

مجلة جامعة البعث

سلسلة العلوم القانونية



مجلة علمية محكمة دورية

المجلد 43 . العدد 32

1442 هـ - 2021 م

الأستاذ الدكتور عبد الباسط الخطيب

رئيس جامعة البعث

المدير المسؤول عن المجلة

رئيس هيئة التحرير	أ. د. ناصر سعد الدين
رئيس التحرير	أ. د. هائل الطالب

مديرة مكتب مجلة جامعة البعث

بشرى مصطفى

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 (20000) ل.س عشرون ألف ليرة سورية عن كل بحث لكل باحث يريد نشره في مجلة جامعة البعث.
2. دفع رسم نشر (50000) ل.س خمسون 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 (3000) ل.س ثلاثة آلاف ليرة سورية رسم موافقة على النشر من كافة الباحثين.

المحتوى

الصفحة	اسم الباحث	اسم البحث
42-11	أ. د. بارعة القدسي ضياء علي محمود	مبادئ الإثبات الجزائي في مرحلة البحث الأولي
92-43	أ. د. بارعة القدسي ضياء علي محمود	التحريض السوري من قبل الضابطة العدلية
122-93	د . مؤيد زيدان ميادة القرعان	نفي النسب بين البصمة الوراثية واللعان
158-123	د . مؤيد زيدان ميادة القرعان	الإصابة بالمرض العضال وأثرها في تصرفات المريض

مبادئ الإثبات الجزائي في مرحلة البحث الأولي

مقدمه: ضياء علي محمود

طالب دكتوراه - قسم القانون الجزائي - جامعة دمشق

إشراف: أ.د. بارعة القدسي

ملخص:

يمثل الإثبات في القانون الجزائي ركيزة أساسية للعدالة الجزائية، ومبدأ هام من مبادئها لما له من أثر كبير على حقوق وضمائم الأفراد من جهة، وشرعية إجراءات البحث والاستقصاء من جهة ثانية، وتتجلى أهميته بصورة خاصة في مرحلة البحث الأولي لما يربته من انعكاس على سلامة الإجراءات الجزائية، ونظراً لما تمثله هذه المرحلة من تماس مباشر مع الدليل الناتج عن الجريمة.

وعليه فإن أول ما يثيره موضوع البحث في نظرية الإثبات الجزائي، هو حرية اللجوء إلى أي وسيلة من وسائل الإثبات، بما تمثله من ركيزة أساسية تقوم عليها هذه النظرية، كونه يسمح باستخدام واسع لأدلة الإثبات، بيد أن مثل هذا الاستخدام يتطلب وضع ضوابط صارمة تحول دون المساس بالضمانات الإجرائية التي تعدّ مناط الشرعية الإجرائية، وتحقيق التوازن بين مصلحة المجتمع في مكافحة الجريمة ومصلحة الفرد في الحفاظ على حقوقه مصانة كما وردت في الدستور.

وبالتالي فقد تناولت هذا الدراسة أصول الإثبات الجزائي في مرحلة البحث الأولي من خلال البحث في مبادئ نظرية الإثبات القائمة على مبدأي حرية الإثبات، ومبدأ نزاهة الوسيلة للحصول على الدليل.

كلمات مفتاحية: الإثبات - الدليل - مرحلة البحث الأولي

Abstract

Proof in the Penal Code is an essential pillar of criminal justice, and an important principle of its principle, because of its significant impact on the rights and guarantees of individuals, and the legitimacy of research and investigation procedures, its importance is particularly evident in the initial research phase, as it reflects on the integrity of criminal proceedings. Therefore, the first thing raised by the subject of research in the theory of penal proof is the freedom to resort to any means of proof, with its basic basis on which this theory is based. However, such use requires strict controls to prevent the infringement of procedural guarantees, which are the basis of procedural legitimacy, and to balance the interest of society in combating crime with that of the individual in maintaining his or her rights protected as stated in the Constitution., Accordingly, this study addressed the evidentiary principles of the Penal Code, by examining the principles of evidentiary theory beads on the principles of freedom of proof and the integrity of the means of obtaining evidence

Key words: Proof – Evidence – Initial research stage

Principles of criminal proof in the preliminary research phase

المقدمة:

يُقاسُ تتطورُ المجتمعاتِ وتقدمُها من ناحيةِ حفاظها على حقوق أفرادها، بمقدارِ ما توفرهُ لهم من حقوقٍ وضماناتٍ، فتسعى كلُّ دولةٍ لتوفيرِ أقصى درجةٍ من الطمأنينةِ في نفوس الأفراد، من خلالِ الحفاظِ على الأمن وكشف المعتدين، وقد مثّلت رغبةُ المشرعِ في الوصولِ للحقيقةِ وضبطِ الجرائمِ بصورةٍ لا يعثرها أي شكٍ، أحدَ أبرزِ الدوافعِ لتبني مبدأ حرية الأثبات الجزائي في سبيل الوصول لتحقيق العدالة الجزائية.

إلا أنه وعلى الرغم مما يمثلهُ هذا المبدأ من ركيزةٍ أساسيةٍ في نظريةِ الإثباتِ الجزائي - نظراً للحاجةِ الماسةِ للوقوفِ على حقيقةِ الجريمة والمجرم - فقد أثار الأخذُ به تساؤلاً مشروعاً، يرتبطُ بضرورةِ تقييدِ هذا المبدأ بمشروعيةِ الدليل ونزاهته، فعلى سبيلِ المثال بعدَ الاعترافِ سيدَ الأدلةِ ولكن ذلك الأمر مقيدٌ بكونه اعترافاً حراً ليس وليدَ ضغطٍ أو إكراهٍ، كما أن الشهادةَ تحتلُ الحيزَ الأهمَ في التنظيمِ الإجرائي الجزائي للإثبات، إلا أن ذلك مقرونٌ بأن لا يكون الحصول على الشهادة قد تمَّ تحتَ الضغطِ والإكراه^[1].

وأمام ذلك شكلاً اللجوءُ إلى أساليبَ نوعيةٍ (كالحيلةِ والخداع) في عمليةِ البحثِ عن الدليل أحدَ الحلولِ الناجعةِ في الإثباتِ الجزائي، بداعي أن ما يميز هذا النوع من الأساليب عن سواها هو عدمُ إمكانيةِ لجوءِ الجاني للكذب كونه غالباً ما يقعُ في دائرة التلبس من قبل عناصر الضابطةِ العدليةِ، إلا أن ذلك بالمقابل يثيرُ الشكوكَ حولَ مشروعيةِ اللجوءِ إليها

[1] د. معتصم مشعشع، إثبات الجريمة بالأدلة العلمية، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة،

في ظلّ عدم نصّ المشرع على هذه الأساليب، وفي إطار مبدأ النزاهة الذي يحكم عمل عناصر الضابطة العدلية ويقيدُ الفاعلية الجزائية في عملية الإثبات.

هدفُ البحث:

يهدفُ البحثُ إلى تقديم رؤية واضحة حول مبادئ الإثبات التي ينبغي على عناصر الضابطة العدلية التقيدُ بها عند البحث عن الدليل، مع تسليط الضوء بصورة أساسية على مبدئي حرية الأثبات، ونزاهة الوسيلة.

كما يهدفُ إلى بيان السند القانوني حول مشروعية الدليل، وإظهار الآثار المترتبة على الإخلال بمبدأ النزاهة في الحصول على الدليل من قبل عناصر الضابطة العدلية، وذلك من خلال استقراء أبرز نصوص قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري ذات الصلة بموضوع البحث.

أهميةُ البحث:

تبرز أهميةُ البحث في مبادئ الإثبات الجزائي لما لها من أثر كبير على مشروعية الدليل، وعلى نزاهة الإجراءات الجزائية، وما يترتبُ عليها من بطلان الأدلة في حال عدم مشروعيتها، ولا سيما في مرحلة البحث الأولي لما تتطوي عليه من تماس مباشر مع حقوق الإنسان وضمانات سلامته.

فضلاً عن أنّ تحقيق الفاعلية الجزائية في العقاب، يقتضي عدم المساس بحقوق وحرية الأفراد، ذلك أنه وإذا كان إثبات الجريمة يقتضي التجاوز عن بعض المبادئ التي حكمت تقليدياً البحث عن الدليل، فإنّ ازدياد نسبة الجرائم، وارتفاع حجم خطورتها، كذلك التي تحملُ اعتداءً شاملاً على مصالح المجتمع، مثل الإرهاب أو الإتجار بالمخدرات مثلاً عاملاً حاسماً في زيادة الصرامة في تطبيق النصوص الجزائية، الأمر الذي يقتضي ضرورة أن يتم ذلك كله في إطار قواعد تمثلُ خطوطاً حمراء تحول دون الخروج عن مبدأ الشرعية ونزاهة الدليل.

إشكالية البحث:

تبرز إشكالية البحث في تحقيق التوازن بين مصلحة المجتمع في مكافحة الجريمة، على أساس أن الوصول للحقيقة تسمح بتجاوز بعض المبادئ الإجرائية، التي تعتبر ضمن المعايير التي يقوم عليها مفهوم العدالة، وبين مصلحة الفرد في أن تبقى حقوقه الأساسية مصانة، من خلال التضييق على مبدأ حرية الإثبات عندما ينطوي الدليل على إهدار حق من حقوق الإنسان. حيث أن القول بحرية الإثبات المطلقة من شأنه إهدار حق الفرد في المحاكمة العادلة بسبب الاختلال الواضح في ميزان القوة بين الوسائل التي يملكها المجتمع للإثبات وتلك التي بحوزة الفرد لدفع التهمة.

منهج البحث:

يعتمد البحث بشكل كبير على اتباع المنهج الوصفي التحليلي، من خلال تحليل النصوص القانونية المتعلقة بموضوع البحث، والعمل على تقييمها وإبراز بعض الجوانب القانونية المرتبطة بمبادئ الإثبات الجزائي وبعض مثالب النصوص القانونية الحالية أن وجدت.

وإيفاءً بما تقدم سنخصص المطلب الأول من هذا البحث للحديث عن مبدأ حرية الإثبات من خلال استعراض عناصره الأساسية المتمثلة في حظر فرض أو استبعاد أدلة معينة فضلا عن ضرورة توافق الدليل مع حقوق الإنسان في خصوصيته الفردية وسلامته الجسدية والنفسية، قبل الانتقال للحديث عن مشروعية الدليل في المطلب الثاني من البحث من خلال التأكيد على نزاهة الوسيلة المستخدمة للحصول على الدليل، سواء تم ذلك من عناصر الضابطة العدلية أو من شخص عادي. وذلك وفق التقسيم الآتي:

المطلب الأول: مبدأ حرية الإثبات.

الفرع الأول: حظر فرض أو استبعاد أدلة معينة.

الفرع الثاني: توافق الدليل مع حقوق الإنسان.

المطلب الثاني: مبدأ نزاهة الإثبات الجزائي.

الفرع الأول: مفهوم مبدأ النزاهة في البحث عن الأدلة.

الفرع الثاني: تقييد البحث عن الأدلة.

الخاتمة.

المطلب الأول: مبدأ حرية الإثبات

الأصل في المسائل الجزائية هو حرية الإثبات، وعليه فقد تبني المشرع السوري مبدأ الإثبات الحر، وهو في ذلك حذاً حذو معظم التشريعات الجزائية، حيث اقتضت متطلبات العصر الحالي أن يسود نظام الإثبات الحر في كافة مراحل الدعوى الجزائية، وذلك بسبب نوعية الجرائم التي تعرض على القضاء الذي ما فتئ يفاجئ بتطور الذهنيات والعقليات التي تقف وراء الجرائم، فكان لا بد من الأخذ بنظام الإثبات الحر الذي يواكب جميع الظروف. وبالتالي لم يحدد المشرع السوري الوسائل التي تتبعها رجال الضابطة العدلية في عمليات البحث والاستقصاء وجمع المعلومات، وهو ما منحها حق اللجوء إلى أي وسيلة من شأنها الكشف عن الجريمة ومرتكبيها، شريطة أن تكون تلك الوسيلة مشروعة، وتحقق غاية المشرع في القبض على الفاعلين وتقديمهم إلى القضاء، وإلا وسمت الأدلة الناتجة عنها بالبطلان، ولا يكون لها أي أثر على الضمانات المقدمة للجماعة بصورة عامة والأفراد محل الاشتباه بصورة خاصة^[1]. وعليه فقد نصت المادة (175) من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري على أنه (تقوم البيئة في الجنايات والجنح والمخالفات بجميع طرق الإثبات ويحكم القاضي حسب قناعته الشخصية)^[2]، وبالتالي جاز لعناصر الضابطة العدلية اللجوء لأي وسيلة كانت من وسائل الإثبات، وما قيام المشرع بالنص على قواعد خاصة بالأدلة وشرح أحكامها سوى تناول جزئي لحالات محددة ولا يعني اللجوء إليها على سبيل الحصر.

[1] د. عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، مصر، 2003، ص 222.

[2] قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري الصادر بالمرسوم 112 تاريخ 1950/3/13

وعليه تقتضي حرية الإثبات بالمفهوم العام عدم إعطاء قوة تفضيلية لبعض الأدلة عن سواها، وعدم الحكم المسبق على الدليل بالاستبعاد^[1]، ولعل اللجوء لقاعدة حرية الإثبات لها ما يُبررها من الناحية العملية بصورة يصعب معها تصور إمكانية التخلي عن هذا المبدأ ويمكن ذكر أهم تلك المبررات وفق الآتي:

1- على خلاف المسائل المدنية، فإن الطبيعة الخاصة للمسائل الجزائية تجعل من الصعوبة بمكان إعداد دليل مسبق، كونها تستند إلى مبدئين يفترض أحدهما وجود الآخر وهما قرينة البراءة التي يتمتع بها المشتبه فيه، وحرية الإثبات من قبل جهات التحقيق^[2].

2- نظراً لما تمثله الجريمة من خطر على المجتمع، فإن فاعلية العدالة الجزائية تقتضي تزويد جهات الملاحقة بكافة الأسلحة المتاحة في مواجهة المجرمين الذين يسعون إلى استخدام جميع الوسائل الممكنة من أجل طمس معالم الجريمة، ولا يتحقق ذلك إلى من خلال الأخذ بمبدأ حرية الإثبات، إذ أن عدم الأخذ بهذا المبدأ من شأنه أن يجعل مهمة مكافحة الجريمة مهمة مستحيلة، مع التأكيد على أن فرض عقوبات حازمة بحق الجاني اقتضى بدوره منح المشتبه فيه الحق في الدفاع عن نفسه بكافة طرق المتاحة^[3].

وعلى الرغم من المبررات التي تدعم مبدأ حرية الإثبات إلا أن الأخذ بهذا المبدأ لا يعني أن يجري الأمر على إطلاقه، فلا يمكن التغاضي عن الوسيلة المتبعة في سبيل الحصول على الدليل، ولا بد من اتساق الدليل مع القانون، وعليه يترتب على الأخذ بمبدأ حرية الإثبات قاعدتين أساسيتين سيتم الحديث عنهما من خلال تقسيم هذا المطلب إلى

[1] د. محمد سعدون، الإثبات في المواد الجنائية، دار العلاء، الإمارات العربية المتحدة، 2013، ص 20.

[2] د. رمسيس بهنام، الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، القاهرة، مصر، 1989، ص 15.

[3] د. معتصم مشعشع، مرجع سابق، ص 28.

فرعين: الفرع الأول: حظر فرض أو استبعاد أدلة معينة، والفرع الثاني: توافق الدليل مع حقوق الإنسان

الفرع الأول: حظر فرض أو استبعاد أدلة معينة.

يفترض مبدأ حرية الإثبات قاعدةً عامةً أساسها حظر فرض أدلة معينة من الجهة المكلفة بالتحقيق أو المحاكمة، مع التأكيد بأن الحظر الوارد هنا لا يقيدُ المشرع، وإنما الجهة المكلفة بالتحقيق^[1]، وهو ما يبرره نصُ المشرع السوري في الفقرة 2 من المادة (175) من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري والتي جاء فيها: **إذا نصّ القانون على طريقة معينة للإثبات وجب التقيد بهذه الطريقة** حيث أنه افترض وسائل أثبات محددة في بعض الجرائم كجريمة الزنا "على سبيل المثال"^[2].

وتأسيساً على ذلك لا يترتب على تحديد المشرع لأدلة معينة في إثبات جريمة ما، الامتناع عن استخدام أدلة أخرى في إثباتها، مالم ينص القانون صراحةً على منعها أو يضع ضوابط محددة لقبولها، مع التأكيد في أنّ صلاحية ذلك تقتصر على المشرع وليس للقاضي أن يحظر اللجوء إلى دليل محدد طالما أنّ المشرع لم يفرض حظره، على أساس أنّ الأصل هو حرية الإثبات في المسائل الجزائية وتقييد المشرع لحرية الإثبات هو خروج عن الأصل واستثناء^[3].

وفي السياق نفسه الذي يفرضه مبدأ حرية الإثبات بحظر فرض أدلة معينة، فإنه يحظر استبعاد أي دليل من شأنه أن يساهم في إثبات الجريمة وإسنادها لمرتكبيها، وليس للقاضي أن يستبعد الدليل مسبقاً قبل التدقيق فيه وإخضاعه لقناعاته الوجدانية ويشمل ذلك

[1] د. أحمد عوض بلال، قاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة بطرق غير مشروعة في الاجراءات الجنائية المقارنة، دار

النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 26.

[2] المادة 474 من قانون العقوبات السوري.

[3] د. سعيد الكواري، الإثبات بالأدلة العلمية، دار المناهل، الجزائر، 2004، ص55.

كافة الأدلة التي يُقدمها الأفراد حتى تلك التي يشوبها عدمُ النزاهة أو يتمُّ الحصولُ عليها بصورةٍ غير مشروعة^[1].

وهنا يثورُّ التساؤلُ حول استبعادِ وسائل الإثبات الحديثة كجهاز كشف الكذب ومصل الحقيقة والتتويج المغناطيسي التي يخضعُ لها المشتبه فيه خلال الاستجواب ومدى خضوعها لقاعدة حرية الإثبات، حيث يستندُ البعضُ في رفضِ هذه الأدلة لأسبابٍ عديدة ترتبطُ بمساسها بسلامة الإنسان والاحترام الواجب لخصوصيته.

فالجوءُ لتلك الوسائلِ وعلى الرغم مما توفرهُ من معلوماتٍ مهمةٍ تمكنُ المحققَ من توجيه أصابع الاتهام نحو المشتبه فيه، إلا أنه يُؤخذُ عليها عدمُ الثقة بالنتائج التي تترتب عليها فلا تصلحُ أن تكون دليلاً أو قرينةً على إدانة المشتبه فيه، مع تأكيد أيضاً على تعارضها مع حقوق الدفاع وحق الصمتِ ومساسها بخصوصية المشتبه فيه ، وهو ما يتعارض مع مبدأ نزاهة الدليل -وفق ما سيتم الحديث عنه لاحقاً-، فالحصولُ على اعتراف المشتبه تحت تأثير التتويج المغناطيسي على سبيل المثال من شأنه إضعافُ إدراك المشتبه فيه كما أنه ليس بالضرورة أن كلَّ ما يقوله المشتبه فيه تحت تأثير التخدير يطابق الحقيقة^[2].

وعلى الرغم من ذلك فقد ذهبَ جانبٌ آخر من الفقه الجزائي للأخذ بالدليل المتحصل عن استخدام الوسائل العلمية الحديثة، وبغض النظر على قسرية تلك الوسائل على أساس أن التطور التقني قد ساهم في استحالة كشف بعض الجرائم المعقدة دون اللجوء لتلك الأساليب، وأخذاً بالقاعدة التي تقول الضرورات تبيح المحذورات^[3].

وفي رأينا أنَّ استبعادَ الوسائل العلمية الحديثة من وسائل الإثبات لا يتعارض مع ما يفرضه مبدأ حرية الإثبات من حظرِ استبعادِ أدلةٍ معينةٍ، بقدر ما يرتبطُ بعدم موثوقية

[1] د. مأمون سلامة، الاجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص 91.

[2] د. محمد سعدون، 2013، مرجع سابق، ص 32.

[3] د. حمد حسن شريف، النظرية العامة للإثبات الجنائي، دار النهضة العربية، مطبعة حمادة الحديثة، 2002،

النتائج التي تترتب عليها، ومساسها بحقوق الإنسان ومشروعية الدليل، وعدم ثبوت صحتها بصورة يقينية على الصعيد العالمي، فضلاً عما ترتبه من أثر في المساس بالضمانات والحقوق الممنوحة للأفراد محل الشبهات، ولا سيما حق الصمت وحق الدفاع.

الفرع الثاني: توافق الدليل مع حقوق الإنسان.

ذكرنا في الفرع الأول بأن حرية الإثبات تقتضي حظر تقييد أو استبعاد أي دليل من أدلة الإثبات، على أساس أن مكافحة الجريمة تقتضي حرية البحث والاستقصاء، إلا أن ذلك لا ينفي ارتباط الإثبات الجزائي باحترام حقوق الإنسان، وعلى وجه التحديد الحق بحرمة الجسد وحرمة الحياة الخاصة، وبالتالي ولما كان القضاء الجزائي يضطلع بحماية المصالح العليا للمجتمع، فقد اقتضى ذلك تنظيم استعمال وسائل الإثبات، وإحاطة هذا الاستعمال بضمانات غايتها حماية حقوق الإنسان، بصورة تجعل ضابط تصرفات الضابطة العدلية يرتبط بصورة أساسية في مشروعية أعمالها من خلال الحفاظ على السلامة الجسدية والنفسية للمشتبه فيه^[1].

وتطبيقاً لذلك، يعدّ الاعتداء على سلامة الأفراد أمراً منافياً للشرعية الإجرائية مناطه بطلان الدليل الناتج عنه، فلا بدّ من التزام الضابطة العدلية بمعايير المشروعية، وأن يجري البحث عن الدليل في إطار احترام سلامة الإنسان بصورة تحول دون الحصول على الاعتراف دون مراعاة إرادة المعترف الحرة، سيان وقوع ذلك من خلال استخدام الشدة أو العنف، أو أي وسيلة أخرى من شأنها التأثير على إرادة المشتبه فيه^[2].

وعليه فمن المبادئ الأساسية لحرية الأثبات هو توافقها من حقوق الإنسان وهو ما سيتم تناوله في هذا الفرع من خلال الحديث عن مساس الدليل بحرمة الحياة الخاصة وتعارضه مع حرمة الجسد.

[1] د. أحمد عوض بلال، مرجع سابق، ص 28.

[2] د. معتصم مشعشع، مرجع سابق، ص 56.

أولاً: مساسُ الدليلِ بجرمةِ الحياةِ الخاصة:

تعدُّ الحرية الشخصية وسلامة الحياة الخاصة من المبادئ اللصيقة بالصفة الإنسانية، كفلتها كافة المواثيق الدولية^[1] والتشريعات المحلية، فمنحتها الحصانة والحماية اللازمة لدرجةٍ يمكنُ معها القولُ بأنها ارتدت عباءة القدسية، فالخصوصية حقٌّ إنساني أصيل، وهي جوهرُ الحفاظِ على الكرامة الإنسانية، فلكل فرد الحق في المحافظة على أسراره الخاصة وعلى حرمة مسكنه، فلا يجوزُ المساسُ بتلك الخصوصية إلا في حدود ما نص عليه القانون، وبالقدرِ الضروري لتحقيق غاية المشرع في الحفاظِ على مصلحة المجتمع. ويقصدُ بجرمة الحياة الخاصة بمعناه الواسع "العيش بمنأى عن تلصص الغير"، وقد ساهمَ التطورُ العلمي والنقني في ظهورِ أشكالٍ مختلفةٍ من الاعتداء على الحياة الخاصة، نتيجة تعدد الأجهزة والمعدات التي تستعملُ في انتهاك الخصوصية، وبالتالي أصبح من الأهمية بمكان إحاطة الخصوصية الفردية بضماناتٍ تقفُ حائلاً دون الاعتداء على الحياة الخاصة.

وبتتبعٍ بسيطٍ لإجراءاتِ التقصي والبحث عن الأدلة، نجدُ أن من أخطر الإجراءات الماسة بخصوصية الأفراد هو إجراءُ التنقيش، وبالتالي فقد كان لزاماً على المشرع إحاطة الدليل الناشئ عن هذا الإجراء بمجموعةٍ من الضوابط تحول دون خروجه عن نطاق الشرعية الإجرائية. وعليه حرصَ الدستورُ السوري^[2] في المادة 36 منه على النص على أن "للمساكن حرمةً فلا يجوزُ دخولها ولا تفتيشها إلا بأمرٍ قضائي مسبب وفقاً لأحكام القانون"، وإعمالاً لهذا النص أكدت المادة 89 من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري في معرض حديثها عن أعمال قاضي التحقيق على أنه "لا يجوزُ دخولُ المنازل

^[1] على المستوى الدولي يعدّ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10/12/1948 أول وثيقة دولية تكرس الحق في احترام الحياة الخاصة، حيث قضت المادة (12) منه بعدم جواز التدخل التعسفي في حياة الأفراد الخاصة، أو عائلته، أو مسكنه، أو مراسلاته، أو الاعتداء على شرفه وسمعته". انظر د. محمد حسن قاسم، الحماية القانونية لحياة العامل الخاصة في مواجهة بعض مظاهر التكنولوجيا الحديثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011، ص14.

^[2] الدستور السوري لعام 2012

وتفتيشها إلا إذا كان الشخص الذي يراد دخول منزله وتفتيشه مشتبهاً فيه بأنه فاعلُ جرمٍ أو شريكٍ أو متدخلٍ فيه أو حائزٍ أشياء تتعلق بالجرم، أو مخفٍ شخصاً مدعى عليه^[1].

من جهة ثانية مثل إجراء التنصت ومراقبة المكالمات الهاتفية أحد أخطر تلك الأدوات، لما ينطوي عليه من مساس بأدق تفاصيل مكنونات حياة الفرد الخاصة. وعليه فقد تبنى الدستور السوري حق الإنسان في خصوصية المكالمات والمراسلات الخاصة وهو ما أكدت عليه المادة 36 منه حيث نصت على أن "للحياة الخاصة حرمةٌ يحميها القانون" كما نصت المادة 50 من القانون الاتصالات رقم (18) لعام 2010: على أنه "تكون للاتصالات بين المستخدمين صفةً الخصوصية، ويتخذ كل مرخصٍ له جميع الإجراءات الكفيلة بضمان سرية وخصوصية بيانات المشتركين لديه"

تأسيساً على ذلك لا بد لعناصر الضابطة العدلية من مراعاة حرمة الخصوصية الفردية في كافة الإجراءات التي تتبعها، بهدف ملاحقة الفاعلين سواء كان ذلك عن طريق التفتيش أو التنصت أو سواه من الأساليب العلمية الحديثة، ولا مجال للقبول بانتهاك حقوق الأفراد بداعي العمل بمبدأ حرية الإثبات، لما رتبته المشرع من قيود على تلك الحرية.

ثانياً: مساس الدليل بحرمة الجسد:

يعد الاعتداء على سلامة الأفراد أمراً منافياً للشرعية الإجرائية مناطه بطلان الدليل الناتج عنه، وعليه فقد عمل المشرع السوري على ضمان السلامة الجسدية للمشتبه فيه، من خلال إقراره بعدم مشروعية التعذيب أو الإكراه في سبيل انتزاع الاعتراف أو الدليل، فإذا كانت حاجة الجماعة لإشباع الشعور بالأمن تدفع أفراد المجتمع إلى أن تتوقع فعالية

^[1] تنص الفقرة 2 من المادة 64 من نظام خدمة الشرطة السورية على أنه: "في الليل لا يحق لها -الشرطة- الدخول إلى البيت إلا إذا حدث حريق أو طغت عليه المياه أو صدر من داخله استغاثة أو صراخ من شدة إصابة أحد ساكنيه.

كاملةً في قمع الجرائم والحد من وقوعها، فإن ذلك لا ينبغي أن يتم من خلال التجاوز على المبادئ الأساسية التي يفرضها المشرع، حيث يقع الالتزام على عناصر الضابطة العدلية بأن تؤدي مهمة كبح الجرائم بنزاهة من خلال الامتناع عن انتهاج طرق لا تتسق مع ضمانات المشتبه فيه^[1]، فاللجوء لأسلوب الإكراه المعنوي أو استخدام بعض الوسائل التي من شأنها التأثير على المشتبه فيه نفسياً، كجهاز كشف الكذب والتنويم المغناطيسي ويستتبع بطلان الدليل أو الاعتراف^[2].

تأسيساً على ذلك جرم المشرع السوري التعذيب^[3]، كما أقرّ بعدم صحة الدليل الناتج عنه حيث استقر اجتهاد محكمة النقض السورية على أنه "يجب إهمال الاعتراف المدلى به تحت تأثير التعذيب"^[4]، كما قضت على أن "الاعترافات الأولية الحاصلة نتيجة الضرب والتعذيب والشدة لا يجوز الأخذ بها، والقرائن المستمدة من هذه الاعترافات لا قيمة لها"^[5].

وعلى الرغم من صرامة المشرع اتجاه المساس في السلامة الجسدية في سبيل الحصول على دليل، إلا أن تأثير التقدم في الاعتماد على الأبحاث العلمية والتكنولوجية في سبيل الحصول على الأدلة الجزائية، ساهم في ظهور أساليب حديثة من شأنها المساس بالسلامة الجسدية للمشتبه فيه تتعلق بكشف هوية الجاني وإثبات إسناد الجريمة له. ولعل ما يميز استخدام التقنيات الحديثة هو ضيق مجال التشكيك فيها إذ تكون نسبة الخطأ

[1] د. معتصم مشعشع، مرجع سابق، ص56.

[2] د. سليمان عبد المنعم، أصول المحاكمات الجزائية، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص335

[3] المادة (53) من دستور الجمهورية العربية السورية لعام 2012 والمواد (391) و(556) من قانون العقوبات السوري

[4] نقض سوري، جناية 237ق426 ت، 1968/5/23، رقم 24، المجموعة الجزائية لقرارات محكمة النقض، للأستاذ المحامي ياسين الدرzkلي، طبعة ثانية، 1992.

[5] نقض سوري جناية 25ق96 ت، 1990/2/25، رقم 23، المجموعة الجزائية لقرارات محكمة النقض للأستاذ المحامي ياسين الدرzkلي، الطبعة الثانية، 1992

فيها ضئيلة^[1] كما أن استخدامها يخضع لقاعدة حرية الإثبات^[2] ولا سيما وأن المشرع لم ينظم آلية اللجوء إليها.

وفي رأينا أن القبول بالمساس بحرمة الجسد بحاجة لنص قانوني يبيحه، إذ أن المساس بالحقوق الأساسية للإنسان لا يكتسب المشروعية إلا في الأحوال التي يجيزها القانون صراحة، وعليه لا يحق لجهات التحقيق إخضاع المشتبه فيه لأي إجراء من شأنه المساس بسلامته الجسدية ما لم ينص القانون عليه بصورة صريحة.

وصفوة القول إن حرية الإثبات تقتضي التقيد بالضوابط التي وضعها المشرع عند تنظيم إجراءات التحقيق، وذلك بهدف إبقاء الإجراء ضمن حدود الضرورة التي تبرر استعماله من قبل السلطة المختصة، مع التأكيد على أن حرية الإثبات لا تحول دون التحقق من مشروعية الدليل و سلامته. كما أن استخدام الأساليب العلمية الحديثة في مجال الإثبات بصورة تمس السلامة الجسدية للمشتبه فيه، يقتضي التنظيم القانوني السليم لها، فلا بد أن تغلف بمجموعة من الضمانات التي تؤمن سلامة الدليل، وأن يكون ذلك المساس - إن حدث - بالمقدار الذي تقتضيه ضرورة الإثبات، وبما يتناسب مع تحقيق هذه الغاية، فأبي تجاوز هذه الحدود سيكون من قبيل التعسف، ويمثل إهداراً لحقوق الإنسان^[3] وبالتالي يخرج عن السياق الذي قصده المشرع بإقرار مبدأ حرية الإثبات.

تأسيساً على ما سبق، وبعد بيان مبدأ حرية الإثبات، وما يتطلبه من حظر استبعاد أدلة معينة وحظر تحديدها، وبين ما تقتضيه متطلبات العدالة من عدم المساس بالسلامة الجسدية وخصوصية الأفراد، فإن الصورة لا تكتمل إلا من خلال البحث في القواعد التي يتعين أن تضبط الوسائل المستخدمة في التحصل على الدليل وبيان مدى توافقها مع

[1] د. حمد حسن شريف، مرجع سابق، ص 200.

[2] نصت المادة 6 من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري على أنه: موظفو الضابطة العدلية مكلفون استقصاء الجرائم وجمع أدلتها والقبض على فاعليها واحالتهم للمحاكم الموكل إليها أمر معاقبتهم.

[3] د. سامي صادق ملا، اعتراف المتهم، دار النهضة، العربية، القاهرة، 1969، ص 134

متطلبات العدالة، وهو ما سيتم تناوله في المطلب الثاني من البحث من خلال الحديث عن مبدأ نزاهة الدليل.

المطلب الثاني: مبدأ نزاهة الإثبات الجزائي

لا يكفي في الإثبات الجزائي أن تصلح جميع الأدلة للإثبات فحسب، بلا لا بد من إحاطة تلك الوسائل بالمشروعية الإجرائية، فإذا كان مبدأ حرية الإثبات يتيح اللجوء إلى كافة الأدلة دون تقييد، فإن قبول الدليل مقيدٌ بـمشروعية وسيلة الحصول عليه، فعلى سبيل المثال يعد الاعتراف سيد الأدلة وهو يصلح للإثبات إلا أنه وفي حال حصول عليه بواسطة التعذيب، يفقد مشروعيته، فتصبح مشروعية الحصول على الدليل قيداً على حرية الإثبات^[1].

ويجب الإشارة هنا إلى ضرورة التمييز بين مشروعية الدليل وبين مشروعية الإثبات إذا أن ما نقصده في نزاهة الإثبات هو اللجوء إلى وسيلة مشروعة في عملية الإثبات، فقد يكون الدليل مشروعاً بحد ذاته كـالاعتراف أو الوثائق التي تم الحصول عليها عن طريق التفتيش إلا أن الخلل أو عدم المشروعية تعتري وسيلة الحصول على الدليل^[2]. وبصورة عامة يحكم البحث عن الدليل نوعان من أنواع القواعد القانونية:

1- قواعد خاصة، يحدد من خلالها القانون الإجراءات الواجب اتباعها للوصول إلى دليل معين، ويتم من خلال هذا النوع من القواعد إخضاع البحث عن الدليل لأشكال قانونية خاصة، ويترتب على عدم مراعاتها عند البحث عن الدليل بطلان الدليل، واستبعاده، مثال ذلك عدم مراعاة الإجراءات الواجبة الاتباع عند القيام بالتفتيش من أجل ضبط ما يساعد على كشف الحقيقة.

2- قواعد قانونية عامة وهي على خلاف الخاصة تُعنى بتحديد الناحية التقنية في إجراءات البحث عن الدليل، دون أن تختص بالضرورة بدليل بعينه، فالقواعد

[1] د. سعيد كوارى، مرجع سابق، ص 60.

[2] د. معتصم مشعشع، مرجع سابق، ص 58.

القانونية التي تحظرُ الاعتداءَ على السلامة الجسدية، وتصونُ حقوقَ الدفاع، جميعها من القواعد التي تحكمُ مشروعيةَ الدليل بصفةٍ عامةٍ^[1].

