ضبط الأشياء:

يقصد بالضبط وضع اليد على شيء يتصل بجريمة وقعت ويفيد في كشف الجريمة. ومن أجل ذلك أجاز المشرع التفتيش لتتمكن سلطة التحقيق من إجراء الضبط الذي يعد في هذه الحالة إجراء من إجراءات التحقيق.

ويجب أن يكون موضوع التحقيق من قبل سلطة التحقيق جمع الأشياء التي تفيد في كشف الحقيقة المتعلقة بالجريمة، ويجب أن تكون هذه الأشياء مادية، فسلطة التحقيق لها ضبط الخطابات والرسائل والمطبوعات والجرائد والضبوط والبرقيات لدى مكاتب البريد كافة والتلغراف، كما يجوز لها أيضاً مراقبة المحادثات التليفونية متى كان ذلك فائدة في ظهور الحقيقة.

أما فيما يتعلق بالحاسب الآلي فلا بد من التمييز بين أمرين:

← الأصل في الضبط أنه يرد على الأشياء المادية التي تصلح لوضع اليد عليها، ولهذا لا يثير ضبط المكونات المادية للحاسب الآلي وملحقاته أية إشكالية باعتبارها أشياء مادية، وبالتالي يجوز ضبط الحاسوب والأسلاك والمودم ووحدة الذاكرة ووحدة التحكم، وبما في ذلك مخرجات الحاسوب الموجودة في صورة مخرجات ورقية أو أوعية التخزين المادية كالأقراص والأشرطة الممغنطة، حيث يتم ضبط الأداة أو الوسيط الذي يتم فيه التخزين.

← ضبط المكونات المعنوية للحاسب الآلي:

يستخلص من صياغة التشريعات الجزائية لمفهوم الضبط أنه يقتصر على الأشياء المادية، وكان ذلك مثار الجدل حول ما إذا كان يجوز ضبط المكونات المعنوية للحاسب الآلي من معلومات وبرامج، وما تحتويه صناديق البريد الإلكترونية من رسائل وصور وبيانات؟

الإتجاه لا يزال محتدم بين المؤيد والرافض لإمكانية ضبط البيانات المعالجة إلكترونياً بشكل منفصل عن دعائها المادية، كذلك التي يتم عرضها على شاشة الحاسب الآلي.

فذهب اتجاه الى أنه من غير الممكن ضبط البيانات إلكترونياً لانتهاء الطابع المادي لهذه البيانات، ذلك ان بيانات الحاسب الآلي ليست كمثال الأشياء المحسوسة، وبالتالي لا تصلح لأن يرد عليها الضبط وأخذت تشريعات بعض الدول بهذا الاتجاه كألمانيا ورومانيا واليابان.

وذهب اتجاه ثان إلى أنه وإن كانت الغاية من التفتيش هو ضبط الأدلة المادية إلا أن هذا المفهوم يمكن ان يمتد ليشمل البيانات المعالجة إلكترونياً.

ويجد هذا الإتجاه تجسيده التشريعي في قوانين بعض الدول مثل كندا و اليونان والولايات المتحدة الأمريكية التي قضت بإعطاء سلطات التحقيق إمكانية القيام بأي شيء يكون ضروري لجمع الأدلة وحمايتها، بما في ذلك المكونات المعنوية للحاسب الآلي، وان كان لا يتصور ضبطها باعتبارها أشياء غير محسوسة ، فإنه من الممكن ضبطها اذا أصبح لها كيان مادي ، كطباعة البيانات المراد ضبطها على الورق أو تسجيلها في أشرطة أو أقراص أو نسخها في ملفات ، إذ تتحول في هذه الحالة المكونات المعنوية للحاسب الآلي الى أشياء مرئية ومقروءة وتكتسب كياناً مادياً يمكن بواسطته ضبطها ونقلها من مكان لآخر ، والقول نفسه يطبق بشأن الرسائل الإلكترونية عن طريق طباعة الرسالة التي يريد ضبطها ، أو تسجيلها في ملف أو قرص.

وهناك اتجاه آخر يرى أنصاره بأن لا فائدة من تطبيق نصوص الإجراءات الحالية المتعلقة بالضبط على البيانات المعالجة إلكترونياً بصورتها المجردة عن دعامتها المادية، بل لا بد من تدخل المشرع لتوسيع دائرة الأشياء التي يمكن أن يرد عليها الضبط ليشمل البيانات المعالجة بصورتها غير الملموسة⁴⁵

وفي هذا الإطار نص قانون مكافحة الجريمة المعلوماتية السوري في المادة 26 على التقصي الإلكتروني والتفتيش والضبط، ووضع قواعد خاصة لها يمكن إجمالها بما يلي:
 ← يجوز للضابطة العدلية القيام بعمليات التقصي الإلكتروني بناء على اذن من السلطة القضائية المختصة.

⁴⁵ د. هشام محمد فريد رستم، مرجع سابق، ص96

← تعد البرمجيات الحاسوبية من الأشياء المادية التي يجوز تفتيشها وضبطها وفق القواعد المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات الجزائية.

← يجوز تفتيش الأجهزة والبرمجيات الحاسوبية المتصلة بأجهزة المشتبه فيه أياً كان مكان وجودها ضمن حدود الواقعة المسندة الى المشتبه فيه.

← على مقدمي الخدمة على الشبكة الإلتزام بالحفاظ على سرية الإجراءات التي تقوم بها الضابطة العدلية المختصة في جميع الحالات.

← على كل صاحب او مدير أي منظومة معلوماتية ترتكب جريمة معلوماتية باستخدام منظومته أن يتيح للضابطة العدلية تفتيش وضبط البيانات والمعلومات والبرمجيات الحاسوبية والحصول على نسخة منها ويمكن في حالات الضرورة ضبط الأجهزة والبرمجيات الحاسوبية المستخدمة أو جزء من مكوناتها.

← نصت المادة 35 من قانون مكافحة الجريمة المعلوماتية على أنه يطبق قانون أصول المحاكمات الجزائية على كل ما لم يرد عليه نص الأحكام الإجرائية للجرائم الواردة في هذا القانون.

د_ ندب الخبراء:

أجاز المشرع لجهات التحقيق ندب الخبراء إذا كانت طبيعة الجريمة محل التحقيق تقتضي الاستعانة بذوي الخبرة لحسم مسألة فنية معينة أو للبحث عن أدلة الجريمة وضبطها، وللمحكمة أن تتخذ ما تراه مم وسائل، بما في ذلك ندب الخبراء، لبحث وفهم أية واقعة فنية اعترضتها.

وإذا كان لندب الخبراء أهمية في الجرائم التقليدية فإن أهميتها أكثر وضرورتها أشد في إجراءات جمع أدلة المكونات المعنوية في كل وحدات التخزين وتحليلها وكشف أي تلاعب في البرامج والمعلومات ، غير ان ذلك لا يعني عدم الاكتراث بمسألة تأهيل سلطات الملاحقة وتزويد أفرادها بالمعرفة العلمية والتقنية ليكونوا على دراية فيما يستلزم ندب الخبراء وفهم ما يقدمونه من آراء ، لذلك نجد أن الكثير من الدول المتقدمة قد اهتمت بتدريب المحققين في الجرائم الالكترونية ، كما دعي المجلس الأوربي في احدى توصياته سنة 1999 الى ضرورة تدريب الشرطة وأجهزة العدالة بما يواكب التطور

المتلاحق لتقنية المعلومات واستخدامها لتحقيق التوازن بين وسائل ارتكاب الجريمة وبين سبل مواجهتها ، وعقدت كذلك المنظمة الدولية للشرطة الدولية العديد من الدورات التدريبية لمحقيقي جرائم الحاسب الآلي .

الفرع الثاني: الوسائل الحديثة في جمع الأدلة:

استشعاراً لصعوبة الحصول على أدلة الجرائم الالكترونية وضبطها بالوسائل التقليدية تضمنت اتفاقية بودابست بشأن الجرائم الالكترونية مجموعتين من الإجراءات الجديدة احدهما تتعلق بالإجراءات الممهدة لجمع الأدلة والثانية الاجراءات الخاصة بجمع الأدلة.

أ_ الإجراءات الممهدة لجمع الأدلة:

وهي نوع من المراقبة والمتابعة لاستخدام تقنية الاتصالات (الحاسب الآلي والانترنت) ويتولى القيام بهذه الإجراءات مقدمو خدمات الحاسب الآلي والانترنت بتكليف من السلطة المختصة وتنقسم الإجراءات الممهدة الى نوعين:

النوع الأول: إجراءات التحفظ السريع على مضمون البيانات المخزنة⁴⁶

وهذا النوع يتمثل في امرين الامر الأول هو اصدار أوامر الى مقدمي الخدمات من أفراد وشركات بالحفاظ على البيانات المخزنة بمنظومة الحاسب الآلي والانترنت بفترة زمنية معينة⁴⁷

والأمر الثاني هو تمكين السلطة المختصة بالتحقيق لمعرفة مضمون البيانات التي أرسلها او استقبلها المشترك

سواء عن طريق مقدمي الخدمة أو من خلال ما أسفر عنه التفيتش

أما النوع الثاني من الإجراءات الممهدة لجمع الأدلة فهو إجراءات التحفظ السريع على البيانات المتعلقة بخط سير البيانات⁴⁸

⁴⁶ المادة 16 من اتفاقية بودابست

⁴⁷ حددت اتفاقية بودابست هذه المدة بما لا يتجاوز 90 يوم

⁴⁸ المادة 17 من اتفاقية بودابست

ويقصد بها إلزام مقدمي الخدمات أفراداً أو شركات بالحفاظ على البيانات والمعلومات المخزنة ووقت ارسالها ووقت استقبالها ومن قام بنقلها وذلك يساعد على التعرف على مرتكب الجريمة الالكترونية والمساهمين معه في ارتكابها بالإجراءات الخاصة في جمع الأدلة: ومن هذه الإجراءات:

_ اصدار أمر بتقديم بيانات محددة: ويقصد به أن تصدر السلطة المخولة أمراً الى مقدم الخدمة أو أي شخص في حيازته أو تحت سيطرته بيانات معينة أن يقوم بتقديمها، سواء كانت هذه البيانات تتعلق بالمحتوى أم بخط السير.

_ تفتيش وضبط البيانات المخزنة: ويقصد به البحث عن طريق التفتيش والضبط عن البيانات المخزنة في النظام المعلوماتي أو في دعامه تخزين المعلومات، سواء كانت هذه البيانات مخزنة في جهاز واحد أو في منظومة اتصالات.

وقد حصرت المادة 19 من اتفاقية بودابست الإجراءات الخاصة بجمع الأدلة في: التفتيش أو الدخول أو الضبط أو الحصول إلى البيانات، وأيضاً التحقق والتحفظ على نسخة من البيانات، وكذلك المحافظة على سلامة البيانات، وأخيراً منع الوصول الى هذه البيانات أو رفعها من النظام المعلوماتي.

