(نصف سنوية)

مجلة العلوم القانونية

Email: lawmagazine@ajman.ac.ae

السنة الثانية - العدد الرابع: رمضان ١٤٣٦هـ - يوليو ٢٠١٤م

مجلة دورية علمية محكمة تعنـــي بالدراسات الشرعية والقانونية والاقتصاديـــة

- الحوكمة في البنوك الإسلامية
  أ. د. محمد الحسين
- المسؤولية المدنية لطبيب الأسنان في القانون الفرنسي
  د. عبدالكريم صبري ود. رغيد عبد الحميد فتال
- البناء على أرض الغير في قانون المعاملات المدنية الإماراتيّ والقانون المدنيّ المصريّ - دراسة مقارنة
  د. عيسى غسان الرّبضي
- التوظيف الفقهيّ المعاصر لأدوات الاجتهاد حالة المؤسسات المالية الإسلامية - دراسة فقهية نقدية
  د. عبد العظيم أبوزيد
- اختصاص القضاء الإماراتي بجرائم التعاطي خارج الدولة
  د. أحمد شاكر

تصدر عن كلية القانون، جامعة عجمان للعلوم والتكنولوجيا - دولة الإمارات العربية المتحدة

law.ajman.ac.ae

الترقيم الدولي: ISBN978 - 9948 - 15 - 966 - 7

مجلة العلوم القانونية - مجلة دورية علمية محكمة
(نصف سنوية) تقبل النشر باللغات العربية والإنجليزية والفرنسية،
ترمي إلى الإسهام في تطوير المعرفة ونشرها، وذلك بنشر البحوث
والدراسات الشرعية والقانونية والاقتصادية، وتعتبر المجلة سجلاً وثائقياً
للبحوث والدراسات الشرعية والقانونية والاقتصادية.

الهيئة الاستشارية للمجلة

المستشار الدكتور / عبد الوهاب عبدول
رئيس المحكمة الاتحادية العليا - الإمارات

الأستاذ الدكتور/ محمد حسن القاسمي
عميد كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة

القاضي الدكتور / جمال السميطي
مدير عام معهد دبي القضائي

معالي الأستاذ الدكتور / أحمد جمال الدين موسى
أستاذ الاقتصاد بكلية الحقوق - جامعة المنصورة
وزير التربية والتعليم الأسبق في جمهورية مصر العربية

الأستاذ الدكتور / رفعت العوضي
رئيس مكتب هيئة الإعجاز العلمي بالقاهرة التابع لمنظمة
المؤتمر الإسلامي
أستاذ الاقتصاد بكلية التجارة - جامعة الأزهر

الأستاذ الدكتور / محمد المرسي زهرة
أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق - جامعة عين شمس
العميد الأسبق لكلية الشريعة والقانون - جامعة الإمارات
العربية المتحدة

أهداف المجلة: تسعى مجلة العلوم القانونية إلى تحقيق عدة أهداف، أهمها:

١- تعميق المعرفة بأحكام الشريعة الإسلامية والتشريعات القانونية والإقتصادية على المستويين المحلي والإقليمي.

٢- المساهمة في إثراء البحث القانوني لدى المشتغلين بالقانون داخل الدولة وخارجها.

٣- التعاون مع كليات القانون والشريعة والحقوق على المستوى المحلي والإقليمي والدولي.

٤- تدعيم التواصل مع كافة الأجهزة الحكومية والهيئات والمؤسسات العامة والخاصة العاملة في المجال القانوني.

٥- تقديم العون للجهات القضائية من خلال التعليق على الأحكام والمبادئ القضائية وتحليلها.

اهتمامات المجلة: تعنى المجلة بنشر ما يلي:

١- البحوث العلمية الرصينة في مجالات التخصص.

٢- البحوث والدراسات المعنية بالفقه الاسلامي.

٣- البحوث والدراسات النقدية التي تتصل بالإصدارات في مجالات التخصص التي تعنى بها المجلة.

٤- البحوث والدراسات العلمية المعنية بمعالجة المشكلات المعاصرة والقضايا المستجدة في مجال الشريعة والقانون والإقتصاد.

٥- البحوث والدراسات العلمية التي تسهم في رقي المجتمع حضارياً والمحافظة على هويته العربية والإسلامية.

المستندات المطلوب تسليمها:

١. طلب بنشر البحث.

٢. تقدم البحوث وجميع المراسلات إلكترونياً من خلال البريد الإلكتروني المبين .

قواعد النشر في المجلة:

١- تعهد من الباحث بأن البحث لم يسبق نشره وأنه يلتزم بالمبادرة بإخطار المجلة في حالة تقديم البحث للنشر في مجلة أخرى طالما لم تبد المجلة رأيها - بعد - في البحث.

٢- لا يجوز نشر البحث في مجلة أخرى (أو مؤتمر أو ندوة علمية أو بأي وسيلة أخرى) بعد قبوله للنشر في المجلة إلاّ بعد الحصول على إذن كتابي من مدير التحرير.

٣- أن يلتزم الباحث المنهجية العلمية والتوثيق العلمي لمادة البحث ، وأن يتسم البحث بالأصالة والإضافة للمعرفة القانونية.

٤- ألا يكون البحث مستلاً من رسالة علمية (ماجستير أو دكتوراه) نال بها الباحث درجة علمية، أو منشورا من قبل على أي صورة من صور النشر.

٥- ألا يتجاوز حجم البحث خمسين صفحة إلاّ إذا اقتضى ذلك الحفاظ على وحدة البحث.

٦- على الباحث أن يختتم بحثه بخاتمة يبين فيها أهم النتائج التي توصل إليها، وكذلك التوصيات التي يراها.

٧- تقدم البحوث مطبوعة بخط Simplified Arabic وتكتب العناوين الرئيسة والفرعية بالخط الأسود العريض بحجم (١٦) ، وحجم (١٤) للنصوص في المتن، وبحجم (١٢) للهوامش في أسفل كل صفحة، ويكتب البحث على وجه واحد، مع ترك مسافة ١,٥ بين السطور. وينبغي مراعاة التصحيح الدقيق في جميع النسخ.

٨- تكون الحواشي ٢,٥ سم على جوانب الصفحة الأربعة.

٩- أن يراعي في التهميش والترقيم والتواريخ وذكر المراجع والمؤلفين الآتي:

أ. أن تكون الإشارة إلى صفحات المصادر والمراجع في الهامش وليس في صلب البحث.

ب. أن ترقم هوامش كل صفحة على حده، ويراعي في الترقيم الأرقام المتعارف عليها في الأسلوب العربي.

ت. عند ذكر الأعلام والمؤلفين يذكر اسم الشخص أولا ثم اسم أبيه وجده ثم لقبه.

ث. تثبت المصادر والمراجع العلمية ومؤلفوها في نهاية البحث بالترتيب الهجائي، مع بيانات الطباعة والنشر.

١٠- يقدم البحث في نسخة إلكترونية مع مراعاة التدقيق اللغوي.

١١- يقدم الباحث موجزاً لسيرته العلمية في حدود عشرة سطور في صفحة مستقلة، تتضمن: الاسم، وجهة عمله، ورتبته العلمية، وأهم أبحاثه، مع صورة شخصية حديثة، وملخص للبحث في حدود ٥٠٠ كلمة باللغتين العربية والإنجليزية.

١٢- يتم عرض البحث - على نحو سري - على محكمين من ذوي الكفاءة ممن يقع عليهم اختيار المجلة.

١٣- تخطر المجلة أصحاب البحوث المقدمة بموقفها من نشر بحوثهم على النحو التالي:

أ. يخطر أصحاب البحوث الواردة بوصولها إلى المجلة خلال أسبوع من تاريخ الوصول.

ب. يخطر أصحاب البحوث المقبولة بإجازة بحوثهم للنشر.

ت. في حالة وجود ملاحظات على البحث، يعاد البحث لصاحبه لاستيفاء هذه الملاحظات ليكون صالحاً للنشر.

١٤- يعتذر للباحث الذي لم توافق لجنة المحكمين على نشر بحثه دون الالتزام بإبداء الأسباب.

١٥- أصول البحوث المقدمة للمجلة لا ترد سواءً نشرت أو لم تنشر.

١٦- ما ينشر في المجلة من آراء تعبر عن أفكار أصحابها ولا تمثل بالضرورة رأي المجلة أو الجامعة.

١٧- يمنح الباحث نسخة إلكترونية تحتوي على: بحثه المنشور، والعدد الذي نشر فيه البحث كاملاً، كل في ملف مستقل.

١٨-توجه جميع المراسلات باسم عميد كلية القانون، جامعة عجمان للعلوم والتكنولوجيا، على البريد الإلكتروني الآتي: lawmagazine@ajman.ac.ae

المستندات المطلوب تسليمها:

١- طلب بنشر البحث.

٢- تقدم البحوث وجميع المراسلات إلكترونية من خلال البريد الإلكتروني المبين .

ص. ب.: ٣٤٦ عجمان، الإمارات العربية المتحدة، هاتف: +٩٧١ ٦ ٧٠٥ ٦١٣١ أو +٩٧١ ٦ ٧٠٥ ١٤٤١
فاكس: +٩٧١ ٦ ٧٠٥ ٦٢٧٠، البريد الإلكتروني: lawmagazine@ajman.ac.ae

law.ajman.ac.ae

بسم الله الرحمن الرحيم

كلمة العدد

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد الأمين وعلى آله وصحبه أجمعين.

يتزامن العدد الرابع من مجلة العلوم القانونية التي تصدرها كلية القانون بجامعة عجمان للعلوم والتكنولوجيا مع ذكرى عزيزة وغالية على قلوبنا جميعاً، وهي ذكرى العيد الوطني لدولة الإمارات العربية المتحدة، الذي يصادف السنة الثالثة والأربعون لاتحاد الإمارات العربية، وبهذه المناسبة السعيدة يتشرف عميد كلية القانون و أعضاء اللجنة الاستشارية للمجلة وكذا أعضاء الهيئة التدريسية والإدارية وجميع العاملين بالكلية بتقديم أسمى التهاني وأغلى الأماني لرئيس الدولة صاحب السمو الشيخ خليفة بن زايد آل نهيان، ونائبه صاحب السمو الشيخ محمد بن راشد آل مكتوم، وإلى أصحاب السمو حكام الإمارات وأولياء العهود الكرام سائلين الله عز وجل أن يعيد هذه المناسبة على شعب الإمارات بمزيد من التقدم والرقي والأمن والازدهار.

يتضمن هذا العدد من المجلة خمسة بحوث باللغة العربية تتوزع تخصصاتها بين المالية والقانون المدني وعلم أصول الفقه.

وقد تناول البحث الأول الذي جاء تحت عنوان « الحوكمة في البنوك الإسلامية « أهمية الحوكمة في نجاح المنظمات عموماً والبنوك في مقدمتها، واعتبر الباحث أن الحوكمة ما هي إلا فلسفة إدارية جاءت لتجاوز أخطاء وقصور الإدارة في مرحلة ما قبل الحوكمة، وبحسب رأي الباحث، فإن البنوك من أكثر المنظمات حاجة لتطبيق الحوكمة نظراً للدور المحوري الذي تلعبه في أي اقتصاد باعتبار أغلبها شركات مساهمة، مما يجعل بالتالي من مصلحة حملة الأسهم والإدارة وأصحاب المصالح كافة تطبيق أفضل الممارسات الإدارية وتحقيق الكفاءة والفاعلية في الإدارة المصرفية، واعتبر الباحث أن البنوك الإسلامية أضحت لاعباً أساسياً في سوق الصيرفة في العالم، وما يميز هذه البنوك هو وجود لجنة للرقابة الشرعية للتأكد من التزام البنك بأحكام الشريعة الإسلامية، وقد حاول البعض القول أنه من الصعب التزام البنك بالحوكمة، غير أن الباحث ركز على دحض هذه الفكرة من خلال عرض العديد من الأمثلة من القرآن الكريم والسنة النبوية، وتوصل من خلالها إلى أن تطبيق الامتثال والحوكمة ممكن في البنوك الإسلامية لأن باب الاجتهاد مفتوح أمام لجنة الرقابة الشرعية، والأمر يحتاج إلى تدريب أعضاء اللجنة وإطلاعهم على ما يقوم به البنك حتى يجدوا الفتوى المناسبة بخصوصية كل معاملة على حدة.

وفي نهاية البحث أورد الباحث عدة توصيات تساعد على تطبيق الحوكمة في البنوك الإسلامية من شأنها الرفع من مستوى أداء هذه البنوك بما يتلاءم مع مقاصد الشريعة وأهدافها السامية.

وفي البحث الثاني المخصص للمسؤولية المدنية لطبيب الأسنان في القانون الفرنسي، أشار الباحثان إلى أنه بعد صدور القانون رقم ٣٠٣-٢٠٠٢ باتت المادة ١-١١٤٢ .L من قانون الصحة العامة تنص في فقرتها الأولى على أن مسؤولية من يمارسون المهن الصحية تقوم على الخطأ واجب الإثبات. إلا أن القضاء الفرنسي قد فسر هذا النص وحدد الأساس القانوني لتلك المسؤولية على حسب التزامات طبيب الأسنان.

وأشار الباحثان إلى أن التزام طبيب الأسنان بشأن تقديم عناية تتفق والضمير الإنساني والمهني والأصول العلمية الثابتة والمتوفرة هو التزام ببذل عناية، أما التزامه بإيجاد التركيبات الاصطناعية كالوجبات أو الجسور مثلاً، فهو التزام بتحقيق نتيجة، في حين أن التزامه بتثبيتها أو تركيبها هو التزام ببذل عناية.

أما إذا ارتبط الضرر بآلة استخدمها طبيب الأسنان فلا يكون قد راعى التزام بضمان السلامة وهو التزام بتحقيق نتيجة. إضافةً إلى هذه الالتزامات يقع على عاتق طبيب الأسنان التزام بإعلام المريض كالذي يقع على عاتق الطبيب، وهو التزام بنتيجة ليس مطلقاً بل يقتصر على المعلومات التي يمكن أن يتحملها المريض نفسياً، مع خصوصية أدخلها القانون الصادر في ٤ مارس ٢٠٠٢.

وأورد الباحثان أن القضاء الفرنسي غيّر مساره في حكم صدر في ١٧ يناير ٢٠٠٨ معتبراً أن وجود الضرر يكفي لقيام قرينة خطأ ارتكبه طبيب الأسنان، وهي قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس. كما أشارا إلى أنه في ٢٤ أبريل ٢٠١٣ أصدرت محكمة النقض حكماً اعتبرت فيه أن الأساس القانوني للمسؤولية هو الخطأ واجب الإثبات، وبالتالي تكون قد عادت إلى الحل الأقدم. كما أكدا على أنه واستثناءً على المبدأ، أجازت محكمة النقض الفرنسية في بعض الحالات قيام مسؤولية طبيب الأسنان وإن لم يرتكب أي خطأ.

أما البحث الثالث الذي جاء تحت عنوان « البناء على أرض الغير في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني المصري - دراسة مقارنة « فقد أشار فيه الباحث إلى أن القانونين الإماراتي والمصري قد نظما في باب الاتصال أحكاماً تنظم قيام شخص بالبناء على أرض الغير بمواد من عنده دون وجه حق، مع وجود اختلاف جوهري في بعض النصوص ما بين قانون المعاملات المدنية الإماراتي عن القانون المدني المصري، وفي حال تحقق ذلك ميز القانونان ما بين الباني سيء النية وحسن النية في إقامة البناء. وحكم الباني سيء النية يختلف عن حكم الباني حسن النية، فإذا كان الباني سيء النية أي أنه يعلم بأن الأرض ليست ملكاً له وليس له الحق في إقامة البناء عليها، فمن حق مالكها أن يطالبه بإزالة البناء أو أن يتملكه مقابل دفع ثمنه مستحق الإزالة. أما إذا كان الباني حسن النية أي كان يعتقد بأن الأرض ملكاً له أو ليست ملكاً له ولكن له الحق في إقامة البناء عليها، فإن مالك الأرض يتملك البناء مقابل دفع قيمته قائماً إذا كانت قيمة الأرض أكثر من قيمة البناء، أما إذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الأرض تملك الباني الأرض جبراً عن مالكها.

وفي البحث الرابع الذي جاء تحت عنوان « التوظيف الفقهيّ المعاصر لأدوات الاجتهاد حالة المؤسّسات الماليّة الإسلاميّة - دراسة فقهيّة نقديّة «، أشار الباحث إلى تعدد مصادر الشريعة الإسلامية كأدوات اجتهادية بين يدي الفقيه، ومنها المتفق عليه بين المذاهب، ومنها المختلف فيه، وقد انحسر دور بعض هذه المصادر مؤخراً، وبرزت بالمقابل مصادر أخرى لم يكن لها ذلك الدور المهم من قبل، كما استخدمت القواعد الفقهية في بعض الحالات استخدام الأصول الفقهية، مع العلم أنها ليست مصدراً تشريعياً ولا تنتمي إلى علم أصول الفقه، وعلاوة على ذلك استند الاجتهاد الفقهي المعاصر إلى السياسة الشرعية، وهي ليست من أدوات الاجتهاد الفقهي للفقيه، بل من سلطة الحاكم.

يحلل البحث واقع توظيف علم أصول الفقه في الاجتهاد المعاصر بحسب المعطيات السابقة، ويذكر الأسباب التي أدت إلى هذا الواقع، ويدرسه من حيث السلامة أو الفساد، ويضرب أمثلة لكل ما سبق من واقع الاجتهاد المعاصر في فقه المعاملات المالية.

وتناول البحث الخامس الموسوم بـ « اختصاص القضاء الإماراتي بجرائم التعاطي خارج الدولة» إشكالية في غاية الأهمية، ذلك أن مسألة تعاطي المخدرات خارج الدولة تثور عندما يتناول شخص مادة مخدرة أو مؤثر عقلي خارج إقليم الدولة، وعند وصوله لإقليمها يخضع لأخذ عينات بيولوجية للكشف عما إذا كانت به آثار لتعاطي تلك المواد أم لا، ويحدث أن تُظهر النتائج إيجابية العينة.

وقد لوحظ تحريك الدعوى الجزائية من قبل النيابة العامة ضد ذلك الشخص باعتباره متهما بجريمة التعاطي التي ينظم أحكامها القانون الاتحادي رقم ١٤ لسنة ١٩٩٥ في شأن المواد المخدرة والمؤثرات العقلية والمعدل بالقانون الاتحادي رقم ١ لسنة ٢٠٠٥.

وتتوالى الإجراءات برفع الدعوى للمحكمة المختصة، وقد نظرت محاكم الدولة العديد من تلك القضايا _ ولازالت ـ وأصدرت العديد من الأحكام بالإدانة بتهمة التعاطي.

وتؤسس النيابة العامة، ويشاركها بعض القضاء، انعقاد الاختصاص لمحاكم الدولة، باعتبار أن نتيجة الجريمة قد تحققت داخل الدولة بوجود المخدر أو المؤثر العقلي بالعينة المأخوذة من المتهم سواء في بوله أو دمه، وكون النتيجة وفقاً لنص المادة ٢/١٦ من قانون العقوبات الاتحادي رقم ١٩٨٧/٣ هي أحد موجبات الاختصاص.

ويظهر تبني الهيئات القضائية لانعقاد الاختصاص الوطني بنظر تلك الجرائم من خلال قيام النيابة العامة بدايةً بالتحقيق فيها ثم إحالتها للقضاء بتهمة جناية أو جنحة التعاطي. فضلاً عن قيامها بالطعن في الأحكام الصادرة إذا ما قُضي بعدم الاختصاص.

ومن جانب آخر، يتبنى قضاء بعض المحاكم اتجاهاً مغايراً يتمثل في عدم الاختصاص، باعتبار أن الجريمة لم تقع على أرض الدولة، حتى أصبحت الدعوى الواحدة يظهر فيها ذلك التضاد في الأحكام ما بين مؤيد لاختصاص القضاء الوطني وآخر منكر له.

ويعرض البحث رؤية الباحث في مدى اختصاص محاكم الدولة في ذلك الشأن والتأصيل القانوني للمسألة، وهو ما استلزم تناول كل ما يحيط بها من نصوص وقواعد قانونية حاكمة، معززاً ذلك بآراء الفقه وقضاء المحكمة الاتحادية العليا، لأجل توحيد الاتجاه والرؤية القضائية التي تعتبر أساسا لخلق الثقة والاطمئنان والاستقرار القضائي، وهو ما يعطي انطباعا إيجابيا عن أداء مرفق العدالة.

د. عبد الكريم صبري
عميد كلية القانون
مدير تحرير مجلة العلوم القانونية

* * *

المحتويات

الموضوع	الصفحة
الحوكمة في البنوك الإسلامية أ. د. محمّد الحسين - أستاذ الماليّة العامّة - كلية القانون - جامعة عجمان للعلوم والتكنولوجيا	11
المسؤولية المدنية لطبيب الأسنان في القانون الفرنسي د. عبدالكريم صبري و د. رغيد عبد الحميد فتال عميد كلية القانون أستاذ القانون المدني المساعد جامعة عجمان للعلوم والتكنولوجيا	29
البناء على أرض الغير في قانون المعاملات المدنية الإماراتيّ والقانون المدنيّ المصريّ - دراسة مقارنة د. عيسى غسان الرّبضي (أستاذ القانون المدني المساعد - كلية القانون _ جامعة عجمان للعلوم والتّكنولوجيا)	65
التوظيف الفقهيّ المعاصر لأدوات الاجتهاد حالة المؤسسات المالية الإسلامية - دراسة فقهية نقدية د. عبد العظيم أبوزيد (أستاذ مشارك في كلية الدراسات الإسلامية- مؤسسة قطر)	97
اختصاص القضاء الإماراتي بجرائم التعاطي خارج الدولة د. أحمد شاكر (أستاذ القانون الجنائي المساعد) كلية القانون - جامعة عجمان للعلوم والتكنولوجيا	117

الحوكمة في البنوك الإسلامية

أ. د. محمد الحسين
أستاذ الماليّة العامّة
كلية القانون - جامعة عجمان للعلوم والتكنولوجيا

أوّلاً- المقدمة:

ما من شك إنّ (الحوكمة) كفلسفة إداريّة أضحت ضرورة ، ليس هذا فحسب بل حاجة ماسة ، لجميع أنواع المنظمات، والهيئات بمختلف أنواعها. و البنوك كمنظمات أعمال مهمة في الاقتصاد. يهمها كثيراً تطبيق أفضل الممارسات، والأساليب، والأفكار الإداريّة المتطورة بسبب أهميتها من جهة ، و حالة التّنافس القائمة بين البنوك سواء أكانت بنوك تقليدية أو إسلاميّة.

تُعَدّ (الحوكمة) ،حسب رأينا ، ضروريّة للبنوك من أجل تحسين أسلوبها في الإدارة، وتعزيز الشّفافيّة، و الإفصاح في عملها بما يضمن مصالح جميع الأطراف من حملة الأسهم إلى الزّبائن، و الحكومة ، والمجتمع، و غيرها.

ومن ثمّ سيركز بحثنا على بيان ضرورات الحوكمة للبنوك بشكل عام، وللبنوك الإسلاميّة بشكل خاص .

ثانياً- أهمية البحث :

تأتي أهمية البحث من كونه يسعى إلى :

1- بيان ضرورة تطبيق (الحوكمة) في البنوك الإسلاميّة، و خاصة في ظل تنامي انتشارها و زيادة حصتها السّوقيّة.
2- مدى توافق (الحوكمة) مع أحكام الشّريعة الإسلاميّة التي تلتزم بها البنوك الإسلاميّة

ثالثاً-أهداف البحث :

يهدف بحثنا السّعي إلى :

1- بيان أهمية (الحوكمة) في البنوك بشكل عام، و البنوك الإسلاميّة على وجه الخصوص.
2- توصيف تطبيق (الحوكمة) في البنوك الإسلاميّة.

رابعاً-فرضيات البحث :

1- إنّ تطبيق (الحوكمة) يؤدي إلى تحسين كفاءة الإدارة المصرفيّة.
2- إنّ تطبيق (الحوكمة) يتفق مع خصوصية البنوك الإسلاميّة ولا يتناقض معها .

خامساً-مشكلة البحث :

1- قلة البحوث السّابقة ذات العلاقة بتطبيق (الحوكمة) في البنوك الإسلاميّة.
2- المجال لا يتسع لبحث ميداني يتصل بتطبيق (الحوكمة) في البنوك الإسلاميّة.

سادساً- أسلوب البحث :

اعتمدنا أسلوب البحث النّظريّ، والتّحليليّ من خلال الأدبيات المتوفرة .

المبحث الأوّل

الحوكمة

مفهومها ،أهميتها،حوكمة الشّركات،الامتثال

المطلب الأوّل -مفهوم الحوكمة :

الحوكمة, , و هي مرادفة لكلمة (Governance)، ظهرت في اللّغة العربيّة في تسعينيّات القرن العشرين . و يقصد بها عادة : الحكم الجيد أو الحكم الرشيد(Good Governance) و على مستوى المنظمات يمكن القول: أنّ المقصود بالحوكمة هو الإدارة الرّشيدة أو الإدارة الجيدة.

ثمّة تعاريف عدة (للحوكمة) سواء كمفهوم , أو كتطبيق على مستوى المنظمات. و في بحثنا يعنينا بشكل أكبر (حوكمة الشّركات) كون البنوك هي منشآت (منظمات) أعمال.

مفهوم حوكمة الشّركات :

إنّ حوكمة الشّركات(Corporate Governance) هي الأكثر رواجاً، واستخداماً، أهمية بين أنواع الحوكمة .

و يمكننا تعريف حوكمة الشّركات بصفة عامّة أنّها : " مجموعة قواعد العمل، والرقابة، وتحديد السّلطات، والمسؤوليات ،التي تقوم على أسس الشّفافيّة، و الإفصاح ، التي تحكم عمل المنشأة بما يضمن حسن سير العمل، و يحقق مصالح جميع الأطراف، ومن ثمّ تحقيق أهداف المنشأة بكفاءة وفاعلية ".

من التّعريف أعلاه يمكننا استنتاج (عناصر الحوكمة)كالآتي:

1. هي مجموعة القواعد، والأنظمة، و الرّقابة، و الممارسات، و الآليات الإداريّة.
2. تقوم على أسس الشّفافيّة، والإفصاح في كافة الأعمال، و الممارسات الإداريّة، والماليّة.
3. تهدف إلى ضمان حسن سير العمل في المنشأة عن طريق تحديد السّلطات، والمسؤوليات للجمعية العمومية ،مجلس الإدارة ، الإدارة التّنفيذيّة، ومدققي الحسابات، و غيرهم من أصحاب المصالح.
4. تهدف إلى تحقيق مصالح جميع الأطراف : حملة الأسهم ، ومجلس الإدارة ، والإدارة التّنفيذيّة، والموظفين ،وأصحاب المصالح : كالزّبائن, , والموردين، والحكومة ، و المجتمع وغيرها.
5. أما غاية الحوكمة فهي تحقيق مصالح المنشأة، وأهدافها بكفاءة وفاعليّة.

المطلب الثّاني - أهمية الحوكمة :

لا جدال حول أهمية الحوكمة ، وضرورتها لمنشآت الأعمال كافة ، ومن ضمنها البنوك بأنواعها، و يمكننا أن نسوق بعضا من دواعي الاهتمام بالحوكمة كما يأتي([1]):

1. بعض الانهيارات الماليّة التي حصلت في تسعينيات القرن الماضي مثل : انهيار بنك الاعتماد التّجاريّ الدّوليّ عام 1991 ، انهيار مؤسسة الادخار، والإقراض في الولايات المتحدة عام 1994 ، و غيرها.
2. حدوث أزمات ماليّة عالميّة مثل: أزمة جنوب شرق آسيا عام 1997، وأزمة الرّهن العقاريّ في الولايات المتحدة التي تحولت إلى أزمة ماليّة عالميّة عام 2008 .
3. العولمة الماليّة، خاصة عولمة أسواق المال، و فتحها أمام أسهم دول أخرى، ومشاركة مستثمرين أجانب في شراء أسهم شركات وطنيّة، وغيرها مما يضعف الرّقابة .
4. ضعف الأجهزة الرّقابيّة الماليّة، و عدم قدرتها على كشف الانحرافات الماليّة، والفساد الماليّ، و عدم وجود إدارة فاعلة للمخاطر .
5. الهيمنة الواضحة للإدارة التنفيذية على ادارة الشركات و تهميش حملة الأسهم..
6. التعويضات المالية الفاحشة التي يحصل عليها الرؤساء التنفيذيون ومجالس الإدارة والادارة التنفيذية و ذلك على حساب توزيعات الأرباح على صغار المساهمين..
7. الفساد الماليّ والإداريّ في العديد من الشّركات الكبرى ومن ضمنها المصارف.

هذه الأسباب و غيرها هي التي عززت الاتجاه إلى تطبيق الحوكمة خاصة على الشّركات، وفي مقدمتها البنوك.

و ثمّة تساؤل ينبغي أن يطرح وهو :

هل الحوكمة جاءت نتيجة لقصور الأنظمة الإداريّة التي كانت تسود قبلها ؟

- بمعنى آخر- هل الحوكمة جاءت لمعالجة مشكلات الإدارة ؟ أم أن الحوكمة جاءت كتطور طبيعيّ للبحوث في علم الإدارة أم كضرورة لعصرنا الرّاهن. و لم تكن ضرورة فيما سبقها ؟

إنّ إجابتنا على هذا التّساؤل كالآتي:

إنّ الحوكمة جاءت لتحل العديد من المشكلات، و القصور في الأنظمة الإداريّة التي كانت مطبقة قبلها، وأيضاً لسد الثّغرات التي كانت تمارسها الإداريّة التّنفيذيّة في المنشآت . وبمعنى أوضح نحن نرى أنّ الحوكمة ظهرت، وانتشرت في العقود الثّلاثة الأخيرة كحاجة مُلحة لمعالجة مشكلات النّظم الإداريّة، والممارسات الإداريّة، وتصحيح بعض التّشريعات ، واللّوائح، و الأنظمة الدّاخليّة في منظّمات الأعمال .

[1] - شوقي بورقبة، الحوكمة في المصارف الإسلاميّة، كلّيّة العلوم الاقتصاديّة وعلوم ا التّيسير، جامعة فرحات عباس، سطيف، الجزائر، بحث منشور، على موقعه Chawaki62000@yahoo.fr ص5-6

المطلب الثّالث- مبادئ حوكمة الشّركات :

الحقيقة أنّ الحوكمة ظهرت ، كضرورة في الشّركات، نتيجة تعارض يحصل أحياناً ، - يقول بعضهم دوماً - في المصالح بين حملة الأسهم، و بين الإدارة التّنفيذيّة، و مع أصحاب المصالح الآخرين . لذلك قامت منظمة التّعاون والتّنمية(OECD) خلال الاجتماع الوزاريّ للدول الأعضاء في 26-27 مايو عام 1999 ، وتم اعتمادها من قبل البنك الدّوليّ، و صندوق النّقد الدّوليّ عام 1999، بوضع مجموعة مبادئ، وقواعد لحوكمة الشّركات نلخصها كالآتي :

- توفير الحماية لجميع المساهمين عبر المشاركة الفاعلة في القرارات الاستراتيجيّة للشركة، والإفصاح عن الإجراءات الماليّة في الشّركة.
- المعاملة المتساوية لجميع حملة الأسهم بغض النّظر عن مساهماتهم، وجنسياتهم .
- ضمان حقوق أصحاب المصالح ، و مشاركتهم في القرارات المتصلة بهم.
- أن تضمن حوكمة الشركات الإفصاح والشّفافيّة في كافة أمور الشّركة، ومن ضمنها الأمور الماليّة.
- ضمان اعتماد التّخطيط الاستراتيجيّ في الشّركة و كذلك الرّقابة الفاعلة لأداء الإدارة و التّأكيد على دور ومسؤوليات مجلس الإدارة تجاه الشّركة، وحملة الأسهم وأصحاب المصالح .

يمكن القول أن حوكمة الشّركات تقوم على أربعة مبادئ أساسية هي:

- العدالة.
- المسؤولية .
- المساءلة.
- الشّفافيّة.

المطلب الرّابع- الامتثال:

مفهوم الامتثال ، الامتثال في البنوك:

الامتثال (Compliance) لغة يعني: الالتزام بتنفيذ أمر ما أو إرادة ما ، في ظل ظرف معين ، و الامتثال يكون طوعيا وليس قسرا .

وظيفة الامتثال في البنوك (Compliance Function In Banks):

تعني : أنّ إدارة البنك ملتزمة بجميع(ممتثلة لجميع) القوانين، والأنظمة، واللوائح، وقواعد السلوك، و أخلاقيات العمل، و المعايير، والممارسات المصرفيّة السّليمة و أيضاً بالأوامر، والمعايير الصادرة عن الجهات الرّقابيّة المحليّة والدّوليّة ، وترفع تقارير لمجلس الإدارة حول مدى الامتثال في البنك .

أصدرت (لجنة بازل) للرقابة على المصارف ورقة عمل في عام 2005 حول الامتثال في البنوك ..وتم تحديد عشرة مبادئ أساسية لوظيفة الامتثال هي:([1])

- المبدأ (1)- تحديد مسؤوليات مجلس الإدارة.
- المبادئ (2,3,4)-تحدد مسؤوليات الإدارة العليا.
- المبدأ(5)-أوصى بضرورة استقلالية وظيفة الامتثال أي تكون إدارة مستقلة في البنك .
- المبدأ (6)-يؤكد على اهمية دعم وظيفة الامتثال بما يمكّنها من أداء مهماتها.
- المبدأ(7)-يحدد مهام و مسؤوليات إدارة الامتثال في البنك.
- المبدأ (8)-يحدد علاقة إدارة الامتثال بإدارة التّدقيق الدّاخليّ.
- المبدأ(9)-يحدد المتطلّبات اللّازمة في حال ممارسة البنك نشاطه في أكثر من دولة.
- المبدأ(10)-يحدد مسؤولية مجلس الإدارة، والإدارة التّنفذيّة في حال الاستعانة بجهات استشارية خارجية؛ لتقديم أي خدمات استشارية متصلة بوظيفة الامتثال .

مخاطر عدم التّقيد بمبادئ الامتثال:

من المؤكد أن ثمة مخاطر عديدة لعدم الامتثال مثل :

مخاطر ماديّة:كأن تفرض عقوبات على البنك ،أو تضع بعض القيود على تعاملاته، وأحيانا تفرض غرامات على البنك المخالف ، إضافة إلى تزايد حالات الاحتيال ،والتزوير، والاختلاس من قبل الموظفين.
مخاطر معنويّة: ما قد يصيب سمعة البنك من تشويه بسبب عدم الامتثال و ما ينتج عنها من مخاطر مادية .

(1)-مهدي علاوي ،وظيفة الامتثال تعريفها، و أهميتها، و مخاطر عدم الامتثال، وأسبابه، مجلة الدراسات الماليّة والمصرفيّة، العدد 3, أيلول(سبتمبر) 2013 ، ص 6-7

المطلب الخامس- علاقة الامتثال بالحوكمة :

يمكننا القول أن **الامتثال** داعم كبير للحوكمة في البنك.. بمعنى أدق ان وجود إدارة **الامتثال** في البنك سيسهم في خلق ظروف مناسبة لتطبيق الحوكمة لأن المبادئ المحددة لوظيفة الامتثال تخدم تطبيق الحوكمة وتحقيق أهدافها.

قامت البنوك المركزيّة بعد عام 2005 في الدول العربية, و في العالم بإصدار تعليمات مكتوبة للبنوك الواقعة تحت إشرافها بتطبيق مبادئ **الامتثال** كما صدرت عن (لجنة بازل) , و من ضمنها استحداث إدارة مستقلة للامتثال في البنك .

المبحث الثّاني

الحوكمة في البنوك

المطلب الأوّل

أهمية حوكمة البنوك:

نجد التأكيد على أهمية تطبيق الحوكمة على منشآت القطاع المصرفي برغم الخصوصية التي تمتاز بها المصارف على اختلاف أنواعها ؛ فالمصارف تضم عناصر, و معطيات لا تتوفر في باقي الأنواع من الشركات مثل ([1]):

- هيكل رأس المال حيث يتكون من :
  نسبة كبيرة من الديون, ونسبة قليلة من الأموال الخاصة.
- مصادر أموال المصرف على شكل ودائع ينبغي توافرها عند الطلب
- (الملاءة Solvency) وأن أصول المصرف تكون غالبا قروض متوسطة, وطويلة الأجل.
- الاحتياطي القانوني.
- نظام الرقابة الداخلية.
- إجراءات مكافحة غسيل الأموال(Money Laundry).
- التأمين على الودائع(Deposit Insurance).
- إدارة المخاطر(Risk Management).
- تعليمات البنك المركزي فيما يخص أسعار الفائدة, وأسعار الصرف, وغيرها , إضافة إلى مراقبته و إشرافه الدقيق على المصارف .

[1] - المعهد المصرفي المصري: مفاهيم مالية, نظام حوكمة البنوك, العدد السادس بدون تاريخ النشر, منشور على موقع المعهد, www.ebi.gov.eg, ص.2.

- معايير (لجنة بازل) للرقابة المصرفية (المجموعات الثلاثة) وكذلك تقاريرها حول تعزيز حوكمة المصارف التي صدرت المجموعة الأولى منها في عام 1999 والثّانية في عام 2005 والثالثة صدرت في شهر فبراير (شباط) من عام 2006 وهي نسخة محدثة وتتضمن عدة مبادئ لحوكمة المصارف .

إضافة إلى ذلك الأهمية القصوى للجهاز المصرفي في الاقتصاد فعلى سبيل المثال إنّ إفلاس أحد البنوك لا يتأثر به البنك نفسه بل القطاع المصرفي كله ، مع وجود ما يعرف بسوق ما بين المصارف(Inter Banking) ،و أحيانا الاقتصاد برمته يتأثر بذلك .

المطلب الثّاني- محددات الحوكمة في البنوك :

بحسب رأينا هناك أربعة مجموعات من المحددات هي:

1. المحددات الدّاخليّة: اي من داخل البنك نفسه مثل: طريقة اتخاذ القرار ،توزيع السلطات بين الجمعية العمومية ومجلس الإدارة و الإدارة التّنفيذيّة ، والوضوح والشفافية في كافة مسارات العمل في البنك .
2. المحددات الخارجيّة : يقصد بها كفاءة كلا من : القطاع المالي ، وبيئة الاستثمار ، والنظام المصرفي ، والنظام الضريبي وعدالته ، أسواق المال، والأجهزة الرقابية والإشرافية ، النظام القضائي ، إضافة إلى عناصر تخص أصحاب المصالح في البنك من محاسبين، ومحامين ، ووسطاء، مخمنين عقاريين وغيرهم.
3. سياسات و تعليمات البنك المركزي : فالبنك المركزي يستطيع أن يلزم المصارف بتطبيق الحكومة والإشراف على تطبيقها واتباع إجراءات صارمة في الرقابة والضبط ويضمن سلامة مركزها المالي و دعم استقرارها المالي والإداريّ إضافة إلى ما يصدر عن البنك المركزي من تعليمات و قرارات ملزمة تخص مختلف النواحي الفنية و الإداريّة في الجهاز المصرفي..
4. معايير (لجنة بازل) وكذلك تقاريرها حول تعزيز الحوكمة.

من خلال ما تمكنا من الاطلاع عليه لبعض الأمثلة ، في القطاع المصرفي ، لتطبيق الحوكمة فقد أعطت نتائج إيجابية في تحسن كفاءة الإدارة والاستخدام الأمثل للموارد وتحقيق أهداف البنوك وبالتالي فالحوكمة ممكنة في المصارف لا بل ضرورية .

المبحث الثّالث

حوكمة البنوك الإسلاميّة

المطلب الأوّل - الحوكمة من منظور إسلاميّ

كنا ذكرنا آنفا أن عناصر الحوكمة هي أربعة : العدالة , المسؤولية , المساءلة , الشفافية ..و سنقوم فيما يلي باستعراض ما تضمنته الشريعة الإسلاميّة حول هذه العناصر ([1]):

- العدالة من أهم الأسس التي نادت بها الشريعة الإسلاميّة و تكررت الإشارات إلى العدالة في كثير من آيات القرآن الكريم: قال تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَى بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَى أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلْوُوا أَوْ تُعْرِضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا (135) (سورة النساء) , وقوله تعالى: "وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ وَأَوْفُوا الْكَيْلَ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ لَا نُكَلِّفُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَى وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ (152) "(سورة الأنعام) , و قوله تعالى " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآَنُ قَوْمٍ عَلَى أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ (8)" (سورة المائدة) .
- المسؤولية أي مسؤولية جميع البشر أمام الله سبحانه وتعالى " وَكُلَّ إِنْسَانٍ أَلْزَمْنَاهُ طَائِرَهُ فِي عُنُقِهِ وَنُخْرِجُ لَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ كِتَابًا يَلْقَاهُ مَنْشُورًا (13) " (سورة الاسراء) وقوله عز وجل " يَوْمَ يَبْعَثُهُمُ اللَّهُ جَمِيعاً فَيُنَبِّئُهُمْ بِمَا عَمِلُوا أَحْصَاهُ اللَّهُ وَنَسُوهُ وَاللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ (6) " (سورة المجادلة) . وجاء في الحديث الشريف " أَلَا كُلُّكُمْ رَاعٍ ، وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ ، فَالْأَمِيرُ الَّذِي عَلَى النَّاسِ رَاعٍ ، وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ ، وَالرَّجُلُ رَاعٍ عَلَى أَهْلِ بَيْتِهِ ، وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْهُمْ ، وَالْمَرْأَةُ رَاعِيَةٌ عَلَى بَيْتِ بَعْلِهَا وَوَلَدِهِ ، وَهِيَ مَسْئُولَةٌ عَنْهُمْ ، وَالْعَبْدُ رَاعٍ عَلَى مَالِ سَيِّدِهِ ، وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْهُ ، أَلَا فَكُلُّكُمْ رَاعٍ ، وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ ". أخرجه البخاري ومسلم .. و هذا يوضح أن العقيدة الإسلاميّة توضح مسؤولية الناس أمام الله وأمام الآخرين و من ضمنها مسؤولية الموظف تجاه عمله ,و مسؤولية الإدارة تجاه موظفيها , و ينبغي أن تكون المسؤولية معادلة تماما للسلطة الممنوحة للموظف, أو المدير, أو مجلس الإدارة (توازن السلطة مع المسؤولية).
- المساءلة : يقصد بها محاسبة كل شخص حسب مسؤولياته, و يكون الجزاء تبعا لنوع المخالفة وتتراوح بين الثواب والعقاب أي إثابة المجد ومعاقبة المقصّر وفق ما ينص عليه النظام الداخلي للمنشأة.. في العقيدة الإسلاميّة وردت العديد من الاشارات و المعاني حول المساءلة

[1] - محسن أحمد خضيري, الإدارة في الإسلام, وقائع ندوة رقم 21, معهد البحوث والتدريب, البنك الإسلامي للتنمية, جدة, السعودية, ص:145.

.. ففي القرآن الكريم يقول الله سبحانه وتعالى " يَوْمَئِذٍ يَصْدُرُ النَّاسُ أَشْتَاتاً لِيُرَوْا أَعْمَالَهُمْ (6) فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْراً يَرَه (7) وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرّاً يَرَه (8) " (سورة الزلزلة) وقوله تعالى: " أَلاَّ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى (38) وَأَنْ لَيْسَ لِلإِنسَانِ إِلاَّ مَا سَعَى (39) وَأَنَّ سَعْيَهُ سَوْفَ يُرَى (40) ثُمَّ يُجْزَاهُ الْجَزَاءَ الأَوْفَى (41)" (سورة النجم), و " فَوَرَبِّكَ لَنَسْأَلَنَّهُمْ أَجْمَعِينَ (92) عَمَّا كَانُوا يَعْمَلُونَ (93) "(سورة الحجر) و " وَقِفُوهُمْ إِنَّهُمْ مَسْئُولُونَ (24) "(سورة الصافات) و " لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ وَاعْفُ عَنَّا وَاغْفِرْ لَنَا وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلَانَا فَانْصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ (286) " (سورة البقرة) و يقول الرّسول صلى الله عليه وسلم : (إن الله يحب إذا عمل أحدكم عملاً أن يتقنه) روته عائشة رضي الله عنها..

- الشفافية : يعبر عنها في الشريعة الإسلاميّة بالصدق و الأمانة والدقة والشمول للمعلومات و توفيرها لجميع الأطراف يقول الله عز وجل " وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ (8) "(سورة المؤمنون) و " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمَانَاتِكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ (27)" (سورة الأنفال), وقول الرسول الكريم (ص) (لا إيمان لمن لا أمانة له) رواه أحمد".

إذا نستطيع القول - بثقة - إنّ عناصر الحوكمة متوفرة في الشريعة الإسلاميّة.

المطلب الثّاني - متطلبات الحوكمة في البنوك الإسلاميّة :

يشهد سوق الصيرفة الإسلاميّة تطوراً واضحاً وتزداد حصته من السوق المصرفية في العالم, إذ تقدر أصول المصارف الإسلاميّة بحوالي 1600 مليار دولار في نهاية عام 2014 ويقدر عدد عملائه بحوالي 38 مليون عميل وبلغ معدل النمو الوسطي للمصارف الإسلاميّة حوالي 11% مقابل 6.8% للمصارف التقليدية. يبلغ عدد المصارف الإسلامية 100 مصرف حول العالم و يأتي في مقدمة هذه المصارف : بنك فيصل ، وبنك دبي الإسلاميّ ، بنك أبوظبي ، الإسلاميّ، و مصرف الراجحي ، والبنك الإسلاميّ الأردني وغيرها .

في ضوء هذا الحضور القوي والمتنامي للمصارف الإسلاميّة فإننا ندعو إلى ضرورة تطبيق الحوكمة على هذا النوع من المصارف .

نود الإشارة إلى أن ثمة مبادئ لا تستطيع المصارف الإسلاميّة التخلي عنها وهي :

1-مبدأ المشاركة في الربح و الخسارة أو الغنم بالغرم .

2-مبدأ المتاجرة على أساس الملكية لا على أساس الدين.

3-مبدأ التزام المصرف في تعاملاته بأحكام الشريعة الإسلاميّة.

وهذه المبادئ ليست مطلوبة في المصارف التقليدية .

واذا كانت المصارف التقليدية و الإسلاميّة تتماثل في وجود أربعة عناصر في كل منها وهي : حملة الاسهم ،مجلس الادارة ، الادارة التنفيذية ، أصحاب المصالح إلا أن المصارف الإسلاميّة تضم علاوة على ذلك عنصر خامس هو: هيئة الرقابة الشّرعيّة في كل مصرف.

وهدف هذه الهيئة هو مراقبة عمل المصرف الإسلاميّ؛ ليبقى متوافقا مع الشريعة الإسلاميّة ان ذلك يعني بالضرورة أن حوكمة المصارف الإسلاميّة تختلف عن حوكمة المصارف التقليدية .

يمكننا القول أن تطبيق الحوكمة في المصارف الإسلاميّة ممكن . ولكن هذه الحوكمة ستكون ذات مستويين :

المستوى الأوّل: الحوكمة المعروفة والمتعارف عليها التي تطبق في كافة أنواع الشركات ومن ضمنها المصارف .

المستوى الثّاني : حوكمة لترجمة، وتطبيق آراء هيئة الرقابة الشّرعيّة في المصرف.

وأن الحوكمة في المصارف الإسلاميّة ينبغي أن تراعي ما يلي:

1- المصارف الإسلاميّة ملزمة بمراعاة أكبر لأصحاب الودائع في المصارف القائمة على مبدأ المضاربة أي درجة عالية من المخاطرة(Risk)مقارنة بمصالح أصحاب الودائع في البنوك التقليدية التي تقل فيها المخاطرة نظرا لثبات الفوائد المصرفية.

2- وجود وجهين للحوكمة بسبب وجود مجلسين ، الأوّل : مجلس الإدارة الذي يشرف على الجوانب الإداريّة في المصرف، و الثّاني : هيئة الرقابة الشّرعيّة التي تعنى بمراقبة مدى توافق العمليات المصرفية مع الشريعة الإسلاميّة.

وهذا قد يخلق بعض الصعوبات في وجه تطبيق الحوكمة في المصرف الإسلاميّ.