وبالتالي فإنَّ تحديدَ الإطار الذي تجري في حدوده عمليةُ البحثِ عن الأدلة يقتضي الأخذَ بمبدأ النزاهة أيضاً، وهو المبدأ الذي يحكمُ عملَ أجهزة السلطة العامة في البحث، ولعلَّ أبرز ما يميز مبدأ النزاهة عن القواعد التي ذكرناها (العامة- الخاصة) هو أنها تستمدُّ وجودها من الأخلاق. حيث تتكاملُ قواعدُ الأخلاق مع قواعد القانون لتحقيق مشروعية الدليل، فإذا كانت قواعدُ القانون تحكم سلامة الدليل من الناحية التشريعية، فإن قواعد الأخلاق تحكم سلوك أفراد السلطة العامة حينما يقومون بتطبيق القانون^[2]. تأسيساً على ذلك يقتضي البحثُ في مبدأ النزاهة تحديد مفهوم هذا المبدأ ومحدداته قبل الانتقال للبحث في تقييد مشروعية الدليل بنزاهة البحث عنه.

الفرع الأول: مفهوم مبدأ النزاهة في البحث عن الأدلة.

كما ذكرنا سابقاً لم ينص القانونُ بصورةٍ صريحةٍ عن هذا المبدأ، وإنما يستمدُّ وجوده من الأخلاق، فلا بدُّ من ضوابط أخلاقية تُراعِيها عناصرُ الضابطة العدلية عند القيام بالأعمال المكلفين بها في سبيل الحصول على الدليل.

يقصدُ بمبدأ النزاهة في سياقِ البحثِ عن الأدلة "الالتزامُ عناصرِ الضابطة العدلية بالقواعد الأخلاقية، والامتناعُ عن إحداث أي تدليسٍ من شأنه أن يعيبَ البحث عن الحقيقة وإثباتها، من خلال تجنب استخدام الحيلة والخداع للحصول على الدليل، كاستراق السمع من خلف الأبواب والتلصص، أو التنصت. الخ^[3]. وعلى الرغم من سمو هذا المبدأ إلا أن الأخذَ به قد يخلقُ إشكاليةً ترتبطُ بصعوبةِ البحث عن الدليل، وذلك لم يرتبه من تعطيلٍ لفاعلية البحث من خلال اللجوء للخداع والحيل. ومع ذلك فقد أيدَّ بعضُ الفقهاء الأخذَ بهذا المبدأ على أساس أن البحث عن الأدلة لا بدُّ أن ينطلقَ من احترام

[1] د. محمد سعدون، مرجع سابق، ص35.

[2] د. حمد حسن شريف، مرجع سابق، ص199.

[3] د. معتصم مشعشع، مرجع سابق، ص 61.

حرية إرادة الأفراد، فأى عمل تقوم به السلطة المختصة بالبحث عن أدلة الجريمة وجمعها يجب أن يتسم بالنزاهة بصورة تحول دون إضعاف إرادة المشتبه فيه، فالحيلة والخداع أو الغش أو التدليس أو الوعد أو التهديد من شأنها أن تؤدي إلى فقدان عامل النزاهة في البحث عن الدليل^[1]، ولعل من أبرز المعايير التي تحدد هذا المبدأ تتجلى بمدى مراعاة وسيلة البحث لحقوق الأفراد من جهة والمحافظة على الاعتبار الواجب للقضاء من جهة ثانية.

أولاً: مراعاة حقوق الدفاع.

لعل أبرز المحددات المرتبطة بنزاهة الدليل تتمثل بمراعاته لحقوق الدفاع و ضمانات المشتبه فيه، حيث يصعب عزل النزاهة في البحث عن الدليل عن احترام حقوق الدفاع، وعليه يقتضي هذا المبدأ عدم الأخذ بالدليل الناتج عن اعتراف المشتبه به، طالما أن ذلك تم دون مراعاة إرادة المشتبه فيه، سيان في ذلك أن تم الحصول على الاعتراف بواسطة استخدام التعذيب أو عن طريق اللجوء للحيلة والخداع، فإذا سلمنا بعدم مشروعية الدليل الناتج عن التعذيب لمساسه بحق الإنسان في السلامة الجسدية والنفسية، فيتعين علينا القول بعدم مشروعية الدليل الناتج عن اللجوء لأساليب تحجب معها حرية إرادة المشتبه فيه وسلامتها على أساس اشتراكهم بعلة عدم المشروعية والمتمثلة بالمساس بسلامة المشتبه فيه وحقه في الدفاع أو الصمت^[2].

بناءً على ذلك ليس لعنصر الضابطة العدلية القيام بأية أعمال تهدف للعثور على أدلة على الجريمة المرتكبة مالم يتقيد بالشرعية الإجرائية ونزاهة الوسيلة، ولعل الباحث في القانون السوري والاجتهادات القضائية، يرى قصوراً تشريعياً واضحاً، وشحاً في الأحكام القضائية النازمة لأعمال البحث الأولي، ومع ذلك فقد أكدت محكمة النقض السورية على ضرورة الالتزام بمشروعية الدليل المقدم حيث قضت " إن الحق في تقدير الأدلة

[1] د. محمد سامي النبراوي، استجواب المتهم، دار النهضة، القاهرة، 1969، ص423.

[2] د. سامي صادق ملا، مرجع سابق، ص 135

المقدمة منوطاً بسلامة تقدير مشروعية الدليل والاستدلال فإذا كانا غير سليمين وكانا قائمين على أسسٍ ضعيفةٍ وركائزٍ واهيةٍ، فإنَّ الحكم الصادرَ يكونُ خاضعاً لرقابةٍ محكمةٍ النقض^[1]. ويُلاحظُ من الحكم المشارِ إليه أعلاه بأنَّ مناطَ أعمالِ الضابطةِ العدليةِ يقومُ على شرعيةِ الأساليبِ المستخدمةِ في عمليةِ جمعِ الأدلةِ والاستقصاءِ ومراعاةِ حقوقِ الدفاعِ وإلا كان جزائها البطلان.

ثانياً: مراعاةُ حقِ المجتمعِ والعدالةِ الجزائيةِ.

لا شك بأنَّ الأخذَ بمبدأِ نزاهةِ الوسيلةِ على إطلاقهِ من شأنه أن يطرحَ تساؤلاً يرتبطُ بأثرِ ذلك على ظاهرةِ ازديادِ الجرائمِ وتنامي خطورتها مع صعوبةِ إيجادِ الدليلِ في الظلِّ الالتزامِ المطلقِ بمبدأِ النزاهةِ، فكيف يطلبُ من الأجهزةِ القائمةِ على تحقيقِ العدالةِ القيامَ بعملها بكفاءةٍ وفاعليةٍ بهدفِ قمعِ الجرائمِ، وفي الوقتِ نفسه يطلبُ منها أن تؤدي هذه المهمةَ بنزاهةٍ.

وعليه فقد اقتضى الأخذُ بهذا المبدأِ تحقيقُ نوعٍ من التوازنِ بين مصلحةِ المجتمعِ في تحقيقِ العدالةِ الجزائيةِ، وبين التزامِ السلطاتِ المكلفةِ بالبحثِ عن الأدلةِ بأصولِ وقواعدِ النزاهةِ، وعليه لا يعتبرُ كل خداعٍ مستخدمٍ ضمنَ وسائلِ الكشفِ عن الجريمةِ وجمعِ أدلتها مناقضاً للنزاهةِ التي تتطلبها أعمالُ البحثِ، فعلا سبيلِ المثالِ فإن تتكرر عنصرِ الضابطةِ العدليةِ أو انتحالِ اسمِ غيرِ حقيقيِ أو تسلُّهُ لموقعِ الجريمةِ لا يعدُّ من قبيلِ الأعمالِ التي تمسُ مبدأِ النزاهةِ، حيثُ تكونُ الحيلةُ في بعضِ الأحيانِ الوسيلةَ الوحيدةَ المتاحةَ ولا سيما في بعضِ الجرائمِ المنظمةِ كجرائمِ الإرهابِ والاتجارِ بالسلاحِ أو المخدراتِ^[2].

وهو ما أكدتهُ محكمةُ النقضِ المصريةُ في الكثيرِ من الاجتهاداتِ القضائيةِ التي بينتِ بموجبها ضوابطَ شرعيةِ أعمالِ الضابطةِ العدليةِ فنصت على أنه: "يجوزُ لمأمورِ الضبطِ

^[1] قرار رقم 11 أساس 57، 1990/01/31 المنشور في القاعدة رقم 462 من مجموعة أحكام النقض في قانون

أصول المحاكمات الجزائية السوري من عام 1988 وحتى 2001.

^[2] د. سعيد الكواري، مرجع سابق، ص54.

القضائي أَنْ يَتَّبِعَ أَيَّ إِجْرَاءٍ أَوْ يَسْتَعْمَلَ أَيَّةَ وَسِيلَةٍ يَرَاهَا مَنَاسِبَةً لِلتَّحْرِيزِ عَنِ الْجَرَائِمِ بِقَصْدِ اكْتِشَافِهَا، وَلَوْ اتَّخَذَ فِي سَبِيلِ ذَلِكَ التَّخْفِيَّ وَانْتِحَالَ الصِّفَاتِ حَتَّى يُأَنَسَ الْجَانِي لَهُ وَيَأْمَنَ جَانِبَهُ وَلِيَتِمَّكَنَ مِنْ أَدَاءِ وَاجِبِهِ، مَا دَامَ أَنَّ إِرَادَةَ الْجَانِي تَبْقَى حُرَّةً غَيْرَ مَعْدُومَةٍ^[1].

كما قضت في مواقعٍ أخرى على أنه لمأمور الضبط القضائي أن يختار لمعاونته في مهمته المرشدين أو المخبرين السريين لجمع المعلومات التي يحتاج إليها ولو أبقى ذلك سراً مجهولاً^[2]. كما أجاز البعض تصوير المشتبه فيه من قبل الشرطة من أجل عرض صورته على المجني عليه والشهود فقط، كما أن لأعضاء الضابطة الاستعانة بوسائل التكنولوجيا الحديثة، ومنها أساليب الاستعراف بطريق فحص الحامض النووي DNA، في إتمام مهام البحث الأولي التي يكلفون بها^[3].

غير أنه لا يجوز لعنصر الضابطة العدلية بقصد الكشف عن جريمةٍ أخرى القيام بأعمالٍ غير مشروعةٍ، مثل استراق السمع والمشاهدات التي تجري خلسةً داخل المساكن^[4]. كما يُحظرُ اللجوءُ إلى التحريض على ارتكاب الجرائم من أجل ضبطها وتسهيل التعرف على مرتكبيها^[5].

تأسيساً على ما سبق فإنَّ العلاقة بين محددات النزاهة وبين العادلة الجزائية تأخذ صبغة العلاقة العكسية، فكلما ازدادت الفاعلية المتوقعة من أجهزة السلطة العامة، وخطورة الجريمة كلما ضاقت متطلبات النزاهة المطلوبة من عمل هذه الأجهزة، وبالتالي ولما كانت مرحلة البحث الأولي هي أولى مراحل البحث وأكثرها خطورة فإنَّ ما يقبل القيام به من أفراد الضابطة العدلية في هذه المرحلة يكون أكثر مقبولية، لجهة عدم التشدد في

[1] نقض مصري رقم 52، س31، 1980/2/24، مجموعة أحكام النقض المصرية، ص262.

[2] نقض مصري، رقم 157، س15، 1986/10/37، مجموعة أحكام النقض المصرية، ص250.

[3] د. أحمد لطفي السيد، الشرعية الإجرائية وحقوق الإنسان، منشورات جامعة المنصورة، مصر، 2004، ص 104.

4 قرار رقم 278 أساس 1994/2/21، المنشور في القاعدة رقم 545 من مجموعة أحكام النقض في قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري، مجموعة الدركلي، من عام 1988 وحتى 2001.

5 د. أحمد لطفي السيد، مرجع سابق، ص 104.

محددات النزاهة عند البحث عن الدليل، نظراً لما تقتضيه طبيعة هذه المرحلة من سرعة البحث وإيجاد الدليل والحرص على عدم ضياعه.

من جهة ثانية فإن طبيعة العمل هي التي تحدد مقبوليته أو عدمها، بغض النظر عن صفة القائم به، فأعمال البحث الأولى التي يقوم بها أفراد الضابطة العدلية بالنيابة عن قاضي التحقيق تخضع لمحددات النزاهة ذاتها التي يتعين توافرها في أعمال النيابة العامة، كما يختلف الأمر فيما إذا كان العمل ذو صفة قضائية أو غير قضائي، أو وقت وقوع الإجراء إذا ما تمّ قبل كشف مرتكب الجريمة وبداية التحقيق، أو بعد شروع النيابة العامة بالتحقيق، فما يتوافق مع النزاهة في الحالة الأولى قد لا يتسق مع متطلباتها في الحالة الثانية^[1].

الفرع الثاني: تقييد البحث عن الأدلة.

تقتضي القاعدة العامة في عملية البحث عن أدلة الأثبات أن يتمّ التقصي عن الأدلة من قبل عناصر الضابطة العدلية لتقديمها للقضاء، وهو ما يفترض الالتزام بمبدأ النزاهة ولكن السؤال المطروح هنا هو عن مدى سلطة الشخص العادي في البحث عن أدلة الجريمة التي يدعي وقوعها، وهو ما سنناقشه في هذا الفرع، من خلال الحديث عن التزام عناصر الضابطة العدلية بمبدأ النزاهة، قبل الحديث عن مدى التزام الأشخاص العاديين بمبدأ النزاهة عند البحث عن الدليل.

أولاً: التزام عناصر الضابطة العدلية بمبدأ النزاهة.

تمثل مرحلة البحث الأولى أولى مراحل البحث عن الأدلة، وبالتالي فإن الضابطة العدلية تتمتع بمرونة أكبر خلال عملها في البحث عن الدليل، وقد انعكس ذلك على مبدأ النزاهة من خلال تتطلب درجة أقل من الصرامة، ويعود ذلك لغاية تحقيق العدالة الجزائية بما تمثله من سبب مشروع للحد من الدور الذي تؤديه النزاهة في البحث عن الأدلة لمصلحة التوسع في حرية الإثبات، ويمكن تبرير هذا التوجه وفق الآتي:

[1] د. معتصم مشعشع، مرجع سابق، ص 67.

1- تختلف طبيعة العمل الذي يقوم به عناصر الضابطة العدلية عن العمل الذي تقوم به أجهزة القضاء، باعتبارهم مكلفين بالتحري واستقصاء الجرائم، ويتحتم أن يكونوا على علاقة مباشرة بمسرح الجريمة، بالتالي فأخلاقيات المهمة التي تحكم عمل الضابطة العدلية تختلف عن تلك التي تحكم عمل القضاة^[1].

2- تتسم متطلبات البحث والاستقصاء الذي يقوم به عناصر الضابطة العدلية بدرجة عالية من الصعوبة، حيث يتطلب القيام به قدرًا من المرونة وحرية على خلاف الحال في الدعوى الجزائية، فيبدأ عمل الضابطة العدلية من الصفر حيث لا توجد دلائل يمكن الاستناد إليها في توجيه الشبهات في اتجاه معين^[2].

3- يجري عمل الضابطة العدلية تحت تأثير الرأي العام الذي يطالب بالكشف عن الجريمة على وجه السرعة، الأمر الذي يفرض عليها أن تمارس نوعاً من المرونة في الالتزام بمبدأ النزاهة في مرحلة البحث الأولى.

وعلى الرغم من الحجج التي تم ايرادها، إلا أن نسبية النزاهة في تقييد البحث لا تعني مطلقاً تحلل الضابطة العدلية من التزام بالنزاهة في البحث عن الأدلة في مرحلة البحث الأولى، وهو ما سنناقشه من خلال الحديث عن بعض أساليب عناصر الضابطة العدلية في البحث عن الأدلة كالخداع والتحريض.

أ. اللجوء للحيلة والخداع.

من حيث المبدأ لا يتسق لجوء عناصر الضابطة العدلية للخداع مع مقتضيات النزاهة في البحث عن الأدلة، لما يمثله من اعتداء على حرية الإرادة، فانتحال عنصر الضابطة العدلية لصفة الزميل في الزنانة أو التكرُّ بهيئة أخرى وعدم التصريح بصفته، أو حمل الغير على الاتصال بالمشتبهِ فيه، وتسجيل ما يدور بينهما من أحاديث دون علم الأخير يعدُّ ضرباً من ضروب الخداع، من شأنها أن تغالط المشتبه فيه وتعيب إرادته، ولا يغير

[1] د. سعيد كوارى، مرجع سابق، ص 70.

[2] د. سليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص 334.

ذلك نبذ الغاية المتمثلة في الوصول إلى أدلة الجريمة^[1]، الأمر الذي يطرح الإشكالية حول بطلان الدليل الناتج عنها.

مما لا شك فيه أنّ القول باستبعاد الأدلة الناشئة عن تلك الحيل من شأنه أن يصعب المأمورية على عناصر الضابطة العدلية، ويضعف من فاعلية العدالة الجزائية ومكافحة الجريمة، فالضرورة تقتضي تطبيق مبدأ النزاهة بصورة نسبية، على أن تلك النسبية لا تجري على إطلاقها، ولا بدّ من ضوابط تحكمها ترتبط بطبيعة الجريمة المراد إثباتها ودرجة جسامتها، وخطرها على المجتمع، عملاً بقاعدة الضرورات تبيح المحظورات.

إلا أنه وفي ظل الفراغ التشريعي، فإنّ تطبيق مبدأ التناسب بين مبدأ النزاهة مع خطورة الجريمة إنما يرتبط بإرادة الضابطة العدلية، والتي غالباً ما تكون منفلتة تقودها الرغبة الجامحة في كشف ملابسات الجريمة، وتخضع للمعيار الشخصي مع ما يحملة من تعسف في التطبيق العملي من قبل عناصر الضابطة العدلية، وهو ما يمثل إخلالاً بالمساواة في الحريات الشخصية الواجب مراعاتها، ويقتضي تدخل المشرع لنظم هذه المسألة، من خلال وضع ضوابط في ظل الصمت التشريعي حول اللجوء للخداع أثناء التحقيق، - حيث بقي نص المادة 6 من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري عاماً لجهة تحديد مشروعية الوسائل المتاحة في عملية تقصي الجرائم وجمع الأدلة-، وبالتالي فإنّ منط تلك الوسائل في تقديرنا يبقى تحت سقف مبدأ المشروعية الإجرائية وقرنية البراءة.

ب. التحريض على الجريمة.

يقصد بالتحريض على الجريمة خلق فكرة الجريمة لدى الشخص، ثمّ تدعيم هذه الفكرة كي تتحول إلى تصميم على ارتكاب الجريمة^[2]، أو هو خلق العزم عمداً في ذهن الجاني على ارتكاب جريمة معينة، وهو عبارة عن إيجاد التصميم والعزيمة على ارتكاب وتنفيذ

[1] محمد سامي النبراوي، مرجع سابق، ص 425.

[2] د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام. دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الثامنة.

الإسكندرية. مصر، 2017، ص 485 وما بعدها.

الجريمة، ويطرُح استخدامُ التحريضِ في الحصولِ على الدليلِ تساؤلاً حولَ الأسبابِ التي يستند إليها حظرُ التحريضِ، إذ يعدُّ التحريضُ على الجريمةِ بما يمثلهُ من خلقِ فكرةِ الإقدامِ عليها لدى الجاني خروجاً صارخاً عن إطارِ النزاهةِ التي يجب أن تحكمَ البحثَ عن الدليلِ، فضلاً عن تنافيه مع الدورِ المناطِ بالضابطةِ العدليةِ المتمثلِ في مكافحةِ الجريمةِ لا التحريضِ عليها.

ويتعيَّن من أجلِ الوقوفِ على التحريضِ المحظورِ إعمالُ التفرقةِ بين التحريضِ على الجريمةِ والذي يعد جريمةً بحد ذاته، وبين التحريضِ على الدليلِ الذي يخرجُ عن نطاقِ التحريضِ المحظورِ. حيثُ يتطلبُ التحريضُ على الجريمةِ مساهمةً إيجابيةً في وقوعِ الجريمةِ، وبالتالي فإن اتخاذاً الضابطةِ العدليةِ لموقفٍ سلبي من وقوعِ الجريمةِ من خلالِ تركِ الجريمةِ تقع تحت مراقبتهم من أجلِ القبضِ على جميعِ المساهمين فيها في حالةِ جرمِ مشهود لا يعد تحريضاً صورياً^[1].

فعلا سبيلِ المثالِ قيامُ عنصرِ الضابطةِ العدليةِ بطلبِ شراءِ موادٍ محظورةٍ من المشتبهِ فيه أو استعانتهُ المشتبهِ فيه بأحدِ الأطفالِ في منطقةٍ يشيعُ فيها حوادثُ الخطفِ من أجلِ القاءِ القبضِ على الفاعلِ متلبساً، لا يُعدُّ من قبلِ التحريضِ الذي يتنافى مع أعمالِ النزاهةِ طالما أنَّ دوره توقيفٌ عند جمعِ أدلةِ الجريمةِ التي وقعت أو بدئٌ في تنفيذها. ذلك أن التحريضَ المحظورَ هو الذي يؤدي إلى وقوعِ جريمةٍ ما كانت لتقع لولا تحريضَ عنصرِ الضابطةِ العدليةِ على عكسِ التحريضِ الحاصلِ بهدفِ الحصولِ على أدلةِ الجريمةِ^[2].

تأسيساً على ذلك وعلى الرغمِ من طبيعةِ مرحلةِ البحثِ الأولي التي تقتضي تضيقَ الدورِ الذي يمكنُ للنزاهةِ أن تؤديه في تقييدِ عملِ الضابطةِ العدليةِ في البحثِ عن الأدلةِ

[1] د. أماني أحمد، جريمة التحريض في الفقه القانوني، مقال منشور، منتدى كلية الحقوق، جامعة المنصورة،

مصر، 2008، <http://www.f-law.net>

[2] د. محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للمحرض على الجريمة. دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى. القاهرة.

مصر، 2013، ص22.

لمصلحة التوسع في حرية الإثبات، إلا أن ذلك الأمر يقتضي النسبية في التطبيق وبما يتوافق مع ضوابط المشروعية التي تهدف لصيانة حقوق الأفراد وسلامتهم.

ثانياً: التزام الأشخاص العاديين بمبدأ النزاهة عند البحث عن الدليل.

ذكرنا سابقاً أن مبدأ النزاهة يحكم عمل أفراد السلطة في البحث عن الأدلة، وهو ينظم إجراءات البحث عن الأدلة من قبل أعضاء الضابطة العدلية، الأمر الذي يطرح الإشكالية المرتبطة بمدى تقييد الأشخاص العاديين بمبدأ النزاهة في إطار بحثهم عن دليل لإثبات الجريمة.

فقد يحدث في بعض الأحيان أن يسعى المجني عليه للعب دور في البحث عن الدليل، فيعمل على سد النقص الذي قد يعتور عمل عناصر الضابطة العدلية، فعلى سبيل المثال قد يمتلك المجني عليه بعض الأدلة عن الجريمة التي وقعت ضده كامتلاكه لتسجيلات صوتية أو أجهزة مراقبة، على الرغم من أن استخدام تلك الأجهزة من قبله قد يكون غير شرعي ويخل بمبدأ النزاهة^[1].

وعلى الرغم من عدم التطرق التشريعي لإمكانية أخذ أو استبعاد تلك الأدلة إلا أن بعض الفقهاء يرى بأن الأصل بالنسبة للأدلة المقدمة من قبل الأفراد هو الإطلاق، إذ لا يوجد بين القواعد القانونية ما يسمح للقاضي الجزائي باستبعاد أدلة الإثبات المقدمة من الأفراد استناداً إلى أنه قد تم الحصول عليها بطريقة غير مشروعة، فهي تخضع للقناعة الوجدانية للقاضي عند تقدير الأدلة، وعليه فإن التسجيل الذي يقوم به موظف عام بصفته مجني عليه في جرم الرشوة يعد وسيلة يمكن بناء الدليل عليها لإثبات الجريمة التي وقعت ضده^[2].

تأسيساً على ذلك يذهب البعض للقول بأن مبدأ النزاهة الذي يحكم عمل الضابطة العدلية لا يقيّد المجني عليه الذي يملك اللجوء إلى كافة وسائل الإثبات للوصول إلى الدليل على

[1] د. معتصم مشعشع، مرجع سابق، ص 76

[2] د. معتصم مشعشع، مرجع سابق، 76.

وقوع الجريمة وإسنادها إلى الفاعل، وإن اتسمت هذه الوسائل بعدم النزاهة وذلك للأسباب التالية:

1- لا يعدُّ البحثُ عن الدليل بواسطة المجني عليه من إجراءاتِ البحثِ عن الأدلة فالمقصودُ بالإجراء، من الناحية القانونية، العملُ الذي يقومُ به قاضي أو عنصرٌ من عناصرِ الضابطةِ العدلية، سواءً كان في مرحلة البحثِ الأولي أو التحقيق الابتدائي، وعليه لا يترتبُ البطْلانُ على إخلالِ الشخصِ العادي بمبدأ النزاهة في الحصول على الدليل^[1].

2- من حيثُ المبدأ لا يُعدُّ ما يقدمهُ المجني عليه أمام القضاء من أجل إثبات الجريمة التي وقعت ضده دليل، وإنما يَعدُّ من قبيل القرائن، لذا فإنَّ عدم نزاهةِ الوسيلة التي تمَّ بواسطتها التحصلُ على هذه الدلائل لا يحولُ دون تقديمها أمام المحكمة وخضوعها لتقييم هيئة المحكمة، وبالتالي تدعيم قرارها في الإدانة أو البراءة.

3- قد يلعبُ المجني عليه الذي يساهمُ في إثباتِ الجريمة دوراً في تذليل الصعوبات التي تعترضُ عملَ السلطة العامة في العثورِ على أدلة الجريمة، طالما أنه لا يوجد سببٌ قانونيٌ يحولُ دون قبول مساهمته في تقديم الدليل، وبالتالي فإن عدم نزاهة الوسيلة لا يحولُ دون قبول الدليل طالما أنه يهدف إلى إظهار الحقيقة^[2]. وعلى الرغم من الأسباب التي تمَّ ذكرها سابقاً إلا أن الأمر لا يجري على إطلاقه إذا يشترط البعض لقبول الدليل من الأفراد الآتي:

- 1- أن يكونَ مقدّمُ الدليل أحدَّ الأطرافِ الخاصةِ بالجريمة.
- 2- ألا تكونَ عدمُ مشروعيةِ الوسائل المستخدمة على درجةٍ كبيرةٍ من الجسامة، فليس مقبولاً استخدامُ العنفِ مثلاً في الحصول على الدليل أو المساس بسلامة الأفراد الجسدية والنفسية.

[1] د. سعيد كوارى، مرجع سابق، ص 80.

[2] د. محمد سعدون، مرجع سابق، ص 45.

3- خضوع الدليل المتحصل لتقدير محكمة الموضوع والمناقشة الكافية والسماح لكافة الأطراف بمناقشة الدليل^[1].

تأسيساً على ما سبق يمكن القول بأن عدم تقييد الأفراد بمبدأ النزاهة في الحصول على الدليل إنما يخضع لاعتبارات تختلف عن تلك التي تقيّد عمل السلطة العامة، فإذا كان بالإمكان قبول عدم التقييد بمبدأ النزاهة من قبل الأفراد، فذلك لكونه لا يملك أيّاً من السلطات القسرية التي تملكها أجهزة السلطة العامة، كالنفتيش والقبض، والتي تتسم بطابع الخطورة والإكراه. الأمر الذي دفع لتقييد صلاحيات عناصر السلطة العامة بمبدأ النزاهة مع التأكيد بأن فاعلية العدالة الجزائية تركت الأثر الأكبر في تطبيق مبدأ النزاهة على الدليل بصورة نسبية تبعاً لخطورة الجريمة وجسامتها.

الخاتمة:

تناولنا في هذا البحث المبادئ الأساسية التي يقوم عليها لإثبات الجزائي، ولاسيما في مرحلة البحث الأولي، بما تتسم فيه هذه المرحلة من دقة وخطورة، نظراً لتساع صلاحية أعضاء الضابطة العدلية فيها، كما بينا أبرز الموقف الفقهية في ظل القصور التشريعي في تنظيم هذه المبادئ من خلال ترك الأمر على إطلاقه والأخذ بحرية الإثبات. كما بينا بأن الإثبات الجزائي يقوم على مبدئين أساسيين هما: حرية الإثبات بما يتضمنه من حظر استبعاد الأدلة أو تحديدها، ومبدأ مشروعية الدليل القائم على أساس النزاهة في عملية البحث والاستقصاء وتأسيساً على ذلك خلص البحث للنتائج التالية:

1- على الرغم من أنّ المشرع السوري قد أخذ بمبدأ حرية الإثبات بحسب نص المادة 175 من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري، إلى أنه أخضع ذلك للرقابة اللاحقة لمحكمة الموضوع على أساس أن حماية حقوق الأفراد وحياتهم يقضي التحقق من مشروعية الدليل.

¹ مشعشع، معتصم، 2013، إثبات الجريمة بالأدلة العلمية، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 79.

2- لا يكفي القولُ بمشروعيةِ الدليل للحيلولةِ دون وقوع الاعتداءِ على حقوق الإنسان على أساس أن الضروراتِ تبيحُ المحظورات، حيث يتعيّنُ إن يخضعَ البحثُ عن الدليل لمبدأِ النزاهةِ بحيث يحكمُ هذا المبدأُ عمل السلطة العامة في البحث عن الدليل.

3- يخضعُ مراعاة مبدأِ النزاهةِ في البحث عن الدليل لمعيارِ النسبية، فيكتسبُ هذا المبدأُ مرونةً في التطبيق كلما كانت الجريمةُ على نحوٍ أكبرٍ من الجسامة، وكلما كانت المرحلةُ الجزائيةُ ذات أثرٍ أكبرٍ على الدليل وعلى فاعلية العدالة الجزائية لذا نجدُ أنّ عناصرَ الضابطةِ العدليةِ تتمتعُ بحريةٍ أكبرٍ في مراعاة هذا المبدأ عن سواها من عناصر السلطة العامة (قضاة، نيابة عامة).

4- لا يقيدُ المجني عليه الذي يملكُ اللجوءَ إلى كافة وسائل الإثبات للوصول إلى الدليل على وقوع الجريمة وإسنادها إلى الفاعل، وإن اتسمت هذه الوسائل بعدم النزاهة مع مراعاة الضوابط الأساسية في البحث عن الدليل والمتمثلة في مشروعية الدليل وفق ما تم ذكره في متن البحث.

التوصيات:

1- معالجةُ القصورِ الحالي في تنظيم وسائل الحصول على أدلة الإثبات في قانون أصول المحاكمات الجزائية. من خلال النص الصريح على وضع ضوابط تنظم عملية الحصول على الدليل من قبل عناصر الضابطة العدلية، إذ أنّ التنظيم القائم لإجراءات البحث عن الأدلة في مرحلة البحث الأولي لم يعد يلبي احتياجات الواقع الحالي.

2- نشر الثقافة والوعي لدى عناصر الضابطة العدلية بصورة تحول دون اندفاع تلك العناصر متأثرة برغبة الجارفة في كشف الجرائم، من خلال التأكيد على مبدأ نزاهة الدليل المستمد من القواعد الأخلاقية.

- 3- عدم الأخذ بمبدأ نزاهة الدليل على إطلاقه بصورة تعطل فاعلية العدالة الجزائية، وذلك من خلال تنظيم إجراءات البحث عن الدليل اعتماداً على:
- أ. جسامه الجريمة من حيث خطورتها على المجتمع.
 - ب. طبيعة الجريمة وصعوبة إثباتها بالأساليب التقليدية.
- 4- تحقيق التناسب بين مصلحة المجتمع وبين حقوق الأفراد من خلال اتباع مسارٍ متوازي على صعيد الأخذ بحرية الإثبات بالتزامن مع النص على ضمانات لحقوق وحريات الأفراد تحول دون جموح عناصر الضابطة العدلية عن مبدأ مشروعية الدليل.

المراجع: أ. القوانين والتشريعات:

- 1- الدستور السوري لعام 2012.
- 2- قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري الصادر بموجب المرسوم التشريعي رقم 112 لعام 1950 وتعديلاته.
- 3- نظام خدمة الشرطة السورية الصادر بالقرار رقم 1962 لعام 1930.

ب. كتب وأبحاث علمية:

- 1- د. الكواري، سعيد، 2004- الإثبات بالأدلة العلمية، دار المناهل، الجزائر.
- 2- د. النبراوي، محمد سامي، 1969- استجواب المتهم، دار النهضة، مصر.
- 3- د. السيد، أحمد لطفي، 2004- الشرعية الإجرائية وحقوق الإنسان، منشورات جامعة المنصورة، مصر.
- 4- د. القبلاوي، محمود، 2013- المسؤولية الجنائية للمحرض على الجريمة. دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى. القاهرة. مصر.
- 5- د. أحمد، أماني، 2008- جريمة التحريض في الفقه القانوني، جامعة المنصورة، مصر، 2008.
- 6- د. بلال، أحمد عوض، 1994- قاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة بطرق غير مشروعة في الإجراءات الجنائية المقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.
- 7- د. بهنام، رمسيس، 1989- الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، القاهرة، مصر.
- 8- د. حسني، محمود نجيب، 2017- شرح قانون العقوبات القسم العام. دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الثامنة. الإسكندرية. مصر.
- 9- د. سعدون، محمد، 2013- الإثبات في المواد الجنائية، دار العلاء، الامارات العربية المتحدة.
- 10- د. سلامة، مأمون، 2001- الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار النهضة العربية، مصر.

- 11- د. شريف، حمد حسن، 2002- النظرية العامة للإثبات الجنائي، دار النهضة العربية، مطبعة حمادة الحديثة، مصر.
- 12- د. عبد المنعم، سليمان، 2005- أصول المحاكمات الجزائية، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان
- 13- د. قاسم، محمد حسن، 2011، الحماية القانونية لحياة العامل الخاصة في مواجهة بعض مظاهر التكنولوجيا الحديثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان.
- 14- د. مشعشع، معتصم، 2013- إثبات الجريمة بالأدلة العلمية، مجلة الشريعة والقانون، منشورات جامعة الإمارات العربية المتحدة.
- 15- د. مهدي، عبد الرؤوف، 2003- شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، مصر، 2003.
- 16- د. ملا، سامي صادق، 1969- اعتراف المتهم، دار النهضة، العربية، القاهرة، مصر.

Reference.

- 1- D. AL-Kuwari, S,2004-Evidence by Scientific Evidence, Dar Al Manahl, Algeria.
- 2- D. Al-Nabrawi, M, 1969-Interrogation of the accused, Dar Al-Nahda, Egypt.
- 3- D. Al Sayed, A, 2004-Procedural Legitimacy and Human Rights, Mansoura University Publication, Egypt.
- 4- D. Al-Qiblawi, M,2013-Criminal responsibility for the instigator of the crime, Dar Al-fekr Aljamiee, first Edition, Cairo, Egypt.
- 5- D. Ahmed, A,2008-Crime of incitement in jurisprudence, Mansoura University, Egypt.
- 6- D. Bilal, A,1994-Rule of exclusion of Evidence obtained illegally in comparative criminal proceedings, Dar al-Nahda, Cairo, Egypt.
- 7- D. Behnam, R,1989-Criminal Proceedings Rooting and Analysis, First Edition, Knowledge Facility, Cairo, Egypt.
- 8- D. Hosni, N, 2017- The Penal Code explains the general section, Dar Al-Matboaat Aljameaa, 8th Edition, Alexandria, Egypt.
- 9- D. Saadoun, M, 2013-Proof in Criminal Materials, Dar –Al-Ala, United Arab Emirates.
- 10-D. Salameh, M, 2001-Criminal Proceedings in Egyptian Legislation, Egypt.
- 11-D. Sharif, H, 2002-General Theory of Criminal Evidence, Dar Al-Nahda, Hamada Modern Press, Egypt.
- 12-D. Abdel Moneim, S, 2005-Criminal Trials, book II, Al Halabi Human Rights Publications, Beirut, Lebanon.
- 13-D. Qassem, H,2011= legal Protection of a work's private life in the face of some aspects of modern technology, Al-Halabi Human Rights Publications, Lebanon.
- 14-D. Mashasha,M, 2013-Proof of Crime by scientific evidence, Jurnal of Sharia and Law, University publications, United Arab Emirates.