ويمكن تقسيم هذه الإجراءات الى نوعين من الإجراءات:

أ_ إجراءات تحفظية: تهدف الى الحفاظ على البيانات المخزنة التي ترى الجهة المختصة أهميتها في التحقيق ببقائها في أمكنتها في النظام المعلوماتي للحاسي الآلي أو في دعامه التخزين ومنع الوصول اليها أو الغائها أو التصرف فيها.

ب_ إجراءات ضبط: وهي إجراءات لاحقة للتفتيش والدخول، ويقصد بها جمع البيانات سواء بأخذ دعامه تخزين المعلومات ذاتها أو بعمل نسخة من البيانات المخزنة بها أو بالنظام المعلوماتي للحاسب الآلي في ورق أو أقراص.

_ تجميع بيانات خط سير المعلومات: يقصد بذلك تجميع أو تسجيل البيانات المتعلقة بخط سير البيانات في الوقت الصحيح، وكذلك إلزام مقدم الخدمة في حدود قدرته الفنية

بجمع وتسجيل البيانات المتعلقة بخط سير البيانات في الوقت الصحيح ويهدف هذا

الاجراء الى تسهيل مهمة الجهات القائمة بجمع الأدلة

ويختلف اجراء التجميع في الوقت الفعلي للبيانات المتعلقة بخط سير البيانات وفقاً للمادة

19 من اتفاقية بودابست عن إجراءات التحفظ السريع على البيانات الذي نصت عليه

المادة 16 من ذات الاتفاقية بودابست في أن البيانات في حالة التحفظ موجودة لدى مقدم

الخدمة (أي مخزنة بالنظام المعلوماتي للحاسب الآلي أو في دعامة التخزين) بينما في

حالة التجميع أو التسجيل فالبيانات ليست مسجلة

وتهدف هذه الإجراءات الى تجميعها أو تسجيلها وقت مباشرة الاتصال

_ اعتراض مضمون البيانات: ان المقصود باعتراض مضمون البيانات هو جمع أو

تسجيل مضمون البيانات التي تنقل عبر وسائل الاتصالات في حينها حتى تتمكن

السلطات المختصة في الدولة من التعرف على الاستخدامات غير المشروعة لأنظمة

الاتصالات بما يكفل منع ارتكاب العديد من الجرائم.

والأصل ان اجراء اعتراض مضمون البيانات تباشره سلطة معينة بالدولة ، الا ان اتفاقية

بودابست اجازت إلزام مقدم الخدمة القيام به على أساس انه قد تتوافر لديه الإمكانيات

الفنية اللازمة لذلك ، والملاحظ بأن هذا الإجراء يختلف عن اجراء التحفظ السريع على

مضمون البيانات الذي نصت عليه المادة 16 من اتفاقية بودابست في ان البيانات

المطلوب التعرف على مضمونها مخزنة ويلتزم مقدم الخدمة بالتحفظ عليها ، بينما يعد

الاعتراض على مضمون البيانات نوع من المراقبة المرافقة للاتصال ، وتجميع وتسجيل

مضمون أية اتصالات تتعلق بمسائل غير مشروعة.

الخاتمة

الحمد لله بنعمته تتم الصالحات.....

أما بعد:

بهذا نكون قد انتهينا من دراستنا لهذا البحث بعد توفيق من الله ومَنِّه للوصول إلى هذه اللبنة بعد جهد ومخاض طويل، والذي حاولت أن أظهر فيه الإثبات الجزائي بالوسائل العلمية الحديثة بدراسة مقارنة بين القانون الجزائري السوري والفقهاء المعاصر، وأتمنى أن أكون قد وفقت فيه، فإن كان صواباً فمن توفيق الله وكرمه وإن كنت مقصراً فمن نفس والشیطان وأعوذ بالله من ذلك.

هذا وإن موضوع الإثبات الجزائي بالوسائل العلمية الحديثة، يبقى من المواضيع الحديثة التي لم تأخذ حظها من الدراسة والتمحيص في القانون السوري، على عكس الدول والتشريعات الأخرى التي أسهمت في الخوض فيها.

فبعد جمع وتحليل الخطوط العامة التي تميز الإثبات الجزائي بالوسائل العلمية الحديثة، أوضحنا مشروعية الوسائل العلمية بالإثبات الجنائي بين القانون السوري والفقهاء المعاصر من الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، وأوجه الاتفاق والاختلاف بينها والوسائل التي يتم بها جمع الأدلة التقليدية والحديثة والمشكلات التي تعترضنا في الإثبات.

النتائج:

1_ إذا كان الفقه قد طال الجدل بينه حول حجية الأدلة الحديثة في الإثبات الجزائي إلا أنه وفي الحقيقة لا توجد معايير ثابتة يمكن وضع قواعد معينة تبعاً لقوتها التدليلية طالما ان المبدأ السائد في الإثبات هو مبدأ القناعة الوجدانية الذي خول للقاضي سلطة واسعة وحرية كاملة في سبيل تقصي ثبوت الجرائم أو عدم ثبوتها، وفتح له باب الإثبات بأن يزين قوة أدلة الإثبات المستمدة من كل عنصر بمحض وجدانه فيأخذ ما تطمئن إليه عقيدته وي طرح ما لا يرتاح إليه

2_ بالنسبة إلى سلطة القاضي الجنائي في قبول الدليل المستمد من الوسائل الحديثة:

لا شك ان الدليل المستمد من الوسائل الحديثة يعد أكثر الأدلة اقتحاماً وتعدياً على حرمة الحياة الخاصة لذلك فإن هذا الدليل لا يكون مقبولاً في العملية الإثباتية الا إذا تم الحصول عليه بإطار احكام القانون واحترام قيم العدالة واخلاقياتها وبالرغم من حرية القاضي الجزائي في الإثبات الا انه لا يستطيع ان يقبل دليل متحصلاً من اجراء غير مشروع ليس فقط لان ذلك يتعارض مع قيم العدالة انما لأنه كذلك يمس بحق المتهم في الدفاع ويشترط في البحث عن الأدلة ان يكون التحقيق شريفاً ولقد اتخذت النقض الفرنسية موقف صارم من استخدام وسائل الغش والخداع في اجراء المراقبة وذلك بإقرارها أنه يجب ان تكون المراقبة خالية من الغش والخداع وإلا كانت باطلة مثال قضية ويلسون أو قضية الأوسمة التي تتلخص وقائعها ان قاضي التحقيق قام بتقليد صوت المتهم من اجل الحصول على معلومات واسرار القضية وبالفعل حصل القاضي من خلال هذا الاتصال على اعتراف منه باشتراكه في الجريمة لا ان محكمة النقض الغت الحكم الذي أسس على هذا الاعتراف واعتبرت ان القاضي قد لطم كرامة القضاء واهان سمعته باستخدامه اجراء تنبذه قواعد الأمانة والشرف وفي نفس الوقت ارتكب فعلاً مخالفاً بواجبات وكرامة القاضي

3_ من الحقائق الواقعية التي لا جدال فيها ان استخدام الوسائل والأساليب الحديثة في تقدير القاضي فيه مساس واعتداء على الحرية الشخصية ولذلك يمكن القول ان التطور العلمي يثير مشكلة أساسية وهامة وهي حدود الاستناد الى الدليل المستمد من الوسائل العلمية هذه، فالسماح بالاعتماد عليها اذ ما تم قبوله يصطدم بعقبة أساسية وهي المساس بالحقوق الأساسية للإنسان في الحقيقة ان للقاضي الجزائي السلطة المطلقة لقبول او رفض الدليل الجنائي باعتبار ان مبدأ الإقناع الذاتي يهدف الى الكشف عن الحقيقة وفي الوقت ذاته يحرص على حياته و حقوق الأفراد والمحافظة على حرياتهم الأمر الذي يلزم القاضي الجنائي التحقق من مشروعية كل دليل يطرح أمامه وبالتالي إذا كان هدف الإثبات في الدعوى الجنائية هو اظهار الحقيقة فإن الغاية تبرر استعمال اية وسيلة لذلك فإن القضاء في سبيل الحصول الى هذه الحقيقة يجد نفسه بين مصالح متعارضة، مصلحة المجتمع في الردع او العقاب ومن جهة أخرى مصلحة الحفاظ على الحقوق الأساسية للمتهم.

المقترحات:

1_ إنشاء مختبر جنائي متطور يتضمن الوسائل التكنولوجية الحديثة في سورية ولا سيما برامج متطورة للحاسوب الآلي لأغراض التعامل مع الآثار المادية التي يمكن الحصول عليها في مسرح الجريمة، ولا سيما بصمة الأصابع، على غرار ما هو مستخدم حالياً في أغلب البلدان المتطورة، وعلى وجه الخصوص البرامج الخاصة للحاسوب الآلي، التي تتعامل مع نظام بصمة الأصابع الأوتوماتيكية، التي تعطي نتائج قطعية وحاسمة في مسائل الإثبات أو إهمال الطبقات غير الواضحة المعثور عليها في محل الحادث نتيجة عدم وجود قدرات، بدلاً من الاعتماد على الطرق التقليدية، التي قد لا تؤدي في أحيان كثيرة إلى الوصول إلى نتائج لها درجة حاسمة في مسائل الإثبات أو إهمال الطبقات غير الواضحة المعثور عليها في محل الحادث نتيجة عدم وجود قدرات تكنولوجية متطورة لغرض التعامل معها، خاصة إذا كانت هذه الطبقات في أماكن يصعب الحصول عليها دون إتلافها أو تشويها نتيجة تلوثها بالدماء، وغير ذلك من الحالات التي لا يمكن الحصول معها على طبقات كاملة.

2 - إنشاء مختبرات خاصة مجهزة بوسائل تكنولوجية حديثة في سورية لغرض إجراء فحوصات ال DNA

ذات الأهمية القصوى في الإثبات ولا سيما الإثبات الجزائي، وتوفير الكوادر اللازمة لها، وتطويرها من خلال دورات تدريبية في البلدان المتطورة في مجال استخدامها ومجالاتها، لاسيما ان هذه الطريقة لو استخدمت بشكل صحيح ووفق تقنية متطورة لأدت إلى نتائج قطعية وحاسمة في أغلب البلدان، بعد أن أظهرت هذه التقنية نتائجها بنجاح دون ان يشوبها الشكوك التي تحيط بأغلب الطرق الأخرى.