معايير حوكمة المنشآت المالية الإسلاميّة الصادرة عن مجلس الخدمات المالية الإسلاميّة في ماليزيا عام 2006 : ([1])

1-ضرورة الالتزام ب:

- مبادئ حوكمة الشركات الصادرة عن منظمة التعاون الاقتصادي(OECD) .
- معايير (لجنة بازل) للرقابة المصرفية(Basel Committee on banking Supervision).
- تعليمات وتوجيهات السلطات الإشرافيّة (البنك المركزي) .
- أحكام الشريعة الإسلاميّة و مبادئها .

2-تزويد مجلس الادارة بالتقارير التي تبين مدى التزام المؤسسة المالية الإسلاميّة بالمعايير المحاسبية المتعارف عليها دوليا . و ضرورة أن تقوم المصارف الإسلاميّة بإنشاء لجنة للمراجعة والتدقيق .

3-يجب أن تتحمل المؤسسة المالية الاسلامية مسؤولية ائتمانية تجاه أصحاب الودائع مع الافصاح والشفافية عن المعلومات وذلك بانشاء لجنة الرقابة الإداريّة

4-تكليف لجنة الرقابة الإداريّة بمراقبة " احتياطي معدل الأرباح "، و " احتياطي المخاطر " ، والتوصية لمجلس ا الإدارة حول كيفية استخدامها

[1] - مجلس الخدمات المالية الإسلامية، المبادئ الإرشادية لضوابط إدارة المؤسسات التي تقتصر على تقديم خدمات مالية إسلامية، إصدار 2006، ص6-10

5-لابد وأن يبقى تنوع الآراء الشّرعيّة من الخصائص الدائمة لقطاع الخدمات المالية الإسلاميّة.
6-يجب أن يحصل المراجعون الداخليون، و المراقبون الشرعيون على التدريب اللازم لتحسين مهاراتهم من حيث مدى الالتزام بالشّريعة.
7-يجب اعتماد الشفافية في تطبيق أحكام الشّريعة الإسلاميّة ومبادئها، و يجب الالتزام بقرارات الهيئة الشّرعيّة المركزية أو الإفصاح عن سبب عدم الالتزام .
8-يجب على المنشآت المالية الإسلاميّة توفير المعلومات لأصحاب حسابات الاستثمار حول أسس توزيع الأرباح قبل فتح حساب الاستثمار و خاصة نسبة المشاركة في الأرباح و الخسائر .

دور الحوكمة في رفع كفاءة المصارف الإسلاميّة:

الكفاءة (Efficiency) - كما هو معلوم - تعني حسن استثمار الموارد المتاحة بهدف تحقيق أفضل النتائج ..و الحوكمة تتطلب وضع أسس للعلاقة بين: الإدارة، و مجلس الإدارة، و هيئة الرقابة الشّرعيّة ،و حملة الأسهم ،و أصحاب المصالح، بما يؤدي إلى تجنب تعارض المصالح، ووضوح حقوق وواجبات كل طرف، وأن ذلك يرفع من إمكانيّة استغلال الوسائل المتاحة بشكل أمثل، و من ثم رفع مستوى الكفاءة الاقتصادية والتشغيلية للمصرف .

من ناحية ثانية ينبغي الإشارة إلى أن وجود هيئة الرقابة الشّرعيّة يؤدي إلى عدم إمكانيّة الاستثمار في نشاطات محرمة شرعا مما يخفض هامش الربح، و بالتالي تعويضات الإدارة بسبب إلغاء العمليات المصرفية التي لا تتوافق مع الشّريعة الإسلاميّة حتى ولو كانت مربحة جدا .

كما أن عدم اتسام هيئة الرقابة الشّرعيّة بالفعالية، والكفاءة، و الوضوح في إصدار الفتاوي يمكن أن تؤثر على كفاءة المصرف، و تنافسيته، وانخفاض حجم العمليات مما يؤدي إلى انخفاض الكفاءة التشغيلية للمصرف .

يمكننا القول أن الحوكمة ، بشمولها للجانبين : الإداريّ ،و الشرعي تؤثر بشكل مباشر في الكفاءة التشغيلية للمصرف؛ فالتطبيق الجيد لمبادئها يؤدي إلى رفع كفاءة المصرف الإسلاميّ و العكس صحيح .

التّوصيّات :

في ضوء ما تم عرضه فاننا نسوق التوصيات الآتية لتعزيز ونجاح تطبيق الحوكمة في البنوك الإسلاميّة:

1- إنشاء مجلس أعلى للفتوى في الدولة يتكون من: رجال دين، وعلماء خبراء من ذوي المعرفة بأحكام الشرع في المعاملات المصرفية والمالية الإسلاميّة لكي يسهم في إغناء القرارات الشرعية لهيئات الرقابة الشرعية في كل مصرف. علما أننا لا نتفق مع وجود مجلس أعلى، أو هيئة عليا ؛ لإصدار الفتاوي الشرعية بما يؤدي إلى أن تلغى هيئات الرقابة الشرعية في كل مصرف ؛ لأن ذلك يعني منع الاجتهاد و هو أحد مصادر التشريع في الإسلام. و نحن نفضل أن يكون المجلس الأعلى، أو الهيئة العليا له دور استشاري فقط مع استمرار وجود هيئات الرقابة في كل مصرف .

2- تفصيل العقود، و تحديد شروطها، و أحكامها بدقة من الناحيتين الشرعية، و الإداريّة بما يبتعد عن أي جهالة أو تدليس أو غرر .

3- الالتزام بمبادئ وظيفة الامتثال استحداث إدارة مستقلة لوظيفة الامتثال و تأمين ظروف مناسبة لعملها .

4- تطبيق معايير المحاسبة الدولية(International Accounting Standard) .

5- تطبيق أسس ومعايير أخلاقيات الأعمال Business Ethics في المصارف الإسلاميّة وهو أمر يسبق الحوكمة و يتزامن معها و يليها .

6- تطبيق مبدأ فصل الملكية عن الإدارة .

7- التدريب المستمر للإدارات التنفيذية في البنك على كل ما هو جديد، وكذلك لهيئة الرقابة الشرعية في البنك بغية جعلها مواكبة لما يحدث، وللاتجاهات المستقبلية للبنك .

8- الاختيار الأفضل للمدققين الخارجيين و يفضل أن يكونوا من بيوتات التدقيق المصنفة تصنيفا عاليا وتعمل وفق المعايير الدولية .

9- إن نجاح الحوكمة في المصارف الإسلاميّة يعتمد على تحقق وجهيها :

- الحوكمة لهيئة الرقابة الشرعية.
- الحوكمة الإداريّة ،ونحن نرى أنه لا تعارض، و لا تناقض بينهما، وأن تطبيقهما ممكن؛ لأنهما يهدفان لتحقيق مصلحة البنك، و مصالح حملة الأسهم ،وباقي أصحاب المصالح في البنك .

الخاتمة

الحوكمة كفلسفة إداريّة تعد ضرورة لكل أنواع المنظمات (المنشآت) و من ضمنها البنوك .. بل نحن نراها ضرورية أكثر للبنوك بسبب : أهمية البنوك في أي اقتصاد, لأن أي خلل إداريّ في البنك قد يؤدي إلى افلاس البنك ومخاطر ذلك على القطاع المصرفي و على الاقتصاد برمته , و علاقتها المباشرة مع ملايين العملاء و التنافس الشديد في سوق الخدمات المصرفية و ضرورات تطور الخدمة المصرفية .. وحتى تستطيع البنوك تلبية توقعات زبائنها و تطوير خدماتها و تحقيق مصالح مالكيها (في الغالب فأن البنوك, و البنوك الإسلاميّة من ضمنها , هي من نوع الشركات المساهمة العامة ومدرجة في السوق المالي ...) وهم كثر من حيث العدد ؛ لذلك مطلوب من الإدارة المصرفية أن تطور نفسها, وأساليب عملها بما في ذلك استحداث إدارة مستقلة للامتثال , وذلك بما يواكب التطور الحاصل وتحقيق مصالح كافة الأطراف ذات الصلة بالبنك ..و الحوكمة هي أحد المنظومات الإداريّة المفيدة في هذا المجال والتي أثبتت نجاحا في المنظمات التي طبقتها..فقد تحسنت الكفاءة الإداريّة والتشغيلية في البنوك التي طبقتها و ازداد رضى جميع الأطراف من أصحاب المصالح..أما في البنوك الإسلاميّة فاننا نرى أن تطبيق الحوكمة ممكن وضروري بالرغم من وجود هيئة الرقابة الشرعية في البنك؛ إذ لا نرى أي تعارض بينهما و الأمر يحتاج إلى أن تكون هيئة الرقابة الشرعية على درجة عالية من الخبرة والمعرفة بقضايا الشريعة, و نرى ضرورة تدريبها على المسائل الإداريّة, والعمليات الفنية, والاستثمارية في البنك حتى تطلع على أوضاع البنك, و اتجاهات العمل والاستثمار؛ لكي تعمل على إيجاد الغطاء الشرعي لما يزمع البنك القيام به.. و العقيدة الإسلاميّة تعطي مجالات كبيرة وواسعة من المرونة وباب الاجتهاد مفتوح , بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلاميّة السمحاء.

المراجع

1. المعهد المصرفي المصري : مفاهيم مالية , نظام حوكمة البنوك, العدد السادس بدون تاريخ النشر, منشور على موقع المعهد :(www.ebi.gov.eg) , ص2 .
2. شوقي بورقبة , الحوكمة في المصارف الإسلاميّة كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير, جامعة فرحات عباس , سطيف , الجزائر,2009 , بحث منشور على موقعه (chawki62000@yahoo.fr) ,ص5-6 .
3. مجلس الخدمات المالية الإسلاميّة ,المبادئ الإرشاديّة لضوابط إدارة المؤسسات التي تقتصر على تقديم خدمات مالية إسلامية, اصدار 2006 , ص6-10 .
4. محسن أحمد الخضيري , الإدارة في الإسلام, وقائع ندوة رقم 21 , معهد البحوث و التدريب , البنك الإسلاميّ للتنمية , جدة , السعودية , 1990,ص 145 .
5. مهدي علاوي , وظيفة مراقبة الامتثال تعريفها ,و أهميتها, و مخاطر عدم الامتثال و أسبابه ,مجلة الدراسات المالية والمصرفية,العدد 3 , أيلول (سبتمبر) 2013 , ص 6-7 .

المسؤولية المدنية لطبيب الأسنان في القانون الفرنسي

د. عبد الكريم صبري
عميد كلية القانون

د. رغيد عبد الحميد فتال
أستاذ القانون المدني المساعد

جامعة عجمان للعلوم والتكنولوجيا

مقدمة

1. مفهوم الأشخاص الذين هم في حكم الطبيب. -

أدخل القرار رقم 548-2000 الصادر في 15 يونيو 2000[1] بعض التعديلات على قانون الصحة العامة الفرنسي، والذي أصبح يتناول في القسم الرابع منه المهن التي تتعلق بالصحة. وباتت المهن التي هي في حكم الطب تنقسم إلى مهن طبية وأخرى شبه طبية. وبالتالي بات القسم الرابع المذكور ينقسم إلى عدة كتب livres: الأول والثاني يتعلقان بالمهن الطبية التي تنقسم إلى مهنة الأطباء والتي عالجتها المادة L. 4131-1 وما يليها من قانون الصحة العامة، مهنة أطباء الأسنان والتي عالجتها المادة L. 4141-1 وما يليها من قانون الصحة العامة، ومهنة القابلات والتي عالجتها المادة L. 4151-1 وما يليها من قانون الصحة العامة.

أما الكتاب الثالث فيتناول من يمارس المهن شبه الطبية، أي الذين يمارسون مهنتهم استناداً إلى إجازة جامعية تخولهم القيام بأعمال ذات طابع صحي وفقاً لتوجيهات الطبيب، وهم: الممرضون infirmiers والتي نظمت مهنتهم المادة L. 4311-1 وما يليها من قانون الصحة العامة، المعالجون الفيزيائيون ومعالجو الأقدام masseurs-kinésithérapeutes et pédicures podologues الذين نظمت أحكام مهنتهم المادة L. 4321-1 من قانون الصحة العامة، والمعالجون الطبيعيون والحركيون psychomotriciens ergothérapeutes والتي نظمت مهنتهم المادة L. 4331-1 وما يليها من قانون الصحة العامة، ومعالجو النطق ومقومو البصر orthophonistes et orthoptistes (المادة L. 4341-1 وما يليها من قانون الصحة العامة)، وتقنيو الأشعة الطبية manipulateurs d'électroradiologie médicale (المادة L. 4351-1 وما يليها من قانون الصحة العامة)، واختصاصيو السمع audioprothésistes واختصاصيو البصريات والنظارات opticiens-lunetiers (المادة L. 4361-1 وما يليها من قانون الصحة العامة)، واختصاصيو التغذية diététiciens (المادة L. 4371-1 وما يليها من قانون الصحة العامة)[2].

2. أثر القانون رقم 303-2002 على مسؤولية من هم في حكم الطبيب. -

بتاريخ 4 مارس 2002 صدر القانون رقم 303-2002 - المتعلق بحقوق المرضى ونوعية النظام الصحي، ثم تعدل بموجب القانون رقم 1577-2002 الصادر في 30 ديسمبر 2002. أدخل هذا القانون بعض التعديلات على عدد من النصوص التي تتناول المهن الصحية، حيث باتت المادة L. 1142-1 من قانون الصحة العامة تنص في فقرتها الأولى على أن مسؤولية من يمارسون المهن الصحية تقوم على فكرة الخطأ. إلا أنه حمايةً لمصلحة المضرور، أوجد المشرع الفرنسي نظاماً للتعويض عن الأضرار الناجمة عن الحوادث الطبية وذلك على أساس فكرة التضامن الوطني ضد هذه الحوادث، بشرط توفر شروط المادة L. 1142-1 (الفقرة الثانية) من قانون الصحة العامة، والتي تنص على ضرورة أن يكون مصدر الحادث الطبي أعمال الوقاية، أو التشخيص أو العلاج، وأن يؤدي إلى إصابة المضرور بمخاطر جسيمة غير طبيعية[3].

---

[1] نشر في الجريدة الرسمية في 22 يونيو 2000.

[2] J. et M. Kornprobst, Les auxiliaires médicaux : Éd. Masson 1966 ; J.-Cl. Pénal Annexes, V° Médecine, fasc. 60.

[3] « Lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme mentionné au I ou d'un producteur de produits n'est pas engagée, un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient, et, en cas de décès, de ses ayants droit au titre de la solidarité nationale, lorsqu'ils sont directement

ومن باب اختصار الوقت حمايةً لمصلحة المضرور، يشجع المشرع الفرنسي على حل النزاع بالصورة الودية لذلك - وبحسب المادة L. 1142-4 وما يليها من قانون الصحة العامة - فرض اتباع إجراءات معينة في حال توفرت شروط المادة L. 1142-1 (الفقرة الثانية) من القانون المذكور.

بالإضافة إلى ذلك، كرس القانون الصادر في 4 مارس 2002 رسمياً بموجب المادة L. 1111-2 من قانون الصحة العامة مبدأً مهماً وهو أن: "كل شخص له حق إعلامه بحالته الصحية"[4]. كما أضاف نصوصاً تتعلق بالمهن شبه الطبية.

3. الأساس القانوني لمسؤولية من هم في حكم الطبيب. -

قبل صدور حكم Mercier عن محكمة النقض الفرنسية في 20 مايو 1936، كان الفقه والقضاء الفرنسيان يعتبران أن الأساس القانوني لمسؤولية من هم في حكم الطبيب هو المسؤولية العقدية. ويستند الفقه المؤيد لهذا الاتجاه إلى الحجج التالية: ضرورة قيام الدليل على وقوع تقصير من الطبيب حتى مكن مساءلته؛ وكون المسائل المتعلقة بالضمير وبالعلوم الطبية تخرج عن دائرة العقد؛ وأن الضرر الذي ينشأ عن الجريمة يوجب المسؤولية التقصيرية؛ كما أن المسائل المتعلقة بالنظام العام توجب المسؤولية التقصيرية (إذ أن المساس بحياة الأشخاص وسلامة أبدانهم من النظام العام)[5].

أما بالنسبة للحجة الأولى، فنحن لا نتفق مع من يتمسك بها خاصة أن ضرورة إثبات وقوع تقصير لا يكون فقط في حالات المسؤولية التقصيرية، بل وأيضاً في حالات المسؤولية العقدية التي يكون فيها التزام طبيب الأسنان ببذل عناية. أضف إلى ذلك أن تأسيس مسؤولية طبيب الأسنان على المسؤولية العقدية يؤمن حماية أكبر للمريض من حيث أن مدة التقادم المسقط أطول.

ولكن بصدور حكم Mercier، أصبح الأساس القانوني لمسؤولية من هم في حكم الطبيب هو المسؤولية العقدية[6]، إذ أنه لولا العقد لما تعرف طبيب الأسنان مثلاً على المضرور، كما أن الضرر قد نشأ عن الإخلال بالتزام ناشئ عن العقد المبرم بينهما. وكما نعلم فإن أركان المسؤولية العقدية هي الخطأ، والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر. وبالفعل تنص المادة L. 1142-1 من قانون الصحة العامة في فقرتها الأولى على أنه: "في غير الحالات التي تترتب فيها مسؤوليتهم عن الأضرار الناجمة عن المنتج المعيب، لا تترتب مسؤولية من يمارس مهنة من المهن الصحية Professionnels de santé الواردة في الكتاب الرابع من هذا القانون، ولا أي مؤسسة أو هيئة تمارس فيها أعمال فردية تتعلق بردع أو تشخيص أو علاج، عن النتائج الضارة لهذه الأعمال إلا في حال الخطأ. إلا أنه تسأل المؤسسة أو الهيئة عن الأضرار الناجمة عن

---

imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins et qu'ils ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présentent un caractère de gravité, … ».

[4] L'article L. 1111-2 du Code de la santé publique dispose ainsi que "toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé". J.-Cl. Responsabilité civile et Assurances fasc. 440-20 ou Civil Code, Art. 1382 à 1386, fasc. 440-20 n° 6 à 33 et réf. - Droit médical et hospitalier, Fasc. 18-1, n° 3 et s. par M. Harichaux et réf.

[5] المستشار منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري، دار الفكر الجامعي، ط1، 2008، ص 58 وما يليها.

[6] Cass. 20 mai 1936, D. 1936 p. 88.

العدوى التي اكتسبت فيها، إلا إذا أثبتوا وجود السبب الأجنبي"[7]. وبالتالي في حال عدم ارتكاب خطأ، لا يمكن مساءلة من يمارسون المهن الصحية[8].

ولكن قد تترتب المسؤولية في حالات محددة دون ارتكاب خطأ وذلك إما بسبب استعمال آلة أو منتج أو بسبب أداء العمل ضمن فريق طبي. وتكون المسؤولية في هذه الحالة تقصيرية في رأينا.

وقد يسأل من هم في حكم الطبيب على أساس المسؤولية التقصيرية إذا لم تربطهم بالمضرور علاقة عقدية كمن يتضرر من فعل ممرضة تعمل في المشفى الذي تعاقد معه.

لذلك إذا أصاب المريض المتعاقد مع المهني ضرر ما، يحق له المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية. أما من أصابه ضرر مرتد dommage par ricochet فيعتبر من الغير وبالتالي له الحق في المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية[9]. والخطأ في المسؤولية التقصيرية يقدر كما يقدر الخطأ في المسؤولية العقدية في حال كان الالتزام ببذل عناية.

4. المسؤولية عن الفعل الشخصي وعن فعل الغير. -

يسأل من يمارس مهنة من المهن الصحية عن أخطائه الشخصية، ولكن قد يسأل طبيب الأسنان مثلاً عن أفعال ارتكبها أحد أعضاء الفريق الطبي الذي يترأسه في عيادته الخاصة، خاصةً أن المريض تعاقد معه دون باقي أعضاء الفريق الطبي. وبرأينا تكون المسؤولية هنا عقدية لوجود عقد بينهما، كما أن طبيب الأسنان أخطأ في اختيار أعضاء الفريق الطبي؛ ولا مانع أيضاً من مساءلة طبيب الأسنان على أساس مسؤولية المتبوع عن فعل التابع لتوفر شروطها.

أما بالنسبة لطبيب الأسنان الذي يعمل خارج عيادته الخاصة، فيمكن مساءلته عن أخطاء الممرضين والذين يساعدونه أثناء الكشف على المريض وعلاجه، ولو كانوا تابعين للمؤسسة الطبية التي يعملون بها[10]. ويعود السبب في ذلك إلى أن هؤلاء يعملون - في هذه الحالة - تحت سلطة طبيب الأسنان المباشرة وليس تحت سلطة المؤسسة التي أبرمت معهم عقود عمل، وبالتالي يكون طبيب الأسنان متبوعاً بالنسبة للممرضين. وتكون المسؤولية هنا في رأينا تقصيرية فقط لعدم وجود عقد بين المريض وطبيب الأسنان إذ أن العقد قد أبرم بين المريض والمؤسسة الطبية.

وتجدر الإشارة أيضاً إلى أنه يمكن مساءلة كل عضو من أعضاء الفريق الطبي على أساس المسؤولية عن فعله الشخصي (مسؤولية تقصيرية) إذا لم يتعاقد معه المريض وذلك إذا ما أخطأ[11].

---

[7] l'article L. 1142-1, I du Code de la santé publique dispose que « hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute. Les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère ».

Cass. 1re civ., 28 janv. 2010, n° 09-10.992, Resp. civ. et assur. 2010, comm. 85, obs. Radé C., Gaz. Pal. 2010, n° 76, p. 10, note Quezel-Ambrunaz C.

[8] C. Radé, La réforme de la responsabilité médicale après la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé : Resp. civ. et assur. 2002, chron. 7.

[9] Cass. 1re civ., 1er avr. 1968, n° 66-12.907, RTD civ. 1968, p. 714, obs. Durry G. ; pour un établissement de santé privé, voir Cass. 1re civ., 18 juill. 2000, n° 99-12.135, Resp. civ. et assur. 2000, comm. n° 372, JCP G 2000, II, n° 10415, rapp. Sargos P., RTD civ. 2001, p. 146, obs. Jourdain P., JCP G 2001, I, n° 338, obs. Viney G.

[10] "en vertu de l'indépendance professionnelle dont le médecin bénéficie dans l'exercice de son art, il répond des fautes commises au préjudice des patients par les personnes qui l'assistent lors d'un acte médical d'investigation ou de soins, alors même que ces personnes seraient les préposées de l'établissement de santé où il exerce" (Civ. 1ère, 13 mars 2001, Bull. n° 72).

[11] Civ. 1ère, 27 mai 1998, Bull. n° 187.

5. نطاق البحث وأهميته. -

تنحصر دراستنا في مسؤولية طبيب الأسنان دون غيره من المهنيين الذين هم في حكم الطبيب. كما يخرج عن نطاق هذه الدراسة الضرر وعلاقة السببية وهما من شروط المسؤولية حيث نحيل القارئ فيما يخص ذلك إلى القواعد العامة. وتكمن أهميتها في أن التزامات طبيب الأسنان عديدة ومختلفة؛ كما أن أساس مسؤوليته يختلف من حالة إلى أخرى. أضف إلى ذلك أن أحكام القضاء الفرنسي قد تطورت عبر الزمن في اتجاه توفير حماية أكبر للمريض. لذلك من المفيد أن نعرض أهمها ضمن إطار منهج وصفي وتحليلي.

6. خطة البحث. -

على الرغم من أن الخطأ هو مبدئياً الأساس القانوني لمسؤولية طبيب الأسنان حسبما جاء في المادة 1-1142 .L (الفقرة الأولى) من قانون الصحة العامة، إلا أن الاجتهاد الفرنسي قد فسر هذا النص وحدد الأساس القانوني لتلك المسؤولية على حسب التزامات طبيب الأسنان التي تنقسم إلى التزامات ببذل عناية وأخرى بتحقيق نتيجة. وإذا انتهك طبيب الأسنان أي من الالتزامات الملقاة على عاتقه يعتبر مسؤولاً ضمن أحكام محددة. وقد عالجنا هذا البحث وفقاً للخطة الآتية:

المبحث الأول: التزامات ببذل عناية ملقاة على عاتق طبيب الأسنان

المطلب الأول: أنواع الالتزامات ببذل عناية الملقاة على عاتق طبيب الأسنان

المطلب الثاني: الأساس القانوني للمسؤولية الناجمة عن مخالفة التزامات ببذل عناية مع تطبيقات عملية

المبحث الثاني: التزامات بنتيجة ملقاة على عاتق طبيب الأسنان

المطلب الأول: التزام طبيب الأسنان باستخدام أجهزة وأدوات طبية دون إلحاق ضرر بالمريض

المطلب الثاني: التزام طبيب الأسنان بإيجاد التركيبات الاصطناعية الملائمة للمريض

المطلب الثالث: التزام بالإعلام

المبحث الثالث: أحكام مسؤولية طبيب الأسنان

المطلب الأول: آثار ترتب مسؤولية طبيب الأسنان

المطلب الثاني: إعفاء طبيب الأسنان من المسؤولية

المبحث الأول: التزامات ببذل عناية ملقاة على عاتق طبيب الأسنان

7. "لكل التزام غاية وعملاً يؤدي إلى تحقيق تلك الغاية. فإذا كانت الغاية هي ذاتها العمل المطلوب من المدين كان الالتزام بنتيجة"[12]. أما إذا لم تكن الغاية هي ذاتها العمل المطلوب من طبيب الأسنان القيام به. فيكون الالتزام التزاماً ببذل عناية. ولا شك أن هناك عدة التزامات ببذل عناية تقع على عاتق طبيب الأسنان في الظروف العادية. ولكن في الظروف الاستثنائية يعفى طبيب الأسنان من بعض هذه الالتزامات. وتتمثل الظروف الاستثنائية في:

- ظرف السرعة والاستعجال التي تتطلب اتخاذ إجراءات طبية سريعة تبرر نقص العناية. ولكن تفرض بالمقابل متابعة حالة المريض متابعة دقيقة.

- الظروف الشاذة: وهي أن يعمل الطبيب في مكان غير مجهز. ففي مثل هذه الحالات يحق لطبيب الأسنان أن يخرج عن الأصول العلمية الثابتة.

- الحالات التي يحار فيها الطبيب اليقظ والتي تبرر لطبيب الأسنان الخروج عن الأصول العلمية الثابتة. ويدخل في هذه الحالات الميؤوس من شفائها[13]. إلا أننا نختلف مع الرأي الفقهي الذي يعتبر أن حالات كهذه تبرر الخروج عن الأصول العلمية المتاحة. إذ على الطبيب ألا يقترح علاجاً يتناقض مع هذه الأصول. فلا يمكنه أن يقترح علاجاً قد يلحق ضرراً بالمريض وفقاً للمجرى الطبيعي للأمور. إلا أنه في هذه الحالات على طبيب الأسنان الاستعانة برأي الاختصاصيين في الحالات التي تتطلب ذلك. أو دعوة زميل أو أكثر لمعاونته إذا لزم الأمر.

سنعالج أنواع الالتزامات ببذل عناية الملقاة على عاتق طبيب الأسنان في المطلب الأول. على أن نعالج الأساس القانوني للمسؤولية الناجمة عن مخالفة التزامات ببذل عناية مع تطبيقات عملية في المطلب الثاني.

المطلب الأول: أنواع الالتزامات ببذل عناية الملقاة على عاتق طبيب الأسنان

8. تنحصر الالتزامات ببذل عناية الملقاة على عاتق طبيب الأسنان في التزامين: التزامه بتقديم عناية تتفق مع الضمير الإنساني والمهني. والتزامه بتقديم عناية تتفق والأصول العلمية الثابتة والمتوفرة.

[12] د. سمير عبد السيد تناغو. مصادر الالتزام. منشأة المعارف - الاسكندرية. سنة 2005. ص 112.
[13] المستشار منير رياض حنا. المرجع السابق. ص 174.

الفرع الأول: التزام طبيب الأسنان بتقديم عناية تتفق مع الضمير الإنساني والمهني

9. يلتزم طبيب الأسنان بتقديم عناية تتفق مع الضمير الإنساني والمهني. وهذا يتم عبر ثلاث صور:

الغصن الأول: فحص المريض بدقة

10. على طبيب الأسنان فحص المريض دون تسرع ولا إهمال أي بتأن شديد[14]، مستفيداً من خبرته وتجاربه السابقة. وعليه أيضاً فحص مريضه بالكيفية التي تمكنه من تشخيص المرض تشخيصاً سليماً. لذلك يقع على عاتقه -قبل وصف العلاج- إجراء الفحوصات وصور الأشعة اللازمة التي تساعده على تشخيص المرض. فلقد اعتبر القضاء الفرنسي أن عدم إجراء الطبيب لصورة أشعة للضرس في حين كان يجب عليه فعلها في حالات مماثلة هو من قبيل الخطأ المرتب لمسؤوليته[15]. وفي السياق عينه، أصدرت محكمة استئناف Lyon حكماً قضى برد دعوى المريض المصاب بحساسية لأنه لم يتمكن من إثبات أن المعطيات العلمية المتوفرة كانت تحتم على طبيب الأسنان إجراء فحوصات طبية قبل البدء بالعلاج لمعرفة ما إذا كان المريض يتحسس بوجود "جسر اصطناعي" في فمه أم لا، إذ لا يكون خطأ هذا الأخير ثابتاً في هذه الحالة[16].

كما يقع على عاتق طبيب الأسنان التزام بفحص الأجهزة والمعدات الطبية قبل بدء العلاج والتأكد من سلامتها.

الغصن الثاني: اتباع الدقة في وصف العلاج وتطبيقه

11. فبعد فحص المريض بدقة وتشخيص المرض، على طبيب الأسنان أن يصف له العلاج المناسب من أدوية أو مراهم أو معجون... ويكتبه له بموجب وصفة طبية شارحاً طريقة استعماله وموضحاً نسبة الدواء. وبناء عليه، على طبيب الأسنان التأكد، بداية، من عدم تعارض الأدوية التي يتناولها المريض مع الأدوية التي يصفها له.

كما يجب على الطبيب أن يحدد النظام الذي على المريض اتباعه، من حيث الطعام والشراب، فضلاً عن الاحتياطات التي يجب اتباعها. فعلى طبيب الأسنان مثلاً أن يحذر مريضه من تناول المشروبات الساخنة طالما أن أثر المخدر لم ينته.

أما فيما يخص تطبيق العلاج، فيقصد به مراعاة الدقة في مباشرة علاج المريض. ومن أمثلة عدم مراعاة ذلك عدم تطهير حقنة المخدر قبل إعطائها للمريض، أو تطهير كوب الماء الذي يشرب منه المريض للمضمضة أثناء تلقي جزء من العلاج. وهذه الأمور تتعلق بالأمانة الطبية.

---

[14] د. محمد فائق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه، 1952، ص 394، 395.
د. محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، 1986، دائرة المعارف، ص 128.

[15] CA Paris, 27 mars 1998 : Juris-Data n° 1998-020886.

[16] CA Lyon, 30 mars 2000 : Juris-Data n° 2000-134586.

12. قد تتطلب حالة المريض متابعة من قبل طبيب الأسنان. فعلى طبيب الأسنان ألا يترك المريض قبل تمام العلاج، طالما أن المريض بحاجة إلى جهوده، وعليه فحصه على فترات دورية متقاربة أو متباعدة على حسب الحالة لتدارك أي خطأ في العلاج أو الجراحة. ولا بد هنا من أن نميز بين حالة عدم متابعة طبيب الأسنان للمريض من جهة وحالة رفض الطبيب، بدايةً، استقبال المريض والعناية به من جهة ثانية. أما بالنسبة للحالة الثانية، فمن حق طبيب الأسنان الامتناع عن استقبال المريض باستثناء حالة الامتناع غير المشروع الذي يقدره القاضي وفقاً للظروف، كما لو حضر مريض في حالة خطرة وعاجلة فلا يحق له رفض العناية به.

أما المقصود بهذا الالتزام فهو أن طبيب الأسنان الذي قبل علاج مريض وبدأ بذلك فعلاً، عليه ألا يهجره قبل تمام العلاج. وإذا رفض المريض زيارة الطبيب على الرغم من دعوته يكون مخطئاً[17] وهذا ما سوف نوضحه عند الحديث عن فعل المضرور كسبب من أسباب إعفاء طبيب الأسنان من المسؤولية.

ومن أوجه متابعة علاج المريض كلما لزم الأمر، التزام طبيب الأسنان بضمان رقابة كافية للمريض الذي يتولى علاجه، طالما أن حالة المريض العقلية او الجسمية تتطلب ذلك حتى لا يؤذي نفسه. وقد أكد القضاء الفرنسي على ذلك معتبراً أنه على طبيب الأسنان أن يمارس رقابة خاصة على مريضه إذا كان وضعه يتطلب ذلك[18]. وبالتالي يسأل الطبيب إذا ألحق المريض ضرراً بنفسه نتيجة عدم ممارسة الرقابة المطلوبة[19].

ويستوي أن يكون المريض قد اختار طبيب الأسنان وتعاقد معه، أو أنه تعاقد مع المشفى أو العيادة التي يعمل لصالحها عدة أطباء من بينهم طبيب الأسنان[20]. ويتطلب تنفيذ هذا الالتزام ممارسة الضغط على المريض أحياناً كمن يفقد مؤقتاً السيطرة على نفسه بسبب التخدير الموضعي مثلاً.

أما الوجه الثاني لمتابعة علاج المريض كلما لزم الأمر، فهو عدم جواز ترك الطبيب للمريض في رعاية شخص آخر إلا إذا كان واثقاً من كفاءته وبعد تسليمه كل المعطيات والملف الطبي الخاص بالمريض حتى يكون على علم ودراية بحالته الصحية.

الفرع الثاني: التزام طبيب الأسنان بتقديم عناية تتفق مع الأصول العلمية الثابتة والمتوفرة

13. الطب علم، وبالتالي تجب ممارسته وفقاً للأصول العلمية الثابتة. فالطب كسائر العلوم الأخرى يشمل أصول علمية ثابتة ومسلمة. فهي تكون معروفة من قبل أهل العلم، ولا يمكن التسامح مع الطبيب الذي لا يعرفها أو يتجاهلها[21].

تقتضي هذه المرحلة أن يقوم طبيب الأسنان بالعديد من الأعمال الذهنية التي تساعده على تقديم العناية المرجوة منه، وذلك على ضوء الأصول العلمية الثابتة. لذلك يطلب من طبيب الأسنان:

---

[17] د. محسن البيه، المرجع السابق، ص 205 و 206.
[18] راجع الأحكام المذكورة في: د. محسن البيه، المرجع السابق، ص 209.
[19] د. محسن البيه، المرجع السابق، ص 207.
[20] المستشار منير رياض حنا، المرجع السابق، ص 137.
[21] المستشار منير رياض حنا، مرجع سابق، ص 140.

الغصن الأول: المثابرة على التزود بالمعلومات ومتابعة كل جديد في مجال العلوم الطبية

14. لتقديم العناية المرجوة، على طبيب الأسنان أن يتابع التطورات العلمية في مجال الطب. إذ أن الطب كسائر العلوم في تطور مستمر، فعلى الطبيب ألا يقف مكتوف الأيدي تجاه هذه التطورات التي تفيد مريضه لا محالة وتقدم له عناية أفضل. وعليه يجب على طبيب الأسنان "ألا يعتمد في عمله على ما جرى عليه العمل بين الأطباء، وفقاً لعادة شائعة، أو فكرة فنية معينة، بل يجب أن يكون ملماً بأحدث المعلومات العلمية الصحيحة، والتطورات الحديثة في العلاج، حتى يبتعد عن نطاق المسؤولية"[22]. فإذا وصف طبيب الأسنان علاجاً أو قام بعمل وفقاً للأصول العلمية القديمة والتي تغيرت مع مرور الزمن يعتبر مخلاً بالتزامه وبالتالي مسؤولاً عن نتيجة ذلك.

الغصن الثاني: اختيار أسلوب العلاج المناسب لحالة المريض وفقاً للأصول العلمية الثابتة والمتاحة

15. على طبيب الأسنان أن يختار طريقة مناسبة لعلاج المريض. وبالتالي عليه أن يختار الأسلوب الأفضل لطبيعة المرض ولوضع المريض حسب المعطيات العلمية الثابتة الحالية. فعلى الطبيب ألا يوصي بالعلاج الأوفر مادياً بل عليه أن يستخدم أسلوباً مبتكراً وفقاً للمعطيات العلمية المتوفرة.

ولا يشترط في طبيب الأسنان أن يتبع رأي الأغلبية، بل يمكنه أن يجتهد رأيه طالما أن علاجه مبني على أسس علمية صحيحة. وبالتالي تترك للطبيب الحرية للتصرف طالما أن تصرفه ينسجم مع الأصول العلمية الحالية والثابتة[23]، ولا يمكن مساءلته في هذه الحالة حتى لو ألحق ضرراً بالغير طالما أنه قد قام بتقديم عناية تتفق مع الضمير الإنساني والمهني ووفقاً للأصول العلمية الثابتة والحالية، وهي التي قد جاوزت حد التجربة العلمية. وقد أكد القضاء الفرنسي ذلك[24].

كما يعفى طبيب الأسنان من اتباع أي أسلوب حديث في العلاج طالما أن الرأي لم يستقر على نجاحه إلى درجة مقنعة[25].

المطلب الثاني: الأساس القانوني للمسؤولية الناجمة عن مخالفة التزامات ببذل عناية مع تطبيقات عملية

16. الخطأ واجب الإثبات. -

على غرار مسؤولية الطبيب، فإن الأساس القانوني لمسؤولية طبيب الأسنان هو الخطأ. هذا ما أكده حكم Mercier عام 1936، والذي أكد أيضاً على أن التزام طبيب الأسنان بشأن تقديم عناية تتفق

---

[22] المستشار منير رياض حنا، مرجع سابق، ص 141.

[23] د. الجوهري، مرجع سابق، ص 401.

[24] CA Aix-en-Provence, 14 février 1950, D. 1950, p. 322.

[25] د. الجوهري، مرجع سابق، ص 398.

والضمير الإنساني والمهني والأصول العلمية الثابتة والمتوفرة هو التزام ببذل عناية، فهو يلتزم بأن يبذل للمريض جهوداً صادقة، يقظة، ومتفقة مع الأصول العلمية[26].

وقد أكد الاجتهاد الفرنسي في أحكام عدة على أن من التزامات طبيب الأسنان تقديم العناية "الحذرة والمجتهدة" "attentifs, diligents" وفقاً للمعطيات العلمية الحالية[27]. وهذه الصيغة الجديدة تتضمن مفهوماً متحركاً للعلم[28]، وبالتالي تتخذ العناية مفهوماً متحركاً لتواكب التطور العلمي. فالمهني الذي لا يقوم بهذا الالتزام يكون قد أخطأ[29]. والمعيار المتبع هنا هو المعيار الموضوعي وبالتالي لا أثر لعمر من يمارس المهن الصحية أو حالته الجسدية[30]، ولا تعتبر قلة خبرته سبباً لإعفائه من المسؤولية[31]؛ كما أن حالة المريض المادية لا تبرر عدم تقديم المهني الرعاية الدقيقة له والمتناسبة مع المعطيات العلمية المتوفرة[32] المستمدة من المراجع العلمية والدوريات والبحوث[33] فضلاً عن أعمال المؤتمرات[34]. وقد فرض القضاء الفرنسي على المريض التعامل مع المهني وتقديم المعلومات الضرورية له حتى يختار له العلاج المناسب[35]. وهذا أمر طبيعي يستند إلى مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود.

فإذا لم يثبت المضرور خطأ الطبيب لا يكون هذا الأخير مسؤولاً[36].

17. أمثلة عن أخطاء أطباء الأسنان. -

يتنوع الخطأ الطبي نتيجة عدم تقديم الرعاية ويأخذ أشكالاً عديدة. ويعتبر خطأً مرتباً للمسؤولية ما يلي:

- اختيار علاج غير مناسب لا ينسجم مع المعطيات العلمية الحالية[37].
- اتباع طريقة خاطئة في زرع الأضراس[38].

---

[26] J.-Cl. Responsabilité civile et Assurances, fasc. 440-20 ou Civil Code, Art. 1382 à 1386, fasc. 440-20, n° 1. - Droit médical et hospitalier, fasc. 18, n° 4.

المراجع المذكورة في د. منير رضا حنا، مرجع سابق، ص 127.

[27] CA Paris, 9 juill. 1993 : Juris-Data n° 1993-022667. - CA Paris, 13 sept. 1996 : Juris-Data n° 1996-022467. - CA Besançon, 26 mai 1998 : Juris-Data n° 1998-042203. - CA Reims, 2 mai 2001 : Juris-Data n° 2001-177817. - CA Rennes, 14 mars 2001 : Juris-Data n° 2001-144732.

Cass. 1re civ., 19 déc. 2000 : Juris-Data n° 2000-007494. - CA Pau, 9 nov. 2000 : Juris-Data n° 2000-133462, à propos de l'utilisation d'une méthode jugée "expérimentale". - CA Besançon, 22 déc. 2000 : Juris-Data n° 2000-133554.

CA Nancy, 23 sept. 1998 : Juris-Data n° 1998-045278. - CA Paris, 22 janv. 1999 : Juris-Data n° 1999-020234).

[28] د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، دائرة المعارف، ط1، 1993، بند 120 و 121.

[29] Penneau J., Faute et erreur en matière de responsabilité médicale, LGDJ, 1973, p. 19.

[30] Cass. 1re civ., 20 juill. 1994, n° 92-19.947, Dr. & patr. 1995, n° 30, p. 76, obs. Chabas F.

[31] CA Paris, 1re ch., sect. B, 1er déc. 1995, Cie La Zurich c/ Madame Dufour et a., JCP G 1997, II, n° 22760, note Vray H. ; Cass. 1re civ., 21 mars 1995, n° 93-12.768.

[32] Cass. 1re civ., 19 déc. 2000, n° 99-12.403, D. 2001, p. 3082, obs. Penneau J., RDSS 2001, p. 278, note Dubouis L.

[33] Cass. 1re civ., 13 mai 1997, n°95-15.303 : « avis unanime exprimé par les auteurs de manuels, traités ou articles » ; Cass. 1re civ., 30 sept. 1997, n° 95-17.286 : « ouvrages médicaux versés aux débats » ; Cass. 1re civ., 4 janv. 2005, n° 03-14.206 : « publications ») ;

[34] Cass. 1re civ., 12 nov. 1985, n° 83-17.061, Bull. civ. I, n° 299.

Cass. soc., 3 nov. 2010, n° 08-43.708 : « les manquements qui lui étaient reprochés procédaient non d'une manifestation de négligence de sa part mais d'une méconnaissance des pratiques les plus récentes préconisées par une conférence de consensus dans un secteur particulièrement spécialisé ».

[35] CA Paris, 23 juin 1995, Méd. & Droit, 1996, n° 16, obs. Véron M.

[36] CA Rennes, 14 mars 2001 : Juris-Data n° 2001-144732 .

[37] CA Montpellier, 20 janv. 1999 : Juris-Data n° 1999-034045 ; CA Paris, 22 janv. 1999 : Juris-Data n° 1999-020234 ; Cass. 1re civ., 24 janv. 1990 : Bull. civ. I, n° 25 ; Gaz. Pal. 1990, 1, pan. jurispr. p. 92.

[38] CA Paris, 26 avr. 2001 : Juris-Data n° 2001-150046.

- عدم كفاءة الطبيب لإجراء جراحة وفقاً للمعطيات العلمية الحالية[39].

- غلق الضرس بصورة غير صحيحة[40].

- استعمال كمية زائدة من المعجون لسد السن ما أدى إلى تسرب كمية قليلة منه إلى القناة فأدى إلى الضغط على العصب[41].

18. من الخطأ واجب الإثبات إلى الخطأ المفترض. -

وفي 17 يناير 2008 أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكماً غير مسار القضاء الفرنسي معتبرةً أن وجود الضرر يكفي لقيام قرينة خطأ ارتكبه طبيب الأسنان[42]، وهي قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس. نرى أن هذا التوجه لصالح المضرور إذ أنه يعفيه من عبء إثبات الخطأ. وهذا ما نؤيده إذ أن التقدم السريع ولا سيما في المجتمعات الغربية على الصعيد العلمي والاقتصادي، وما تبعه من استخدام الآلات والأجهزة الحديثة والمتطورة، كان له آثاره الواضحة على الإحساس بضرورة تيسير حصول المضرور على حقه في التعويض. والأمر لا يقتصر على فئة العمال فقط، بل تعداها إلى جميع فئات المصابين.

وفي 24 أبريل 2013 أصدرت محكمة النقض حكماً اعتبرت فيه أن الأساس القانوني للمسؤولية هو الخطأ واجب الإثبات، وبالتالي تكون قد عادت إلى الحل السابق[43].

ويعفى الطبيب من المسؤولية في حال وقوع ضرر دون خطأ منه، ومن أمثلة وقوع أضرار دون ارتكاب خطأ من قبل طبيب الأسنان، حصول مضاعفات بالعصب داخل فم المريض نتيجة المخدر، علماً أن هذه الأضرار استثنائية ولم تكن نتيجة لخطأ ارتكبه طبيب الأسنان[44]. كما أن طبيب الأسنان الذي ينفذ رغبة "المريضة" والذي يتصرف وفقاً للمعطيات العلمية المتوفرة آنذاك لا يعتبر مخطئاً حتى لو أصابها ضرر[45].

19. قيام مسؤولية الطبيب من دون خطأ. -

استثناءً من المبدأ، أجازت محكمة النقض الفرنسية في بعض الحالات قيام مسؤولية طبيب الأسنان وإن لم يرتكب أي خطأ؛ فابتلاع المريض لعصب أثناء تدخل طبيب الأسنان يرتب مسؤولية هذا الأخير حتى وإن لم يرتكب أي خطأ[46]. كما أن إلحاق أي ضرر بعضلة فم المريض أثناء قلع أضراس العقل يرتب مسؤولية طبيب الأسنان حتى وإن لم يرتكب أي خطأ[47]. ونرى أنه لا مبرر لقيام مسؤولية الطبيب في هذه الحالات إذ أن الأساس القانوني لمسؤولية أصحاب المهن الحرة في الكثير من القوانين هو الخطأ، والقول بغير ذلك من شأنه أن يثير الخوف والقلق لديهم حيال القيام بأي عمل ضمن تخصصهم فيخافون من مساءلتهم رغم مراعاتهم للأصول العلمية المتوفرة، كما أن محكمة الاستئناف لم تحدد المعيار المتبع لقيام مسؤولية الطبيب من دون أي خطأ. وعليه واجه هذا التوجه انتقادات فقهية عدة[48]، إلا أن د. محسن

---

[39] pour défaut de maîtrise d'une hémorragie.

[40] CA Pau, 17 avr. 1996 : Juris-Data n° 1996-042036.

[41] CA Paris, 13 sept. 1996 : Juris-Data n° 1996-022454.

[42] Cass. 1re civ., 17 janv. 2008, n° 06-20.568 : JurisData n° 2008-042338 ; Resp. civ. et assur. 2008, comm. 111.

[43] Cass. 1re civ., 24 avril 2013, n. 12-17751.

[44] CA Orléans, 28 juin 1989 : Juris-Data n° 1989-049210.

[45] CA Grenoble, 4 sept. 2000 : Juris-Data n° 2000-140302.

[46] Cass. 1re civ., 30 sept. 1997 : JCP G 1997, IV, 2224.

[47] CA Lyon, 30 janv. 1997 : Juris-Data n° 1997-040031 ; CA Paris, 11 févr. 1994 : Juris-Data n° 1994-020481 (حالة جرح العصب من دون خطأ من قبل الطبيب)

[48] J.-M. Auby, Traité de droit médical et hospitalier : Litec, 1996, p. 39.

البيه يعتبر أن التطورات الحديثة والسريعة والمتلاحقة في مجال العلوم الطبية تحثنا على إعادة النظر في هذا الأصل العام. ويرى أنه ما يتمتع به الأطباء من وسائل دقيقة ومتطورة في أيامنا هذه قد تجعل من التزامهم التزاما بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية[49].