- 15-D. Mahdi, A, 2003-Explaining the General Rules of Criminal Procedure, Dar Al-Nahda, Egypt,2003.
- 16-D. Mulla, S,1969, Confession of the accused, Dar Al-Nahda, Cairo, Egypt.

التحريض الصوري من قبل الضابطة العدلية

مقدمه: ضياء علي محمود

طالب دكتوراه - قسم القانون الجزائي - جامعة دمشق

إشراف: أ.د. بارعة القدسي

ملخص البحث:

يمثل التحريض الصوري صورةً من صور المساهمة الجزائية، ويقصدُ به ذلك النوع من التحريض الذي لا يقوم فيه المحرض إلا بنشاطه التحريضي من أجل تحقيق المصلحة التي تُحققها الجريمة عادةً لمن يرتكبها، أو من يُكلف الغير بارتكابها، ولكن من أجل تحقيق مصلحةٍ أخرى غير وقوع الجريمة وهي إيذاء المحرض، وذلك بدفعه إلى البدء في تنفيذ الجريمة، أو الشروع فيها حتى ينال العقاب المقرر لها، وللتحريض الصوري شروطٌ يجب توفرها، وأهمها أن يتجّه نشاط المحرض الصوري إلى الغير لأجل دفعه إلى القيام بفعل الجريمة والقبض على الجاني متلبساً بها، والشرط الثالث يتلخص بضرورة تدخل المحرض للحيلولة دون تحقق النتيجة الإجرامية.

وتتبع أهمية هذه الدراسة في أنّ التحريض لا يزال من أكثر الموضوعات إثارة للجدل والنقاش في القوانين الجزائية، نظراً للطبيعة المميزة التي يتمتع بها المحرض، والذي يقوم بإيجاد الفكرة الإجرامية لدى شخصٍ آخر، وحمله على ارتكاب الجريمة، مما يجعله يتميز بخطورة خاصة، ولاسيما أنها تقع من رجال السلطة العامة المكلفين بحماية حقوق وحرّيات الأفراد.

الكلمات المفتاحية: التحريض الصوري - الضابطة العدلية - المحرض

Mock incitement by the judicial officer

Abstract:

Incitement is a form of criminal participation and intended mean: the kind of incitement, but interest is usually achieved by those assigned to third partis to commit in order to achieve another interest, which is caught red-handed instigator.

For the induction of the picture for the crime's conditions must be met the most important activity that is heading the instigator of the picture to third parties for their payment to acting is a crime and must also be objective stand on crime and catch the culprit Almtalps them. The third condition boils down to the need to intervene to prevent the instigator check the result of criminal. The study Importance emerged from the fact that crime incitement is still among the most controversial and debatable crimes in the penal statutes. This is due to the distinct nature of the inciter who seeks to find a criminal thought of another party and motivate them to commit the crime. Making the inciter characterized by a particular seriousness. The study Important is also based on clarifying the hazards of formal incitement crime for the grave danger it represents on the community, especially because it is committed by officers of public authority who are entitled to protest the rights and freedoms of community members.

Key Words: Incitement – Judicial Police –Instigator

المقدمة:

تقع جريمة التحريض بمفهومها العام من خلال قيام المحرض بخلق فكرة الجريمة لدى الفاعل وزرع بذورها لديه، لدفع الفاعل على الإقدام بمباشرة نشاطه الإجرامي وتحقيق النتيجة الإجرامية، حيث عاقب المشرع السوري على فعل المحرض بنفس عقوبة الفاعل الأصلي، لما يشكله فعل التحريض من خطورة، بوصفه أحد أهم صور المساهمة الجرمية، نظراً لقيام الموعز بإيجاد فكرة الجريمة في ذهن الفاعل ودفعه إلى ارتكابها^[1]. إلا أنه قد يحدث في بعض الأحيان أن يتخذ التحريض منحى آخر يختلف عن السياق العام، كأن يحرض شخصاً آخر على ارتكاب جريمة ما، حتى إذا ما شرع الأخير في ارتكابها، تدخل للحيلولة دون تحقيق نتائجها الإجرامية، وأبلغ السلطات العامة بالجريمة. وتتعدّد البواعث التي تدفع المحرض الى الإقدام على هذا النوع من التحريض، فقد يقوم رجال الضابطة العدلية بهذا التحريض بهدف إلقاء القبض على الجاني في حالة الجرم المشهود حتى يسهل إثبات الجريمة، وذلك بالنسبة لبعض الجرائم ذات الطبيعة الخاصة كجرائم المخدرات وتهريب السلاح وغيرها من الجرائم المنظمة، كما قد يكون المحرض أحد أفراد العامة ويهدف من وراء تحريضه الى الحصول على مكافأة خصصتها الدولة لمن يبلغ عن جريمة من الجرائم، أو قد يكون من أجل الإيقاع بشخص لاتهامه وزجه في السجن بباعث الانتقام، وقد يتظاهر رجال السلطة العامة بشراء كمية من المخدر من شخص يحرزه بقصد الاتجار فيه، والهدف من ذلك هو تسليم الجاني للعدالة. وهكذا نكون في صدد صور مختلفة عن التحريض بمعناه الحرفي الذي يعد أحد أعمال المساهمة الجزائية، تلك الصور تأخذ مسمى التحريض السوري، وهنا يثور التساؤل حول إمكانية مسائلة المحرض السوري عن الفعل الذي قام به، أم أن المعالجة تختلف عن السياق التقليدي لعدم توجه إرادة المحرض لتحقيق النتيجة الإجرامية.

[1] د. عبود السراج، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، نظرية المسؤولية الجزائية والعقوبة، الجزء الثاني، منشورات جامعة دمشق، 1997، ص 22.

هدفُ البحث:

يهدفُ هذا البحث إلى تقديم رؤية واضحة حول ما يتعلق بجريمة التحريض السوري في القانون السوري، بما تمثله من صورة مستقلة عن التحريض العادي ولا سيما عند القيام بها من عنصر الضابطة العدلية كوسيلة للإيقاع بالمجرمين.

كما يهدفُ إلى بيان السند القانوني حول تجريم أسلوب التحريض السوري، وإظهار مدى خطورة المحرض السوري على المجتمع بصورة عامة وعلى حرية الأفراد بصورة خاصة وضرورة اتخاذ الإجراءات اللازمة المتعلقة بهذه الجريمة.

أهميةُ البحث:

تكمن أهميةُ هذا البحث في النقاط الآتية:

1- لا يزال التحريض من أكثر الموضوعات إثارة للجدل والنقاش في القوانين الجزائية، نظراً للطبيعة المميزة التي يتمتع بها المحرض، الذي يقوم بإيجاد الفكرة الإجرامية لدى شخص آخر، وحمله على اقتراف الجريمة، فتتجلى مساهمته في ذرع بذور الجريمة لدى الفاعل والذي ما كان ليقدم على فعلته لولا فعل التحريض مما يجعله يتميز بخطورة خاصة .

2- كما تتمثل أهميةُ البحث في أثر فعل التحريض السوري لجهة مساءلة المحرض السوري، لما لها من خطورة كبيرة على المجتمع، وخاصة عندما تقع من رجال الضابطة العدلية المكلفين بحماية حقوق وحيات الأفراد وتحقيق العدالة.

مشكلةُ البحث:

تتمثل مشكلةُ البحث في التوصيف الصحيح لفعل المحرض السوري لجهة اعتباره صورة من صور المساهمة الإجرامية، أم أن له ذاتية خاصة تميزه عن فعل التحريض العادي، ترتبط بفقدان أحد أركانه المتمثل في إرادة المحرض لحصول النتيجة الاجرامية، وبالتالي يقتضي الأمر معالجةً تشريعيةً مختلفة، وعدم مساءلة المحرض على أساس أن فعل

عضو الضابطة العدلية أو المحرض السوري يهدف لتحقيق غاية سامية، تتمثل في الإيقاع بالمجرمين والمحافظة على السلامة العامة.

كما تتمثل في أثر التحريض السوري على انتهاك حريات الأفراد، حيث تدور المشكلة في قيام المحرض السوري بإقناع الفاعل بالجريمة التي يكون في كثير من الأحيان لا يفكر أصلاً بارتكابها، ولكن قيام المحرض بإقناع الفاعل بالجريمة هو الذي جعله يقدم على ارتكاب هذه الجريمة، فيثار التساؤل في مدى شرعية الفعل الذي يقوم به المحرض (عنصر الضابطة العدلية) وأثره على انتهاك حقوق المدعى عليه الذي ما كان ليقدّم على الفعل الجرمي لولا فعل المحرض - عنصر الضابطة العدلية.

منهج البحث:

يعتمد البحث بشكل كبير على اتباع المنهج الوصفي التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية المتعلقة بموضوع البحث والعمل على تقييمها من خلال إبراز الجوانب القانونية المرتبطة بالتحريض السوري، وأبرز مثال النصوص القانونية الحالية. وإيفاء لما تقدم سيتم تقسيم هذا البحث وفق الآتي:

المطلب الأول: مدلول التحريض السوري وشروطه.

الفرع الأول: مفهوم التحريض السوري وعناصره.

الفرع الثاني: شروط التحريض السوري.

المطلب الثاني: المسؤولية الجزائية للضابطة العدلية عن التحريض السوري.

الفرع الأول: الاتجاه الفقهي حول مسؤولية المحرض السوري.

الفرع الثاني: الاتجاهات القضائية والتشريعية حول أثر التحريض السوري على إجراءات الضبط.

الخاتمة:

المطلب الأول: مدلول التحريض السوري وشروطه.

يطلق بعض الفقهاء على التحريض السوري معنى التحريض الرسمي على الجريمة ليميزوه عن التحريض العادي، على اعتبار أنّ المحرض على الجريمة من رجال السلطة العامة، إلا أنه -وإن كان الغالب من الأمر أن يقع التحريض من رجال السلطة العامة- ليس هناك ما يحول دون حدوثه من عامة الناس، حيث عبّر عنه بعض الفقه الإنكليزي بالتحريض بقصد الإيقاع في المكيدة والشرك^[1].

وقبل الخوض في مدلول التحريض السوري يكون من الأهمية بمكان اللقاء الضوء على مفهوم التحريض التقليدي لتتضح أبرز الفروق التي تميزه عن التحريض السوري. حيث عبّر المشرع السوري عن التحريض التقليدي في المادة (216) من قانون العقوبات السوري بقوله: **يعدّ محرّضاً من حمل أو حاول أن يحمل شخصاً آخر بأي وسيلة كانت على ارتكاب جريمة**^[2].

كما نصت المادة (40) من قانون العقوبات المصري رقم (58) لسنة 1937 على التحريض بأنه: **(يعدّ شريكاً في جريمة كلّ من حرص على ارتكاب الفعل المكون للجريمة إذا كان الفعل قد وقع بناءً على هذا التحريض...)**.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فلم يضع تعريفاً صريحاً للتحريض إلا أنه استعاض عن ذلك بتعدد الوسائل التي يتم بها هذا النوع من النشاط على سبيل الحصر، فقرر أنه يتم بالهدية أو الوعد أو الوعيد... الخ، بحيث أنّ كلّ نشاط يكون الغرض منه دفع إنسان إلى ارتكاب جريمة ما، واقترن بواحد أو أكثر من هذه الوسائل التي حددها القانون يعدّ تحريضاً، فإذا لم تتوفر وسيلة من هذه الوسائل انعدم التحريض، وهذا يعني أنه يشترط

[1] د. كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى. عمان، الأردن، 2009، ص 469.

[2] قانون العقوبات السوري العام رقم 148 لعام 1949 المعدل بالمرسوم التشريعي رقم 1 لعام 2011.

للعقاب على التحريض في التشريع الفرنسي أن يتم بعملٍ مادي يدفعُ الفاعلَ لارتكابِ جريمة ما كان ليقدمَ على ارتكابها لولا فعلُ الممرض^[1].

ويقصدُ بالتحريض لغةً: هو الاثارةُ وتشديدُ الرغبةِ لدى الشخصِ المُقابلِ، وهو الحثُّ على الشيءِ والدفعُ إليه، وتعدُّ كلماتُ الدفعِ والحثِ والاعواءِ مرادفاتٍ لكلمةِ (تحريض)، ويقصدُ به التحفيزُ والتحريكُ بأي طريقةٍ وعلى أية وجه^[2].

ويقصدُ بالتحريض اصطلاحاً: إيجادُ فكرةِ الجريمةِ لدى الشخصِ ثمَّ تدعيمُ هذه الفكرةِ كي تتحولَ الى تصميمٍ على ارتكابِ الجريمة^[3]، أو هو خلقُ العزمِ عمداً في ذهنِ الجاني على ارتكابِ جريمةٍ معينة^[4].

أي أنّ مفهومَ التحريضِ يقومُ على أساسِ خلقِ فكرةِ الجريمةِ لدى الفاعلِ، وتوجهِ قصدِ المُمرضِ لتحقيقِ النتيجةِ الإجراميةِ النهائيةِ للجريمة. وذلك على خلافِ التحريضِ الصوري - كما سنبين في سياقٍ متقدّمٍ من هذا البحث - حيثُ لا يتجسّدُ نشاطُ المُمرضِ الصوريِ الى ماديّاتِ الجريمةِ وإنّما يقتصرُ على نفسيةِ الممرضِ بقصدِ خلقِ الفكرةِ في ذهنِ الشخصِ المرادِ تحريضه حتى يقرّرَ إخراجها الى حيزِ الوجودِ، وهنا يتدخّلُ الممرضُ للحيلولةِ دونِ وقوعِ النتيجةِ الإجراميةِ، بمعنى آخر كأن يقومَ رجلُ الضابطةِ العدليةِ بالتمكّرِ بصورةٍ أو بأخرى من أجلِ كشفِ سلوكياتِ إجراميةٍ واقعيةٍ أو مفترضة،

[1] د. محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للممرض على الجريمة، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 2013، ص22.

[2] معجم المعاني الجامع، معجم عربي إلكتروني، <http://www.almanny.com>

[3] د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الثامنة، الإسكندرية، مصر، 2017، ص485 وما بعدها.

[4] د. أماني أحمد، جريمة التحريض في الفقه القانوني، مقال منشور، منتدى كلية الحقوق، جامعة المنصورة،

مصر، 2008، <http://www.f-law.net> تاريخ الرجوع 2021/06/23

فيضعُ المشتبه فيه تحت التجريب فإذا إنساق المشتبه فيه وراء الإغواء والتحريض ووقع في الفخ المنصوب له، القِيَّ القبضُ عليه لارتكابه الجريمة^[1].

ومن أجل بيان معنى التحريض السوري بصورة أدق سنقسم هذا المطلب إلى فرعين بحيثُ نتناول في الفرع الأول مفهوم التحريض السوري وعناصره، في حين نفرّد الفرع الثاني للبحث في شروطه.

الفرع الأول: مفهوم التحريض السوري وعناصره.

تعددت التعريفات التي وضعها الفقه المقارن في صدد البحث بإشكالية التحريض السوري، ولكن أبرز التعريفات كانت تلك التي تعتمدُ المصلحة التي تدفع المحرض الى القيام بالتحريض. ويترتب على وضع تعريفٍ لمفهوم التحريض السوري وضع مجموعة ضوابط وشروط تميزه على التحريض العادي وهو ما سنتناوله في سياق هذا الفرع.

أولاً: تعريفه:

يعرفُ التحريضُ السوري بأنه ذلك النوع من التحريض الذي لا يقومُ فيه المحرض إلا بنشاطه التحريضي لا لغرض تحقيق المصلحة التي تحققها الجريمة عادةً لمن يرتكبها، أو لمن يكلفُ الغيرَ بارتكابها، ولكن من أجل تحقيق مصلحةٍ أخرى تتمثلُ في إيذاء المُحرّض، وذلك بدفعه إلى البدء في تنفيذ الجريمة، أو الشروع فيها حتى ينال العقاب المقرر لها^[2].

وعُرفَ كذلك بأنه: إيعازُ شخصٍ إلى آخر بارتكاب جريمةٍ ما، ودفعه إليها حتى إذا ما شرعَ هذا الآخر في ارتكابها تدخل الأول للحيلولة دون تحقيق نتائجها الإجرامية وأبلغ السلطات العامة بالجريمة^[3].

[1] د. أحمد فتحي سرور، المساهمة الجنائية في قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية، الطبعة السادسة، القاهرة، مصر، 1996، ص445.

[2] د. أحمد بن عبد الفتاح الحازمي، استدرج المتهم لإثبات الجرم، دراسة تأصيلية تطبيقية. جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2010، ص145.

[3] د. نسرين عبد الحميد، المحرض السوري، دراسة حول المساهمة الجنائية بالتحريض السوري، دار الجامعة، الإسكندرية، 2008، ص11.

ويقصدُ به أيضاً: الشخصُ الذي تتجهُ إرادتهُ إلى القبضِ على المجرمِ في حالة الجرمِ المشهودِ، أو إلى اختبارِ مدى حرصِ شخصٍ على الخضوعِ للقانونِ فيتظاهرُ بتشجيعه على إتيانِ فعلِ الجرمي حتى إذا ما بدأ في تنفيذه حال دون إتمامه وتحققِ نتيجته الإجمامية، وعُرفَ أيضاً بأنه تدخلُ رجالِ السلطة العامة أو من يعمل لحسابهم بغرض الإيقاعِ بالجناة والقبضِ عليهم متلبسين بالجرمة وتقديمهم للمحاكمة بأدلة كافية^[1].

تأسيساً على ما سبق يمكنُ تعريفُ المحرضِ السوري بأنه: الشخصُ الذي يُحرضُ على ارتكابِ الجريمةِ بغية الإيقاعِ بفاعلها وضبطه متلبساً ليسلمهُ إلى السلطات العامة، في حين أنّ هذا الفاعل كان من الجائزِ ألا يرتكبَ الجريمة تلقائياً لو ترك وشأنه.

ثانياً: عناصرُ التحريضِ السوري:

كما ذكرنا سابقاً يعرفُ التحريضُ من الناحية القانونية بأنه حملُ الغيرِ على ارتكابِ الجريمة^[2]، وعلى الرغم من أن التحريضَ يؤثرُ في إرادة المحرضِ واختياره، فإنه لا يعدُّ من موانعِ المسؤولية أو من قبيلِ أسباب التبرير التي ترفعُ الصفة الاجرامية عن فعل المحرض، أو حتى عذراً مخففاً يحففُ عقوبته، لذا فإن مسؤولية المحرض تكونُ كاملةً عن الجريمة التي يقرُّها، وليس أمام القاضي الذي يرى بالنظرِ للظروف التي أحاطت بارتكابِ الجريمة تخفيفَ العقوبة سوى استعمال سلطاته التقديرية على اعتبارِ التحريض سبباً مخففاً^[3].

ويشتركُ التحريضُ السوري والعادي من حيثُ الأصلِ في الأركان العامة، حيثُ أنّ أركانَ التحريضِ السوري هي نفسُها أركانُ التحريضِ العادي، إلا أن الاختلافَ بينهما يتمثلُ بعنصرِ النشاطِ أو السلوكِ في الركنِ المادي، فنشاطُ المحرضِ السوري أكثرُ

[1] د. رمسيس بهنام، النظرية العامة في القانون الجنائي، الطبعة الثالثة، شركة الإسكندرية للطباعة والنشر، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1971، ص 727 وما بعدها.

[2] عرفت المادة (216) من قانون العقوبات السوري التحريض على أنه: بعد محرضاً من حمل أو حاول أن يحمل شخصاً آخر بأي وسيلة كانت على ارتكاب جريمة.

[3] د. عبود السراج، مرجع سابق، ص 22.

اتساعاً وشمولاً من المحرض العادي، كما أن صفته تختلفُ على اعتبار أنه قد يكون أحد رجالِ السلطةِ العامة، وباعثه على الجريمة يتميز عن التحريض العادي، وعليه للتحريض الصوري ثلاثة عناصر أساسية وهي النشاط والصفة والباعث أو الدافع.

1- نشاط المحرض الصوري أو سلوكه: فعلى خلاف التحريض العادي تتمثلُ صورةُ النشاط في هذا النوع من التحريض بقيام المحرض الصوري بسلوكٍ يهدفُ منه الحصولُ على أدلةٍ تتعلق بجرائم سبق ارتكابها قبل تداخله في الجريمة، حيثُ أن ضابطَ التفريقِ بين التحريض المفتعل للجريمة والكاشف لها يرجعُ إلى نشاط رجلِ السلطةِ وسلوكه، فيكفي ألا يكون ارتكابُ الجريمة راجعاً إلى سلوكه، لذا يعدُّ من قبيل الضبط المشروع للجريمة أن يعلمَ رجلُ الشرطة أن سائقَ سيارةِ الأجرة يتلاعبُ بالعداد المسجل عليه الأجرة المستحقة فيخفي شخصيته، ويركب معه ويضبطه متلبساً^[1].

فلا مجال لإثارة فكرة التحريض إذا كانت الجريمة قد سبق وقوعها، وكان دورُ الشرطة قاصراً على مجرد حملِ الجناة على تقديم ما يفيدُ في إثباتِ الجريمة، مثال ذلك أن تعلمَ الشرطة بأن الجناة قد جلبوا المخدرات فيرسلون إليهم مرشداً لتحريضهم على بيعها له أو أن تعلمَ الشرطة بأن الجناة تمكنوا من إدخالِ عمالاتِ النقد الأجنبي فيرسلون إليهم من يحملهم على التعامل في هذا النقد^[2].

يلاحظُ في هذين المثالين أن تحريضَ الشرطة - بقصد الكشف عما وقع من جرائم - قد أسفرَ عن وقوع جريمتين جديدتين هما الاتجار بالمخدرات والتعامل بالنقد الأجنبي، إلا أن التحريض لم يكن له أثرٌ في حملِ الجناة على ارتكابِ جرائم لا يفكرون في ارتكابها، بل كشفَ عن اعتزامهم ارتكاب جرمي الاتجار بالمخدرات والتعامل بالنقد الأجنبي لإتمام مشروعهم الإجرامي.

[1] د. علاء الدين ذكي، الاشتراك بالتحريض والاتفاق والمساعدة، في قانون العقوبات، دار الطباعة، الإسكندرية،

مصر، 2014، ص45

[2] د. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص253

وبهذا الصدد فإنّ تخفي رجل السلطة في شخصية فردٍ عاديٍّ ليقومَ بشراءِ مادةٍ مخدرةٍ أو مادةٍ ممنوعٍ حيازتها لا يعدُّ من قبيل التحريض السوري وإنما من قبيل الضبط المشروع للجريمة^[1].

وفي رأينا فإنّ فعلَ رجل الشرطة المقتصر على مجرد حملِ الجناة على تقديم ما يفيد في إثبات الجريمة، ما هو إلا سلوكٌ كشفٌ عن عزمهم ارتكاب جريمة ما، وإنّ التحريض لم يكن له أثر في حملِ الجناة على ارتكاب جرائم لا يفكرون في ارتكابها، وهو ما يخرج من إطار التحريض الذي يقتضي خلق فكرة الجريمة لدى الجاني ودفعه للإقدام عليها.

2- عنصر الصفة: يرى البعض أنّ فكرة التحريض السوري تقتصر على الحالات التي يتداخل بها في الجريمة شخصٌ منتمٍ إلى السلطة العامة، سواء أكان انتماؤه لها مباشراً كرجل الضابطة العدلية، أم غير مباشرٍ كالمخبر أو المرشد لرجل السلطة العامة. فمن يحرضُ آخر على ارتكاب جريمة بقصدِ ضبطه بحالة الجرم المشهود أو في مرحلة الشروع -سواء أكان الدافع لديه هو الانتقام، أم الحصول على مكافأة مالية- لا يرتب تحريضه هذا آثاراً مماثلة لتلك التي رتبها التحريض الصادر من رجال السلطة العامة، وذلك أنّ فكرة التحريض البوليسي إذا امتدت على الحالة التي تكون نية المحرض فيها قد اتجهت إلى وقف الجريمة عند مرحلة البدء في التنفيذ المكون للشروع، بقصدِ ضبط المتهم وتقديمه للعدالة، أو التي تكون قد اتجهت إلى جعل المحرض يرتكب الجريمة تامةً وضبطه متلبساً، سيترتب عليها فتح الباب على مصراعيه أمام الأفراد كي يسعوا إلى الإيقاع بغيرهم في الجريمة إما شفاءً لأحقادهم أو للحصول على مكافأة مالية وهو ما يتعارض مع الهدف الذي قيل أن السعي إليه يبرر قيام مثل هذه الأسلوب^[2].

[1] د. رمسيس بهنام، مرجع سابق 846.

[2] د. أحمد المجذوب، التحريض على الجريمة، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، 1970، ص 529

وعلى خلاف ذلك يرى جانب آخر من الفقه أن التحريض السوري قد يصدر من غير رجال السلطة العامة مباشرة فقد يكلفون غيرهم للعمل لحسابهم، ويطلق على هؤلاء وصف المخبزين أو الوسطاء أو المرشدين^[1].

3- الهدف أو الغاية: لتحديد مفهوم التحريض السوري يجب اللجوء إلى الباعث أو الدافع الذي يكمن وراء تدخل المحرض السوري في الجريمة، ذلك أن باعث المحرض السوري يختلف لديه عما هو عليه لدى المحرض العادي.

وتتعدّد البواعث التي تدفع المحرض إلى الإقدام على هذا النوع من التحريض، فقد يكون من رجال الضابطة العدلية ويهدف وراء تحريضه إلى إلقاء القبض على الجاني في حالة الجرم المشهود، كما قد يكون المحرض أحد الأفراد ويهدف وراء تحريضه على الحصول على مكافأة خصصتها الدولة لمن يبلغ عن جريمة من الجرائم كما وقد يكون هدفه التكيل بغريم له والزج به في السجن متلبساً بالجريمة^[2].

ويرى بعض الفقهاء أن الباعث على التحريض السوري لا يعتد به إلا إذا كان قريباً أو مباشراً، ويتمثل ذلك بالإيقاع بالجاني وتوقيع العقوبة عليه، أما البواعث الأبعد من ذلك كالانتقام أو الحصول على جائزة مالية أو التخلص من الفاعل، فلا يعتد بها مادام أن الباعث القريب لدى المحرض السوري متمثل بالإيقاع بالجاني وتمكين رجال السلطة منه^[3].

وقد يكون هناك دوافع أدت إلى وجود مثل هذا التحريض، ذلك أن بعض الجرائم التي تتسم بالسرية والغموض، ويلزم للكشف عن مرتكبيها يقظة ودقة متناهية، تحدى برجال السلطة إلى اتباع هذه الطرق، واستمالة المجرمين للكشف عن جرائمهم وإثباتها وهم متلبسون بها^[4].

[1] د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 151

[2] د. علاء الدين ذكي، مرجع سابق، ص 56

[3] د. أحمد المجذوب، مرجع سابق، ص 536

[4] د. نسرين عبد الحميد، مرجع سابق، ص 19

وفي رأينا فإن الأصل في فعل الضابط العدلي أن يكون مبنياً على حسن النية في نطاق حدود وظيفة وواجبات رجل السلطة العامة التي يراد من فعله اكتشاف الجرائم قبل وقوعها وضبط الجناة متلبسين وتقديمهم للمحاكمة بعد إقامة الدليل عليهم.

وإن رجل الضابطة العدلية إذا ما تداخل بالجريمة بباعث الانتقام نتيجة عداوة بينه وبين الجاني، أو للإفادة من ارتكاب الجريمة، فإنه يخرج بذلك عن حدود وظيفته وواجباته ويعد مساهماً في الجريمة، فالتدخل الذي يعتد به القانون ينبغي أن يتم في نطاق الحدود التي يملئها الواجب الوظيفي في البحث والاستقصاء، وأن يكون بناءً على أسباب معقولة.

الفرع الثاني: شروط التحريض السوري

يمكن استنباط شروط التحريض السوري من خلال التعريفات والآراء التي ساقها الفقه والتي تتضمن تحديد ضوابط التحريض السوري وتميزها عن التحريض الجزائي، حيث لا يسمى التحريض تحريضاً سورياً ما لم تتوافر به شروط معينة، وفق الآتي:

- 1- مباشرة المحرض لنشاط تحريضي اتجاه الغير من أجل دفعه لارتكاب فعل يعد جريمةً معاقباً عليها، وذلك بالإيعاز والإثارة وأن يكون هناك رابطة سببية بين النشاط والنتيجة التي كانت ستتحقق لولا تدخل الأول للحيلولة دون وقوعها^[1].
- 2- أن تكون غاية المحرض وباعثه من وراء تحريضه هو الوقوف على الجريمة والقبض على الجاني متلبساً بها، ولكن بشرط تدخله عند مرحلة الشروع بالجريمة، وإلا فإن الغاية أو الهدف الذي يرمي المحرض السوري الوصول إليه بتحريضه لا قيمة له عند تحديد مسؤوليته، لذلك لا قيمة لكون الهدف جسماً أو بسيطاً أخلاقياً أو غير أخلاقي، فكل ذلك يقع خارج العملية الجسمانية والنفسية الواجب توافرها لمساءلة الشخص عن الجريمة التي تسبب بوقوعها^[2].

ويعد هذا المعيار أبرز ما يميز التحريض السوري عن التحريض الحقيقي، وهو معيار ثابت في جميع حالات المحرض السوري، ويتمثل في أن الدافع أو

[1] د. أحمد سالم، التحريض السوري، دار الهدى، القاهرة، 2010، ص52.

[2] د. علاء الدين ذكي، مرجع سابق، ص58.

المصلحة التي يريدها المحرض من تحقيق الجريمة يختلف تماماً عن الغاية أو الهدف العادي والطبيعي الذي يسعى إليه المحرض الحقيقي، فغاية المحرض الحقيقي من تحقيق النتيجة الإجرامية في جريمة القتل مثلاً، تتمثل في إزهاق روح المجني عليه، وهي غاية الفاعل الأصلي ذاتها، أما غاية المحرض السوري فتتمثل في الإيقاع بمرتكب الجريمة وضبطه والقبض عليه في حالة الجرم المشهود دون أن تكون غايته تحقيق النتيجة الإجرامية^[1].

3- تدخل المحرض للحيلولة دون تحقق نتيجة الجريمة، أي يجب ألا ينصرف قصد المحرض إلى تحقيق نتيجة الجريمة التي حرّض الغير عليها، وإنما يجب أن يقتصر غرضه للوقوف عليها عند مرحلة الشروع.

ولا فرق بعد ذلك بين أن يكون التحريض صادراً من أحد رجال الضابطة العدلية أو من يعمل لحسابها، ولا فرق بين أن يكون محل التحريض جريمة سياسية أو عادية، ولكن إذا تعلق الأمر بأحد رجال السلطة العامة، يجب أن يكون تدخله قد تمّ بناءً على إجراءات قانونية سليمة. وبالتالي تخرج الحالات التالية من دائرة التحريض السوري:

أ. في حال تقدم رجل السلطة العامة متكرراً على محل تجاري لبيع بضائع ممنوعة أو بضائع تحتاج إلى ترخيص خاص، بقصد كشف الجريمة والقبض على مرتكبها بحالة الجرم المشهود، لا بقصد إيجاد جريمة مفتعلة. وعليه يرى بعض الفقه أنه لا يعيبُ التكرار الذي قام به رجل السلطة إذا ما كشفت عنه مقدمات وإجراءات صحيحة، ويستند هذا الجانب من الفقه في رأيه هذا إلى أنه لو تم استبعاد دور رجل السلطة في الجريمة لوجد أن الجريمة ستتم رغم عدم تحريضه، لذلك فإن ما قام به يعدّ من الوسائل التي تؤدي إلى كشف جريمة واقعة فعلاً^[2].

[1] د. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 445.

[2] د. أحمد سالم، مرجع سابق، ص 56.

ب. لا يعدُّ من قبيل التحريض الصوري الحالة التي يكون فيها قصدُ المحرصٍ متجه إلى تحقيقِ الجريمةِ كاملة حيث يعدُّ في هذه الحالة شريكاً في التحريض ويسأل عن الجريمة التي وقعت، كونه مساهماً فيها سواء اكان قصده فيها محدداً أو احتمالياً، لان التحريضَ الصوري يتطلب أن تتصرفَ نيئةُ المحرصِ إلى القبض على الجناة متلبسين بالجريمة عند مرحلة الشروع، أي وجوبُ تدخلِ المحرص للحيلولة دون تحقيق نتيجة الجريمة المحرص عليها^[1].

4- يتميزُ التحريضُ الصوري عن التحريضِ العادي في أن المحرص في التحريض العادي يكون على الأغلب شخصاً عادياً يستهدفُ من التحريض ارتكاب الجريمة، أما التحريض الصوري فإن صفةَ المحرص مختلفة. فقد يكونُ المحرصُ الصوري شخصاً عادياً كما يرى البعض - وقد يكون من رجال السلطة العامة، إلا أن الغالب في الأمور أن المحرص الصوري يكون شخصاً من أشخاص الضابطة العدلية أو السلطة العامة المختصة، بحيث يكون كشف الجرائم والقبض على الجناة من صميم عملهم وعليه، يتخذ التحريض الصادر عنه صفة رسمية^[2].

وبالنتيجة وتأسيساً على ما سبق نرى وجوب قصر صفة المحرص الصوري على رجال السلطة العامة أو من يعمل لحسابهم من المرشدين والمخبرين دون غيرهم، حتى لا تكون الأبواب مشرعة ومفتوحة أمام الأفراد العاديين لإيقاع بعضهم بعضاً في برائن الجريمة بغية إشباع أحقادهم أو الحصول على أية منافع مادية.

وبرأينا فإنَّ اشتراط صفةٍ معينة للمحرص الصوري، مع توافرِ الباعثِ من شأنه التمييز بين التحريض الصوري والتحريض العادي بشكل واضح، ويجنبُ الباحث في الحقل القانوني عناءَ الخلطِ بين صورتَي التحريض، فما عليه سوى النظر إلى صفةِ الشخص الذي يصدرُ عنه النشاط وإلى باعته على هذا النشاط، فإذا كان أحد رجال السلطة العامة أو من يعمل لحسابهم وكان باعتهُ القبض على مرتكب الجريمة وتقديمه للمحاكمة، فإننا

[1] د. محمود مصطفى شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1956، ص204.

[2] د. كامل السعيد، مرجع سابق، ص470.

نكون بصدد تحريضٍ سوري، أما إذا كان شخصاً عادياً فإنه يعاقب في كل الأحوال بغض النظر عن باعته على التحريض. فضلاً عن أن نشاط رجل السلطة وحده هو الذي يرتب آثاراً قانونية من حيث صحة أو بطلان إجراءات البحث والاستقصاء. الأمر الذي يقتضي البحث في مسؤولية رجال السلطة عن أعمال التحريض السوري الذي يقومون به في معرض البحث عن أدلة الإثبات، وملاحقة الفاعلين وهو ما سيتم التطرق له في المطلب الثاني من هذا البحث.

المطلب الثاني: المسؤولية الجزائية للضابطة العدلية عن التحريض السوري

تجسدُ عملياتُ التحري السرية التي تقومُ بها الضابطةُ العدليةُ أحدَ التكتيكات غير المألوفة التي تمارسُ من قبل المحقق، تعتمدُ بصورةً أساسيةً على اقحام عميلٍ يمثلُ السلطة بصورةً سريةً للتقربِ من المشتبه به، والعملِ على انتزاعِ ما في جعبتهِ من معلومات، بعد أن يبعثُ في نفسه شعوراً بالثقة والأمانِ بعدمِ ارتباطه لا من قريبٍ أو من بعيدٍ بالسلطاتِ القضائية، كأن يتخذَ دورَ الصديقِ في النظارة، أو الشريكِ في الجريمة، أو سواها من الصورِ التي من شأنها أن تجعلَ المشتبه فيه يأمنُ جانبه ويسري له بما في جعبته^[1]. إلا أنَّ الإبلاغَ بمرتكبِ الجريمة لا يجوزُ أن يصلَ إلى حدِ التحريضِ على ارتكابها، وبالتالي ومن حيثُ المبدأ يحظرُ على أجهزةِ البحثِ الأولى القيامَ بالتحريضِ على ارتكابِ الجريمة.