المصادر والمراجع:

- د. أحمد هلاي عبد الاله، اتفاقية بودابست لمكافحة جرائم المعلوماتية معلقاً عليها، القاهرة: دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2007 م
- د. أحمد فتحي سرور، الإثبات الجنائي، بحث في مجلة القانون والاقتصاد، عدد خاص 1980م
- د. أسامة الصغير، البصمات وسائل فحصها وحجبتها في الإثبات الجنائي، ماجستير في القانون، مصر المنصورة، دار الفكر والقانون، 2007م
- د. بارعة القدسي، أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الأول والثاني، منشورات جامعة دمشق، 2012م
- جريدة الأهرام المصرية_13 ديسمبر سنة 1988. مقال مشار إليه في مرجع د. محمود محمد محمود _ الأسس العلمية والتطبيقية للبصمات
- د. حسن السوداني، تكنولوجيا الإعلام الجديد وانتهاك الخصوصية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد الحادي عشر، جامعة ورقلة 2014، ص220
- د. خالد ممدوح إبراهيم، حجية البريد الإلكتروني في الإثبات، مصر: دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2008م
- د. سعد الدين الهلاي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، الكويت: مكتبة الكويت الوطنية، ط: الأولى، 2001م
- د. عيسى المخول، الجريمة الإلكترونية، دمشق 2021م
- د. طارق الخن، الجرائم المعلوماتية، منشورات الجامعة الافتراضية، 2011م
- د. عبود السراج، شرح قانون العقوبات العام، منشورات جامعة دمشق، 2014 م
- د. عبد الفتاح بيومي حجازي، الدليل الجنائي والتزوير في جرائم الكمبيوتر والانترنت، دار الكتب القانونية، مصر المحلة الكبرى، 2005م.
- د. علاء الهمص، وسائل التعرف على الجاني، الرياض مكتبة القانون والاقتصاد 2012م
- د. مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، الجزء الأول والثاني، منشورات الجامعة الليبية، الطبعة الأولى 1971 م

- د. مصطفى العوجي، حقوق الانسان في الدعوى الجزائية، لبنان _ بيروت ط1، مؤسسة نوفل 1989م
- د. معجب بن معدي الحويقل، دور الأثر المادي في الإثبات الجنائي، السعودية الرياض، مركز دراسات وبحوث أكاديمية نايف، 1419 هـ
- د. محمد أحمد غانم، الجوانب القانونية والشرعية للإثبات الجنائي بالشيفرة الوراثية(2008م)
- د. نبيلة هبة هروال، الجوانب الإجرائية لجرائم الإنترنت، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص198
- د. هدى قاشوش، جرائم الحاسب الالكتروني في التشريع المقارن، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الأولى 1962

تطبيقات الأثر المطلق والرجعي للحكم الصادر

بالإلغاء

الباحث: د. وسام عضوم
كلية الحقوق - جامعة حلب

المخلص

إذا كانت الأحكام تخضع بصفة عامة إلى قاعدة النسبية والتي بمقتضاها تكون آثار الحكم مقتصرة على أطرافها فقط، دون أن تمتد للغير، فإن بعض الأحكام الإدارية تخرج عن هذه القاعدة وتسري آثارها على الآخرين ويكون لها حجية مطلقة تجاه كافة، كما تتميز بآثارها الزمنية، فإذا كانت القاعدة هي نفاذ الحكم من تاريخ صدوره، فإن بعض الأحكام الإدارية تسري بآثر رجعي من تاريخ صدور القرار وليس من تاريخ صدور الحكم، هذه الأحكام هي الأحكام الصادرة بإلغاء القرار الإداري. وترجع العلة في تقرير هذا الاستثناء كما نعلم إلى انتماء دعوى الإلغاء إلى القضاء الموضوعي أو العيني، حيث تقوم الدعوى على أساس اختصاص القرار الإداري لإصابته بعيب من عيوب المشروعية، ومن ثم فإن الحكم بالإلغاء يؤدي إلى إعدام القرار وكأنه لم يكن وهو معدوم في مواجهة كافة. ولكن أحكام الإلغاء يجب أن تكون حجة على كافة وللکافة.

الكلمات المفتاحية: الأحكام ، آثار الحكم ، الأحكام الإدارية ، الحجية المطلقة ، الأثر الرجعي، دعوى الإلغاء ، أحكام الإلغاء.

Applications of the absolute and retroactive effect of the cancellation judgement

Abstract

If the rulings are generally subject to the rule of relativity, according to which the effects of the ruling are confined to its parties only, without extending to others, then some administrative rulings deviate from this rule and their effects apply to others and have absolute authority towards all, as they are distinguished by their temporal effect. The rule is that the ruling is enforceable from the date of its issuance. Some administrative rulings apply retroactively from the date of issuance of the decision and not from the date of issuance of the ruling. These provisions are the rulings issued to annul the administrative decision. The reason for determining this exception, as we know, is that the annulment lawsuit belongs to the substantive or in-kind judiciary, where the lawsuit is based on the litigation of the administrative decision because it has a defect of legitimacy, and then the ruling of annulment leads to the execution of the decision as if it was not and it is non-existent in the face of all. But the provisions of cancellation must be an argument for all and for all.

Key words: Rullings , Effects of rulling , Adminstrative rullings
Absolute authority , Retroactive effect , Annulment lawsuit
Cancellation provisions

مقدمة:

تتميز الدعوى الإدارية عن الدعوى المدنية بعدة خصائص، سواء من ناحية الحق (موضوع الدعوى)، فموضوعها من الحقوق الإدارية، أي تلك التي تنشأ بسبب نشاط يقوم به شخص عام بوصفه سلطة عامة مستهدفاً للنفع العام . أو من ناحية الأطراف حيث أن أحد أطراف الدعوى الإدارية على الدوام سواء كان مدعياً أو مدعي عليه هو شخص من أشخاص القانون العام

وتتمتع الدعوى الإدارية بخصوصية تختلف بها عن الدعوى المدنية بدءاً من رفع الدعوى مروراً بتحضيرها من قبل هيئة مفوضي الدولة ودور القاضي في سيرها وتوجيه إجراءاتها وصولاً للأحكام الصادرة فيها.

فإذا كانت الأحكام تخضع بصفة عامة إلى قاعدة النسبية والتي بمقتضاها تكون آثار الحكم مقتصرة على أطرافها فقط، دون أن تمتد للغير، فإن بعض الأحكام الإدارية تخرج عن هذه القاعدة وتسري آثارها على الآخرين ويكون لها حجية مطلقة تجاه الكافة، كما تتميز بآثارها الزمنية، فإذا كانت القاعدة هي نفاذ الحكم من تاريخ صدوره، فإن بعض الأحكام الإدارية تسري بآثر رجعي من تاريخ صدور القرار وليس من تاريخ صدور الحكم، هذه الأحكام هي الأحكام الصادرة بإلغاء القرار الإداري.

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في خصوصية الحكم الصادر بإلغاء وخصوصية آثاره، وتميزه عن غيره من الأحكام الإدارية، وخروجه عن القاعدة العامة للأحكام.

إشكالية البحث:

تتمثل إشكالية البحث في أن الأحكام الإدارية لا تتمتع كلها بذات الحجية وبذات الآثار، لذلك يدور البحث حول حجية الحكم الصادر بإلغاء القرار الإداري، والآثار المترتبة عليه، وهل يتمتع بحجية مطلقة تجاه الكافة، وهل يستفيد الكافة منه، وهل يختلف الأمر إن كنا بصدد قرار تنظيمي أو قرار فردي، وكيف يسري الحكم الصادر بإلغاء، هل بآثر رجعي أم من تاريخ صدور الحكم.

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى الإجابة عن التساؤلات السابقة، حيث سنبين اختلاف حجية الحكم الصادر بالإلغاء عن غيره من الأحكام، وخصوصية آثاره، كما يهدف البحث إلى عرض بعض التطبيقات العملية لآثار حكم الإلغاء في مجال القرارات الإدارية والوظيفة العامة.

خطة البحث:

سنقسم خطة بحثنا إلى:

المطلب الأول: الأثر المطلق لحكم الإلغاء

المطلب الثاني: الأثر الرجعي لحكم الإلغاء

المطلب الأول

الأثر المطلق لحكم الإلغاء

سنبين الأثر المطلق من خلال مفهوم الأثر المطلق للحكم الصادر بالإلغاء، ثم نعرض لتطبيقات هذا الأثر وفق الآتي:

الفرع الأول

مفهوم الأثر المطلق للحكم الصادر بالإلغاء

إن القاعدة العامة في التشريع المقارن تقضي بأن حجية الأمر المقضي ذات أثر نسبي، ولكن ثمة استثناءات ترد على هذه القاعدة تقضي بإقرار الحجية المطلقة لأنواع خاصة من الأحكام القضائية، وقد وردت بعض هذه الاستثناءات في نصوص تشريعية صريحة، أو قررتها أحكام القضاء رغم عدم وجود نص.

ويعنيها من هذه الاستثناءات ما نصت عليه المادة /37/ من قانون مجلس الدولة السوري رقم "32" لعام 2019، ونص المادة /52/ المقابلة لها في التشريع المصري، حيث جاء في المادتين المذكورتين أنه: "تسري في شأن الأحكام جميعها القواعد الخاصة بقوة الشيء المقضي به، على أن الاحكام الصادرة بالإلغاء تكون حجة على الكافة".

وواضح في هذه المادة أنها تخضع الأحكام الصادرة في المنازعات التي تدخل في اختصاص مجلس الدولة للقواعد العامة في حجية الأحكام، ومقتضى ذلك أن حجية هذه

الأحكام تخضع لقاعدة النسبية المنصوص عليها في القانون العام، ولكن استثناءً من هذا الأصل العام قضى المشرع بأن حجبة أحكام الإلغاء تسري في مواجهة الكافة. وخلافاً للمبادئ العامة المتمثلة بالأثر النسبي للأحكام، إن أحكام الإلغاء حجة على الكافة، فما هو المقصود بذلك؟

يرى الفقه أن المقصود بعبارة "حجة على الكافة"، هو حق كل شخص سواء كان طرفاً في الدعوى، أم لم يكن أن يتمسك بقرار الإلغاء استناداً إلى أن حكم الإلغاء هو إعدام للقرار المطعون فيه، وكأنه لم يكن¹.

إلا أنه لا يجب أن يفهم من ذلك أن حكم الإلغاء حجة للكافة، بل هو حجة على الكافة، أي في مواجهتهم، ومن آثار اعتبار حكم الإلغاء حجة على الكافة، أنه لا يجوز رفع دعوى جديدة بذات الموضوع، حيث قررت محكمة القضاء الإداري في مصر أنه: "لا نزاع قانوناً على أن الأحكام الصادرة بالإلغاء من هذه الحكمة تكون حجة على الكافة مانعة من نظر أية دعوى ترفع بصدد القرار المحكوم بإلغائه، إلا أن مناط هذه الحجبة المانعة، قيام الحكم على عيب قانوني يشوب القرار المطعون فيه ويبطله..."².

يتبين من القرار السابق أن الحجبة المطلقة المقررة للحكم الصادر بالإلغاء هي استثناء من القاعدة العامة المقررة لجميع الأحكام القضائية، والمتمثلة في الحجبة النسبية، وتستند هذه الحجبة إلى أسباب حكم الإلغاء المتعلقة بعيب قانوني.