20. التزامات طبيب الأسنان المرتبطة بالتركيبات الاصطناعية (الوجبة أو الجسر...). -

إن مسألة تركيب التركيبات الاصطناعية تتضمن مرحلتين: الأولى إيجاد التركيبة الاصطناعية، والثانية تثبيتها أو تركيبها في فم المريض. ففيما يخص المرحلة الثانية، فإن التزام طبيب الأسنان هو التزام ببذل عناية؛ أما فيما يتعلق بالمرحلة الأولى، فيكون التزامه التزاماً بتحقيق نتيجة ألا وهي إيجاد تركيبة اصطناعية خالية من أي عيب ومناسبة للمريض؛ هذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية بعد أن مرت بمراحل عديدة سنشرحها لاحقاً[50]. كما جاء في تقرير المحكمة ذاتها أن طبيب الأسنان الذي يقدم منتجاً للمريض مسؤول عن الأضرار التي يسببها هذا المنتج المعيب وذلك على أساس المادة 7-1386 من القانون المدني الفرنسي، وتكون مسؤوليته بهذا الشأن موضوعية (أي مفترضة)؛ ولكنه يستطيع الرجوع على المنتج خلال سنة من تاريخ ملاحقته أمام القضاء[51]. وسنعالج بالتفصيل في المبحث الثاني لاحقاً التزام طبيب الأسنان بإيجاد التركيبة الاصطناعية مبينين تطورات القضاء والفقه الفرنسي في هذا الشأن، على أن نعالج هنا في المبحث الأول التزامه بتثبيتها أو تركيبها في فم المريض.

بعد إيجاد تركيبة اصطناعية ملائمة يلتزم الطبيب ببذل العناية اللازمة لتركيبها في فم المريض[52]؛ ويجب أن يكون ذلك وفقاً للأصول الفنية والمعطيات الطبية المتوفرة[53]؛ إلا أن محكمة استئناف Aix-en-Provence الفرنسية اعتبرت في حكم يبدو وحيداً أن التزام الطبيب في تركيب أو تركيز التركيبة الاصطناعية في فم المريض هو التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، وذلك على غرار التزامه بإيجاد هذه التركيبة[54]، وهو ما لا نراه صائباً على اعتبار أن تركيز أو تثبيت التركيبة الاصطناعية في فم المريض مرتبط بالأصول الفنية والعلمية من جهة، كما أن الغاية منه (وهي العلاج) تختلف عن العمل الذي يؤدي إلى تحقيقها من جهة ثانية.

21. تطبيقات عملية. -

إن التزام طبيب الأسنان بتركيز أو تثبيت التركيبة الاصطناعية في فم المريض يتناول في بادئ الأمر التأكد من أن حالة المريض تتطلب هذه التركيبة[55]، ومن ثم اختيار الوقت المناسب لتثبيتها؛ فقد

---

[49] د. محسن البيه، مرجع سابق، ص 118.

[50] Cass. 1re civ., 29 oct. 1985 : Bull. civ. I, n° 273 ; D. 1986, jurispr. p. 417, note J. Penneau, affirmant qu'un chirurgien-dentiste doit livrer un appareil dentaire sans défaut. - Cass. 1re civ., 15 nov. 1988 : Gaz. Pal. 1989, 1, panor. p. 12 ; Bull. civ. I, n° 319 ; Resp. civ. et assur. février 1989, n° 71. - Cass. 1re civ., 22 nov. 1994, préc. - Cass. 1re civ., 17 oct. 1995 : D. 1995, inf. rap. p. 242 ; Resp. civ. et assur. 1996, comm. 27. - Cass. 1re civ., 9 nov. 1999, préc. - CA Versailles, 23 nov. 1989 : D. 1990, inf. rap. p. 16. - CA Toulouse, 10 févr. 1998 : Juris-Data n° 1998-040446. - CA Lyon, 13 janv. 2000 : Juris-Data n° 2000-127562. - CA Paris, 4 févr. 2000 : Juris-Data n° 2000-106416. - CA Montpellier, 8 févr. 2000 : Juris-Data n° 2000-114190. - CA Rouen, 4 avr. 2000 : Juris-Data n° 2000-131376. - CA Aix-en-Provence, 18 sept. 2002 : Juris-Data n° 2002-192013.

[51] Rapp. Cour de cassation ibid. - Sur régime, J.-Cl. Responsabilité civile et Assurances, fasc. 440-20 ou Civil Code, Art. 1382 à 1386, fasc. 440-20, n° 56.

[52] Cass. 1re civ., 10 juill. 1996 : Juris-Data n° 1996-003123. - CA Aix-en-Provence, 14 mai 1992 : Juris-Data n° 1992-051291.

[53] CA Lyon, 13 janv. 2000, préc. - CA Toulouse, 10 févr. 1998 : Juris-Data n° 1998-040446 ; CA Lyon, 2 mai 2002 : Juris-Data n° 2002-182657.

CA Paris, 10 déc. 1999 : Juris-Data n° 1999-103688 pour un non-respect des rapports d'occlusion.

CA Besançon, 24 janv. 1995 : Juris-Data n° 1995-040649.

[54] CA Aix-en-Provence, 18 sept. 2002 : Juris-Data n° 2002-192013.

[55] CA Lyon, 13 janv. 2000, préc.

اعتبرت محكمة استئناف Aix-en-Provence الفرنسية أن التثبيت المبكر للتركيبة الاصطناعية في فم المريض يعتبر خطأً يرتب مسؤولية طبيب الأسنان[56]. كما يعتبر خطأ أيضاً:

- عدم تثبيت تركيبات اصطناعية مؤقتة لمحاولة توقع مدى استجابة المريض للتركيبات الاصطناعية النهائية[57].

- إدخال الطبيب تعديلات على التركيبة الاصطناعية -التي صنعت بكفاءة وتم تركيزها في فم المريض وفقاً للأصول- وذلك بناءً على طلب "المريضة" ولأسباب تجميلية، ثم ظهر أن هذه التعديلات لم تكن تتناسب مع الحالة الصحية للمريضة[58].

- عدم إجراء فتحة مناسبة في فم المريض لتثبيت التركيبة الاصطناعية [59].

- استبدال التركيبة الاصطناعية الموجودة دون جدوى[60].

- تثبيت التركيبة الاصطناعية على ضرسٍ مريض دون رعاية مسبقة له[61].

- عدم الانسجام بين التركيبات الاصطناعية التي ركزت في أعلى فم المريض وفي أسفله[62].

- عدم اتخاذ التدابير اللازمة لضمان استقرار وعمل التركيبة الاصطناعية بصورة ممتازة وفقاً للغاية التي أعدت لها[63].

وعلى هذا فإن الالتزام ببذل العناية يتناول كل أنواع الرعاية الضرورية لتركيب أو تثبيت التركيبة الاصطناعية في فم المريض[64].

[56] CA Aix-en-Provence, 16 janv. 1996 : Juris-Data n° 1996-040061.
[57] CA Paris, 15 janv. 1993 : Juris-Data n° 1993-021127.
[58] Cass. 1re civ., 30 janv. 1996 : Juris-Data n° 1996-000320 ; Resp. civ. et assur. 1996, comm. 141 confirmant CA Paris, 30 sept. 1993 : Gaz. Pal. 1993, 2, somm. p. 596.
[59] Cass. 1re civ., 12 juin 1990 : Bull. civ. I, 1990, n° 162 ; D. 1991, somm. p. 358, note Penneau ; Resp. civ. et assur. 1990, comm. 341.
[60] CA Lyon, 2 mai 2002 : Juris-Data n° 2002-182657.
[61] CA Paris 1re ch. B, 13 sept. 1996 : Juris-Data n° 1996-022467. - Cass. 1re civ., 24 juin 1990 : Juris-Data n° 1990-000369.
[62] Paris, 15 sept. 2014 : Gaz. Pal. 1993, 2, somm. p. 325.
[63] CA Aix-en-Provence, 14 mai 1992, préc. - CA Paris, 14 juin 2001 : Juris-Data n° 2001-151864 ; CA Aix-en-Provence, 22 juin 1995 : Juris-Data n° 1995-043454.
[64] CA Lyon, 13 janv. 2000, préc. - CA Paris, 4 févr. 2000 : Juris-Data n° 2000-106416. - CA Montpellier 8 févr. 2000, préc. - CA Dijon, 30 juin 2000 : Juris-Data n° 2000-131749.

المبحث الثاني: التزامات بنتيجة ملقاة على عاتق طبيب الأسنان

22. إضافة إلى الالتزامات ببذل عناية الملقاة على عاتق طبيب الأسنان، توجد التزامات بنتيجة لأن الغاية منها هي ذاتها العمل المطلوب من طبيب الأسنان القيام به. وهي: التزام طبيب الأسنان باستخدام أجهزة وأدوات طبية دون إلحاق ضرر بالمريض، والتزامه بإيجاد التركيبات الاصطناعية، والتزامه بالإعلام والنصح.

المطلب الأول: التزام طبيب الأسنان باستخدام أجهزة وأدوات طبية دون إلحاق ضرر بالمريض

23. أدى التقدم في مجال العلوم الطبية إلى تدخل الآلة بشكل كبير في الفحص والعلاج. ومن هنا قد يستخدم الطبيب أثناء علاج أسنان المريض أدوات طبية. فإذا نتج عن استعمالها أي ضرر بالمريض، فعلى أي أساس يمكن ملاحقة الطبيب؟

ذهب فريق من الفقهاء إلى اعتبار الطبيب مسؤولاً عن نتيجة علاجه في هذه الحالة إذا أخطأ، معتبراً أن التزام الطبيب حتى في هذه الحالة هو التزام ببذل عناية، إذ أن الطبيب لا يمكن إلزامه إلا بالتزام عام باليقظة والانتباه، وذلك لتمكينه من أداء مهمته في طمأنينة وثقة، ودونما خوف من مغبة مسؤولية تلاحقه على الرغم من عدم ارتكابه خطأ. إلا أن القضاء والفقه الحديث يعتبر أن التزام طبيب الأسنان في هذه الحالة هو التزام بنتيجة لأنه محدد بسلامة المريض[65].

ومن المقرر أنه إذا نتج عن استعمال الأدوات الطبية وقوع ضرر ما، لا تطبق أحكام المسؤولية عن حراسة الأشياء عملاً بمبدأ عدم الجمع بين المسؤوليات في القانون الفرنسي (المسؤولية العقدية تحجب المسؤولية التقصيرية)، إلا أن الاجتهاد الفرنسي يرتب على عاتق طبيب الأسنان مثله مثل أي طبيب التزاماً بضمان السلامة عند استعمال الأدوات الطبية. ويمكننا القول بأن هناك قرينة مسؤولية على عاتقه لا يمكنه التنصل منها إلا إذا أثبت وجود السبب الأجنبي، كأن يثبت أن الأدوات المستعملة معيبة وأنها أدت إلى وقوع الضرر[66]. وحتى في هذه الحالة الأخيرة، فقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في تقريرها أن طبيب الأسنان أو المؤسسة الصحية الخاصة (المشفى الخاص مثلاً) يكون مسؤولاً وعليه أن يدفع التعويض حسب الأصول، ولكنه يستطيع بعد ذلك أن يرجع على من صنع الأدوات المعيبة أو بائعها والمطالبة بما دفع[67].

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على وجود التزام بضمان السلامة لصالح المضرور على عاتق طبيب الأسنان أو أي طبيب عند استعمال الأدوات الطبية في حكم أصدرته في 9 نوفمبر 1999[68]. كما أصدرت محكمة استئناف Grenoble لاحقاً حكماً في هذا الاتجاه معتبرةً أنه إذا كان التزام طبيب الأسنان بعلاج الأسنان هو التزام ببذل عناية، فإن التزامه يكون بضمان سلامة المريض إذا كان الضرر

---

[65] المستشار منير رياض حنا، المرجع السابق، ص 202.

[66] Sur obligation de sécurité-résultat, Droit médical et hospitalier, fasc. 19-2.

[67] Rapp. pour 1999, Doc. Française, p. 397.

يراجع أيضاً: المستشار منير رياض حنا، المرجع السابق، ص 203.

[68] Cass. 1re civ., 9 nov. 1999 : Juris-Data n° 1999-003920 ; Bull. civ. I, n° 300 ; Resp. civ. et assur. 2000, comm. 61 : D. 2000, jurispr. p. 117, note P. Jourdain ; JCP G 2000, II, 10252, note Ph. Brun, aff. dite de la table d'examen ; JCP G 2000, I, 243, obs. G. Viney ; Rapp. Cour de cassation pour 1999, p. 396. - CA Paris, 4 févr. 2000 : Juris-Data n° 2000-106416. - CA Grenoble, 5 mars 2002 : Juris-Data n° 2002-182638. -V. J.-Cl. Responsabilité civile et Assurances, fasc. 440-20 ou Civil Code, Art. 1382 à 1386, fasc. 440-20, n° 54 - Droit médical et hospitalier, fasc. 19-2, n° 5.

مرتبطاً بمعدات استخدمها[69]. وهذا الحل ينسجم مع القانون رقم 303-2002 الصادر في 4 مارس 2002 ومع الفقه الفرنسي[70]. وتجدر الإشارة إلى أن عبء إثبات أن المعدات المستعملة هي مصدر الضرر يقع على عاتق المريض.

المطلب الثاني: التزام طبيب الأسنان بإيجاد التركيبات الاصطناعية الملائمة للمريض

24. كما أشرنا سابقاً، أدى التقدم في الطب إلى وجود أعضاء اصطناعية يمكن اللجوء إليها في علاج المريض كالأسنان والتركيبات الاصطناعية.

25. طبيعة عقد إيجاد وتركيب التركيبات الاصطناعية. -

كان القضاء الفرنسي قديماً يعتبر أن مثل هذا العقد هو بيع بشرط التجربة، معلقاً على شرط واقف هو ارتضاء التركيبة الاصطناعية[71]. وقد انتقد الفقه هذا التفسير لما فيه من خطأ في تكييف العقد، إذ "أن العبرة في تكييف العقد للغرض الاقتصادي الذي يستهدف منه، ووفقاً للالتزامات التي يرتبها في ذمة طرفيه"[72].

تأثر القضاء الفرنسي بانتقاد الفقه، وغير مساره ليعتبر أن عقد تركيب التركيبات الاصطناعية هو عقد طبي ينشئ على عاتق طبيب الأسنان التزاماً بإيجاد التركيبات الاصطناعية من جهة، والتزاماً بتركيبها من جهة أخرى (وهو التزام ببذل عناية على ضوء ما شرحنا سابقاً).

26. طبيعة ومضمون التزام طبيب الأسنان فيما يتعلق بعملية إيجاد وتركيب التركيبات الاصطناعية. -

اختلف الفقه حول طبيعة ومضمون التزام طبيب الأسنان فيما يتعلق بعملية إيجاد وتركيب التركيبات الاصطناعية. هل هو التزام ببذل عناية، أم بنتيجة؟[73]

وفي الواقع، مر القضاء الفرنسي بعدة مراحل:

ففي المرحلة الأولى، اعتبرت بعض المحاكم الفرنسية أن التزام طبيب الأسنان - بوجه عام - هو التزام بتحقيق نتيجة[74]، وبالتالي يعتبر طبيب الأسنان مخطئاً لمجرد إصابة المريض بضرر. في حين اعتبرت محاكم أخرى أن التزام طبيب الأسنان فيما يتعلق بإيجاد وتركيب التركيبات الاصطناعية للمريض هو بتحقيق نتيجة دون غيره. فقد حكمت محكمة Dijon بأن "العقد المبرم بين طبيب الأسنان والعميل لتركيب طاقم أسنان، يفرض على الأول التزاماً بعناية محله بذل الجهود الأمينة، واليقظة في وضع وصيانة الأسنان الصناعية (التركيبات الاصطناعية). ويفرض عليه كذلك التزاماً بتحقيق نتيجة، محله تقديم الأسنان الصناعية بالشكل والأوصاف والحالة التي يمكن معها أن تؤدي وظيفة الأسنان الطبيعية، فإذا أخل الطبيب من غير قصد بهذا الالتزام، ثارت مسؤوليته العقدية. ويلتزم بتعويض المريض، إذا ما ترتب

---

[69] CA Grenoble, 5 mars 2002 : Juris-Data n° 2002-182638.

[70] A. Le Masson, L'art dentaire et la jurisprudence : Gaz. Pal. 2007, 2 doctr. p. 948.

[71] المستشار منير رياض حنا، المرجع السابق، ص 225.

CA Metz, 13 décembre 1951, JCP, 2, 6909.

[72] المستشار منير رياض حنا، المرجع السابق، ص 225.

[73] G. Mémeteau, Prothèse et responsabilité du médecin : D. 2014, chron. p. 9.

[74] G. Mémeteau, Le droit médical : Litec 1985, p. 175.

على التركيب المعيب للأسنان الصناعية التهابات حادة باللثة. وتبدو تلك المسؤولية أكثر وضوحاً، إذا ما تبين أن المريض يتمتع بفم طبيعي، وأنه قام بتنبيه الطبيب عدة مرات إلى سوء حالة الأسنان"[75].

ولقد برر القضاء هذا التوجه بأن طبيب الأسنان هو في حكم بائع الأسنان الصناعية، وهو بالتالي ملزم بضمان العيوب الخفية للمبيع؛ كما اعتبرت أن عقد البيع هذا هو بيع بشرط التجربة معلق على شرط واقف، هو قبول الأسنان بعد تجربتها.

وعلى إثر الانتقادات الفقهية لهذا التوجه، اعتمدت محكمة النقض الفرنسية توجهاً آخر، معتبرةً أن التزام طبيب الأسنان هو التزام ببذل عناية[76].

وفي مرحلة ثانية، بدأ القضاء الفرنسي يميز بين العمل الطبي العادي وبين العمل التقني. فلقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية ما يلي: "نظراً للالتزام القائم على عاتق الطبيب بأن يركب للمريض الأسنان الصناعية المناسبة له، فإنه لا يمكن توجيه اللوم لقاضي الموضوع الذي حكم بفسخ العقد، بسبب خطأ الطبيب المتمثل في عدم الوفاء بالتزامه بتحقيق النتيجة المرجوة، حتى ولوكان المريض قد رفض العودة إليه لإجراء محاولة رابعة، ورفض كذلك أن يتحمل طاقم الأسنان الصناعية لمدة كافية، كي يتعود عليه"[77]. يتبين من الحكم المذكور أن التزام طبيب الأسنان فيما يخص إيجاد وتركيب الأسنان الصناعية هو التزام بنتيجة.

أما في مرحلة ثالثة، فأصدرت محكمة النقض الفرنسية حكماً اعتبر أن التزام طبيب الأسنان فيما يخص تركيب أسنان صناعية أو طاقم أسنان هو التزام ببذل عناية[78]. وقد أيد بعض الفقهاء هذا التوجه معتبرين أنه لا مبرر لأن نخص تركيب الأسنان الصناعية بأحكام خاصة، وما على الطبيب إلا بذل العناية المناسبة، وأنه في حال عدم نجاحها فيكون السبب خاصاً بالمريض وليس طبيب الأسنان[79]. وهذا ما لا نؤيده إذ أن سبب عدم نجاح التركيبات الاصطناعية قد لا يتعلق بالمريض، بل بالطبيب ذاته. أما البعض الآخر فقد انتقد هذا الحل معتبراً أنه لا يتناسب مع ما وصلت إليه الحالة الفنية المتطورة في هذا المجال، واعتبروا أنه يجب أن تحقق التركيبات الاصطناعية رغبة المريض[80].

وفي مرحلة رابعة، ميزت محكمة النقض بين مرحلتين تتعلق بتركيب الأسنان: الأولى إيجاد التركيبة الاصطناعية، والثانية تثبيتها أو تركيبها في فم المريض. ففيما يخص المرحلة الثانية، فإن التزام طبيب الأسنان هو التزام ببذل عناية كما سبق وأشرنا. أما فيما يخص المرحلة الأولى وهي مرحلة إيجاد التركيبة الاصطناعية فإن التزامه هو بنتيجة. وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء في فرنسا. ونحن نؤيد هذا التوجه إذ أنه لا بد من الفصل والتمييز بين إيجاد التركيبة الاصطناعية، وتركيبها. فالغاية من الالتزام الأول هي ذاتها العمل المطلوب من الطبيب (الحصول على تركيبة اصطناعية خالية من أي عيب ومناسبة)؛ في حين أن الغاية من الالتزام الثاني وهي الشفاء تختلف عن العمل المطلوب من الطبيب والذي يقتصر على إبداء المهارات وتركيب التركيبة الاصطناعية.

ولقد اعتبر الفقهاء -بحق- أنه يقع على عاتق طبيب الأسنان التزام بإيجاد تركيبة اصطناعية خالية من أي عيب ومناسبة لمريضه[81]. وبما أن تصنيع التركيبة الاصطناعية (الوجبة أو الجسر...) هو عمل

---

[75] المستشار منير رياض حنا، المرجع السابق، ص 227 : Dijon 24 janvier 1952, D. 1952, 171

[76] J.-M. de Forges, op. cit., p. 114.

[77] J.-M. de Forges, op. cit., p. 114.

[78] المستشار منير رياض حنا، المرجع السابق، ص 230. .Civ. 28 avril 1981, JCP 1981, 251

[79] J.-M. de Forges, op. cit., p. 118.

[80] J.-M. Auby, Le droit de la santé : PUF, 1981, p. 74.

[81] G. Mémeteau, Cours de droit médical : Les études hospitalières de Bordeaux 2003, p. 336 et s.

تقني خال من المخاطرة، فإن ذلك يبرر اعتباره التزاماً بتحقيق نتيجة. وقد أكدت على ذلك محكمة النقض الفرنسية معتبرةً أن "التزام طبيب الأسنان فيما يخص إيجاد تركيبة اصطناعية هو التزام بتحقيق نتيجة، ألا وهي تأمين تركيبة اصطناعية سليمة لا يعتريها أي عيب"[82]. وفي عام 2010 أكدت محكمة النقض الفرنسية على أن التزام طبيب الأسنان في هذا الشأن هو بتحقيق نتيجة، وأن التركيبة الاصطناعية يجب أن تكون مرضيةً للمريض بصورة موضوعية[83]. وبتاريخ 20 مارس 2013 اعتبرت محكمة النقض أن التزام طبيب الأسنان بإيجاد تركيبة اصطناعية ملائمة هو التزام بنتيجة[84]. والمقصود بكلمة "ملائم" هو أن تكون التركيبة الاصطناعية ملائمةً في منظور الالتزام بتحقيق نتيجة ولا تعني أن تكون التركيبة الاصطناعية مرضيةً للمريض من الناحية الشخصية أو الذاتية. كما اعتبرت محكمة النقض أن عدم ملاءمة التركيبة الاصطناعية للمريض يرتب مسؤولية طبيب الأسنان[85]، كما أن عدم صلابة التركيبة الاصطناعية يرتب أيضاً مسؤولية طبيب الأسنان[86] علماً أن رخص ثمنها ليس مبرراً لذلك[87].

يمكننا القول إذن بأن مسؤولية طبيب الأسنان في هذا الشأن هي مفترضة (أي موضوعية) [88]، ولا يمكنه التنصل من المسؤولية إلا إذا أثبت قطع علاقة السببية عبر تدخل سبب أجنبي أدى إلى إصابة التركيبة الاصطناعية بعيوب، الأمر الذي أدى إلى حصول الضرر[89]. فلا داعي إذن لإثبات المريض خطأ طبيب الأسنان، بل يكفي أن يثبت وجود عيب في التركيبة الاصطناعية حتى تترتب مسؤولية طبيب الأسنان[90].

تجدر الإشارة هنا إلى أن التزام مقومي الأسنان هو التزام بتحقيق نتيجة. هذا ما جاء في حكم أصدرته محكمة النقض الفرنسية التي ردت الطعن المقدم ضد حكم صادر عن محكمة بواتييه[91].

F. Bouvier, Les prothèses et le droit : Gaz. Pal. 2012, 2, doctr. p. 1074.

[82] CA Aix-en-Provence, 29 juin 1994 : Juris-Data n° 1994-045237.

Cass. 1re civ., 29 oct. 1985, préc. - CA Montpellier, 30 mai 1991 : Juris-Data n° 1991-034427. - CA Aix-en-Provence, 29 juin 1994, préc. - CA Lyon, 13 janv. 2000 : Juris-Data n° 2000-127562. - CA Rouen, 4 avr. 2000 : Juris-Data n° 2000-131376. - CA Metz, 27 févr. 2001 : Juris-Data n° 2001-150186 ; CA Paris, 4 févr. 2000 : Juris-Data n° 2000-106416 ; CA Pau, 9 janv. 1992 : Juris-Data n° 1992-040912.

[83] Cass. 1re civ., 9 déc. 2010, n° 09-70.407 : JurisData n° 2010-023463 :

« Qu'en statuant ainsi sans rechercher si la prothèse litigieuse fournie par Mme Y..., tenue à cet égard d'une obligation de résultat incluant la conception et la confection de cet appareillage, était apte à rendre à M. X... le service qu'il pouvait légitimement en attendre, la juridiction de proximité n'a pas donné de base légale à sa décision ; ».

CA Toulouse, 10 févr. 1998, préc.

[84] Cass. civ. 1, 20 mars 2013, N° de pourvoi: 12-12300 :

« ALORS QUE le chirurgien-dentiste est, en vertu du contrat le liant à son patient, tenu de lui fournir un appareillage apte à rendre le service qu'il peut légitimement en attendre, une telle obligation, incluant la conception et la confection de cet appareillage, étant de résultat ».

[85] Cass. 1re civ., 10 déc. 1996 : Resp. civ. et assur. 1997, comm. 103 ; CA Aix-en-Provence, 14 mai 1992, préc.

[86] CA Besançon, 20 janv. 1998 : Juris-Data n° 1998-040002.

[87] CA Nancy, 5 déc. 1994 : Juris-Data n° 1994-051454.

[88] J.-M. de Forges, Le droit de la santé : Col. Que sais-je, PUF, 1997, p. 112.

Olivier, Prothèse dentaire, obligation de résultat, obligation de moyens : Journ. méd. lég. 1981, 251.

[89] CA Versailles, 23 nov. 1989, préc..

[90] CA Toulouse, 10 févr. 1998, préc. ; CA Metz, 27 févr. 2001, préc. ; CA Aix-en-Provence, 18 sept. 2002 : Juris-Data n° 2002-192013.

Cass. 1re civ., 23 nov. 2004, n° 03-12.146 : JurisData n° 2004-025790 ; Resp. civ. et assur. 2005, comm. 25 ; RTD civ. 2005, p. 139, obs. P. Jourdain ; D. 2005, p. 406, obs. J. Peneau ; CA Pau, 8 nov. 1991 : JCP G 1992, IV, 1923.

[91] (Cass. 1re civ., 22 nov. 1994 : Bull. civ. I, n° 340 ; JCP G 1995, IV, 204 ; Gaz. Pal. 1995, 1, pan. p. 84 ; CA Poitiers, 8 avr. 1992 : Juris-Data n° 1992-050405. - Cass. 1re civ., 22 nov. 1994 : Bull. civ. I, n° 340 ; Juris-Data n° 1994-002115) : "procédant à un acte de fourniture d'un appareil dentaire, le chirurgien-dentiste orthodontiste est tenu d'une obligation de résultat concernant la sécurité tenant tant à la conception de l'appareil qu'à ses conditions d'utilisation".

27. المدين بالالتزام بإيجاد تركيبات اصطناعية. -

يعتبر القضاء الفرنسي أن المدين بالالتزام بإيجاد تركيبة اصطناعية خالية من العيوب وملائمة هو طبيب الأسنان الذي تعاقد معه المريض وليس صانعها الذي لا تربطه بالمريض أي علاقة عقدية؛ وعلى طبيب الأسنان "إعطاء التوجيهات الدقيقة واللازمة لصانع التركيبة الاصطناعية وفقاً لحالة المريض بناءً على فحوصات مسبقة، والتأكد من أنه نفذها بدقة"[92]؛ وقد أكدت على ذلك محكمة استئناف باريس وأضافت أن تركيب التركيبة الاصطناعية في فم المريض يؤشر إلى قبول طبيب الأسنان الضمني بعمل صانع هذه التركيبة وأنها مطابقة لتعليماته[93]. برأينا يكون طبيب الأسنان في هذه الحالة قد قبل بالعيوب الظاهرة فقط؛ أما العيوب الخفية فلا يكون قد قبل بها لأنه لا يمكنه أن يكتشفها إلا بعد التركيب وظهور مضاعفات.

ولكن إذا ارتكب صانع التركيبة الاصطناعية خطأً ما، فيمكن لطبيب الأسنان ملاحقته على أساس المسؤولية العقدية[94]. إلا أن القضاء غير مستقر على ذلك؛ فقد اعتبرت محكمة استئناف Metz أنه لا يمكن لطبيب الأسنان الرجوع على صانع التركيبة الاصطناعية على أساس المسؤولية العقدية إذ لا علاقة عقدية تربط هذا الأخير بالمريض. وفي رأينا يجب التمييز بين ما إذا كان طبيب الأسنان قد اشترى التركيبة الاصطناعية مباشرةً من صانعها أم لا. ففي الحالة الأولى فقط توجد علاقة عقدية بينهما تبرر الرجوع عليه. أما إذا اشترى طبيب الأسنان التركيبة الاصطناعية من مزوده الذي بدوره تعامل مع المنتج أو الصانع فلا علاقة عقدية بين الطبيب وهذا الأخير؛ وفي جميع الحالات يمكن ملاحقة المنتج على أساس المسؤولية التقصيرية من قبل المريض طالما أن شروطها متوفرة[95].

ومن ناحية أخرى، يمكن ملاحقة صانع التركيبة الاصطناعية على أساس مسؤولية المنتج عن الأضرار الناجمة عن منتجه المعيب أيضاً إن توفرت شروطها.

المطلب الثالث: الالتزام بالإعلام

28. يعتبر الالتزام بالإعلام من أبرز الالتزامات التي تقع على عاتق طبيب الأسنان.

الفرع الأول: مصادر الالتزام بالإعلام ونطاقه

29. إن الالتزام بإعلام المريض مصدره عدة قوانين، وقد أكدت على أهميته آراء الفقهاء وأحكام القضاء. فيما يخص نطاق هذا الالتزام، فلقد مر القضاء بعدة مراحل.

[92] CA Montpellier, 30 mai 1991 : Juris-Data n° 1991-034427. Même sens, voir CA Paris, 29 avr. 1997, préc.
[93] CA Paris, 29 avr. 1997 : Juris-Data n° 1997-021501.
[94] CA Pau, 18 déc. 1996 : Juris-Data n° 1996-048795.
[95] CA Metz, 27 févr. 2001, préc.

30. يقع على عاتق من هم في حكم الطبيب ومنهم طبيب الأسنان الالتزام بإعلام ونصح المريض. هذا الالتزام مصدره النصوص القانونية وأيضاً أحكام القضاء[96]، وهو التزام بنتيجة لأن الغاية من هذا الالتزام (وهي أن يزود طبيب الأسنان مريضه بالمعلومات المتعلقة بالعلاج وكلفته) هي ذاتها العمل المطلوب منه.

فعلى صعيد النصوص القانونية، يعتبر القانون رقم 303-2002 الصادر في 4 مارس 2002 مصدراً أساسياً من مصادر هذا الالتزام. أضف إلى ذلك نصوصا قانونية أخرى سبقته مثل المادة R. 4127-35 ، وميثاق المريض الذي يعالج في المشفى والمرفق بالتعميم الوزاري رقم 22-95 الصادر في 6 مايو 1995 والذي تعدل بموجب التعميم الصادر في 2 مارس 2006، فضلاً عن المرسوم رقم 221-93 الصادر في 16 فبراير 1993 والمتعلق بالقواعد المهنية للممرضين والممرضات (المادة 32)[97]، وقانون الاستهلاك (المادة L. 113-3 منه)[98]، فضلاً عن المواد 16 و3-16و 1382 من القانون المدني كما فسرتها محكمة النقض في 3 يونيو 2010 و12 يونيو 2012[99].

وأضف إلى هذه المواد المادة L. 1111-2 من قانون الصحة العامة التي جاء فيها ما يلي:

"لكل شخص الحق في أن يتم إعلامه عن حالته الصحية. وهذا الإعلام يشمل الفحوصات، والعلاجات، والخطوات المقترحة للوقاية، وفعاليتها، ومدى ضرورة القيام بها، ونتائجها، وما تحتويه من مخاطر متكررة الحدوث أو جسيمة متوقعة عادةً، والحلول الأخرى الممكنة، والنتائج المتوقعة في حالة الرفض"[100]. كما تنص المادة ذاتها على أنه في حال ظهور أي مخاطر جديدة، يجب إعلام الشخص المعني بها إلا إذا استحال الوصول إليه[101].

كما تنص المادة 35 من قانون أخلاقيات الطبيب على ما يلي: "يلزم الطبيب نحو الشخص الذي يفحصه أو يعالجه أو ينصحه بإعلامه بأمانة ووضوح ...".

أما على صعيد أحكام القضاء، فقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في حكم Hédreul الصادر في 25 فبراير 1997 أن على من يمارس المهن الصحية إعلام المريض بالمخاطر دون الخوض في التفاصيل[102]، ثم أصدرت أحكاماً لاحقةً بينت فيها أن الالتزام بالإعلام يجب أن يتناول معلومات مناسبة

---

[96] Cass. civ., 29 mai 1951, D. 1952, jur., p. 53, note Savatier R.

[97] « l'infirmier ou l'infirmière informe le patient ou son représentant légal, à leur demande, et de façon adaptée, intelligible et loyale, des moyens ou des techniques mis en œuvre. Il en est de même des soins à propos desquels il donne tous les conseils utiles à leur bon déroulement » : D. n° 93-221, 16 févr. 1993, art. 32, JO 18 févr.

[98] « tout vendeur de produit ou tout prestataire de services doit (...) informer le consommateur sur les prix, les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle et les conditions particulières de la vente ».

[99] un autre arrêt du 3 juin 2010, rendu sous le triple visa des articles 16, 16-3 et 1382 du Code civil, a clairement énoncé qu'« il résulte des deux premiers de ces textes que toute personne a le droit d'être informée, préalablement aux investigations, traitements ou actions de prévention proposés, des risques inhérents à ceux-ci, et que son consentement doit être recueilli par le praticien, hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle elle n'est pas à même de consentir ; que le non-respect du devoir d'information qui en découle, cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice, qu'en vertu du dernier des textes susvisés, le juge ne peut laisser sans réparation » (Cass. 1re civ., 3 juin 2010, n° 09-13.591, JCP G 2010, n° 28, 788, note Porchy-Simon S., JCP G 2010, n° 41, 1015, § 3, note Stoffel-Munck Ph., Resp. civ. et assur. 2010, comm. 222, Hocquet-Berg S., D. 2010, p. 1522, note Sargos P., D. 2010, p. 1801, note Bert D., RTD civ. 2010, p. 571, note Jourdain P., RLDC 2010/75, n° 3958, note Corgas-Bernard C., Feu l'arrêt Mercier ?, RDC 2011, p. 335, débats, par Bacache M., Leduc F., Pierre Ph. ; Cass. 1re civ., 12 juin 2012, n° 11-18.327.

[100] L'article L. 1111-2 du Code de la santé publique dispose que « toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus ».

[101] « lorsque (...) des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver ».

[102] Cass. 1re civ., 25 févr. 1997, n° 94-19.685, Bull. civ. I, n°75, JCP G 1997, I, n° 4025, spéc. n° 7, obs. Viney G., RTD civ. 1997, p. 434, obs. Jourdain P., Bull. jur. santé publ., févr. 1999, p. 7, note Pansier F.-J. et Bladier J.-B., LPA 1997, n° 85, p. 17, note Dorsner-Dolivet

ومشروعة وواضحة حول المخاطر الجسيمة للعلاج المقترح، أو المعلومات التي يطلبها المريض[103]. كما أصدرت المحكمة ذاتها حكماً عام 2002 اعتبرت فيه أن الإعلام يتناول فقط الأمور المتوقعة[104].

الغصن الثاني: نطاق الالتزام بإعلام المريض

31. يلازم الالتزام بالإعلام والنصح علاقة طبيب الأسنان بمريضه في حال عدم العلاج، وفي مرحلة التشخيص المبدئي للمرض والفحوصات الاستكشافية التكميلية الضرورية للتوصل إلى التشخيص النهائي للمرض، ومن ثم مرحلة العلاج، ومن بعدها مرحلة ما بعد العلاج. وعليه يجب أن يشمل الإعلام طبيعة العلاج المقترح، والنتائج الإيجابية المأمولة منه، فضلاً عن المخاطر المحتملة وآثاره الجانبية.

وهنا يطرح السؤال التالي: هل يتوجب على طبيب الأسنان إعلام المريض عن مخاطر دواء وصفه له، علماً أن على منتج الدواء توضيح تلك المخاطر بالنشرة الطبية المرفقة بالدواء؟

أكد الفقه والقضاء على أن التزام الطبيب بالإعلام هو التزام بنتيجة مفروض عليه، ولا يعفى منه في حال وجود النشرة الطبية المرفقة بالدواء[105]. وقد أيدت محكمة النقض هذا الاتجاه بأحكام عديدة منها ما هو صادر بتاريخ 23 يناير 2014[106].

كما يطرح سؤال آخر في هذا الصدد: هل يشمل الإعلام المخاطر الاستثنائية (أي نادرة الحدوث) أيضاً؟

أقر القضاء الفرنسي منذ فترة طويلة أن على طبيب الأسنان إعلام مريضه - قبل البدء بالعناية بأسنانه أو تثبيت تركيبة اصطناعية في فمه - بالمخاطر والمعاناة المحتملة، وعلى سبيل المثال مخاطر خلع ضرس العقل[107].

كما أصدرت محكمة النقض الفرنسية في 3 يناير 1991 حكماً اعتبرت فيه أن طبيب الأسنان ليس ملزماً بإعلام المريض بالمخاطر الاستثنائية[108]، وبالتالي فهي لا تتماشى مع تطور القضاء الفرنسي في مسائل أخرى والتي اعتبر فيها أن الإعلام يجب أن يشمل أيضاً تلك المخاطر[109]، إلا أن محكمة استئناف بواتييه عام 1992 أصدرت حكماً مناقضاً اعتبرت فيه أنه على طبيب الأسنان إعلام المريض بالمخاطر الاستثنائية أيضاً أي تلك التي لا يمكن أن تحصل إلا استثناءً، معتبرةً أنه يمكن للمريض العدول عن العلاج هذا واختيار علاج آخر إذا ما علم بإمكانية حصول أضرار له وإن كانت على سبيل الاستثناء[110]. وفي 7 أبريل

A., D. 1997, somm., p. 319, obs. Penneau J., Resp. civ. et assur. 1997, chr. n° 8, par Lapoyade Deschamps Ch., Gaz. Pal. 1997, 1, jur., p. 274, rapp. Sargos P., note Guigue J., Dr. & patr. 1997, n° 48, p. 82, obs. Chabas F., D. 1999, somm., p. 259, obs. Mazeaud D.

[103] Cass. 1re civ., 27 mai 1998, n° 96-19.161, D. 1998, jur., p. 530, note Laroche Gisserot F., Méd. & Droit, 1998, n° 33, p. 14, note Sargos P. ; Cass. 1re civ., 7 oct. 1998, nos 97-10.267 et 97-12.185, D. 1999, jur., p. 145, note Porchy S., JCP G 1998, II, n° 10179, concl. Sainte-Rose J., note Sargos P., RTD civ. 1999, p. 111, obs. Jourdain P., JCP G 1999, I, n° 147, spéc. n° 14, obs. Viney G., D. 1999, somm., p. 259, obs. Mazeaud D. ; Cass. 1re civ., 7 oct. 1998, n° 97-10.267, précité ; comp. ; Cass. 1re civ., 9 oct. 2001, n° 00-14.553, Resp. civ. et assur. 2002, comm. n° 374.

[104] Cass. 1re civ., 18 déc. 2002, n° 01-03.231, D. 2003, p. 252.

[105] د. مجدي حسن خليل، مدى فعالية رضاء المريض في العقد الطبي، دار النهضة العربية، 2000، ص 56.

[106] Cass. 1re civ., 23 janv. 2014, n° 12-22.123.

[107] CA Lyon, 16 avr. 1956 : JCP G 1956, II, 9670 ; D. 1956, jurispr. p. 693.

[108] Cass. 1re civ., 3 janv. 1991 : Juris-Data n° 1991-000033.

[109] J.-Cl. Responsabilité civile et Assurances, fasc. 440-20 ou Civil Code, Art. 1382 à 1386, fasc. 440-20. - Droit médical et hospitalier, fasc. 18-1 n° 3 et réf.

[110] CA Poitiers, 8 avr. 1992 : Juris-Data n° 1992-050405 ; D. 1993, somm. p. 27, obs. J. Penneau confirmé par Cass. 1re civ., 22 nov. 1994, préc.

1999 أصدرت محكمة Rennes حكماً مؤيداً للحكم الصادر عن محكمة بواتييه معتبرةً أن طبيب الأسنان "لا يعفى من التزامه بالإعلام بسبب أن المخاطر استثنائية"[111].

وبتاريخ 7-10-1998، أصدرت محكمة النقض حكمين اعتبرت فيهما أن نطاق التزام طبيب الأسنان بالإعلام يشمل أيضاً المخاطر الاستثنائية؛ فقد حكمت بما يلي: "فيما عدا حالة الاستعجال أو الاستحالة أو رفض المريض للإعلام، فإن الطبيب يكون ملزماً بأن يقدم له معلومات أمينة وواضحة وملائمة عن المخاطر الجسيمة الملازمة للفحوصات والعلاج المقترح، ولا يعفى الطبيب من هذا الالتزام لمجرد كون هذه المخاطر لا تتحقق إلا بشكل استثنائي"[112].

ومن جهتها أكدت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 19 نوفمبر 1999 أن الإعلام لا ينصب إلا على المخاطر التي يمكن أن يعي بها طبيب الأسنان (أي المتوقعة)، دون أن توضح ما إذا كان يشمل المخاطر الاستثنائية أيضاً[113].

وبتاريخ 5-1-2000، اعتبر مجلس الدولة أن التزام الطبيب بالإعلام يشمل المخاطر الاستثنائية[114]. كما أكد المجلس على ذلك في حكم أصدره بتاريخ لاحق[115].

وفي 4 مارس 2002 صدر القانون رقم 303-2002، وأوجد المادة L.1111-2 من قانون الصحة العامة الفرنسي، والتي تتناول الالتزام بالإعلام الذي يقع على عاتق أطباء الأسنان. جاءت صياغة هذه المادة مبهمة بعض الشيء مما أثار شكاً حول نطاق التزام طبيب الأسنان بالإعلام. إلا أن بعض الفقهاء قد اعتبروا أن الأعمال التحضيرية لقانون 2002 لا تنبئ بإقصاء المخاطر الاستثنائية من نطاق الالتزام بالإعلام[116]. كما يؤكد بعض الفقهاء أن نص المادة L.1111-2 المذكورة لا يستبعد المخاطر الاستثنائية من نطاق التزام الطبيب بإعلام المريض[117].

أما القضاء الفرنسي فقد اعتبر أن طبيب الأسنان يسأل عن عدم إعلام المريض قبل خلع ضرس العقل "بالخطر المؤكد المرتبط بالعصب، إذ أن صورة الأشعة التي أخذت قبل خلع الضرس تشير إلى أن العملية ستكون معقدة نظراً لأن الضرس مطوق"[118]. وهنا لم توضح المحكمة برأينا ما إذا كان الإعلام يمكن أن يتناول المخاطر الاستثنائية أم لا. فعبارة "الخطر المؤكد" لا تستبعد المخاطر الاستثنائية.

إلا أن محكمة استئناف بواتييه قد عادت وأكدت في 16 أبريل 2002 على أن الالتزام بالإعلام يشمل المخاطر الاستثنائية[119]. كما حكمت بذات الاتجاه محكمة استئناف Besançon بتاريخ 19 يونيو 2002[120]، ومجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 19 مايو 2004[121].

ونرى أن نص المادة L.1111-2 من قانون الصحة العامة يستبعد المخاطر الاستثنائية.

---

[111] "n'est pas dispensé de son obligation d'information par le fait que les risques sont exceptionnels"(CA Rennes, 7 avr. 1999 : Juris-Data n° 1999-041261).

[112] نقلاً عن : د. محمد حسن قاسم، الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان، دار الجامعة الجديدة، 2012، ص 50.

[113] CA Paris, 19 nov. 1999 : Juris-Data n° 1999-101897.

[114] CE 5 janvier 2000, JCP 2000, II, 10271, note J. Mareau.

[115] CE 15 janvier 2001, Dr. adm., avril 2001, n. 107, note C. Esper.

[116] J.-M. Auby, Traité de droit médical et hospitalier : Litec, 1996.

[117] د. محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 52.

[118] CA Paris, 14 nov. 2002 : Juris-Data n° 2002-204246.

[119] CA Poitiers, 3e ch. 16 avril 2002, Juris-Data n. 0184844.

[120] CA Besançon, 1re ch. civ. 19 juin 2002, Juris-Data n. 183421.

[121] CE 19 mai 2004, D. 2004, IR, 1771.

فالعبارة التي استخدمها المشرع " normalement prévisibles " أي المتوقعة عادةً، لا تشمل المخاطر الاستثنائية التي لا تكون عادةً متوقعة. ومع ذلك نرى أنه من الضروري ضبط نص المادة L.1111-2 من قانون الصحة العامة لكي يتناول الالتزام بالإعلام كل العلاجات أو الخطوات المقترحة؛ فعاليتها، ومدى ضروريتها، وما إذا كان من الضروري القيام بها على عجلة، والمخاطر العادية أو الجسيمة أو المتوقعة فقط وغير الاستثنائية، والنتائج المتوقعة في حال رفض المريض المثول للعلاج.

وقد اعتبرت محكمة النقض في 17 ديسمبر 2009 أن الالتزام بإعلام المريض لا يتناول إلا المعلومات التي يعلمها الطبيب دون غيرها[122]. إلا أنه بتاريخ 5 مارس 2015 أصدرت محكمة النقض حكماً ألزمت فيه الطبيب بوجوب الاستعلام عن حالة المريض قبل إخباره عن مخاطر التدخل الطبي المحتمل، وبينت أن طبيب الأسنان يدين بالتزام بالإعلام على مرحلتين: التزام بالإعلام قبل البدء بالعناية بالأسنان أو تثبيت التركيبة الاصطناعية، والتزام بالإعلام فيما يخص بدل أتعابه وكلفة التركيبة الاصطناعية[123].

- معلومات حول تكلفة العلاج.

تنص المادة L. 1111-3 من قانون الصحة العامة على ضرورة إعلام المريض بالكلفة المتوقعة قبل إجراء أي تدخل، وبالنسبة التي يدفعها التأمين الصحي والضمان الاجتماعي؛ وقد أيد الفقه والقضاء الفرنسي هذا النص الذي اعتبر أن طبيب الأسنان مسؤول عن إخلاله بهذا الالتزام[124]. ونحن نؤيد هذا التوجه لأن قبول المريض يجب أن يكون على ضوء جميع المعطيات ولا سيما المادية منها نظراً لأهميتها ولأن المريض قد لا يكون مستعداً من هذه الناحية.

وعلى طبيب الأسنان إذن الحصول على الموافقة المستنيرة للمريض حول كلفة العلاج قبل بدئه[125]. وعليه أيضاً إعلام مرضاه بالخطوات الواجب اتباعها لدى مؤسسات الضمان الاجتماعي للاستفادة من تقديمها وتزويدهم بالأوراق المطلوبة[126].

- **32.** صفات المعلومات الواجب إعلام المريض بها.

يجب أن تعطى المعلومات إلى المريض بصورة مبسطة، سهلة الفهم، صادقة[127]. وتجدر الإشارة إلى أن الإعلام بواسطة لغة تقنية علمية غير مفهومة يعتبر كأنه لم يكن[128]. وهذا ما نؤيده إذ أن اللغة العلمية التقنية لا تكون عادة مفهومة بالنسبة للمريض. وإذا كان المريض مسناً، فعلى من يمارس المهن الصحية أن يستهلك كل طاقاته لإفهامه ونصحه[129]. ونحن نؤيد ذلك لانسجامه مع مبادئ الأخلاق الحميدة ولكي لا يكون المريض مجرد متلقى للخدمة الطبية ولكن مشارك فيها، فهو يشترك مع الطبيب في مواجهة المرض والألم[130]. كما يمكن للطبيب استخدام الأرقام لبيان النسبة المئوية لنجاح أو فشل العلاج وذلك من أجل إعلام مريضه[131]. وهذا ينسجم مع نص المادة 35 من قانون أخلاقيات المهنة التي اعتبرت أن المعلومات محل الالتزام بالإعلام يجب أن تكون "صادقة وواضحة وملائمة لوضع المريض".