وتصعبُ التفرقةُ في أحيانٍ كثيرةٍ بين التحريضِ على الجريمةِ والتحريضِ على الدليلِ الذي لا يعدُّ محظوراً، وذلك أن التحريضَ في نطاقِ البحثِ عن الأدلةِ يقعُ ضمنَ استعمالِ الحيلةِ التي غايتها الوصولُ إلى أدلةِ الجرم. ويطرحُ موضوعُ استخدامِ التحريضِ للحصولِ على الدليلِ تساؤلاً حولَ الأسبابِ التي يستندُ إليها حظرُ التحريضِ، لكي يكونَ بالإمكانِ بيانَ الحدودِ التي يقعُ ضمنها خرقُ ضماناتِ المشتبه فيه وحقوقه المنبثقة من افتراضِ البراءة.

[1] ضياء محمود، حق الصمت في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة دمشق، 2014، ص 165.

وعليه فقد أثارت المسؤولية الجزائية لتدخل المحرض السوري في الجريمة جدلاً كبيراً في الفقه والقضاء، ولم يتفق الفقه الجنائي على رأي معين بهذا الخصوص، وقد أدى ذلك إلى ظهور اتجاهات فقهية وقضائية متعارضة، فذهب اتجاه إلى عدم مساءلة المحرض السوري عن الجريمة التي ارتكبها بسبب تدخله بها، في حين ذهب اتجاه آخر إلى مساءلة المحرض السوري عن الجريمة التي وقعت إثر تدخله بها. وعليه سنتناول في هذا المطلب الاتجاهات الفقهية والقضائية والموقف التشريعي من التحريض السوري.

الفرع الأول: الاتجاه الفقهى حول مسؤولية المحرض السوري.

اتخذ الفقه الجنائي مسارات متعددة بشأن مسؤولية المحرض السوري بحيث لم يتفق على رأي واحد، بل سيطرت عليه بهذا الشأن اتجاهات متعارضة، فهناك رأي يذهب إلى وجوب عقاب المحرض السوري شأنه شأن أي مساهم في الجريمة، ومنهم من يرفع المسؤولية عن المحرض السوري، ولكن الأسباب التي استند إليها لتبرير موقف المحرض السوري وعدم مسؤوليته متعددة ومتشعبة، لا تسمح بتأسيس فكرة واضحة يلجأ إليها لتكون أساساً سليماً لانعدام مسؤولية المحرض السوري. ويمكن حصر تلك التوجهات في أربع اتجاهات أساسية وفق الآتي:

1- ذهب جانب من الفقه إلى عدم مسؤولية المحرض السوري على أساس توفر سبب من أسباب الإباحة الموضوعية بحقه، والذي ينتج أثره في إزالة الصفة الإجرامية عن الفعل، وبالتالي يدخل في دائرة الإباحة، لذا فإن أفعال المحرض السوري لا تعد أفعالاً مجرمة.

ويفترض هذا الاتجاه اعتبار أداء الواجب سبب من أسباب الإباحة، وهو يتجسد في صورة إتيان الفعل تنفيذاً للقانون، لتبرير تدخل المحرض السوري في

الجريمة، كرجل الشرطة الذي يُخفي صفته هذه ويطلب من الصيدلي أن يبتاعه مادةً سامة بدون ترخيص طبي^[1].

وفي وجهة نظرنا أن أداء الواجب لا يصلح سبباً لنفي الصفة غير المشروعة عن الفعل، فلا يكفي الاستناد إلى هذه المبررات لإباحة فعل التحريض السوري الذي يقوم به رجال السلطات العامة، وينبغي التفرقة بين خلق فكرة الجريمة وبين التشجيع عليها، وهو ما تبنته محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها، من خلال تأكيدها على عدم جواز التحريض السوري باعتباره وسيلة من وسائل البحث والاستقصاء، غير أنها لم تعتبر وجود التحريض من جانب رجال السلطة على الجريمة مساهمةً في الفعل الجرمي، واعتبرت ما قاموا به من إجراءات من قبيل الكشف عن الجريمة وتعقب مرتكبيها، حيث ذكرت في قرارها أن "الغدر المعفي من عقوبة الرشوة، مقصور على حالة وقوع جريمة المرتشي بقبوله الرشوة، وذلك أن الراشي أو الوسيط يؤدي فيها خدمة للمصلحة العامة بالكشف عن جريمة الرشوة بعد وقوعها والتعريف بالموظف الذي ارتكبها وتسهيل إثبات الجريمة عليه. وهذه العلة التي أدت إلى الاعفاء من عقاب الراشي أو الوسيط"^[2].

2- يذهب جانب آخر من الفقه إلى أن سبب الإباحة يستند إلى مطابقة فعل المحرض لهدف القانون، إذ يهدف قانون العقوبات إلى الحيلولة دون وقوع الجرائم ومنع ارتكابها ومعاقبة مرتكبيها حال وقوعها، وبما أن نشاط المحرض السوري يتدخله في الجريمة يستهدف الغايات والأغراض السابقة، فإن عدم مسؤولية المحرض السوري تستند على فكرة المطابقة، التي تعني اتساق فعل المحرض السوري وهدف القانون واغراضه، الذي يتمثل في الحيلولة دون وقوع

[1] د. نسرين عبد الحميد نبيه، المحرض السوري، دراسة حول المساهمة الجنائية بالتحريض السوري، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، مصر، 2008، ص 188.

[2] نقض جنائي بالطعن رقم (69) لسنة 31 قضائية، الصاوي يوسف القباني، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض، ص 2422

الجرائم، وعليه فإن نشاطَ المحرضِ السوري يبررُ بتوافرِ سببِ الإياحة المتمثلِ في تحقيقِ سلوكِ المحرضِ السوري لهدفِ القانونِ وأغراضه^[1].
وبرأينا لا يمكن التسليم بهذا الاتجاه على إطلاقه ويتعينُ التفرقةُ بين الحالات التي يتدخلُ فيها المحرضُ السوري في الجريمة، ويلتزم فيها بأوامر القانون ونواهيته، والحالات التي يتدخلُ فيها بسلوكٍ مخالفٍ للقانون، فالتحريضُ الخالقُ والمنشئُ للجريمة لا يمكنُ أن يحققَ هدفَ القانونِ وأغراضه، مهما كان الباعثُ الذي يتوخاه المحرضُ السوري من ذلك، باعتباره اعتداءً صارخاً على الحقوق والمصالح والحريات التي يهدف القانون إلى حمايتها، والتحريضُ الكاشف الذي لا يعدو كونه كاشفاً ومظهراً للجريمة التي يتدخلُ فيها ليحقق هدف القانون وأغراضه. وبالتالي فإنَّ نشاطَ المحرضِ السوري الذي يتدخلُ به في الجريمة يحققُ هدفَ القانونِ وأغراضه إذا ما كان متفقاً من نصوصه وأحكامه، إذ يوصفُ هذا النشاطُ بالمشروعية، كأن يقوم رجل السلطة العامة المكلف بإجراءات الكشف والاستقصاء بفعل التحريض السوري لغايات كشف جرائم سبق وقوعها أو منع جرائم في طريق الوقوع، وملاحقة مرتكبيها لضبطهم وتقديمهم للمحاكمة.

3- ذهب جانبٌ آخرُ من الفقه إلى عدم مسؤولية المحرض السوري لتوفر حالة الضرورة، على أساس أن التحريض السوري وسيلةٌ من وسائل الدفاع الاجتماعي التي تقوم على أساس تغليب مصلحة المجتمع على مصلحة الفرد، وذلك أن الجرائم الخطيرة التي تحرضُ الدولة على مكافحتها تتصفُ بدقة التنظيم والسرية والكتمان، ويتعدُّ كشفها باستخدام الوسائل الاعتيادية، كجرائم المخدرات والإرهاب، لذا تقتضي الضرورة استخدام أسلوب التحريض السوري للحد منها. كما أنَّ أسلوب التحريض السوري لا يترتبُ أي ضرر بالحقوق والمصالح محل الحماية، إنما يستهدف حمايتها ومنع الإضرار بها^[2].

[1] د. نسرين عبد الحميد نبيه، مرجع سابق، ص 149.

[2] د. أحمد المجذوب، مرجع سابق، ص 522.

وبرأينا لا يحوزُ لأي جهةٍ الاحتجاجُ بالضروراتِ العمليةِ لخرقِ القانونِ أو التملصِ من تنفيذِ أحكامه، كما أنَّ تدخلَ المحرضِ السوريِ في الجريمة لا يمكنُ تبريره بحالةِ الضرورة، ذلك أنَّ حالةَ الضرورة لا تنطبقُ على المحرضِ السوريِ. كما أنَّ تبريرَ التحريضِ السوريِ تحت مسمى ملائمةِ الضروراتِ العمليةِ وتحقيقِ الموازنةِ بين حقوقِ الأفراد وحرياتهم ومصالحِ المجتمع، يقتضي استصدارَ قانونٍ يبررُ ذلك، كما فعلَ المشرع اللبناني، حيث أجازَ التحريضِ السوريِ في جرائمِ الرشوة حيث ورد بنص المادة (185) من قانون العقوبات^[1]، على أنه "لا يعد جريمة الفعل المرتكب انفاذاً لنص قانوني أو لأمر شرعي صادر عن السلطة، ويعتبر أيضاً من الأوامر الشرعية الامر الخطي المعطى إلى موظف بالتظاهر في الإسهام في جريمة من جرائم الرشوة المعاقب عليها في المواد من 351 إلى 356 من قانون العقوبات بغية اكتشاف مرتكبي هذه الجرائم، شرط أن يكون مبرر هذا الإسهام ضبطُ هذا النوع من الجرائم وألا يتعدى نشاطُ المكلف بهذا الأمر الغاية المتوخاة"^[2]

كما أن المشرعَ الجزائي بصورة عامة لا يتركُ أمرَ تقديرِ وجود حالةِ الضرورة لرجال السلطة العامة للتدخل في الجريمة، فإذا ما ارتأى المشرعُ ضرورةَ هذا التدخل لمكافحة الجرائم الخطيرة التي تتميزُ بالسرية والكتمان والتنظيم، فإنه لا يتوانى عن إصدار القوانين التي تحددُ شروط هذا التدخل.

وعليه نصت المادة 228 من قانون العقوبات السوري^[3] على أنه: لا يعاقب الفاعل عن فعل أُلجأته الضرورة إلى أن يدفع به عن نفسه أو عن غيره أو عن ملكه أو ملك غيره خطراً جسيماً محدقاً لم يتسبب هو فيه قصداً..".

4- ذهب جانبٌ آخرُ من الفقه إلى عدمِ مسؤوليةِ المحرضِ السوريِ لانقضاء القصد الجنائي لديه، حيثُ أن إرادته لم تتجه إلى إحداثِ النتيجة الإجرامية، بل كانت

^[1] قانون العقوبات اللبناني الصادر بالمرسوم الاشتراعي 340 لعام 1943 المعدل بالمرسوم الاشتراعي رقم 112 لعام 1983.

^[2] المادة (3/185) من قانون العقوبات اللبناني رقم (340) لسنة 1943

^[3] يقابلها المادة 61 من قانون العقوبات المصري.

متجهةً إلى الحيلولة دون حدوثها، وبالتالي فإنَّ مسؤوليةَ المحرضِ السوري لا تتحققُ طالما أن إرادةَ المحرضِ السوري قد اتجهت للقبضِ على المجرمِ متلبساً بجريمته، أو اختبار مدى حرصِ شخصٍ على إتباعِ أحكامِ القانون، فيتظاهرُ بتشجيعه على إتيانِ الفعلِ الإجرامي، حتى إذا ما بدأ في تنفيذه حال دون إتمامه، أو دون تحققِ نتيجته، مثال ذلك رجلُ الشرطة الذي يعلمُ بعزمِ شخصٍ على اقترافِ جريمة، فيتظاهرُ بتشجيعه عليها، فإذا بدأ بتنفيذه أوقفه وكشف عن صفته^[1].

ويفرقُ البعضُ الآخر بين الإتمامِ المادي للجريمة، وإتمامها الشكلي لتقرير مسؤوليةَ المحرضِ السوري، حيث أن عدمَ مسؤوليةَ المحرضِ السوري تعودُ لعدم توافرِ القصدِ الجنائي لديه باعتبار أنه يقصدُ التمامِ الشكلي للجريمة وليس تمامها المادي الذي يرتب المسؤوليةَ الجزائية، وهم يستندون في تقرير هذا المبدأ إلى أن التمامِ المادي للجريمة لا يتحققُ إلا إذا تمكن فاعلُ الجريمة من الإضرارِ الفعلي بالحق أو المصلحة المحمية، أما إذا لم يتحقق ذلك فإننا نكون بصدد تمامِ شكلي للجريمة، ذلك أن التمامِ الشكلي للجريمة أو الجريمة التامة شكلاً تقتضُ استنفاد فاعل الجريمة لسلوكه غير المشروع، إلا أن تدخل المحرضِ السوري اللاحق حال بين فعله وبين الإضرارِ الفعلي بالحق أو المصلحة محل الحماية^[2].

بالنتيجة وعلى الرغم من الآراء الفقهية التي تبررُ فكرةَ التحريضِ السوري وترفضُ مسؤوليةَ المحرضِ السوري على الجريمة، إلا أن الرأيَ الغالبَ من الفقه ذهبَ إلى رفضِ التحريضِ السوري وترتيبِ المسؤولية على المحرضِ السوري على أساسِ الاعتباراتِ التالية:

[1] د. نسرین عبد الحمید نبيه، مرجع سابق، ص 204

[2] د. أحمد سالم، مرجع سابق، ص 60

1- ليس من وظيفة الدولة التحريض على الجرائم، وإنما على العكس تماماً، من واجباتها مكافحة الجريمة ومنع ارتكابها وملاحقة مرتكبيها لتوقيع العقاب العادل عليهم.

2- إن وسيلة التحريض السوري تتعارض مع النصوص القانونية في حماية الحقوق والحريات الفردية، وتتعارض مع الضمانات التي منحها القانون من أجل محاكمة عادلة.

3- إن هذه الوسيلة لا تتلاءم مع العصر الحديث، وتتعارض مع رسالة رجال السلطة العامة في مكافحة الجريمة، فضلاً على أن هذه الوسيلة تجرح مشاعر العدالة لمخالفتها وأمر القانون ومن شأنها توريث الناس بالجرائم وتعكس موقفاً سلبياً تجاه رجال السلطة العامة، مما ينتج عن ذلك وجود الكراهية والبغضاء تجاههم^[1]. وعليه وبعد استعراض الموقف الفقهي ننقل للبحث في الموقف القضائي والتشريعي من التحريض السوري.

الفرع الثاني: الاتجاهات القضائية والتشريعية حول أثر التحريض السوري في إجراءات الضبط:

لم تنص أغلب التشريعات الجزائية صراحةً على مسؤولية المحرض السوري، ومنها قانون العقوبات السوري، وبغياب النص فإن البعض يرى إمكانية تطبيق القواعد العامة المتعلقة بالتحريض على مسؤولية المحرض السوري. على أساس أن التحريض هو صورة من صور المساهمة الجرمية، فإذا ساهم المحرض السوري في الجريمة بالتحريض عليها، وذلك بحمل أو محاولة حمل الغير على ارتكابها باستخدام أي وسيلة من وسائل التحريض المنصوص عليها في المادة 216 من قانون العقوبات السوري فإنه يعد محرضاً وتطبق بحقه النصوص القانونية المتعلقة بالتحريض.

وأسواء بالقانون السوري لم تفرد غالبية التشريعات الجزائية نصوصاً تجرم فعل التحريض السوري، الأمر الذي تطلب الانتقال إلى استعراض الموقف القضائي تجاه مسؤولية

[1] د. أحمد سالم، مرجع سابق، ص 65.

المحرض، حيث نلاحظُ اختلاف القضاء في تقرير صحة الإجراءات المترتبة على التحريض السوري أو بطلانها من بلد إلى آخر، فترسّم بعضها خطى بعض، في حين اتخذ بعضها مذهباً مغايراً، فاستند إلى عدم مشروعية التحريض السوري، لتقرير بطلان إجراءات البحث الأولي المبنية عليه.

ومن خلال البحث في القضاء السوري يظهر لنا ندرة الأحكام القضائية بخصوص تأثير التحريض السوري على إجراءات الضبط، حيث مثلّ لجوء عناصر الضابطة العدلية للتحريض السوري في سبيل الإيقاع بالفاعل وسيلةً مباحة حتى ثبوت العكس، وعليه سيتمّ تتبع موقف القضائي الفرنسي وبعض التشريعات العربية كالقضاء اللبناني والمصري.

أولاً: بالنسبة للقضاء الفرنسي: لم يعتد القضاء الفرنسي بالباعث على التحريض مهما كان نبيلاً، فنبُلُ الباعث لا يحولُ دونَ وسم سلوك الضابطة العدلية -الذي يتخذُ صورةَ التحريض على ارتكاب الجريمة- بعدم مشروعية، لتعارضه مع الواجبات الأدبية لوظيفة الضبط القضائي، الذي يفرضه القانون على الضابط عند بحثه عن الجرائم، مع التأكيد على ضرورة التمييز بين الحصول على المعلومات عن طريق الضابط العدلي بصورة التحريض، وبين اعتراف المشتبه فيه من تلقاء نفسه في إطار عملية سرية من دون أي نشاط يهدفُ لانتزاع تلك المعلومات من قبل المحقق السري، مما يضيف الشرعية على المعلومات المتحصل عليها بتلك الطريقة وهو ما ظهر في قضية ¹Axe، فالعبرة في

[1] قامت الشرطة بالتحقيق بسلسلة من عمليات السطو المسلح، وبالنتيجة تم اعتقال اثنين من المشتبه فيهم، وأثناء التحقيق معهما رفضا الإدلاء بأي معلومات وتمسكا بحق الصمت وعليه وتم توقيفهما، ولجئت الشرطة بعد ذلك على وضع خطة تعتمد على وضع كلا المتهمين في غرفة واحدة وتسجيل محادثتهما (على الرغم من أن العادة جرت على فصل المشتبه فيهما عن بعضهم لمنعهم من التعاون في تليفيق دفاع مشترك، إضافة إلى إعطاء الحرية لكل مشتبه في الإدلاء بأقواله إذا ما فكر بالتعاون مع الشرطة من دون خوف من الطرف الأخر)، ومن أجل التحايل على المشتبه فيهما ومنعهما من الشك حول وضعهما في زنزانة واحدة، تم افتعال جدال بين ضابط التحقيق وضابط السجن حول وضع السجينين معا في غرفة واحدة، وتظاهر ضابط التحقيق بالاحتجاج على وضع كلا السجينين في نفس الزنزانة ورضوخه بنهاية الأمر لوضع المتهمين في غرفة واحدة بحجة النقص في عدد الغرف الفارغة، وتم مراقبة الغرفة الكترونياً، ما لبس أن بدء المشتبهان بالتحدث بحرية حول الجريمة، واتفقا على أقوالهما

مشروعية الدليل هو لطبيعة الدور المناط بالضابطة العدلية فيما لو كان يعمل على خلق فكرة الجريمة، أو يهدف إلى الحصول على الدليل بدون أي نشاط إيجابي يؤثر في حدوثها.

ثانياً: موقف القضاء اللبناني: لم يأخذ القضاء اللبناني بمسؤولية المحرض السوري أو ببطلان الإجراءات المترتبة على التحريض في القضايا التي عرضت عليه، وإنما تعرض في الكثير من الأحكام لبعض الأفعال التي نزع عنها صفة الفعل المحرض، فقضت محكمة التمييز اللبنانية على أنه: أن إيهام المخبر حائز المادة المخدرة برغبته في شرائها، كي يحمله على إظهارها فيقبض عليه في حال الجرم المشهود، لا يعد تحريضاً ولا يرتب مسؤولية على المخبر، حيث أن شراء المشتبه فهي المواد المخدرة بقصد بيعها ومصادفتها أحد المخبرين الذي عرض عليه شرائها يجعل تذرعه بأن عملية الشراء حصلت بالتحريض في غير محله القانوني ومستوجب الرد^[1].

وفي حكم آخر تظهر رغبة القضاء اللبناني في التمييز بين فعل التحريض، وبين الفعل الكاشف للجريمة دون حمل المشتبه فيه على ارتكابها، إذ قضت محكمة التمييز اللبنانية أيضاً: "إن المتهم هو الذي عرض تسليم البضاعة للمخبر في المكان الذي حدده بعد الاتفاق على البيع وتعيين الثمن، وعرض عينة من البضاعة، فلا تحريض بالأمر ومن يعرض الشيء لا يمكن أن يكون مستدرجاً إليه"^[2]، ويلاحظ من الأحكام السابقة أن المشرع أقر بمشروعية الإجراء المتخذ من عضو الضابطة العدلية أو من يعمل لحسابه من المرشدين والمخبرين، طالما أن الإجراء لا يعدو عن كونه كاشفاً للجريمة، ولم يسهم في خلق فكرة الجريمة لدى المشتبه فيه.

أمام المحكمة، وعند عرض القضية على المحكمة كانت معظم الدفوع تتعلق بعدم شرعية أشرطة الاعتراف المقدمة من جهة الادعاء، وعلى الرغم من ذلك فقد تم تجريم المشتبهان، وعندما لجأ المتهمان للاستئناف رفضت محكمة الاستئناف الحجج المطالبة باستبعاد الشرائط المسجلة لعدم وجود أي سبب لاعتبار تصرف الشرطة غير مشروع أو الشك بنزاهة الأدلة المقبولة، ضياء محمود، مرجع سابق، ص 169.

[1] تمييز جزاء لبناني، رقم 131، تاريخ 1971/05/18، موسوعة عالية، ج 1، ص 188

[2] تمييز جزاء لبناني رقم 212، تاريخ 1969/11/06، موسوعة عالية، ج 1، ص 92.

ثالثاً: موقف القضاء المصري: الظاهر من أحكام القضاء المصري أنه أخذ بمذهب التفرقة بين التحريض الخالق للجريمة والتحريض الكاشف لها، فنصت محكمة النقض المصرية في إحدى أحكامها: إن مهمة مأمور الضبط بمقتضى المادة 21 من قانون الإجراءات الجنائية، الكشف عن الجرائم والتوصل إلى معاقبة مرتكبيها، فكل أداء يقوم به في هذا السبيل يعتبر صحيحاً منتجاً لأثره ما لم يتدخل بفعله في خلق الجريمة أو التحريض على اقترافها، وطالما بقيت إرادة الجاني حرة غير معدومة، ولا تثريب على مأمور الضبط أن يصطنع في تلك الحدود من الوسائل البارة ما يسلس لمقصوده في الكشف عن الجريمة ولا يتصادم مع أخلاق الجماعة^[1].

وقضت في حكم آخر أنه: لا بطلان في الإجراءات التي يتخذها رجل البوليس توصلًا إلى ضبط محرز المخدر متلبساً بجريمته، ما دام الغرض منها اكتشاف تلك الجريمة لا التحريض على ارتكابها، فإذا كلف كونستابل المباحث أحد المرشدين بشراء مادة مخدرة من عطار، ثم ضبط العطار وهو يقدم بإرادته واختياره الأفيون إلى المرشد، فهذا الضبط صحيح على أساس أن العطار متلبس بجريمة إحرار الأفيون^[2].

ويظهر من خلال أحكام محكمة النقض المصرية إنها ترى بطلان إجراءات الضبط القائمة على فكرة التحريض السوري، علماً بأنها لم تقرر في أي حكم من أحكامها بتوافر التحريض السوري، إذ لم يصدر عن المحكمة حكم صريح بهذا المعنى.

بالنتيجة وبعد استعراض الموقف التشريعي والقضائي لبعض التشريعات المقارنة وتأسيساً على فكرة ضمان حقوق المشتبه فيه وتحقيق العدالة الجزائية، نلاحظ بأن الوقوف على التحريض المحظور، يقتضي إعمال التفرقة بين التحريض على الجريمة -الذي يعد بدوره جريمة- والتحريض على الدليل الذي يدخل في إطار أعمال التحايل المشروعة. إذ أن اتخاذ عناصر الضابطة العدلية موقفاً سلبياً من وقوع الجريمة، أي ترك الجريمة تقع تحت مراقبتهم من أجل القبض على جميع المساهمين في حالة الجرم المشهود، لا

[1] نقض مصري، القرار رقم 1902، تاريخ 1994/01/02، مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، ص 521.

[2] نقض مصري، القرار رقم 914، تاريخ 1959/07/01، مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، ص 254.

يدخل ضمن التحريض على ارتكاب الجريمة، فلا بد لتحقيق التحريض السوري مساهمةً عضو الضابطة العدلية مساهمةً إيجابيةً في وقوع الجريمة. كما أن العبرة في ترتيب بطلان الإجراء الممارس من قبل عنصر الضابطة العدلية ليس للقصد الجنائي لديه فحسب، بل إن الأمر يمتد لمدى مساهمته في خلق فكرة الجريمة لدى الفاعل حتى ولو لم يتوفر لديه القصد الجرمي، ذلك أن مسؤولية الفاعل مستقلة عن مسؤولية المحرض، ولا تخضع للتخفيف بالاستناد إلى الأعذار المخففة وموانع المسؤولية، وعليه فمن شأن خلق فكرة الجريمة لديه أن تلحق ضرراً لا يمكن إصلاحه، وبالتالي نرى ضرورة ترتيب البطلان متى كان تصرف عضو الضابطة العدلية يدخل في طور الأفعال الإيجابية التي خلقت فكرة الجريمة لدى الجاني، فضلاً عن ترتيب العقاب المسلكي والجزائي على جرم التحريض الحاصل.

الخاتمة:

تناولنا في هذا البحث مفهوم التحريض السوري وشروطه وأبرز ضوابطه التي ميزته عن التحريض التقليدي، كما بينا أبرز المواقف الفقهية والتشريعية حوله وأخيراً توصلنا إلى عدة نقاط كنتيجة لهذا البحث، فالتحريض السوري يعد أحد الوسائل التي تمارس من قبل رجال الضابطة العدلية أو من يعمل تحت إمرتهم من أجل القبض على الجناة المتلبسين بجرائمهم، وبالنتيجة يمكن استخلاص أبرز نتائج وفق الآتي:

1- إن التعريف الذي يبين جوهر التحريض السوري وعناصره وشروطه، هو الذي يجمع في ثناياه طبيعة نشاط المحرض السوري المعنوي والمادي وباعثه على التحريض الذي يتمثل في الإيقاع بالجاني متلبساً بالجريمة.

2- تمثل فكرة التحريض السوري أحد أبرز أساليب البحث والاستقصاء في الجرائم، وقد كثر اللجوء إليها في الجرائم الخطيرة لمبررات تتعلق بوجود الجريمة ذاتها وسرعة انتشارها وتطورها.

- 3- يرتبط التحريضُ الصوريُّ بشكلٍ كبيرٍ برجل السلطة العامة أو من يعملُ لحسابهم مادام باعتهُ على التدخلِ في الجريمة هو الحصولُ على أدلة الجريمة لإثباتها وضبط فاعلها لتقديمه للمحاكمة.
- 4- إنَّ التحريضَ الصوري لا يؤثرُ في مسؤولية فاعل الجريمة ولا تأثير له في تخفيف عقوبة فاعل الجريمة.
- 5- إنَّ بعضَ القوانين قد نصت بشكلٍ واضحٍ على التحريض الصوري حيث نصَّ بعضها على عدم مساءلته في جرائم معينة، كما فعل المشرعُ اللبناني في جريمة الرشوة.
- 6- إن القواعد العامة في المساهمة الجزائية تقضي بمعاقبة المحرض الصوري والجاني معاً، متى ثبَّت أنَّ المحرضَ الصوري قد قامَ بتحريضِ الجاني على ارتكابها سواءً أكان التحريضُ خالفاً أو مشجعاً.
- 7- لا يمكنُ تبريرُ التحريضِ الصادرِ عن رجالِ الضابطة العدلية على أساس أنه استعملَ للسلطة التي منحه إياها القانون، أو على أساس قيامه بواجبٍ يمليه عليه القانون، إذا أنَّ المشرع لم ينص على أن سلطة الضابطة العدلية في التحريض على الجرائم ولو كان ذلك من أجل ضبط مرتكبيها.

التوصيات:

- 1- وجود تعريف صريح في متن قانون العقوبات، ينصُّ على التحريض الصوري وشروطه وتنظيمه بصورة تحولُّ دونَ الخلطِ بينه وبين أسلوبِ الخداع والتحايل الذي يلجأ إليه أعضاء الضابطة العدلية في سبيل الإيقاع بالجاني.
- 2- وضع ضوابط معينة يتمُّ فيها الموازنة بين مصلحة الدولة في منع وقوع الجرائم واكتشافها حال وقوعها، والقبض على مرتكبيها، وبين حقوق الأفراد وحررياتهم من تعسف رجال الضابطة العدلية في أثناء قيامهم بإجراءات الاستقصاء للكشف عن الجرائم ومرتكبيها.

- 3- تلافى القصور التشريعي الحاصل من خلال تنظيم عمليات التحري السرية في متن قانون أصول المحاكمات الجزائية أو في تشريع مستقل ينظم أعمال الضابطة العدلية خلالها.
- 4- أن يتم تنفيذ عمليات الاستقصاء السرية في بعض الجرائم المنظمة تحت إشراف ورقابة السلطة القضائية المختصة.
- 5- ضرورة قصر الاستقصاء السري على جرائم محددة لما تتطوي عليه من خطورة ومساس بضمانات الأفراد أسوة بباقي التشريعات كجرائم المخدرات والجريمة المنظمة وجرائم تبييض الأموال والفساد وجرائم الإرهاب.
- 6- إلزام الضابطة العدلية بتحرير محضر لكل الأعمال التي يتم تنفيذها بما يؤمن الرقابة القضائية الفاعلة على سلامة الإجراءات المتبعة من قبلها.
- 7- النص الصريح على بطلان إجراءات الضبط والاستقصاء في حال تحريض رجال الضابطة العدلية على الجريمة أو مساهمتهم فيها بأي نشاط أصلي أو تباعي في متن قانون أصول المحاكمات الجزائية.

المراجع:

القوانين والتشريعات:

- 1- قانون العقوبات السوري رقم 148 لعام 1949 المعدل بالمرسوم التشريعي رقم 1 لعام 2011.
- 2- قانون العقوبات اللبناني الصادر بالمرسوم الاشتراعي 340 لعام 1943 المعدل بالمرسوم الاشتراعي رقم 112 لعام 1983.
- 3- قانون العقوبات المصري رقم (58) لسنة 1937.

كتب وأبحاث:

- 1- د. أحمد، أماني، 2008- جريمة التحريض في الفقه القانوني، مقال منشور، منتدى كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر.
- 2- د. السراج، عبود، 1997- شرح قانون العقوبات (القسم العام)، نظرية المسؤولية الجزائية والعقوبة، الجزء الثاني، منشورات جامعة دمشق، دمشق.
- 3- د. السعيد، كامل، 2009- شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن.
- 4- د. الحازمي، أحمد بن عبد الفتاح، 2010- استدراج المتهم لإثبات الجرم، دراسة تأصيلية تطبيقية. جامعة نايف للعلوم الأمنية. الرياض.
- 5- د. القبلاوي، محمود، 2013- المسؤولية الجنائية للمحرض على الجريمة، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر.
- 6- د. المجذوب، أحمد، 1970- التحريض على الجريمة، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، مصر.
- 7- د. بهنام، رمسيس، 1971- النظرية العامة في القانون الجنائي، الطبعة الثالثة، شركة الإسكندرية للطباعة والنشر، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر.
- 8- د. حسني، محمود نجيب. 2017 - شرح قانون العقوبات القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الثامنة، الإسكندرية. مصر.

- 9- د. ذكي، علاء الدين. 2014- الاشتراك بالتحريض والاتفاق والمساعدة في قانون العقوبات، دار الطباعة، الإسكندرية، مصر.
- 10- د. سالم، أحمد، 2010- التحريض السوري، دار الهدى. القاهرة، مصر.
- 11- د. سرور، أحمد فتحي. 1996- المساهمة الجنائية في قانون العقوبات، القسم العام. دار النهضة العربية، الطبعة السادسة. القاهرة. مصر.
- 12- د. عبد الحميد، نسرين. 2008- المحرض السوري، دراسة حول المساهمة الجنائية بالتحريض السوري. دار الجامعة. الإسكندرية،
- 13- محمود، ضياء، 2014- حق الصمت في القانون الجزائي، رسالة ماجستير، جامعة دمشق.
- 14- د. مصطفى، محمود، 1956- شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية. القاهرة
- 15- د. نبيه، مصطفى، 2010- المحرض السوري، دار الهدى، القاهرة، مصر.

List References:

- 1- D. Ahmad. A, 2008- Crime of incitement in jurisprudence, published article, faculty of law forum, Mansoura University, Egypt.
- 2- D. Al Siraaj, A, 1997- Explanation of the Penal Code, The theory of criminal responsibility and punishment, Part two, Damascus University Publications, Damascus, Syria.
- 3- D. Al saeid, K, 2009- Explanation of the general provisions of the Penal Code, Culture House of Publishing and Distribution, First edition, Amman, Jordan.
- 4- D. Al hazeme, A, 2010- To lure the accused to prove the guilt, An applied study, Naif University for Security Sciences, Al ryad, Saudi Arabia.
- 5- D. Al majzuop, A, 1970- Incitement to Crime, Princely presses, Cairo, Egypt.

- 6- D. Abd alhameed, N- 2008, Mock Agitator, A study on criminal contribution to mock instigation, University House, Alexandria, Egypt.
- 7- D. Bahnam, R,1971- General theory in Criminal law, Alexandria Printing and Publishing Company, third Edition, Alexandria, Egypt.
- 8- D. Hussin, M,2017- Explanation of the Penal Code, University Press, eight edition, Alexandria, Egypt.
- 9- D. Salam, A, 2010- Fictitious Incitement, Dar Al Huda, Cairo, Egypt.
- 10-D. Sorour, A,1996-Criminal Contribution to Pénal Code, General Section, Arab Renaissance House, Six Edition, Cairo, Egypt.
- 11-D. Kablawy, M,2013-Criminal responsibility of the instigator of the crime, University Thought House, First edition, Cairo, Egypt.
- 12-Mahmoud, D, 2014- Right to silence in criminal law, Damascus University Publications, Damascus, Syria.
- 13-D. Mostafa, M, 1956- Explanation of the Code of Criminal Procedure, Arab Renaissance House, Cairo, Egypt
- 14-D. Nabeh, M, 2010- Mock Agitator, AL Huda House, Cairo, Egypt.
- 15-D. Zake, A-2014- Participation in incitement agreement and assistance in penal law, University Press, Alexandria, Egypt.