وترجع العلة في تقرير هذا الاستثناء كما نعلم إلى انتماء دعوى الإلغاء إلى القضاء الموضوعي أو العيني، حيث تقوم الدعوى على أساس اختصاص القرار الإداري لإصابته بعيب من عيوب المشروعية، ومن ثم فإن الحكم بالإلغاء يؤدي إلى إعدام القرار وكأنه لم يكن وهو معدوم في مواجهة الكافة، لذلك إن إلغاء هذا العيب هو حكم عيني لا شخصي

¹ د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري "قضاء الإلغاء" ط7، دار الفكر العربي، القاهرة، 1998، ص889.

² حكم محكمة القضاء الإداري المصرية رقم 6/170 تاريخ 16/3/1955. مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري في أربعة عشر عاماً. ص 53.

ما يعطي حكم الإلغاء معنى مغايراً للأحكام الأخرى، ففي حكم الإلغاء يكون هذا الحكم مانعاً من النظر حتى لو اختلف الخصوم، ويكفي اتحاد السبب والموضوع. وبمعنى آخر إن الأحكام الصادرة في غير دعاوى الإلغاء تحوز الحجية النسبية أي بين الخصوم فقط، فإن رفعت دعوى جديدة بذات السبب، والموضوع لكن من طرف لم يكن خصماً، فينظر فيها، أما في أحكام الإلغاء ترفض الدعوى حتى لو كانت مرفوعة من شخص لم يكن خصماً في حكم الإلغاء وهذا هو المعنى الواجب التعميل عليه لعبارة "حجة على الكافة"، وبالتالي لا تعتبر الإدارة ممتنعة عن تنفيذ الحكم بناء على طلب طرف لم يكن خصماً في الدعوى، وهذا الأمر ينسجم مع ما ورد في نص المادة/37/ و /52/ من قانون مجلس الدولة المصري¹.

أما المحكمة الإدارية العليا في سورية فقد ذهبت إلى التمييز بين عبارتي "حجة على الكافة" و"حجة للكافة"، على النحو التالي: "... ومن حيث إن ما نصت عليه المادة /20/ من قانون مجلس الدولة من أن حكم الإلغاء يكون حجة على الكافة والفرق بعيد بين العبارتين (حجة على الكافة، وحجة للكافة)، فعبارة حجة على الكافة تفيد أن من صدر الحكم بالإلغاء لصالحه تجاه إدارة من الإدارات يستطيع أن يحتج به تجاه جميع الأشخاص، أما عبارة حجة للكافة، فمؤداها إفادة من لم ينصب نفسه مدعياً في دعوى الإلغاء لقرار تسريح جماعي.... مما تقدم فإن حكم الإلغاء في الحالة المعروضة تقتصر حجيته على من كان خصماً في تلك الدعوى... ومن ثم إن امتناع الإدارة عن تنفيذ الحكم بالنسبة للمطعون ضده لا يشكل خرقاً للأمر المقضي به..."².

بالنتيجة نخلص إلى القول بأن انتماء دعوى الإلغاء إلى القضاء الموضوعي يبرر ما قرره أحكام القضاء وآراء الفقهاء في هذا المجال، حيث تقوم دعوى الإلغاء على أساس اختصاص القرار الإداري لإصابته بعيوب عدم المشروعية، كما أن الحكم بالإلغاء يؤدي إلى إعدام القرار الإداري سواء كان هذا القرار تنظيمياً أم فردياً بأثر رجعي واعتباره

¹ نص المادة /52/ ((تسري في شأنه جميع الأحكام والقواعد الخاصة بقوة الشيء المحكوم فيه على إن الأحكام الصادرة بالإلغاء تكون حجة على الكافة)).

² القرار رقم /81/ لعام 1970 أساس 45 غير منشور.

كأن لم يكن، مثله في ذلك مثل سحب القرار الإداري من جهة الإدارة، فليس من المنطقي إذاً أن يصدر حكم الإلغاء حائزاً لحجية نسبية لأن معنى ذلك أن القرار يعتبر باطلاً في مواجهة البعض وقائماً في مواجهة الآخرين.

إضافة إلى ذلك لا بد من الإشارة إلى تعلق حجية الحكم الصادر بالإلغاء بالنظام العام، وذلك لاتصال هذا الحكم باستقرار الأوضاع والمراكز القانونية التي حسمها في منطوقه، فلا تجوز العودة إلى إثارة النزاع مرة أخرى حتى لا تتزعزع الأوضاع التي استقرت بصور الحكم.

وبدورنا نرى أنه: بالنسبة لإلغاء اللوائح يجب أن يكون حكم الإلغاء حجة على الكافة وللکافة، إذ لا يعقل أن تكون اللائحة ملغاة في مواجهة خصوم الدعوى فقط وتبقى سارية في مواجهة الآخرين، فكل فرد له الحق بالتمسك بحكم الإلغاء حتى لو لم يكن ممثلاً بالدعوى، أما بالنسبة لإلغاء القرارات الفردية، فيجب أيضاً أن تكون القاعدة العامة أن حكم الإلغاء حجة على الكافة وللکافة، ولكن يجب دراسة كل حالة على حدة، فهناك حالات لا يكون فيها الحكم حجة للكافة وحالات أخرى يكون حجة للكافة ونطرح المثال الآتي: إذا أُلغى القضاء قرار الإدارة بمنح ترخيص مصنع بسبب الأضرار التي تحدث للجوار، كل شخص يستطيع التمسك بهذا القرار إذا كان له مصلحة حتى لو لم يكن ممثلاً بدعوى الإلغاء، فإذا حصل المصنع على حق ارتفاق قانوني على أحد العقارات فلصاحب العقار المرتفق به حتى لو لم يكن ممثلاً بدعوى الإلغاء أن يطلب إلغاء الارتفاق، كون المصنع فقد وجوده القانوني بموجب حكم الإلغاء وبهذا يكون الحكم حجة للكافة إذا توفر شرط المصلحة.

أضف إلى ذلك إن تطبيق قاعدة "حجة على الكافة" سيؤدي إلى نتائج غير عادلة خاصة لمن هم في مركز مماثل للمحكوم له، فلن يكن بوسعهم الاستفادة من حكم الإلغاء لأن الحكم الصادر بالإلغاء "حجة على الكافة" وليس "للکافة"، وتطبيقاً لذلك سنورد مثلاً نوضح فيه هذه الحالة الأخيرة:

لقد ذهبت اللجنة المختصة للقسم الاستشاري في مجلس الدولة السوري في رأيها رقم 218/ لعام 2003 خلافاً لما يسير عليه القسم القضائي في مجلس الدولة من أن أحكام الإلغاء "حجة على الكافة" تتلخص القضية فيه أن إحدى الشركات الوطنية أقامت دعوى

بالإلغاء قرار إداري يمنع استيراد المكثفات الغذائية من إحدى الشركات الأجنبية، وحصلت على حكم بذلك وصدق من المحكمة الإدارية العليا، فتقدمت شركة وطنية أخرى من (الغير)، للإدارة لتطبيق حكم الإلغاء عليها وعدم تطبيق قرار الإدارة الملغي بحقها... فصدر رأي اللجنة والذي جاء فيه أن الأحكام القضائية إنما تنطبق على الوقائع التي تماثلها، فالمبادئ القانونية التي تقررها الأحكام الصادرة بالإلغاء يمكن تطبيقها على الوقائع والحالات المماثلة، وانتهت اللجنة إلى أن أثر الإلغاء لا يقتصر على شركة من دون أخرى وإنما يكون في متناول الجميع.

هنا نجد ومن خلال هذا الرأي المهم أن الشركة الوطنية الأخرى لم تكن طرفاً في دعوى الإلغاء، وطالبت بتنفيذ حكم الإلغاء لأنها في مركز مماثل للشركة الأولى (الطرف في الدعوى)، فإذا طبقنا عبارة "حجة على الكافة" فإنها ستمنع من الإفادة من حكم الإلغاء، أما لو طبقنا عبارة "حجة للكافة" والتي تعني إفادة الغير فسوف تستفيد من حكم الإلغاء.

لذلك فلكل فرد كان في مركز مماثل للمدعي أو أضرار من الحكم، الحق بإلغاء الحكم حتى لو لم يكن ممثلاً بالدعوى أو أن يتمسك بالحكم إذا كان في مركز مماثل للمحكوم له. وهذا هو المقصود بعبارة "حجة للكافة".

ومن جهة أخرى وبرغم خلو التشريع الفرنسي من نص مقابل للنص الموجود في التشريعين المصري والسوري، فقد استقرت أحكام القضاء على أن الحكم الصادر بإلغاء القرار الإداري يحوز الحجية المطلقة، ومن أشهر الأحكام التي قررت ذلك المبدأ الحكم الصادر من مجلس الدولة الفرنسي في 1889/12/8 في قضية " ville d' Avignon"¹، وقد استند هذا الحكم إلى الحجية المطلقة لحكم الإلغاء كأساس لعدم قبول الطعن على الحكم بطريق اعتراض الغير، وإذا كان لمجلس الدولة الفرنسي قد قبل فيما بعد اعتراض الغير فإن ذلك ليس معناه عدوله عن إقرار الحجية المطلقة لأحكام الإلغاء، بل إنه يؤكد بها باستمرار في الكثير من أحكامه².

¹ Recueil sirey p719.

² C.E 26, December societete des automobilis berfet R.p580.

ولعل الملفت للنظر أن إقرار الحجية المطلقة لأحكام الإلغاء قد ورد في قضاء محكمة النقض الفرنسية بصورة أكثر وضوحاً وتأكيداً منها في أحكام مجلس الدولة، ففي حكمها الصادر في 1946/1/4، استبعدت المحكمة تطبيق المادة /1351/ من القانون المدني على الأحكام الصادرة بالإلغاء، وقضت بأن تلك الأحكام تحوز حجيتها في مواجهة كافة¹، ثم عادت المحكمة وأكدت هذه القاعدة في حكمها الصادر في 1953/5/19، في نزاع مدني الذي قررت فيه أن حكم الإلغاء بما له من حجية مطلقة يلزم المحاكم العادية وذلك عندما يعرض أمامها نزاع يستهدف إثارة ما سبق فصل فيه القضاء الإداري².