---

[122] Cass. 1re civ., 17 déc. 2009, n° 08-21.206.

[123] Cass. 1re civ., 5 mars 2015, n. 14-13.292.

[124] CA Lyon, 17 févr. 2000 : Juris-Data n° 2000-105063.

J.-C.Chardon, Les responsabilités du chirurgien-dentiste : Prélat 2010, p. 76.

[125] CA Paris, 20 oct. 2000 : Juris-Data n° 2000-128359.

[126] CA Paris, 20 févr. 2001 : Juris-Data n° 2001-139157.

[127] Cass. civ. 21 février 1961, JCP 1961, II, 12169, note R. Savatier.

د. محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 55.

[128] Cass. 1re civ., 21 févr. 1961, n° 58-11.654, JCP G 1961, II, n°12129, note Savatier R. ; comp.,C. déont. méd., art. 34.

[129] J.-C. Chardon, op. cit., p. 73.

[130] د. مجدي حسن خليل، مرجع سابق، ص 54.

[131] د. مجدي حسن خليل، مدى فعالية رضاء المريض في العقد الطبي، دار النهضة العربية، 2000، ص 57.

وتنص المادة 34 من ذات القانون أنه على الطبيب صياغة وصفاته الطبية بوضوح، وأن يتأكد من حسن فهمها من قبل المريض.

33. إثبات الإعلام. -

استناداً للمادة L. 1111-2 (الفقرة 7) من قانون الصحة العامة يقع عبء إثبات القيام بهذا الالتزام على عاتق المدين به؛ هذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية عند تفسيرها للمادة 1315 من القانون المدني[132]. ولا يشترط الإثبات كتابةً حسبما اعتبرت المحكمة ذاتها[133] إلا في "حالات خاصة" كأن يكون المريض يعاني من عاهة في جسده، أو من مرض الصمم، أو من مرض نفسي[134]. ولعل السبب في ذلك هو أن القيام بالالتزام بالإعلام والنصح هو واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة وسائل الإثبات[135]. ومع ذلك فقد نصحت المحكمة بالإثبات كتابةً وأوصت بأن يحتفظ المهني بإثبات خطي على قيامه بذلك[136]. وقد أيد الفقه هذا التوجه[137].

الفرع الثاني: أثر تنفيذ الالتزام بالإعلام من عدمه وحالات الإعفاء منه

34. قد يقوم طبيب الأسنان بالتزامه بالإعلام والنصح على أكمل وجه؛ إلا أنه قد يقصر في ذلك. وفي كلتا الحالتين تترتب نتائج معينة، وأحياناً يعفى طبيب الأسنان من التزامه هذا.

الغصن الأول: تنفيذ الالتزام بالإعلام من عدمه

35. أثر تنفيذ الالتزام بالنسبة للمريض. -

إذا نفذ المهني التزامه بالإعلام يترك القرار حينئذ للمريض. هذا ما أكدته المادة L. 1111-4 من قانون الصحة العامة المعدلة بالقانون رقم 2005-370 في 22 أبريل 2005 والتي اعتبرت أنه على المهني أن يحترم قرار المريض ببدء أو متابعة العلاج من عدمه.

ومن جهته اعتبر القضاء الفرنسي في هذا الصدد أيضاً أنه لا يحق لطبيب الأسنان إجراء أي تدخل إلا في حدود موافقة المريض دون تجاوزها[138]. والهدف من إعلام المريض المسبق يكمن في تمكينه من "الاختيار بين أنواع العلاجات المتاحة وهو على بينة من أمره، وخاصةً بين إجراء عملية من عدمه"[139].

---

[132] « celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation » (Cass. 1re civ., 25 févr. 1997, n° 94-19.685, JCP G 1997, I, n° 4025, spéc. n° 7, obs. Viney G., RTD civ. 1997, p. 434, obs. Jourdain P., Bull. jur. santé publ., févr. 1999, p. 7, note Pansier F.-J. et Bladier J.-B., LPA 1997, n° 85, p. 17, note Dorsner-Dolivet A., D. 1997, somm., p. 319, obs. Penneau J., Resp. civ. et assur. 1997, chr. n° 8, par Lapoyade Deschamps Ch., Gaz. Pal. 1997, 1, jur., p. 274, rapp. Sargos P., note Guigue J., Dr. & patr. 1997, n° 48, p. 82, obs. Chabas F.

[133] Cass. 1re civ., 29 mai 1984, n° 83-12.016, D. 1985, jur., p. 281, note Bouvier F. ; Cass. 1re civ., 4 avr. 1995, n° 93-13.326, Bull. civ. I, n° 159, JCP G 1995, I, n° 3893, spéc. n° 30, obs. Viney G.

[134] Cass. 1re civ., 29 mai 1984, n° 83-12.016, précité.

[135] Cass. 1re civ., 14 oct. 1997, n° 95-19.609, JCP G 1997, II, n° 22942, rapp. Sargos P., JCP G 1997, I, n° 4068, spéc. n° 6, obs. Viney G., RTD civ. 1998, p. 100, obs. Mestre J ; Cass. 1re civ., 12 juin 2012, n° 11-18.928.

[136] Cass. 1re civ., 25 févr. 1997, Hedreul c/ Cousin : Juris-Data n° 1997-000781 ; JCP G 1997, IV, 881.

[137] A. Le Masson, op. et loc. cit.

[138] CA Dijon, 30 juin 2000 : Juris-Data n° 2000-131749 ; CA Lyon, 31 mai 2001 : Juris-Data n° 2001-144751.

[139] J.-C. Chardon, op. cit., p. 75 ; CA Toulouse, 4 nov. 2002 : Juris-Data n° 2002-195519.

إذا رفض المريض العلاج أو متابعته، على المهني أن ينصحه بإصرار إذا كان قراره يعرض حياته للخطر (الفقرة الثانية من المادة 4-1111 .L من قانون الصحة العامة). ويمكن للمهني أن يجري رغم ذلك العلاج الضروري les soins indispensables إذا كان اعتراض المريض قد يسبب نتائج جسيمة وضارة (المادة 4-1111 .L الفقرة الخامسة من قانون الصحة العامة)[140]. ونحن نؤيد هذا التوجه الفقهي والقضائي لانسجامه مع جميع الشرائع السماوية والدساتير الدولية.

وفي حال عدم قدرة المريض على التعبير عن إرادته، على المهني البحث عن "شخص ثقة" personne de confiance سبق واختاره المريض وفقاً للمادة 6-1111 .L من قانون الصحة العامة، أو "العائلة، وفي حال عدم وجودها، أحد الأقارب"[141]، وذلك ليس لأخذ موافقتهم بل لاستطلاع رأيهم فقط. ويعفى المهني من ذلك في حالة "الطوارئ أو الاستحالة" المنصوص عنهما في المادة 36-4127 .R (الفقرة الثالثة) من قانون الأخلاقيات الطبية.

إذا كان المريض قاصراً، فموافقة الأم والأب معاً مطلوبة إلا في الحالات الطارئة[142]. وفي حال وفاتهما، يستعاض عنها بموافقة ممثله القانوني (المادة 42-4127 .R من قانون الصحة العامة).

أما إذا كان المريض راشداً ولكنه تحت الوصاية، فالموافقة تصدر عن ممثله القانوني (المادة 42-4127 .R من قانون الصحة العامة)[143]. وهذا كله انسجاماً مع الأحكام العامة[144].

تجدر الإشارة أخيراً إلى أن إعلام المريض بالمخاطر لا تعفي طبيب الأسنان من المسؤولية طالما توفرت شروطها[145].

36. مدى التعويض في حال عدم تنفيذ الالتزام بالإعلام. -

السؤال الذي يطرح هنا: إذا أخل المدين بهذا الالتزام بالتزامه فهل يشمل التعويض جميع الأضرار التي أصابت المريض أم يقتصر على تفويت الفرصة فقط؟

في البداية كان الفقه والقضاء في فرنسا يعتبران أن التعويض يشمل جميع الأضرار المتعلقة بعدم إعلام المريض[146].

وفي عام 1990، تغير مسار الفقه والقضاء معتبرين أن التعويض عن الإخلال بهذا الالتزام لم يعد يشمل جميع الأضرار كما في السابق، ولكن فقط تفويت فرصة تفادي وقوع الأضرار[147]. وقد أخذ بهذا التوجه أيضاً مجلس الدولة في أحكام عدة منها الحكم الصادر بتاريخ 2 فبراير 2011[148].

---

[140] A. Le Masson, op. et loc. cit. ; Civ. 1ère, 27 mai 1998, Bull. n° 187.

[141] C. santé publ., art. L. 1111-4.

[142] CA Paris, 1re ch., sect. B, 29 sept. 2000, Méd. & Droit, 2001, n° 46, p. 29, D. 2001, p. 1585, note Duvert C.

[143] Fossier Th. et Harichaux M., La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'acte médical, RDSS 1991, p. 1.

[144] M. Harichaux, Droit médical et hospitalier, Fasc. 18, 18-2 : Litec 2001, p. 28 ; P. Sargos

Sur la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 : J.-Cl. Responsabilité civile et Assurances, Fasc. 440-20 ou Civil Code s< Art. 1382 à 1386. Fasc. 440-20.

[145] Cass. 1re civ., 30 janv. 1996, préc. ; CA Paris, 30 sept. 1993 : Gaz. Pal. 1993, 2, somm. p. 596, confirmé par Cass. 1re civ., 30 janv. 1996 : Juris-Data n° 1996-000320.

[146] Cass. 1re civ., 11 févr. 1986, n° 84-10.845, JCP G 1986, II, n° 20775, note Dorsner-Dolivet A., Gaz. Pal. 1986, 1, jur., p. 296, obs. F. C. : réparation intégrale du préjudice subi par un enfant pour défaut d'information sur un risque de paralysie faciale ; rappr., en ce sens pour la juridiction administrative : CE, 10 oct. 2005, n° 254284, Consorts Groisjean, Resp. civ. et assur. 2006, comm. 31, note Guettier C. ; voir également, pour les dommages liés à la naissance d'enfants atteints d'handicaps congénitaux inaccessibles aux soins et sur la position du juge administratif, n°413-35 et s.et n°411-27.

[147] Cass. 1re civ., 7 févr. 1990, n° 88-14.797, D. 1991, somm., p. 183, obs. Penneau J. ; Cass. 1re civ., 29 juin 1999, n° 97-14.254, JCP G 1999, II, n° 10138 ; rappr. Sargos P., Dr. & patr. 1999, n° 75, p. 107, note Chabas F. ; Thouvenin D., Les masques de la faute, D. 1999, jur., p. 559 : défaut d'information sur le risque d'infection nosocomiale, perte d'une chance du patient « d'échapper à une atteinte à son intégrité physique » ; Cass. 1re civ., 7 déc. 2004, n° 02-10.957, D. 2005, p. 406, obs. Penneau J. : la violation d'une obligation d'information ne peut être sanctionnée qu'au titre de la perte de chance subie, le dommage corporel correspond alors à une fraction

بعد ذلك، تغير مسار الفقه والقضاء معتبرين أن التعويض عن الإخلال بهذا الالتزام لم يعد يشمل جميع الأضرار كما في السابق، ولكن يقتصر على تفويت فرصة تفادي وقوع الأضرار[149]؛ ويعفى طبيب الأسنان من التعويض إذا ثبت أن الإجراء الذي اتخذه بالرغم من غياب الإعلام والنصح هو الحل الذي كان سيوافق عليه المريض فيما لو قام بالتزامه بالإعلام[150]. في هذه الحالة الأخيرة لا يستحق المريض تعويضاً لأنه كان سيختار العلاج الذي أخضع له[151]. ونحن نؤيد هذا الرأي إذ أنه يذكرنا بنص المادة 313 الفقرة 1-أ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي التي تنص على أن المكلف بالرقابة يدفع المسؤولية عن نفسه "إذا أثبت (...) أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية". فطالما أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام طبيب الأسنان بالتزامه بالإعلام، فلا مبرر لمساءلته.

ومن ناحيته اعتبر مجلس الدولة في 24 يوليو 2009 أنه إذا لم يكن للمريض علاج بديل عن العلاج المتبع فلا يسأل الطبيب عن تفويت الفرصة[152]. وهذا ما نؤيده إذ أن الطبيب لم يفوت على المريض فرصة اتباع علاج آخر لعدم وجوده.

إلا أنه وفي 3 يونيو 2010 غيرت محكمة النقض مسارها مرةً أخرى معتبرةً أن الإخلال بالالتزام بالإعلام يلحق أضراراً بالدائن به، ويجب التعويض عنه، وأن التعويض يشمل جميع الأضرار وليس فقط تفويت الفرصة[153]. وتبرر محكمة النقض هذا الحكم بأن هناك ضرر مفترض من جراء عدم إعلام المريض ألا وهو انتهاك حقوق الإنسان الأساسية ومنها المحافظة على كرامة الإنسان والحق في سلامة جسده. وقد أيد جانب من الفقه هذا التوجه[154]. إلا أننا لا نرى ذلك صائباً لأن المريض كان يمكن أن يختار ذات العلاج لو كان قد أُعلم.

---

des différents chefs de préjudice subis ; pour une illustration sous l'empire de la loi du 4 mars 2002, au double visa de l'article 1382 du Code civil et de l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique : Cass. 1re civ., 9 févr. 2012, n° 10-25.915.

Cass. 1re civ., 6 déc. 2007, n° 06-19.301, précité : « le seul préjudice indemnisable à la suite du non-respect de l'obligation d'information du médecin, laquelle a pour objet d'obtenir le consentement éclairé du patient, est la perte de chance d'échapper au risque qui s'est finalement réalisé ».

[148] CE, 5 janv. 2000, n° 198530, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris*, Rec. Lebon, p. 5, AJDA 2000, p. 180 ; CE, 2 févr. 2011, n° 323970, *Mme A contre centre hospitalier Pasteur de Langon*).

[149] Cass. 1re civ., 6 déc. 2007, n° 06-19.301, précité : « le seul préjudice indemnisable à la suite du non-respect de l'obligation d'information du médecin, laquelle a pour objet d'obtenir le consentement éclairé du patient, est la perte de chance d'échapper au risque qui s'est finalement réalisé » ;

Cass. 1re civ., 7 févr. 1990, n° 88-14.797, D. 1991, somm., p. 183, obs. Penneau J. ; Cass. 1re civ., 29 juin 1999, n° 97-14.254, JCP G 1999, II, n° 10138 ; rappr. Sargos P., Dr. & patr. 1999, n° 75, p. 107, note Chabas F. ; Thouvenin D., Les masques de la faute, D. 1999, jur., p. 559 : défaut d'information sur le risque d'infection nosocomiale, perte d'une chance du patient « d'échapper à une atteinte à son intégrité physique » ; Cass. 1re civ., 7 déc. 2004, n° 02-10.957, D. 2005, p. 406, obs. Penneau J. : la violation d'une obligation d'information ne peut être sanctionnée qu'au titre de la perte de chance subie, le dommage corporel correspond alors à une fraction des différents chefs de préjudice subis ; pour une illustration sous l'empire de la loi du 4 mars 2002, au double visa de l'article 1382 du Code civil et de l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique : Cass. 1re civ., 9 févr. 2012, n° 10-25.915.

[150] Cass. 1re civ., 7 oct. 1998, n° 97-12.185, JCP G 1998, II, n° 10179, concl. Sainte-Rose J., note Sargos P. ; voir également, CA Angers, 11 sept. 1998, D. 1999, jur., p. 46, note Penneau M., statuant sur renvoi de cassation - Cass. 1re civ., 25 févr. 1997, n° 94-19.685, Bull. civ. I, n° 75, JCP G 1997, I, n° 4025, spéc. n° 7, obs. Viney G., RTD civ. 1997, p. 434, obs. Jourdain P., Bull. jur. santé publ., févr. 1999, p. 7, note Pansier F.-J. et Bladier J.-B., LPA 1997, n° 85, p. 17, note Dorsner-Dolivet A., D. 1997, somm., p. 319, obs. Penneau J., Resp. civ. et assur. 1997, chr. n° 8, obs. Lapoyade Deschamps Ch., Gaz. Pal. 1997, 1, jur., p. 274, rapp. Sargos P., note Guigne J., Dr & patr. 1997, n° 48, p. 82, obs. Chabas F., D. 1999, somm., p. 259, obs. Mazeaud D. : le patient « dont le père était mort d'un cancer du côlon et dont toute l'attitude démontre qu'il souhaitait se débarrasser tant de troubles abdominaux pénibles que de craintes pour l'avenir n'aurait pas pu raisonnablement refuser cet examen et cette exérèse »

[151] Voir par exemple Cass. 1re civ., 6 déc. 2007, n° 06-19.301, Bull. civ. I, n° 380, D. 2008, p. 192, note Sargos P., D. 2008, p. 2894, obs. Jourdain P., D. 2008, p. 804, note Neyret L., D. 2008, p. 1908, note Bacache M.

[152] CE, 24 juill. 2009, n° 305372, *M. A contre CHU de Nantes.*

[153] Cass. 1re civ., 3 juin 2010, n° 09-13.591 :

le non-respect du devoir d'information « cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice, qu'en vertu du dernier des textes susvisés, le juge ne peut laisser sans réparation ».

[154] v. par exemple Porchy-Simon S., Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient, D. 1998, chr., p. 379 ; Bacache M., Le défaut d'information sur les risques de l'intervention : quelles sanctions ?, D. 2008, p. 1908 ; Hoquet-Berg S., Les sanctions du défaut d'information en matière médicale, Gaz. Pal. 10 sept. 1998, p. 1121

وقد أكدت محكمة النقض على هذا التوجه في أحكام صدرت لاحقاً في 9 فبراير 2012، و12 يوليو 2012، و10 أبريل 2013[155].

وفي 23 يناير 2014، غيرت محكمة النقض مسارها؛ فقد حكمت بأن المريض يستحق إلى جانب التعويض عن تفويت فرصة تفادي وقوع الضرر فيما لو كان قد أُعلم بالإجراء ورفض اتباعه، تعويض آخر وهو عدم تحضير المريض لتلك المخاطر[156]. وهنا تكون محكمة النقض قد أخذت موقفاً وسطياً إذ أنها لم تحكم بالتعويض عن تفويت الفرصة فقط، ولا بالتعويض عن جميع الأضرار. ونحن نرى أن هذا الحل هو الأنسب بشرط أن يثبت المريض أن هذا الإجراء لم يكن الإجراء الذي كان سيختاره المريض فيما لو تم إعلامه وفقاً للأصول.

الفصل الثاني: حالات الإعفاء من الالتزام

37. لا يمكن لطبيب الأسنان إجراء أي عمل طبي إلا بعد إعلام المريض. ولكن هناك حالات استثنائية يجب أن تراعى. تنص المادة L. 1111-2 (الفقرة الثانية) من قانون الصحة العامة على أن الحالات المستعجلة وحالة استحالة إعلام المريض فقط يمكن أن يعفيا المهني من المسؤولية. ونحن لا نتفق مع أستاذنا د. محمد حسن قاسم الذي فسر عبارة "l'impossibilité d'informer" الواردة بالمادة L. 1111-2 من قانون الصحة العامة على أنها تعني نزول المريض عن حقه في الإعلام[157]، بينما هي تعني استحالة إعلام المريض.

وقد أضافت الفقرة الرابعة من المادة ذاتها أن رغبة المريض في عدم الحصول على المعلومات يجب أن تحترم إلا إذا كان ذلك يمكن أن يعرض حياة الآخرين للخطر. كما تنص الفقرة الثانية من المادة R. 4127-35 من قانون الصحة العامة على أنه يمكن للمهني حجب المعلومات عن المريض إذا كان ذلك في مصلحته[158]. وقد أكدت المادة 35 (الفقرة 2) من قانون أخلاقيات المهنة على هذا الاتجاه حيث نصت: "لمصلحة المريض ولأسباب مشروعة يقدرها الطبيب، وفقاً لضميره، يمكن أن يترك المريض على جهله بالتشخيص أو بالعواقب الخطيرة للمرض، إلا في حالات الأمراض التي قد تعرض الغير لخطر العدوى". ويؤيد الفقه هذا التوجه لما فيه من تفضيل لمصلحة المريض ولا سيما الحيلولة دون إصابته بإحباط نفسي أو أي مرض نفسي آخر[159]. فالمشرع قد ترك للطبيب حرية تقدير شخصية المريض وما إذا كان من الأفضل ترك المريض على جهله، على أن يكون ذلك مبرراً، تحت طائلة ملاحقة الطبيب. والهدف من السلطة التقديرية المعطاة للطبيب هو ترك المريض يعيش في جو مشبع بالأمل في الشفاء[160]. إلا أن المشرع قد استثنى من ذلك الأمراض التي قد تعرض الغير لخطر العدوى رحمةً بالمحيطين بالمريض.

---

[155] Cass. 1re civ., 9 févr. 2012, n° 10-25.915 et Cass. 1re civ., 10 avr. 2013, n° 12-14.813 ; v. toutefois Hocquet-Berg S., La perte de chance découlant du défaut d'information médicale toujours active !, http://www.revuegeneraledudroit.eu/?p=9878, obs. sous Cass. 1re civ., 10 avr. 2013, n° 12-14.813.
Cass. 1re civ., 12 juill. 2012, n° 11-17.510, Bull. civ. I, n° 165, JCP G 2012, n° 40, 1036, note Sargos P., JCP G 2012, n° 17, 2066, obs. Stoffel-Munck Ph., D. 2012, p. 2277, note Bacache M., D. 2013, p. 42, obs. Gout O.

[156] Cass. 1re civ., 23 janv. 2014, n° 12-22.123:
« *indépendamment des cas dans lesquels le défaut d'information sur les risques inhérents à un acte d'investigation, de traitement ou de prévention a fait perdre au patient une chance d'éviter le dommage résultant de la réalisation de l'un de ces risques, en refusant qu'il soit pratiqué, le non-respect, par un professionnel de santé, de son devoir d'information cause à celui auquel l'information était due, lorsque ce risque se réalise, un préjudice résultant d'un défaut de préparation aux conséquences d'un tel risque, que le juge ne peut laisser sans réparation* ».

[157] د. محمد حسين قاسم، مرجع سابق، ص 58.

[158] « dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes que le praticien apprécie en conscience, un malade peut être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic graves ».

[159] P. Sargos, J.-Cl. Responsabilité civile et Assurances, Fasc. 440-30 ou Civil Code, Art. 1382 à 1386, Fasc. 440-30.

[160] د. مجدي حسن خليل، مرجع سابق، ص 67.

وفي عام 1998 و2001 أصدرت محكمة النقض حكمين اعتبرت فيهما أنه في غير الحالات المستعجلة (كحالة نزيف الدم الشديد مثلاً) أو الحالة التي يرفض فيها المريض أن يتلقى المعلومات[161] لا يعفى طبيب الأسنان من من هذا الالتزام ولو تذرع بأن المخاطر هذه لا تحصل إلا نادراً[162]. إلا أن المحكمة ذاتها أصدرت حكماً عام 2000 معتبرةً أنه يعفى المهني من القيام بالتزامه هذا إذا رأى أن ذلك في مصلحة المريض استناداً لطبيعة مرضه ولشخصيته[163]. وقد أيد الفقه هذا التوجه[164].

وتجدر الإشارة هنا أيضاً إلى أنه يعفى طبيب الأسنان من التزامه في حالات الزرع. حيث اعتبرت محكمة Grenoble الفرنسية أن الالتزام بالإعلام في هذه الحالات يقع على عاتق المختص بالزراعة الذي يستعين به طبيب الأسنان دون غيره[165]. فعلى هذا الأخير إعلام المريض بكل ما يتعلق بأمور الزرع[166].

المبحث الثالث: أحكام مسؤولية طبيب الأسنان

38. إذا خالف طبيب الأسنان أيا من الالتزامات الملقاة على عاتقه تترتب مسؤوليته. ولكن قد يعفى من المسؤولية في حالات عدة.

المطلب الأول: آثار ترتب مسؤولية طبيب الأسنان

39. مسؤولية تضامنية. -

إذا توفرت شروط المسؤولية بالنسبة لطبيب الأسنان وممارس آخر تدخل في العلاج تكون مسؤولية طبيب الأسنان تضامنية[167] مع مسؤولية الممارس الآخر مثل فني الأسنان أو المختص في أمراض الفم والأسنان أو طبيب العيون[168] أو أي طبيب آخر. وقد اعتبرت محكمة Aix-en-Provence أن خطأ جراحي الأسنان اللذين تدخلا في علاج المريض يؤدي إلى توزيع المسؤولية فيما بينهما بالتضامن[169]؛ وقد أكدت على ذلك محكمة استئناف باريس معتبرةً أن خطأ طبيب الأسنان وخطأ زميله الذي حل مكانه يؤديان إلى توزيع المسؤولية بالتضامن بينهما؛ ففي الوقائع: أوهم أحد الجراحين المريضة بأن زميله الذي سيحل مكانه في الإجازة قادر على إجراء التدخل المطلوب أثناء الإجازة في حين أن صور الأشعة تثبت العكس نظراً لحالة المريضة؛ أما الطبيب الثاني الذي حل مكان الأول فلم يراع الأصول العلمية في عمله.

---

[161] Cass. 1re civ., 7 oct. 1998, n° 97-10.267, D. 1999, jur., p. 145, note Porchy-Simon S. et CE, sect., 5 janv. 2000, n° 181.899, Consorts Telle ; CE, sect., 5 janv. 2000, n° 198.530, Assistance publique - Hôpitaux de Paris, JCP G 2000, II, n° 10271, note Moreau J.

[162] Cass. 1re civ., 7 oct. 1998, n° 97-10.267, précité ;comp.Cass. 1re civ., 9 oct. 2001, n° 00-14.553, Resp. civ. et assur. 2002, comm. n° 374.

[163] Civ. 1ère, 23 mai 2000, Bull. n° 159 rapport annuel 2000 p.377.

[164] P. Sargos, op. et loc. cit.

[165] CA Grenoble, 3 oct. 2000 : Juris-Data n° 2000-150040.

[166] F. Alla et B. Py, Droit de la santé. Textes juridiques : Éd. PUF., Col. Que sais-je n° 3215, 1997, p. 39.

[167] F. Alla et B. Py, op. cit., p. 73 ; CA Paris, 29 avr. 1997 : Juris-Data n° 1997-021501.

[168] CA Paris, 9 févr. 1995 : Juris-Data n° 1995-020297.

[169] CA Aix-en-Provence, 1er oct. 1996 : Juris-Data n° 1996-045214.

وبناءً على ذلك اعتبرت المحكمة أن الاثنين قد ارتكبا خطأ وتكون مسؤوليتهما تضامنية[170]. وقد أيد الفقه الفرنسي ذلك[171].

40. التعويض عن الخسارة والكسب الفائت وتفويت الفرصة. -

في حال ترتب مسؤولية طبيب الأسنان، فهو يسأل عن الخسارة والربح الفائت وعن تفويت الفرصة وفقاً للأحكام العامة[172]؛ فقد اعتبرت محكمة استئناف Rennes أن الطبيب -الذي يستغرق فترة 4 أشهر دون أن يخفف ألم مريضه ثم يحيله بعد ذلك إلى اختصاصي آخر - قد فوت فرصة العلاج وتخفيف ألم المريض طيلة هذه الفترة[173].

41. استرجاع نفقات العلاج. -

إضافةً للتعويض المنصوص عليه في القواعد العامة، يعتبر استرجاع نفقات العلاج نوعا خاصا من التعويض المتعلق بعلاج الأسنان؛ فإذا لم ينل العلاج رضى المريض، يمكن أن يلزم طبيب الأسنان برد نفقات العلاج إلى المريض[174]، أو إعفاء المريض من تسديد النفقات[175]. كما يمكن تخفيض كلفة العلاج إذا تخللته بعض الأخطاء[176].

المطلب الثاني: إعفاء طبيب الأسنان من المسؤولية

42. إضافة إلى القوة القاهرة التي تقطع علاقة السببية بين الخطأ والضرر، يعفى طبيب الأسنان من المسؤولية في حال ثبت فعل المريض أو الغير.

يؤدي فعل المريض أحياناً إلى إعفاء طبيب الأسنان من المسؤولية؛ فقد اعتبرت محكمة استئناف Metz أنه إذا امتنع المريض عن إخبار طبيب الأسنان بأنه يعاني من مرض وراثي يجعله لا يقوى على تحمل نوع معين من التخدير، ما أدى إلى وفاته بعد يوم واحد من استعمال الطبيب للمخدر، يعفى هذا الأخير من المسؤولية إذ أن الوفاة حصلت بفعل المريض[177]. إلا أننا نرى بأنه ليس على المريض التزام بإعلام الطبيب فحسب، بل على الطبيب أيضاً التزام بالاستعلام[178]؛ فإذا استعلم الطبيب من المريض إلا أن هذا الأخير لم يعلمه على الرغم من ذلك، فلا يسأل طبيب الأسنان في هذه الحالة.

كما اعتبرت محكمة استئناف باريس أنه إذا نتج الضرر عن خطأ المريض الذي قطع العلاج في مرحلة مهمة لا يتحمل طبيب الأسنان المسؤولية، بل يتحمل المريض نتيجة خطئه[179].

وقد اعتبرت محكمة الاستئناف في Aix-en-Provence أن طبيب الأسنان الذي يواجه مشكلة في تشخيص المرض، ويطلب استشارة زملاء له بالتخصص، ويحدد موعدا آخر للمريض إلا أن هذا الأخير لم يحضر بالرغم من الاتصال به هاتفياً، لا يسأل عن الضرر الذي أصاب المريض[180].

---

[170] CA Paris, 1er déc. 1995 : JCP G 1997, II, 22760, note H. Vray.
[171] J.-M. Kornprobst, Les auxiliaires médicaux : Masson 2013, p. 118.
[172] J.-M. Kornprobst, op. cit., p. 115.
[173] CA Rennes, 8 mars 2000 : Juris-Data n° 2000-113569.
[174] TGI Paris, 19 sept. 1994 : Juris-Data n° 1994-047355.
[175] Cass. 1re civ., 25 avr. 1990 : Juris-Data n° 1990-002246.
[176] CA Paris, 2 mai 2000 : Juris-Data n° 2000-135561.
[177] CA Metz, ch. des appels correctionnels, 22 sept. 1989 : Juris-Data n° 1989-047784.
[178] Cass. 1re civ., 5 mars 2015, n. 14-13.292.
[179] CA Paris, 8 févr. 1991 : JCP G 1992, II, 21788, note G. Mémeteau.

كما يمكن إعفاء طبيب الأسنان من المسؤولية إذا كان المريض غير متجاوب مما يشكل خطأ من هذا الأخير طالما أن عدم تجاوبه هو الذي سبب حصول الضرر[181]. فعلى المريض الالتزام بالتعاون مع الطبيب؛ فالمريض الذي يرفض الحضور إلى العيادة لإجراء التعديلات المقترحة من طبيب الأسنان هو غير متعاون، الأمر الذي يعفي هذا الأخير من المسؤولية طالما أن عدم التعاون هو الذي أدى إلى حصول الضرر، وهذا الأمر طبيعي إذ أن اقتراح التعديلات يؤكد أن طبيب الأسنان يسعى لبذل العناية المطلوبة، ويعتبر عدم تجاوب المريض السبب المباشر والوحيد للضرر[182].

تجدر الإشارة هنا إلى أن اشتراط المريض كلفة منخفضة للعلاج لا يعتبر خطأ وبالتالي لا يبرئ الطبيب من المسؤولية جراء ارتكابه خطأ ما؛ والقول بغير ذلك يكون مخالفاً للمادة 1147 من القانون المدني الفرنسي. فقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن اختيار الطبيب "لتركيبة اصطناعية" متحركة منسجمة مع القدرات المادية للمريض علماً أنه كان من الأفضل استعمال "تركيبة اصطناعية" ثابتة يرتب مسؤولية الطبيب[183].

كما يمكن إعفاء طبيب الأسنان من المسؤولية إذا بذل العناية المطلوبة (في الحالات التي يكون فيها التزامه التزاما ببذل عناية) أو كان الضرر الحاصل ناجماً عن فعل طبيب آخر[184].

ولقد أصدرت المحاكم الفرنسية عدة قرارات مفادها عدم مساءلة طبيب الأسنان على الرغم من عدم تنفيذه لالتزامه بإعلام المريض؛ فاعتبرت محكمة استئناف Aix-en-Provence أن طبيب الأسنان يعفى من المسؤولية جراء عدم إعلامه المريض إذا لم تتوفر خيارات أخرى للعلاج المقترح[185]. ونرى أن ذلك منطقي إذ أن المريض كان سيختار هذا العلاج المقترح لعدم توفر غيره.

كما اعتبرت محكمة استئناف Toulouse أن طبيب الأسنان لا يسأل طالما أن خطأه بالامتناع عن إعلام المريض كان يسيراً وأن المريضة لم تثبت أنها كانت ستغير رأيها لو أن طبيب الأسنان قد أعلمها[186]؛ كما اعتبرت محكمة استئناف Aix-en-Provence في 2 أبريل 1997 أنه لا يسأل عن عدم التزامه بإعلام المريضة طالما أن هذه الأخيرة رفضت التركيبة الاصطناعية لسبب تجميلي[187]، وهذا ما لا نراه صائباً إذ من حق المريضة أن يعلمها طبيب الأسنان بكل ما يتعلق بالتركيبة الاصطناعية ولا سيما الشق التجميلي.

---

[180] CA Aix-en-Provence, 15 mars 1995 : Juris-Data n° 1995-041059 ; Cass. 1re civ., 10 déc. 1996, n° 95-13.154, GAMM infos, déc. 1998, n° spéc. Odontologie, p. 6, note Dumont M. ; Cass. 1re civ., 10 déc. 2002, n° 01-02.187 ; Cass. 1re civ., 17 janv. 2008, n° 06-20.107, RLDC 2008/47, n° 2904.

[181] Cass. 1re civ., 17 oct. 1995 : RD sanit. soc. 1996, p. 523, obs. L. Dubouis.

[182] CA Grenoble, 18 mai 1989 : Juris-Data n° 1989-044518.

CA Montpellier, 23 sept. 1993 : Juris-Data n° 1993-034802. - Même sens CA Lyon, 6 févr. 2003, préc.

[183] Cass. 1re civ., 19 déc. 2000 : Juris-Data n° 2000-007494, cassant CA Metz, 4 sept. 1997.

[184] CA Paris, 26 oct. 1994 : Juris-Data n° 1994-023630.

[185] CA Aix-en-Provence, 10 avr. 2001 : Juris-Data n° 2001-142054.

[186] CA Toulouse, 2 juill. 2002 : Juris-Data n° 2002-195514. - Même sens, CA Toulouse, 4 nov. 2002, préc.

[187] CA Aix-en-Provence, 2 avr. 1997 : Juris-Data n° 1997-041492.

خاتمة

خلصت الدراسة إلى النتائج والتوصيات الآتية:

أ. النتائج

1- بعد صدور القانون رقم 303-2002 أصبحت المادة L. 1142-1 من قانون الصحة العامة تنص في فقرتها الأولى على أن مسؤولية من يمارسون المهن الصحية تقوم على الخطأ واجب الإثبات.

2- منذ صدور حكم Mercier عن محكمة النقض الفرنسية، بات الأساس القانوني لمسؤولية طبيب الأسنان هو المسؤولية العقدية والعنصر الأول فيها الخطأ. ومع ذلك فقد تترتب المسؤولية في حالات محددة من دون ارتكاب خطأ.

3- قد يسأل طبيب الأسنان على أساس المسؤولية التقصيرية إذا لم تربطه بالمضرور علاقة عقدية كمن يتضرر من فعل ممرضة تعمل في المشفى الذي تعاقد معه.

4- في القانون الفرنسي تحجب المسؤولية العقدية المسؤولية التقصيرية. فلا مجال لملاحقة شخص على أساس المسؤولية التقصيرية إذا كانت شروط المسؤولية العقدية متوفرة في حقه.

5- على الرغم من أن الخطأ هو مبدئياً الأساس القانوني لمسؤولية طبيب الأسنان حسبما جاء في المادة L. 1142-1 (الفقرة الأولى) من قانون الصحة العامة، إلا أن القضاء الفرنسي قد فسر هذا النص وحدد الأساس القانوني لتلك المسؤولية على حسب التزامات طبيب الأسنان.

6- أن التزام طبيب الأسنان بشأن تقديم عناية تتفق والضمير الإنساني والمهني والأصول العلمية الثابتة والمتوفرة هو التزام ببذل عناية. أما التزامه بإيجاد التركيبات الاصطناعية كالوجبات مثلاً، فهو التزام بتحقيق نتيجة، في حين أن التزامه بتثبيتها أو تركيبها هو التزام ببذل عناية. أما إذا ارتبط الضرر بآلة استخدمها طبيب الأسنان فلا يكون قد راعى الالتزام بضمان السلامة وهو التزام بتحقيق نتيجة.

7- إضافةً إلى هذه الالتزامات يقع على عاتق طبيب الأسنان التزام بإعلام المريض كالذي يقع على عاتق الطبيب، وهو ليس التزاماً مطلقاً بل يقتصر على المعلومات التي يمكن أن يتحملها المريض نفسياً، مع خصوصية أدخلها القانون الصادر في 4 مارس 2002.

8- إضافةً إلى هذه الالتزامات يقع على عاتق طبيب الأسنان التزام بإعلام المريض كالذي يقع على عاتق الطبيب، مع خصوصية أدخلها القانون الصادر في 4 مارس 2002، وهي اتباع الأصول العلمية المتوفرة.

9- غير القضاء الفرنسي مساره في حكم صدر في 17 يناير 2008 معتبراً أن وجود الضرر يكفي لقيام قرينة خطأ ارتكبه طبيب الأسنان، وهي قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس. وفي 24 أبريل 2013 أصدرت محكمة النقض حكماً اعتبرت فيه أن الأساس القانوني للمسؤولية هو الخطأ واجب الإثبات، وبالتالي تكون قد عادت إلى الحل الأقدم.

10- استثناءً من المبدأ، أجازت محكمة النقض الفرنسية في بعض الحالات قيام مسؤولية طبيب الأسنان وإن لم يرتكب أي خطأ؛ فابتلاع المريض لعصب أثناء تدخل طبيب الأسنان يرتب مسؤولية هذا الأخير حتى وإن لم يرتكب أي خطأ. كما أن إلحاق أي ضرر بعضلة فم المريض أثناء قلع أضراس العقل يرتب مسؤولية طبيب الأسنان حتى وإن لم يرتكب أي خطأ.

11- توسع القضاء الفرنسي في تفسير نص المادة L. 1111-2 من قانون الصحة العامة، فقد أقر منذ فترة طويلة أن على طبيب الأسنان إعلام مريضه - قبل البدء بالعناية بأسنانه أو تثبيت تركيبة اصطناعية في فمه - بالمخاطر والمعاناة المحتملة، وعلى سبيل المثال مخاطر خلع ضرس العقل، وإن كانت لا تحصل إلا على سبيل الاستثناء. وبتاريخ 5 مارس 2015 أصدرت محكمة النقض حكماً ألزمت فيه الطبيب بوجوب الاستعلام عن حالة المريض قبل إخباره عن مخاطر التدخل الطبي المحتمل.

12- تنص المادة L. 1111-3 من قانون الصحة العامة على ضرورة إعلام المريض حول الكلفة المتوقعة قبل إجراء أي تدخل، والنسبة التي يدفعها التأمين الصحي والضمان الاجتماعي.

13- الإعلام بواسطة لغة تقنية علمية يعتبر كأنه لم يكن إلا إذا فهم المريض ما هو مقصود منها.

14- لا يحق لطبيب الأسنان إجراء أي تدخل إلا في حدود موافقة المريض دون تجاوزها.

15- إذا رفض المريض العلاج أو متابعته، على المهني أن ينصحه بإصرار إذا كان قراره يعرض حياته للخطر (الفقرة الثانية من المادة L. 1111-4 من قانون الصحة العامة). ويمكن للمهني أن يجري رغم ذلك العلاج الضروري les soins indispensables إذا كان اعتراض المريض قد يسبب نتائج جسيمة وضارة (المادة L. 1111-4 الفقرة الخامسة من قانون الصحة العامة).

16- في 23 يناير 2014، غيرت محكمة النقض مسارها؛ فقد حكمت بأن المريض يستحق إلى جانب التعويض عن تفويت فرصة تفادي وقوع الضرر فيما لو كان قد أُعلم بالإجراء ورفض اتباعه، تعويض آخر وهو عدم تحضير المريض لتلك المخاطر.

17- التزام الطبيب بالإعلام هو التزام بنتيجة مفروض عليه، ولا يعفى منه حتى في حال وجود النشرة الطبية المرفقة بالدواء. وقد أيدت محكمة النقض هذا الاتجاه بأحكام عديدة منها ما هو صادر بتاريخ 23 يناير 2014.

ب. توصيات

1- اعتماد قرينة الخطأ كأساس لمسؤولية طبيب الأسنان لأن ذلك يعفي المضرور من عبء إثبات الخطأ وهو أمر صعب على المريض.

2- عدم اعتبار مسؤولية طبيب الأسنان مفترضة كما فعلت محكمة النقض في حكمين، لما في ذلك من إجحاف في حقه وخروج عن المبادئ العامة، والقول بغير ذلك من شأنه أن يثير الخوف والقلق لدى الأطباء حيال القيام بأي عمل ضمن تخصصهم فيخافون من مساءلتهم رغم مراعاتهم للأصول العلمية المتوفرة.

3- ضبط نص المادة L.1111-2 من قانون الصحة العامة الفرنسي لكي يتناول الالتزام بالإعلام كل العلاجات أو الخطوات المقترحة، وفعاليتها، ومدى ضروريتها، وما إذا كان من الضروري القيام بها على عجلة، والمخاطر العادية أو الجسيمة المتوقعة فقط وغير الاستثنائية، والنتائج المتوقعة في حال رفض المريض المثول للعلاج.

4- تقنين نص تشريعي بعدم الاعتداد بالإعلام بواسطة لغة تقنية علمية لأنها لا تكون عادة مفهومة بالنسبة للمريض.

5- إجبار المريض على متابعة العلاج حتى لو رفض من دون مبرر طالما أن اعتراضه قد يسبب نتائج جسيمة وضارة، لانسجامه مع جميع الشرائع السماوية والدساتير الدولية.

طبيب الأسنان من التعويض إذا ثبت أن الإجراء الذي اتخذه بالرغم من غياب الإعلام والنصح هو الحل الذي كان سيوافق عليه المريض فيما لو قام بالتزامه بالإعلام. فطالما أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام طبيب الأسنان بالتزامه بالإعلام، فلا مبرر لمساءلته.

7- التأكيد على حق "المريضة" أن يعلمها طبيب الأسنان بكل ما يتعلق بالتركيبة الاصطناعية ولا سيما الشق التجميلي خلافاً لبعض الأحكام القضائية.

قائمة المراجع

1- المراجع العربية

أ- المراجع العامة

- د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، منشأة المعارف - الاسكندرية، سنة 2005.
- د. مجدي حسن خليل، مدى فعالية رضاء المريض في العقد الطبي، دار النهضة العربية، 2000.

ب- المراجع المتخصصة

-
- د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، دائرة المعارف، ط1، 1993.
- د. محمد حسن قاسم، الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان، دار الجامعة الجديدة، 2012.
- د. محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، دائرة المعارف، 1986.
- د. محمد فائق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه، 1952.
- المستشار منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري، دار الفكر الجامعي، ط1، 2008.

2- En droit français

A. Ouvrages généraux, traités et manuels

Jean Almeras, Henri Pequignot,
La déonotlogie médicale, Litec, 1996.

F. Alla et B. Py
Droit de la santé. Textes juridiques : Éd. PUF., Col. Que sais-je n° 3215, 1997.

J.-M. Auby
Le droit de la santé : PUF, 1981.

J.-M. Auby
Traité de droit médical et hospitalier : Litec, 1996.

J.-M. de Forges
Le droit de la santé : Col. Que sais-je, PUF, 1997.

G. Mémeteau
Le droit médical : Litec 1985.

P. Sargos
Sur la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 : J.-Cl. Responsabilité civile et Assurances, Fasc. 440-20 ou Civil Code s< Art. 1382 à 1386. Fasc. 440-20 ; J.-Cl. Responsabilité civile et Assurances, Fasc. 440-30 ou Civil Code, Art. 1382 à 1386, Fasc. 440-30.

B. Références spéciales

Bacache M.
Le défaut d'information sur les risques de l'intervention : quelles sanctions ?, D. 2008, p. 1908.

F. Bouvier
Les prothèses et le droit : Gaz. Pal. 2012, 2, doctr. p. 1074.

J.-C. Chardon
Les responsabilités du chirurgien-dentiste : Prélat 2010.

Hoquet-Berg S.
Les sanctions du défaut d'information en matière médicale, Gaz. Pal. 10 sept. 1998, p. 1121.

J.-M. Kornprobst
Les auxiliaires médicaux : Masson 2013.

A. Le Masson
L'art dentaire et la jurisprudence : Gaz. Pal. 2007, 2 doctr. p. 948.

G. Mémeteau
Prothèse et responsabilité du médecin : D. 2014, chron. p. 9.
Prothèses dentaires : obligation de résultat du chirurgien-dentiste mais nécessité de prouver le lien de causalité entre son intervention et le trouble : JCP G 1992, II, 21788.

Olivier
Prothèse dentaire, obligation de résultat, obligation de moyens : Journ. méd. lég. 1981, 251.

Porchy-Simon S.
Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient, D. 1998, chr., p. 379.

البناء على أرض الغير في قانون المعاملات المدنية الإماراتيّ والقانون المدنيّ المصريّ

دراسة مقارنة

د. عيسى غسان الرّبضي
أستاذ القانون المدني المساعد
كلية القانون _ جامعة عجمان للعلوم والتّكنولوجيا

مقدمة

يعتبر الاتّصال سبباً من أسباب كسب الملكية، و الاتّصال إمّا أن يكون طبيعياً، ويحدث ذلك بفعل عوامل الطبيعة، وبه يتصل منقول بعقار كانزلاقات الأتربة، أو يكون بفعل الإنسان، ويكون ذلك باتّصال منقول بعقار كمن يغرس غراساً بأرض الآخر أو يقيم عليها بناء، أو اتصال منقول بمنقول كخلط زيت بزيت. ونحدد بحثنا على حالة واحدة من حالات الاتّصال بفعل الإنسان وهي قيام الشخص بالبناء على أرض الآخر بمواد من عنده، دون أن يكون له الحق في إقامته.

مشكلة البحث

إذا كانت هنالك علاقة تعاقدية ما بين الباني ومالك الأرض على إقامة البناء أو على مصيره بعد إقامته فلا تثار أية مشكلة؛ ففي حال النزاع نحتكم لبنود الاتفاق، لكن الحال ليس كذلك إذا لم تكن هذه العلاقة موجودة بينهما.

إن البناء على أرض الغير من الأفعال التي يمنع على الأشخاص القيام بها، وفي حال حصولها يعتبر ذلك تعدياً على أموال الغير، مما قد يحدث نزاعا ما بين الباني ومالك الأرض على ملكية البناء، فمشكلة البحث _إذاً_ تكمن في تحديد مصير هذا البناء الذي أقامه الباني على أرض الآخر لكي نتفادى حصول المنازعات بين الباني ومالك الأرض.

منهجية البحث

استخدم الباحث المنهج التحليلي المقارن في كتابة البحث، حيث قارن بين أحكام البناء على أرض الغير في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني المصري، وتوصل في هذه المقارنة إلى أوجه الاتفاق والاختلاف بين هذه الأحكام، وبين نقاط الضعف في كل من القانونين والنقاط الأكثر تناسباً وتحقيقاً للعدالة سواء للباني أو لمالك الأرض.