نفي النسب بين البصمة الوراثية واللعان

طالبة الدكتوراه: ميادة محمد شريف القرعان
كلية الحقوق - جامعة دمشق
إشراف الدكتور: مؤيد زيدان

المخلص

يعد موضوع النسب من أبرز تطبيقات تقنية البصمة الوراثية. فعلماء الطب الحديث يرون أنهم يستطيعون إثبات البنوة أو الأبوة لشخص ما أو نفيه من خلال إجراء الفحص على جيناته الوراثية ومقارنتها مع جينات نويه؛ الأمر الذي يستطيع من خلاله علماء الطب الحديث الجزم بوجود علاقة الأبوة أو البنوة بين شخصين أو نفيها، ويؤكدون أن نسبة ذلك تصل في حالة النفي إلى حد القطع أي بنسبة 100%. فعدم وجود أي تشابه في الشريط الوراثي يعني بالضرورة عدم وجود أي صلة قرابة بين الشخصين، وأن هذا أصبح من المسلمات في علم الطب الحديث. وإذا كان هذا الحكم مقبولاً على وجه القطع من الناحية العلمية، فإن تطبيقاته لا بد أن تعرض على ميزان الشرع لبيان الحدود التي تحد ميدان تدخل هذه التقنيات في التطبيق والاستفادة منها وترتيب الأحكام عليها. وقد اختلف علماء الشريعة الإسلامية المعاصرين في إمكانية نسب المولود ونفيه من خلال تحليل البصمة الوراثية. والحقيقة أن وراء هذا الخلاف إنما هو حصر معظم هؤلاء الأمر في حالة نفيه بهذه البصمة من دون اللعان، وهو ما قد يتعارض مع القواعد الفقهية الإسلامية لاسيما أحكام اللعان الذي يعتبر الطريق الشرعي الوحيد لنفي النسب الثابت، ويرويه إهمالاً للنصوص الشرعية، وتعطيلاً لأحكام الشريعة... وقد سلطت هذه الدراسة الضوء على مسألة غاية في الأهمية وهي مسألة استخدام تقنية البصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه مع لجوء الزوج للعان بما لا يتعارض مع قواعد الشرع الحنيف؛ لا سيما أحكام اللعان.

Denying the Lineage between the genetic fingerprint and the imprecation

Prepared by: Mayada Al Karaan

Supervisor: Dr.Muoayad Zeidan

Faculty of law - University of Damascus

Abstract

The theme of descent is one of the most prominent applications of genetic fingerprint technology. Modern medicine scientists believe that they can prove or deny a person's paternity or maternity through the procedures of examining his genes and comparing them with those of his or her relatives, which means that modern medicine scientists can confirm the existence of a paternity or maternity relationship between two people or deny it, and confirm that the percentage of this reaches He is denied to the cutting limit, i.e. 100%. The absence of any similarity in the genetic tape necessarily means that there is no kinship between the two persons, and that this has become a recognized in modern medicine. If this provision is scientifically acceptable, its applications must be presented on the balance of Islam to show the limits that limit the field of entry of these techniques into practice, utilization and order of judgment. Contemporary Islamic scholars have disagreed on the possibility of establishing and denying the birth's birth lineage through genetic fingerprint analysis. The truth is that behind this difference is to limit most of these scholars to the fact that he is denied this mark without a imprecation, which may conflict with islamic jurisprudential rules, particularly the provisions of the law, which is the only legitimate way to deny the fixed lineage, and they see it as a neglect of the islamic texts and a disruption of the provisions. Sharia.... This study highlighted a very important issue, namely the use of genetic fingerprinting technique to prove descent and its denying that the husband resorted to suffer in a manner that did not conflict with the rules of the islamic law, particularly the provisions of the **imprecation**

مقدمة

تحتاط الشريعة الإسلامية في مسألة نفي النسب لاسيما النسب الثابت بإحدى طرق الإثبات الشرعية وبشكل خاص النسب الثابت بالفراش. فقد حصر الإسلام نفي هذا النسب بطريق واحد هو (اللعان)، وإن كان هناك بعض الحالات التي أجازت فيها الشريعة الإسلامية نفي النسب من غير لعان في حال اختلال الشروط المعتمدة لقبول النسب. ولكي يُنتج اللعان أثره في نفي نسب الولد عن الزوج الملاحن لابد من تحقق شروط معينة بعضها محل اتفاق وبعضها محل خلاف فيما بين الفقهاء ويمكن إجمالها: بأن يكون الولد للنافي، وألا يسبقه إقرار بالولد أو بتوأمه أو ما يدل على ذلك صراحة أو دلالة، وأن يكون نفي الولد على الفور أي: من وقت الولادة عند جمهور الفقهاء - ولم يتفق الحنفية مع الجمهور في ذلك؛ لأن هذا الأمر يحتاج إلى التأمل فلا بد له من زمان للتأمل - وألا يقيم الزوج البينة على صدقه في قذفها، و أن يتم اللعان من الزوجين، وتكمل ألفاظه منهما، و أن يذكر نفي الولد في اللعان فإن لم يذكر لم ينتف نسبه عن الزوج ويحتاج إلى إعادة اللعان. وإذا ما تم اللعان مستجمعا لكافة شروطه ترتب عليه بعض الآثار الشرعية التي أهمها: حدوث الفرقة بين الزوجين، و سقوط الحد عن الزوج والزوجة، وانتفاء نسب الولد عن الملاحن¹.

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري باللعان كطريق لنفي النسب، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة /129/ على أنه لا ينتف نسب المولود عن الزوج في عقد الزواج الصحيح إلا باللعان وذلك بعد توافر الشروط المعتمدة. ولم ينص قانون الأحوال الشخصية السوري على شرح أحكام اللعان، وأصوله، و إجراءاته، وكيفية، ولكنه يتبناه وفق الراجح

¹ - هذه أهم أحكام اللعان بإيجاز، وللعلماء تفاصيل موسعة في الكثير من أحكامه ليس المقام مقام تفصيل فيها، وإنما المقصود إعطاء نبذة موجزة يتضح بها معالم هذا الحكم الشرعي، ولمن أراد التوسع في أحكام اللعان الرجوع إلى: ابن قدامة: المغني، دار عالم الكتب، الرياض، ط3، 1997م، ج11، ص140. الكاساني: بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 2003م، ج5، ص49. الشريبي: مغني المحتاج، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1997م، ج3، ص491.

في المذهب الحنفي بموجب نص المادة/305/ من القانون ذاته و التي أحالت إلى الراجح في المذهب الحنفي فيما سكت عنه القانون السوري.

واليوم في ظل الحقائق والمكتشفات العلمية الحديثة أصبح بالإمكان الجزم بنفي الولد عن الشخص من خلال إجراء تحليل البصمة الوراثية والتأكد من نفي البنوة. وإذا كان هذا الأمر مسلماً به من الناحية العلمية إلا أنه لا يزال في نظر البعض يصطدم بالعديد من القواعد الشرعية وفي مقدمتها اللعان كونه الطريق الشرعي الوحيد الذي جاءت به النصوص الشرعية لنفي النسب الثابت.

وقد استعملت البصمة الوراثية هذه في تطبيقات عديدة في المجال الطبي والجنائي، هذا إضافة إلى أهميتها في مجال النسب. فقد أثبتت التجارب الطبية الحديثة بوساطة وسائل تقنية غاية في التطور والدقة أن نتائج تحليل البصمة الوراثية (أوالحمض النووي) تظهر أن لكل إنسان جينوما بشريا خاصا به من دون سواه ولا يمكن أن يتشابه فيه مع غيره. بحيث لا يمكن أن تتطابق الصفات الجينية بين شخص وآخر حتى وإن كانا توأمين. وأن مقارنة نتائج تحليل هذا الحمض لوالدين مع ولدهما، ستظهر تشابهاً وتكراراً معيناً في تتابعات جزيئات الحمض النووي، وهذا التكرار لن يكون مع غيرهما، الأمر الذي يستطيع من خلاله علماء الطب الحديث الجزم بوجود علاقة الأبوة أو البنوة بين شخصين أو نفيها، ويؤكدون أن نسبة ذلك تصل في حالة نفي النسب إلى حد القطع أي بنسبة 100%، فعدم وجود أي تشابه في الشريط الوراثي يعني بالضرورة عدم وجود أي صلة قرابة بين الشخصين، وأن هذا أصبح من المسلمات في علم الطب الحديث².

أهمية البحث:

تظهر أهمية هذا البحث من خلال بيان مدى إمكانية تسخير البصمة الوراثية بوصفها أحد المكتشفات العلمية الحديثة والاستفادة منها في مجال النسب، وذلك من خلال التوصل إلى الموقع الذي يمكن الاعتراف به للبصمة الوراثية من اللعان كطريق وحيد جاءت به النصوص الشرعية لنفي النسب الثابت، وبيان ما إذا كان ذلك يتعارض مع ما

² - الكعبي، خليفة، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، دار النفائس، عمان، 2006م،

جاء به الشرع الحنيف أم أن الأمر مقبول شرعا. وبالتالي هل للبصمة الوراثية أن تستخدم في نفي النسب؟ وما أثر ذلك وحكمه مع وجود اللعان؟
إشكالية البحث: يتكون النسب من عنصرين أساسيين هما العنصر الشرعي والعنصر البيولوجي، فالنسب لا بد أن يجمع بين حقيقتين في آن واحد: حقيقة شرعية، وحقيقة بيولوجية. والسؤال المفترض هنا: كيف يمكن الاستفادة من تقنية البصمة الوراثية في ذلك؛ بمعنى أنه كيف يمكن لنا أن نثبت بيولوجيا بأنّ هذا الرجل هو الأب الشرعي لهذا الولد، وهو ما قد يتعارض مع أحكام الشريعة في هذا الخصوص لا سيما قاعدة الولد للفراش واللعان.

هدف البحث:

تهدف هذه الدراسة إلى بيان إمكانية الاستفادة من تقنية البصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه بما لا يتعارض مع قواعد الشريعة الإسلامي، وعلى وجه الخصوص اللعان الذي هو: نظام شرعي قائم بحد ذاته يهدف إلى درء الحد ونفي النسب؛ أسبغته الدول -التي تعتمد الشرع الإسلامي أساسا تبني عليه أحكامها الوضعية المتعلقة بأحوال الأسرة- صفة قانونية وتبنته في تشريعاتها.

مصطلحات البحث وتعريفاته الإجرائية:

-اللعان: حلف بألفاظ مخصوصة من قبل الزوج على زنا زوجته، أو نفي ولدها منه، وحلفها على تكذيبه فيما قذفها به³.
-البصمة الوراثية: البنية الجينية التي تدل على كل إنسان بعينه. وقد أفادت البحوث والدراسات العلمية أنها من الناحية العلمية والعملية وسيلة تمتاز بالدقة لتسهيل مهمة الطب الشرعي، ويمكن أخذها من أي خلية (بشرية) من الدم، اللعاب، أو البول، أو غير ذلك⁴.

³-الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية- بيروت، ط2، 2003م، ج5، ص25.

⁴ - دانييل كيفلس و ليروي هود، الشيفرة الوراثية للإنسان، ترجمة د.أحمد مستجير، سلسلة عالم المعرفة، 216، يناير 1997، ص195 وما بعدها.

-الفراش: كناية عن الزوجية الشرعية بين الزوجين، وهو مستفاد من قوله تعالى " وَفُرُشٍ مَرْفُوعَةٍ"⁵. وهو الأصل في انتساب الولد⁶.

الإطار النظري والدراسات السابقة: يعتبر موضوع اللعان ونفي النسب من المشكلات الاجتماعية الخطيرة التي تؤدي إلى تفكك السرة وتهتك النسيج الاجتماعي، وما يصاحب ذلك مضاعفات خطيرة وتأثيرات سلبية على المدى البعيد، ومن الدراسات التي تم الرجوع إليها في هذا الصدد:

- خليفة الكعبي: البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، 2006م. وقد هدفت هذه الدراسة إلى إجراء مقارنة تفصيلية بين البصمة الوراثية و الوسائل الشرعية لإثبات النسب ونفيه من منظور شرعي، وانتهت إلى رفض الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال النسب إلا في نطاق ضيق جداً.
- مازن هنية ودياب شويديح: نفي النسب في الفقه الإسلامي، مجلة الجامعة الإسلامية، 2008م. استعرض فيها الباحث الوسائل المعترف بها شرعاً لنفي النسب ومنها اللعان.

وقد كانت هاتان الدراستان السابقتان المنطلق النظري الذي تم الاعتماد عليه في هذه الدراسة.

منهجية الدراسة: لما كان موضوع البحث يتحدد بإثارة مسألة اللجوء إلى البصمة الوراثية للتقليل من حالات نفي النسب، ولما كانت طبيعة هذا الموضوع قد اقتضت اعتماد المنهج الاستقرائي والاستنباطي، فإن منهجية البحث ستكون على الشكل الآتي:

المبحث الأول: حكم استخدام البصمة الوراثية في نفي النسب مع وجود اللعان

المطلب الأول: تقديم اللعان على البصمة الوراثية

المطلب الثاني: الاكتفاء بالبصمة الوراثية عن اللعان

المبحث الثاني: موقع البصمة الوراثية من اللعان

المطلب الأول: دور البصمة الوراثية في نفي النسب باللعان

المطلب الثاني: كيفية التوفيق بين البصمة الوراثية وأحكام اللعان

⁵- سورة الواقعة، الآية رقم 34.

⁶-د. محمد يوسف موسى، النسب وأثاره، دار المعرفة،بيروت، ط2،1967م، ص20.

المبحث الأول: حكم استخدام البصمة الوراثية في نفي النسب مع وجود اللعان
 يعد اللعان أحد طرق نفي النسب. وقد اعتمد الفقهاء قديماً آية اللعان مع ما ورد في السنة الشريفة بخصوصه، ونظروا فيهما حسب قواعد الاستنباط، لذلك فبعد أن اتفقوا على أن اللعان هو الوسيلة الوحيدة لنفي النسب الثابت؛ تباينت أوجه النظر بينهم في استنباط الأحكام الفرعية، وكان لهذا التباين أثره الواضح في موقف علماء الشريعة المعاصرين من البصمة الوراثية كوسيلة يمكن أن تقدم على اللعان أو تسانده. ويذهب علماء الشريعة المعاصرين في ذلك إلى قولين، الأول: عدم مشروعية تقديم البصمة الوراثية على اللعان الذي جاءت به النصوص الشرعية، في حين يذهب أصحاب القول الثاني إلى جواز ذلك، وفيما يلي استعراض لكل قول وأدلته.

المطلب الأول: تقديم اللعان على البصمة الوراثية:

يرى أصحاب هذا القول: أن اعتماد البصمة الوراثية لنفي النسب عن الزوج من دون لعان -خاصة نسب من ولد على فراش الزوجية- هو إجراء غير مشروع وباطل. وهناك أدلة كثيرة على عدم مشروعية ذلك، أهمها:

أولاً- مخالفة كتاب الله تعالى: أ-حيث قال تعالى: "وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ (6) وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ (7) وَيَذَرُونَ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ (8) وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ (9)"⁷. وهذه الآية تدل: على مشروعية اللعان، وهو الحل الوحيد والسبيل المشروع لنفي الزوج لمن ولد على فراشه. والأخذ بالبصمة الوراثية فيه زيادة على ما جاء في كتاب الله. فدل ذلك على المنع.

ب- قوله تعالى: "وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخَيْرُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا"⁸. فالقول بأن البصمة

⁷- سورة النور الآيات 6 و7 و8 و9.

⁸- سورة الأحزاب، الآية رقم 36.

الوراثية تحل محل اللعان - وهو حكم شرعي - بناء على نظريات طبية مظنونة يكون فيه تخيير في النصوص الشرعية، وهذا لا يجوز⁹.

ج- الأصل أن إحلال البصمة الوراثية بدل اللعان إنما هي من النوازل العصرية، ولا دليل ولا مستند عليه، ولما تنازع علماء العصر حول هذه المسألة فوجب الرجوع فيها إلى قوله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا"¹⁰، ويرد الموضوع على القرآن نجد أنه لا يجوز؛ لمخالفته لكتاب الله وأحكام اللعان فيه.

ثانيا- السنة: أ- حيث إنه مخالف لقضائه - صلى الله عليه وسلم- فيمن قذف زوجته، وأنكر ولدها منه، فإنه لاعن بينهما، كما جاء في حديث ابن عمر - رضي الله عنه - : أن النبي - صلى الله عليه وسلم - لاعن بين رجل وامرأته، فانتهى من ولدها، وفرق بينهما، وألحق الولد بالمرأة¹¹. والحجة في الحديث أنه -صلى الله عليه وسلم- قضى بينهما باللعان، فدل ذلك على أن حكم الله تعالى وحكم رسول الله -صلى الله عليه وسلم- عند إنكار الولد هو اللعان، و أنه -صلى الله عليه وسلم- لم يأمر بعرض الولد الذي نفاه الزوج على القافة- ومثلها البصمة الوراثية اليوم- لتلحقه بالزوج أو تنفيه عنه، على الرغم من كون القافة محل ثقة واحترام عندهم، يعتبرونها علما من علومهم، يحتكمون إليها في إثبات النسب ونفيه.

ب- أنه مخالف لقوله -صلى الله عليه وسلم- "الولد للفراش، وللعاهر الحجر"¹²، ويحتج بهذا الحديث من وجهين، الأول: أنه دليل على حقوق الولد بالزوج وثبوت نسبه له (لأنه صاحب الفراش) ولو حملت به الزوجة من زنا. فطالما ثبت الفراش فلا يعارضه إلا أقوى

⁹- د. سعد الدين مسعد هلالى: البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، دار الكتب المصرية، مكتبة وهبة، القاهرة، ط1، 2010م، ص22.

¹⁰- سورة النساء، الآية رقم59.

¹¹- البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، ط2، 2002، كتاب الطلاق، باب يلحق الود بالملاعنة، رقم الحديث5315، ص1355.

¹²- أخرجه البخاري في صحيحه، المرجع السابق، باب الولد للفراش، رقم الحديث6749، ص1672.

منه وهو اللعان. ومن ثمّ لا مجال للبصمة الوراثية في الحيلولة من دون وقوع اللعان. والثاني: أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- أهدر الشبه البين وهو الذي يعتمد على الصفات الوراثية والبصمة الوراثية اليوم، وأبقى الحكم الأصلي وهو "الولد للفرش" فلا ينفى النسب إلا باللعان فحسب. فالشارع الحكيم إنما تشدد في نفي النسب بعد ثبوته، وحصر نفيه بطريق واحد فقط وهو اللعان¹³.

ثالثاً- المعقول: أ-معارضة اللعان الثابت قطعاً: إن القول بإعمال البصمة الوراثية بدل اللعان، فيه تجاوز لحكم ثبت بالنص القرآني والسنة الشريفة وإجماع العلماء، وله صفة تعبدية في إقامته، وفيه من المصادمة للنصوص الشرعية والجرأة على إبطالها وإلغاء العمل بها ما يحمل على رد هذا القول؛ لأن الأحكام الشرعية الثابتة لا يجوز إلغاؤها أو إبطال العمل بها إلا بنص شرعي يدل على ذلك. بل حتى لو أقرت الزوجة بصدق زوجها فيما رماها به من الفاحشة فإن النسب يلحق الزوج، لقوله- صلى الله عليه وسلم-: "الولد للفرش وللعاهر الحجر"، ولا ينتفي عنه إلا باللعان.

ب-إن حرص الإسلام على إلحاق النسب يوجب عدم اللجوء إلى تقنية الحمض النووي لتأكيد نفي النسب، إذا كان عدم استخدامها يثبت النسب ولا يوجد تنازع على نسب الطفل؛ لأنه : ما كان لصالح إثبات النسب أقر و ما كان عكس ذلك فلا يقر. إن روح الشريعة الإسلامية تقتضي عدم القيام بأي فعل من شأنه أن ينفي النسب إلا إذا أوقع ضرراً بمن سيلحقه، أو أنه نفي نسباً معلوماً، وبذلك لا يجوز مقارنة البصمة الوراثية للأطراف في الحالات التي قد ينتج عنها نفي نسب دون فائدة تقع على أحد أو مضرة تقع على طرف آخر، إذ يدخل هذا في باب قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَسْأَلُوا عَنَ أَشْيَاءَ إِن تَبَدَّلَ لَكُمْ تَسْوُكُمْ..."¹⁴، و قوله - صلى الله عليه وسلم- : "دعوني ما تركتكم، فإنما أهلك من كان قبلكم كثرة سؤالهم، واختلافهم على أنبيائهم، فإذا نهيتكم عن شيء

¹³- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج11، ص158.

¹⁴- سورة المائدة الآية رقم 101.

فاجتنبوه، وإذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم"¹⁵. فيتوجب إذاً عدم عرض قضايا النسب على مختبرات فحص العوامل الوراثية، حتى لا يتم اللجوء إلى البصمة الوراثية بعد تطبيق اللعان؛ لأنه قد ينفي الولد عن الزوج مع أن الشرع الحكيم ترك للزوج فرصة أن يكذب نفسه بعد اللعان فيثبت نسب الولد، فإذا طبقت البصمة الوراثية وأكدت نفي الولد أوقعنا ضرراً بالولد و كشفنا مستوراً¹⁶.

ج- إن الشارع قد شدد في شروط اللعان حتى لا يقدم عليه كل من تسول له نفسه قذف زوجته ونفي الولد، بل لا يلجأ إليها إلا المضطر، وبذلك يقع الستر في الأعراس. فالحكمة في تكرار الشهادة أربع مرات هو تغليظ في الفروج والدماء حتى يقع الستر في الفروج و الحقن في الدماء. أضف إلى ذلك أنه إذا كانت نتيجة العمل باللعان وبالْبصمة الوراثية واحدة فلماذا يترك الحكم الشرعي ويؤخذ بغيره؟! فالأخذ بالبصمة الوراثية مكان اللعان بعد كل هذا إنما هو: نوع من اتخاذ آيات الله هزواً، ويدخل تحت قول ابن القيم: "لما عرض الناس عن تحكيم الكتاب والسنة والمحاكمة إليهما واعتقدوا عدم الاكتفاء بهما وعدلوا إلى الآراء والقياس والاستحسان وأقوال الشيوخ، عرض لهم من ذلك فساد في فطرتهم وظلمة في قلوبهم، وكدر في أفهامهم، محق في عقولهم، وعمتهم هذه الأمور، وغلبت عليهم حتى ربي فيها الصغير وهرم عليها الكبير فلم يروها"¹⁷.

المطلب الثاني: الاكتفاء بالبصمة الوراثية عن اللعان:

يذهب بعض من العلماء المعاصرين إلى جواز الاكتفاء نتيجة البصمة الوراثية والعمل بمقتضاها عن اللعان. وقد برروا رأيهم بالآتي:

أولاً- الكتاب: قال تعالى: " وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ". فقد ذكر ابن قدامة في كتابه

¹⁵- صحيح البخاري، المرجع السابق، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب الاقتداء بسنن رسول الله، رقم الحديث 7288، ص1800.

¹⁶- هلاي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، المرجع السابق، ص192.

¹⁷- ابن القيم، الفوائد، تحقيق عصام الدين الصبابي، دار الحديث، القاهرة، ط2، 1994م، ص69.

المغني أنه لما أنزلت آية اللعان قال النبي -صلى الله عليه وسلم-: "أبشر يا هلال، فقد جعل الله لك فرجا ومخرجا"¹⁸.

ووجه الدلالة: أن الآية الكريمة دلت على أن الزوج يلجأ إلى اللعان عند فقد من يشهد معه، فإذا دلت نتائج البصمة الوراثية على صحة قول الزوج فإن البصمة الوراثية في هذه الحالة تكون بمنزلة الشهود التي تدل على صدق الزوج فيما يدعيه من نفي النسب¹⁹. فمع التقدم العلمي في هذا الميدان لم يبق الزوج وحيدا لا سند له بل أصبح له شاهد (البصمة الوراثية). ثم إن البينة التي يُطالب الزوج بإقامتها هي بينة الزنا، وليس البينة على نفي النسب. فالبينة هي لدرء الحد عن القاذف وليس لنفي النسب، وبدل على ذلك قول النبي -صلى الله عليه وسلم- لمن قذف زوجته: "البينة أو حد في ظهرك". ولذا فقد قال بعض الفقهاء: إنه لا وجه للعان إذا كان للزوج بينة على زنا زوجته²⁰. وفي كل ذلك يبقى موضوع نسب الطفل مبهما غير واضح، والبصمة الوراثية تؤكد حقيقة انتساب الطفل إلى الأب أو لا. وكونها موثوقا بها فإنها تكون رافعة لاتهام الزوج بالكذب²¹.

ثانيا- من السنة: أ- حديثه -صلى الله عليه وسلم- في قصة عتبة مع عبد بن زمعة: "هولك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر واحتجبي منه يا سودة بنت زمعة". فلم يرَ سودة قط. ووجه الدلالة: أن النبي -صلى الله عليه وسلم- حكم بالولد لعبد بن زمعة، عملا بقاعدة الولد للفراش، ولم يحكم بنسبه لعتبة مع وجود الشبه؛ لأن الشبه أمر ظني، ومع ذلك فقد أمر زوجته سودة بالاحتجاب لقرينة الشبه القوية التي قد تكون نافية للنسب لولا الفراش، وهذا دليل على اعتبار البصمة الوراثية -التي هي أقوى من قرينة الشبه- في مجال النسب.

ب- ما ورد في قصة هلال بن أمية، قول النبي -صلى الله عليه وسلم- "انظروها فإن جاءت به: أكحل العينين، سابغ الألبتين، خدحج الساقين، فهو لشريك بن سحماء"، فجاءت

¹⁸- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج11، ص122.

¹⁹- د. وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات، أبحاث مؤتمر الهندسة الوراثية، مج2، ص95.

²⁰- د. الزحيلي، المهذب في الفقه الشافعي، دار القلم-دار الشامية، ط1، 1996م، ص456.

²¹- د. السلامي، التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجيتها في الإثبات، أبحاث مؤتمر الهندسة الوراثية، ص451

وما بعدها.

به كذلك فقال- صلى الله عليه وسلم - : "لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن"²². ووجه الدلالة: أن النبي -صلى الله عليه وسلم- جعل الشبه دليلاً على نفي النسب؛ لأن المرأة جاءت بالولد على الوصف الذي ذكره -صلى الله عليه وسلم-، واعتبار النبي -صلى الله عليه وسلم- الشبه دليلاً قد يترتب عليه نفي النسب، هو إشارة إلى اعتبار البصمة دليلاً يترتب عليه نفي النسب²³.

ج- حديث النبي -صلى الله عليه وسلم- للرجل الأعرابي الذي جاءه يقول له : إن امرأتي ولدت لي غلاماً أسود. وهو حينئذ يعرض بأن ينفيه، ولكنه - صلى الله عليه وسلم - لم يرخص له في الانتقاء منه، وذلك لسعة علم رسول الله -صلى الله عليه وسلم- بتوارث الصفات عن الآباء، ولقدرته على الحوار والإقناع، بحيث أرجع السائل إلى ما يعهده من إبله، سائلاً إياه عن ألوانها، حتى إذا أقر السائل بالحقيقة بنفسه كانت الحجة دامغة تملأ عقله وقلبه، وتزيل ما قد ظهر في نفسه من الشك في زوجته. وهي تقوم في أساسها على فكرة البصمة الوراثية اليوم، فكانت مانعة من إجراء اللعان لنفي النسب.

ثالثاً-المعقول: أ-إن تجاوز موضوع البصمة الوراثية كونها من الحقائق العلمية المعاصرة القاطعة في نفي النسب هو إنكار الواقع الثابت، -حسب أصحاب هذا الرأي- وشريعتنا التي تأبى تسفيه العقول تأبى تجاوز هذه الحقائق.

ب- إن الرجل الذي لا يتهم زوجته -في بعض الحالات- هل يلزم باللعان لنفي النسب عنه؟ أي هل نلزمه بقذف زوجته واتهامها حتى ينفى عن نفسه النسب؟ فالصواب: أن ينفى النسب عنه من دون حاجة إلى اتهام زوجته بارتكابها الفاحشة وقذفها، فلعل الحمل كان بوطء لا يوجب الحد، كوطء الشبهة مثلاً²⁴.

ج- إن نتائج البصمة يقينية قطعية لكونها مبنية على الحس، وإذا أجرينا تحليل البصمة الوراثية وثبت أن الطفل من الزوج وأراد أن ينفيه، فكيف نقطع النسب ونكذب الحس

²²- الحديث ورد في المغني، المرجع السابق، ج11، ص121.

²³- د. علي محي الدين القره داغي: البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، جامعة قطر، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الرابعة عشرة، العدد السادس عشر، ص48.

²⁴- د. هنية وشويح، نفي النسب في الفقه الإسلامي ودور الحقائق العلمية المعاصرة فيه، مجلة الجامعة الإسلامية، العدد2، 2008م، ص20.

والواقع ونخالف العقل، ولا يمكن البتة أن يتعارض الشرع الحكيم مع العقل السليم في مثل هذه المسائل المعقولة المعنى وهي ليست تعبدية. فلو استلحق رجلٌ من يساويه في السن وادعى أنه أبوه، فإننا نرفض ذلك لمخالفته للعقل والحس، فإنكار الزوج وطلب اللعان بعد ظهور النتيجة نوع من المكابرة، والشرع يبتزّه أن يثبت حكماً بني على المكابرة.

د-إن الشارع يتطلع إلى إثبات النسب رعاية لحق الصغير، ومخالفة البصمة لقول الزوج في النفي يتنافى مع أصل من أصول الشريعة في حفظ الأنساب. ومع خراب الذم عند بعض الناس في هذا الزمان، وتعدد حالات باعث الكيد للزوجة يوجب عدم نفي نسب الطفل إحقاقاً للحق ولاستقرار الأوضاع الصحيحة في المجتمع. فإذا علمنا أن الشهادة أقوى من قول الزوج في اللعان؛ لأن الشهادة مبنية على غلبة الظن، أما قول الزوج في اللعان فهو متساوي الطرفين في الصدق أو الكذب أي: بنسبة (50%)؛ لأنه إما أن يكون صادقاً أو تكون الزوجة صادقة، فهل من الفقه أن ندع بينة قريبة من القطع بنسبة كبيرة جداً تؤكد كذب الزوج وتأخذ ما هو محتمل للصدق بنسبة 50% وننسب ذلك للشريعة !!!

هـ- إن الاعتراض على عدم إقامة الحد على الزوجة اعتماداً على البصمة الوراثية واكتفاءً بها دليل على أنها ليست حجة بذاتها، يجاب عنه من وجهين:
-إن هناك فرقاً بين إثبات النسب أو نفيه، وبين إقامة الحد القائم على المبالغة في الاحتياط. فالحدود تدرأ بالشبهات بخلاف النسب، فهو يثبت مع وجود الشبهة كما في قصة عبد بن زمعة.

- إن من العلماء المعاصرين من يقول بإقامة الحد إذا ثبت ذلك بالبصمة الوراثية²⁵، أخذاً بما ورد عن بعض الفقهاء المتقدمين كما قال ابن القيم: "والرجوع إلى القرائن في الأحكام متفق عليه بين الفقهاء، بل بين المسلمين كلهم، وقد اعتمد الصحابة على القرائن فرجموا بالحبل وجلدوا في الخمر بالقيء والرائحة... فالعمل بالقرائن ضروري في الشرع والعقل والعرف"²⁶.

²⁵-د. عمر السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجناية، المرجع السابق، ص60.

²⁶- ابن القيم، الفوائد، المرجع السابق، ج4، ص14.

و-إن الفقهاء نصوا على أن الملعن لو بدا له أن يعود في قوله ويلحق ابنه الذي نفاه باللعان، جاز له ذلك لزوال الشبهة التي لاعتن من أجلها²⁷. فهل من الحكمة ومن العدل أن يتجاسر الناس للتعرض للعتة الله أو غضبه وندع البينة (البصمة الوراثية) ولا نحكمها بينهم، ثم بعد اللعان يعود ويلحق ما نفاه؟!!

وبناء على هذا الرأي: فإنه يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب من دون حاجة إلى إجراء اللعان بين الزوجين²⁸.

ومع راحة هذا الرأي فإنه من الأصح التوفيق بين الرأيين السابقين ما أمكن، بحيث لا نتجاهل الدور الذي يمكن أن تلعبه البصمة الوراثية في هذا الصدد، ولا نلغي اللعان الذي جاء به الشرع.

المبحث الثاني: موقع البصمة الوراثية من اللعان

يعدّ اللعان الطريق سبيل للزوج للتخلص من نسب مشكوك فيه، وقد وردت به النصوص من آيات كريمة وأحاديث شريفة. كما تعدّ البصمة الوراثية دليلاً علمياً مادياً يقينياً يوضح حقيقة هذا النسب المشكوك فيه، ولذلك فإن الأصح هو محاولة التوفيق ما أمكن بين هذين الطريقين، وهو ما سيتم بيانه.

المطلب الأول: دور البصمة الوراثية في نفي النسب باللعان

إن الشارع يحتاط للأنساب و يهتم لثبوتها واتصالها وعدم انقطاعها، ويكتفي في إثباتها بأمارات أو قرائن قد تدل عليها بأدنى سبب. فإذا ما ثبت النسب فإنه يشدد في نفيه، ولا يحكم به إلا بأقوى الأدلة. فقد قال ابن قدامه: "فإن النسب يحتاط لإثباته فهو يثبت بأدنى دليل، ويلزم من ذلك التشديد في نفيه. وأنه لا ينتقي إلا بأقوى دليل"²⁹. ولهذا لا يعتبر مع الفراش، بل يحكم بالولد للفراش وإن كان الشبه

²⁷- د. الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج7، ص577. الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص49.

²⁸- سهير الآغا، قواعد النسب في ضوء علم الوراثة، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، 2010م، ص100.

²⁹- المقدسي، ابن قدامة، المغني، دار عالم الكتب، الرياض، ط3، 1997م، ج5، ص769.

لغير صاحبه، كما حكم النبي- صلى الله عليه وسلم - في قصة عبد بن زمعة بالولد المتنازع فيه لصاحب الفراش، ولم يعتبر الشبه المخالف له، فأعمل - صلى الله عليه وسلم - الشبه في حجب سوده حيث انتفى المانع من إعماله في هذا الحكم بالنسبة إليها ولم يعمل في النسب لوجود الفراش³⁰. كما أن من تشديد الشارع في نفي النسب بعد ثبوته أنه حصر نفيه بطريق واحد فقط وهو اللعان، واشترط لإقامته شروطاً كثيرة تحد من حصوله، وتقلل من وقوعه. وبناء عليه: لا يجوز استخدام البصمة الوراثية في نفي نسب ثابت، كما لا يجوز الاكتفاء بالبصمة الوراثية عن اللعان في نفي النسب، بمقتضى نتائجها الدالة على انتفاء النسب بين الزوج والمولود على فراشه؛ لأن اللعان حكم شرعي ثابت بالكتاب، والسنة، والإجماع وله صفة تعبدية في إقامته، فلا يجوز إلغاؤه، وإحلال غيره محله، أو قياس أي وسيلة عليه مهما بلغت من الدقة والصحة في نظر المختصين بها. وإن كان بعض العلماء المعاصرين قد ذهبوا إلى جواز الأخذ بالبصمة الوراثية والاكتفاء بها عن اللعان إذا دلت نتائجها على انتفاء النسب بين الزوج والمولود على فراشه. ومع التقدير للقائلين بهذا القول من العلماء فإن فيه من المصادمة للنصوص الشرعية، والجرأة على إبطالها، وإلغاء العمل بها ما يحمل على رد هذا القول وعدم اعتباره³¹.

هذا ومع قبول القول إنه لا يجوز الاكتفاء بالبصمة الوراثية عن اللعان، فإنه يستحسن الاستعانة بها بحسبان أنها وسيلة قد تحمل الزوج على العدول عن اللعان فيما إذا ثبت من خلال نتائج البصمة الوراثية أن المولود الذي ولد على فراشه هو ابنه قد تخلق من مائه، وهذه مصلحة شرعية يدعو إليها الشرع المطهر ويتطلع إليها؛ لما فيها من تأكيد للأصل الشرعي وهو (أن الولد للفراش) ولما فيها من درء مفسدة اللعان وضرره.

³⁰- ابن القيم، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، المرجع السابق، ص588.

³¹-انظر البصمة الوراثية و تأثيرها على النسب إثباتاً و نفياً للدكتور نجم عبد الواحد ص6، مناقشات جلسة المجمع الفقهي برباطة العالم الإسلامي عن البصمة الوراثية في دورته 15 ص6.