ويجمع الفقه الفرنسي على إقرار الحجية المطلقة لأحكام الإلغاء كاستثناء من حكم المادة /1351/ من القانون المدني، ولم يشذ عن ذلك سوى المستشار "بوسيرير"، فهو وإن أقر مبدأ الحجية المطلقة لأحكام الإلغاء إلا أنه حاول تفسيرها في نطاق المادة /1351/ من القانون المدني، ففي رأيه أنه لا محل لما يذهب إليه الفقه التقليدي من أن حجية أحكام الإلغاء تمثل استثناء من حكم المادة /1351/ فشرط تطبيق هذه المادة متوافرة بشأن

¹ تتلخص وقائع هذه الدعوى في أن أحد العمد أصدر قراراً بتنظيم "بلاج" من "البلاجات" وألغى مجلس الدولة هذا القرار لعيب الانحراف بالسلطة استناداً إلى أنه قد صدر بدافع سياسي، وبغرض الانتقام الشخصي من إحدى الشركات، وقد استندت محكمة استئناف بورديو إلى هذا الحكم في دعوى التعويض المقامة على العمدة واعتبرت أن مقام به يكون خطأ شخصياً وعندما طعن على الحكم أمام محكمة النقض استناداً إلى أن المادة /1351/ مدني لا تجعل لحكم الإلغاء أي حجية إلا فيما يتعلق بشرعية لائحة قضت محكمة النقض برفض الطعن انظر

:LAFFERIERE E, Traile de la jurisdiction administrative et des recours contentieux 2ed 1940 p 233.

² GILLF j-pla cause juridique de la demaned en justice R.D.P 1962, p266.

أحكام الإلغاء، وذلك مع تعديل وتحوير في مفهومها تفرضه الطبيعة الخاصة لدعوى الإلغاء¹.

وبالنتيجة نخلص إلى القول بأن الحجية المطلقة لحكم الإلغاء هي استثناء مقرر بنص صريح في التشريع السوري والمصري، وبإجماع الفقه والقضاء الفرنسي، وهذا الأمر يدعونا إلى البحث في الأسباب والمبررات التي يقوم عليها هذا الاستثناء، فكما نعلم إن أهم ما يستند إليه الفقهاء وأحكام القضاء لتبرير هذه الحجية المطلقة لأحكام الإلغاء هو أن دعوى الإلغاء تنتمي إلى القضاء العيني، فما هو مضمون هذا التقسيم وما هي أبعاده في نطاق أحكام القضاء الكامل؟ هذا ما سنبحث في الإجابة عليه فيما يلي:

يعتبر السيد "ديجي" أول من قال بالترقية بين القضاء العيني والقضاء الشخصي، ومن ثم تبعه في ذلك كثيرون²، ووفقاً لهذه النظرية تنقسم المراكز القانونية إلى مراكز قانونية عامة وموضوعية، ومراكز قانونية شخصية، وعلى أساس هذا التقسيم للمراكز القانونية فإن المنازعات تنقسم تبعاً لذلك إلى منازعات عينية وأخرى شخصية³.

بالنسبة للمنازعات العينية فهي تلك المتعلقة بالمراكز القانونية العامة، أو الموضوعية والتي ينحصر ادعاء المدعي فيها في وقوع مخالفة لأحكام القانون، أو المساس بميزة يخولها مركز قانوني عام، أما المنازعات الشخصية فهي تلك المتعلقة بالمراكز القانونية الشخصية، والتي يتمسك فيها المدعي بحقوق شخصية تكون عناصر مركز قانوني شخصي يكون عليه المدعي⁴.

وتتدرج تحت القضاء العيني: "طعون الإلغاء ودعاوى فحص المشروعية وقضاء الزجر والعقاب ومعظم طعون النقض والطعون الانتخابية والطعون الضريبية والمنازعات

¹ د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري "قضاء الإلغاء"، مرجع سابق، ص 655.

² DUGUTIL , tralte de droit constulutionnel ed 1929 , p458.

³ Weil P, Les conséquences de l'annulation d'un acte, administratif pour excès de pouvoir, Paris, 1952, p288.

⁴ د. عبد المنعم عبد العظيم جيرة، آثار حكم الإلغاء، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، القاهرة،

1971، ص 61.

الجنسية"، أما القضاء الشخصي فيشمل: "المنازعات المتعلقة بالعقود وأشباه العقود وقضاء التعويض عن الفعل الضار"، ويرتب الفقهاء على ذلك التقسيم عدة نتائج أهمها ما يتعلق بقبول الدعوى، وبحجية الامر المقضي به¹.

وفيما يتعلق بحجية الأمر المقضي يرى أنصار هذا التقسيم أن الأحكام الصادرة في منازعات القضاء العيني تحوز حجية مطلقة، وذلك تأسيساً على أن النزاع بشأنها ينحصر حول معرفة ما إذا كان تصرف، أو عمل معين مطابقاً لأحكام القانون، أو غير مطابق لها، ونظراً لأن قواعد القانون تتصف بالعمومية، والتجريد، فهي لا تختلف من حالة لأخرى أو من فرد لآخر وإنما تطبق بالنسبة للجميع على السواء، لذلك يتعين أن تكون كلمة القضاء بالنسبة لتلك المنازعات نافذة في حق الجميع².

بالطبع هكذا تقسيم لم يمر مرور الكرام من أمام الفقه الفرنسي، حيث كان للتقسيم السالف الذكر كبير الأثر لدى الفقه الفرنسي، إلا أن القضاء وخاصة مجلس الدولة الفرنسي يتحاشى الإشارة إليه حيث لا تزال أحكامه تعتنق التقسيم الأصلي للمنازعات الإدارية والذي قال به الفقيه "لافريير" حيث فرق هذا الأخير بين دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل³.

وفي هذا السياق تجدر الإشارة إلى أن أحكام مجلس الدولة المصري لا تكتفي بالإشارة إلى القاعدة التشريعية التي قررت حجية حكم الإلغاء في مواجهة الكافة، وإنما تحاول تأصيل هذه القاعدة، وإبراز الأسس التي تقوم عليها، من أمثلة ذلك ما ورد في حكم الدوائر المجتمعة لمحكمة القضاء الإداري في 1950/12/25، بأن الخصومة في قضايا الإلغاء خصومة عينية تقوم على اختصاص القرار الإداري، ويكون للحكم الصادر فيها

¹ Ch Debbasch et J.C. Recci contentieux admiministatif ,Paris,1999 p 746.

² ابراهيم أو فائدة، تنفيذ الحكم الإداري الصادر ضد الإدارة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، الجزائر، 1986، ص222.

³ د. محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، ط بلا، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005 ص298.

حجية على الكافة، وكذلك ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في 1956/11/24، من أن دعوى الإلغاء تتميز عن الدعاوى الأخرى بأنها دعوى عينية تقوم على اختصاص القرار الإداري، وأن الحكم الصادر بإلغائه بهذه المثابة يكون حجة على الكافة¹. لكن بالمقابل تلك التفرقة بين القضاء العيني والقضاء الشخصي وما ترتبه من آثار، قد تعرض لكثير من النقد من أعلام القانون العام، وخاصة جورج سل، وجيليان، وفالتيكوس، وجان فوبيه، وبالنتيجة ظهر رأي في الفقه يرى بأن دعوى الإلغاء ذات طابع مختلط، أو مركب، فهي عينية أو موضوعية في بعض جوانبها، وشخصية في البعض الآخر². بالنتيجة نخلص إلى القول بأن تقسيم المنازعات إلى عينية وشخصية لا يصلح كمعيار منضبط لبيان حالات الحجية النسبية، وحالات الحجية المطلقة، ولعل الدليل الواضح على ذلك يكمن في أن الأحكام الصادرة في الدعوى العينية بالرفض كما هو الحال بالنسبة لدعوى الإلغاء، إنما تحوز الحجية النسبية بإجماع الفقه والقضاء، وهذا يقودنا إلى القول بأن الصفة العينية لدعوى الإلغاء غير ثابتة وغير مؤكدة في ظل صراع الرأي الفقهي الحاصل في هذا الشأن، وبالتالي لا يجوز لنا الاستناد إلى هذه الصفة لتبرير أثر ثابت أو مؤكد لحكم الإلغاء.

ومن جهة أخرى نجد بأن تحليل العمل القضائي لقاضي الإلغاء من شأنه أن يقدم لنا التبرير البسيط والقاطع للحجية المطلقة لأحكام الإلغاء، فهذا الأخير يقوم بداية بالبحث في

¹ انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في دعوى رقم /1440/ جلسة 1957/3/9، وانظر أيضاً: د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري "قضاء الإلغاء" مرجع سابق، ص336. د. محمود حافظ، قضاء الإداري في القانون المصري والمقارن، ط، بلا، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص472.

² د. أحمد كمال أبو المجد، رقابة القضاء لأعمال الإدارة، ط، بلا، دار الأهرام للنشر والتوزيع، القاهرة، 1963، ص312 وانظر أيضاً: د. طعيمة الجرف، شروط قبول دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري، ط، بلا، منشورات مصر، الاسكندرية، 1966، ص210. وكذلك د. إيهاب عليا، طرائق الطعن في الأحكام القضائية الإدارية، رسالة دكتوراه، جامعة دمشق، 2020، ص600 وما بعدها.

مشروعية القرار المطعون فيه، وفي حال خالص إلى أن القرار غير مشروع فإنه يتبع ذلك بعمل إرادي يتضمن إزالة القرار الإداري وما ترتب عليه من آثار، وبالتالي فهو عندما يقرر إلغاء القرار الإداري، إنما يقوم بعمل يشبه إلى حد كبير أعمال السلطة، ولعل الشبه الكبير يكون مع عمليات سحب القرار الإداري التي تقوم بها الإدارة، فالآثار القانونية المترتبة على الإلغاء القضائي، والسحب الإداري، تكاد تكون واحدة وهي تتمثل في إعدام القرار منذ صدوره، واعتباره كأن لم يكن.

ما نود أن نوضحه هنا أن عملية سحب القرار الإداري من قبل الإدارة ترتب ذات الأثر الذي يترتب عليه الإلغاء القضائي، فكما نعلم إن عملية سحب القرار الإداري تسري بطبيعتها في مواجهة الكافة، وبالتالي فإذا ما تمت هذه العملية وتحققت آثارها بمقتضى عمل قضائي يحوز حجية الأمر المقضي، فإن الحجية المقررة لهذا العمل القضائي ينبغي أن تسري بدورها في مواجهة الكافة، وتعمل أثرها بالنسبة لكافة جهات القضاء والإدارة والأفراد.

ولعل ما يؤكد هذه النتيجة هو السند الموجود في حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في 1958/1/18، بأن الأحكام الصادرة بالإلغاء ذات حجية عينية تسري في مواجهة الكافة والمرد في ذلك أن مقتضى إلغاء القرار الإداري هو اعتباره معدوماً وكأن لم يكن، ويسري هذا الأثر بحكم اللزوم وطبائع الأشياء على الكافة، ولكل ذي مصلحة، ولو لم يكن من أطراف المنازعة أن يتمسك به¹.

وفي حكم آخر على ما هو واضح من عباراته قد استبعد الاستناد إلى الطبيعة الخاصة لدعوى الإلغاء كمبرر للحجية المطلقة للحكم الصادر فيها واستند إلى فكرة انعدام القرار كأثر لإلغائه، لا بل حاول التدليل على عدم صلاحية فكرة الطبيعة الخاصة لدعوى الإلغاء لتبرير الحجية المطلقة².