خطة البحث

قُسم البحث إلى: مبحث تمهيدي بيّن الباحث فيه المقصود بالغير تجاه مالك الأرض، وكذلك المقصود بالبناء والشروط الواجب توافرها لتطبيق أحكام الاتّصال، و مبحثين آخرين؛ المبحث الأوّل: أحكام الباني سيء النّيّة، وتم تقسيمه إلى مطلبين، الأوّل: المقصود بسوء نية الباني ، والثّاني: آثار ثبوت سوء نية الباني. والمبحث الثّاني : أحكام الباني حسن النّيّة ، وتم تقسيمه إلى مطلبين، الأوّل: المقصود بحسن نية الباني، والثّاني: آثار ثبوت حسن نية الباني.

مبحث تمّهيديّ

عناصر البناء على أرض الغير

نظم المُشرّعان الإماراتيّ، والمصريّ في باب الاتّصال [الالتصاق] أحكاماً تفصيلية في حالة ما إذا أقام شخص بناء بمواد من عنده على أرض ليست ملكه، والحال أنه ليس له الحق في إقامة هذا البناء ؛ ولكي تطبق هذه الأحكام اشترط المُشرّعان_ ابتداءً_ توافر عنصرين أساسيين هما: البناء و الغير.

وقد حرص الفقه القانوني عند شرح الأحكام المتعلقة بالبناء عدة شروط، فقد أجمعوا على أنه ليس كل ما يبنى على أرض الغير من بناء يتفق مع قصد المُشرّعين، وعلى الرغم من هذا الإجماع إلا أنهم لم يتفقوا على تحديد مفهوم البناء الذي يقيمه الباني على أرض الغير ، فكان من الجدير الوقوف على تحديد مفهوم البناء وشروطه، قبل تبيان حكم البناء على أرض الغير ، هذا من جانب.

ومن جانب آخر، ولتطبيق أحكام الاتّصال الذي يحدث ما بين عقار وعقار بفعل الإنسان يجب أن يكون من أقام البناء ليس مالك الأرض بل يجب أن يكون من الغير ، وأن يكون البناء ليس لحساب مالك الأرض وإنما لحساب الباني نفسه، لنكون بذلك أمام حالة البناء على أرض الآخر . فما المقصود بمفهوم الغير ؟

لذا كان من الأهمية أن نبيّن مفهوم البناء وشروطه، وبعد ذلك تحديد مفهوم الغير.

العنصر الأول: البناء " مفهومه وشروطه "

عرف ابن منظور البناء بأنّه ما يبنى، والمبنى جمعه أبنيّة، وأصل البناء فيما لا ينمي كالحجر، والطين ونحوه، و هو ما يشيد لإقامة الإنسان، أو الحيوان، أو لوضع الأشياء، ويسمى بناء من حيث كونه لازماً موضعاً لا يزول من مكان إلى غيره[1].

ويقصد بالبناء _ الذي يخضع لأحكام الاتّصال [الالتصاق]، مواد _ أياً كان شكلها _ متصلة ببعضها بفعل يد الإنسان اندمجت مع الأرض (أو مع بناء قائم)[2] وأصبحت جزءاً منها[3]، وقد تكون هذه المواد من الخشب، أو الحجر، أو الحديد، أو الرمل، أو الزجاج، وغير ذلك من المواد التي تستعمل عند إقامة البناء[4]، ويستوي في ذلك أن يكون البناء قد أقيم لغرض السكن، أو لخزن الأشياء، أو لإيواء الحيوانات، وتُعدّ أيضاً الجسور، وخزانات المياه، والمصانع، وغير ذلك[5] بناءً ،بل يعد كذلك من قبيل البناء: الحائط المقام بين أرضين[6]، ويستوي أن يكون البناء قد أقيم على الأرض أو في باطنها كأساسات البناء، أو أنابيب المياه والصرف الصحي[7].

بل إن بعضاً من الفقه الفرنسي اعتبر البناء: كل إنشاء مهما كانت طبيعته القانونية، عقارا كان أو منقولاً، وسواء كان ذلك بناءً، أو حفراً ، أو ردماً ، أو زراعة، إلا أن هذا التعريف وجهت له انتقادات شديدة؛ لأنه يُدخل في نطاق البناء كل شيء قابل للبناء كالسفن و الطائرات وغيرها[8] .

ويُثار التساؤل حول العقارات بالتخصيص، هل تعد جزءاً من البناء أم لا؟ لقد اختلف الفقه حول ذلك، فقد ذهب بعض الباحثين[9] إلى أن العقارات بالتخصيص تعتبر جزءاً من البناء شريطة أن تكون قد

---

(1) ابن منظور، معجم لسان العرب، دار لسان العرب للنشر والتوزيع، المجلد الأول، بيروت_ لبنان، ص 72.

(2) وإن كان بعضهم يشترط أن يكون مندمجاً مع الأرض، إلا أننا نرى أن ليس هنالك ما يمنع من تطبيق قواعد الاتّصال على البناء الذي يقيمه الآخر على بناء قائم طالما اندمجا مع بعضهما وأصبحا ذوي كيان واحد.

(3) د.الشهابي الشرقاوي، مصادر الالتزام غير الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، مكتبة الجامعة _ الشارقة، ص 103(2011).

(4) د.ياسين الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، مصادر الإلتزامات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص661،(2013).

(5) د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 1113.دون سنة نشر.

(6) د.ضحى النعمان، البناء على ملك الغير دون إذن المالك، دار الكتب القانونية، الإمارات، ص6،(2014).

(6) د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، مرجع سابق ص 1113.

(6) د.ضحى النعمان، مرجع سابق، ص15.

(7) د.ياسين الجبوري، مرجع سابق، ص661.

(8) للمزيد انظر د.ضحى النعمان، مرجع سابق، ص16.

(9) انظر د. عدنان السرحان ود. نوري خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان_الأردن، ص514، (2011). د. ياسين الجبوري، مرجع سابق، ص662. و د. محمود زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، دون دار وسنة النشر، ص320.

خصصت بشكل ثابت أو دائم لخدمة البناء، وبالتالي فإن إضافتها إلى بناء قائم من قِبَل الغير يعد بناء على أرض الغير ، وتسري عليه أحكام الاتّصال، مثل إضافة مصعد، أو مولد كهربائي، أو أنابيب التكييف المركزي. بينما ذهب بعضهم [1] إلى أن مفهوم البناء لا يشمل العقارات بالتخصيص، فإذا أدخل شخص شيئاً يعد عقاراً بالتخصيص على بناء قائم للغير فإن أحكام الاتّصال لا تسري على هذا العمل، وليس أمام من أدخل تلك الإضافات سوى الرجوع على مالك البناء بدعوى الكسب بلا سبب.

ونؤيد ما انتهى إليه بعض الباحثين [2]، إلى أن العقارات بالتخصيص وإن كانت لا تعد بناءً، إلا أنها تخضع لأحكام الاتّصال ؛ على أن يكون الشخص الذي أضافها سيء النّيّة كما سنرى لاحقا.

ولكي يعتبر ما أقيم على أرض الغير بناء _ أو ما هو بحكم البناء كالعقارات بالتخصيص _ يجب أن يتوافر فيه شرطان حتى تطبق أحكام الاتّصال فيما بعد على هذا البناء.

الشّرط الأوّل: أن يكون البناء جديداً.

يُعبّر بعض الباحثين[3] عن هذا الشّرط بالقول: (أن يؤدي البناء إلى خلق شيء مميز وملموس، يمكن الاستيلاء عليه منفرداً)، ويكون البناء كذلك عندما تُصنّع المواد بأشكالها المختلفة وتضاف إلى أرض الغير بحيث تتصل بها اتصال القرار على نحو يجعلها عقاراً قائماً بطبيعته[4]، سواء أكانت هذه المواد التي قد أقيمت على أرض الغير مستقلة بذاتها كأن يقيم الباني على أرض الغير منزلاً ، أو مخزناً، أو تكون المواد قد أضيفت إلى بناءٍ موجود على الأرض، ما دامت هذه المواد تعد بناءً جديداً، كبناء مخزن للمنزل، أو بناء جدار على السطح[5].

وفي قضية ذات صلة، أحال كل من قانون المعاملات المدنية الإماراتيّ والقانون المدني المصريّ بعض التصرفات التي يقوم بها الحائز حسن النّيّة ، وتضيف ما هو ضروري ونافع للبناء، إلى أحكام البناء على أرض الغير ، ويجب التنويه إلى أن هذه التصرفات تنحصر فيما يقيمه الحائز ولا يعد بطبيعته بناء جديداً، وإنما نتكلم عن أعمال يقوم بها لتحسين البناء.

تنص المادة (1329) من قانون المعاملات المدنية الإماراتيّ[6] على أنّ :

(1_ على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفقه من النفقات الضرورية اللازمة لحفظ العين من الهلاك. 2_ أمّا المصروفات النافعة فتسري في شأنها أحكام المادتين 1270، 1272 من هذا القانون.3_ لا يلزم المالك برد النفقات الكمالية، ويجوز للحائز أن ينتزع ما أقامه بهذه النفقات على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى؛ وللمالك أن يستبقيها لقاء قيمتها مستحقة الإزالة).

حسب نص المادة سالفة الذكر يجب أن نفرق ما بين الأعمال الضرورية للبناء، والأعمال النافعة، والنفقات الكمالية، للوقوف على الأعمال التي أحالها القانون، واعتبرها بناء على أرض الغير.

فالأعمال الأولى هي التي يقوم بها الحائز ويكون الغاية منها حفظ البناء من الهلاك، واستمراره في تقديم المنفعة، وموقف المشرّع الإماراتيّ واضح وصريح من هذه الأعمال، فقد ألزم مالك البناء أن يؤدي للحائز _ وإن كان سيئ النّيّة _ جميع ما أنفقه من مصروفات على هذه الأعمال؛ وسبب الإلزامية أن هذه الأعمال كان على مالك البناء القيام بها لو كان البناء في حوزته، وبالتالي هذه الأعمال لا تسري عليها أحكام البناء على أرض الغير لصراحة النص ووضوحه [7].

أما الأعمال النافعة، فغايتها مختلفة عن الأعمال الضرورية، فالأعمال النافعة يقوم بها الحائز ليست لغاية حفظ البناء؛ وإنما لتحسينه، وزيادة قيمته، والإكثار من الانتفاع به[8] ، ومن الأعمال النافعة

---

(1) د.عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 1168، ود. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، 1987، منشورات الجامعة الأردنية، ص 377، ود. الشهابي الشرقاوي، مرجع سابق، ص 104. ود.عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان_الأردن، ص 225، (2014).

(2) د. ضحى النعمان، مرجع سابق، ص16.

[3] د. محمد زهرة، الحقوق العينية الأصلية في قانون المعاملات المدنية الإماراتية، المجلد الثاني، مطبوعات جامعة الإمارات، ص 107، (1999).

[4] د. رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية، لبنان، ص 162، (1986).

[5] د. ضحى النعمان مرجع سابق، ص16.

[6] تقابلها المادة (980) من القانون المدني المصري.

[7] المستشار عز الدين الدناصوري، والمحامي حامد عكاز، الحيازة المدنية، ص 244، دون سنة ودار للنشر.

[8] انظر قرار محكمة النقض المصرية رقم 65، لسنة 13 قضائية، جلسة 1944/3/9.

بناء المنتفع جداراً للعين المنتفع بها، أو بناء المستأجر غرفة في العين المؤجرة، أو إدخال تكييف مركزي، أو رصف أرضيتها بالخشب، أو إضافة أبواب وشبابيك. وهذه الأعمال ليس على مالك البناء القيام بها لو كانت العين في حيازته.

والأعمال النافعة أحالتها الفقرة الثانية سالفة الذكر إلى أحكام الاتّصال وخاصة المادتين (1270 و 1272)، وطبقاً لنص المادة (1270) من قانون المعاملات المدنية الإماراتيّ اشترط في الباني الذي أقام الأعمال النافعة أن يكون حسن النّيّة لتطبيق أحكامها كما سنرى لاحقا [1]، وبالتالي إذا كان الباني سيئ النّيّة فليس أمامه سوى الرجوع على مالك البناء بدعوى الكسب بلا سبب، أما المادة (1272) فتفترض أن المواد التي أقام بها الحائز الأعمال النافعة مملوكة لغيره [2].

أما عن الأعمال الكمالية المنصوصة بالفقرة الثالثة، فهي مجرد تحسينات يقوم بها الحائز غايتها تجميل، أو تزيين البناء: كطلاء جدرانه، أو تركيب أوراق لاصقة، أو وضع جبس على سقف العين، وغير ذلك من الأعمال التي لا تكون في ذاتها كياناً جديداً ومتميزاً[3]، و حكم القيام بالأعمال الكمالية أن مالك البناء لا يلزم برد ما ترتب عنها من نفقات للحائز، لكن للحائز أن ينتزع ما أقامه من أعمال شريطة عدم إلحاق الضرر بالبناء ، أي رد البناء لحالته الأولى، وإذا لم يقم الباني بالإزالة كان للمالك أن يبقي تلك الكماليات مع دفع قيمتها للحائز، ولكن قيمة الكماليات تقدر بعد إزالتها(هدمها) وخصم أجرة الإزالة [4].

ويعود تقدير الأعمال على أنها ضرورية، أو نافعة، أو كمالية لقاضي الموضوع، فقاضي الموضوع صاحب الاختصاص في تكييف الدعوى، وقراره هو الذي يحدد ما إذا كانت أعمال الحائز نافعة ، أو كمالية ، أو ضرورية [5]، ونؤيد من يرى أن مسالة التمييز بين الأعمال التي يمارسها قاضي الموضوع، من المسائل القانونية التي يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة التمييز، أو الاتحادية العليا، أو النقض[6]، ولا سيما أن الأحكام القانونية تختلف من حيث المبدأ والأثر من عمل لآخر كما أسلفنا القول.

الشّرط الثّاني: " أن تكتسب المواد صفة العقار "

ولا تكتسب المواد صفة العقار إلا من خلال اتصالها بالأرض المقامة عليها، و الاتّصال : اندماج شيئيين مختلفين مملوكين لشخصين مختلفين، اندماجا ماديا بحيث لا يمكن فصل أحدهما عن الآخر دون تلف ودون أن يوجد اتفاق مسبق بينهما على الدمج.

وتطبيقاً لهذا التعريف، نستنبط أن الأرض هي التي تكسب البناء صفة العقار، فالبناء قبل صهره بالأرض عبارة عن مجموعة من مواد البناء، الرمل والطوب والحديد والأسمنت، وغير ذلك مما يستخدم في البناء، وهذه المكونات قبل اندماجها مع بعضها لا تعتبر بناءً وتسري عليها أحكام الأشياء والأموال[7] حتى ولو اندمجت هذه المواد ببعضها، وأصبحت كتلة مادية واحدة، فلابد من اندماجها بالأرض المقامة عليها بحيث يتعذر بعد ذلك الفصل بينهما، وهذا هو جوهر الاتّصال؛ أن تبقى المواد ثابتة ومستقرة بالأرض بحيث لايمكن فصلها إلا من خلال الهدم ونزعها عن الأرض انقاضا.

والمقصود بالاندماج اتصال الفرع بالأصل[8]، أي أن اندماج البناء الذي أقامه الباني على أرض الغير، بحيث تصبح مواد البناء المنقولة عقاراً، ويرى الباحث أنه لا يكفي اتصال الفرع بالأصل، بل يشترط صفة الاستمرارية في الاتّصال بينهما من أجل التمييز بين العقارات التي تتصل اتصال القرار بالأرض، وما هو مشابه لها. فقد تقام أبنية كبيرة كانت أو صغيرة على أرض الغير ولا تندمج بها مما يفقدها صفة العقار، مثل هذه الأبنية تقام مؤقتاً على أرض الغير ، أي أن بانيها لا يقصد ابقاءها على الدوام، كالأكشاك

---

(1) تفترض أحكام المادة (1270) وجود سبب شرعي للباني للقيام بالأعمال النافعة، فإذا توافر هذا السبب وكانت قيمة مصروفات الأعمال وأجرة العمل أكثر من قيمة الأرض، تملك الباني الأرض بثمن مثلها، والعكس صحيح إذا كانت قيمة الأرض أكثر من قيمة مصروفات الأعمال كان لصاحب الأرض أن يمتلكها بقيمتها قائمة.

(2) د. أحمد شوقي عبد الرحمن، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، منشآة المعارف، الإسكندرية، ص199، (2004).

(3) د. ياسين الجبوري، مرجع سابق، ص662.

(4) د. ضحى النعمان، مرجع سابق، ص17.

(5) د. عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 1188.

(6) د. حسام الأهواني، مرجع سابق، ص102.

(7) المادة (950) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي وما بعدها.

(8) د. محمد زهرة، مرجع سابق، ص 108.

الحديدية أو الخشبية، أو الدكاكين التي تقام لفترة أو لموسم معين لبيع الثمار الموسمية [1]، أو الأكشاك التي تقام من أجل جمع التبرعات من المارة لصالح جهة خيرية، بل إنها أبنية مؤقتة تنتهي مع انتهاء الغرض الذي من أجله بُنيت.

وهذه الأبنية تختلف عن البناء الخاضع لأحكام الاتّصال ، فليس لها أساس ثابت بالأرض وطريقة تشييدها مختلفة، وهي في الغالب قابلة للإزالة والنقل من مكانها إلى مكان آخر دون تلف، مما استوجب استبعادها من أحكام الاتّصال ، وفي حال أُقيمت هذه الأبنية على أرض الغير فما هو مصيرها إذا نازع مالك الأرض بانيها؟ إن مصير تلك الأبنية واحد في القانون الإماراتي والمصري وهو الإزالة، إلا أن كلا من القانونين اتبع نظاماً مختلفاً عن الآخر في طريقة الإزالة.

فعن طريقة الإزالة في القانون المدني المصري، نصت المادة (929) على أن (المنشآت الصغيرة كالأكشاك والحوانيت والمآوي التي تقام على أرض الآخر دون أن يكون مقصوداً بقاؤها على الدوام، تكون ملكاً لمن أقامها). [2]

يتضح من النص السابق، أن صاحب البناء يستطيع نزعه دون موافقة مالك الأرض، وإن كان سيء النّيّة بشرط أن يعيد الأرض إلى حالتها الأولى[3]، ومن حق مالك الأرض طلب إزالتها حتى وإن كان صاحب البناء حسن النّيّة عند إقامتها ما دام لم يتفق معه على إقامتها[4] ، وعلى صاحب البناء أن يعوض مالك الأرض عن ما أصابه من ضرر إذا ثبت ارتكابه خطأ. [5]

أما عن طريقة الإزالة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي _ وبما أن المشرع الإماراتي لم يأتِ بنص صريح كما فعل المشرع المصري_ فاعتقادي أن القاضي سيطبق أحكام الغصب.

في البداية نشير إلى أن الفقه قد أجمع على أن أحكام الغصب تسري على المال المنقول كما تسري على العقارات سواء أكانت أرضاً أو بناءً قائماً[6].

وطبقا لأحكام الغصب، يعتبر من أقام البناء المؤقت غاصباً للأرض، طالما أن البناء تم دون الموافقة أو علم من مالك الأرض، وعليه أن يرد الأرض إلى مالكها بحالتها الأولى التي كانت عليها وقت الغصب بإزالة البناء عنها، وفي حالة المنازعة ما بين الباني والمالك على هذا الأخير إقامة دعوى تعد لإزالة البناء.

ومن ناحية أخرى، وبما أن البناء يعتبر تغييراً حسياً وقيمياً في الأرض، فمن شأن ذلك أن يعدم أو يقلل قدرة المالك من الانتفاع بأرضه، فإقامة الباني بناء تعتبر تهجماً على أحد عناصر حق الملكية، ومن حق المالك رد هذا التهجم بطلب الإزالة[7].

وقد يتخلى الباني عن ملكية البناء المؤقت، وبالتالي يمتلكه مالك الأرض إذا توافرت أركان إحراز الأموال المنقولة المباحة، وهي ركن مادي يتمثل في وضع مالك الأرض يده على البناء المؤقت ليستأثر به وحده دون غيره، وركن معنوي وهو توافر النّيّة لدى مالك الأرض في تملك البناء[8].

العنصر الثاني: الغير

لا يكفي لتطبيق أحكام الاتّصال توافر عنصر البناء من حيث المفهوم والشروط، وإنما _ فضلاً عن ذلك _ يجب أن يكون من أقام البناء (الباني) من الآخر بالنسبة لمالك الأرض، هذا ما عبّرت عنه صراحة المادة (1269) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي (تقابلها المادة 924 من القانون المدني المصري). فقد نصت على أنه (إذا أقام شخص بناءً أو غرساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره...).

---

(1) د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، أسباب كسب الملكية، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 310، دون سنة للنشر.

(2) ليس لهذه المادة مقابل في قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(3) د.محمد عرفه، موجز في حق الملكية وأسباب كسبه، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، ص 318، (1956).

(4) د.محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، الجزء الثالث، أسباب كسب الملكية،1951، المطبعة العالمية، القاهرة، ص 418.

(5) د.عبد الرزاق السنهوري، الجزء التاسع، مرجع سابق، ص311. د. أحمد شوقي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 200.

(6) د.الشهابي الشرقاوي، مرجع سابق، ص 69، وقد نص القانون المدني المادة العراقي في المادة (197) صراحة على ذلك، فقد نصت على (المغصوب إن كان عقارا يلزم الغاصب...) وليس هنالك مقابل لهذه المادة في القانون المعاملات المدنية الأماراتي.

(7) د. رمضان ابو السعود، مرجع سابق، ص 162.

(8) للمزيد حول أركان إحراز المباحات انظر د. منصور مصطفى، حق الملكية في القانون المدني المصري، ص 42، (1965). د.علي العبيدي، الحقوق العينية الأصلية وفقاً لأحكام قانون المعاملات المدنية الإمارتي، الآفاق المشرقة ناشرون، الشارقة_الإمارات، ص 26 وما بعدها(2010).

فحسب حكم هذا النص يشترط وجود شخصين: الباني الذي أقام البناء، ومالك الأرض الذي أقيم البناء على أرضه، ويجب أن يكون كل منهما غيراً بالنسبة للآخر، فما هو المقصود بالآخر الوارد بالنصوص السابقة؟ ومتى يكون كل من الباني ومالك الأرض من الغير بالنسبة للآخر؟

طبقاً لأحكام الاتّصال والخاصة بفعل الإنسان، يقصد بالآخر مالك الأرض التي بُنِي عليها من قِبَل الباني سواء بحسن نية أو سوء نية، بمعنى آخر هو من يُقام على أرضه بناء دون علمه أو موافقته من قِبَل شخص آخر يسمى الباني، لذلك لا تنطبق أحكام الاتّصال إذا قام مالك الأرض بالبناء على أرضه أو كان للباني الحق في إقامة البناء على الأرض[1]، وقد يكون مالك الأرض أو الباني شخصاً طبيعياً واحداً أو أكثر، وقد يكون شخصاً معنوياً، بل يمكن أن يكون الآخر الدولة إذا بنى شخص بناء على أرض تعود ملكيتها لها دون الموافقة المسبقة من سلطاتها[2].

ومن الأمثلة على الآخر، مالك الأرض المنتفع بها يعد من الغير إذا قام المنتفع بالبناء على الأرض المنتفع فيها دون ترخيص من مالك الرقبة، أيضاً إذا امتلك اثنان أو أكثر أرضاً _ دون أن يتعين لكل منهما نصيب مادي محدد _ يعدون من الغير إذا بنى أحدهما على الأرض المشاعة بأكثر من حصصه.

والغالب الأعم، أن الباني يقوم بالبناء على أرض غيره ليس لحسابه الشخصي وإنما لحساب مالك الأرض، وهذا هو الأصل في البناء والاستثناء أن يكون البناء لحسابه الشخصي. وتتجلى الصورة الأولى _وعلى سبيل المثال_ في عقود المقاولة[3]، أي أن يتفق كل من مالك الأرض والباني على إقامة البناء، ومع ذلك فإن الباني قد يقيم بناءً على نفقته لحساب مالك الأرض دون علمه أو موافقته وليس لحسابه الشخصي، وهذا ما يطلق عليه قانونياً بالفضولي، وقد يكون الباني وكيلاً لمالك الأرض ولكنه تجاوز ما وكل فيه، والبناء الذي يقيمه الفضولي أو الوكيل الذي تجاوز وكالته لا يخضع لأحكام البناء على أرض الغير بل لكل منهما قواعده القانونية الخاصة، إلا في حالة معينة.

فإذا أقام فضولي بناءً على أرض الآخر ولحساب الأخير، مثل الجار الذي يعيد بناء جدار غير مشترك مع جاره الغائب الذي تهدم من قوة الرياح والمطر، فإنه في مثل هذه الحالة تطبق أحكام الفضالة إذا توافرت صفة الضرورة في عمله[4] وبقية الشروط، وحسب نص المادة (331) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي[5] تعتبر جميع أعمال الفضولي التي قام بها لحساب رب العمل واجبة التنفيذ، وعليه أن يعوضه عنها و أن يرد له النفقات النافعة والضرورية[6].

أما عن حكم تجاوز الوكيل حدود وكالته في البناء لحساب الموكل وعلى أرضه، فإن هذا البناء في الأصل لا ينفذ في حق الموكل سيما إذا كان الباني (الوكيل) سيء النّيّة بأن قصد من إقامة البناء الإضرار بالموكل[7]، ومصير هذا البناء يخضع لأحكام البناء على أرض الغير كما سنرى لاحقا، أما إذا كان الوكيل حسن النية كأن تكون الظروف يغلب معها الظن بأن مالك الأرض ما كان إلا ليوافق على البناء، أو أن البناء ذو نفع للموكل (مالك الأرض)، ففي هذه الحالة يلتزم الأخير بأن يرد للباني ما أنفقه في إقامة البناء أو ما يعادل زيادة قيمة الأرض الناجم عن البناء [8].

اما إذا أقام الباني وبمواده البناء على أرض الغير ولحساب نفسه فقد عالج المشرعان الإماراتي والمصري هذه الحالة بتطبيق أحكام الاتّصال عليها، فضلاً عن بعض الحالات الخاصة المتفرقة التي وردت في بعض النصوص.

---

[1] د. عبد المنعم الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، القاهرة _ مصر، ص 337، (1982).

[2] د. ضحى النعمان، مرجع سابق، ص25.

[3] وهو عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاة بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملا لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر، المادة (872) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

[4] في حال عدم توفر صفة الضرورة يكون للباني الرجوع على مالك الأرض بدعوى الكسب بلا سبب، انظر د.رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 177.

[5] تقابلها المادة (195) من القانون المدني المصري، وتنص (على رب العمل أن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه وأن يعوضه عن التعهدات التي التزم بها وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة).

[6] د.عدنان السرحان، شرح مصادر الالتزام غير اللإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، مكتبة الجامعة، الشارقة، ص197، (2010).

[7] د.الشهابي الشرقاوي، مصادر الإلتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، مكتبة الجامعة، الشارقة، ص 108(2013).

[8] المادة (703) من القانون المدني المصري، وتنص المادة (932) من القانون المعاملات المدنية الإماراتي على [تثبت للوكيل بمقتضى عقد ولاية التصرف فيما يتناوله التوكيل دون أن يتجاوز حدوده إلا فيما هو أكثر نفعاً للموكل].

وفي ذات العلاقة، ومن الأهمية بمكان أن نتطرق إلى القرينة القانونية التي أقامها القانونان الإماراتي والمصري لمصلحة مالك الأرض (الغير) وهي قرينة كون ما على الأرض من بناء أو غرس أو منشآت ملكا لمالك الأرض.

قرينة مالك الأرض مالك ما عليها

وضع المُشرّعان الإماراتيّ والمصريّ عند تنظيم أحكام نطاق حق الملكية قرينة قانونية لصالح مالك الأرض، مفادها أن كل ما يوجد على سطح الأرض وما فوقها وما تحتها من بناء أو أغراس أو أية منشآت أخرى، قد قام مالك الأرض بإنشاءها أو غرسها على نفقته وبالتالي فهي ملك له.

فقد نصت المادة (1134) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي[1] على أنه (2 _كل من ملك أرضاً ملك ما فوقها و ما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علواً أو عمقاً، إلا إذا نص القانون أو قضى الاتفاق بغير ذلك).

إعمالاً لنص المادة السابقة، فإن مالك الأرض مُعفى من عبء إثبات ملكية ما على الأرض أو فوقها أو تحتها من بناء أو أغراس أو منشآت[2]، فقد قررت المادة سالفة الذكر قرينة قانونية مزدوجة وهي أن البناء أو المنشآت أو الأغراس ملكٌ له وأنه أقامها على نفقته الخاصة، وعلى ذلك فإن كل ما هو مقام على سطح الأرض أو ما فوقها أو ما تحتها من المفروض أنها ملك لصاحب الأرض [3].

غير أن هذه القرينة القانونية ليست قاطعة_ كما هو منصوص أعلاه_ بل قرينة قابلة لإثبات العكس، وإن كان من النادر أن يتنازل مالك الأرض عن ملكية ما فوق أرضه وما تحتها لما لذلك من تأثير على عناصر المليكة، إلا أنه ليس هنالك ما يمنع أن يكون الباني أو الغارس شخصاً آخر غير مالك البناء خصوصاً أنه يمكن تجزئة ملكية الأرض عن علوها أو عمقها . فإذا ادعى أحد الأشخاص ملكيته للبناء أو الأغراس أو المنشآت المقامة على الأرض، أو إنها أقيمت على نفقته، فإن مالك الأرض يكون موقفه سلبياً مستفيداً من القرينة التي أقامها القانون لمصلحته، في حين أنّ من ادعّى الملكية يمكن أن يدحض هذه القرينة بتقديم ما يثبت أن البناء أو الأغراس أو المنشآت مملوكة له أو أنّه أقامها على نفقته.

ويمكن دحض قرينة أن مالك الأرض مالك ما عليها وما فوقها وما تحتها، من خلال إثبات وجود اتفاق مع مالك الأرض لإقامة البناء أو الأغراس أو المنشآت، وهنا يشترط _حسب رأي الباحث_ تقديم دليل كتابي لإثبات إذن مالك الأرض في إقامة بناء أو أغراس على أرضه، وإذا كان المدعي قد أقام البناء أو الأغراس دون موافقة أو علم مالك الأرض، فإنه مدّعٍ لواقعة مادية، والواقعة المادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات[4].

أما إذا تمسك المدعي بأن البناء أو الأغراس أو المنشآت قد انتقلت ملكيتها له، كأن يدعي بأن مالك الأرض كان قد باعه ما على الأرض من بناء أو أغراس أو منشآت، أو كان قد باعه الأرض و ما عليها، ففي مثل هذه الحالة _ كون المدعي يتمسك بوجود تصرف قانوني [عقد البيع] _ عليه إثبات هذا التصرف و بحسب نص المادة (1227) من القانون المعاملات المدنية الإماراتي ينحصر إثبات نقل ملكية العقارات من المشتري للبائع، بتقديم سند تسجيل صادر عن الدائرة المختصة[5].

---

[1] تقابلها المادة (803) من القانون المدني المصري والتي تنص على [2_ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها، علواً أو عمقاً. 3_ويجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصل عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها].

[2] د. عبد المنعم الصدة، مرجع سابق، ص403.

[3] د. ضحى النعمان، مرجع سابق، ص 28.

[4] د. عبد الحميد النجاشي، أحكام الإثبات، دون دار للنشر، ص 184، (2010). وقضت محمكة النقض المصرية (مؤدى المادتين 922 و 926 يدل على أن ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها ما لم يكن مالك الأرض خول آخر تملك ما يقيمه من منشآت على هذه الأرض فتنفصل ملكية المنشآت عن ملكية الأرض) الطعن رقم 1265 لسنة 47 قضائية، جلسة 1982/2/18.

[5] د. عدنان سرحان، أحكام البيع في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، الآفاق للنشر، الأردن، ص 132(2013). وانظر المادة(8) من قانون التسجيل العقاري في إمارة دبي، والمادة (7) من قانون التسجيل العقاري في إمارة دبي.

المبحث الأول
أحكام الباني سيء النية

يكيف قيام الباني بإقامة بناء على أرض الآخر دون علمه أو موافقته بالغصب، وطبقاً لأحكام الغصب والتعدي التي نص عليها القانونان الإماراتي والمصري[1] ، لمالك الأرض المغصوب منه المطالبة _ بما أن البناء أدى إلى تغيير حسي في الأرض_ بإزالة الغصب عن أرضه وذلك بردها إلى الحالة التي كانت عليها وقت الغصب.

وعلى الرغم مما سبق، ارتأى المشرعان الإماراتي والمصري _ أسوة بباقي المشرعين_ عدم تطبيق أحكام الغصب في مثل هذه الحالة، وإنما وضعا قواعد قانونية خاصة توسعا فيها عما هو وارد في أحكام الغصب. والحكمة من الأحكام الخاصة هي التقليل من إزالة البناء، وتشجيع الباني على طلب ما تملكه، وهذه القواعد أطلق عليها المشرع الاتّصال كما أسلفنا القول[2].

ومن أحكام الاتّصال، إذا كان الباني سيء النية[3] في إقامة البناء على أرض الغير ، ولم يحدد القانونان (الإماراتي والمصري) ما المقصود بسيء النية، فمن هو الباني سيء النية؟ وفي حال ثبوت سوء نيته ماذا يترتب على ذلك من آثار؟

لمعالجة الموضوعات السابقة سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، الأوّل: تحديد مفهوم سيء النية، الثّاني: آثار ثبوت سوء نية الباني.

المطلب الأول
المقصود بسوء النية

تنص المادة (1269) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه (إذا أقام شخص بناء أو غرساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا مالكها...)، وتنص المادة (924) من القانون المدني المصري على أنه (إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب الأرض،...)

يتضح من النصين السابقين وجود توافق بين القانونين الإماراتي والمصري على الحالة التي يُعتبر بها الباني سيء النية، وحسب ما ورد في النصين السابقين يعتبر الباني كذلك إذا توافر الشّرطان الآتيان، أولاً: أن يعلم أن الأرض مملوكة للآخر، ثانياً: ألا يكون له الحق في إقامة البناء على أرض الغير ، أي أنّه لم يأخذ إذن المالك على إقامة البناء.

وإذا ما أخذنا بالمفهوم المخالف للنصين السابقين، لا يعتبر الباني سيء النية إذا كان وقتَ البناء قد استأذن مالك الأرض لإقامة البناء، أو استند إلى سبب بنى عليه اعتقاده بأن الأرض مملوكة له وقت إقامة البناء[4] ومما لا شك فيه أن الحالة الثّانية بها مفاضلة لمصلحة الباني على مصلحة مالك الأرض. فعلى الرغم من أن القانونين الإماراتي والمصري أوردا عبارات تشمل كل شخص يقيم بناء على أرض مملوكة للغير بمواد مملوكة له، وهو يعلم أن الأرض مملوكة للغير وأنه لا حق له في إقامة البناء[5]، إلا أن كلاً من القانونين قد ضيقا المقصود بسيء النية، فقد اقتصر سوء النية على الحالتين المذكورتين أعلاه[6]، أي أن معيار

---

[1] المادة (304) من قانون المعاملات المدينة الإماراتي وما بعدها.

[2] وأيضاً هنالك حالات لا تنطبق عليها أحكام الاتّصال، وهي حالات وردت فيها نصوص صريحه مخالفة لأحكام الاتّصال، مثل بناء المستأجر على العين المؤجرة، موافقة مالك الأرض على إقامة البناء على أرضه، بناء الفضولي، وغير ذلك.

[3] لم ينص القانون الإماراتي والمصري صراحة على هذا الإصلاح، ولكن يمكن استنباطه من عبارات أحكام الاتّصال.

[4] د. منصور مصطفى، مرجع سابق، ص290.

[5] د. نبيل ابراهيم، الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 330،(2010)

[6] د. ضحى النعمان، مرجع سابق، ص 36.

التفرقة بين أن يكون الباني سيء النية أو حسن النية في إقامة البناء معيار شخصي وهو الاعتقاد بأن الأرض ملكه أو له الحق في إقامة البناء عليها، وليس معياراً موضوعياً[1].

وقد انتقد بعض الباحثين[2] تبني القانونين الإماراتي والمصري اعتماد المعيار الشخصي القائم على أساس الفكرة النفسية للباني وارتأى إضافة معيار موضوعي قائم على اعتبار الباني على أرض الغير سيء النية ولو كان يعتقد أن الأرض التي يقيم بناءه عليها ملكا له، أو أن له الحق في إقامة البناء، متى قد نشأ ذلك عن خطأ جسيم ارتكبه الباني[3]. ففي بعض الحالات على الباني بذل عناية الرجل العادي قبل البدء بإقامة البناء، كالتأكد من صفة البائع مثلاً أو من أن ملكية العقار الموصى به تعود للموصي[4]، وكذلك من يبني على أرض يعتقد أنها آلت إليه من ورثته دون التأكد من دائرة العقارات.

وبلا شك، إن الأخذ بالمعيار الموضوعي في البناء على أرض الغير سيوسع من المقصود بسيء النية و هذا سيكون في صالح مالك الأرض، حيث إن الباني دوماً سيدعي أنه كان يعتقد بأن الأرض التي أقام عليها بناءه ملك له مما قد يلحق ضرراً بالمصالح المالية لمالك الأرض[5]. وطبقا للمعيار الموضوعي يعتبر الباني سيء النية إذا ثبت أن الأرض التي أقام عليها البناء مسجلة باسم الغير، وبغض النظر عن الادعاء الذي يتمسك به الباني، كأن يدعي بأن الأرض موصى بها له.

ويمكننا القول بإن القانون المدني السوري أخذ _ بطريقة غير مباشرة _ بالمعيار الموضوعي للباني الذي يقيم البناء على أرض الغير، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة (890) على أنه (إذا كان الغير الذي شيد الأبنية أو غرس الأغراس، ذا نية سيئة...)، فعبارة [ذا نية سيئة] عبارة فضفاضة ودلالتها يشوبها الغموض وتفسيرها يستوعب أكثر من تفسير، ولذلك فان الفقه السوري وكذلك قضاءه ولحماية مصالح مالك الأرض ومجازاة الباني سيء النية، اجمعوا واعتبروا الباني سيء النية عندما يقيم بناء ولا يستند في بنائه إلى سبب معقول يسوغ الاعتقاد بأن هذه الأرض ملك له أو له الحق في إقامة البناء[6]، وهذا يعني أن من يقيم البناء على أرض الآخر يعتبر سيء النية إذا لم يكن لديه سند ولكنه على علم بأن أحد أركان هذا السند شابه البطلان[7].

وإذا فاضلنا بين ما تبناه القانون السوري و القانونان الإماراتي والمصري أو بعبارة أدق بين المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي، فإن المفاضلة تكون للمعيار الموضوعي وسند ذلك أن العقارات -ومنها الأراضي- لها سجلات خاصة في الدولة، وملكيتها ثابتة بموجب سند ملكية، لذا من غير الجائز قبول ادعاء شخص كان يعتقد أن الأرض وقت إقامة البناء ملك له فبني عليها، بل_ وباعتقادنا_ أن البناء بهذه الطريقة يعتبر اعتداء على أموال الغير وجب مساءلة الباني.

أما على المعيار الشخصي الذي تبناه القانونان الإماراتي والمصري فقد يقيم الباني بناء على أرض مسجلة باسم الغير ولا يعتبر سيء النية إذا أثبت وقت إقامة البناء أنه كان يعتقد بأن الأرض ملكه أو له الحق في إقامة البناء عليها.

---

(1) د. رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص36.

(2) د. حسام الدين الأهواني، مرجع سابق، ص570.

(3) د. محمد سوار، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية الأصلية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان_ الأردن، ص 101،(2001).

(4) أخذ القانون المدني الكويتي بالمعيار الموضوعي، فقد نصت المادة(882) من القانون المدني على (إذا أحدث شخص بناءً أو غراساً أو منشآت أخرى، بمواد من عنده على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره وأنه ليس له الحق في أحداثها، أو كان جهله بذلك ناشئاًعن خطأ جسيم...)

(5) د. منصور مصطفى، مرجع سابق، ص291.

(6) د. محمد سوار، شرح القانون المدني السوري، الحقوق العينية الأصلية، مطبعة الداودي، ص489 وما بعدها، (1979). وقضت محكمة النقض السورية [أن معنى حسن النية في مجال التملك بالالتصاق هو أن يعتقد الباني أو الغارس أن له الحق في إقامة المنشآت أو غرس الغراس، أي أن يحدث ذلك في ملكه] قرار 2001/2459 اساس 2337 ، الدوائر المدنية، قاعدة 191، مجلة المحامون، 2003 إصدار 7 و 8، انظر قرار 206 /1959 محاكم النقض، قاعدة 719، مجلة المحامون 1959، إصدار 3 و 4،وانظر قرار 1447 /2007، اساس 1258، محكمة النقض، الدوائر المدنية، قاعدة 739، مجلة المحامون 2008 اصدار 11 و 12. وقرار 2004/727 اساس 104، الهيئة العامة لمحكمة النقض، قاعدة 64 مجلة القانون 2006/2004 القسم المدني.

(7) قضت محكمة النقض السورية بأن [التملك بالإلتصاق يقوم على دعامتين هما: حسن النية والجهل بعيوب السند...] قرار 2000/1030، أساس1707، محكمة النقض، الدوائر المدنية، قاعدة 288، مجلة المحامون، إصدار 11 و12. وقضت أيضاً [إذا بنى الباني فوق أرض يعتقد أنها ملكه ثم تبين بعد تصحيح القيود العقارية أنها ليست كذلك فإن هذا العامل يجب أن يكون موضع بحث في تقدير حسن النية] قرار 1951/395، أساس 408 محاكم النقض، قاعدة 713 مجلة المحامون.

و مما لا شك فيه أنه إذا أثبت الباني اعتقاده بملكية الأرض المقام عليها البناء أن ذلك يقيد القاضي في اعتبار الباني سيء النية بل عليه اعتباره حسن النية فيما إقامه من بناء على أرض الغير[1].

أما عن حكم الباني سيء النية في القانون المدني الفرنسي أصبح واضحاً وصريحاً بعد أن أضاف المشرع الفرنسي الفقرة الرابعة لنص المادة[555] [2].

في بداية الأمر اقتصر المشرع الفرنسي على حكم واحد منفرد نصت عليه الفقرة الأولى من نص المادة سالفة الذكر وهو (عندما تقام المزروعات والأبنية والإنشاءات على يد شخص آخر وبواسطة مواد يملكها هذا الأخير، يحق لمالك العقار، إما أن يحتفظ بملكيتها و/أو أن يجبر الآخر على نزعها).

ولما كانت هذه الفقرة لا تفرق بين الباني سيء النية وحسن النية، ولما كان حكمها فيه تفضيل لمصالح الباني على مصالح مالك الأرض، إذ أن الأخير مخير بين طلب تملك البناء مع دفع قيمته قائما مضافا إليه أجرة العمل أو طلب الإزالة، وجهت انتقادات فقهيه أجبرت المشرع الفرنسي على إضافة الفقرة الرابعة، وبموجب هذه الفقرة حدد المشرع حالة الباني حسن النية، فقد نصت على أنه (إذا كانت المزروعات والأبنية والإنشاءات قد أقيمت على يد شخص آخر رفعت يده عن العقار و لم يحكم عليه برد الثمار لحسن نيته، لا يستطيع المالك أن يطلب إزالة الإنشاءات والأبنية والمزروعات المذكورة، وإنما يكون له الخيار في أن يسدد للآخر أحد المبلغين المشار اليهما في الفقرة السابقة).

وعلى الرغم من التعديل الذي أجراه المشرع الفرنسي بإضافة الفقرة الرابعة، إلا أن هذا التعديل لم يكن كافياً وشافياً، فكما هو واضح من نص الفقرة الرابعة المضافة عالج المشرع الفرنسي حالة الباني حسن النية دون أن يبين أي حكم للباني سيء النية، وإذا ما أخذنا بالمفهوم المخالف للفقرة الرابعة (عبارة رفعت يده عن العقار) يكون الباني سيء النية عندما يقيم بناء على أرض لا يملك سند ملكية لها أو أنه يملك سند ملكية شابه البطلان مع العلم بهذا البطلان.

وعن مقدار التعويض الذي يلزم مالك الأرض بتسديده للباني سيء النية، لم يحدده المشرع الفرنسي، فما هو وراد في الفقرة الثالثة متعلقة بالباني حسن النية فقط، وعلى ضوء ذلك ترك المشرع تحديد القيمة للقاضي ومما لا شك أن هذا السلوك محل نقد، وسبب ذلك أن قيمة وأسس تقدير قيمة البناء سوف تختلف من قاضٍ لآخر، كما أن المشرع لم يقرر حقاً للباني سيء النية في طلب إزالة البناء إذا كانت الإزالة غير مضرة بأرض المالك.

عبء إثبات سوء نية الباني

يعتبر الباني سيء النية _حسب ما ورد في نص المادة (1269) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي ونص المادة (924) من القانون المدني المصري_ كل من يقيم بناءً على أرض يعلم أنها مملوكة للغير، أو أن ليس له الحق في إقامة البناء على أرض الغير ، وعلى ذلك فإن عبء الإثبات يختلف بحسب الحالة:

الحالة الأولى: **إذا كان الباني على علم بأن الأرض المقام عليها البناء ملك للغير.**

وفي هذه الحالة يقع عبء الإثبات على عاتق مالك الأرض؛ لأن الأصل حسن نية الباني، ويمكن لمالك الأرض إثبات عكس حسن نية الباني بإحدى الوسيلتين التاليتين، الوسيلة الأولى: إثبات علم الباني بأن ملكية الأرض تعود للغير وله إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات، لأن الادعاء بالعلم يعتبر واقعة مادية، والواقعة المادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات[3]، الوسيلة الثّانية: ربما كانت أسهل على مالك الأرض من الحالة الأولى وهي أن يثبت أن الأرض الذي أقيم عليها البناء تعود ملكيتها له من خلال تقديم سند ملكيتها.

الحالة الثّانيّة: **إذا ادعّى الباني بأن له الحق في إقامة البناء على أرض الغير.** وهنا عبء الإثبات يقع على عاتق الباني، أي إثبات حسن نيته عند إقامة البناء، كأن يثبت أن البناء تم بإذن مالك الأرض وموافقته، وله إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات وكما قد تكون الموافقة سابقة على إقامة البناء قد

---

[1] غالبية الفقه يعتبر تقدير سوء نية الباني من حسن نيته من الأمور التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة التمييز أو الاتحادية العليا أو النقض المصرية.

[2] وذلك بموجب القانون رقم 17/آيار/1960.

[3] د. عبد الحميد النجاشي، مرجع سابق، ص104.

تكون لاحقة، كأن يتم البناء بحضوره وعدم اعتراضه، وقد يتم تسجيل الاتفاق على إقامة البناء في السجلات الخاصة للأرض.

المطلب الثّاني
آثار ثبوت سوء نية الباني

أقر المُشرّع عدة آثار في حال ثبوت سوء نية الباني، وهذه الآثار منها ما يتعلق بمالك الأرض ويمكن حصر هذه الآثار بحق طلب تملك البناء الذي أقامه الباني سيء النية أو طلب إزالته، ومنها ما يتعلق بالباني سيء النية وهي حقه في طلب إزالة ما بناه إذا لم يحدد مالك الأرض موقفه، وطلب التعويض من مالك الأرض في حال تملك الأخير البناء، مع وجود بعض الفوارق في هذه الآثار بين القانون الإماراتي والقانون المصري.

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، الأول: نبحث فيه خيارات مالك الأرض، الثاني: نبحث فيه حقوق الباني سيء النية.

الفرع الأول
خيارات مالك الأرض

تختلف خيارات مالك الأرض في قانون المعاملات المدنية الإماراتي عن الخيارات التي انتهى إليها القانون المدني المصري، فقد نصت المادة (1269) من القانون الإماراتي على (....كان للمالك أن يطلب إزالة المحدثات على نفقة من أحدثها فإذا كانت الإزالة مضرة بالأرض فله أن يمتلك المحدثات بقيمتها مستحقة الإزالة). وتنص المادة (924) من القانون المدني المصري على (كان لهذا _مالك الأرض_ أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه، وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة المنشآت أو أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمها مستحقة الإزالة، أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت).

لذا سنبحث_ أولاً_ خيارات مالك الأرض في قانون المعاملات المدنية الإماراتي ثم_ ثانياً_ خيارات مالك الأرض في القانون المدني المصري.