أولاً- جواز الاستعانة بالبصمة الوراثية مع وجود اللعان : مع التسليم بأنه لا يجوز الاكتفاء بالبصمة الوراثية عن اللعان بالرغم من أن نتائجها عند ذوي الاختصاص يقينية؛ لأن الحكم الشرعي لا يجوز إبطاله وترك العمل به إلا بدليل نصي وهو غير ممكن، غير أنه يجدر الاستفادة من هذه التقنية الحديثة المتطورة، وإجراء الفحوصات المخبرية للبصمة الوراثية للاستعانة بها على التحقق من صحة دعوى الزوج أو عدمها، بغرض الحيلولة من دون وقوع اللعان قدر المستطاع لحض الشارع على درء ذلك ومنعه، واهتمامه باتصال الأنساب وبقاء الحياة الزوجية³²، ومن ثمّ يمكن الاستفادة من البصمة الوراثية في حال اللعان على النحو الآتي³³:

أ-التأكد في حال النفي: إذا جاءت نتيجة البصمة الوراثية مؤكدة لنفي النسب، فإنها تؤكد اللعان الحاصل بين الزوجين، وتثبت صدق ادعاء الزوج.

ب- الاستفادة من البصمة الوراثية في بعض حالات الاختلاف بين الزوج والزوجة: إذا لم يحدث لعان بين الزوجين، ولكن وجد اختلاف بينهما واتهام الزوجة بمواقعة شخص آخر (زنا) وحملها منه، ورفع الأمر للقضاء، فللقاضي أن يأخذ بمقتضى دلالة البصمة الوراثية في نفي النسب أو إثباته، وتكون البصمة وسيلة مقبولة ونافعة في حسم الخلاف، وإظهار حقيقة نسب الولد.

د- يمكن أن يستعان بالبصمة الوراثية في تقليل حالات اللعان، فإذا كان الزوج في شك من ولد على فراشه ويريد اللعان، فيمكن أن يؤمر أو يوجه إلى إجراء تحليل البصمة الوراثية، فرما أثبت التحليل بنوة المولود من الزوج فيعدل بذلك عن اللعان، ويلتئم شمل الأسرة. لكن لو أصر الزوج على اللعان فله حق ذلك، ولكن ينبغي أن يوعظ وينبه إلى أنه قد يدخل في غضب الله وسخطه³⁴، ومن دون أن يؤثر ذلك في نسب الولد الذي أثبتته البصمة الوراثية، فمن الممكن الأخذ بتحليل البصمة الوراثية من أجل رفع الضرر

32- د.أسامة محمد الصلابي، مجالات البصمة الوراثية و حجيتها في الإثبات، مجلة جامعة قاريونس، ليبيا، العدد 35، سنة 2011م، ص25.

33- وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات، مؤتمر الهندسة الوراثية مج 2، ص524.

34- د. سعد العنزي، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في إثبات النسب، بحث مقدم للندوة الفقهية الحادية عشرة المنبثقة من أعمال المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت، من 13-15 أكتوبر، 1998م.

عن الزوجة، واتخاذها كطريق لإثبات نسب الأبناء، مع الإشارة إلى أن الأخذ بمسألة تحليل البصمة الوراثية إنما يكون من جانب الأخذ بعوامل مساعدة لرفع الضرر وليس لإثبات حكم شرعي أو نفيه، ومن ثم فإن البصمة الوراثية لا تقوم أبداً بدل اللعان في حال قذف الزوج لزوجته بالزنا، إضافة إلى كونه حكماً شرعياً ثابتاً، فإنه عملياً لا فائدة من إعمال البصمة الوراثية في مقابل اللعان لتثبيت جريمة الزنا على الزوجة وهو -أي اللعان- طريق شرع لرفع الحد و إبعاد التهمة عن كلا الزوجين، جريمة القذف عن الزوج و جريمة الزنا عن الزوجة. أما في ما يخص نفي النسب في اللعان و إقراراً لقاعدة رفع الضرر فإنه يؤخذ بقول الزوجة في ما يخص إجراء التحليل بالبصمة الوراثية؛ لأنه لا يتصور عقلاً أن تطلب هي المتهمه دليل لإدانتها عن طريق البصمة الوراثية، فلا تقدم على ذلك إلا إذا كانت متيقنة من براءتها، فيجوز التحليل لدفع التهمة عنها أولاً، وإثبات نسب ولدها للزوج، وفيه إراحة لنفس الزوج من الشكوك والوساوس³⁵. فيمكن إعمال البصمة الوراثية في حال ثبوت نسب الولد من الرجل، فيلحق الولد بصاحب الفراش إعمالاً لقاعدة الولد للفراش، فإذا أصر الزوج على اللعان، يجاب طلبه و ندرأ الحد عن الزوج إذا لاعن لوجود شبهة الملاعنة والحدود تدرأ بالشبهات، ونكون بذلك قد أعملنا الحكم الشرعي من دون حدوث تعارض بين إجراء تحليل البصمة الوراثية واللعان.

ثانياً- إمكانية التوفيق بين اللعان والبصمة الوراثية: بعد هذا الاستعراض للجدل القائم حول جواز الاستعانة بالبصمة الوراثية مع وجود اللعان، السؤال الذي بات مطروحاً هل يمكن التوفيق بين نتائج البصمة الوراثية وأحكام اللعان؟ ويزداد هذا السؤال إلحاحاً مع رفض المشرع السوري صراحة اعتماد البصمة الوراثية كوسيلة لإثبات النسب أو نفيه وذلك في التعديل الأخير الذي طال قانون الأحوال الشخصية السوري³⁶، فهل يمكن للفاضي الاستفادة من نتائج هذا البصمة الوراثية في هذا الصدد؟؟

³⁵- المرجع السابق نفس الموضع.

³⁶- انظر في ذلك نص المادة 128 من القانون قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم

59 لعام 1953 والمعدلة بالمرسوم القانون رقم 4 لعام 2019 والتي نصت في فقرتها الثانية: "...2-فيما عدا

الزوجين..عند التنازع بين إثبات نسب الطفل أو نفيه يتم الاستفادة من استخدام البصمة الوراثية".

الحقيقة أنه يمكن القول: بالتوفيق ما أمكن بين نظام اللعان الذي جاءت به النصوص الشرعية كدليل نقلي، وبين تحليل البصمة الوراثية كدليل علمي تشهد له الآيات والأحاديث، وكل ذلك طبعاً في حال كانت شروط اللعان وظروفه متوفرة وقائمة. إذ إن اللعان استثناء من القاعدة -الولد للفراش- ومع عدم وجود أي دليل بيد الزوج، في نفي نسب ولده منه، والبصمة الوراثية دليل قوي ونتائجها يقينية، وهو أمر لا يمكن أيضاً تجاهله وليست مجرد نظرية قابلة للتعديل. كما أن اللعان جاء به النص، ولكن الله تعالى لم يجعل له صفة الإلزام بمعنى أن من لا يلجأ له فهو آثم، لذلك يمكن التوفيق بين أحكام اللعان والبصمة الوراثية:

فالبصمة الوراثية إذا جاءت مخالفة لقول الزوج فلا يلتفت إلى دعواه بنفي النسب، حتى وإن لاعتن أو طالب باللعان، وينحصر حقه بطلب اللعان في درء الحد عن نفسه والتفريق بينه وبين زوجته كأثر لذلك. وأن نسب الطفل يثبت للزوج مع ما يستلزمه ذلك من آثار، وإن جاءت موافقة لقول الزوج فله أن يلاعن، وذلك للأمر الآتية:

أ- إن طلب اللعان كان مقبولاً قديماً لعدم وجود وسيلة يقينية تدعّمه، ومن ثم كان انتفاء النسب عن طريق اللعان يقوم على الشك، لا على اليقين فهو مبني على شعور أو اقتناع لدى الزوج بأن الولد ليس منه، ويحدث اللعان رغم تحقق شروط الفرّاش. وهذا ما جعل الفقه يتشدد في تطبيقه بتوافر عدة شروط من أبرزها الإسراع بالنفي والتعجيل به، وذلك للحد من الشك الذي يحوم نسب الولد، والشك يظهر من خلال أن الزوج إذا كان في استطاعته أن يشهد على زوجته على سبيل القطع أنها قد ارتكبت الزنا، كما يشهد الشاهد على الزنا. فبالمقابل تشهد الزوجة أيضاً على أن زوجها كاذب فيما يقول، فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة إلى واقعة نفي الولد، لأن الزوج لا يستطيع أن يؤكد على سبيل القطع أن الولد ليس منه حتى لو كان صادقاً في اتهامه لزوجته بواقعة الزنا. إذ قد تكون الزوجة مرتكبة للزنا فعلاً؛ لكن الولد قد يكون ابنه وأن الحمل قد حدث منه. ومن هنا يتضح لنا أهمية البصمة الوراثية، فإذا جاءت نتيجة الفحص تؤكد على انتفاء النسب فلا توجد أصلاً مشكلة حيث يصبح اللعان سبباً موجباً للفرقة، أما إذا أثبتت تلك النتائج أن الولد منه فلا موجب لإجراء اللعان لأجل نفي الولد، وإنما يمكن اللعان كإجراء شرعي لدرء الحد عن

الزوجين وللتفريق بينهما؛ لأن الزوج لربما قد يكون متأكدا من صلة زوجته غير المشروعة بغيره، وهنا قد يكون من حقه إجراء اللعان من دون نفي الولد.

ب- إن التشريع الإسلامي الذي يتسم بالمرونة يأبى تجاوز الحقائق العلمية اليقينية في نفي النسب؛ بل إن روح الشرع يقتضي التوفيق بينهما، وإن عكس ذلك إنما يعني إنكار الواقع، ووصف الشريعة بالجمود.

ج- إن حفظ النسل أو النسب مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية وأحد الكليات الخمس التي جاءت الشريعة الإسلامية لحفظها ورعايتها وصونها من الضياع والاختلاط؛ وفي الاعتماد على البصمة الوراثية كونها من الحقائق العلمية في نفي النسب؛ تحقيقا لمقصد الشارع في حفظ النسب من أن يدخل فيه من ليس منه.

د- إن الاعتماد على الحقائق العلمية في نفي النسب تشهد له فروع الشريعة الإسلامية ومن ذلك: نفي النسب إذا ولدت الزوجة لأقل من ستة أشهر من الزواج، ونفي النسب عند عدم قدرة الزوج على الإنجاب، من دون حاجة إلى إجراء اللعان فهل كان ذلك تعطيلًا لنظام اللعان، والنصوص الشرعية التي جاءت به؟! وقد نقل عن الشافعي قوله: أنه إذا أحاط العلم بأن الولد ليس من الزوج فالولد منفي عنه بلا لعان³⁷.

هـ- إن الفقهاء القدامى أخذوا بقرينة الشبه والقيافة في النسب ورتبوا على ذلك أحكاما، فالأخذ بالبصمة الوراثية كحقيقة علمية في نفي النسب أولى؛ لأن احتمال الخطأ فيها نادر جدا، بينما الخطأ في الشبه والقيافة وارد لكونها تقوم على الظن والحدس والخبرة، في حين أن البصمة الوراثية تعتمد على أساليب دقيقة في إظهار النتائج.

و- لقد شدد الإسلام الوعيد في إدخال المرأة على قوم من ليس منهم، وكذلك في نفي الرجل ولده. فقد قال -صلى الله عليه وسلم-: " أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليس من الله في شيء ولن يدخلها الله جنته، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر الله إليه احتجب الله منه وفضحه على رؤوس الخلائق بين الأولين والآخرين"³⁸. والبصمة الوراثية

³⁷- الحاوي في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1994م، ج11، ص159. مشار إليه في السويلم، البصمة الوراثية وأثرها في النسب، بحث محكم منشور بمجلة العدل، العدد37، محرم1429هـ، ص71.

³⁸- البيهقي: أحمد بن الحسين بن علي، السنن الكبرى للبيهقي، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية

بيروت، ط3، 2003م، ج7، كتاب اللعان، ص662.

يمكنها أن تظهر الحق وصحة النسب وتحول من دون ما حذر النبي -صلى الله عليه وسلم- منه.

ز- في قصة ملاعنة هلال بن أمية لزوجته، عندما قذف هلال بن أمية امرأته عند النبي -صلى الله عليه وسلم- بشريك بن سحماء، قال له النبي -صلى الله عليه وسلم-: "البينة أو حد في ظهرك". فعندها أنزل الله تعالى آيات اللعان، ومع ذلك قال النبي -صلى الله عليه وسلم-: "أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين، سابغ الإليتين، خدلج الساقين فهو لشريك بن سحماء". فجاءت به كذلك. فقال النبي -صلى الله عليه وسلم-: "لولا الأيمان لكان لي ولها شأن". ففي هذه الحادثة نراه -صلى الله عليه وسلم- يمارس فكرة الشبه في الصفات والتشابه التي تقوم عليها البصمة الوراثية اليوم بمهارة علمية لا تأتي إلا من نبي لا ينطق عن الهوى. فالنبي -صلى الله عليه وسلم- لم ير المولود، ولكن تتبأ بصفاته اعتماداً على معرفة صفات هلال وشريك، ولمعرفته أن الصفة الشكلية لها مقابل في النطفة التي تنقل الصفات الوراثية من الآباء إلى الأبناء. وبذلك لم يكتف في القضية باللعان وحده بل أراد أن يأتي بالدليل الكامل على براءة هلال، فأقام الشبه بالعلم وليس بالمشاهدة. فيستشف من ذلك أنه يمكن إعمال البصمة الوراثية مع اللعان في حال جاءت نتيجتها تؤكد نفي الولد، فيتم اللجوء إلى اللعان لنفيه شرعياً بعد أن ثبت نفيه علمياً. وبذلك يتم التوفيق بين دليل العقل ودليل النقل، وهما لاشك لا يمكن أن يختلفا، أو يتناقضا.

ح- إن الشريعة أعظم من أن تبني أحكامها على مخالفة الحس والواقع، فإن الشرع أرفع قدراً من ذلك، والميزان الذي أنزله الله تعالى للحكم بين الناس بالحق يأبى كل الإباء ذلك. إذاً، وبعد أن ترجح القول بجواز الاستعانة بتقرير البصمة الوراثية، والاكتفاء به عن اللعان في بعض الحالات، السؤال الذي يطرح نفسه بشدة هو كيف يمكن التوفيق بين أحكام اللعان، وبذلك نكون قد أعمنا النص الشرعي ولم يتم إهماله، وهو أول ما يتذرع به كل من يرفض العمل بالبصمة الوراثية، وبين النتائج القطعية للبصمة الوراثية التي تعد آية من آيات الله تعالى.

المطلب الثاني: كيفية التوفيق بين البصمة الوراثية و اللعان:

قد يبدو للوهلة الأولى وجود تعارض بين لجوء الزوجة لاستخدام البصمة الوراثية لإثبات نسب مولودها من الزوج، وبين طلب هذا الزوج بإجراء اللعان من أجل نفي هذا النسب. والواقع أن هذا التعارض هو تعارض ظاهري؛ لأنه إذا أمكننا أن نكشف عن أن نفي النسب ليس من لزوم اللعان، وأن ثبوت نسب الولد للزوج بالبصمة الوراثية لا يتعارض مع بقاء اللعان سببا موجبا للفرقة بين الزوجين ودرء الحد عنهما، أمكن في الوقت نفسه رفع التعارض الذي قد يبدو لدى بعض الفقهاء بين استخدام فحص البصمة الوراثية لإثبات النسب قطعا، وبين اللعان كإجراء للتفريق بينهما، وهو ما يتم بيانه من خلال الآتي:

أولاً- انتفاء النسب ليس من لزوم اللعان: قد يثبت نسب المولود من الزوج، ويبقى إجراء اللعان قائما كسبب موجب للفرقة بين الزوجين. فقطع النسب ليس من ضرورة اللعان، وهذا القول يتضح من خلال دراسة قاعدتين من القواعد التي تحكم إجراء اللعان كوسيلة شرعية جاء بها النص لنفي النسب.

القاعدة الأولى: لا يصح نفي النسب بالملاعنة بعد الإقرار به: يتفق فقهاء المسلمين على أن للزوج الحق في طلب اللعان لنفي نسب الطفل الذي وضعت زوجته، إلا أن هذا الإجراء يخضع لعدد من القيود والتي من بينها، ألا يكون قد سبق للزوج أن أقر بالنسب سواء أكان هذا الإقرار صريحا أو دلالة³⁹، كإقراره بأغراض المولد وقبول التهنة بالمولود وما إلى ذلك... وإذا فرض أن عاد الزوج بعد الإقرار وتصل من نسب الولد، كان للزوجة الحق في طلب إجراء اللعان، وذلك لأن رجوعه في إقراره بالنسب يعد اتهامها لها بالزنا. إلا إن إجراء الملاعنة لا يؤدي إلى قطع النسب عن الزوج فالولد يبقى منسوبا إليه، ويجري اللعان دفعا للعار عن الزوجة⁴⁰.

³⁹- عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 2003م، ج5 ص101. ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، كتاب اللعان، ص132.

⁴⁰- ورد في كتاب بدائع الصنائع للكاساني، "...لأن من أقر بنسب ولد ثم نفاه بلاعن، وإن كان لا يقطع نسبه، لأن قطع النسب ليس من لوازم اللعان، بل ينفصل عنه في الجملة"، ج5، ص57.

وترتيباً على هذا المنطق يمكن القول: إن القاضي يمكن له أن يجري الملائعة من دون أن يعوقه ذلك في الاستجابة لإجراء فحص البصمة الوراثية. فإجراء الملائعة يتم للتفريق بين الزوجين ورفع الحد عنهما. وإجراء فحص البصمة الوراثية يتم لمعرفة ما إذا كان الزوج الملائع هو الأب الحقيقي أم لا. فإن جاءت نتيجة تحليل البصمة الوراثية تؤكد انتفاء النسب فلا مشكلة، حيث يصبح اللعان سبباً موجباً للفرقة وينتفي النسب عن الزوج، وهكذا يتحد أثر اللعان في نفي النسب مع نتيجة البصمة الوراثية التي أفادت أيضاً انتفاء النسب. وإذا جاءت نتيجة فحص البصمة الوراثية تؤكد ثبوت النسب من الزوج الملائع حكم القاضي بلزوم النسب، من دون أن يتعارض هذا مع بقاء اللعان قائماً كسبب للفرقة بين الزوجين، ودرء الحد عنهما، وهكذا يرتفع التعارض بين استخدام فحص البصمة الوراثية، وبين أحكام اللعان. حيث إن الفارق بين الأمرين هو: أن اللعان هو لاثام زوجته بارتكاب الفاحشة، سواء كانت حاملاً أم غير حامل، وسواء شمل اللعان أيضاً نفي الولد - ولو كانت حاملاً- أم اقتصر على اتهامها بالزنا فقط. فاللعان يجري بين الزوجين كما أتت به الآيات الكريمة في مطلق الاتهام، ولا يمنع ذلك ولا يؤثر في حق كل منهما في الاستعانة في خصوص حقيقة نسب الولد بتحليل البصمة الوراثية، فقد تكون حاملاً من الزوج مع زناها لكن الولد تعلق من الزوج.

القاعدة الثانية: تكذيب الزوج لنفسه بعد إجراء اللعان يزيل نفي النسب كأثر للملائعة: اتفق الفقهاء على أنه: إذا كذب الزوج نفسه بعد الملائعة لنفي الولد، فإنه يترتب على هذا التكذيب ثبوت النسب منه⁴¹. وهذا يعني أن تكذيب الزوج لنفسه يؤدي إلى زوال أثر اللعان في قطع النسب، ويعود للولد نسبه من الملائع. إلا أن ثبوت النسب من الزوج في حال تكذيبه لنفسه بعد الملائعة لا يتعارض مع استمرار كون اللعان سبباً للفرقة بين الزوجين، سواء اعتبرت الفرقة فسخاً موجباً لحرمة مؤبدة لا تزول، أم اعتبرت طلاقاً

⁴¹- ابن عابدين: محمد أمين، حاشية ابن عابدين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، ج3، ص515. البهوتي، كشاف القناع، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، 2003م، ج8، ص2757. الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج9، ص182.

بحيث يمكن أن تعود الزوجة لزوجها، لو أكذب نفسه بعد ذلك⁴². وهذا يعني بوضوح جلي: إن إجراء اللعان يبقى قائماً صحيحاً، ولكن أثره في نفي النسب يتعطل. وبالأدق نقول: بتكذيب الزوج لنفسه يبطل أثر اللعان في نفي النسب، إذ يثبت النسب بعد أن كان منتقياً، مع أن الفرقة قد تظل قائمة بعد هذا التكذيب.

وهذا المنطق يقودنا أيضاً إلى القول: إن القاضي يمكنه إجراء الملاعنة بين الزوجين، في حال كانت شروط اللعان قائمة ومتوفرة، ولكن يعطل أثر اللعان في نفي النسب، ويأمر الأطراف بالخضوع لفحص البصمة الوراثية. فإن دل فحص البصمة الوراثية على أن الزوج هو الأب الحقيقي أي الأب البيولوجي، فهذا يعد تكديماً للزوج في خصوص نفي الولد، ويجب أن يؤدي إلى لزوم النسب منه، ولا يوجد ما يمنع من سريان الحكم ذاته حتى لو كان القاضي قد سبق و قضى بترتيب اللعان لأثره في نفي النسب. فكما أن لتكذيب الزوج نفسه أثراً في ثبوت النسب بعد أن كان منتقياً كأثر اللعان، فإن إثبات كذب الزوج عن طريق فحص البصمة الوراثية هو الشاهد على أنه الأب الحقيقي، ويبقى اللعان قائماً سبباً للفرقة بين الزوجين. وهكذا يرتفع التعارض الذي قد يبدو حاصلًا بين استخدام فحص البصمة الوراثية في حالة دلالاته على ثبوت النسب، وبين إجراء اللعان وأثره في نفي النسب كإجراء شرعي ورد به النص ولا يجوز تعطيله⁴³.

ثانياً- من شروط نفي نسب الولد باللعان: ألا يكون نسب الولد محكوماً بثبوته شرعاً، فإذا كان نسب الولد محكوماً بثبوته من الرجل، فإن طلب اللعان لا يقطع نسبه من الأب. فقد روي عن أبي يوسف أنه قال في رجل جاءت امرأته بولد، فنفاه ولم يلاعن حتى قذفها أجنبي بالولد الذي جاءت به، فضرب القاضي الأجنبي الحد. فإن نسب الولد يثبت هنا من الزوج، ويسقط حقه في الملاعنة لهذا السبب؛ لأن القاضي لما حد قاذفها حكم بكذبه، والحكم بكذبه حكم بثبوت نسب الولد، والنسب المحكوم بثبوت لا يحتمل النفي باللعان كالنسب المقر به وإنما سقط اللعان؛ لأن الحاكم لما حد قاذفها فقد حكم بإحصانها في

⁴²- أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي للنشر والتوزيع، ط3، 1957م، ص346.

⁴³- د.محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق، الكويت، العدد 20، سنة 1960م،

عين ما قذفت به⁴⁴. وعليه فإذا تيقن القاضي من ثبوت نسب الولد من الرجل من خلال نتائج تحليل البصمة الوراثية اليقينية، فله أن يحكم بثبوت نسب الولد من الرجل، وبذلك يصبح نسب الولد محكوماً به شرعاً، ومسقطاً لحق الرجل بطلب اللعان لهذه الغاية.

ثالثاً- **انتفاء النسب بطريق اللعان يقوم على الشك لا على اليقين:** إن من أهم الآثار التي يربتها اللعان: هو قطع نسب الولد عن الزوج وإلحاقه بأمه، وهو أثر أجمع عليه فقهاء المسلمين. يحدث هذا رغم أن الفراش متحقق بشروطه. وهنا يجب التنبيه إلى أن قرينة الولد للفراش يقوضها الشك الذي يختلج في نفس الزوج الذي قد يكون متسرعاً فيطلب اللعان. وإذا جرى اللعان فإن النسب ينتفي بطريقة لم نتحقق منها يقينياً من صدق الزوج، بأنه ليس الأب الحقيقي. وقد تنبه الفقهاء قديماً لخطورة هذا الأمر. فحددوا مركز الولد في مواجهة الزوج الملعان بطريقة تلائم احتمال كذب هذا الأخير، أو خطئه وتسرعه في ادعائه. فذهبوا إلى اعتبار ولد الملاعنة أجنبياً عن الزوج بالنسبة إلى أحكام الميراث والنفقة. وعلّة ذلك هو: إن هذه الأحكام لا تثبت إلا بسبب متيقن⁴⁵. أما بالنسبة إلى سائر الأحكام الأخرى، فقد اعتبر الفقهاء ولد الملاعنة في علاقته بالملاعن كالابن. والواقع أن علة اعتبار الولد المنفي نسبه بطريق اللعان كإبن الزوج بالنسبة للزوج الملعان في خصوص سائر الأحكام الشرعية - عدا النفقة والميراث - هو: أن هذا قد وضعت أمه وهي مقترنة بالزوج بمقتضى عقد زواج صحيح، وخلال الفترة المحددة شرعاً للحمل، ومن ثم فالحكم بنفي النسب باللعان لا يدل بصفة يقينية على أن الولد ليس ابناً للزوج. فقد يكون ابنه حقيقة، ولكن كذب في أيمانه أمام القاضي حتى ينفي نسبه منه. ولهذا يجب الاحتياط في الأحكام فيعامل الولد معاملة الابن في بعض الأحكام. ومن هنا يتضح لنا: أن نفي النسب كأثر لللعان يقوم على الظن والتخمين لا على اليقين، فإنه يكون من العدل أن يعطى الحق للزوجة وللولد في طلب إجراء فحص البصمة الوراثية للتوصل إلى ما يفيد في كشف حقيقة النسب بطريقة لا تقبل الشك. وإذا لم تكن الاستجابة لطلب الزوجة

44-الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص59.

45- الشيخ داماد أفندي، مجمع الأنهر في ملتقى الأبحر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1998م، ج2، مسألة

في الماضي أمراً مقبولاً حيث لم تكن المعطيات تسمح بذلك، فإنه لا مبرر من منع الزوجة من ذلك الآن؛ بل يصبح أمراً ملحا في ظل المعطيات العلمية الحديثة التي تسمح بتقديم الدليل المؤكد لثبوت النسب أو نفيه، و يكشف الحقيقة التي أودعها الله في مخلوقاته، فإنه أيضا في أدنى مراتبه، مرغوبا فيه شرعا وقانونا. فمن الثابت فقها أنه إذا تعارض ظاهران في موضوع النسب قدم المثبت له لوجوب الاحتياط في النسب، حتى أنه يثبت بالإيماء مع القدرة على النطق بخلاف سائر التصرفات⁴⁶. ومن جهة ثانية فإنه: من الواضح أن استخدام البصمة الوراثية سيمنع من اختلاط الأنساب، وضياح الأولاد وصون الأعراض. إذ فيه في حالة إفادة أن الولد ينسب إلى الزوج، تدعيما وتقوية لقاعدة الولد للفراس التي كاد أن يقوضها مجرد شك الزوج واتهامه لزوجته وطلب توجيه اللعان. وإذا كان تقويضها في الماضي كأثر لللعان أمرا لا مفر منه، حيث لم تكن توجد وسيلة أخرى ترد هذا الاتهام، فإنه لن يكون مقبولا شرعا ولا قانونا، أن نستمر على هذا الحال والعلوم الحديثة التي يسر الله تعالى سبل اكتشافها بعد أن حث على البحث والتبصر تقدم لنا دليلا مؤكدا يرد هذا الاتهام، ولا سيما أنه دليل لا يتعارض -كما تقدم- مع إجراء اللعان للتفريق بين الزوجين، ولا يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية. ولا أدل على هذا القول من قول الإمام الشافعي -رحمه الله-: "...إذا أتت بولد يمكن أن يكون منه، ولكنه رآها تزني واحتمل كونه من الزنا، فليس له نفيه... فأما نفي الولد فإن غلب على ظنه أنه منه، لم يجز له نفيه، وإن لم يظن أحد الأمرين، جاز أن يغلب حكم الشبه، وهذا هو القياس الجاري على قاعدة الباب، والله أعلم"⁴⁷.

وعليه: إذا تم التسليم بالقول إنه لا تعارض بين إجراء تحليل البصمة الوراثية وبين اللعان كإجراء شرعي لنفي النسب وبإمكانية التوفيق بين أحكام اللعان ونتيجة البصمة الوراثية، ويتعطل أثر اللعان في نفي نسب الولد الذي جاءت البصمة الوراثية تثبت نسبه من الزوج طالب اللعان فإنه: يجوز للقاضي تأخير اللعان إلى حين ظهور نتيجة البصمة الوراثية،

⁴⁶- الشوكاني، فتح القدير، دار المعرفة، بيروت، ط4، 2007م، ج3، ص309.

⁴⁷- الإمام الشافعي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج6، ص306.

بل إنه يجدر بالقاضي أن يستفيد من هذه التقنية الحديثة المتطورة وإجراء الفحوصات المخبرية للبصمة الوراثية للاستعانة بها على التحقق من صحة الدعوى أو عدمها، بغرض الحيلولة من دون وقوع اللعان قدر المستطاع؛ لحض الشارع على درء ذلك ومنعه، واهتمامه باتصال الأنساب وبقاء الحياة الزوجية⁴⁸. ولعل استقرار الاجتهاد القضائي على ذلك يدفع بالمشرع إلى إعادة النظر في نص المادة /128/ من قانون الأحوال الشخصية والاستفادة من البصمة الوراثية في مجال نفي النسب.

الخاتمة

يعد النسب رابطة سامية تصل الفروع بالأصول تحفظ علاقاتهم، وتصور حقوقهم. ولا شك في أن موضوع النسب من الخطورة بمكان؛ لما يترتب عليه من نتائج خطيرة تؤثر في المجتمع وفي العلاقات الاجتماعية بين أفرادها. ولقد بلغ اهتمام الشريعة الإسلامية بالنسب إلى أن عدته المقصد الشرعي الأول المفضي إلى حفظ المجتمع ليكون هذا المجتمع متماسكا صلبا صالحا، وتأكيدا لذلك متى كان النسب ثابتا بإحدى الوسائل التي يثبت بها شرعا تمتع بقوة شرعية، وتعذر نفيه بعد ذلك إلا بطرق ضيقة جدا تحقيقا لاستقرار الأنساب، واحتياطا لها. ولقد تناولت هذه الدراسة جميع الأحكام وأقوال علماء الفقه، وما جرى من تحاور ونقاش بشكل مستفيض حول استخدام البصمة الوراثية عند طلب الزوج إجراء اللعان لنفي نسب الولد منه. والذي يظهر حتى الآن أن البصمة الوراثية دليل علمي حديث يمكن الاستفادة منه في إنصاف الولد وإظهار حقيقة نسبه في حال ساورت الشكوك والده حول حقيقة نسبه، وأراد إجراء اللعان. وقد خلصت هذه الدراسة إلى بعض النتائج والتوصيات التي كان من أهمها:
أولا-النتائج:

⁴⁸ - عمر السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجناية، دار الفضية للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، 2002م، ص44-45.

1. يعد اللعان الطريق الوحيد لنفي نسب الولد الثابت بالفراش، مع عدم وجود أي دليل بيد الزوج في نفي نسب ولده منه، وبذلك أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة منه.
2. أصبحت البصمة الوراثية على قدر عال من الأهمية في مجال إثبات النسب ونفيه، فهي دليل قوي ونتائجها يقينية، وليست مجرد نظرية قابلة للتعديل.
3. يعد اللعان نظاما شرعيا قائما بذاته له أحكامه الخاصة لا يمكن تعطيل أحكامه والاعتماد على البصمة الوراثية من كل وجه.
4. لا يجوز اللجوء إلى إجراء تحليل البصمة الوراثية مع وجود نسب ثابت بالفراش، للتأكد من هذا النسب طالما أنه لا يوجد نزاع حول هذا النسب، وطالما أنه لا يوجد بين يدي الزوج أو طالب اللجوء إلى تحليل البصمة الوراثية ما يرجح ترجيحاً كبيراً احتمال ثبوت عكس ما هو ثابت بظاهر الفراش أو غيره من الطرق.
5. إن اللجوء لتحليل البصمة الوراثية للتأكد من حقيقة نسب ولد اللعان لا يعني -على الإطلاق- أن لكل زوج قامت في نفسه شكوك حول نسب ولده منه اللجوء إلى القضاء لإجراء تحليل البصمة الوراثية للتأكد من نسب الولد منه وطلب اللعان بناء على ذلك.

ثانياً-التوصيات:

- 1- التوفيق ما أمكن بين أحكام اللعان الذي جاءت به النصوص الشرعية كدليل نقلي، وبين تحليل البصمة الوراثية كدليل علمي تشهد له الآيات والأحاديث، وذلك في حال كانت شروط اللعان وظروفه متوفرة وقائمة.
- 2- يجوز للقاضي الناظر في دعوى اللعان تأخير اللعان إلى حين ظهور نتيجة البصمة الوراثية، بحسبان أنها وسيلة قد تحمل الزوج على العدول عن اللعان فيما إذا ثبت من خلال نتائج البصمة الوراثية أن المولود الذي ولد على فراشه هو ابنه، وفي ذلك تأكيد للأصل الشرعي (الولد للفراش) ودرء لضرر اللعان.

3- ضرورة إعادة المشرع السوري النظر بالبصمة الوراثية كدليل في مجال النسب بتضمين قانون الأحوال الشخصية السوري نصا يرسم ضوابط استخدام البصمة الوراثية بصورة جلية في هذا المجال وبما يتماشى مع معطيات العلم الحديث.

قائمة المصادر والمراجع

الكتب الفقهية:

1. ابن عابدين: محمد أمين، حاشية ابن عابدين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1994م.
2. الإمام أبو زهرة: الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي للنشر والتوزيع، ط3، 1957م.
3. ابن القيم: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، دار علم الفوائد، د.ط.م.
4. البخاري: صحيح البخاري، دار ابن كثير، دمشق، ط2، 2002م.
5. البهوتي: الشيخ منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، 2003م.
6. البيهقي: أحمد بن الحسين بن علي، السنن الكبرى للبيهقي، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية بيروت، ط3، 2003م.
7. الجزيري: عبد الرحمن، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية بيروت، ط22003م.
8. داماد أفندي: ابراهيم الحلبي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر للمحقق الفقيه الكيولي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1998م.
9. الزحيلي: محمد، المذهب في فقه الإمام الشافعي، لأبو اسحاق الشيرازي، دار القلم، دار الشامية، ط1، 1996م.
10. الزحيلي: محمد، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، ط2، 1985م.
11. السويلم: بندر، البصمة الوراثية وأثرها في النسب، بحث محكم منشور بمجلة العدل، العدد37، محرم1429هـ، ص14.

12. الشربيني: مغني المحتاج، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1997م.
13. الشوكاني، فتح القدير، دار المعرفة، بيروت، ط4، 2007م،
14. الكاساني: الإمام علاء الدين أبي بكر مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية- بيروت، ط2، 2003م.
15. مجلة الحقوق، الكويت، العدد 20، سنة 1960م.
16. المقدسي: ابن قدامه، المغني، دار عالم الكتب، الرياض، ط3، 1997م.
17. محمد: علي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، معرض دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1994م.

الكتب والأبحاث المتخصصة:

18. أبحاث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، المنعقد بجامعة الإمارات العربية المتحدة، ما بين 5 و7 مايو 2002م.
19. الآغا: سهير: قواعد النسب في ضوء علم الوراثة، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، 2010م.
20. السبيل: عمر، البصمة الوراثية ومدى استخدامها في النسب والجنائية، دار الفضيلة، الرياض، ط1 2002م
21. الصلابي: أسامة، مجالات البصمة الوراثية و حجيتها في الإثبات، مجلة جامعة قاريونس، ليبيا، العدد 35، سنة 2011م.
22. العنزي: سعد، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في إثبات النسب، بحث مقدم للندوة الفقهية الحادية عشرة المنبثقة من أعمال المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت، من 13-15 أكتوبر، 1998م.
23. القره داغي: علي محي الدين، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، جامعة قطر، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الرابعة عشرة، العدد السادس عشر.
24. الكعبي: خليفة، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، 2006م.