¹ حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر الدعوى رقم /1496/ لسنة 2 تاريخ 1958/1/18.

² حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر الدعوى رقم /214/ لسنة 3 تاريخ 1961/6/22.

نحن بدورنا نرى -توضيحاً لهذه الأحكام- أن الحكم القضائي في دعوى الإلغاء يكون حجة للكافة في إلغاء القرارات التنظيمية، أما إلغاء القرارات الفردية يجب دراسة كل حالة على حدة لتحديد فيما إذا كان حكم الإلغاء حجة على الكافة أم حجة للكافة. بالنتيجة نستطيع القول بأن القاعدة الأثر المطلق للقرار القضائي الإداري القاضي بالإلغاء له امتداد في مواجهة القرارات الإدارية وفي مواجهة الإدارة. وفق الفرع الآتي

الفرع الثاني

تطبيقات الأثر المطلق للحكم الصادر بالإلغاء

سنوضح تطبيقات الأثر المطلق في مواجهة القرار الإداري وفي مواجهة الإدارة وفق ما يلي:

أولاً: تطبيقات الأثر المطلق في مواجهة القرارات الإدارية:

تطبيقاً لقاعدة الأثر المطلق فإن القرارات الإدارية التي تم إلغاؤها تعد كأن لم تكن، وبالتالي فإن القرارات الإدارية التي اتخذت على أساس القرار الإداري الملغى، أو نتيجة له يجب أن تختفي إذ تعتبر غير مشروعة، وكان اجتهاد المحكمة الإدارية العليا السورية واضحاً في هذا المجال لجهة إلغاء القرارات التي صدرت بسبب القرار الذي حكم بإلغائه واعتبرتها باطلة عملاً بالأثر المطلق لحكم الإلغاء إذ حكمت "...ذلك أن مقتضى اعتبار قرار التسريح كأنه لم يكن هو وجوب اعتبار الوظيفة وكأنها لم تشغر قانوناً من الموظف المسرح، ما يستتبع وجوب إعادته إليها، وتبعاً لذلك تحية من شغلها بعد قرار التسريح بقرار ما كان من المقذور قانوناً إصداره لولا أنه بني على خلو، تم بقرار التسريح الباطل قانوناً، وما بني على باطل فهو باطل، هذا وغني عن البيان إن إعادة الموظف إلى وظيفته كما كان بمرتبتها ودرجتها هي من مقتضى حكم الإلغاء"¹.

من ذلك نجد أن المحكمة أكدت صراحة على إلغاء قرار تعيين الموظف الذي عين بدلاً من الموظف المسرح استناداً لحكم الإلغاء الذي يستوجب إلغاء كل قرار صدر بسببه،

¹قرارها في الطعن رقم 5 س ق 1 1960/4/26 مجموعة المبادئ لعام 1959-1961

وحتى يترتب على إبطال قرار إداري إلغاء قرارات أخرى فإنه يجب توافر شرطين اثنين هما¹:

- وجود ترابط قانوني واضح وضيق ما بين القرار الإداري الملغى والقرارات الناتجة عنه، ونجد في هذه الحالة كثيراً في الوظيفة العامة، فإبطال جدول الترقية، يجعل الترقيات في المؤسسة على هذا الجدول باطلة.

- يجب ان ترفع دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية في الميعاد القانوني، أو في الوقت نفسه الذي يهاجم فيه القرار الأول، وإلا أصبحت تلك القرارات نهائية. وبالتالي كقاعدة عامة يجب توافر الشرطين المذكورين أعلاه ليقوم القاضي الإداري بالحكم بالإلغاء دون البحث عما إذا كان القرار الثانوي مشوباً ببطلان خاص به، ومثال على ذلك:

إلغاء مخطط مفصل للعمران يترتب إلغاء التصريح بالمنفعة العامة، وكذلك إلغاء تفويض خاص يؤدي إلى إبطال انتخابات المجلس البلدي².

ثانياً: الأثر المطلق في مواجهة الإدارة:

عند صدور الحكم بالإلغاء عن القاضي الإداري فإنه يقع على عاتق الإدارة الالتزام بتنفيذ الحكم، وفي حال مخالفتها تفرض عليها عقوبات معينة، مع الأخذ بعين الاعتبار أن تنفيذ حكم الإلغاء لا يكون سهلاً وميسوراً في جميع الأحوال، فهو كثيراً ما يقابل صعوبات ومشاكل من الناحية العملية³.

¹ د. محمود حافظ، القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن، مرجع سابق، ص 479.

² د. مصطفى كمال وصفي الرفاعي، القضاء الإداري ومجلس الدولة قضاء الإلغاء، ط بلا، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص 291.

³ د. محمود حافظ، مرجع سابق، ص 488.

المطلب الثاني

الأثر الرجعي للحكم الصادر بالإلغاء

سنعرض في هذا المطلب لمفهوم الأثر الرجعي للحكم الصادر بالإلغاء، ثم لتطبيقاته وفق ما يلي:

الفرع الأول

مفهوم الأثر الرجعي للحكم الصادر بالإلغاء

يقول الاستاذ "دي لوبادير" عندما يحكم القاضي الإداري بإلغاء القرار المنتقد الصادر عن الإدارة، فإن هذا الإلغاء يكون بطبيعته رجعياً، ويعتبر القرار في هذه الحال، وكأنه لم يوجد أبداً، ويجب أن يقضي الحكم على كل أثر قانوني تولد عن القرار الملغى، فتلك هي النتائج البديهية لنظرية الإلغاء¹.

وقد أكد القضاء الإداري السوري هذا المبدأ في أكثر من مناسبة حيث قررت دائرة فحص الطعون لدى المحكمة الإدارية العليا في سورية أن مفهوم عبارة وما ترتب على الإلغاء من آثار غداً واضحاً كل الوضوح في الفقه والقضاء الإداريين بحيث ينصرف إلى إعدام القرار الملغى من تاريخ صدوره، واعتباره كأنه لم يكن أصلاً، فتعود الحال إلى ما كانت عليه، وكأن شيئاً لم يحدث...².

وعليه إن المبدأ العام يقضي بأن للإبطال أثراً رجعياً، أي أن القرار محل الإلغاء يعتبر كأنه لم يوجد، ويجب أن تختفي هذه النتائج المنبثقة عنه، وعلى الخصوص القرارات الإدارية الثانوية، وهذا الرأي اتضح للعلن في قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بخصوص قضية السيد "روديار" حيث جاء فيه:

"إذا كان المبدأ يقضي بأن تنظيمات وقرارات السلطة الإدارية، باستثناء تلك المتخذة تنفيذاً لقانون له أثر رجعي، لا يمكن أن تفصل إلا بالنسبة للحاضر، فإن هذه القاعدة يرد عليها استثناء عندما تتخذ تلك القرارات تنفيذاً لقرار صادر عن مجلس الدولة، والذي بواسطة

¹ د. محمد صغير بعلي، مرجع سابق، ص 388.

² القرار /355/ الطعن /453/ سنة 1976 مجموعة المبادئ العامة لعام 1976. ص 287.

الإبطالات التي يصرح بها تنتج بالضرورة بعض الآثار في الماضي، باعتبار أن القرارات محل الإلغاء لتجاوز السلطة تعد كأنها لم تصدر أبداً¹.

الفرع الثاني

تطبيقات الأثر الرجعي للحكم الصادر بالإلغاء

أولاً: تطبيقات الأثر الرجعي لحكم الإلغاء في إطار الوظيفة العامة:

تعتبر قرارات إنهاء الخدمة أخطر القرارات التي تصدر في شأن الموظفين العموميين وأقصاها أثراً على حياتهم، وتزداد قسوة هذه القرارات نتيجة الانتقاص التدريجي من مجالات النشاط الخاص، وقد رأى أحد الشراح أن المعنى الحقيقي لهذه القرارات هو الإعدام، أو بالأقل الحرمان من حق الحياة².

لكل ذلك كان من الضروري أن يحاط استعمال الإدارة لسلطتها في إصدار هذه القرارات بضمانات تكفل عدم إساءة استخدامها، وأن يتوافر للموظفين من الوسائل والضمانات ما يحقق لهم إمكانية إهدار هذه القرارات، وشل آثارها إذا ما صدرت على خلاف القانون، ورقابة الإلغاء التي يمارسها القضاء الإداري، تكفل تحقيق هذه الغاية على وجه أكمل، بشرط أن تتم ممارستها دون حدود أو قيود على جميع القرارات الصادرة بإنهاء خدمة الموظفين العموميين، أي ما كانت سلطة إصدارها، أو السبب الذي قامت عليه، أو الطريقة التي تمت بها³.

وبغير ذلك تظل هذه السلطة كخنجر مسموم مسلط على قلوب الموظفين العموميين، يصيبهم بحق أو بغير حق، ولا يملكون له رداً ولا دعواً، مما تتلاشى معه أي ضمانات أخرى تنقرر للموظف في ظل سيادة القانون⁴.

¹ رمضان فريد، تنفيذ القرارات الإدارية القضائية الإدارية وإشكالاته في مواجهة الإدارة، ص 208.

² د. محمد عصفور، نحو نظرية عامة في التأديب، ط، بلا، دار النشر، بلا، الاسكندرية، 1976، ص 236.

³ د. عبد المنعم عبد العظيم جيرة، مرجع سابق، ص 491.

⁴ رمضان فريد، مرجع سابق، ص 123.

وتتركز فعالية قضاء الإلغاء بالنسبة لهذه القرارات في ذلك الأثر الجوهرى لحكم الإلغاء، والذي يتمثل بضرورة إعادة الموظف الذي يلغى قرار إنهاء خدمته إلى ذات الوظيفة التي كان يشغلها قبل صدور القرار، فبهذا الأثر وحده يرد للموظف اعتباره، ويرد على الإدارة قصدها الذي سعت إليه بقرارها غير المشروع، وتظهر النتيجة الإيجابية لإلغاء قرار إنهاء الخدمة.

وقضى مجلس الدولة الفرنسي بأنه لا يجوز لإدارة أن تمتنع عن إعادة الموظف الذي ألغى قرار إنهاء خدمته استناداً إلى تعارض هذا الأمر مع ما تقتضيه مصلحة المرفق بالنظر إلى سوء سلوك المحكوم له، أو حالته الصحية¹، وأنه يتعين على الإدارة أن تعيد الموظف إلى خدمته أولاً ثم تتخذ بعد ذلك ما تخوله لها القواعد المقررة من إجراءات قانونية تتفق، وما تتطلبه مصلحة المرفق، وأكثر من ذلك قضى المجلس بأنه ليس للإدارة أن تستند في الامتناع عن تنفيذ هذا الالتزام إلى أسباب متعلقة بسير المرفق العام، أو مقتضيات الدفاع والأمن القومي².