اولا: خيارات مالك الأرض في قانون المعاملات المدنية الإماراتي:

من النص أعلاه يتبين أن المُشرّع الإماراتيّ لم يرأف بحالة الباني سيء النية، حيث إنه قدم مصلحة مالك الأرض على مصلحته، وذلك من خلال ترك اتخاذ القرار في تحديد مصير البناء لمالك الأرض وليس للباني، وتطبيقاً لنص المادة (1269) ينحصر قرار المالك في نقطتين.

النقطة الأولى: طلب إزالة البناء.

جزاءً للباني سيء النية الذي يقيم بناءً على أرض وهو يعلم أنها غير مملوكة له، أو ليس له الحق في إقامة البناء على أرض الغير، أعطى القانون الإماراتي حقاً لمالك الأرض في طلب إزالة البناء عن أرضه وعلى نفقة الباني سيء النية ودون دفع أي تعويض له.

وإن كان القانون الإماراتي أعطى حقاً لمالك الأرض أن يطلب من الباني سي النية إزالة البناء، إلا أنّ بعض الباحثين[1] يرى أن القانون الإماراتي لم يقرر لمالك الأرض حرية الاختيار بين طلب إزالة البناء أو طلب تملكه، فمالك الأرض أصبح مالكاً للبناء من تاريخ اندماجه بالأرض، لذلك فإن مالك الأرض قد يعبر عن عدم رغبته في تملك البناء فيطلب من الباني سيء النية إزالته، أي أن سلطة مالك الأرض في طلب إزالة البناء ليست بديلاً عن اكتساب ملكية البناء وإنما هي أثر له، فمالك الأرض إذاً مخير بين إزالة البناء أو الاستمرار في تملكه وليس اكتسابه أو عدم اكتسابه.

وإن كان الرأي السابق به من المنطق الكثير ويمتاز بأنه واقعي، خصوصاً أن القانون الإماراتي لم يحدد لمالك الأرض مدة زمنية لطلب إزالة البناء عن أرضه أو طلب تملكه، مما يعني أن البناء قد يبقى فترة طويلة من دون مالك حتى يختار مالك الأرض أحد الخيارين، إلا أنه _باعتقادي_أن طلب إزالة البناء لا ينبع من أن مالك الأرض قد أصبح مالكاً للبناء أو لا من تاريخ اندماجه بالأرض، وإذا طلب إزالته يختار إزالة ما يملك

[1] د. محمد زهرة، مرجع سابق، ص 112.

على نفقة الباني سيء النية، وإنما طلب إزالة البناء هي رخصة مصدرها القانون وغايتها المحافظة على حق الملكية بشكل عام وعناصر حق الملكية بشكل خاص، فصاحب الأرض_ باعتباره مالكها_ هو الوحيد الذي له حق استعمال أو استغلال أرضه، فحقه في ملكية الأرض يمنحه أن يمنع أي شخص يريد مشاركته في أرضه حتى وإن لم يلحقه ضرر من مشاركة الغير له.

من جانب آخر، طلب إزالة البناء يكون على شكل دعوى وبالذات دعوى ملكية[1] ليثبت المالك ملكيته للأرض التي أقام عليها الباني البناء، فلا يجوز له المطالبة بإزالة البناء أو تملكه إلا بعد أن يثبت ملكية الأرض المقام عليها البناء[2].

وفي حال أن ثبتت ملكية الأرض للمدعي _المالك_ يلزم الباني بإزالة البناء الذي أقامه عن الأرض وعلى نفقته، وإذا نازع الباني سيء النية مالك الأرض برفضه إزالة البناء، فليس_ حسب رأي الباحث_ أمامه إلا إقامة دعوى تعد يطلب فيها إعادة الأرض إلى حالتها الأولى قبل البناء. فيجب التمييز بين دعوى التثبت من الملكية ودعوى التعدي، فكل منهما موضوعها مختلف عن الأخرى، ويجوز لمالك الأرض إقامتهما في دعوى واحدة أو دعويين منفصلتين على أن تقام دعوى الملكية قبل دعوى التعدي.

وعلى القاضي الاستجابة لطلب مالك الأرض بإزالة البناء الذي أقامه الباني سيء النية عن أرضه، حتى وإن تبين للقاضي أن إزالة البناء تلحق ضرراً بالباني سيء النية، وعلى القاضي أيضاً أن يقضي بالإزالة حتى وإن تبين له أن البناء لم يسبب ضرراً للمالك[3]، وسبب إلزامية القاضي بالاستجابة لطلب مالك الأرض أن البناء على أرض الغير فيه اعتداء على حق مالك الأرض حيث يمنعه من استعمالها أو استغلالها، وأخيراً يجب على القاضي أن يقضي بالإزالة حتى ولو كانت قيمة البناء قائما أكثر من قيمة الأرض [4].

وإلى جانب طلب الإزالة، لمالك الأرض أن يطلب من الباني سيء النية التعويض عن الأضرار التي أصابته من جراء إقامة البناء على أرضه، فقد تكون الأرض مزروعة بالأشجار وتمت إزالها بالبناء، أو أن البناء جعل منها أرضا غير قابلة للزراعة أو قلل من المنفعة بها[5]، وإن كان القانون الإماراتي لم ينص في المادة (1269) على حق مالك الأرض في طلب التعويض_ على عكس القانون المدني المصري، إلا أن لمالك الأرض الاحتكام لقواعد المسؤولية التقصيرية لمقاضاة الباني سيء النية[6]. وإلى جانب الأضرار المادية، على الباني سيء النية تعويض مالك الأرض عن ما فاته من كسب، مضاف إليه نفقات ومصاريف الدعوى وتصليح الأرض وغير ذلك مما لحقه من خسارة.

وليس للباني سيء النية أن يطالب بإلزام مالك الأرض بإبقاء البناء مقابل أن يدفع له تعويضا عادلا نظير قيمة الأرض، وذلك لأن الباني ارتكب فعل إضرار بالآخر وهو إقامة بناء أرض يعلم أنها ليست ملكه أو أنه ليس الحق في إقامة هذا البناء، ولذلك عليه أن يتحمل تبعة فعله. من جانب ثانٍ تخويل الباني سيء النية الحق في إلزام مالك الأرض بإبقاء البناء رخصة قانونية للاعتداء على أراضي الغير [7]. ولا يستطيع الباني سيء النية أن يتمسك في مواجهة مالك الأرض بمبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق وذلك لسوء نيته [8].

---

(1) من المجمع عليه _فقها و قضائيا_ أن كلمة الطلب الواردة بالمادة (1269) من قانون المعاملات المدنية _924 مدني مصري_ تعني إقامة دعوى لدى القاضي المختص. انظر قرار محكمة النقض المصرية رقم 2394 جلسة 1988/6/14، لسنة 55 قضائية. والطعن رقم 1236 جلسة 1978/5/17، لسنة 29 قضائية.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص273.

(3) محمد سوار، شرح القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص 96. مفهوم الإزالة يعني هدم البناء ثم إزالته انتقاضاً من أرض المالك.

(4) د.محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية، منشآت المعارف، ص103، (2005).

(5) د.عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على القانون المدني، الكتاب الثاني، الحقوق العينية الأصلية، منشآت المعارف، الأسكندرية، ص 798، (2002).

(6) انظر المادة 282 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والمواد من 299 إلى 312 والتي تنظم المسؤولية عن الأعمال الشخصية.

(7) د.ضحى النعمان، مرجع سابق ص 42.

(8) د.حسام الأهواني، مرجع سابق، ص. 62.وبعكس ذلك يرى بعض الباحثين أن حق المالك في طلب الإزالة يخضع لقاعدة التعسف في استعمال الحق، لأن الأزالة تعني الهدم، والهدم يتعارض مع روح العصر في التشجيع على البناء، د.رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص159.

النقطة الثانية: طلب تملك البناء

كما أن قانون المعاملات المدنية الإماراتي أعطى_ حسب نص (1269) _ مالك الأرض حق طلب إزالة البناء الذي أقامه الباني سيء النية على أرضه، ومنحه أيضاً حق الاحتفاظ بهذا البناء وتملكه طبقاً لأحكام الاتصال، مقابل دفع قيمته مستحق الإزالة [1].

ويرى بعض الباحثين[2] أن مالك الأرض يصبح مالكاً للبناء الذي أقامه سيء النية من وقت إقامته أو كما عبّر من وقت اندماج البناء بالأرض، فإذا اختار مالك الأرض الإبقاء على البناء فذلك يعني الاستمرار في ملكيته للبناء وليس لكسب ملكيته.

وإذا كان الرأي السابق قد أصاب العدالة، فإنه _باعتقادي_ لا يتوافق في جميع الحالات مع القانونين الإماراتي والمصري.

فحسب القانون المدني الإماراتي يكون اختيار مالك الأرض تملك البناء الذي أقامه الباني سيء النية، موقوفاً على أن تسبب الإزالة ضررا جسيما في الأرض، فإذا كان قرار الإزالة الذي يتخذه مالك الأرض لا يخضع لتقدير القاضي وإنما هو حرية له، فإن قرار تملك البناء بالاتّصال لا يجوز له التمسك به إلا إذا أثبت للقاضي أن إزالة البناء قد تلحق ضرراً جسيماً في الأرض، أي أن تملك البناء استثناء من الأصل وهو الإزالة، إذ للباني الحق في إزالة ما أقامه من بناء ما دامت الإزالة لا تلحق بالأرض ضررا، وحتى ولو عرض مالك الأرض دفع تعويض له مقابل قيمة البناء يبقى حق الإزالة خيار للباني.

من جانب آخر، قد يتحول مالك الأرض إلى سيء النية إذا علم بأعمال البناء ولم يطلب من الباني التوقف عن الاستمرار في أعمال البناء، خاصة أن التعويض الذي يلزم بدفعه للباني قد يكون تافها مقابل القيمة الحقيقة للبناء.

ومن جانب أخير، استقر الفقه على أن تقدير قيمة البناء يكون وقت الاستحقاق وليس وقت إقامة البناء[3].

ويرى الباحث أن شرط إصابة الأرض بضرر جسيم لتملك البناء، فيه من السلبيات ما يفوق إيجابياته، فهو من ناحية يوسع من نطاق الإزالة، ومن ناحية أخرى إهدار للقيمة الاقتصادية للمواد وأجرة العمل المستخدمة في إقامة البناء، ومن ناحية ثالثة فإن المُشرّع الإماراتيّ _ وحسب نص المادة (1269) _ ناقض نفسه بنفسه، فبينما شجع مالك الأرض على طلب تملك البناء بأن ألزمه دفع تعويض ضئيل للقيمة الحقيقية للبناء، عاود واشترط لذلك إصابة الأرض بضرر جسيم.

وطلب تملك البناء قد يكون صريحاً كما قد يكون ضمنياً كأن يبيع المالك الأرض وما عليها[4]، وإذا طلب الباني سيء النية من مالك الأرض تملك البناء الذي أقامه، فليس له بعد ذلك أن يطلب الإزالة حتى وإن لم تسبب الإزالة ضرراً بالأرض، وكذلك إذا طلب مالك الأرض تملك البناء فلا يجوز له بعد ذلك الرجوع عن طلبه ويطلب الإزالة [5].

ثانيا: خيارات مالك الأرض في القانون المدني المصري

هنالك تشابه من ناحية بين القانونين الإماراتي والمصري في قواعد الاتّصال لمتعلقة بالباني سيء النية، واختلاف من ناحية أخرى، فإذا تمعنا في نص المادة (1269) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي ونص المادة (924) من القانون المدني المصري، نستنتج أن كلاً من القانونين _وهنا نقطة التشابه_ خولا مالك الأرض إلزام الباني سيء النية بإزالة ما أقامه من بناء على أرضه وعلى نفقته وعلى إعادة الأرض إلى حالتها الأولى قبل البناء.

أما عن نقاط الاختلاف فقد أضاف المُشرّع المصريّ في نص المادة (924) أحكاماً _ منها ما هو إجرائي ومنها ما هو موضوعي_ تتعلق بحقوق والتزامات كل من صاحب الأرض والباني سيء النية، ويمكن حصر نقاط الاختلاف في الآتي:

---

[1] د. علي العبيدي، الحقوق العينية الأصلية وفقا لأحكام قانون المعاملات المدنية الأمارتي، الآفاق المشرقة للنشر، الإمارات، ص141، (2013).

(2) د. محمد زهرة، مرجع سابق،ص112.

[3] د. عبد الرزاق السنهوري، الجزء التاسع، مرجع سابق، ص270، د. محمد عرفه، مرجع سابق، ص375، د. عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق ص379.

[4] د.محمد سوار، مرجع سابق، ص98.

[5] د.محمد زهرة، مرجع سابق، ص 114.

أ_ طلب تملك البناء ليس موقوفاً على إصابة الأرض بضرر جراء الإزالة.
ب_ حق مالك الأرض في طلب التعويض عن الضرر الذي يلحق بالأرض بسبب إزالة البناء.
ج_ حدد المُشرّع المصريّ مدة زمنية تطلب فيها إزالة البناء.
د_ خير المُشرّع المصريّ صاحب الأرض_ إذا طلب تملك البناء_ بين دفع أقل القيمتين: قيمة البناء مستحق الإزالة و قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء.
ه_ حق الباني سيء النية في طلب نزع البناء من أرض الغير ، إذا لم يختَر مالك الأرض تملك البناء.
وسنبحث النقاط الثلاثة الأولى على أن نرجىء النقاط المتبقية لحين بحث موضوعاتها لاحقاً.
أ_يجوز لمالك الأرض طلب تملك البناء وإن كانت إزالته غير مضرة بالأرض، إذا رجعنا لروح نص المادة(924) نستنتج أن القانون المدني المصري لم يوقف تملك البناء على تحقق الضرر لأرض المالك، كما اشترط القانون الإماراتي، فمالك الأرض مخير بين أمرين: طلب إزالة البناء، أو تملكه.

ب _حق مالك الأرض في مطالبة الباني سيء النية بالتعويض عما أصاب الأرض من ضرر جراء إزالة البناء.
نصت الفقرة الأولى من المادة (924) على (..... كان لهذا (مالك الأرض) أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع العوض إن كان له وجه).
طبقا للنص السابق يلزم الباني سيء النية دفع تعويض لمالك الأرض إذا تضررت أرضه نتيجة إزالة البناء، وسواء كانت الإزالة بناء على طلب من مالك الأرض أو تمت بناء على طلب من الباني نفسه، أما عن مقدار التعويض فإن المُشرّع المصريّ لم يحدد مقدار التعويض، كما فعل مع صاحب الأرض إذ طلب تملك البناء وإنما يجب الرجوع إلى القواعد العامة.
ج_ طلب إزالة البناء خلال مدة محددة
نصت الفقرة الأولى من المادة (294) على (..... كان لهذا إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه، وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم بإقامة المنشآت)[1]
إن المُشرّع الإماراتيّ ترك الوقت مفتوحاً لمالك الأرض لممارسة حقه في اختيار إزالة البناء عن أرضه أو استبقائه وطلب تملكه، ويترتب على ذلك أن مالك الأرض يستطيع أن يطلب إزالة البناء أو تملكه خلال خمس عشرة سنة من تاريخ إقامة البناء ومعرفة الباني، ومما لا شك فيه أن عدم تحديد مدة معينة لمالك الأرض لتحديد اختياره بين إزالة البناء أو تملكه له سلبيات متعددة، فإضافة أنه يؤذي المركز المالي للباني إذ أن ترك البناء مدة طويلة دون استخدام يؤدي إلى تلفه. وباعتقادي في حال تراخى مالك الأرض عن تحديد اختياره، فإن للباني سيء النية[2] الحق في إقامة دعوى على مالك الأرض يطلب فيها السماح له بإزالة البناء شرط دفع تعويض عن أضرار الإزالة، أو ليطلب تحديد موقف مالك الأرض من إزالة البناء أو تملكه.
لقد تدارك المُشرّع المصريّ عواقب صمت مالك الأرض عن تحديد موقفه من البناء المقام على أرضه، وذلك من خلال تقييده بفترة زمنية أجبره خلالها على استعمال خياره، وحدد القانون المدني المصري في نص المادة (924) تلك المدة بسنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة الباني سيء النية البناء على أرضه [3] وبمقتضى هذه المادة يكون لمالك الأرض خلال السنة من تاريخ العلم بالبناء [4] الخيار ما بين حالتين.
الحالة الأولى: إقامة دعوى لإزالة البناء [5] عن أرضه وعلى نفقة الباني سيء النية وإعادة الأرض إلى أصلها الذي كانت عليه قبل إقامة البناء وطلب التعويض عن الأضرار التي قد تصيب الأرض[6].

---

[1] ونص القانون المدني الجزائري في المادة (784) والقانون المدني الكويتي في المادة (882) على الحكم ذاته.
(2) د. محمد زهرة، مرجع سابق، ص 118 .
[3] والعلم بإقامة البناء غير كاف، لابد أيضاً معرفة الباني لأن الإزالة تكون على نفقته.د.محمد زهرة، مرجع سابق، ص118.
[4] ويقع على عاتق الباني سيء النية عبء إثبات مرور سنة على العلم، وله أن يثبت ذلك بكافة أدلة الإثبات لأن العلم واقعة مادية. (مفاد المادة 924 من القانون المدنى انه إذا كان صاحب الأدوات البانى فى أرض غيره سىء النية كان لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة على نفقة البانى وإعادة الشىء الى أصله مع التعويض إن كان له محل وذلك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت، فإذا مضت سنة أو إذا طلب صاحب الأرض استبقاء المنشات تملك الأخير هذه المنشات مقابل دفع أقل القيمتين قيمة البناء مستحقا الإزالة أو مازاد فى ثمن الأرض بسبب البناء، ولا يعتبر ميعاد السنة التى يتعين فيها طلب الإزالة أمام القضاء وإلا سقط الحق فيه) الطعن رقم3952 لسنة 66، قضائية، جلسة 27 / 12 / 1997
[5] إقامة دعوى الإزالة شرط اقتضته محكمة النقض المصرية، انظر القرار رقم 248، لسنة 42 قضائية، جلسة 1978/5/17.
[6] د.عبد الرزاق السنهوري، الجزء التاسع، مرجع سابق، ص 273.

وعلى الباني سيء النية تنفيذ قرار المحكمة إذا استجابت لدعوى المالك بهدم ما أقامه من بناء على أرض الغير ورفع أنقاضه عن أرض المالك [1].

الحالة الثانية: استبقاء البناء وطلب تملكه حسب أحكام الاتّصال وليس على مالك الأرض ضرورة إقامة دعوى لتملك البناء كما في حالة طلب الإزالة، فما عليه سوى دفع التعويض القانوني للباني بعد تقديره من قبل الخبراء [2]. وللمالك الأرض إقامة دعوى خلال سنة لمنع الباني سيء النية من إزالة البناء إذا أبدى رغبته في الإزالة.

أما إذا انقضت سنة على علم مالك الأرض بوجود البناء على أرضه ومعرفة الباني، دون أن يعلن عن إرادته في اختيار إزالة البناء أو تملكه، فإن مالك الأرض يمتلك البناء بحكم القانون، ويفقد حقه في إقامة دعوى إزالة ويلزم بدفع التعويض للباني [3].

الفرع الثاني
حقوق الباني سيء النّيّة

نص كل من القانونين الإماراتي والمصري على حقوق الباني بالرغم من ثبوت سوء نيته في إقامة البناء على أرض الغير ، وحسب المادة (1269) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي ونص المادة (924) من القانون المدني المصري. يمكننا حصر حقوق الباني سيء النية في النقطتين التاليين: النقطة الأولى: طلب قيمة أنقاض البناء، النّقطة الثّانية: إزالة البناء وأخذه منقوضا، ولكن يجب التنويه إلى أن حق الباني مرتبط بما اختاره مالك الأرض، أي أن القانونين الإماراتي والمصري قيدا إرادة الباني سيء النية في طلب حقه على ما حدده مالك الأرض، من إزالة البناء أو طلب استبقائه وتملكه حسب أحكام الاتّصال [الالتصاق]، فلا قول للباني سيء النية على مالك الأرض، فإذا اختار إزالة البناء فلا حق للباني على مالك الأرض.

النقطة الأولى: طلب قيمة أنقاض البناء

إن كلاً من القانونين الإماراتي والمصري أعطى مالك الأرض_ كما أسلفنا_ طلب استبقاء البناء الذي أقامه الباني سيء النية على أرضه وتملكه بالاتّصال [4]، فإذا أظهر مالك الأرض رغبته في تملك البناء يعد بمثابة اعتراف منه بفائدة البناء على الأرض مما يتعين عليه دفع تعويض للباني سيء النية [5]، وبتملك مالك الأرض البناء فإنه يكون قد استولى على شيء ليس له، لذلك عليه أن يدفع تعويضاً للباني سيء النية وهذا ما نصت عليه المادتان (1269) مدني إماراتي والمادة (924) مدني مصري.

إلا أن القانونين الإماراتي والمصري وبرغبة منهما في ردع البناء على أرض الغير دون إذنه، ومجازاة كل من سوّلت له نفسه ذلك وأقام بناءً على أرض الغير وهو على علم بذلك، أو أنه ليس له الحق في إقامة البناء عليها، فقد عاملا الباني سيء النية معاملة قاسية_ إذا صح التعبير_ تمثلت في تعويض يحصل عليه من مالك الأرض، إلا أنه لا يتناسب مع الضرر الناجم عن تملك مالك الأرض للبناء [6]، فمن جانب قيمة التعويض الذي يلزم مالك الأرض دفعه للباني سيء النية يقدر بقيمة البناء مستحق الإزالة، أو (حسب الحكم الذي انفرد به القانون المدني المصري) قيمة ما زاده البناء في ثمن الأرض، من جانب ثانٍ، التعويض لا يشمل أجور العمل التي تكبدها الباني سيء النية لإقامة البناء.

ولتفاصيل قيمة التعويض نتناول_أولاً_ الحكم المشترك الذي نص عليه القانونان الإماراتي والمصري، ثم_ثانياً_ الحكم الذي انفرد به القانون المدني المصري.

---

[1] د.عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 798.

[2] ونكون بحاجة للدعوى إذا نازع الباني مالك الأرض حول قيمة البناء مستحق الإزالة.

[3] د.نبيل سعد، مرجع سابق، ص331.

[4] أو إذا تملك مالك الأرض البناء بحكم القانون بعد مرور سنة على علمه بالبناء والباني.

[5] د.محمد عرفه، مرجع سابق، ص 298.

[6] د.محمد زهرة، مرجع سابق، ص103.

اولاً: الحكم المشترك في تعويض الباني سيء النية

تنص المادة (1269) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه (..... أن يتملك المحدثات بقيمتها مستحقة الإزالة) والمادة (924) من القانون المدني المصري على أنه (..... أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة). يتضح من النصين السابقين أن القانونين أخذا بذات الحكم المتعلق بمقدار التعويض الذي يلزم مالك الأرض بدفعه للباني سيء النية وهو قيمة البناء مستحق الإزالة. فما هو المقصود بإصطلاح قيمة البناء مستحق الإزالة الوارد بالنصين أعلاه؟

يقصد بقيمة البناء مستحق الإزالة: افتراض هدم البناء وتحويله إلى أنقاض إضافة إلى ما يمكن نزعه من البناء قبل عملية الهدم كالشبابيك والأبواب وكل ما هو بحكم العقارات بالتخصيص. المقصود قيمة تلك الأشياء بعد خصم نفقات النزع من إجمالي قيمة الأنقاض_لأنه إذا لم يختَر مالك الأرض تملك البناء فإن الباني يلزم بإزالته على نفقته_ هي القيمة التي يلزم مالك الأرض دفعها للباني سيء النية[1].

وحكمة المُشرّع الإماراتيّ والمصريّ في الزام مالك الأرض بدفع قيمة البناء مستحق الإزالة وليس قيمته الحقيقة. هي_ إضافة لكونها عقاباً للباني_ تشجيع مالك الأرض على طلب تملك البناء بدلاً من طلب إزالته[2]. مما يؤدي في النهاية إلى تحقيق مصلحة اقتصادية وهى الانتفاع من البناء.

ومصدر التزام مالك الأرض بدفع التعويض للباني سيء النية القانون وليس أحكام الكسب بلا سبب[3]. وهناك غاية من أن المُشرّعين الإماراتيّ والمصريّ أقرّا تعويض الباني بموجب نصوص خاصة (1269إماراتي. 924 مصري) وليس الإحالة إلى أحكام الكسب بلا سبب. فطبقاً لتلك الأحكام يلتزم المكتسب (وهو مالك الأرض) رد ما اكتسبه للمفتقر(الباني)[4]. وإذا طبقنا تلك الأحكام على مالك الأرض يلزم بدفع تعويض للباني سيء النية بقيمة المواد المستخدمة في البناء مضاف إليها أجرة العمل. وهذا ما لا يريده المُشرّعون[5].

أما عن وقت تقدير التعويض (قيمة الأنقاض) الذي يلزم مالك الأرض دفعه للباني فقد اختلف الفقة في تحديد الموعد ولكل منها أسبابه. فبينما يرى بعضهم[6] أن التعويض يقدر وقت الاستحقاق. أي وقت إصدار حكم بتملك البناء. إذ في هذا الوقت يكتسب مالك الأرض ملكية البناء وهو أيضاً الوقت الذي يثري فيه مالك الأرض على حساب الباني سيء النية. وبما أن على المكتسب رد قيمة ما افتقر به المفتقر وقت الكسب. لذا يجب تقدير قيمة الأنقاض في هذا التاريخ. ويرى بعض الباحثين[7] أن مالك الأرض يمتلك البناء وقت اندماجه بالأرض وليس وقت الاستحقاق. وهذا يقتضي تقدير التعويض وقت البناء. وهو الوقت الذي أثرى فيه مالك الأرض على حساب الباني سيء النية. فالبناء قد دخل ذمة مالك الأرض منذ هذه اللحظة وبالتالي يجب تقدير الإثراء وقت تحققه. وباعتقادنا أن الرأي الثاني جدير بالتأكيد. أي أننا نؤيد أن يكون تقدير قيمة انقاض البناء وقت إقامته. ونعزز ذلك بأن قيمة أنقاض البناء قد ترتفع مع مرور الزمن مما يؤدي إلى عدم رغبة مالك الأرض في طلب التملك. وإذا رغب في التملك يلزم بتحمل تعويض أكثر مما كان يجب دفعه. وذلك مغاير لما يصبو إليه المشرعان الإماراتي والمصري.

ومعيار تحديد قيمة الأنقاض في القانونين السوري والفرنسي يختلف عما أخذ به القانونان الإماراتي والمصري. حيث يحظى الباني سيء النية في القانونين السوري والفرنسي بحظ أوفر. فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة (890) من القانون المدني السوري على (وإذا كان هذا الغير قد بنى أو غرس. فيلزم بهدم البناء وقلع الأغراس ما لم يفضل مالك الأرض إبقاءها لقاء دفعه لذلك الغير قيمة البناء والأغراس قبل البناء والغرس بعد حسم المصاريف التي يتكبدها الغير فيما لو ألزم بنزعها).

---

(1) د.محمد كامل مرسي. مرجع سابق.ص 104.

(2) د.عبد المنعم الصدة. مرجع سابق.ص380.

(3) د.عبدالرزاق السنهوري. الجزء التاسع. مرجع سابق. ص272. د.محمد زهرة. مرجع سابق. ص147. د.محمد كامل مرسي. مرجع سابق. ص104.

(4) انظر المادة (318) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والمادة (179) من القانون المدني المصري.

(5) وهو ما أخذ به القانون المدني الأردني في المادة(1140) وقانون الملكية العقارية اللبناني في المادة (217).

(6) د.عبد الرزاق السنهوري. الجزء التاسع. مرجع سابق. ص270. هامش 3. د.عبد المنعم الصدة. مرجع سابق. ص 379. د.محمد كامل مرسي. مرجع سابق. ص 110. وهذا اجتهاد قضائي استقرت عليه محكمة النقض السورية. انظر القرار رقم 1613 / 1981. اساس 1344. قاعدة 74. مجلة المحامون 1982 إصدار 2.

(7) د.محمد زهرة. مرجع سابق. ص 144.

وإعمالاً لهذا النص، يلزم مالك الأرض بدفع تعويض للباني سيء النية يعادل قيمة مواد البناء قبل الاستخدام، أي على تقدير على أنها جديدة [1]، وبكل تأكيد فإن قيمة ما هو جديد أكثر مما هو مستخدم فكيف إذا تحول الشيء المستخدم إلى أنقاض.

ويحظى الباني سيء النية بحظ أكثر وفرة في القانون المدني الفرنسي، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة (555) على أنه (إذا فضل مالك الأرض الاحتفاظ بملكية الأبنية والمزروعات والمنشآت، عليه أن يختار بين أن يسدد مبلغا للغير يساوي زيادة قيمة العقار، أو يدفع له ثمن المواد وأجرة اليد العاملة مقدرة بتاريخ التسديد، مع الأخذ بحالة الأبنية والمزروعات والمنشآت المذكورة بعين الاعتبار).

طبقاً للفقرة سالفة الذكر، على مالك الأرض أن يدفع للباني سيء النية ثمن مواد البناء قبل استخدامها أي كمواد جديدة، كما نص المشرع السوري مضافاً إليها أجرة العمل التى أنفقها الباني سيء النية لإقامة البناء، ولم يكتف المشرع الفرنسي بذلك، بل نص على أن تقدير قيمة المواد وأجرة العمل يكون وقت التملك وليس وقت إقامة البناء، مما يعني أن مالك الأرض قد يلزم بدفع أكثر من الثمن الذي دفعه الباني وقت شرائها نظراً لارتفاع أسعار المواد.

ولمالك الأرض خصم قيمة ثمار البناء التي حصل عليها الباني سيء النية، حيث يكون مسؤولاً عن الثمار التي قبضها أو قصر في قبضها[2]، فإذا استغل الباني سيء النية البناء_ كتأجيره مثلا _ فلمالك الأرض خصم بدل الإجارة التي قبضها من قيمة التعويض المستحق له. وأيضاً لا تسري التصرفات القانونية التي يبرمها الباني سيء النية على البناء في وجه مالك الأرض، حتى وإن كان هذا التصرف وقفاً أو جعله محل عبادة، وسواء كانت تلك التصرفات قبل علم مالك الأرض بوجود البناء أو بعد علمه.

أيضاً وطبقاً لأحكام القانون، هناك واجب قانوني على الباني سيء النية_ لكي يتمكن من المطالبة بقيمة الانتقاض_ ألا وهو المحافظة على البناء من الهلاك أو التلف، فقد يقصر الباني إذا علم بأن مالك الأرض يرغب في تملك البناء بواجبه في القيام بما هو ضروري لحماية البناء من الهلاك أو التلف، وبالتالي تنعقد مسؤوليته عن التقصير حتى وأن كان بسبب الهلاك أو التلف الذي لا يد له فيه [3].

ومن أثرى على حساب الباني سيء النية هو الملتزم بدفع التعويض له (التزام رد ما افتقر به المفتقر)، والغالب أن مالك الأرض هو من أثرى على حساب الباني سيء النية وعليه رد قيمة الافتقار، وإذا لم يقم مالك الأرض برد قيمة الافتقار ليس أمام الباني سيء النية إلا إقامة دعوى الكسب بلا سبب. وقد تثور صعوبة تحديد شخصية الملتزم بالتعويض (المدعى عليه) في حال إذا تغير مالك الأرض من تاريخ إقامة البناء إلى تاريخ إقامة الدعوى، فعلى سبيل المثال قد يتصرف المالك في الأرض كبيعها أو بيع ما عليها، فعلى من تقام الدعوى؟ على مالك الأرض وقت إقامة البناء أم على مالك الأرض وقت إقامة الدعوى؟

الرأي الفقهي الغالب أن الدعوى التي يقيمها الباني سيء النية تقام على مالك الأرض وقت إقامة الدعوى، وللمالك طلب إدخال الشخص الذي كان مالكاً للأرض وقت البناء كطرف في الدعوى، أو الرجوع إليه بالضمان فيما بعد، ويرى الباحث أن هذا الرأي من شأنه أن يلحق الضرر بمالك الأرض خاصة إذا كان حسن النية وقت انتقال ملكية الأرض له، لذا نرى_ ومن وجه العدالة_ أن تقام الدعوى على مالك الأرض وقت البناء[4].

وللباني سيء النية حق احتباس البناء الذي أقامة على أرض الغير حتى يستوفي حقه في التعويض كاملا من مالك الأرض، وعلى الرغم من ذلك يرى بعضهم [5]، أنه ليس للباني سيء النية حق احتباس البناء، ذلك لأن الحبس مصدره عمل غير مشرع وهو البناء على أرض الغير دون وجه حق، وهذا

---

[1] د. محمد سوار، شرح القانون المدني السوري، مرجع سابق، ص 489، وأنظر قرار محكمة النقض السورية رقم 1985/301، أساس 301، قاعدة 36، مجلة القانون.

[2] تنص المادة (1328) من القانون المعاملات المدنية الإماراتي _تقابلها المادة (979) مدني مصري_ (على يكون الحائز سيء النية مسؤولا عن جميع الثمار التي قبضها و التي قصر في قبضها). وقضت محكمة النقض المصرية بأن (المالك الأرض الحق في مطالبة من أقام بناء علي أرضه بالريع طالما أن هذا الأخير ينتفع بالبناء . ولا يغير من ذلك حق من أقام البناء في التعويض الذي يقرره القانون) الطعن رقم 803 لسنة 49، قضائية جلسة 1983/2/16 .

[3] تنص المادة (1332) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على (إذا كان الحائز سيء النية فإنه يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء أو تلفه ولو وقع بسبب لايد له فيه). و قد أضاف القانون المصري في المادة (984) على هذا النص عبارة (إلا إذا أثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً في يد من يستحقه).

[4] للتفاصيل انظر د.عبد الرزاق السنهوري، الجزء التاسع، مرجع سابق، ص270 هامش 3.

[5] د.عبد المنعم البداوي، مرجع سابق، ص 61.

يتنافى مع ما اشترطه المشرع لممارسة حق الاحتباس، وهو وجود ارتباط بين الشيء المحبوس والدين المستحق[1]. في حين ترى الغالبية[2] أن مصدر حق الباني سيء النية في المطالبة بالتعويض هو تملك مالك الأرض للبناء وفقاً لأحكام الاتصال، وليس عن عمل غير مشروع مما يجعله يحق له احتباس البناء ومعه الأرض عند الضرورة، حتى يستوفي حقه كاملاً من مالك الأرض.

ثانيا: حكم خاص لتعويض الباني السيء النية في القانون المدني المصري.

تنص الفقرة الأولى من المادة (924) من القانون المدني على (..... أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت).

إذا طلب مالك الأرض تملك البناء أو إذا أصبح مالكاً لها بحكم القانون_ ويتحقق ذلك إذا سقط حقه في طلب إزالة البناء خلال مدة سنة من علمه بإقامة البناء_ يلزم بدفع تعويض للباني سيء النية نظير تملك البناء بالاتّصال [الالتصاق][3]. وقيمة التعويض قيمة قانونية نصت عليها المادة سالفة الذكر، وهي تكون واحدة من القيمتين، الأولى: قيمة البناء مستحق الإزالة وبينا تفاصيل ذلك مسبقاً، أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء. وبما أن القانون المدني المصري ترك الحرية في اختيار أحدى القيمتين لمالك الأرض، فمن البداهة أن يختار أقلهما، وبذلك يكون المشرع المصري خرج عن أحكام الكسب بلا سبب [4].

وبمقتضى أحكام الكسب بلا سبب، للمفتقر الرجوع على الكاسب بقيمة ما افتقره وقت الافتقار، وبغض النظر عن ارتكاب المفتقر خطأ أو إهمال أم لم يرتكب، فالعبرة بحصول الكاسب على منفعة مادية سواء كان ذلك بسوء نية أو بحسن نية من المفتقر[5].

والمشرع المصري لم يتبنَ أحكام الكسب بلا سبب، فطبقاً لهذه الأحكام على مالك الأرض دفع قيمة ما اغتنى به وهو ما يعادل قيمة مواد البناء وأجرة العمل، إلا أن المشرع المصري وكجزاء لسوء نية الباني أتى بنص خاص _المادة (924) من القانون المدني_ خير به مالك الأرض بين دفع قيمة البناء مستحقة الإزالة منقوص منها نفقات إزالة البناء أو ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء. والغالب أن مالك الأرض يختار دفع قيمة البناء مستحق الإزالة، لأن هذه القيمة تكون أقل من قيمة ما زاده البناء في ثمن الأرض، خاصة أن هذه القيمة يخصم منها نفقات هدم البناء ورفع الأنقاض[6].

وإذا اختار مالك الأرض دفع قيمة زيادة الأرض بسبب البناء_ إذا كانت أقل من قيمة البناء مستحقة الإزالة_ يتسعان بخبير مختص في العقارات لتقدير قيمة الأرض قبل البناء وبعد إقامته، والفرق بين القيمتين هو قيمة التعويض الذي يلزم مالك الأرض بدفعه للباني سيء النية[7]، وتجدر الإشارة أن الخبير يقدر قيمة الأرض وقت إقامة البناء وليس وقت طلب مالك الأرض تملك البناء[8].

النقطة الثانية: الحق في ازالة البناء عن أرض الغير

تنص المادة (1269) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على (.....، فإذا كانت الإزالة مضرة بالأرض.....) وتنص الفقرة الثانية من المادة (924) من القانون المدني المصري على (ويجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق الضرر بالأرض، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقي المنشآت طبقا لأحكام الفقرة السابقة) سنبحث _أولا_ حق الباني في طلب إزالة البناء في القانون الإماراتي ثم _ثانياً_ حقه في ذلك في القانون المصري.

---

[1] تنص المادة (414) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أن (لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يوف بالتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطا به) تقابلها المادة (246) من القانون المدني المصري.

[2] د.عبد الرزاق السنهوري، الجزء التاسع، مرجع سابق، ص 295 هامش 2، د.محمد كامل مرسي، مرجع سابق، ص 106 د.عبد المنعم الصدة، مرجع سابق، ص395 د.محمد زهرة، مرجع سابق، ص 151.

[3] د.نبيل سعد، مرجع سابق،ص 332.

[4] د.عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق ص 788.

[5] د.الشهابي الشرقاوي، مصادر الإلتزام الإرادية، مرجع سابق، ص 173.

[6] د.عبد المنعم البداري، مرجع سابق، ص 56.

[7] د.عبد الرزاق السنهوري، الجزء التاسع، مرجع سابق، ص 273.

[8] د.عبد المنعم الصدة، مرجع سابق، ص 381، هامش 2.

اولاً: حق الإزالة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي

إن عبارة (فإذا كانت الإزالة مضرة بالأرض) الواردة في النص أعلاه _باعتقادي_ يمكن تفسيرها على وجهين: الأول: حق مالك الأرض طلب تملك البناء الذي أقامه الباني سيء النية متى كانت إزالته مضرة بالأرض. الثاني: حق الباني سيء النية في إزالة ما أقامه من بناء على أرض الغير شريطة عدم طلب مالك الأرض تملك البناء. وفي حال عدم طلب التملك ألا تكون الإزالة مضرة بالأرض.

فإذا كانت الإزالة مضرة بالأرض. فإن مالك الأرض وحده يختار بين طلب إزالة البناء وتملكه طبقاً لقواعد الاتصال. ولكن يتحول خيار إزالة البناء إلى الباني سيء النية إذا وجد مبرر قانوني يسمح بالإزالة.

فقد يطلب مالك الأرض من الباني سيء النية إزالة البناء من أرضه ويتحمل أضرار الإزالة. وقد يتعسف مالك الأرض في استخدام خياره المقرر له في المادة (1269) وذلك من خلال التراخي في تحديد طلب إزالة البناء أو تملكه. معتمداً على أن القانون الإماراتي لم يلزمه بمدة لإجراء المفاضلة بين الإزالة أو التملك. فإن ثبت ذلك للباني سيء النية _باعتقادي_ فإن من حقه توجيه إعذار لمالك الأرض يحدد له مدة زمنية للإفصاح عن خياره. وإذا لم يحدد خياره بعد انقضاء تلك المدة جازت له إزالة البناء وإن كانت الإزالة مضرة بالأرض.

كما أن للباني سيء النية إزالة البناء إذا تملكه مالك الأرض ولم يدفع له تعويضاً عن قيمة مواد البناء. وفي جميع الأحوال من حق الباني سيء النية إزالة البناء إذا لم تكن الإزالة مضرة بالأرض ففي هذه الحالة قدم القانون الإماراتي الإزالة على تملك البناء.

ثانيا: حق الإزالة في القانون المدني المصري

في عبارة واضحة صريحة أجاز القانون المدني بالفقرة الثانية من المادة (924) للباني سيء النية طلب إزالة البناء الذي أقامه على أرض الغير . ولكي يتمكن الباني من إزالة البناء يجب تحقق شرطين: الشّرط الأوّل: عدم مطالبة مالك الأرض بتملك البناء. لأنه بهذا الطلب يفقد الباني سيء النّيّة حق ازالة البناء وهذا ما نصت عليه الفقرة الثّانية صراحة (...إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقي المنشآت). الشّرط الثّاني: عدم تسبب إزالة البناء في ضرر بالأرض[1]. وهو أيضاً ما نصت عليه الفقرة سالفة الذكر(يجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً).

فإذا تحقق الشّرطان السّابقان. جاز للباني سيء النّيّة إزالة البناء. ويلاحظ أن القانون المدنيّ المصريّ لم يقيد الباني سيء النّيّة بمدة معينة لطلب الإزالة كما هو حال مالك الأرض. ونتساءل عن المدة التي يمكن للباني خلالها طلب إزالة البناء. يمكننا القول إنّ للباني سيء النّيّة طلب الإزالة سواء خلال مدة السنة المنصوص عليها بالفقرة الأولى من المادة (924) أو بعد انقضائها.

[1] د.محمد كامل مرسي. مرجع سابق. ص104.

المبحث الثّاني

أحكام الباني حسن النّيّة

عامل القانونان الإماراتي والمصري الباني حسن النية معاملة أفضل من معاملتهما للباني سيء النّيّة، فقد شفع له حسن نيته في إقامة البناء على أرض الغير ، وكرست هذه المفاضلة بأن كلاً من القانونين أقرا حقوقاً له لم تكن قد أقرت للباني سيء النّيّة، مثل إعطائه الحق في طلب إزالة البناء وإن كان ذلك يلحق الضرر بالأرض، وحق تملك الأرض المقام عليها البناء، ومقدار التعويض الذي يلزم مالك الأرض دفعه له إذا استبقى البناء.

ولتفصيل ذلك، سنقسم هذا الفصل إلى مطلبين، الأول: سنبحث فيه المقصود بحسن النّيّة، و الثّاني: آثار ثبوت حسن نية الباني.

المطلب الأول

المقصود بحسن نية الباني

لم تقف القوانين الناظمة لأحكام الاتّصال [الالتصاق] مسافة واحدة من حيث تحديد مفهوم حسن نية الباني، ومنها القانونان الإماراتي والمصري، ويمكننا القول إن القوانين العربية انقسمت _إن صح التعبير_ إلى قسمين كل منهما تبنى معيارا لتحديد مفهوم حسن النية يختلف _جوهرياً_ عن الآخر، لذلك سنقف على تحديد المعيار الذي تبناه القانون الإماراتيّ ثم المعيار الذي تبناه المُشرّع المصريّ، وذلك في الفرعين الآتيين.

الفرع الأول

مفهوم حسن نية الباني في قانون المعاملات المدنية الإماراتيّ[1]

يمكن استخلاص مفهوم حسن نية الباني في القانون الإماراتيّ من نص المادة (1270) والتي تنص على أنه (إذا أحدث شخص بناء أو غرسا أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض مملوكة لغيره بزعم سبب شرعي)[2].

ولم يحدد القانون الإماراتيّ _كأقرانه من القوانين العربية التي أخذت بذات المعيار_ المقصود بزعم سبب شرعي، مما أثار خلافاً بين الفقه القانوني[3] في تفسير هذه العبارة؛ فالبعض[4] اشترط لقيام الزعم بسبب شرعي أن يكون لدى الباني سبب صحيح في إقامة البناء، وطبقاً لذلك يكون الباني حسن النية في حالتين، الأولى: إذا حاز الأرض بإحدى الطرق التي نصت عليها المادة (1318) من قانون المعاملات المدنية وهي، 1_ انتقال المِلك بالإرث أو الوصاية 2_ الهبة بين الأحياء بعوض أو بغير عوض 3_ البيع والمقايضة. ثانياً: إذا تلقى ملكية الأرض عن طريق تصرف قانوني ناقل للملكية صادر من غير مالك، من شأنه أن ينقل ملكية الأرض لو صدر من مالكها.

---

[1] وهو ذات المفهوم في قانون المدني الأردني المادة (1141)، والقانون المدني العراقي المادة(1120)، ومن القوانين الأخرى القانون المدني الفرنسي المادة (555).

[2] وأصل عبارة بزعم سبب شرعي الواردة بنص المادة (1270) مأخوذة من نص المادة (906) من مجلة الأحكام العدلية.

[3] وأيضاً لقد اختلف شراح المجلة العدلية في التفسير، فمنهم من فسر الزعم بسبب شرعي بأنه سبب من أسباب التملك بالظاهر عند إنشاء البناء أو الغراس، وهنالك من فسره بأنه سبب الإرث أو ما قام مقامه، وهنالك من فسره بأنه حال من يبني مع عدم التعدي، للمزيد انظر، د.علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، منشورات مكتبة النهضة، لبنان، ص 510 وما بعدها.

[4] د.حسن كيره، الموجز في أحكام القانون المدني المصريّ ، الحقوق العينية الأصلية، منشأة العارف للنشر الإسكندرية، مصر، ص413، (1975)، د.حسن ذنون، شرح القانون المدني العراقي، الحقوق العينية الأصلية، مكتبة الرابطة، ص134، (1954).

وجانب آخر من الفقة[1] اشترط في الباني لقيام الزعم بسبب شرعي أن يكون بيده سند ناقل للملكية يجهل عيوبه، وبالتالي يمكن له أن يتمسك بالسند الباطل لإظهار حسن نيته.

من قرارات المحكمة الاتحادية العليا، يمكننا أن نستنتج أن المقصود بزعم سبب شرعي أن يكون الباني حسن النية، أي أن يعتقد أن له الحق في إقامة البناء على الأرض فقد قضت[2] (بأن مفاد هذه القاعدة 1270 أن لمحدث البناء في أرض مملوكة لغيره أن يمتلك الأرض شريطة تحقق أمرين: أولهما: أن تكون الحيازة وقت البناء مردها إلى اعتقاد الحائز قيام بسبب شرعي يخول له الحق في وضع يده على الأرض والانتفاع بها لجميع وجوه الانتفاع ومنها على سبيل المثال البقاء و القرار،...)

ومن التشريعات العربية التي وافقت القانون الإماراتيّ على معيار حسن النّيّة لدى الباني، القانون المدني الأردني، فقد أتت المادة (1140) بنص مطابق تماماً لذات المادة (1270) من قانون المعاملات المدنية، إلا أن شرّاح المادة (1140) فسروا عبارة (بزعم سبب شرعي) أن الباني يكون حسن النية إذا اعتقد أن الأرض المقام عليها البناء هي ملكه، وكان في يده سند نقل للملكية يجهل العيوب التي تشوبه [3]، ولا شك أن هذا التفسير ضيق وخانق لمبدأ حسن النية في ذات الوقت.

وعلى عكس القانونين الإماراتيّ والأردنيّ، تبنى القانون المدني السّوريّ مبدأ حسن النّيّة بكل صراحة ووضوح، فقد نصت المادة (889) على أنه (إذا كان الشخص الذي يبنى الأبنية حسن النّيّة...)، ويكفي لاعتبار الباني كذلك أن يعتقد بأن له الحق في إقامة البناء على الأرض، وهذا ما قضت به محكمة النقض السورية بقولها (إن معنى حسن النية في مجال التملك بالالتصاق هو أن يعتقد الباني أو الغارس أن له الحق في إقامة المنشآت، أو غرس الغرس، أي أنه يحدث ذلك في ملكه، ولا يشترط السبب الصحيح كشرط صحيح)[4]، أي أن القضاء السّوريّ لم يشترط لاكتساب ملكية الأرض من قبل الباني أن يكون لديه سند ناقل للملكية يجهل عيوبه، وهذا مبدأ استقر عليه القضاء السوري قديماً[5]، وأكثر من ذلك_ وفي أحكام متعددة_أكد القضاء السوري على اختلاف شروط التملك بالاتصال بين القانون المدني السوري ونظيره المصري، فقد قضت بأن (... مفهوم حسن النّيّة في التشريع المصريّ في هذا المجال يختلف عن مفهومه في التشريع السوري) [6].