25. كيفلس وهود، دانييل و ليروي، الشيفرة الوراثية للإنسان، ترجمة د.أحمد مستجير، سلسلة عالم المعرفة، 216، يناير 1997.
26. موسى : محمد يوسف، النسب وآثاره، دار المعرفة، بيروت، ط2، 1967م
27. هاللي:سعد الدين، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية: دار الكتب المصرية، القاهرة، ط1، 2010م.
28. هنية وشويدح: مازن ودياب، نفي النسب في الفقه الإسلامي، مجلة الجامعة الإسلامية، العدد2، 2008م.

الإصابة بالمرض العضال وأثرها في تصرفات المريض

طالبة الدكتوراه: ميادة محمد شريف القرعان
كلية الحقوق - جامعة دمشق
إشراف الدكتور: مؤيد زيدان

الملخص

عالج المشرع السوري أحكام تصرفات المريض مرض الموت من غير الوقوف على ماهية هذا المرض وشروطه. وقد تولت هذه الدراسة التعرض لمفهوم مرض الموت وشروطه وأحكامه بما يحقق قدرًا من التوفيق بين المفهوم الفقهي التقليدي لمرض الموت ومستجدات العصر الحديث. وكخلاصة لهذا البحث يمكن القول أنه طالما حل بالشخص مرض كانت أوصافه تنبئ بدنو أجل صاحبه، وتؤكد ذلك من خلال شهادة الأطباء أنه من الأمراض الخطيرة لا محالة ويموت بالفعل موتاً متصلاً به، فإن جميع تصرفات التي يبرمها في هذه الفترة تأخذ أحكاماً تختلف عن أحكام الأصحاء، والسبب في ذلك يرجع إلى تعلق حق الغير (الورثة والدائنين) بأموال المريض بحلول المرض به.

Incurable disease and its impact on the patient's behavior

Prepared by: Mayada Al Karaan

Supervisor

Dr.Muoayad Zeidan

Faculty of law

University of Damascus

Abstract

The Syrian legislator addressed the provisions of the patient's actions, the disease of death without knowing what the disease is and its conditions. This study examined the concept, conditions and conditions of death disease in order to achieve some reconciliation between the traditional doctrinal concept of death disease and modern-day developments. As a conclusion to this research, it can be said that as long as a person has a disease whose descriptions predict the judgment of the owner, and this is confirmed by the testimony of doctors that it is inevitable that a serious disease is inevitable and already dies of a related death, all the actions he concludes in this period take different judgments than those of the healthy, due to the fact that the right of others (heirs and creditors) to be attached to the patient's money by the time of illness.

مقدمة:

تعد الإصابة بمرض عضال من المسائل الحديثة التي استجدت على الصعيد القانوني، ونظراً لكثرة تطبيقاتها العملية ونشعباتها النظرية التي حدت بتشريعاتٍ عديدة إلى الأخذ به بصورة متطابقة أو متقاربة أو متباعدة عما تناوله الفقه قديماً بصدد مرض الموت من حيث تعريفه وحكمه. وقد برهن الفقه الإسلامي فيما يتعلق بمرض الموت عن أصالة تحتاج اليوم إلى إظهارها. فما هو المرض العضال، وما هي أحكامه؟ قبل اللوج في صلب الموضوع لابدأ من الإلمام بجوهره، وأهميته ومراميه، وتحديد نطاقه، وأخيراً خطة البحث به ومنهج البحث.

أولاً- أهمية البحث: تظهر أهمية البحث في أن الشخص إذا مرض مرضاً اتصف بالعضال، أقعده عن مباشرة أعماله وأحس بدنو أجله، فإن الغالب في مثل هذه الحالة أن تتسلط على هذا المريض فكرة الخطر المحدق أو الوشيك وهو: ذهاب أمواله إلى الورثة أو هذا الشخص منهم أو ذاك أو إلى الأغيار أو بعضهم، فيلجأ تحت تأثير هذه الفكرة إلى التصرف في هذه الأموال معاوضة أو تبرعاً وبشيء من المحاباة التي قد تقضي إلى الإضرار بأولئك الورثة أو الغير. الأمر الذي يتطلب إعطاء هذه التصرفات أحكاماً خاصة تختلف عن أحكام تصرفات الشخص غير المريض بهذا المرض.

ثانياً- أهداف البحث: يرمي هذا البحث إلى إجلاء الغموض الذي يكتنف موضوعه، من حيث حاجة الناس المرضى بمرض عضال إلى معرفة ما لهم وما عليهم من أحكام، ومن حيث ندرة الكتابات الفقهية القانونية وكذلك الأحكام القضائية التي سلطت الضوء عليه.

ثالثاً- إشكالية البحث: تتمحور حول ظهور بعض الأمراض الحديثة التي تحتاج لبيان فيما إذا كانت تدخل في مفهوم مرض الموت بالرغم من عدم انطباق جميع شروطه التقليدية عليها، وبالتالي هل سيكون لها من حيث النتيجة حكم مرض الموت من حيث التصرفات التي يقوم بها صاحبها أم لا؟

رابعاً- نطاق البحث: إن موضوع البحث هذا من السعة والتشعب بحيث قد لا يحيط أو تقي به ورقة بحث كهذه؛ ولهذا سيتم الاقتصار على معالجته من أكثر جوانبه أهمية، من حيث تحديد معنى هذا المرض ومعاييره بوجه عام بما يحقق التوافق بين المفهوم التقليدي لمرض الموت الذي درج الفقهاء والشراح على الحديث عنها، وبين ما يستجد من أمراض حديثة قد تخرج عن الإطار التقليدي المألوف لمفهوم مرض الموت وشروطه.

خامساً- خطة البحث ومنهجه: نزولاً عند مقتضيات البحث العلمي واقتصار البحث على أكثر جوانب الموضوع أهمية ومراعاة لطبيعة هذه الورقة البحثية، فقد تم تقسيم البحث إلى بحثين يستعرض أولهما مفهوم المرض العضال، في حين تم تكريس الثاني لبيان أثر الإصابة بالمرض العضال على تصرفات المريض به.

أما منهج البحث فقد تم اختيار المنهج الوصفي.

ولما كان الفقه الإسلامي قد تفرد في معالجة موضوع مرض الموت قديماً، فسوف تجري محاولة التوفيق بين أحكام الفقه الإسلامي الواردة في هذا الصدد وما جاء به القانون الوضعي الذي استقى معظم أحكامه ذات الصلة من هذا الفقه من جهة، وبين ما استجد من أمراض حديثة

ومدى انطباقها على ما تناوله الفقه قديماً من جهة أخرى. وبناء على ذلك جاءت خطة البحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: مفهوم المرض العضال

المطلب الأول: تعريف المرض العضال

المطلب الثاني: بعض صور المرض العضال

المبحث الثاني: أثر الإصابة بالمرض العضال على تصرفات المريض من الناحية القانونية

المطلب الأول: التكيف القانوني للمرض العضال

المطلب الثاني: دخول المرض العضال في مفهوم مرض الموت

المبحث الأول: مفهوم المرض العضال

ينبغي لبيان مفهوم المرض العضال تحديد ماهية هذا المرض أولاً، وبيان ما يميزه عن غيره من الحالات التي قد تلتبس به ثانياً.

المطلب الأول: ماهية المرض العضال

وفيه نستعرض تعريف هذا المرض، وبعض صورته التي شاعت في عصرنا الحالي.

أولاً- تعريف المرض العضال:

العضال: صفة لأيّ مرض خطير لا شفاء منه. وقد اقترن اسم العضال عادة بمرض السرطان.

والحقيقة: أن العضال ليس مرضاً بحد ذاته، بل هو وصف طبي للأمراض التي لا يرتجى منها الشفاء، ومدة تواجدها في جسد المصاب قد تكون طويلة جداً¹. أو هو مصطلح يطلق عادةً على الأمراض أو المشاكل الصحية التي لا يمكن التعافي منها ولا يمكن علاجها، حيث

¹ بحث منشور على الرابط: <https://ar.m.wikipedia.org> تم الرجوع إليه بتاريخ 2021/9/27، الساعة العاشرة والنصف مساءً.

غالباً ما تتدهور حالة المصاب بها مع الوقت لتؤدي في النهاية إلى الوفاة².

ثانياً- تمييز المرض العضال عن المرض المزمن: المرض المزمن: هو ذلك المرض الذي يمتد زمانه ويطول مداه، كالشلل، والسكري، والضغط، وغيرها من الأمراض الممتدة زمنياً³. إن معظم التشريعات العربية وكذلك الأحكام القضائية ذات الصلة، وضعت فرضين بخصوص الأمراض المزمنة الممتدة على النحو التالي:

- الفرض الأول: امتداد المرض دون ازدياد (ومدة المرض المتطاوول هي سنة واحدة)، فإذا طال المرض دون ازدياد (اشتداد آثاره على المصاب) أو امتداد فلا يعدّ مرض موت وإن لزم صاحبه الفراش بل يعدّ مرضاً عادياً⁴. ويرجع السبب في ذلك لكون المريض قد اطمأن إلى أن المرض قد أوقف سيره، وخوف الموت لم يعد له أي وجود إذ لا يوجد خوف مع الاطمئنان بتوقف اشتداد المرض. كما أن المرض بحد ذاته لا يؤثر على أهلية الإنسان مادام لم يؤثر على قواه العقلية⁵. غير إن الذي قد يحد من أهلية الإنسان هو دنو الموت، إذ يجعل

²- المرض العضال، بحث منشور على الرابط <https://www.webteb.com> تم الرجوع إليه بتاريخ 2021/9/7، الساعة العاشرة مساءً.

³ - ابراهيم بك، أحمد، المورايت- الوصية- تصرفات المريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية مقارنة بالقانون وأحكام محكمة النقض، دم، 1987، ص1073.

⁴ - العبيدي، علي، العقود المسماة، البيع والإيجار، ط6، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص 189.

⁵ - السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، ج4، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص316. البديرات، محمد أحمد، مدى اعتبار مرض الإيدز مرض موت وآثاره في تصرفات المريض في القانون الأردني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد 22، العدد 2001، ص70.

المريض في حالة نفسية مضطربة تقوده إلى إبرام تصرفات قانونية تلحق ضرر بالورثة باعتبارهم الخلف العام له. وهذا الحال لا يتحقق إذا طال المرض دون تغيير لفترة من الزمن تدل على أن خطر الموت لم يعد مؤكداً، كما لا يعقل طالما بقي الإنسان مريضاً أن تكون تصرفاته مقيدة ويتعلق بها حق الورثة.

- وأما الفرض الثاني: امتداد المرض مع ازدياده يوماً بعد يوم، فإذا اشتد به المرض (المزمن الممتد) حتى أصبحت حالته تنذر بالموت المعجل، واستمر المرض بالازدياد، فإنه يعد مرض موت وإن طال مدته⁶.

وبحسب هذا الرأي فإن المريض قد يكون مريضاً بمرض موت، ولو دام لعشرت السنين، إذا كان في تزايد بطيء، فتكون تصرفاته موقوفة تلك الفترة. طالما أن المرض يتطور ويسير سيراً مستمراً بغير تحسن ملموس. فإنه يعدّ مرض موت مهما كانت مدته. في حين اعتبر البعض أن فترة الامتداد للأمراض المزمنة المشتدة هي سنة واحدة، فإن امتد مرضه سنة أو أكثر فلا يكون مرض موت؛ لأن العلة بفترة الاشتداد الأخيرة فتأخذ التصرفات الواقعة ضمنها حكم تصرفات مرض الموت، إذا كانت المدة بين تاريخ التصرف وقت الاشتداد الأخير للمرض والموت لا تتجاوز السنة. ويستقل قاضي الموضوع في تقدير شدة المرض بحسب كل دعوى وظروفها. فالعبرة بخصوص الاشتداد لفترة التزايد والاشتداد التي تعقبها الوفاة. أما التصرفات الصحيحة في ذاتها السابقة لهذه الفترة فهي

⁶ - البديرات، محمد أحمد، مدى اعتبار مرض الإيدز مرض موت وآثاره في تصرفات المريض في القانون الأردني، المرجع السابق، الموضوع نفسه.

صحيحة⁷. وهو ما أخذ به القضاء السوري "إن الأمراض المزمنة لا تعتبر للوهلة الأولى مرض موت إذا طالت دون أن تشتد ولكن إذا اشتد المرض بعد ذلك وساءت حالة المريض حتى أصبحت تنذر بدنو أجله واستمر المرض في الاشتداد حتى انتهى بالموت فعلاً يعتبر مرض موت من الوقت الذي اشتد فيه"⁸.

والحقيقة: إن شرط اتصال الموت خلال سنة محط نظر، للأسباب الآتية:

- إن مناط المرض أساساً هو أن يتصل به الموت، أما شرط تحقق الموت خلال سنة فلم تتفق كلمة الفقهاء عليه. كما أن ترجيح الموت أو غلبة الهلاك تتناقض مع طبيعة اشتراط مدة معينة للموت، فيكفي الأخذ بترجيح الموت بالمرض لاعتباره مخوفاً.
- إن هذا التحديد يتنافى مع كون مرض الموت من مسائل الواقع التي يستخلصها القاضي من ظروف كل دعوى مسترشداً برأي الخبراء الفنيين من الأطباء المختصين.
- إن الهدف من تشريع هذه الأحكام هو خوف الإضرار بالدائنين والورثة وهو مرتبط بشعور المريض بالخوف من الهلاك الذي يسيطر عليه، وبالتالي فإن استشعار المريض بدنو أجله لا يجب أن يتحدد بفترة معينة وإنما يجب اخضاع تلك المدة لتقدير قاضي الموضوع.

⁷ - البديرات، محمد أحمد، مدى اعتبار مرض الإيدز مرض موت وأثاره في تصرفات المريض في القانون الأردني، المرجع السابق، ص71. و إبراهيم بك، أحمد، المواريث، الوصية، تصرفات المريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية مقارنة بالقانون وأحكام محكمة النقض، المرجع السابق، ص1074-1075.

⁸ - محكمة النقض، قرار 518 أساس 604 تاريخ 1995/6/18، موسوعة القضاء المدني لأديب الحسيني، ط1، 2002، مكتبة دار اليقظة العربية، ص850.

وعليه فإن المرض العضال يختلف عن المرض المزمن، بكون الأخير ميؤوساً من علاجه ويصيب الإنسان ويرافقه طوال فترة حياته بحيث لم يعرف له علاج بعد، فلا يتمكن المريض من الشفاء منه. كالضغط، وأمراض القلب والسكري. غير أن لا علاقة للمرض المزمن الميؤوس من علاجه بمرض الموت، إذ إن المرض الميؤوس من شفاؤه ليس بالضرورة أن يكون ميؤوساً من استمرار حياة المريض به.

والقاعدة في مثل هذه الأمراض -أي المزمنة- أنها لا تعد من حيث المبدأ مرض موت إذا طال واستقرت دون أن تشتد بحيث يطمئن المريض إلى أن المرض قد وقف سيره ولم يعد يشكل خطراً داهماً، حتى لو كان هذا المرض قد أقعد المريض عن قضاء مصالحه وألزمه الفراش -على النحو الذي كنا قد بسطنا فيه الحديث آنفا- مادام لم يعد يغلب فيه خطر الموت العاجل⁹.

المطلب الثاني- صور المرض العضال:

إن المرض العضال قد يمتد لسنوات دون أن ينذر بالموت العاجل، مع أن المرض يتطور نحو النتيجة المحتومة وهي الموت. ولكون هذه الأمراض التي ينطبق عليها وصف العضال يصعب من الناحية العملية إحصاؤها والإمام بها، بالإضافة إلى احتمالية ظهور بعض الأمراض -مستقبلاً- التي قد تدخل في مفهوم المرض العضال، لهذا سوف يجري التعرض لبعض أنواع هذه الأمراض وأكثرها شيوعاً وجدلاً.

أولاً-مرض نقص المناعة المكتسب "الإيدز": الإيدز: هو الاسم المعرب لمرض يعرف "بمتلازمة نقص المناعة المكتسب"، والذي يسببه فيروس

⁹ - الدكتور عبد المنعم البدرابي، القانون المدني المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975، ص607. و عبد الدايم، مرض الموت وآثاره على عقد البيع، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007، ص123-124.

نقص المناعة البشرية. والإصابة به تعني أن الفيروس سوف يعمل باستمرار ويتكاثر ويعدي ويدمر خلايا الجسم. حيث يستوطن هذا الفيروس جسد المريض وينمو ببطء ثم يهاجم ويدمر جهاز المناعة والدفاع عن الجسم. بحيث إذا تُرك هذا المريض بدون العناية والرعاية المركزة سيكون عرضة للكثير من الأمراض المتنوعة والأورام السرطانية الفتاكة التي تسبب الموت في نهاية المطاف¹⁰.

وعموماً، تبدأ أعراض هذا الفيروس في يوم وقوع العدوى وتستمر حتى يموت المريض، رغم أنه توجد في العادة فترات طويلة لا تظهر فيها أية أعراض على الشخص المصاب قد تصل هذه الفترات إلى عشر سنوات من يوم اكتساب العدوى، ليبدأ بعدها التدهور التدريجي للجهاز المناعي بالحدوث. ومن ثم يستطيع الأطباء تحديد سرعة تطور المرض نحو المرحلة الأخيرة.

وقد كشفت بعض الدراسات الطبية: أن آلية فتك الفيروس بالجسم تحصل عبر مراحل، وباستثناء المرحلة الأولى، التي يقتصر الأمر فيها على ظهور بعض العلامات السريرية المؤقتة، والقسم الأول من المرحلة الثانية، حيث يكمن الفيروس داخل جسم المصاب قليل العدد ضئيل التخريب. فإن حالة المريض بالإيدز في القسم الثاني من المرحلة الثانية وما يليها، تبدأ بالتفاقم الظاهر وتبدو إمارات المرض وأعراضه أكثر وضوحاً وفتكاً، ويستمر هذا الانتكاس من سيء إلى أسوأ بما ينذر بقرب النهاية المحتومة¹¹.

¹⁰ - أبو هريبد، عاطف، أثر مرض الإيدز على الزوجية وما يتعلق به من أحكام، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر كلية الشريعة والقانون الدولي الأول "التشريع الإسلامي ومتطلبات الواقع" 13-14 صفر 1427هـ، 13-14 مارس 2006م، ص4.

¹¹ - برات، روبرت، فيروس العوز المناعي البشري والإيدز، استراتيجية للعناية التمريضية، ط4، المكتب الإقليمي لشرق المتوسط، مصر، 1999، ص356.

وعلى الرغم من الإنجازات الهائلة التي تحرز في معالجة الأمراض المرتبطة بعدوى فيروس العوز المناعي البشري، فإن العلماء لم يتوصلوا بعد إلى الأدوية التي تستأصل الفيروس من الجسم أو تجدد قدرة الجهاز المناعي على الدفاع عن الجسم. وإلى أن يتحقق هذا فسيظل "الإيدز" مرضاً مميتاً.

والمريض بالإيدز: يعد مريضاً مرض موت منذ علمه بإصابته، ولو كانت الإصابة في مرحلة الكمون حيث لا تظهر عليه أعراض المرض الأولية؛ لأنه بمجرد علمه بإصابته سيستشعر دبيب الهلاك إلى جسمه وتتردى حالته النفسية، مما قد يدفعه إلى إيثار وارث أو دائن على الآخرين.

أما إن لم يكن عالماً بأمر إصابته فلا يعد مريضاً مرض موت إلا من وقت ظهور أعراض المرض عليه. وهذه الأعراض تبدأ بالظهور في المرحلة الثالثة وهي المرحلة التي تصاب فيها الغدد الليمفاوية بالالتهاب المستمر والمنتشر.

وقد أكد فقهاء الشريعة الإسلامية في مجلس مجمع الفقه الإسلامي، على أن مرض نقص المناعة المكتسب "الإيدز" مرض موت شرعاً، شريطة تحقق أعراض المرض ذاته وشروط مرض الموت -كشروط قعود المريض عن ممارسة أعماله المعتادة، واتصال الموت به¹².

وإذ أصاب قرار مجمع الفقه الإسلامي باعتباره مرض نقص المناعة المكتسب "الإيدز" مرض موت منذ أن تتحقق أعراضه، إلا أنه لم يكن كذلك باشتراط عجز المريض عن ممارسة أعماله المعتادة؛ لأنه بذلك

¹² - منظمة التعاون الإسلامي: مجمع الفقه الإسلامي الدولي، قرار بشأن مرض نقص المناعة المكتسب الإيدز" والأحكام الفقهية المتعلقة به، قرار رم 90 (7/9)، صادر عن مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره التاسع بأبي ظبي بدول الإمارات العربية المتحدة من 1-6 ذي القعدة 1415هـ الموافق 1-6 نيسان، 1995، مشار إليه في: حول تقنين أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي بحث منشور على الرابط التالي: <https://www.taddart.org> تم الرجوع إليه بتاريخ 2021/9/4.

لم يعتد بالحالة النفسية بمجرد علم الشخص بذلك المرض المميت. فقد لا يعجز المرض منذ بداية الأمر عن ممارسة أعماله المعتادة، غير أن الحالة النفسية للمريض من اعتقاد دنو الأجل والمصير المحتوم لمرضه -وهي مناط تقييد تصرفات المريض مرض الموت- قد تدفعه إلى بعض التصرفات التي قد تضر أو تحابي أحد ورثته أو دائنيه وذلك منذ اللحظات الأولى لعلمه بحقيقة مرضه¹³.

ولا شك من أن مرض الإيدز في مراحله المتقدمة، أو في المراحل المتأخرة جداً من العدوى التي يستقل فيها المرض، تصاحب المريض تغييرات سلوكية ومرضية تفعه عن ممارسة الحياة اليومية وتتصل هذه التغييرات بالموت، حيث يستشعر المريض بدنو أجله فيحكم على مرضه بأنه مرض موت، فتتقيد تصرفاته إذا كانت مضرة بحقوق الدائنين والورثة.

ثانياً- مرض السرطان: يصنف مرض السرطان على أنه أحد الأمراض الخطيرة والعضال. ويعرف من الناحية الطبية بأنه: عبارة عن نمو غير طبيعي لنسيج من أنسجة الجسم بشكل لا يمكن التحكم أو السيطرة عليها. وتتميز خلاياه بكونها عدائية ومدمرة، كما تتميز بقدرتها الكبيرة على غزو أنسجة الجسم والسيطرة عليها، أو الانتقال من مكانٍ لآخر في الجسم. وبإمكان هذا المرض إصابة كل أعضاء الجسم تقريباً، وتختلف الأعراض وخطورتها عادةً باختلاف العضو أو النسيج المصاب، والقاسم المشترك بينها هو مهاجمة خلايا الجسم. وبصفة عامة: يمر السرطان بأربع مراحل تعد الرابعة منها الأشد خطورة، ويمكن التحكم به، لكن غالباً لا يمكن علاجه. وبعض أنواعه قد تعاود الظهور مرة أخرى بعد العلاج؛ لذلك يجب متابعة الحالة وإجراء

¹³ - أبو هريرة: عاطف، أثر مرض الإيدز على الزوجية وما يتعلق به من أحكام، المرجع السابق،

ص4- ص11.

الفحوصات الطبية الدورية. ويعيش مرضى السرطان فترات متفاوتة وذلك يعتمد على الكثير من العوامل مثل: الجيل، ونوع العضو أو النسيج المصاب، ومرحلة تشخيصه، ومدى انتشار المرض، وأسلوب الحياة، والحالة الصحية العامة، والتجاوب مع العلاج.

ففي سرطان الرئة مثلاً -والذي يعدّ الأكثر شيوعاً لحالات الوفاة من بين جميع أنواع مرض السرطان- لا توجد معادلة تستطيع أن تحدد كم بقي من السنين ليعيشها المريض¹⁴.

وبوجه عام، يعد مرض السرطان مميتاً إذا اكتشف متأخراً أي بمرحلة متقدمة وكان منتشرأ وأصاب مناطق حساسة في الجسم: كالدماع، والرئة. فهذه الحالات وما مثلها قد لا تثير إشكالاً في عدها مرض موت ولو دامت أكثر من سنة؛ لأنّ المرض في أغلب هذه الحالات في حالة تطور واشتداد مستمر.

و كذلك لا إشكالية تظهر غالباً في حالة السرطان غير المنتشر في جسم الإنسان - سيما الذي يصيب مناطق أو أعضاء غير حساسة في الجسم ويتم اكتشافه في مراحل مبكرة جداً- فغالبا ما تنتهي بالشفاء ولا يعد مرض موت؛ لأنه غير مثير للخوف وفقاً لمعيار غلبة الهلاك، فحكمه حكم الأمراض العارضة التي يشفى صاحبها منها سواء أقعد صاحبه عن قضاء حوائجه أم لم يقعه، وإن تجاوزت السنة فلا يعدّ مرض موت طالما أن صاحبها يتمثل للشفاء.

غير أن الإشكالية تظهر في بعض أنواعه التي قد يعيش صاحبها لسنين عديدة وهو في صراع معها وغالبا ما تكون مراحل تطور المرض بطيئة جداً ولا تُقعد صاحبها عن القيام بأعماله المعتادة إلا في مرحلته المتأخرة. فهذه حكمها أنها ليست بمرض موت؛ لكونها لا تنذر

¹⁴ - آمال: فاسي، الاكتئاب الأساسي لدى مريض السرطان كنشاط عقلي مميز، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في علم النفس العيادي، الجمهورية الجزائرية، جامعة منتوري قسنطينة، 2011، ص21.

بالموت العاجل وذلك في ظل القوانين أو الاجتهادات القضائية التي اعتدت بشرط حصول الوفاة خلال سنة من بدء المرض أو بدءاً من وقت التعبير (أي الاستناد) إلى الوفاة، وقد جاء في الاجتهاد: "لا يعتبر السرطان أو السل مرض موت إذ إنه يظل أكثر من سنة قبل أن يأتي على حياة المصاب به وعلى الوارث أن يثبت أن المؤرث الذي مات بالسرطان أو السل لم يمكث مرضه أكثر من سنة"¹⁵.

وإذ نؤيد الاجتهاد القضائي فيما انتهى إليه فيما يتعلق بمرض السل، إلا إن الأمر ليس كذلك بالنسبة للسرطان. حيث إنه لم يعد من المقبول طبيياً المساواة بين مرض السل ومرض السرطان من حيث الحكم باعتبارهما مرض موت وفقاً لما وصل إليه الطب الحديث من تقدم فيما يتعلق بمرض السل، والذي بات معروفاً للجميع أنه قد أصبح قابلاً للشفاء في الكثير من الحالات. وعلى العكس من ذلك مرض السرطان الذي لم يصل الطب الحديث بشأنه إلى ما وصل إليه بخصوص مرض السل.

ثم إنه ووفقاً لمعيار الحالة النفسية التي أقرته محكمة النقض نفسها في العديد من اجتهاداتها¹⁶، ووفقاً للآراء الفقهية التي اعتدت هي الأخرى بمعيار الحالة النفسية التي يكون عليها المريض، فإن السرطان يعد مرض موت لتحقق العلة وهي: الخوف من الموت، وإن لم يقعد

¹⁵ - محكمة النقض، قرار 1752، أساس 1894، تاريخ 1999/11/28، موسوعة القضاء المدني لأديب الحسيني، المرجع السابق، قاعدة رقم 5048، ص 2510 .

¹⁶ - من مثل الاجتهادات: "إن شرط تولد الخوف لدى المريض من الموت هو شرط أساسي لإبطال تصرفاته باعتبار الباعث له من وراء هذه التصرفات مما يقتضي إقامة الدليل عليه بشكل واضح ومقبول". قرار محكمة النقض رقم 829، أساس 6474، تاريخ 1994/4/8، مجلة المحامون لعام 1994 العددان 1 و 2 ص 50. والاجتهاد: "إن مرض الموت حسبما استقر عليه الاجتهاد القضائي هو المرض الذي يغلب فيه الموت عادة، مما يتولد معه لدى المريض شعور بالخرف من الموت وعلى أن ينتهي بالموت فعلاً قبل مضي سنة على بدئه ما لم يشتد بعد ذلك" محكمة النقض، غرفة ثانية، قرار 835/ أساس 1713/ تاريخ 2000/5/21، موسوعة القضاء المدني، أديب الحسيني، ج 3، قاعدة رقم 5043، ص 2508.

المريض عن قضاء حوائجه في بداياته، بل المعتبر في ذلك هو الحالة النفسية للمريض من اعتقاد دنو أجله وخوف الهلاك، على الرغم من أن حياته قد تطول لأكثر من سنة بكثير¹⁷. وهو ما نؤيده بشدة حيث أكدت العديد من الدراسات العلمية بأن المصاب بمرض السرطان عموماً يعاني من القلق والاكتئاب النفسي ومن أهم أعراض هذا الأخير: الشعور باليأس واللامبالاة، والخوف من الموت، وهذا راجع إلى السائد في الوسط الطبي أنه لا يوجد علاج فعال يوحي بالشفاء التام، ولكن دائماً هناك تصور لمصطلح وفكرة الموت، الأمر الذي يؤثر على التوازن الداخلي للشخص منذ لحظة علمه بالمرض على نحو يضر بورثته أو دائنيته أو يحابي أحدهم فكان لزاماً على المشرع توفير الحماية الكافية أو الضمان اللازم لهم.

ثالثاً-التهاب الكبد: وهو عملية تتميز بدرجات مختلفة من ارتشاح الكبد بواسطة خلايا التهابية من الجهاز المناعي ويتلف خلايا نسيج الكبد نفسه. وهناك العديد من الملوثات التي قد تؤدي إلى الإصابة به، والتلوث في معظم الأحيان يكون فيروسيّاً، ويعد الالتهاب من نوع B و C أخطرها وأكثرها إشكالا.

أ-التهاب الكبد B: عدوى فيروسية ناجمة عن فيروس هذا الالتهاب، يمكن أن تسبب عدوى مزمنة، وأن تعرض الناس بشدة لخطر الوفاة بسبب تليف وسرطان الكبد.

وينتقل هذا النوع من الفيروسات من خلال: الولادة (أم مصابة إلى وليدها)، المعدات الطبية، وكل ما ينقل ولو كمية دم بالغة الصغر من خلال أية جروح.

¹⁷ - عامر: رشاد السيد ابراهيم، تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارنا بالشرعية الإسلامية والقوانين الأخرى، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص كلية الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، 1989، ص48-49.

والجدير بالذكر أن قدرة هذا الفيروس على إحداث العدوى تفوق بمئة ضعف تلك التي لفيروس العوز المناعي البشري المسبب للإيدز. ويمر هذا المرض بمراحل تبدأ بمرحلة العدوى الحادة، وهي المرحلة الأولية للمرض، وتكون أثناء الأشهر الستة الأولى من التقاط العدوى، فإذا لم يفلح الجهاز المناعي للمصاب بالتخلص من الفيروس تلقائياً تتحول الإصابة الحادة إلى إصابة مزمنة قد تؤدي في النهاية إلى الإصابة بسرطان الكبد والوفاة¹⁸.

ب-التهاب الكبدC: ويعرف بأنه نوع من أنواع العدوى الفيروسية التي تهاجم الكبد وتصيبه بالتهاب حاد. ويتجه هذا الفيروس إلى الخلايا الكبدية حيث يمر بمرحلة الحضانة، التي تعد بمثابة مرحلة تكاثر للفيروس، وتتسرب جزيئات من مكوناته إلى جدار الخلية الكبدية، وبذلك تتعرف الخلايا المناعية عليه وتنقض عليه مما يؤدي إلى تهتك والتهاب الخلايا الكبدية المصابة، وانسياب الفيروس في الدم لمهاجمة خلايا كبدية مجاورة بل وأعضاء أخرى في جسم الإنسان كالخلايا الليمفاوية، وخلايا الكلى والبنكرياس وحتى الخلايا العصبية، لتبدأ في هذه المرحلة أعراض المرض في الظهور.

ومع فشل جهاز المناعة في التخلص من هذا الفيروس تتطور العدوى إلى الالتهاب الكبدي المزمن بشكل بطيء، ويكون ذلك بدون أعراض أو علامات مرضية عند معظم المرضى.

ويشكل الالتهاب المزمن الناجم عن الإصابة بأحد هذين الفيروسين (B وC) مشكلة صحية عالمية، ويرى الأطباء أنه لا يوجد مريض مثل

¹⁸ - الزيايدي: عبد الرحمن، الكبد: الدليل المتكامل للكبد، الأمراض - التشخيص - العلاج - دار

الشروق، القاهرة، ط2، 2009، ص80.

الآخر، فهناك عوامل مصاحبة لكل مريض تغير من الصورة النهائية للمرض ومن نسب حدوث الوفاة كنتيجة حتمية للإصابة به¹⁹.

وبالنسبة التهاب الكبد من النوع (B و C) قد يتسبب بأضرار وخيمة للكبد قد تؤدي إلى تليف وسرطان كبد، وغالباً مراحل تطور المرض فيهما تكون بطيئة نسبياً. وفي مرحلتهما المتقدمة قد يعجز المريض كلياً عن قضاء مصالحه، وعليه كانت الإصابة بأحدهما تعني الإصابة بأحد أمراض الموت خاصة كون الهلاك فيه حاصل عند اشتداد المرض كما هو ثابت طبيياً²⁰.

فالشرط الأساس لتحقق مرض الموت -وهو يأس المورث من الحياة عند تصرفه- متوفر في مرض التهاب الكبد الحاد بنوعيه السابقين، وعليه يعدّ مرض موت منذ بداية ظهور الأعراض وعلم المريض بماهية مرضه²¹؛ ذلك إن هذا المرض لا يبقى على وتيرة واحدة، وإنما هو في اشتداد دائم وتزايد مستمر -وإن كان بطيئاً في بعض الأحيان- وإن حالة المصاب به دائماً في تطور إلى الأسوأ²². وإن مرور سنة أو أكثر على إصابة المريض به لا ينفي كونه مرض موت.

فمدة السنة المحددة بالعديد من الاجتهادات القضائية لا ينظر إليها إلا في حالة بقاء المرض على وتيرة واحدة من غير اشتداد أو تقاوم، وتتنطبق في الأحوال التي يكون فيها المرض طويلاً فيشتد طوراً إلى درجة الخطورة وتارة يعود المريض إلى صحته.

¹⁹ - الزيايدي، عبد الرحمن، الكبد: الدليل المتكامل للكبد، الأمراض - التشخيص - العلاج، المرجع السابق، ص 90-94.

²⁰ - أبو هريبيد، أثر مرض الإيدز على الزوجية وما يتعلق به من أحكام، المرجع السابق، ص 11.

²¹ - المزوري، حبيب، تصرفات المريض مرض الموت، دراسة مقارنة، ط 1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2015، ص 56.

²² - البديرات، محمد أحمد، مدى اعتبار مرض الإيدز مرض موت وآثاره في تصرفات المريض في القانون الأردني، المرجع السابق، ص 68-69، وانظر روبرت برات، بيولوجية فيروس العوز المناعي البشري المسبب للإيدز، المرجع السابق، ص 65 وما بعدها.

أما المرض الذي يسير سيرا مستمرا بغير تحسن ملموس في مدته بل يتفاقم نحو الازدياد - وإن كان هذا الازدياد بطيئا- وينتهي بالموت فهو مرض موت وهذا هو حال معظم المصابين بالتهاب الكبد من النوع B وC.