وتلتزم الإدارة بإجراء هذه الإعادة من تلقاء نفسها ودون أن يتوقف ذلك على طلب صاحب الشأن، أو على وجود وظائف خالية³، كما وتلتزم أيضاً بإعادة الموظف حتى لو كان قد قام خلال فترة فصله بممارسة نشاط يتعارض وفقاً للنصوص المقررة مع الوظيفة العامة، أو كان قد عين خلال هذه الفترة في وظيفة أخرى⁴، بعبارة أخرى لا يجوز للإدارة أن تمتنع عن الإعادة للعمل ورفض تنفيذ الحكم بحجة أن المحكوم له مارس عملاً آخر دون الحصول على موافقات تتطلبها الوظيفة، بل يجب تنفيذ الحكم القضائي، إذ ليس من المعقول أن تقوم الإدارة بفصل العامل ثم تطالبه أثناء الفصل أن يلتزم بقواعد الوظيفة وهو خارج العمل بقرار فصل صادر عنها.

¹ C.E 23 dec , 1960 delle , le beboulm rec p 1563.

² E.C 12 dec , 1950 russet rec , p 146.

³ C.E 20 nov 1944 commune de joinville Rec . p1420.

– C.E 23 dec 1955 commune de monte, dore , rec p 446.

⁴ C.E 23 nov 1955 vve parsonneau Rec. p1120.

ثانياً: تنفيذ الحكم لجهة العلاوات والترقية:

إن القضاء الإداري لم يكتف بالنسبة لإلغاء القرارات الصادرة في شأن الموظفين العموميين بمجرد إزالة الآثار التي رتبها القرار الملغى في الماضي مما اصطلح على تسميته بالرجعية الهادمة، وإنما قرر بالإضافة إلى ذلك ضرورة القيام بإجراء آخر يتحصل في إعادة بناء المركز الوظيفي لمن مسه القرار، ومحاولة الوصول به إلى ما كان سيؤول إليه لو لم يصدر هذا القرار، وقد اصطلح على تسمية هذا الأثر بالرجعية البناءة لحكم الإلغاء.

وفكرة الرجعية البناءة تضيف مزيداً من الفاعلية على أحكام الإلغاء الصادرة في شأن الموظفين العموميين، وتكفل حماية حقوقهم على أكمل وجه، كما أنها تستجيب لمقتضيات العدالة والمساواة، فليس من العدل أن يحرم الموظف الذي تعرض لقرار إداري غير مشروع عاق السير الطبيعي لحياته الوظيفية من المزايا والحقوق التي كان لا بد وأن ينالها لولا صدور هذا القرار، وأن يجمد وضعه بغير سند قانوني طوال الفترة من تاريخ صدور القرار حتى الحكم بإلغائه، وأن يقتصر حقه على مجرد العودة إلى وضعه السابق على صدور القرار، الأمر الذي يترتب عليه في كثير من الأحيان تخلفه دون وجه حق عن زملائه ممن هم أحدث منه خدمة، وأقل كفاية، وحرمانه من حقوقه المشروعة التي قررها له القانون¹.

ومن أهم مظاهر تطبيق فكرة الرجعية البناءة ما قرره القضاء الإداري من حق الموظف الذي يلغى قرار إنهاء خدمته في الترقيات التي تمت خلال فترة إبعاده عن الوظيفة²، وقد

¹ د. سامي جمال الدين، الدعاوى الإدارية والإجراءات أمام القضاء الإداري، ط بلا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991، ص 280.

² د. مازن ليلو راضي، القضاء الإداري، دراسة لأسس ومبادئ القضاء الإداري في الأردن، ط 1، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 351.

أخذ بهذا الاتجاه القضاء المصري حيث قرر أنه يتعين على الإدارة أن تمنحه هذه الترقية في ذات الدور والتاريخ الذي كان يستحقه فيها¹.

وقد أخذ بذلك قضاء مجلس الدولة السوري، حيث قررت المحكمة الإدارية العليا السورية "ويترتب على إلغاء قرار الإدارة بإنهاء العقد وإعادة المتعاقد إلى عمله ومنحه الترفيعات والعلاوات التي يستحقها خلال فترة بقائه خارج العمل"².

بيد أنه يجب علينا أن نتنبه أن ذلك يمكن الأخذ به بالنسبة للترقية والعلاوات المالية التي تقوم على الأقدمية، أي التي يلعب الزمن دوره فيها، أما إذا كانت الترقية على أساس الاختيار فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي أن ذلك يدخل في السلطة التقديرية للإدارة التي قد لا ترى في المحكوم له الصفات الواجب توفرها في الموظف ليصار إلى تربيته، وبالتالي يبقى ذلك حقا للإدارة، وليس للموظف المعاد للعمل المطالبة بها.³

ثالثاً: حلول مبدأ التعويض محل فكرة استحقاق المرتب:

يترتب على الأثر الرجعي للحكم الصادر بإلغاء قرار إنهاء الخدمة ، أن تعتبر مدة خدمة المحكوم له متصلة ومستمرة ، ومقتضى ذلك استحقاقه لجميع المرتبات التي حرم منها خلال فترة إنهاء خدمته ، وقد ظل مجلس الدولة الفرنسي يعتقد هذا الحل لفترة طويلة ، فممنذ أن بدأت المنازعات الخاصة بالموظفين العموميين تتخذ طريقها إلى القضاء الإداري في أواخر القرن الماضي ، وأحكام هذا القضاء مستقرة على تقرير حق من ألغي قرار إنهاء خدمته في الحصول على مرتباته منذ صدور قرار إنهاء الخدمة حتى إعادته للعمل وذلك كنتيجة حتمية وأثر لازم من آثار حكم الإلغاء⁴.

¹ انظر قرار محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 1236 سنة 7 ق جلسة 26 يناير 1954. مجموعة المبادئ التي قررتها لعام 1954.

² القرار رقم /446/ الطعن رقم /2706/ سنة 1989 مجموعة المبادئ لعام 1989 ص 246.

³ C.E 26 dec 1925 rodier rec p 1065.

⁴ C.E 27 nov 1891 Moroton rec p 702

– C.E 9 jul 1899 toutain rec p 421.

– C.E 8 jun 1900 Fontin rec , p60.

وفي سنة 1933 أصدر مجلس الدولة الفرنسي حكماً شهيراً قرر بمقتضاه أن من ألغي قرار إنهاء خدمته ليس له الحق في المطالبة بمرتب خلال فترة إبعاده عن الوظيفة، والتي لم يؤد خلالها أي عمل، وينحصر حقه في المطالبة بالتعويض عن الأضرار الفعلية التي لحقت نتيجة الإجراء غير المشروع الذي تعرض له¹، ويبدو أن مجلس الدولة أخذ بمبدأ التعويض استناداً لنظرية الأجر مقابل العمل، وباعتبار أنه لا يوجد عمل فلا أجر بل تعويض.

ومنذ ذلك التاريخ وقضاء مجلس الدولة الفرنسي مستقر على إحلال مبدأ التعويض محل استحقاق المرتب عن فترة الفصل، وكان المجلس يقدر التعويض وفق الضرر الحاصل وليس تعويضاً يعادل الراتب، وذلك بمراعاة التحاق العامل بعمل ما في فترة الانفصال، ومقدار الأجر التي حصل عليها والتي يتم إسقاطها من حساب التعويض².

ولم يتردد مجلس الدولة المصري في اتباع الحل الذي انتهى إليه مجلس الدولة الفرنسي، ويظهر ذلك بوضوح من استعراض أحكام المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن فقد قضت المحكمة حكمها الصادر في 1962/1/13 بأنه: "ومن حيث أن المدعي يطلب الحكم له بمرتبته عن مدة الفصل بدعوى أن ذلك المرتب أثر من الآثار الحتمية المترتبة على إلغاء قرار الفصل، ومن حيث أن المرتب إنما يمنح مقابل العمل، فقد يصدر قرار بالتعيين في الوظيفة، ومع ذلك لا يحتسب الأجر إلا من تاريخ تسلم العمل وليس من تاريخ صدور قرار التعيين، وقد تطول الفترة بينهما، ولا تفيد المحاجة بأن الحكم إذ قضى بإلغاء قرار الفصل، فإن معناه عدم مشروعية القرار المذكور، وأن المدعي منع من مباشرة عمله نتيجة لهذا القرار المخالف للقانون، ويكون من حقه إذاً أن يتقاضى مرتبه كاملاً عن مدة فصله لأن امتناعه كان لسبب خارج عن إرادته، لا حجية في ذلك القول لأن العمل غير المشروع، أو المخالف للقانون إنما تسأل عنه الإدارة بدعوى تعويض متى توافرت

¹ C.E 7 APR 1933 debertess rec p160.

– C.E 8 JUN 1914 fintun rec p360.

² C.E 10 MAR 1935 frelsse rec p178.

عناصرها ومقوماتها التي توجب المسؤولية، وهذا الأمر متروك للمدعي ومن حقه إذ شاء أن يلج هذا الباب"¹.

أما بالنسبة إلى سورية فقد مرت مسألة استحقاق الراتب أو التعويض تنفيذاً لحكم الإلغاء بعدة مراحل وفق التفصيل الآتي:

في بادئ الأمر كان مجلس الدولة يحكم باستحقاق الراتب كاملاً: حيث حكمت المحكمة الإدارية العليا السورية "ومن حيث ان الطاعن يطلب الحكم بأحقيته باستيفاء رواتبه...

¹ حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر الصادر في الدعوى رقم /301/ لسنة 5 /13/1962

- حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر الصادر في الدعوى رقم /1458/ لسنة 8 جلسة 1966/3/6

- حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر الصادر في الدعوى رقم /1571/ لسنة 7 جلسة 1966/12/17

- المحكمة ذهبت إلى التفرقة بصورة مطلقة بين طلب صرف المرتب عن مدة الفصل وبين طلب التعويض عن الضرر المترتب على قرار الفصل بقولها "إنه وإن اتحد الخصوم في دعوى المطالبة بالراتب عن مدة الفصل من الخدمة وفي دعوى التعويض عن الضرر المادي المترتب على قرار الفصل، إلا أن السبب والموضوع مختلفان، فالسبب في الأولى هو ما يزعمه المدعي من أن اعتبار مدة خدمته متصلة بترتب عليه لزوماً استحقاقه للراتب عنها، بينما سبب الدعوى الثانية هو التعويض، والفرق ظاهر بين الطرفين، وإذا كان الراتب يكون عنصراً من عناصر التعويض، إلا أن هذا بذاته لا يجعل الراتب هو التعويض بداهة" وانتهت المحكمة إلى أن الحكم الصادر برفض دعوى صرف المرتب عن مدة الفصل لا يجوز حجية الأمر المقضي على دعوى التعويض هذا القرار".