الفرع الثاني

مفهوم حسن نية الباني في القانون المدني المصريّ

تنص الفقرة الأولى من المادة (925) من القانون المدني المصريّ على أنه (إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها في المادة السابقة يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها...)

كما هو واضح من الفقرة الأولى، هنالك اختلاف موضوعي بين معيار حسن النّيّة في القانون المدني المصريّ ومعيار حسن النية الذي تبناه قانون المعاملات المدنية الإماراتي، فلكي يعتبر الباني حسن النية في القانون المدني المصريّ يكفي أن يعتقد أن له الحق في إقامة البناء على الأرض[7]، ولا يقع على الباني عبء إثبات اعتقاده بأن الأرض ملك له، لأن الأصل في الباني حسن النية[8]، وإنما يكلف مالك الأرض بعبء إثبات عدم أحقية الباني في إقامة البناء على أرضه لاعتباره سيء النية، فقد يكون الباني على علم

---

[1] د.محمد سوار، شرح القانون المدني الأردني، مرجع سابق،ص102.

[2] انظر الطعن رقم 890 لسنة 24 قضائية،تاريخ 2005/10/11. والطعن رقم 80 لسنة 11قضائية، تاريخ 1991/4/30. والطعن رقم 430 لسنة 29 قضائية، تاريخ 2009/11/24.

[3] د.علي العبيدي، شرح القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص169.

[4] قرار رقم 2001/2459، أساس 2337، قاعدة 191، مجلة المحامون، إصدار 7و8.

[5] انظر قرار رقم 478/1959، قاعدة 2895

[6] انظر قرار رقم 1983/1150، أساس 911 قاعدة 163، وقرار رقم 1984/999، أساس 2411، قاعدة 1331 مجلة المحامون، اصدار 3 و4.

[7] د.عبد الرزاق السنهوري، الجزء التاسع، مرجع سابق، ص 277.

[8] د.محمد سوار، شرح القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص103.

بأن الأرض ليست ملكاً له ومع ذلك يعتبر حسن النية، إذا أثبت اعتقاده بأن له الحق في إقامة البناء[1]، فمعيار حسن النية إذاً ليس في ثبوت اعتقاد الباني بملكية الأرض وإنما الاعتقاد بحق إقامة البناء على الأرض.

وفي ذلك قضت محكمة النقض بـ(أن الباني الذي أقام منشآته على أساس شراء الأرض بعقد عرفي يعتبر حسن النية)[2]، وقضت أيضاً بـ(أن الطاعنين قد برروا إقامتهم المباني والمنشآت على الأرض بسبق شراء مورثيهم لها بشكل مسجل، وهو ما ينطوي على حسن نيتهم)[3].

أي أن القانون المدني المصريّ لم يشترط لقيام حسن النية لدى الباني توافر سبب صحيح كشرط مستقل لتملك الأرض بالاتصال، أو الحصول على قيمة البناء، ولا أن يكون لديه سند ناقل للملكية يجهل عيوبه، وإنما يكفي الاعتقاد بحقه في إقامة البناء على الأرض، وهذا ما أكدّته محكمة النقض وبذلك التقى كل من القضاء الإماراتي والمصري_ على الرغم من الاختلاف العميق بين النصوص القانونية الناظمة للبناء على أرض الغير بحسن نية_ على معيار حسن النية لدى الباني، وإن كان هذا المعيار من شأنه أن يوسع من نطاق تطبيق المادتين (1270 إماراتي 925 مصري) إلا أنّ ذلك يبقى_ باعتقادي_ أقرب من تحقيق العدالة أكثر من مواقف القوانين الأخرى من خلال قرارات محاكمها وآراء الفقهاء التي قيدت حسن النية بحالة واحدة وهي أن يكون لدى الباني سند ناقل للملكية يجهل عيوبه أو شرط وجود سبب صحيح لاعتبار الباني حسن النية[4].

وعن موقف القانون الفرنسي، فقد نصت الفقرة الرابعة من نص المادة (555) من القانون المدني على أنه (إذا كانت المزروعات والأبنية والمنشآت قد أقيمت على يد الآخر رفعت يده عن العقار.....) وعبارة رفعت يده عن العقار، فسرها القضاء لاعتبار الباني حسن النّيّة بأن لا بد من وجود سند نقل للملكية[5].

ومفهوم سند ناقل للملكية في القضاء الفرنسي ليس السند الذي شابه عيب، فقد قضت محكمة النقض بمنع مالك الأرض من مطالبة الباني بإزالة المنشآت، بل يكفي أن يكون هذا الأخير قد اعتقد بوجود سند[6]، كما قضت بـ(أن عقد البيع الذي لا يوازي سنداً صحيحا بالمعنى الذي تشمله المادة 2265 من القانون المدني يمكن ان يشكل بالنسبة إلى المكتسب سندا مظنونا يمكنه من التذرع بأنه شخص نزعت يده عن حسن نيته)[7].

ومن المتفق عليه _فقهاً وقضاءً_ أن تقدير حسن نية الباني يكون وقت إقامة البناء[8] لا وقت وضع يده عليها[9]، وعبء إثبات حسن النية يقع على عاتق الباني، وفي حال إذا قوض مالك الأرض القرينة القانونية على حسن نية الباني، فلهذا الأخير أن يثبت حسن نيته_أي أنه يعتقد بأن له الحق في إقامة البناء_ بكافة أدلة الإثبات، ولا يغير من حكم حسن نية الباني، إذا علم بعد إقامة البناء بأن ليس له الحق في البناء[10] بأن أيقن أن ملكية الأرض تعود للغير وليس له .

---

(1) وقد قضت محكمة النقض (ان المقصود بحسن النية في تطبيق المادة 925 أن يعتقد الباني أن له الحق في إقامة المنشآت، و لا يلزم ان يعتقد أنه يملك الأرض، فإذا ادعى مالك الأرض أن الباني سيء النية، فعليه حسبما تقتضي به المادة 924 أن يقيم الدليل على أن الباني كان يعلم وقت أن أقام المنشآت أن الأرض مملوكه لغيره) طعن رقم 19، لسنة 42 قضائية، جلسة 1976/12/17.

(2) طعن رقم 386، لسنة 42 قضائية، جلسة 1976/4/6لسنة 27.

(3) طعن رقم 175، لسنة 41 قضائية، جلسة 1975/12/8. وقضت أيضاً (وعلى ما جرى به قضاء هذة المحكمة أن أمر العلم بإقامة البناء على ملك الآخر وثبوت حسن نية من أقامه أو سوء نيته مما تستقل به محكمة الموضوع بلا معقب عليها من محكمة النقض ما دامت قد أقامت قضاءها فيه على أسباب سائغة تكفي لحمله) الطعن رقم 1323 لسنة 59 قضائية، تاريخ 1994/3/30.

(4) أنظر مثلا -موقف التمييز الأردنية د.على العبيدي، شرح القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص 127، وكذلك القضاء العراقي. انظر د.ضحى النعمان، مرجع سابق ص، 70

(5) نقض رقم 143، مدنية 3، تاريخ 2000/7/12. وطعن رقم 172، مدنية 3، تاريخ 1988/11/30،وطعن رقم 565، مدنية 3 تاريخ 1971/11/17.

(6) قرار رقم 118، مدنية 1، تاريخ 1967/4/10.

(7) نقض رقم 431، مدنية 3 تريخ 8/10/1974. وقضت أيضاً (أن التّرخيص بطلب رخصة بناء من قبل مالك الأرض إلى شخص يرغب في اكتسابها يشكل سندا للمستفيد الذي ظن عن حسن نية أنه يحوز على سند يجيز له البناء بصفته مالكاً)، نقض رقم 102، مدنية 3، تاريخ 1983/5/3.

(8) د.محمد كامل مرسي مرجع سابق، ص 112، د.عبد المنعم البداوي، مرجع سابق، ص 56، انظر قرار محكمة النقض المصرية رقم 667 لسنة 63 قضائية، تاريخ 2000/4/11. وقرار محكمة النقض السورية رقم 1983/353، أساس 107، قاعدة 259، مجلة المحامون إصدار 9 و10 وقرار المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية رقم 328 لسنة 24 قضائية، تاريخ 2003/9/2.

(9) د.حسن ذنون، مرجع سابق، ص132.

(10) د.عبد الرزاق السنهوري، الجزء التاسع، مرجع سابق، ص277، هامش 4.

ولكن الحكم يختلف إذا علم الباني بعد وضع يده على الأرض أو قبل الانتهاء من اقامة البناء، أن ليس له الحق في البناء فيفقد بذلك حسن نيته، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه (إذا علم حائز الأرض بعيوب السند الناقل للملكية واستمر في إقامة البناء فإنه من حق المالك هدم الجزء من الفيلا الذي أقيم بعد ذلك)[1]. ومثل هذا القرار يمكن تطبيقه في حال إذا كان الهدم ليس له تأثير بالغ على البناء المقام وقت حسن النية، وقد اختلفت آراء الفقهاء حول ما إذا اصبح الجزء المقام_ الذي أقامه الباني بعد علمه بأن ليس له الحق في البناء_ جزءاً لا يتجزأ من البناء السابق وأنه لا يمكن هدمه إلا بتخريب الجزئين.

فالبعض يرى أنه إذا كان الهدم سيؤدي إلى تخريب الجزئين، فإن المصلحة الاقتصادية تستلزم إبقاء البناء ما دامت أعمال البناء قد بدأت بحسن نية، والبعض يرى أن لمالك الأرض الحق في طلب هدم البناء بجزئيه، ويبرر ذلك بقوله إذا اختلط حسن النّيّة مع سوء النية ترجح سوء النّيّة مراعاة لمصالح مالك الأرض[2].

ونرى أن الأصوب أن يقوم القاضي بتقدير قيمة الجزئين والأقل قيمة يتبع الأكثر، فقد يعلم الباني بأن ليس له الحق في البناء في المرحلة الأولى من مراحل البناء، مثل مرحلة بناء أساسات البناء، وبالتالي استمراره في البناء يفقده حسن نيته، ويعطي الحق لمالك الأرض في طلب الإزالة أو الاستيفاء وتملكه بالاتصال[3].

المطلب الثاني
آثار ثبوت حسن نية الباني

على فرض ثبوت حسن نية الباني، أي أنه ثبتت صحة اعتقاد الباني بأن له الحق في إقامة البناء على أرض الآخر، فما هي الآثار (الخيارات والحقوق) التي أقرها كل من القانونين الإماراتي و المصريّ لكل من مالك الأرض والباني حسن النية؟

إن الآثار التي نص عليها قانون المعاملات المدنية الإماراتي تختلف من حيث الموضوع والمضمون عن الآثار التي أقرها القانون المدني المصري، لذلك سنبحث هذه الآثار في الفرعين التاليين.

الفرع الأول
آثار ثبوت حسن النّيّة في القانون الإماراتي

أخذ قانون المعاملات المدنية -عندما يكون الباني حسن النية- بمعيار موضوعي، قائم على التوازن بين قيمة البناء وقيمة الأرض، فقد نصت المادة (1270) على أنه (....إن كانت قيمة المحدثات قائمة أكثر من قيمة الأرض كان للمحدث أن يتملك الأرض بثمن مثلها وإذا كانت قيمة الأرض لا تقل عن قيمة المحدثات كان لصاحب الأرض أن يتملكها بقيمتها قائمة).

وطبقاً للمعيار الموضوعي الوراد بالنص أعلاه، يعتبر(المال) الذي قيمته أكثر هو الأصل، ويكون المال الآخر تابعاً له، إذ ينظر إلى قيمة البناء قائما مع أجرة العمل وإلى قيمة الأرض قبل البناء عليها، فأيهما كانت قيمته أكثر يتخذ أصلاً بتبعه الآخر[4]، وعلى هذا تقدر قيمة البناء والأرض؛ فإذا بين التقدير أن قيمة البناء وأجرة العمل أكثر من قيمة الأرض كان للباني حسن النية أن يتملك الأرض[5]، ولكن هنا لا يكون تملك الباني حسن النية الأرض بمقتضى أحكام الاتصال، فالاتّصال لا يعمل إلا في اتجاه واحد وهو تملك مالك الأرض للبناء الذي أقامه الباني حسن النية أو سيء النية، وإنما يكون تملك الأرض بناءً على إجبار مالك الأرض على التنازل عن ملكيتها بثمن مثلها للباني حسن النية، وهذا ما يسمى بالإجبار القانوني على المعاوضة[6].

---

(1) نقض رقم 236، مدنية 3، تاريخ 1977/9/1.

(2) للمزيد عن هذه الآراء انظر د.حسام الدين الأهواني، مرجع سابق، ص 280 وما بعدها.

(3) حسب ما ورد في المادة (924).

(4) د.علي العبيدي، شرح قانون المعاملات الإماراتي، مرجع سابق، ص 141. وقضت محكمة النقض السورية أنه لا يجوز تملك أملاك الدولة بالالتصاق. قرار رقم 2000/1030، أساس1707، قاعدة 288، مجلة المحامون، إصدار11 و12.

(5) د.محمد سوار، شرح القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص 103.

(6) د.محمد زهرة، مرجع سابق، ص 137.

وإذا تبين بعد التقدير أن قيمة الأرض أكثر من قيمة البناء وأجرة العمل، كان لمالك الأرض أن يتملك البناء بالاتّصال مقابل دفع قيمة البناء وأجرة العمل للباني حسن النية[1].

ونتساءل عما إذا تبين بعد التقدير التوازن، بمعنى أن تتساوى كل من قيمة البناء وأجرة العمل وقيمة الأرض، فأي منهما يعتبر الأصل ليتبعه الفرع؟ بالرجوع إلى نص المادة (1270) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي تعتبر الأرض هي الأصل والبناء الفرع، وهذا ما يمكن أن نستنتجه من عبارة (إذا كانت قيمة الأرض لا تقل عن قيمة المحدثات)، فتفسير هذه العبارة قاطع لأي تفسير آخر، وإضافة إلى هذا التفسير يرى بعض الباحثين[2] أن الأصل في طبيعة الأرض وليس قيمتها فهي ثابتة ودائمة ومستقرة، على النقيض من البناء الذي تعد ديمومته مسألة نسبية، لذلك لا بد من اعتبارها دوماً هي الأصل.

يتضح _مما سبق_ أن مالك الأرض يتملك البناء في إحدى الحالتين، الأولى: إذا كانت قيمة الأرض أكثر من قيمة البناء وأجرة العمل، الثانية: إذا تساوت كل من القيمتين، أي أنه في تلك الحالة يلزم مالك الأرض بتملك البناء ولا يجوز له إجبار الباني حسن النية على إزالة البناء، ومع ذلك، هل يمكن للباني حسن النية والذي أقام بناءه على زعم سبب شرعي أن يطلب إزالة البناء ومنع مالك الأرض من تملكه؟

يرى بعض الباحثين [3] أنه ليس هنالك ما يمنع الباني حسن النية من إزالة مواد البناء الذي أقامه على أرض الغير بزعم سبب شرعي على نفقته واستردادها، بشرط أن لا يترتب على الإزالة ضرر جسيم يصيب الأرض، ولكن هذا الرأي لا يمكن تعميمه على جميع حالات البناء وإنما يقتصر على الحالة التي تكون فيها قيمة البناء وأجرة العمل أكثر من قيمة الأرض، فالمادة (1270) جاءت لحماية الباني حسن النية وله أن يتنازل عن هذه الحماية بُحر إرادته ويطلب إزالة البناء، بغض النظر عن كونها أصابت الأرض بضرر جسيم أم لا، طالما الباني حسن النية أراد إزالة مواده عن أرض الغير فعليه أن يعّوض المالك عن الأضرار التي أصابت الأرض [4].

وعلى ذلك لا يجوز للباني حسن النية إزالة مواد البناء إذا كانت قيمة الأرض أكثر من قيمتها، لأن في الإزالة في هذه الحالة تعدٍ على حق مالك الأرض الوارد بنص المادة (1270)[5]. وتقدر قيمة مواد البناء وأجرة العمل وقيمة الأرض بتاريخ الإدعاء لا بتاريخ إقامة البناء[6] وهذا ما استقرت عليه المحكمة الاتحادية العليا[7] وأجمع عليه الفقة القانوني[8].

الفرع الثاني

ثبوت حسن النّيّة في القانون المصريّ

هنالك مفارقات بين القانونين الإماراتي والمصريّ في الأحكام المتعلقة بمصير البناء الذي يقيمه الباني حسن النية على أرض الغير ، وهذا ما دعانا إلى بحث ذلك في مطلبين، فالقانونان لم يلتقيا إلا في حالة واحدة وهي سلب مالك الأرض حقه في طلب إزالة البناء، فكيف إذا عالج القانون المدني المصريّ مصير البناء الذي أقامه الباني حسن النية؟

---

[1] المستشار أحمد الجندي، مرجع سابق، ص 281.

[2] د.حسام الأهوأني، مرجع سابق، ص 181.

[3] د.محمد سوار، شرح القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص 103.

[4] د.ضحى النعمان، مرجع سابق، ص 75، ويرى بعضهم أنه في فرض زيادة قيمة البناء وأجرة العمل عن قيمة الأرض، يبقى حق تملك الأرض اختيارياً للباني حسن النية أي أنه يمكن أن يجبر مالك الأرض على تملك البناء ويستند في ذلك أن الأصل حسب أحكام الاتّصال وهو تملك مالك الأرض للبناء.د.محمد زهرة، مرجع سابق، ص 136.

[5] ومن النصوص العربية التي تلتقي مع النص المادة (1270) نص المادة (1140) مدني أردني، ونص المادة (889) مدني سوري، ونص المادة (216) من قانون الملكية العقارية اللبنانية ونص المادة (1120) مدني عراقي.

[6] قرار محكمة النقض السورية رقم 1981/1613 أساس 1344، قاعدة 74، مجلة المحامون إصدار 2.

[7] انظر القرار رقم 430 لسنة 29 قضائية، تاريخ 2009/11/24، والطعن رقم 80، لسنة 11 قضائية، تاريخ 1991/1/30.

8() انظر د.محمد كامل مرسي، مرجع سابق، ص 113. و د..محمد سوار، شرح القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص 105. بمقابل ذلك يرى بعض الباحثين ان قيمة البناء تقدر وقت اندماجها بالأرض وليس وقت رفع الدعوى أو الحكم فيها، د.محمد زهرة، مرجع سابق، ص136. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن تاريخ تقييم التعويض ليس تاريخ انتقال ملكية الأبنية إلى صاحب الأرض ولا التاريخ الذي يعبر فيه هذا الأخير عن نيته بالاحتفاظ بها، وإنما هو التاريخ الذي يجب أن يسدّد فيه فعلياً التعويض القانوني. نقض رقم 202، مدينة 3، تاريخ 1970/3/12. ونقض رقم 48، مدينة 3، تاريخ 2006/2/22 .

تنص الفقرة الأولى من المادة (925) على أنه (... لا يكون لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة، وإنما يخيّر بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغاً يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت، هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها).

نستنتج من هذا النّصّ نقطتين أساسيتين، الأولى: متعلقة بالباني حسن النّيّة، والثانية: بمالك الأرض.

أولا: صرح القانون المدني المصريّ للباني حسن النّيّة بإزالة البناء الذي أقامه على أرض الغير ، ودون أخذ الموافقة، إذا رأى مصلحة له في ذلك[1]، وعمومية نص المادة (925) تجيز للباني حسن النية طلب إزالة البناء وإن أصاب الأرض ضرر[2]، وليس في هذا الطلب أي تعسف في استعمال الحق يمكن أن ينسب له. ولكن هذا لا يعني إعفاء الباني حسن النّيّة من دفع التعويض، بل إنه يلزم بدفع تعويض نظير الضرر الذي أصاب الأرض جراء إزاله البناء، كما أنه يلزم بإعادة الأرض إلى حالتها الأولى[3]. وطلب الباني حسن النية إزالة البناء حق له يمكن أن يمارسه بإرادته و ليس واجباً عليه[4]، بل إن للباني حسن النية عدم طلب إزالة البناء وطلب تمليكه لمالك الأرض.

ثانيا: إذا لم يطلب الباني حسن النية إزالة البناء وإنما طلب استبقاءه، يتملك مالك الأرض البناء بالاتّصال [الإلتصاق]، ولا يجوز لمالك الأرض طلب إزالة البناء وإنما عليه أن يرضخ لإرادة الباني حسن النية، أي أن مالك الأرض يجد نفسه مجبراً على تملك بناء لا يرغب بتملكه، بل وقد لا يستطيع دفع ثمنه[5].

وبمقابل تملك البناء، على مالك الأرض دفع تعويض للباني حسن النّيّة وحسب الفقرة الأولى من المادة (925) يخير مالك الأرض عند دفع التعويض بين أقل القيمتين من قيمة مواد البناء وأجرة العمل أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء[6].

وبهذا المعيار اختلف القانون المدني المصريّ عن قانون المعاملات المدنية الإماراتي الذي تبنى معيار الأقل يتبع الأكثر، فالقانون المدني المصريّ لم يأخذ بقيمة البناء وأجرة العمل وقيمة الأرض وأيهما أقل يتبع الأكثر، بل يرى بعض الباحثين[7] أنه راعى مصالح مالك الأرض على حساب مصالح الباني حسن النية؛ فمالك الأرض يتملك البناء مهما كانت قيمته طالما أن الباني حسن النية لم يطلب إزالته[8].

وباختيار مالك الأرض دفع أقل القيمتين للباني حسن النّيّة نظير ذلك البناء، يكون رد ما اغتنى به على حساب الغير ، ولكن اختلف الفقه حول مصدر دفع التعويض، فالبعض[9] يرى أن دفع التعويض للباني حسن النية مصدره القانون وليس تطبيقاً لأحكام الكسب بلا سبب، ولو صح موقفه وكان التعويض تطبيقاً لقواعد الكسب بلا سبب لما كانت هنالك حاجة لنص المادة (925) ولاكتفى المشرع بالإحالة على هذه الأحكام، بينما يرى بعضهم[10] ، أن مصدر هذا الالتزام هو أحكام الكسب بلا سبب بامتياز وليس القانون.

والغالب أن قيمة مواد البناء وأجرة العمل تكون أكثر من قيمة زيادة ثمن الأرض بسبب البناء، وبالتالي يختار مالك الأرض دفع قيمة الزيادة[11].

إذا ليس لمالك الأرض الاحتفاظ بالأرض وترك البناء للباني حسن النية، اذ يجبر _كما أسلفنا_ على تملك البناء ودفع التعويض للباني، أو ترك الأرض للباني حسن النية.

---

(1) د.عبد الرزاق السنهوري، الجزء التاسع، مرجع سابق، ص 279.

(2) مع أن الفقه المصريّ يرى أن طلب الإزالة مقيد بعدم إلحاق الضرر بالأرض.د.نبيل سعد، مرجع سابق، ص333.

(3) د.عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص804.

(4) د.عبد الرزاق السنهوري، الجزء التاسع، مرجع سابق ص280

(5) د.محمد زهرة، مرجع سابق، ص126.

(6) د.نبيل سعد، مرجع سابق، ص334.

(7) د.محمد سوار، شرح القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص 105 هامش 1.

(8) د.حسام الدين الأهواني، مرجع سابق،185.

(9) د.محمد عرفه، مرجع سابق، ص 74 د.عبد الرزاق السنهوري، الجزء التاسع، مرجع سابق ص 279

(10) د.محمد زهرة، مرجع سابق، ص 133، ويقدر قيمة مواد البناء وأجرة العمل وقيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء وقت إقامة الدعوى.

(11) والمقصود هنا القيمة التجارية التي حدثت في الأرض بسبب البناء، لا المنفعة التي عادت على المالك بسبب البناء د.محمد كامل مرسي، مرجع سابق، ص11.

فقد نصت الفقرة الثانية من من المادة (925) على القول (إلا أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حداً من الجسامة ترهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها، كان له أن يطلب تمليك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل).

في بادئ ذي بدء، قد يكون طلب إزالة البناء محرجاً لمالك الأرض في حالة عجزه عن دفع التعويض للباني، ولكن وبما أن لا حق لمالك الأرض في طلب إزالة البناء عندما يكون الباني حسن النية، فليس له خيار سوى طلب تمليك الأرض للباني حسن النية طلب أو لم يطلب.

فإذا كان البناء الذي أقيم على الأرض قد بلغ حداً من الجسامة ترهق مالكها في دفع التعويض المستحق عليه، فإن القانون أعطى له الحق في طلب تمليك البناء لمن أقامه نظير تعويض عادل[1]. ومعيار الإرهاق معيار شخصي وليس بقيمة البناء[2]. وقاضي الموضوع هو من يقوم بتقدير الظروف الشخصية والمالية لمالك الأرض، لذا فإن معيار الإرهاق يختلف من شخص لآخر[3]. ولا يلتزم القاضي عند تقدير التعويض بالقواعد العامة، وإنما عليه تقدير قيمة الأرض طبقاً لقيمة ثمنها في السوق. وإذا تملك الباني حسن النية الأرض بناء على طلب مالكها فإن التملك لا يكون تنفيذاً لأحكام الاتّصال وإنما تملك الأرض والالتزام بدفع التعويض العادل لمالك الأرض يكون مصدره القانون[4].

ونرى أنه أيضاً يجوز لمالك الأرض_إضافة لحالة الإرهاق_أن يطلب من الباني حسن النية تملك الأرض إذا كان الباني حسن النية أبرم أي تصرف قانوني من شأنه أن يمنع نقل ملكية البناء بكافة عناصره، كأن يكون قد رهن البناء أو أجرّه وقبض أجرته.

---

(1) د.منصور مصطفى، مرجع سابق، ص 924.

(2) د.محمد زهرة، مرجع سابق، ص 127.

(3) د.محمد عرفه، مرجع سابق، ص 46، كما لا يشترط أن تكون قيمة البناء أكثر من قيمة الأرض، وإنما يكفي كما عبر بعض الباحثين أن يكون دفع التعويض صعباً على مالك الأرض. د.محمد زهرة، مرجع سابق، ص 128.

(4) د.عبد الرزاق السنهوري، الجزء التاسع، مرجع سابق، ص 281.

الخاتمة

بعد أن انتهينا من كتابة بحثنا_بعون الله وحمده_ وعنوانه البناء على أرض الغير في قانون المعاملات المدنية ا الإماراتيّ والقانون المدني المصريّ، توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات.

أولا: النتائج

1_ لكي يعتبر ما أقامة الباني على أرض الغير بناءً، ومن ثم تطبق عليه أحكام الاتّصال، لا بد أن يندمج بالأرض المقام عليها وأن يكون الاندماج مستمراً.

2_ أن يكون الباني شخصا غير مالك الأرض وليس موكلاً بإقامة البناء.

3_ سوء نية الباني في القانونين الإماراتي المصريّ قائم على معيار شخصي، ويعتبر الباني كذلك إذا لم يكن له الحق في إقامة البناء على أرض الغير ، أو كان يعلم أن الأرض مملوكة للغير.

4_ تختلف خيارات مالك الأرض التي نص عليها القانون الإماراتي ويمكن أن يمارسها في حالة قيام شخص بالبناء على أرضه، عن الخيارات التي نص عليها القانون المصريّ.

5_ على الرغم من أن الباني يعتبر سيء النية إذا قام بالبناء على أرض دون وجه حق، الإ أن القانونين الإماراتي و المصريّ أقرا له ببعض الحقوق يمكن المطالبه بها من مالك الأرض.

6_ معيار حسن نية الباني في القانون الإماراتيّ مختلف عن معيار حسن النّيّة في القانون المصري، وعلى الرغم من ذلك تبنت المحكمة الاتحادية العليا المعيار الذي انتهت إليه محكمة النقض المصرية عندما قامت بتفسير نص المادة(925) من القانون المدني.

7_يترتب على ثبوت حسن نية الباني آثار_سواء كانت حقوق الباني أو حقوق مالك الأرض_ في القانون الإماراتي، تختلف عن الآثار التي نص عليها القانون المصريّ.

ثانيا: التّوصيّات

1_ أن يضيف المشرع الإماراتي نصاً يبين ماهية المنشآت المؤقتة ويحدد مصيرها في حالة إقامتها على أرض الغير ، كما فعل المشرع المصري.

2_ أن يحدد المشرع الإماراتي_كما فعل المشرع المصري_ مدة زمنية يمارس خلالها مالك الأرض حقه في طلب الإزالة أو تملك البناء الذي أقامة الباني سيء النية على أرضه، لكي لايبقى مصير هذا البناء معلقاً لفترة زمنية طويلة.

3_ إعادة صياغة نص المادة(1269) من قانون المعاملات المدنية الإماراتيّ ونص المادة(924) من القانون المدني المصريّ، أو إضافة نص يتمكن بموجبه مالك الأرض من تملك البناء، إن كانت إزالته لا تسبب ضرراً للأرض.

4_ إعادة صياغة نص المادة (1270) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي ونص المادة (925) من القانون المدني المصري، وتبني المعيار الموضوعي في الصياغة الجديدة.

المراجع

1_د.أحمد شوقي عبد الرحمن، الحقوق العينية الأصلية، دار منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر(2004).

2_المستشار أحمد محمد عبد الصادق، الموجز القضائي في شرح أحكام القانون المدني، الجزء الثاني، دون دار للنشر(2010).

3_المستشار أحمد نصر الجندي، الموسوعة الإماراتية في قانون المعاملات المدنية، الكتاب السادس، الحقوق العينية الأصلية، دار شتات للنشر والبرمجيات، الشارقة، الإمارات(2011).

4_د. الشهابي الشرقاوي، مصادر الالتزام غير الإرادية في قانون المعاملات المدينة الإماراتي، مكتبة الجامعة، الشارقة، الإمارات(2011).

5_د.الشهابي الشرقاوي، مصادر الالتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، مكتبة الآفاق الجامعية، الشارقة، الإمارات(2013).

6_د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، منشورات الجامعة الأردنية (1987).

7_د.حسن ذنون، شرح القانون المدني العراقي، الحقوق العينية الأصلية، مكتبة الرابطة، بغداد(1954).

8_د.حسن كيره، الموجز في أحكام القانون المدني المصري، الحقوق العينية الأصلية، منشأة العارف للنشر، الإسكندرية (1975).

9_د. رمضان ابو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية، لبنان(1986).

10_د. ضحى النعمان، البناء على ملك الغير دون إذن المالك، دار الكتب القانونية، الإمارات (2014).

11_د.عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على القانون المدني، الكتاب الثاني، الحقوق العينية الأصلية، منشآت المعارف، الإسكندرية(2002).

12_د.عبد الحميد النجاشي، أحكام الإثبات، دون دار للنشر(2010).

13_د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، أسباب كسب الملكية، دار منشأة المعارف، الإسكندرية.دون سنة للنشر.

14_د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، مصادر الالتزام منشأة المعارف، الإسكندرية.دون سنة للنشر.

15_د.عبد القادر الفار، مصادر الإلتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن(2014).

16_د.عبد المنعم الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، القاهرة _ مصر(1982).

17_د.عدنان السرحان ود. نوري خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان_الأردن(2011).

18_د.عدنان سرحان، أحكام البيع في قانون المعاملات المدنية الأردني، الآفاق للنشر، الأردن(2013).

19_د.علي العبيدي، الحقوق العينية الأصلية وفقاً لأحكام قانون المعاملات المدنية الأرني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن(2010).

20_د.علي العبيدي، الحقوق العينية الأصلية، وفقا لأحكام قانون المعاملات المدنية الإماراتي، الآفاق المشرقة للنشر، الإمارات(2013).

21_د. محمد زهرة، الحقوق العينية الأصلية في قانون المعاملات المدنية الإماراتية، المجلد الثاني، مطبوعات جامعة الإمارات (1999).

22_د. محمد سوار، شرح القانون المدني السوري، الحقوق العينية الأصلية، مطبعة الداودي، دمشق(1979)

23_د.محمد عرفه، موجز في حق الملكية واسباب كسبه، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، (1956).

24_د.محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، الجزء الثالث، أسباب كسب الملكية، المطبعة العالمية، القاهرة، (1951)

25_د.محمود زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، دون دار وسنة النشر.

26_د.منصور مصطفى، حق الملكية في القانون المدني المصري، دون دار للنشر (1965).

27_د.نبيل ابراهيم، الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان(2010).

28_د.ياسين الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، مصادر الالتزامات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن (2013).

التوظيف الفقهيّ المعاصر لأدوات الاجتهاد
حالة المؤسسات المالية الإسلامية
دراسة فقهية نقدية

د. عبد العظيم أبوزيد
أستاذ مشارك في كلية الدراسات الإسلامية- مؤسسة قطر

المقدمة

يستند الاجتهاد الفقهيّ المعاصر في المؤسّسات الماليّة المعاصرة إلى أدوات منها مبدأ الاستصلاح (المصلحة)، وشرعة الاستثناءات (الضرورة وعموم البلوى)، و السّياسة الشّرعيّة ، والقواعد الفقهيّة. وهذه الأدوات إن كانت مستخدمة في مناحي الاجتهاد المرتبطة بأبواب الفقه الأخرى، إلا أنها أكثر تطبيقاً في الجوانب الماليّة المعاصرة، ولا سيما ما يتعلق منها بالمؤسّسات الماليّة الإسلاميّة ، وذلك بسبب قيام الحاجة إلى الاجتهاد في شرعية منتجات هذه المؤسّسات ، فضلاً عن طلب بعض الجهات الرسمية إعداد دليل عمل شرعيّ لهذه المؤسّسات ، يصف ما هو حلال تستطيع هذه المؤسّسات القيام به، وما هو حرام ينبغي عليها تجنبه، كما هو حال الجهات المشرفة على عمل المؤسّسات الماليّة الإسلاميّة على سبيل المثال في ماليزيا.

والمشكلة تكمن في سلامة توظيف هذه الأدوات واستخدامها، فقد خرجت هذه الأدوات عما وضعت له في الأصل، فضلاً عن استخدام أدوات غير صالحة أصلاً في المحل الذي استخدمت فيه، مما أنتج في بعض الحالات فتاوى غريبة تمجها أصول الشّريعة ومقاصدها.

وفيما يلي توصيف للأدوات الاجتهاديّة التي يتناولها من يمارس الفتوى والاجتهاد في المسائل الماليّة للمؤسّسات والمصارف الإسلاميّة ، وبيانٌ لمدى سلامة استخدام هذه الأدوات في المحال المقصودة.

أولاً- الاجتهاد بالاستناد إلى القواعد الفقهيّة:

أ. قاعدة اختلاط الحرام بالحلال

تتجلى مسائل اختلاط الحرام بالحلال في إطار الاستثمار والتمويل الإسلاميّ بشكل رئيس في جانبين اثنين، أوّلهما: الاستثمار العقاري بيعاً وشراءً وإجارةً لعقارات قائمة تتخذ أصلاً لأغراض مشروعة، لكن تمارس فيها بعض الأنشطة المحرمة، أو عقارات تُشاد مستقبلاً ويشتمل استغلالها على بعض الأنشطة المحرمة. وذلك كالفنادق والمنتجعات السياحية التي تحتوي غالباً على بارات تقدم فيها الخمور، ومرافق أخرى لا تخلو من محرمات كالمراقص والمسابح المختلطة؛ أو كمراكز التسوق التي تضم محالَّ تجارية تبيع الخمور وسلعاً أخرى محرمة.
والثاني: التعامل بأسهم الشّركات التي تتعامل أصلاً بالحلال، لكن لها بعض الأنشطة العرضية المحرمة كالاقتراض والإقراض بالربا.
وقد ظهرت اجتهادات شرعية مختلفة تغتفر بالجملة اشتمال محل الاستثمار على الأمرين السابقين بقيود وشروط، منها ألا تتجاوز الأنشطة المحرمة من حيث حجمها أو العائد منها نسبة مئوية معنية، كالثلث أو 30%، أو 25%، أو 20%، أو أقل. واستندت هذه الاجتهادات إلى جملة مبررات[1] أهمها قواعد فقهيّة هي :[2]

[1] انظر في تلك المبررات قرارات مجلس التوريق الماليزي ومسوغاتها ص126- 148؛ والمعايير الشّرعيّة لهيئة المحاسبة والمراجعة، ص364، المعيار رقم 21 في الأوراق المالية؛ وقرار هيئة الفتوى لمصرف الراجحي رقم 485 بتاريخ 1422/8/23هـ.

- قاعدة: "إذا اجتمع الحلال مع الحرام غلب الحلال الحرام"

هذه القاعدة مستمدة في مادتها من حديث رواه ابن ماجه والدارقطني عن ابن عمر مرفوعاً "لا يحرم الحرام الحلال".[3]

وتعبر عنها أقوالٌ من مثل قول العزّ بن عبد السلام (في قواعد الأحكام): "وإن غلب الحلال بأن اختلط درهم حرام بألف درهم حلال جازت المعاملة".[4]

وقول الكاساني في البدائع: "كل شيء أفسده الحرام والغالب عليه الحلال فلا بأس عليه".[5]

وقول ابن تيمية في الفتاوى: "فإن كان الحلال هو الغالب لم يحكم بتحريم المعاملة...وإن كان في ماله حلال وحرام واختلط لم يحرم الحلال بل له أن يأخذ قدر الحلال".[6]

ولابن السّبكيّ كلام مشهور في أن الحكم على المختلط حلالاً وحراماً بالحرمة إنما هو من باب الاحتياط.[7]

- قاعدة: "يغتفر في التّابع ما لا يغتفر في الأصل"[8]

فيجوز تبعاً ما لا يجوز أصلاً، فقد أجيز في الفقه بيع جنين الأمَة تبعاً لأمه مع أن بيعه استقلالاً لا يجوز؛ وعليه يصح التجاوز عن قليل النشاط المحرم تبعاً للكثير الحلال.

مناقشة صحة الاستدلال بهذه القواعد على تسويغ الحرام إن اختلط بالحلال:

بدايةً، فإن من الخطأ المنهجي والعلمي أن تُستقى القواعد الفقهيّة وتطبق أو تفهم في غير سياقها الذي أورده الفقهاء فيه؛ فالقواعد الفقهيّة ما هي إلا صياغة فقهيّة لضبط مسائل الفقه المتفرعة وجمعها في صيغة مبسطة، وليست هي أصلاً فقهيّاً اجتهاديّاً استند إليه الفقهاء في استنباط أحكامهم. ولهذا كان وجود القاعدة لاحقاً لوجود المسائل الفقهيّة الفرعيّة، فقد صاغها الفقهاء لغرض لم شتات بعض الفروع الفقهيّة وتسهيل دراستها، بخلاف الأصل الفقهيّ فهو يسبق المسائل الفقهيّة المستنبطة، لأنه الأساس في استنباط تلك المسائل.

وبعبارة أخرى فإن القواعد الفقهيّة صيغت بناءً على أحكام فقهيّة معلومة بغرض لمّ شتاتها [9]، فينبغي أن يتقيد فهمها وفق تلك الأحكام، وليست هي أصولاً فقهيّة أو نصوصاً

---

[2] للاطلاع على مجمل هذه المبررات ومناقشتها، وكذا مناقشة صحة اعتماد تلك النسب المئوية يمكن الرجوع إلى بحث أبوزيد، عبد العظيم، "قراءة شرعية نقدية للمعايير الشّرعيّة في المختلط حلالاً وحراماً"، مجلة التجديد، الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا، المجلد 15، العدد 31، 2012.

[3] ابن ماجة، محمد بن يزيد الفزويني، السنن، (بيروت: دار افكر، بدون ذكر سنة الطبع)، كتاب النّكاح ، باب لا يحرم الحرام الحلال، حديث رقم 2015، ج1، ص 649؛ الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر، السنن، (بيروت: دار المعرفة، بدون ذكر سنة الطبع) ، كتاب النّكاح، باب المهر، حديث رقم 89، ج3، ص 268.

[4] العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، (بيروت: دار الكتب العلمية، بدون ذكر سنة الطبع)، ج1، ص72-73.

[5] الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (بيروت: دار الكتاب العربيّ ، ط 2، 1982م)، ج6، ص 144.

[6] ابن تيمية، تقي الدين أحمد بن عبد الحليم "شيخ الإسلام"، الفتاوى، تحقيق عبد الرحمن العاصمي، (الرياض: مكتبة ابن تيمية، بدون ذكر سنة الطبع)، ج29، ص 272.

[7] السّيوطيّ ، عبد الرحمن جلال الدين، الأشباه و النّظائر، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1403ه)، ص166.

[8] انظر السّيوطيّ ، الأشباه و النّظائر، ج1، ص 120.

[9] لا يتنافى هذا مع كون بعض القواعد الفقهيّة نصوصاً أو مستنداً إلى نصوص شرعية في الأصل، كقاعدة "الأمور بمقاصدها" وقاعدة "الضرر لا يزال بالضرر"، لأن نص القاعدة قرر باعتبار فروعه التي ذكرها الفقهاء لا النّص الشّرعيّ.

شرعيّة حتى يصح فهم العموم منها بمعزل عن المعاني التي قصدها الفقهاء من هذه القواعد؛ أيّ إن كان الفقهاء هم من صاغوها، فينبغي العلم بالمعاني التي قصدها الفقهاء من هذه القواعد وذلك يتأتّى من الأمثلة التي أوردها الفقهاء في سياق تلك القواعد، لا أن تُفهم بمعزل عما أراده واضعوها منها، لأن المعنى المفهوم قد يخالف قصد الفقهاء منها.[10]

وعليه يكون الاستناد إلى هذه القواعد الفقهيّة في مسألة الاستثمارات المختلطة فاسداً وغير صحيح؛ ولو صح فهم العموم منها لجاز مطلقاً خلط الحرام بالحلال قصداً لغرض تسويغ الحرام، وهذا ما لا يقوله أحد.

ثم إن القواعد والآثار التي تدل على أنه إذا اجتمع الحلال الكثير مع حرام قليل غلب الحلال يمكن مناقشتها تفصيلاً فيما يأتي:

- المقصود بتلك القواعد والآثار هو حالات اختلاط الحرام بالحلال عرضاً على نحو يتعذر معه تعيين وتمييز الحرام، وذلك كما في اختلاط لحم حيوان مأكول غير مذبوح على الطريقة الشّرعيّة بلحوم أخرى كثيرة مذكاة. أما في موضوعنا، فالنشاط الحرام معلوم ومميز ومقصود بالخلط. وصنيع العزّ بن عبد السلام في قواعد الأحكام وكلٌّ من ذكر تلك القواعد يدل على ذلك، فإن العزّ لما ذكر أن المعاملة تجوز عند غلبة الحلال أتى لذلك بأمثلة تعذَّر في جميعها تعيينُ الحرام، وهي ما لو اختلط درهم حرام بألف درهم حلال، أو اختلطت أخت رجل من الرضاع بألف امرأة أجنبية، أو اختلطت ألف حمامة برية بحمامة بلدية.[11] وعلل صحة ذلك بندرة الوقوع في الحرام، أي ندرة احتمال الوقوع في الحرام، لقلة الحرام. ويوشك أن يكون الغرضُ من إيراد هذه القاعدة الردَّ على تصوّر الحكم بحرمة جميع المال الذي دخله شيء من الحرام على النحو الذي تقدم. يقول السّيوطيّ في معرض بيان القاعدة: " فأما ما يقوله العوام إن اختلاط ماله بغيره يحرمه فباطل لا أصل له".[12] وعلى هذا النحو ينبغي فهم كلام ابن السّبكيّ لما قال إن الحكم على المختلط بالحرمة جميعاً هو من باب الاحتياط. يقول ابن السّبكيّ: "المحكوم به ثَمَّ [أيّ إذا اجتمع الحلال مع الحرام غلب الحرام] إعطاءُ الحلال حكمَ الحرام تغليباً واحتياطاً لا صيرورته في نفسه حراماً، ومن فروع ذلك ما تقدم في خلط الدّرهم الحرام بالمباح وخلط الحمام المملوك المحصور وكذا المحرم بالأجانب وغير ذلك".[13]

- لما ذكر الحنفية أن كل شيء أفسده الحرام والغالب عليه الحلال فلا بأس ببيعه، ذكروا كذلك أمثلة تدل على اختلاط الحرام بالحلال على نحو يتعذر تمييزه وفصله، كما في اختلاط النجس بالطاهر على نحو يتعذر فصله. مثال ذلك بيع العُذرة إذا اختلطت بالتراب وكان التراب غالباً ومنتفعاً به، فيجوز بيعها باعتبار التراب الغالب؛ بينما لا يجوز

لأن هذا شأن القاعدة الفقهيّة أن تصاغ من شتات المسائل الفقهيّة ، والقاعدة عندما تكون لها سند من النّصوص الشّرعيّة تعدّ حينئذ أصلاً شرعياً من أصول الفقه كذلك.

[10] هذا إلا أن تكون القاعدة توافق نصاً شرعياً، كقاعدتي "الأمور بمقاصدها" التي وافقت حديث "إنما الأعمال بالنيات"، وقاعدة "الضرر لا يزال بالضرر" التي وافقت حديث "لا ضرر ولا ضرار"، فإن فهمها لا يتقيد حينئذ بالفروع الفقهيّة التي يذكرها الفقهاء لها كما تقدم في الهامش السابق.

[11] العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج1، ص 73.

[12] السّيوطيّ ، الأشباه و النّظائر، ج1، ص 107.

[13] المرجع السابق، ج1، ص 116.

بيع العُذرة الخالصة لأنه لا يباح الانتفاع بها بحال فلا تكون مالا، وكذا الفأرة إذا وقعت في العجين والسمن المائع واختلطت بهما، فلا يجوز بيعها إن كان الحرام (النجس) هو الغالب حينئذ.[14]

- أما عبارة ابن تيمية "فإن كان الحلال هو الغالب لم يحكم بتحريم المعاملة" فمراد بها اغتفار التعامل بالحلال مع من اختلط ماله بالحرام، فلا تحرم أموالهم التي نأخذها بعقد حلال كبيع وشراء معهم إذا علمنا أن أموالهم مختلطة، وتعذر تعيين الحرام. ولا تفهم هذه العبارة جواز أن نكون طرفاً في صفقاتهم التي دخلها الحرام، أو نستثمر في صفقاتهم. فقد جاء في الفتاوى: " سُئل رحمه الله عن الذين غالب أموالهم حرام مثل: المكّاسين، وأكلة الربا، وأشباههم، و أصحاب الحرف المحرمة: كمصوري الصّور، والمنجمين، و أعوان الولاة، فهل يحل أخذ طعامهم بالمعاملة أم لا؛ فأجاب: الحمد لله، إذا كان في أموالهم حلال وحرام ففي معاملتهم شبهة لا يحكم بالتحريم إلا إذا عرف أنه يعطيه ما يحرم إعطاؤه، ولا يحكم بالتحليل إلا إذا عرف أنه أعطاه من الحلال؛ فان كان الحلال هو الأغلب لم يحكم بتحريم المعاملة، وإن كان الحرام هو الأغلب قيل بتحريم المعاملة).[15]

- أما حديث ابن ماجه والدارقطني عن ابن عمر مرفوعاً "لا يحرم الحرامُ الحلال"، فهو على فرض صحته[16]، وسلامة الاستدلال به على اغتفار الحرام إن اختلط بالحلال معارضٌ بحديث آخر وهو "ما اجتمع الحرام والحلال إلا غلب الحرامُ الحلال"[17]. وقد فسر ابن السّبكيّ هذا الحديث تفسيراً لا يعارض الحديث الأوّل، وهو أن الحرمة فيه محمولة على الاحتياط كما تقدم. لكنّ شرْحَ معنى الحديث الأوّل لا يختلف عمّا تقدم من شرح القاعدة الفقهيّة التي تحمل مضمونه، أي أن ذلك عند تعذر تعيين الحرام وتمييزه. يقول ابن السّبكيّ: " وقد عورض به [أي حديث لا يحرم الحرام الحلال] حديث إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام، وليس بمعارض، لأن المحكوم به ثَمَّ إعطاءُ الحلال حكم الحرام تغليباً واحتياطاً، لا صيرورته في نفسه حراماً، ومن فروع ذلك ما تقدم في خلط الدّرهم الحرام بالمباح وخلط الحمام المملوك المحصور وكذا المحرم بالأجانب وغير ذلك".[18] وسياق الحديث الذي ترويه السيدة عائشة رضي الله تعالى عنها بذات اللفظ يدل على معنى لا صلة له بمعنى اختلاط الحرام بالحلال معاً، بل على معنى مختلف تماماً، وهو أن الزّنا بالأصل لا يحرم الفرع، أو بالفرع لا يحرم الأصل، ففي حديث السيدة عائشة رضي الله تعالى عنها "أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الرجل يتبع المرأة حراماً ثم ينكح ابنتها، أو يتبع الابنة ثم ينكح أمها، قال: لا يحرم الحرام الحلال".[19] ففهم سياق الحديث يجلي الغرض منه، وينفي جواز أن يفهم منه أن الحرام إن اختلط بالحلال ساغ الجميع، بل معنى الحديث أن الحلال

---

14 الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص 144.