المبحث الثاني: أثر الإصابة بالمرض العضال على تصرفات المريض من الناحية القانونية:

الأصل أن الإنسان يملك الصلاحية التامة لممارسة جميع التصرفات القانونية سواء كانت بعوض أو بغير ذلك، غير أن مرضاً قد يصيب الإنسان يجعل شبح الموت متجهاً نحوه، فيتصرف بأمواله بطريقة لم يكن ليقدم عليها لولا هذا المرض. وهو ما اصطلح عليه المشرع "بمرض الموت" في المواد 445 و446، من القانون المدني السوري في معرض تنظيمه لأحكام عقد البيع والمادة 877 من القانون نفسه عند الحديث عن أحكام الوصية²³، من غير أن يتعرض المشرع إلى ماهية هذا المرض أو في القليل وضع ضوابط هذا المرض وشروطه تاركاً المهمة للقضاء الذي بدا مضطرباً قليلاً في هذا الصدد. وعليه فهل يندرج المرض العضال تحت مفهوم مرض الموت؟ وما هو التكييف القانوني الذي يمكن إسباغه على المرض العضال؟ الجواب على هذه الأسئلة ستكون محور دراستنا في المطلبين التاليين.

المطلب الأول: التكييف القانوني للمرض العضال:

ونعرض في هذا المطلب مفهوم مرض الموت من حيث تعريفه وشروطه، تمهيدا لبيان مدى انطباق هذا التعريف وهذه الشروط على المرض العضال.

أولاً- تعريف مرض الموت:

لم يعرف القانون المدني السوري مرض الموت مما وجب الرجوع في ذلك إلى الفقه الإسلامي إلى جانب الاجتهاد القضائي. وقد وردت في كتب الفقه

²³ -انظر المواد 445 و446، و877 من القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 تاريخ 1949/5/18.

الإسلامي تعريفات مختلفة غير أنها تصب جميعها في معنى واحد، فالاختلاف في الألفاظ لا في المعاني.

فيرى المالكية -مثلا- أن مرض الموت هو: "كل مرض يؤكد فيه الأطباء بأنه يكثر الموت من مثله مثل السل"²⁴. وأما مرض الموت في الفقه الحنفي: "فهو المرض الذي أضنى الشخص أو أعجزه عن القيام بحوائجه، وأما الذي يجيء ويروح فلا"²⁵. بينما يعرفه المذهب الحنبلي بأنه: "كل ما كان سببا صالحا للموت من الأمراض"²⁶. ويعرفه المذهب الشافعي بأنه: "كل ما يستعد بسببه للموت بالإقبال على العمل الصالح"²⁷.

ولم يخرج القضاء السوري في معرض تعريفه لهذا المرض عما جاء في الفقه الإسلامي حيث جاء في اجتهاد لمحكمة النقض السورية: "إن مرض الموت هو الذي يقعد صاحبه عن رؤية مصالح، ويموت صاحبه قبل مرور سنة، فإذا أقعد هذا المرض المريض لأكثر من سنة فيكون في حكم الصحيح ما لم تتغير حاله إلى الأشد".²⁸

وكذلك الاجتهاد: "الاجتهاد مستقر على أن مرض الموت هو المرض الذي يعجز فيه الرجل عن رؤية مصالحه الخارجية ويموت فيه صاحبه قبل مرور

²⁴ - التسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام، البيهجة في شرح التحفة، ج2، دار الكتب العلمية، ط1، لبنان، 1998، ص394.

²⁵ - محمود، عبد الله، الاختيار لتعليل المختار، ج2، ط1، دار الفكر العربي، د.س.ن، ص114.

²⁶ - العاصمي، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، حاشية الروض المربع، شرح زاد المستنقع، مج6، ط1، 1979، ص30.

²⁷ - ابن أبي العباس: شمس الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، ج6، ط1، دار الثقافة المغربية للنشر والتوزيع، الرباط، 2010، ص21.

²⁸ - قرار محكمة النقض، غرفة ثانية، رقم 326 أساس 371 تاريخ 2000/25/26، مجموعة القضاء المدني لأديب الحسيني، المرجع السابق، ج3، قاعدة رقم 5035، ص2501.

سنة...²⁹. مما سبق يظهر أنه يشترط في مرض الموت شروطاً ثلاثة نستعرضها تباعاً.

ثانياً- شروط مرض الموت: استقر جانب كبير من الفقه الإسلامي ومن بعدهم شراح القانون والاجتهاد القضائي على أن مرض الموت لا يتحقق إلا باجتماع ثلاثة شروط وهي:

المرض المريض عن قضاء مصالحه: أي جعله عاجزاً عن العمل وعن مباشرة مصالحه العادية والمألوفة التي يستطيع الأصحاء عادة مباشرتها على وجه الدوام أو الاستمرار. وهذا لا يعني بالضرورة أن يلزم المريض الفراش، فهو قد لا يلزمه ولكنه يكون عاجزاً عن قضاء مصالحه المعتادة. وعلى العكس من ذلك فإن المريض إذا كان عاجزاً عن قضاء مصالحه لسبب غير المرض، كاتساق العمل الذي يحترفه بالمشقة أو الصعوبة فإن حالته لا تدخل في عداد حالات مرض الموت.

وقد يصل الإنسان إلى الشيخوخة مما تجعله غير قادر على مباشرة الأعمال المألوفة، ويحتاج إلى من يعاونه عليه، وليس به أي مرض وإنما أوهنته الشيخوخة، وفي هذه الحالة لا يكون مريضاً بمرض الموت ويكون لتصرفاته حكم تصرفات الأصحاء³⁰. وهو الرأي الذي تبنته محكمة النقض السورية حيث اعتبرت الشيخوخة ليست بمرض موت، وإنما هي دور من أدوار الحياة، ولو وصل الإنسان إلى سن متقدمة، تجعله غير قادر على مباشرة الأعمال المألوفة³¹. في حين يذهب رأي آخر إلى أن الشيخوخة تعد من أمراض الموت الملحقة به عندما يغلب على الشخص خوف الهلاك³².

²⁹ - قرار محكمة النقض - غرفة ثانية- رقم 383، أساس 3074، تاريخ 1992/3/9، مجلة الحامون لعام 1993، العددان 7 و8، ص745.

³⁰ - القاضي: منير، شرح المجلة، ج3، ط1، مطبعة العاني، بغداد، 1948م، ص407.

³¹ - قرار رقم 781 لعام 1987، أساس 2665، قاعدة 156، موقع نقابة المحامين بدمشق، موجود

على الرابط: <http://www.damascusbar.org> تم الرجوع إليه بتاريخ: 2021/9/8. وكذلك الاجتهاد: "إن الشيخوخة لا تعتبر من قبيل مرض الموت وإن أوهنت صاحبها وأقعدته لأنها دور من الأدوار الطبيعية لحياة الإنسان، أما مرض الموت فهو مرض يعتري الإنسان شيخاً أم شاباً وينتهي

ب-أن يغلب في ذلك المرض وقوع الموت: أي يغلب الظن بوقوع الهلاك، سواء أكان مرضاً خطيراً لا يبرأ منه في الغالب أحد وينتهي عادة بالموت، أم مرضاً بسيطاً في بدايته ثم يتطور يوماً بعد يوم حتى تصبح حالة المريض سيئة يخشى عليه فيها من الموت.

وعليه لو كان غير مخوف كالأمراض العادية (كالصداع ورمد العيون ونزلات البرد وغيرها) التي يشفى منها الإنسان عادة فلا يعد هذا من قبيل مرض الموت ولو أعجز المريض عن قضاء مصالحه؛ لأن المرض لا يغلب فيه الهلاك فتكون تصرفات المريض في هذه الحالة حكمها حكم تصرفات الأصحاء³³.

ويرجع تقدير غلبة الهلاك إلى رأي الأطباء بحيث يكون المرض من الأمراض التي تسبب الموت. وليس من الضرورة لكي يعدّ المرض من أمراض الموت أن يقعد صاحبه عن قضاء مصالحه فيكفي فقط أن يكون المريض على علم بدنو أجله وأنه لن يشفى منه، مما يجعله يقوم بتصرفات لا يمكن القيام بها لولا هذا الشعور. ويبقى للقاضي في النهاية بعد سماع رأي الأطباء سلطة تقديرية مطلقة في تقدير ما إذا كان المرض مما يغلب عليه الهلاك، مراعيّاً في تقدير مدى تحقق هذا الشرط ما يترتب على التقدم السريع لعلم الطب في العصر الحديث في مجال التشخيص والعلاج من تطور هائل في هذا الشأن. فبعض الأمراض التي كانت في الماضي تسبب الموت عادة، وكان الفقهاء يعدونها من الأمراض المخوفة -كممرض السل- أصبح في أيامنا هذه

بالموت بحيث يشعر المصاب معه بقرب انتهاء الأجل"، محكمة النقض السوري، غرفة ثانية، قرار رقم 1752، أساس 1894، تاريخ 1999/11/28، موسوعة القضاء المدني لأديب الحسيني، المرجع السابق، ج3، قاعدة رقم 5049، ص2511

³² - حيث يرى الحنابلة أن الهرم يعد مرض موت حقيقي؛ شريطة أن يلازم صاحبه الفراش، البيهوتي:

منصور بن ادریس، كشف القناع عن متن الإقناع، بيروت، عالم الكتب، 1046، ج4، ص432.

³³ - السنهوري: عبد الرزاق أحمد، المرجع السابق، ص317.

يعد من الأمراض القابلة للشفاء التام بفضل التطور العلمي الكبير والمستمر في هذا الميدان³⁴.

ج- أن ينتهي بالموت فعلاً خلال مدة محددة: أي أن يموت الشخص على حاله قبل مرور سنة. ويتضح من ذلك: أن هناك أمران يجب أن يتحققا ضمن هذا الشرط.

الأمر الأول: أن يتحقق الموت فعلاً: فإذا كان المرض مما يغلب فيه الهلاك ولكنه لم يتصل بالموت فعلاً بل شفي منه المريض، فإن ما تم خلاله من تصرفات يأخذ حكم التصرفات التي تحصل حال الصحة. فإذا شفي المريض من مرضه -ولو لبرهة من الزمن- ثم مات نفذت جميع تصرفاته ولو كان الواقع أن المريض لم يبرمه إلا لاعتقاده بدنو أجله³⁵. وذلك لأن حكم تصرف المريض في مرض الموت إنما شرع لمصلحة الورثة لا مصلحة المتصرف نفسه، فإذا شفي المريض انتقى حق الورثة في الطعن في تصرفه والتزم المتصرف بما أبرم من تصرفات حال مرضه.

وعليه كان تصرف المريض في ماله -إذا كان المرض يقعه عن قضاء المصالح ويغلب فيه خوف الموت- أثناء هذا المرض معتدا به حال حياته، ولا يجوز للورثة الاعتراض عليه مادام المريض حياً؛ لأن مرض الموت هو من تحققت فيه الشروط مجتمعة³⁶. فإذا انتهى المرض بالموت، تبين عند ذلك أن التصرف وقع في مرض الموت و جاز الطعن فيه على هذا الأساس. وإذا شفي المريض تبين أن

³⁴ - عبد الدايم: حسني محمود، مرض الموت وأثره على عقد البيع، المرجع السابق، ص114.

³⁵ - مرقس: سليمان، شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع، ط4، مطبعة النهضة الجديدة، مصر، 1968، ص585. البديرات: محمد أحمد، مدى اعتبار مرض الإيدز مرض موت وأثاره في تصرفات المريض في القانون الأردني، المرجع السابق، ص64-79.

³⁶ - السنهوري: عبد الرزاق أحمد، المرجع السابق، ص317. ادزني: عبد العزيز، مرض الموت بين ضعف الإدراك وحماية الدائنين والورثة، مجلة القضاء المدني، عدد5، س3، المغرب، ص145.

التصرف الذي صدر منه لم يقع في مرض الموت، ولا يجوز الطعن فيه من الورثة. وقد يتسنى لمن صدر منه التصرف نفسه أن يطعن في تصرفاته بالغلط الباعث على التعاقد، في حال أثبت أنه إنما تصرف وهو معتقد أنه في مرض الموت ولو اعتقد أنه سيشفى ما كان ليتصرف، ففي هذه الحالة قد يكون التصرف قابلاً للإبطال لهذا العيب. وأما الأمر الثاني: أن يموت على ذات الحال قبل مرور سنة. حيث يشترط الاجتهاد ومن قبله الفقه: وفاة المريض خلال سنة من بدء المرض، فإذا تجاوزت هذه المدة فلا يعد مرض الموت³⁷.

والحقيقة: إن تحديد فترة مرض الموت بسنة أمر قد لا يقره الواقع ولا العلم؛ لأن هناك حالات مرضية كثيرة في وقتنا الحالي تأخذ وقتاً طويلاً. وهناك حالات مرضية تأخذ فترة قصيرة وهذه الحالات تختلف حسب نوع كل مرض، والحالة الصحية والنفسية التي يكون عليها المريض. كما أن هذا التحديد يبعد النصوص التي أوردها المشرع حول حكم تصرفات المريض مرض الموت عن الموضوعية ويثير إشكالات عملية عديدة- وهو ما سنلحظه في معرض الحديث عن المرض العضال- إذ ما أكثر الأمراض المزمنة أو الخطيرة التي قد يمتد بصاحبها العمر إلى أكثر من سنة واحدة.

ثم إن الفقه الإسلامي لم يعطِ تفصيلاً للشرط الثالث، فمن الملاحظ أن الفقهاء قد أولوا أهمية خاصة لشرطين محددتين يتحقق باجتماعهما مرض الموت: الأول: أن يُقعد المرض المريض عن قضاء حوائجه. والثاني: أن يكون المرض متصلاً بالموت. واعتبروا هذين الشرطين مناطاً للتعليل يدور معهما الحكم وجوداً وعدمياً؛ لأن قيام هذين الشرطين إنما يدلان على أن المريض في حالة نفسية يستشعر فيها دنو أجله وأنه مشرف على الموت فيتصرف على هذا الأساس

³⁷ - المزوري: حبيب، تصرفات المريض مرض الموت، المرجع السابق، ص39.

تصرفات قد تضر بحقوق دائنيه وورثته؛ مما جعل المشرع يقيد تصرفاته التي تمس بحقوقهما ويجعل لها أحكاماً خاصة بحسب نوع التصرف وما ينتج عنه من آثار.

لذا نرى ضرورة الاعتماد على الطب والعلوم الحديثة في ذلك هذا من ناحية³⁸، ومن ناحية أخرى فإن اشتراط هذين الشرطين قد يثير التساؤل عما إذا كان بالإمكان أن يُغني الشرط الثاني - وهو أن يغلب في ذلك المرض وقوع الموت - عن الشرط الأول - وهو أن يُقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه - فذهب رأي أنه يُغني عنه، فيكفي أن يغلب في المرض خوف الموت دون حاجة الى قعود المريض عن قضاء مصالحه. وذهب رأي آخر إلى وجوب استيفاء الشرطين معاً، وجعل الأصل فيهما أن يغلب في المرض خوف الموت. أما قعود المريض عن قضاء مصالحه فهذه تعد من العلامات المادية التي تُشعر المريض بأن المرض يهدده بالموت، وتغني عنها أية علامة أخرى تنبئ عن هذا الشعور. فمتى ثبت قيام هذا الشعور بنفس المريض كان هذا كافياً وإن لم يقعد المريض عن قضاء مصالحه³⁹.

وقد ذهب بعض الشراح إلى التوفيق بين هذين الرأيين، واكتفوا بأن يعلم المريض أن مرضه مهلكاً غالباً وأنه يزداد وسوف يؤدي به الى الموت. أما إذا انتفى علم المريض بذلك فيكفي أن يؤدي المرض إلى العجز عن الخروج لقضاء مصالحه⁴⁰. وقد تقرر في هذا الصدد: "ليس واجبا

38 - علي حيدر، شرح مجلة الاحكام العدلية، ج4، تعريب فهمي الحسيني، بغداد، منشورات مكتبة النهضة، ب.س.ط. ص119.

39 - الحقيقة: إن الأستاذ السنهوري هو الذي أثار هذا التساؤل وأجاب عنه في كتابه الوسيط، ج4، المرجع السابق، ص 317.

40 - السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط، المرجع السابق، ص399-400. وعبد الدايم: حسني محمود، المرجع السابق، ص114، 115.

ليكون المرض مرض موت أن يفقد المريض ملكاته العقلية أو أن يلزمه الفراش فقد لا يلزمه ويبقى مع ذلك عاجزاً عن رؤية مصالحة⁴¹.
وإذ نصل إلى خاتمة المطاف في تحقق هذه الشروط فإنه من المناسب الإشارة إلى أن هذه الشروط مجتمعة تمثل علامات ودلائل على ما يمكن أن يساور نفس المريض من مشاعر اليأس والاستعداد للرحيل بناءً على الشعور باقتراب الموت، أما مسألة الجزم بأن المرض هو مرض موت فمن المفروض أن تترك لأهل الخبرة من لأطباء المختصين ليفصلوا فيها في ضوء تلك الدلائل أو الشواهد.

المطلب الثاني: دخول المرض العضال في مفهوم مرض الموت:

يتبين من خلال استعراض تعريفات الفقهاء لمرض الموت أنها لا تخرج في مجملها عن معنى واحد وهو: أن مرض الموت لا بد أن يتحقق فيه وصفان، الأول: أن يكون مرضاً مخوفاً؛ أي يكثر الخوف من الموت بسببه. والثاني: أن ينتهي المرض بالموت فعلاً. إلا إن عبارات الفقهاء قد تباينت في العلامات والأوصاف الظاهرة التي يتبين منها أن المرض يخاف منه الموت.

كما قد تبين لنا أن الاجتهاد القضائي لدينا قد تبنى هذا المفهوم في العديد من الاجتهادات مشروطاً إلى جانب ذلك وجوب أن يعجز المرض المريض عن القيام بأعماله المعتادة، وأن يموت على تلك الحال قبل مرور سنة من إصابته. وقد أنزل الاجتهاد هذه الشروط منزلة الضوابط الموضوعية التي يستدل بها على حالة المريض النفسية، بأنه وهو يتصرف إنما يتصرف مع اعتقاده بدنو أجله. وقد ظهر لنا انطباقها وصفاً وحقيقة على المرض العضال. فالأمراض التي

⁴¹ - سجلات محكمة النقض، قرار رقم 508 أساس 549 تاريخ 1996/4/21، موسوعة القضاء

المدني لأديب الحسيني، ص 851.

تدخل في مفهوم المرض العضال هي أمراض مميتة يتحقق فيها الموت دائماً.

وقد تظهر الإشكالية بالنسبة لشرط عجز المريض عن القيام بأعماله المعتادة فالإصابة بأحد الأمراض التي تصنف على أنها عضال في بعض الحالات: كالمريض بالإيدز، ومثله المريض بالسرطان في مراحل الإصابة بهما المبكرة جداً، وكذلك المرضى بالتهاب الكبد في مرحله الأولى. قد تكون لديهم القدرة وظيفياً على متابعة أعمالهم، إنما علم المريض بإصابته بهذا المرض قد يضعف القدرة لديه في ممارسة أعماله وربما تُعدها.

وعليه كان شرط العجز هذا لا يعدو أن يكون إمارة مادية تدل على استشعار المريض خوفه من الموت وانقطاع رجاءه من الحياة، ويغني عنها أية علامة مادية أخرى تنبئ بهذا الشعور. وأما اشتراط موت المريض خلال سنة من تاريخ إصابته بالمرض، فقد اتضح لنا أن هذا الاشتراط يخص الحالة التي يبقى فيها المرض على وتيرة واحدة دون ازدياد، فإذا كان المرض أخذاً في التفاقم حيث تتطور حالة المريض من سيء إلى أسوأ ولو كان ذلك التفاقم بطيئاً، فإن المرض يعد مرض موت ولو امتد لسنوات. إذ العبرة ليس في الوقت الذي يمتد فيه المرض أو يحصل فيه الاشتداد أو الازدياد وإنما العبرة في النهاية المحتومة التي سيؤول إليها المرض والحالة الصحية والنفسية التي يكون عليها المريض وقت التصرف. وهذا قد يبعث على التساؤل عن الوقت الذي يجب أن يعتد فيه بمرض الموت في هذا النوع من الأمراض، هل هو بداية المرض أم من وقت اشتداده؟

ولكون المشرع السوري لم يبين الحكم في هذه الحالة مما يقتضي الرجوع فيها إلى أحكام الشريعة الإسلامية⁴²، والاجتهادات القضائية

⁴² - المادة 1595 من مجلة الأحكام العدلية.

التي تعرضت بدورها للحالة التي يشتد فيها المرض ويتوفى المريض بعد مضي سنة، فيعد مرضه بدءاً من وقت التغيير (أي الاشتداد) إلى الوفاة مرض موت حيث جاء في الاجتهاد: "الاجتهاد مستقر على أن مرض الموت هو الذي يعجز فيه الرجل عن رؤية مصالحه الخارجية ويموت فيه صاحبه قبل مرور سنة، فإذا امتد لأكثر من سنة كان المريض بحكم الصحيح"⁴³. ومن مثله الاجتهاد: "1- استقر الفقه والاجتهاد على أن مرض الموت هو المرض الذي يقعد المريض عن رؤية مصالحه خارج المنزل بالنسبة للرجل وداخله بالنسبة للمرأة وأن يستمر هذا المرض لمدة سنة فإذا تجاوز المرض هذه المدة اعتبر التصرف الجاري من خلاله صحيحاً إلا إذا اشتد المرض وتغيرت حاله فتعتبر الفترة من وقت التغيير إلى الوفاة ضمن حدود السنة. 2- إذا كانت المدة الفاصلة بين البيع والوفاة تزيد على السنة فإنه مهما كانت حالة المريض ومهما كان مرضه فإن تصرفه يعتبر صحيحاً"⁴⁴.

والأصح أن المرض إذا كان آخذاً بالتزايد منذ الإصابة به واستغرقت مدته أكثر من سنة، فإنه يعد مرض موت منذ تاريخ الإصابة به ولو دام سنين عديدة طالما أن المرض آخذاً بالتزايد ولو كان تزايداً بطيئاً. وهذا في الحقيقة ما ينطبق على المصاب بمرض عضال، الذي وإن كان لا يشتد من حيث الظاهر إلا في مراحل معينة -بحسب كل حالة- إلا إن هذا النوع من الأمراض ومنذ بدء الإصابة به لا يبقى على وتيرة واحدة، فهو في تزايد مستمر من سيء إلى أسوأ، وإن كان هذا التزايد بطيئاً في بعض أنواع هذه الأمراض.

ولعل ما يسعفنا فيما انتهينا إليه هو: أن العبرة بتقييد تصرفات المريض ليس اشتداد المرض أو عدم اشتداده، وإنما غلبة الخوف من الهلاك

⁴³ -قرار محكمة النقض السورية، غرفة مدنية ثانية، قرار 383، أساس 3074، تاريخ 1992/3/9، مجلة المحامون لعام 1993، العددان 7 و8، ص745.

⁴⁴ -قرار محكمة النقض السورية، غرفة مدنية ثانية، قرار 1929، أساس 3148، تاريخ 1991/7/23، مجلة المحامون لعام 1991، الأعداد 10 و11 و12، ص793.

بسببه والتي تشوب تصرفاته بمظنة الإيثار أو الإضرار، وجميعها متحققة في هذا النوع من الأمراض بالنظر إلى خطورتها وبالنهاية المحتومة لمن يصاب بها، فهذه الأمراض ليس لها غير مدلول واحد لدى الناس وهو الموت. وعلى ذلك فإن شدة الإصابة بالمرض العضال ونوع المرض وخطورته وعجز الدراسات الطبية والبحوث العلمية المجنّدة لهذا الغرض عن إيجاد دواء ناجح وفي متناول الجميع لهذه الأمراض وما شابهها، يقطع بعدّ المرض الذي يندرج تحت وصف العضال بأنه مرض موت، بل إنه حتى لو كُتبت لهذه المجهودات الطبية الكبيرة الوصول إلى علاج نهائي لهذه الأمراض، فإن ذلك لن يؤدي إلى إخراجها من دائرة مرض الموت على الأقل في المدى المنظور لاعتبارات كثيرة، أهمها: أن التكلفة المادية لهذه العلاجات التي ستجعلها -على سبيل القطع- بعيدة عن متناول الكثير من المرضى.

وعليه نخلص إلى القول: بدخول المرض العضال في مفهوم مرض الموت، بل ويمكننا القول: إن المرض المتصف بالعضال لا يختلف عن غيره من الأمراض، كالبرسام و القولنج⁴⁵، والطاعون، التي أدخلها الفقهاء قديما في دائرة مرض الموت، مستنديين في ذلك إلى رأي أهل الخبرة والاختصاص، وهم فيما نحن بصدد: الأطباء⁴⁶.

⁴⁵ - البرسام هو: ورم في حجاب القلب أو في الكبد يصعد أثره إلى الدماغ فيختل العقل. أما القولنج: وهو فارسي معرب فهو: أن تتعقد أخلاط بعض الطعام في الأمعاء -المسماة قولون بالرومية- ويصعد بخار بسببه إلى الدماغ فيهلك. انظر: نهاية المحتاج، المرجع السابق، ج6، ص61.

⁴⁶ - يشار إلى أن الفقهاء متفقون على وجوب الرجوع إلى أهل الخبرة والاختصاص في معرفة ما يدخل من الأمراض في دائرة مرض الموت، وأن هذا المرض لا يثبت إلا بطبيبين توافرت فيهما شروط الشهادة، لأن ذلك يتعلق به حق الورثة والدائنين وأهل العطايا. انظر: مغني المحتاج للشربيني، ج3، ص65. المغني، ابن قدامة، ج6، دار الكتب العلمية، ط1، لبنان، 1998، ج6، ص507.

والعلة في ذلك: أن فرص الشفاء من هذه الأمراض تكاد تكون منعدمة كلية أو غير واردة علمياً. ونظراً لأن المسألة هذه برمتها إنما هي مسألة فنية يرجع فيها إلى أهل الفن الطبي وأصحاب الاختصاص، فلعله من الصواب عدم تحديد مرض الموت تحديداً حتماً بمدة معينة، سنة كانت أم أطول من ذلك أو أقصر؛ لأن التحديد بزمن معين يتنافى مع كون مرض الموت مسألة واقع يستخلصها قاضي الموضوع مسترشداً برأي الخبرة الطبية، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه متى ما بنى قضاءه على أسباب سائغة؛ ولأن المناط الذي كان سبباً في شرع الأحكام المتعلقة بمرض الموت هو خوف المريض من الموت، وهذا الشعور يتسرب إلى تصرفاته فيشوبها مظنة إثارة الورثة أو الإضرار بالدائنين. وقد تقرر في هذا الصدد: "إن عدم علم المريض بأنه مريض بمرض خبيث يؤدي إلى الموت، وعدم وجود شعور لديه بالخوف من الموت، ينفي توفر شروط مرض الموت"⁴⁷.

وبمفهوم المخالفة نستطيع أن نستنتج أن علم المريض بماهية مرضه وكونه يؤدي إلى الموت، وتولد الشعور بالخوف من الموت كاف لحسابه مريض بمرض موت وإعمال آثاره.

وقد يعترض بعض الفقه أن الحالة النفسية للمريض هي العلة في وجود مرض الموت أو عدمه ومن ثم تقييد تصرفاته أمر غير سليم؛ لأن الحالة النفسية هي أمر خفي غير ظاهر ومعرفتها في الشخص تحتاج إلى بحث عسير في خفايا نفسه بالإضافة إلى كونها تختلف من شخص إلى آخر قوة وضعفاً مما يجعل علة الحالة النفسية غير

⁴⁷ - محكمة النقض السورية، طعن رقم 1999/1315، أساس 1733، قاعدة -133-م، موقع نقابة

المحامين بدمشق، موجود على الرابط <http://www.damascusbar.org> تم الرجوع إليه بتاريخ 2021/9/8.

منضبطة⁴⁸، ولا يمكن للمشرع أن يبيّن أحكامه على أوصاف خفية وغير منضبطة ويجعلها عللاً تدور معها الأحكام. الحقيقة أن هذا صحيح ولهذا عدّ الفقهاء هذه الحالة النفسية سبباً وأقاموا مقامها في التعليل مظنتها التي تُنبئ عنها وهي ذلك الوصف أو الشرط الظاهر المنضبط، وهو كون المريض مخوفاً ومما يغلب فيه الهلاك بحسب أهل الخبرة والاختصاص، واتصاله بالموت، وكلها متوفرة في المرض العضال وقد بينا ذلك.

خاتمة

تعدّ الشريعة الإسلامية المصدر الأول في تنظيم أحكام تصرفات المريض مرض الموت. فقد فاضت كتب فقهاء هذه الشريعة في تنظيم أحكام تصرفات هذا المريض؛ لذلك تعين الرجوع إليها في كثير من الأحيان فيما لم يتناوله المشرع بنص، ولكل ما يستجد من مسائل عصرية تحتاج إلى معرفة ما ينطبق عليها من أحكام؛ سيما باعتراف المشرع السوري لهذه الشريعة كأحد مصادر التشريع.

⁴⁸ - فالمريض مرض الموت هو من كان في حالة نفسية يعتقد جازماً أن الموت واقع لا محالة ويتصل بذلك الموت فعلاً. انظر الشيخ مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج2، مطابع ألف باء، الأديب، دمشق - سوريا، 1967، ص806، وقريب منه في ذلك الدكتور محمد سلام مذكور الموجز في أحكام الاسرة في الاسلام، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979م، ص490.

ويمكن القول: إن مرض الموت لم ينل قسطه الكافي من التقنين أو البحث باستثناء ما كتب في البيع. وإذا كان التشريع السوري قد تناول تنظيم بعض أحكام مرض الموت⁴⁹، فإنه لم يعالج بنصوص صريحة ضوابط هذا المرض وأحكامه، مكتفياً ببيان الحكم العام في تصرفات هذا المريض، الأمر الذي يدعو إلى لزوم إصدار تشريع يستمد من الفقه الإسلامي المتقدم أسواطاً في هذا الصدد، ويحدد بشكل واضح وصريح حقيقة هذا المرض وتطبيقاته على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر بحيث يسهل على الباحث قطع دابر الخلاف في جميع المسائل المتعلقة بتصرفات المريض مرض الموت، ونزولاً عند متطلبات الواقع الاجتماعي مع ظهور بعض الأمراض التي باتت تثير الكثير من الإشكالات حول اعتبارها مرض موت. وإلى جانب هذا المقترح ثمة مقترحات ونتائج أخرى يلزم تسجيلها:

أولاً- النتائج:

- 1- عدم اهتمام التشريع السوري بتحديد ضوابط مرض الموت، وهو ما شكّل ثغرة في هذا التشريع وأثر في أحكام القضاء.
- 2- إن مرض الموت لا يؤثر في أهلية المريض، وإن شرط العجز قد يكون معتبراً في حال كان هناك خلاف في كون المريض مرض موت

⁴⁹ -راجع المواد/ 445 و 446/ والمادة /877/ من القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 تاريخ 1949/5/18.

أم لا، بينما إذا كان هناك إجماع طبي بأن المرض مرض موت فاشتراط العجز يسقط.

3- دخول المرض العضال في مفهوم مرض الموت رغم عدم انطباق جميع الشروط التقليدية لهذا المرض والتي درج الفقهاء وشراح القانون عليها.

ثانياً - التوصيات:

1- ينبغي اعتماد الرأي الفني المختص في تحديد مرض الموت، والأطباء هم أهل الخبرة في ذلك. إذ ينبغي أن تعرض على لجان رسمية منهم التقارير الطبية لبيان ما إذا كان المرض الذي وقعت فيه الوفاة مرض موت أم لا. لاسيما أن التطور العلمي قد جعل كثيراً من الأمراض المخوفة سابقاً أمراضاً بسيطة لا يغلب معها الهلاك، إلى جانب ظهور أمراض حديثة قد لا ينطبق عليها المفهوم التقليدي لمرض الموت.

2- ينبغي عدم تحديد مدة مرض الموت بسنة واحدة كشرط أساسي في جميع الحالات؛ لأن هذا الأمر لم يعد يقره الواقع، ولا يتماشى مع التطور العلمي الهائل الذي حصل في مجال الطب البشري .

3- ضرورة تضمين القانون المدني السوري نصاً يرسم صورة جلية لمرض الموت من خلال التوصل إلى وضع ضابط هذا المرض، بحيث لا تبقى بقية لقائل على الصعيد القضائي أو الفقهي بما يتماشى مع ما يستجد من صور حديثة لمرض الموت.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً- المراجع الفقهية:

1. ابن أبي العباس، شمس الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، ج6، ط1، دار الثقافة المغربية للنشر والتوزيع، الرباط، 2010.

2. ابن قدامة، موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن قدامة، المغني، ج6، دار الكتب العلمية، د.س.ط.
3. البهوتي، منصور بن ادريس، كشاف القناع عن متن الإقناع، بيروت، عالم الكتب، 1046، ج4.
4. التسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة، ج2، دار الكتب العلمية، ط1، لبنان، 1998.
5. محمود، عبد الله، الاختيار لتعليق المختار، ج2، ط1، دار الفكر العربي، د.س.ن.
6. العاصمي، عبد الرحمن بن قاسم، حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع، ج6، ط1، 1399هـ.
- ثانيا - المراجع العامة:**
7. البدرائي، عبد المنعم، القانون المدني المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975.
8. حيدر، علي، شرح مجلة الاحكام العدلية، تعريب فهمي الحسيني، بغداد، منشورات مكتبة النهضة، ب.س.ط..
9. الزرقاء، مصطفى، المدخل الفقهي العام، مطابع ألف باء الاديب، دمشق، 1967.
10. الزيايدي، عبد الرحمن، الكبد: الدليل المتكامل للكبد، دار الشروق، القاهرة، ط2، 2009.
11. السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، ط3، الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000م.
12. العبيدي، علي، العقود المسماة، البيع والإيجار، ط6، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012.

13. القاضي، منير، شرح المجلة، ج3، ط1، مطبعة العاني، بغداد، 1948م.

14. مذكور، محمد سلام، الموجز في أحكام الأسرة في الإسلام، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979م.

15. مرقس، سليمان، شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع، ط4، مطبعة النهضة الجديدة، مصر، د.س.ن.

ثانياً - المراجع المتخصصة:

16. أبو هرييد، عاطف، أثر مرض الإيدز على الزوجية وما يتعلق به من أحكام، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر كلية الشريعة والقانون الدولي الأول "التشريع الإسلامي ومتطلبات الواقع" 13-14 صفر 1427هـ، 13-14 مارس 2006م.

17. إبراهيم بك، أحمد، المورايت، الوصية، تصرفات المريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية مقارنة بالقانون وأحكام محكمة النقض، د.م، 1987.

18. ادزني، عبد العزيز، مرض الموت بين ضعف الإدراك وحماية الدائنين والورثة، مجلة القضاء المدني، العدد5، س3، المغرب.

19. آمال، فاسي، الاكتئاب الأساسي لدى مريض السرطان كنشاط عقلي مميز، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في علم النفس العيادي، الجمهورية الجزائرية، جامعة منتوري قسنطينة، 2011.

20. البديرات، محمد أحمد، مدى اعتبار مرض الإيدز مرض موت وآثاره في تصرفات المريض في القانون الأردني، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد 22، العدد01، 2006م.

21. برات، روبرت، فيروس العوز المناعي البشري والايذز، استراتيجية للعناية التمريضية، الطبعة الرابعة، المكتب الإقليمي لشرق المتوسط، الإسكندرية، مصر، 1999م.
22. عامر، رشاد السيد ابراهيم، تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارنا بالشريعة الإسلامية والقوانين الخرى، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص كلية الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، 1989.
23. عبد الدايم، حسني محمود، مرض الموت وآثاره على عقد البيع، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007.
24. المزوري، حبيب، تصرفات المريض مرض الموت، دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2015.
- رابعا - المواقع الالكترونية:
25. موقع نقابة المحامين
<http://www.damascusbar.org> بدمشق
26. موقع منظمة الصحة العالمية <http://www.who.int>
27. <https://ar.m.wikipedia.org>