لهذه الأسباب قررت المحكمة... أحقية الطاعن برواتبه عن المدة التي بقي فيها خارج الوظيفة تنفيذاً للقرار.... وحتى إعادته للعمل نتيجة للحكم بإلغاء القرار المذكور¹. وفي حكم آخر قررت المحكمة الإدارية العليا السورية بنقاضي العامل ما يعادل الراتب وليس استحقاق رواتبه²، حيث يستفاد من الحكم أنه أقر مبدأ التعويض وقدر التعويض بما يعادل الرواتب التي فاتته خلال بقائه خارج الوظيفة.

إلا أن القضاء الإداري السوري عدل عن توجهه سواء لفكرة استحقاق الراتب عيناً أو فكرة ما يعادل الراتب، واستقر الاجتهاد على أن يتقاضى العامل تعويضاً تقدره المحكمة عن فترة بقائه خارج الوظيفة في حال حكم بإلغاء القرار الذي أفصاه عنها وقد حكمت المحكمة الإدارية العليا السورية بما يلي: "ومن حيث إن إلغاء القرار المذكور لا يفضي إلى استحقاق المدعي كامل أجوره عن المدة التي حرم فيها من رواتبه، بل يستحق عملاً بالاجتهاد المستقر لهذه المحكمة تعويضاً تأخذ المحكمة في تقديره ظروف القضية... وإلزام الإدارة بإعادة العامل إلى عمله ومنحه تعويضاً يعادل 25% من أجوره..."³، دون أن تحدد المحكمة أسس تقدير التعويض في الأسباب.

إلا أن هذا التعويض يختلف من حكم لآخر ويؤكد القضاء الإداري السوري على أن التعويض تقدره المحكمة إلا أنه لم يتبين ما هي المعايير التي انتهجها القضاء لتحديد نسبة التعويض إلى الراتب الذي يفترض تقاضيه لو كان على رأس عمله تنفيذاً لحكم الإلغاء، وما يثير هذا التساؤل وجود تفاوت كبير من حكم لآخر⁴.

¹الحكم رقم /2/ الصادر عن المحكمة الإدارية العليا، جلسة 1962/1/14 مجموعة المبادئ لعام 1960 - 1964، ص129.

²القضية رقم /46/ س ق 2 جلسة 1960/9/1 مجموعة المبادئ لعام 1959 - 1964، ص242.

³قرارها رقم 2/56 طعن رقم 24 جلسة 2000/2/23 مجموعة المبادئ لعام 2000، ص577.

⁴بعض الحالات حكم بـ20% وفي حالات أخرى حكم بـ5% فقط تنفيذاً لحكم الإلغاء، انظر قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم 2/271 طعن رقم 1709 حلسى 2000/11/29، مرجع سابق، ص599.

والجدير بالذكر أن القضاء الإداري السوري لا يتخذ التعويض منهجاً في حالات الحرمان من الوظيفة كافة، بل استثنى منها قرارات القضاء التي تحكم بإلغاء قرار الصرف من الخدمة واعتبر أن الغاء قرار الصرف هو بمثابة تعيين جديد، حيث جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا السورية بأن "إعادة العامل إلى الخدمة بعد ثبوت براءته يعتبر بمثابة استخدام جديد، ويستحق أجره من تاريخ مباشرة العمل بعد إعادته، ولا يستحق أجوره عن الفترة الواقعة بين تاريخ الصرف من الخدمة وتاريخ الإعادة"¹.

وفي حكم آخر قضت المحكمة أيضاً بأن "العامل الذي سبق أن صرف من الخدمة لدواعي أمنية، ثم ألغي قرار الصرف وأعيد للعمل، فإن هذا الأخير يستحق أجوره كاملة عن فترة توقيفه، وحتى إطلاق سراحه، بينما لا يستحق أي تعويض عن الفترة الواقعة بين إطلاق سراحه من الخدمة وعودته للعمل مجدداً"².

مما سبق نرى توجهاً غير مفهوم لدى القضاء الإداري في سورية، فإذا كان العامل قد صرف من الخدمة بقرار ألغي لاحقاً بعد أن تبين عدم صحة الأسس التي بنى عليها القرار الملغي، بمعنى أن العامل المصروف لم يدان بشيء مما نسب إليه، ومن ثم فقد ظهرت براءته، وبالتالي لا بد أن يعاد له حقه ليس فقط بالعودة إلى العمل، وإنما أيضاً بما فاتته من أجر ليس له يد بفقدان الحق في الحصول عليه، ومن جهة أخرى لا يوجد مبرر لإعطائه أجراً عن مدة التوقيف فقط، وحرمانه من الأجر عن المدة بعد التوقيف وحتى إعادته للعمل، فما مبرر إعطائه الأجر عن الأولى، وحرمانه عن الثانية، كذلك إن الإدارة تستبق الأحداث وتقوم بصرف العامل الموقوف دون انتظار النتيجة القضائية.

¹ حكم المحكمة الإدارية العليا في سورية رقم 2/165 تاريخ 2022/4/5 مجموعة المبادئ لعام 2000 ص 546.

² حكم المحكمة الإدارية العليا في سورية رقم 2/196 تاريخ 2000/11/29 مرجع سابق، ص 549

درجت المادة في الفقرة الأخيرة صرف العامل إذا تم توقيفه لأسباب أمنية دون انتظار النتيجة القضائية.

بالتالي لا بد من توحيد الاتجاه القضائي بان يشمل التعويض عن فوات المرتب كل حالات الحرمان من الوظيفة، لاتحاد العلة وهي قرار إداري حكم بإلغائه لمخالفة أحد عيوب المشروعية، وذلك لتحقيق المساواة بين المراكز القانونية المتشابهة.

الخاتمة

من خلال هذا البحث فإننا نصل على النتائج والمقترحات الآتية:

1- أن الحجية المطلقة المقررة للحكم الصادر بالإلغاء هي استثناء من القاعدة العامة

المقررة لجميع الأحكام القضائية، والمتمثلة في الحجية النسبية.

2- إن العلة في تقرير هذا الاستثناء كما نعلم إلى انتماء دعوى الإلغاء إلى القضاء

الموضوعي أو العيني، حيث تقوم الدعوى على أساس اختصاص القرار الإداري

لإصابته بعيوب المشروعية، ومن ثم فإن الحكم بالإلغاء يؤدي إلى

إعدام القرار وكأنه لم يكن وهو معدوم في مواجهة الكافة، لذلك إن إلغاء هذا

العيوب هو حكم عيني لا شخصي ما يعطي حكم الإلغاء معنى مغايراً للأحكام

الأخرى.

3- إن الأحكام الصادرة في غير دعاوى الإلغاء تحوز الحجية النسبية أي بين

الخصوم فقط، فإن رفعت دعوى جديدة بذات السبب، والموضوع لكن من طرف

لم يكن خصماً، فينظر فيها.

4- تتعلق حجية الحكم الصادر بالإلغاء بالنظام العام، وذلك لاتصال هذا الحكم

باستقرار الأوضاع والمراكز القانونية التي حسمها في منطوقه، فلا تجوز العودة

إلى إثارة النزاع مرة أخرى حتى لا تنتزع الأوضاع التي استقرت بصور الحكم.

المقترحات:

1- بالنسبة لإلغاء اللوائح يجب أن يكون حكم الإلغاء حجة على الكافة وللکافة، إذ لا يعقل أن تكون اللائحة ملغاة في مواجهة خصوم الدعوى فقط وتبقى سارية في مواجهة الآخرين، فكل فرد له الحق بالتمسك بحكم الإلغاء حتى لو لم يكن ممثلاً بالدعوى، أما بالنسبة لإلغاء القرارات الفردية، فيجب أيضاً أن تكون القاعدة العامة أن حكم الإلغاء حجة على الكافة وللکافة، ولكن يجب دراسة كل حالة على حدة، فهناك حالات لا يكون فيها الحكم حجة للکافة وحالات أخرى يكون حجة للکافة.

وعليه نقترح تعديل المادة (37) من قانون مجلس الدولة لتصبح " تسري في شأنه جميع الأحكام والقواعد الخاصة بقوة الشيء المحكوم فيه على إن الأحكام الصادرة بالإلغاء تكون حجة على الكافة وللکافة".

2- نقترح إجازة الطعن باعتراض الغير على أحكام الإلغاء تطبيقاً لعبارة حجة للکافة، فكل فرد أضرار من حكم الإلغاء يجب أن يحق له الطعن باعتراض الغير على الحكم.

3- توحيد الاتجاه القضائي بشأن كل حالات الحرمان من الوظيفة، بحيث يشمل التعويض عن فوات المرتب لكل حالات الحرمان، لاتحاد العلة وهي قرار إداري حكم بإلغائه لمخالفة أحد عيوب المشروعية، وذلك لتحقيق المساواة بين المراكز القانونية المتشابهة.

قائمة المراجع:

- د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري "قضاء الإلغاء" ط7، دار الفكر العربي، القاهرة، 1998،
- د. عبد المنعم عبد العظيم جيرة، أثار حكم الإلغاء، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، القاهرة
- ابراهيم أو فائدة، تنفيذ الحكم الإداري الصادر ضد الإدارة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، الجزائر، 1986،
- د. محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، ط بلا، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005
- د. محمود حافظ، القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن، ط، بلا، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993
- ¹د. أحمد كمال أبو المجد، رقابة القضاء لأعمال الإدارة، ط، بلا، دار الأهرام للنشر والتوزيع، القاهرة، 1963
- د. طعيمة الجرف، شروط قبول دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري، ط، بلا، منشورات مصر، الاسكندرية، 1966،
- د. إيهاب عليا، طرائق الطعن في الأحكام القضائية الإدارية، رسالة دكتوراه، جامعة دمشق، 2020،
- د. مصطفى كمال وصفي الرفاعي، القضاء الإداري ومجلس الدولة قضاء الإلغاء، ط بلا، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999،
- رمضاني فريد، تنفيذ القرارات الإدارية القضائية الإدارية وإشكالاته في مواجهة الإدارة، د. محمد عصفور، نحو نظرية عامة في التأديب، ط، بلا، دار النشر، بلا، الاسكندرية، 1976،
- د. سامي جمال الدين، دعاوى الإدارة والإجراءات أمام القضاء الإداري، ط بلا، منشأة المعارف، الأسكندرية، 1991،
- د. مازن ليلو راضي، القضاء الإداري، دراسة لأسس ومبادئ القضاء الإداري في الأردن، ط1، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، 2009،

References : باللغة الأجنبية:

:LAFFERIERE E, Traite de la jurisdiction administrative et des recours contentieux 2ed 1940

GILLF j-pla cause juridique de la demaned en justice R.D.P
1962

DUGUTIL , traite de droit constulutionnel ed 1929

Weil P, Les conséquences de l'annulation d'unacte,
administratif pour excés de pouvoir, Paris, 1952,