15 ابن تيمية، الفتاوى، ج29، ص272.

16 هذا الحديث قد ضعِّف. انظر كتاب إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، للشيخ ناصر الدين الألباني، (بيروت: المكتب الإسلامي، بدون ذكر سنة الطبع)، ج6، ص 288.

17 جاء في المقاصد الحسنة للسخاوي : "حديث (ما اجتمع الحلال والحرام إلا غلب الحرام الحلال) قال البيهقي: رواه جابر الجعفي عن الشعبي عن ابن مسعود وفيه ضعف وانقطاع، وقال الزين العراقي في تخريج منهاج الأصول: إنه لا أصل له، وكذا أدرجه ابن مفلح في أول كتابه في الأصول فيما لا أصل له". السخاوي، شمس الدين محمد بن عبد الرحمن، المقاصد الحسنة، (بيروت: دار الكتاب العربيّ بدون ذكر سنة الطبع)، ج1، ص574.

18 السّيوطيّ ، الأشباه و النّظائر، ج1، ص 116.

19 الدارقطني، السنن، كتاب النّكاح، باب المهر، حديث رقم 88، ج3، ص268.

يبقى حلالاً والحرام يبقى حراماً؛ ولو ساغ فرَضاً فهم اغتفار الحرام إن اجتمع بالحلال بناءً على هذا الحديث، لأمكن لكل حرامٍ بنص الحديث أن يُرتكب بضمه شيء حلال إليه قصداً؛ فهذا يخلط خمره بعصير فاكهة ليحلّ، وهذا يخلط في قروضه بين قروضٍ حسنة وقروض ربوية ليحل له الربا!

وخلاصة القول أن الباحث في هذه القضية لا يرى في كل ما ذكره الفقهاء من مسائل لقواعد اختلاط الحلال بالحرام مثالاً يتجلى فيه اغتفار الحرام المختلط مع إمكان تعينه وتمييزه والابتعاد عنه، بل كل الحرام المذكور في أمثلة الفقهاء لا يتجاوز كونه عيناً محرمة اختلطت بحلال وتعذر تمييزها وتحديدها فلا يمكن إزالتها ورفعها، أو نجساً أصاب طاهراً، أو محرماً اختلط بحلال فصار الجميع جنساً جديداً. ولا شك أن الحرام في الأنشطة الاستثمارية هو من الحرام المعلوم والمتميّز، الذي يُقحم في الحلال قصداً. ولو كانت هذه القواعد تُفهم بإطلاقها، لساغ للمكلف أن يتوجه إلى خلط الحرام بالحلال قصداً بغية تسويغه، فيخلط الخمر بشراب حلال، ويخلط الربا بالبيع، فيصير الخمر والربا حلالين !

ب. قاعدة يغتفر في التّابع ما لا يغتفر في الأصل

اغتفار التابع في هذه القاعدة مقيدٌ بكون التابع ليس محرماً لذاته، بل حرم لاعتبار آخر، كالغرر في مثال الجنين الذي يذكره الفقهاء عند ذكرهم لهذه القاعدة؛ فالجنين لم يجز بيعه استقلالاً للغرر، وجاز تبعاً لأمه لعدم إمكان بيعها بدونه. ومن الأمثلة التي يذكرها الفقهاء لهذه القاعدة أيضاً: بيع الثمر قبل بدو صلاحه تبعاً للأرض فهو لا يجوز استقلالاً إلا بشرط القطع، ويجوز تبعاً للأرض، وكذا عدم ثبوت النسب بشهادة النساء، فلو شهدن بالولادة ثبت النسب تبعاً.[20] فهذه قاعدة فقهية يجب أن تفهم على ضوء تطبيقاتها التي ذكرها الفقهاء. أما ما حرمه الشّارع لذاته، كالربا والخمور، فهذه لا يجوز بيعها أو التعاوض عنها تبعاً أو استقلالاً، فلا يجوز مثلاً شراء دكان بموجوداته المشتملة على الخمور، لتحقق شراء الخمور ضمناً.

ج. الاجتهاد بالاستناد إلى قاعدة الضّرورات تبيح المحظورات

من المعلوم فقهاً أن "الضرورات تبيح المحظورات"، وأن "المشقة تجلب التيسير". وهاتان قاعدتان فقهيتان مشهورتان، مستندتان إلى جملة نصوص مثل: قال تعالى:"فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم" (سورة المائدة، الآية 3)، و قوله تعالى في الآية "إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان" (سورة النحل، الآية 106)، وغيرهما.

ووجه الضرورة في تسويغ بعض المحرمات في زعم من يستند إليها في تسويغ بعض المعاملات الماليّة المشبوهة إجمالاً، كتلك التي يتحيل بها على الربا في المؤسّسات الماليّة الإسلاميّة ، أن هذه المؤسّسات حديثة العهد، وقامت في ظل هيمنة المصارف الربوية، فلا بدّ من دعمها بكل أسباب النجاح حتى تصمد أمام منافسة تلك المصارف القوية؛ وإلا، فإن هذه المؤسّسات الإسلاميّة ستفشل، ولن تقوم لها قائمة بعد ذلك. ومدُّها بأسباب النجاح

[20] السّيوطيّ ، الأشباه و النّظائر، ج1، ص121.

يقتضي في المرحلة الراهنة تجاوزَ بعض الأحكام الشّرعيّة أو غضَّ البصر عن شرعيتها إلى أن تشبَّ تلك المؤسّسات ، وتخرج عن الطوق، وتثبتَ وجودِها، ثم بعد ذلك تتجه إلى الأعمال الشّرعيّة الخالصة.[21]

والحقيقة أن هذه الدعوى لا تصح، إذْ لا ضرورة بالمعنى الشّرعيّ تسوِّغ لتلك المؤسّسات قيامَها بالمحظور شرعاً وترك البدائل الحلال ذات النّفع الاقتصاديّ الحقيقيّ من مضاربة وشركات وسلم واستصناع، بل ليس قيامُ تلك المؤسّسات هو من قبيل الضرورة أصلاً، أي الضرورة بشروطها الشّرعيّة المعروفة التي تسوغ المحرم.

وعلى فرَض تحقق تلك الضرورة، فارتكاب المحرم لضرورة لا يسوغ زعم أن هذا المحرم حلالٌ ونسبتَه إلى الشّريعة. إذ من المعلوم أن مَنْ يحل له شربُ الخمر لضرورة لا يسعه ادعاء حل الخمر، ولو فعل ذلك، لكان زعمه كفراً؛ ومن حلّ له الاقتراض بربا لضرورة، لا يسعه الادعاء بحل الربا، ولو فعل ذلك لكان زعمه مكفراً له. والمعاملات المصرفية المشبوهة تروج وتسوّق على أنها معاملات حلال، ولا يوجد في الفتاوى الخاصة الصادرة فيها أنها أحكام استثنائية مبنية على ضرورة يرتفع الحكم بارتفاعها.

ثم إن المصارف و المؤسّسات الماليّة الإسلاميّة قد مضى على قيامها فكراً وممارسةً نحو أربعة عقود، وما زالت تمارس ذات المعاملات التي مارستها من قبل وتستند إلى ذات المسوغات؛ فهل الضرورة، إن صحّت، تمتد إلى كل هذه المدة، وهل يُعمل على رفع أسبابها للعودة إلى الحكم الشّرعيّ الأصليّ ؟

د. الاجتهاد بالاستناد إلى قاعدة الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة

لما كان الاجتهاد بتسويغ بعض المسائل الماليّة المحرمة لا يسوغ بالتخريج على الضرورة التي تبيح المحظور، فقد عُمِد إلى تسويغه بالاستناد إلى الحاجة، فالحاجة تنزل منزلة الضرورة كما تقول القاعدة ، ولا سيما الحاجة العامة.

فقيل مثلاً بتسويغ بعض البيوع المشتبهة بالربا، أو كلِّ العقود الموصلة إلى حقيقة الربا، كالعينة و التّورّق [22]، باعتبار الحاجة؛ فالتمويل النقدي الذي لا تلبيه عقودُ البيع الحقيقية حاجةٌ لعامة الناس، فقد يحتاج المرء للنقد لا للسلع،كما تحتاجه المؤسّسات الماليّة التمويلية لممارسة أنشطتها التمويلية، وإدارة السيولة فيها، وتلبية حاجات العملاء.

---

[21] انظر في عرض تلك المسوغات على سبيل المثال قرارات لجنة التوريق المنبثقة عن مجلس الرقابة الشّرعيّة الصادر في ماليزيا (*Resolutions of the Securities Commission Syariah Advisory Council*) ، وانظر كذلك:

Rosly, Saiful Azhar, *Critical Issues on Islamic Banking and Financial Market* (Kuala Lumpur: Dinamas Publishing, undated), p. 87.

[22] العينة بيع يقصد للتحايل على الربا، فيبيع المقرض إلى المقترض شيئاً بثمن مؤجل ثم يشتريه منه فوراً بثمن حال أقل، فينال المقترض المبلغ المطلوب ويصير مديناً للمقرض بالثمن الأوّل الأعلى. أما التّورّق فهو كالعينة من حيث الغاية، والأثر، والنتيجة، لكن بدل أن يبيع مريد المال السلعة إلى بائعها يبيعها إلى طرف ثالث، ويجري ذلك غالباً بوساطة البائع الأوّل. وكل ذلك مما تقوم به كثير من المؤسّسات الماليّة الإسلاميّة، فالعينة منتشرة في المصارف الإسلامية في ماليزيا، و التّورّق منتشر في كثير من المصارف الإسلاميّة في العالم العربيّ. وكل ذلك حرمته المجامع الفقهيّة كما سيرد في البحث.

والحقيقة أن مسألة تنزيل الحاجة منزلة الضرورة ذكرها العلماء منهم: الجويني بلفظ "حاجة الجنس قد تبلغ مبلغ ضرورة الشخص الواحد"[23] ، والغزالي بلفظ "الحاجة العامة في حق كافة الخلق تنزل منزلة الضرورة الخاصة في حق الشخص الواحد".[24]

كما ذكرها العز بن عبد السلام بلفظ "المصلحة العامة كالضرورة الخاصة"[25] وعنى بالمصلحة الحاجة حيث قال قبل ذكره للقاعدة: "لو عمَّ الحرام الأرض بحيث لا يوجد حلال، جاز أن يستعمل من ذلك ما تدعو إليه الحاجة، ولا يقف تحليل ذلك على الضرورات".[26] وذكرها الزركشي بلفظ "الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة في حق آحاد الناس".[27]

وأوردها السيوطي، وابن نجيم كلٌّ في أشباهه بلفظ "الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامّةكانت أو خاصّة".[28] وهو اللفظ الذي اعتمدته مجلة الأحكام العدلية.[29]

والحقيقة أن معنى هذه القاعدة ليس كما يتصوره المستدلون بها على تسويغ هذه المعاملات الماليّة المشبوهة، بل معناها أن الحاجة شأنها شأن الضرورة في التأثير في الأحكام من حيث الأصل، فقد تبيح المحظور أو تسقط الوجوب. أيّ أنها كالضرورة سببٌ من أسباب تشريع أحكام استثنائية في ظروف خاصة رفعاً للحرج، وتيسيراً على الناس؛ وهي كذلك سواء أكانت عامة أم خاصة كما هي في لفظ بعضهم المتقدم. ولا تعنى هذه القاعدة أن الحاجة لها ذات أحكام الضرروة من كل وجه من حيث تحليل المحرم أو إسقاط الواجب، أو أن ذات المحرم الذي تحله الضرورة تحله الحاجة، وذات الواجب الذي تسقطه الضرورة تسقطه الحاجة. ولو كان الأمر كذا، لما قام داع للتفريق بينهما!

والواقع أن الفرق بينهما قائم، يقول ابن العربيّ:" إذا نهي عن شيء بعينه لم تؤثر فيه الحاجة، وإذا كان لمعنى في غيره أثرت فيه الحاجة لارتفاع الشبهة معها".[30] أي أن المحرم الذي يمكن أن تحله الحاجة ليس كل محرم، بل المحرم لغيره، لا لذاته. والمحرم لغيره هو ما حرم لأمر خارج عنه، لعارض مثلاً كالصلاة في الأرض المغصوبة، أو لكونه مؤدياً إلى المحرم بعينه، كالنظر يؤدي إلى الزّنا ، ويسمى تحريمَ وسائل، أو تحريم ذرائع. وهذا بخلاف المحرم لعينه، وهو المحرم لذاته لا لكونه موصلاً إلى شيء آخر، كالزّنا، و الرّبا، والخمر.[31]

ويشير إلى هذا أيضاً السّيوطيّ بقوله: "يغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد (أي المحرم لذاته)". ويقول ابن القيم: " ما حُرِّم لسدِّ الذرائع فإنه يُباح للحاجة والمصلحة

---

[23] الجويني، أبو المعالي عبد الملك، البرهان في أصول الفقه، (مصر: دار الوفاء، ط4، 1418هـ)، ج2، ص79.

[24] الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، شفاء الغليل، (بغداد: مطبعة الإرشاد، 1971)، ص 246.

[25] العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج2، ص 160.

[26] المرجع السابق ص 159.

[27] الزركشي، محمد بن بهادر، المنثور في القواعد، (الكويت: وزارة الأوقاف الكويتية، ط2، 1405هـ)، ج2، ص24. وتقييد الحاجة بالعامة كما في لفظ الزركشي والعز والجويني لا يفهم منه بالضرورة إخراج الحاجة الخاصة، بل الحاجة الخاصة تشترك كذلك في الحكم، كلبس الحرير لمن به حكة، وكشف العورة للمريض، وغاية ما في الأمر أن هؤلاء الفقهاء نصوا على الحاجة العامة لأهميتها.

[28] السّيوطيّ ، الأشباه والنّظائر ، ص 88؛ ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، الأشباه والنّظائر ، (بيروت: دار الفكر ط1/1983م)، ص91.

[29] مجلة الأحكام العدلية، (طهران: كازخانة تجارت كتب، بدون ذكر سنة الطبع)، المادة 32.

[30] ابن العربيّ ، أبو بكر بن المالكيّ، عارضة الأحوذي، (بيروت: دار الكتب العلمية، بدون ذكر سنة الطبع)، ج8، ص48.

[31] القرافي، شهاب الدين أبو العباس، الفروق، (بيروت: دار المعرفة، بدون ذكر سنة الطبع) ، ج3، ص202.

الراجحة". وقد صيغ بناءً على ذلك قاعدة "ما نهي عنه لغيره يباح للحاجة، وما نهي عنه لذاته لا يباح إلا للضرورة".[32]

ويقول الإمام الشّافعيّ: "وليس يحِل بالحاجة محرم (أي لعينه) إلا في الضرورات من خوف تلف نفس..".[33]

وعليه، فإن معنى القاعدة أن الحاجة لها تأثيرها في الأحكام كالضرورة، فهي سبب للتخفيف، وإن كان تأثيرها مختلفاً. ولم يؤثَر عن أحد من الفقهاء القولُ بمساواة الحاجة للضرورة في التأثير على حل المحرم، ولو كانا سواء لانتفى داعي التمييز بينهما في هذا السياق، فجاز لمن وقع به جوعٌ أن يأكل الميتة، ولمن جرى له عطشٌ أن يشرب الخمر قبل الوصول إلى مظنة الهلاك؛ أو لجاز للناس التعامل بالرّبا إن جرت لهم به حاجة، وهذا ما لم يقل به أحد.

د. الاجتهاد بالاستناد إلى مبدأ عموم البلوى وقاعدة تغير الأحكام بتغير الأزمان:

مما استندت إليه بعض الاجتهادات المعاصرة في المسائل الماليّة مبدأُ عموم البلوى وقاعدةُ تغير الأحكام بتغير الأزمان. وباستقراء المواضع التي ورد بها الاستشهاد بعموم البلوى يمكن القول إن فحوى العمل بها هو اغتفارُ ترك الالتزام ببعض الأحكام الشرعية عند تعذر ذلك أو استحالته، كما هو الحال في اغتفار ما قد يصيب الثوب من نجَس ناجم عن السير في الشوارع التي لا تخلو عن قذر. وتخريج ذلك هو على قاعدة رفع الحرج المستمدة من قوله تعالى: "وما جعل عليكم في الدين من حرج" (سورة الحج: 78). لكنّ هيكلة بعض المعاملات الماليّة المشبوهة أو تسويغها لا يعدّ من قبيل المتعذر تجَنُبه حتى يسوغ ذلك شرعاً كما تقدم، ولهذا فإن تخريج هذه الاجتهادات، كالاجتهاد بتسويغ الاستثمار في أسهم الشّركات التي تمارس بعض الأنشطة المحرمة، على عموم البلوى ما هو في الحقيقة إلا تكريسُ للبلوى وخلقٌ لها، لما في ذلك من ترويج تجارة الحرام وتسويغها. وفساد الزمان لا يسوغ التجرؤَ على الحرام والاشتراك في الفساد، فالواجب مقابلة المنكر بالنهي والإزالة، لا بإزكائه والمساهمة فيه.

وما يذكره الفقهاء من إمكان تعدد الأحكام بتعدد الأزمنة، واختلاف الأمكنة والأحوال، كقاعدة "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان" مثلاً، فهو في الأحكام المستندة أصلاً إلى العرف والعادة والمصالح كما هو معروف، كمدى مسؤولية البائع عن نقل المبيع إلى مكان المشتري مثلاً، لا الأحكامِ الشرعية المؤصلة أو المنصوص عليها وغير المستندة في مشروعيتها إلى العرف والعادة والمصالح.[34]

---

[32] السيوطي، الأشباه والنّظائر، ص 158؛ ابن القيم، أبو عبد الله شمس الدين محمد، زاد المعاد، (بيروت: مؤسسة الرسالة، بدون ذكر سنة الطبع)، ج4، ص78؛ ابن تيمية، الفتاوى، ج21، ص251.

[33] الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، (بيروت: دار المعرفة، ط 2، 1393هـ)، ج3، ص28.

[34] يقول ابن عابدين في رسالته "نشر العرف فيما بني على الأحكام على العرف": "كثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله، أو لحدوث ضرورة، أو لفساد أهل الزمان؛ بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً للزم منه المشقة والضرر بالناس ولخالف قواعد الشّريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد". ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، مجموعة رسائل ابن عابدين، (مصر: عالم الكتب، بدون ذكر سنة الطبع)، 125/17.

ثانياً- الاجتهاد بالاستناد إلى المصلحة ومقاصد الشّريعة

مما يلاحظ على بعض الاجتهادات الفقهيّة المعاصرة، ولا سيما في باب المعاملات الماليّة المصرفية، أنها تأخذ بالمقاصد والمصالح حين يوصلها ذلك إلى ما يريد المجتهد أو المفتي سلفاً تسويغه، وتعطل المقاصد والمصالح حيث تتعارض مع الغاية المطلوبة؛ فهل مقاصد ا الشّريعة أو المصالح دليل سائغ يصح في هذه المسائل؟

تعريف المصالح

المصالح واحدتها المصلحة، وهي المنفعة، ضد المفسدة، أي كل ما فيه جلب نفع أو دفع ضر.[35] وعرفها الغزالي (ت 505هـ) بقوله: "المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشّرع من الخلق خمسة، وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم. فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة".[36] وقد صاغ بعض المعاصرين هذا التعريف صياغة جديدة، فعرَّف المصلحة بأنها: "المنفعة التي قصدها الشّارع الحكيم لعباده، من حفظ دينهم، ونفوسهم، وعقولهم، ونسلهم، وأموالهم، طِبق ترتيب معين فيما بينها".[37]

وعرَّف الطوفي (ت 719هـ) المصلحة بمعنى الوسيلة إلى الصلاح، فقال: "السبب المؤدي إلى مقصود الشّارع عبادة أو عادة".[38]

الأخذ بالمصلحة:

المصالح هي أحد المصادر الشرعية المعتبرة، وقد أخذت بها مدارسُ الفقه عملياً وإن لم تنص بعض المدارس عليها دليلاً شرعياً مستقلاً. ومضمونُ العمل بالمصلحة الأخذُ بكل ما يحقق مصالح العباد، إذ ثبت بالاستقراء أن جميع أحكام الشّريعة تحقق مصالح العباد؛ وعليه، فكل ما يحقق المصحلة يصلح شرعاً الأخذُ به.

لكن للأخذ بالمصلحة دليلاً شرعياً على الأحكام شروطٌ لا بد من استيفائها، إذ قد تُظن المصلحة في أمور مفسدة، أو حرّمتها الشّريعة، فلا بد من ضبط الأخذ بالمصلحة بشروط وضوابط شرعية.

وقد كانت المصلحة منذ زمن الطوفي ولا تزال إلى يومنا هذا دليلاً شرعياً يساء فهمه أو إعماله، إذ قد استند إليها خلقٌ كثير، ولا سيما في عصر انحطاط المسلمين المستمر إلى يومنا هذا، في تسويغ بعض المسائل التي تحرم شرعاً. ومنشأ هذا الخلط والزعم هو عدم إدراك الشروط الشّرعيّة اللازمة لعمل المصالح، وأهمها عدمُ معارضة النّصوص والأصول

---

[35] جمال الدين أبو الفضل ابن منظور، لسان العرب (بيروت: دار إحياء التراث، ط3)، ج7، ص384؛ محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح (بيروت: مكتبة لبنان، 1992)؛ محمد بن محمد الغزالي، المستصفى (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1/1413هـ)، ص174.

[36] الغزالي، المستصفى، ص174.

[37] محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشّريعة الإسلامية (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط4، 1982م)، ص23.

[38] نجم الدين الطوفي، رسالة في رعاية المصلحة (ضُمنت هذه الرسالة كاملة في كتب منها كتاب مصطفى زيد " المصلحة في التشريع الإسلامي ونجم الدين الطوفي" وكتاب عبد الوهاب الخلاف "مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نصّ فيه")، ص19 من هذه الرسالة، عند حديث (لا ضرر ولا ضرار).

الشّرعيّة[39]. فضلاً عن أن تقدير المصالح هو محل اضطراب في الرؤى والآراء، فما يراه البعض مصلحة عامة للمسلمين قد لا يراه غيره كذلك، بما يحتّم عند غياب الحاكم المسلم المجتهد، الذي يقرر المصالح بالشورى ويفرضها بمقتضى السّياسة الشّرعيّة، وجوبَ الاحتكام إلى الشروط الشرعية المعروفة لعمل المصالح، بعيداً عن التقديرات الفردية للمصالح والتفسيرات الشاذة لها.

وتطبيقاً لما تقدم على الاجتهادات الشّرعيّةالمعاصرة، فقد ظُنت المصلحة في تسويغ البيوع الموصلة في جوهرها إلى الرّبا كالعينة و التّورّق ، وظُنت المصلحة في تسويغ بيوع الدين[40]، ثم في تسويغ المشتقات الماليّة القمارية[41]، وتسويغ الاستثمار في أسهم الشّركات المتعاملة بالمحرمات بيعاً وشراءً على النحو الذي نراه في الأسواق اليوم. وهذا كله لا يصلح، لأن المصلحة الموهومة في هذه المعاملات تتعارض مع أحكام شرعية قطعية، فضلا عن وجود نقيض المصلحة في هذه التعاملات؛ فالتحايل على الربا والقمار يوصل إلى مفاسدهما، وهل حرّم الرّبا والقمار إلا لمفاسدهما وآثارهما! فالاستثمار في الأسهم المختلطة مثلاً والمضاربات فيها عادت في كثير من تطبيقاتها على المتعاملين فيها بالخسائر وتراكم الديون على النحو لا يختلف عن الذي يجري في مؤسّسات الرّبا وصالات القمار، ولا سيما مع تفلت الأسواق الاستثمارية بخاصة عن الضوابط والإجراءات الحمائية، وما يقع في هذه الأسواق من مخالفات شرعية كالبيع القصير[42]، والبيع على الهامش[43]، ودخول المشتقات الماليّة ، وسائر أدوات المضاربات السعرية. بل وأدى تسويغ الاستثمار فيها إلى انتقال كثير من أموال المسلمين إلى الشّركات الأجنبية في الخارج، ولا سيما إلى الغرب مع انطلاقِ الفتاوى بتسويغ الاستثمار في كثير من تلك الشّركات التي لا تتورع عن الحرام، وتأسيسِ أسواقٍ خاصة لذلك وسمت بالإسلاميّة، كسوق مؤشر داو جونز " الإسلاميّ".

---

[39] انظر البوطي، محمد سعيد رمضان، ضوابط المصلحة، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ، ط4، 1982م)، ص 118؛ وانظر بحث أبوزيد، عبد العظيم، "البعد التعبدي في ارتباط المصالح بالأحكام الشّرعيّة"، الإسلام في آسيا، المجلد 3، العدد 1، يوليو 2006، ص 57 وما بعدها.

[40] أكثر ما يتجلى بيع الدين في الوقت المعاصر هو في حسم الديون، أي بيعها بأقل من قيمتها الاسميّة وهو منتشر في المؤسّسات الماليّة الإسلاميّة الماليزية، فضلاً عن بيع الصكوك عندما تمثل في حقيقتها ورقة مالية مضمونة القيمة الاسميّة لحاملها، لا موجودات حقيقية تتقلب أسعارها السوقية.

[41] المشتقات **الماليّة** معاملات مالية متنوعة تتضمن بيعاً مؤجلاً لكلا العوضين (وهو ممنوع شرعاً)، وتقصد لأغراض المضاربة السعرية أو التحوط. وقد جرت محاولات كثيرة لأسلمة هذه المشتقات. انظر تفصيل ذلك في بحث أبوزيد، عبد العظيم، "المشتقات **الماليّة** ، دراسة شرعية ونقدية"، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، معهد الاقتصاد الإسلاميّ، العدد 3، المجلد 27، 2014.

[42] البيع القصير هو بيع أسهم يقترضها البائع من مالكها عن طريق السمسار، فيبيعها بسعر السوق على أمل أن ينخفض سعرها عند مجيء وقت ردها، ليشتريها بثمن أقل ويردها ويربح الفرق بين السعرين. وتتضمن هذه العملية جملة محاذير منها أن إقراض الأسهم يكون بفائدة يدفعها المقترض، ومنها أن الأسهم لا تصلح للإقراض أصلاً بسبب تقلب ما تمثله من موجودات، فلا يمكن رد ذات ما استقرض منها، ومنها كذلك أن هذه العملية تقصد للمضاربات السعرية التي تؤدي في مجلها إلى إضفاء شيء من الطبيعة القمارية على التجارة بالأسهم بيعاً ، وشراءً.

[43] صورة البيع على الهامش أن يقترض مالاً أو يجد من يمول له شراء أسهم ما، فيشتريها ويحتفظ بها إلى أجل يتوقع فيه ارتفاع سعرها، ليبيعها لاحقاً ومن ثمنها يرد المبلغ الذي أخذه من قبل من موّل الشراء أو المقرض. والممنوع في هذه العملية هي القرض بربا الذي يجري أولاً، أو التمويل بما لا يؤدي إلى الملك الحقيقي للأسهم الذي يقتضي حرية التصرف فيها، فضلاً عن أن هذه العملية تقصد للمضاربات السعرية التي تؤدي في مجلها إلى إضفاء شيء من الطبيعة القمارية على التجارة بالأسهم بيعاً ، وشراءً كما هو شأن البيع القصير.

تعطيل المقاصد في الاجتهاد الفقهيّ المعاصر

من الغريب أن الاجتهاد الفقهيّ المعاصر يستند كثيراً إلى مبدأ المصلحة في تقديم مسوغاته على الرغم من تعطيله في بعض الحالات لمقاصد الشّريعة من الأحكام، مع أن المصلحة التي راعاها الشّارع تفضلاً وإحساناً في الأحكام لا تتحق حين يتعطل المقصد الشرعي من تلك الأحكام. فالرّبا مثلاً حرم لأجل مفاسده المختلفة، فيكون التحايل على حرمته موصلاً إلى تلك المفاسد؛ فكيف يمكن مع هذا أن تُسوَّغ بالمصلحة المعاملاتُ الموصلة في جوهرها إلى الرّبا!

إن بعض الاجتهادات الفقهيّة اليوم، ولا سيما المتعلق منها بالمسائل المصرفية المالية، تقوم على الحكم بحل المعاملة باعتبار استيفاء شروط الصحة الشكلية التي وردت بها النّصوص دونما اعتبارٍ لجوهر المعاملة ومآلاتها. فالرؤى الفقهيّة التي تحل بيوع الذرائع الربوية كالعينة أو التّورّق كما يجريان الآن في بعض المؤسّسات الماليّة الإسلاميّة ، وتتشدد في تحقيق شكليات معينة لحلها، على الرغم من عدم تأثير هذه الشلكيات على جوهر المعاملة الذي لا يفترق عن الرّبا إلا باللّفظ و الشّكل فحسب، هي رؤى تنبثق عن عقلية تأخذ بالظاهر وتعطل روح النّص ومقاصده، وهي عقلية يُخشى منها حقيقةً على التشريع الإسلامي. ومثلها تلك العقليةُ التي تفرق بين البيوع الربوية، فترى حِلَّ واحد وحرمةَ أخر على الرغم من اتحاد الجميع في الجوهر والأثر، أو تلك التي تصَوغُ بيعاً جديداً يوصل إلى نفس النتيجة من معاوضة المال بالمال بوساطة سلعة غير مقصودة لذاتها حقيقة في البيع والشراء، ثم تزعمُ حِلّه وتشنُّ حرباً على البيوع الربوية الأخرى![44]

ثالثاً- الاجتهاد بالاستناد إلى السّياسة الشّرعيّة

السّياسة الشّرعيّة مبناها على تحقيق المصالح دون مخالفة النّصوص

ترتبط السّياسة الشّرعيّة بالمصلحة ارتباطاً وثيقاً، ووجه ذلك أنَّ تصرُّف ولي أمر في ولايته منوطٌ بالمصلحة كما هي القاعدة، فالسّياسة هي حسن التدبير والتصرف؛ وما وجد منصب الولاية العامة أو الخاصة في الإسلام، أو في كل دستور، إلا للقيام بشأن الرعية، وتدبير شؤونها، أي جلب المصالح لها، ودفع المكاره والمفاسد عنها.

وليس يُشترط في السّياسة الشّرعيّة أن يُنص على تطبيقاتها حتى تعدَّ شرعية، أي مقبولةً شرعاً، ففي هذا تقييد لها وتحجيم لا يتناسب مع مفهوم السّياسة بشكل عام، أي التدبير في الأمور العامة بحسب مقتضيات الظروف والمتغيرات.[45]

وهكذا، فإنه لا يشترط أن تستند السّياسة إلى النّصوص، ولكن يشترط ألا يخالف العمل بالسّياسة النّصوص، لأنها تخرج عن الشّرعيّة حينئذ بمخالفة النّصوص. ولو جاز للسّياسة أن تخالف النّصوص لما سلمت أحكام الشّريعة، ولذابت في بوتقة المصالح

---

44 من ذلك أننا نرى من يهاجم العينة يقول بالتّورّق المصرفي، ومن يهاجم التّورّق المصرفي يخرج على الناس بالسلم المنظم، وجوهر الجميع ومآله واحد، وهو الاسترباح عن النقد، وهو جوهر الربا لأن الربا لم يحرم لشكله أو طريقة الوصول إليه، بل لجوهره من مبادلة نقد حال بنقد أكثر منه مؤجل.

45 انظر ابن القيم، الطرق الحكمية في **السّياسة الشّرعيّة** ، (القاهرة: المؤسسة العربيّة للطباعة، 1961م)، ص 16.

المدعاة مع تفاوت آراء أولي الأمر وتداخل أهوائهم، ولصار التّشريع الإسلاميّ تشريعاً بشريّا لا قداسة فيه. أي إن العمل بالسّياسة الشّرعيّة مشروط بعدم النّص على فساد تطبيقاتها؛ فلو وجد النّص مثلاً بفساد أمر معين وحُرمَتِه، فإنه لا يجوز مخالفته بمقتضى السّياسة الشّرعيّة.

وما مثل السّياسة الشّرعيّة إلا كمثل التعزير، بل التعزير محلٌّ واسعٌ لعمل السّياسة ، فهو عقوبة يقدِّرها القاضي بحسب حال الجريمة وحال مرتكبها. فكما أن التعزير متروك للقاضي يقدره بحسب الظروف والملابسات، وليس فيه تقييد من الشّارع في تطبيقاته، فكذا السّياسة الشّرعيّة متروكةٌ للإمام وليس فيها تقييد من الشّارع في تطبيقاتها. وكما لا يملك القاضي أن يفرض تعزيراً في عقوبة حديّة حدّ الشّارع عقوبتها، فكذا لا يملك ولي الأمر أن يسوس الرعية بغير ما حدّ وبيّن الشّارع أحكامه.

وفي زمننا صار يتردد في أروقة المجالس الفقهيّة التي تمارس الاجتهاد في مسائل الصيرفة الإسلاميّة مصطلحُ " السّياسة الشّرعيّة " في إطار تسويغ بعض تطبيقات المعاملات المالية، على اعتبار أنها لا تجوز باعتبار الأدلة الظاهرة، أو الأقوال الفقهيّة المعروفة، أو مواقف المجامع الفقهيّة ، ليمكن تجويزها بمقتضى السّياسة الشّرعيّة. وهذا تطورٌ خطير وفاسد من أوجه عدة:

- أن التصرف بمقتضى السّياسة الشّرعيّة هو للحاكم المسلم، أو الحكومة المسلمة، تقرره وفق المصلحة العامة وبمقتضى الشورى، لأنها ترتبط بإدارة الشؤون العامة الداخلية والخارجية للدولة. وتقصير الحكومة المسلمة في هذا الجانب في بعض المجالات لا يخوّل الأفراد أن يبؤوا أنفسهم دور الحكام.

- أن السّياسة الشّرعيّة لا تخوِّل من يتصرف بمقتضاها تسويغَ المحرم وتسميته حلالاً، كأن يوسم منتج مالي غير شرعي بالشّرعيّة بمقتضى السّياسة الشّرعيّة ويُسمح للمؤسسات المالية الإسلاميّة بتقديمه؛ بل تخول السّياسة الشّرعيّة لأهلها التصرّفَ في الأمور العامة بمقتضى المصلحة، بما لا يتناقض مع أصول الشّريعة ونصوصها الثابتة؛ وتعليقَ بعض الأحكام الشّرعيّة بمقتضى الضرورة التي تبيح بشروطها المحظور أو تسلب الوجوب عن الواجب؛ وكذا التصرفَ بمقتضى التعزير الذي قد يصل إلى القتل في قضايا الجنايات وجرائم أمن الدولة؛ و تقييدَ المباحات.

- أن جهات الفتوى المصرفية الحالية ليست طرفاً مستقلاً تُضمن نزاهتُه في تقريره للمسائل بمقتضى السّياسة الشّرعيّة على فرض صحة تبوّئها لعمل السّياسة الشّرعيّة أصلاً، وذلك لأنها طرف مستفيد مما تقرره، فرواج هذه الفتاوى الميِّسرة من أهلها يغري المؤسسات المالية المستفيدة بأصحابها، مما يعود بالنفع المادي على أصحاب هذه الفتاوى، فضلاً عن وجود مؤسسات فتوى خاصة من شأن تقاضيها أجراً عن مراجعة المنتج بغية الحكم بتسويغه ألا يجعلها مستقلة على نحوٍ يدفع تدافع المصالح.

- تعدد جهات الفتوى بتعدد المؤسسات المالية يؤدي إلى تعارض المفتى به بمقتضى السّياسة الشّرعيّة حتى في نطاق البلد الواحد. مما يؤدي إلى وقوع الاضطراب والفوضى على نحو يلغي أي نفع قد تعود به الفتوى بمقتضى السّياسة الشّرعيّة ؛ فيصير الأمر أشبه بالفوضى التي يحدثها تعددُ الحكام ورؤاهم في البلد الواحد.

رابعاً- معاملة الأقوال الشاذة في الاجتهاد الفقهيّ المعاصر معاملةَ الأقوال المعتبرة

من القضايا المرتبطة بالاجتهاد الفقهيّ المعاصر أن صار بسبب التراجع في إتقان العلوم الشّرعيّة لا يُحسَنُ التمييز بين الاجتهاد المعتبر المستند إلى أصول شرعية صحيحة وبين القول الشاذ الذي ليس له محمل شرعي صحيح. وصار وجود الرأي المخالف الشاذ إذا كثر أنصاره يصّير المسألة في الأذهان من قبيل المختلف فيه، وكأنه الخلاف الذي يجري بين أبي حنيفة والشافعي من أرباب المذاهب الفقهيّة المعتبرة!

والحقيقة أن كثرة أنصار القول المخالف لا يستقيم أن يفهم منها بالضرورة صلاحية هذا القول وصحة اعتباره شرعاً، لأن الفئة التي قد تجتمع على رأي اجتهادي معين هي فئة قد ترتبط مصالحها جميعاً ارتباطاً مباشراً بهذا الرأي، فيكثر أنصاره دون أن يكون لهذا الرأي مصداقيته أو وزنه الشرعي المعتبر. ومثال ذلك في الاجتهاد ا الفقهيّ المرتبط بالتمويل الإسلامي القولُ المعاصر بجواز بيوع الدين[46] وبجواز بيوع العينة بصورها المختلفة. فهذه البيوع تمجها الفطرة الإنسانية والعقل السليم والأصول الشرعية، وكثر أنصارها والقائلون بها، والمتبنون لها من ا المؤسّسات الماليّة ؛لارتباط المصالح الخاصة برواجها.[47]

خامساً- واقع الاجتهاد الفقهيّ المعاصر في مجامع الفقه

يلاحظ المتتبع لقرارات مجمع الفقه وللاجتهادات والفتاوى الخاصة في المؤسّسات الماليّة الإسلاميّة وجود تعارض واختلاف، بل يوجد هذا الخلاف حتى بين اجتهادات الهيئات الشّرعيّة المعنية بإصدار معايير شرعية للمؤسّسات الماليّة الإسلاميّة وبين مجامع الفقه، كما في قضية التّورّق ، وقضية الاستثمار في أسهم الشّركات التي لها بعض التعاملات المحرمة، وبعض مسائل الصكوك والإجارة المنتهية بالتمليك.

وبالجملة فإن مجامع الفقه قصّرت في الاجتهاد في قضايا التعاملات المالية المصرفية الإسلاميّة ، فغلب بدايةً عليها الصمتُ بينما التمويل الإسلاميّ في طور التكوين في المؤسّسات الماليّة الإسلاميّة ، فترك أمر هيكلة المنتجات للهيئات الشّرعيّة لتلك المؤسّسات ، ولم يصدر عن المجامع الفقهيّة إلا قرارات فقهيّة بسيطة على مدى سنوات، وكثر في قرارات هذه المجامع التسويف والتأجيل إلى دورات أخرى في أمور بالغة الأهمية هي

---

[46] بيع الدين، أي المال الثابت في الذمة، بملغ أقل منه ممنوع شرعاً، لأنه يخرق شرط التساوي والتقابض في مقدار المالين عند بيع النقود ببعضها.

[47] لمراجعة هذه المسألة وتفصيلاتها يمكن الرجوع إلى بحث "بيع الدين وتطبيقاته المعاصرة في المصارف **الإسلاميّة** ، مجلة "الإسلام في آسيا"، الجامعة **الإسلاميّة** العالمية بماليزيا، المجلد 5، العدد 2، 2008؛ "بيع العينة وتطبيقاته المعاصرة في المصارف **الإسلاميّة** "، مجلة "التمدن"، ماليزيا، المجلد 4، 2008. وكلاهما للكاتب، ويمكن تحميلهما من موقع www.abdulazeem-abozaid.com

قيد التطبيق والممارسة في المؤسّسات الماليّة. بل وكان في بعض الأحايين أن خرجت المجامع الفقهيّة
بقرارات خجولة مترددة أشبه برفع العتب إذا صح التعبير، وتفتح الباب لاستثناءات محذورة.[48]
ويعزى تقصير المجامع الفقهيّة إلى جملة أسباب أهمها:
- قلة الخبرة العملية لكثير من أعضاء المجامع الفقهيّة ، وفقهاء الشّريعة عموماً، بفنيّات المعاملات المالية المصرفية، مما يجعلهم عاجزين عن التنبّه إلى الأخطاء التطبيقية الخفيّة في العمل المصرفي الإسلاميّ؛ فبقي لذلك كثير من المعاملات الماليّة المشبوهة دون نقد أو اعتراض أو تصويب.
- حاجة المجامع الفقهيّة بشكل عام إلى إعادة النظر في هيكلتها وتفعيل دورها الريادي لمؤسسة الفتوى في العالم الإسلاميّ ، وذلك يشمل الحاجة إلى التيقّن من كفاءة أعضائها، وقدراتهم العلمية والبدنية على الحضور والتنسيق والمتابعة، واهتمامهم وجديتهم، وكذا إعادة النظر في طريقة تنظيم هذه المجامع وسير عملها، وصياغة قراراتها، ثم إيجاد طريقة لتفعيل هذه القرارات، وفرض احترام المؤسّسات الماليّة لها.[49]

الخاتمة والنتائج

في خاتمة البحث يتبين للمطالع أن الاجتهاد الفقهيّ المعاصر في القضايا المالية المصرفية وضع نصب عينيه تسويغ بعض المسائل المالية، ثم بحث عن الأدوات التي تؤدي به إلى تلك النتيجة، فاستند إلى مبدأ الاستصلاح، وما يفتح شِرعة الاستثناءات كالضرورة والحاجة وعموم البلوى؛ بل وأعمل في سبيل ذلك قواعد الفقهيّة أخرجها عن سياقها ومعناها الصحيح. ولم يُعمِل بالمقابل ما قد يوصله إلى حرمة تلك المسائل من القياس على مسائل منصوص على حكمها، أو سد الذرائع الذي يغلق الطريق إلى الحرام، ولا سيما بيوع الذرائع الربوية التي عملت بعض هذه الاجتهادات على فتحها. أما الإجماع، فلم تتهيأ مؤسساته، بل وجدت بعض مؤسسات الاجتهاد الجماعي على عيوب كثيرة فيها.
والخلاصة أن الاجتهاد الفقهيّ المعاصر لم يوظف علم أصول الفقه، وأدوات الاجتهاد الفقهيّ التّوظيف الصّحيح ، بل سعى إلى تطويع الشّريعة بما يناسب الواقع المعاش للمسلمين، وهو أمر ناتج عن التردي السياسي، والاقتصادي، والعلمي، والفكري، والاجتماعي في أحوال المسلمين، فضلاً عن طغيان النزعة المادية لدى الناس. ومن شأن هذا التطويع أن

---

[48] من ذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي الدّوليّ في موضوع أسهم الشّركات ، حيث ذكر أن الأصل عدم جواز التعامل بأسهم الشّركات التي تتعامل بالحرام أحياناً ثم سكت عما هو وراء ذلك؛ فصيغة هذا القرار تعكس تردداً من واضعيه، وكأنه بهذه الصياغة يفهم صحة الاستثناء بالجواز في بعض الحالات. وهذا نص القرار: "الأصل حرمة الإسهام في شركات تتعامل أحيانًا بالمحرمات، كالربا ونحوه، بالرغم من أن أنشطتها الأساسية مشروعة". (قرار مجمع الفقه الإسلاميّ الدّوليّ رقم 63 (7/1) بشأن الأسواق الماليّة في دورته السابعة المنعقدة بجدة من 7-12 ذي القعدة 1412هـ الموافق 9 - 14 أيار (مايو) 1992 م). بينما كان قرار مجمع الفقهيّ التابع لرابطة العالم الإسلاميّ في مكة المكرمة أصرح وأوضح، حيث نص على حكم التعامل بأسهم الشّركات التي تنطوي استثماراتها على بعض الأنشطة المحرمة، ونص قراره: "لا يجوز لمسلم شراء أسهم الشّركات والمصارف إذا كان في بعض معاملاتها ربا، وكان المشتري عالمًا بذلك".

49 يذكر في هذا أن قرار تحريم التّورّق المصرفيّ الذي صدر في أبريل 2009 عن مجمع الفقه الدّوليّ رقم 179 (19/5) بشأن التّورّق في دورة رقم 19 المنعقدة في الشارقة لم تلتزم به المؤسّسات الماليّة ابلإسلاميّةالممارسة للتورق، بل استمرت في ممارساتها.

يكرس هذا الحال، لأنه لا يقترن بالتصريح بأن هذه الأحكام أحكام استثنائية مؤقتة اقتضتها الظروف الراهنة، بل يقدم هذه الاجتهادات على أنها اجتهادات صحيحة، أصيلة ومن أهلها، وهو أخطر ما في الأمر. والواجب لتغيير هذا الحال وتحقيق الإصلاح المطلوب في منظومة الاجتهاد الفقهيّ أن ترعى مؤسّساته وتنظّمه وتتأكدَّ من كفاءة أهله الدولُ الإسلاميّة ، وهو الأمر الذي لن يكون إلا بإصلاح الواقع السياسي لهذه الدول وما يستتبع ذلك من إصلاح اقتصادي، وثقافي واجتماعي.

وما يلي خلاصة لأهم نتائج البحث:

- استند الاجتهاد الفقهيّ المعاصر في القضايا المصرفية الماليّة إلى قواعد فقهية أخذِت على عمومها دون مراعاة للمعنى الحقيقي لتلك القواعد الذي أراده واضعوها، وأورث ذلك خروجاً عن الأصول والأحكام الشّرعيّة المعروفة.

- توسع الاجتهاد الفقهيّ المعاصرٍ في الأخذ بالاستصلاح، وفي بعض الحالات قُصد تسويغ بعض ما لا يجوز شرعاً بدعوى الاستناد إلى تحقيق المصلحة ومقاصد الشّريعة العامة.

- جرى استناد بعض الاجتهادات الفقهيّة المعاصرة إلى السّياسة الشّرعيّة ، وهي ليست بأداة اجتهادية أصولية، بل هي سلطة محصورة بالحكومة المسلمة تسوس بها الدولة والرعية بما يحقق المصالح العامة ولا يخالف الأصول الشّرعيّة.

- عوملت الاجتهادات الفقهيّة الشّاذة معاملة الاجتهادات الفقهيّة المعتبرة، وتبنتها بعض المؤسّسات الماليّة لتحقيق مصالحها، وكثر المتبنون لهذه الاجتهادات على الرغم من شذوذها وضعفها.

- لم تضطلع مؤسسات الاجتهاد الجماعي بواجبها اللازم، والواجب إصلاحها وتفعيلها بإعادة هيكلتها وتنظيمها وآلية عملها، ثم عرضُ جميع المسائل الفقهيّة المعاصرة في التطبيقات الماليّة الإسلاميّة عليها للخروج بالأَحكام الشّرعيّة الصحيحة لها على نحو فاعل، وسريع يحقق التقنين المنشود لتلك الأحكام.

المصادر والمراجع

كتب

- ابن العربيّ، أبو بكر بن العربيّ المالكيّ، عارضة الأحوذي، (بيروت: دار الكتب العلمية، بدون ذكر سنة الطبع).
- ابن القيم، أبو عبد الله شمس الدين محمد، الطرق الحكمية في السّياسة الشّرعيّة (القاهرة: المؤسّسة العربيّة للطباعة، 1961م).
- ابن القيم، أبو عبد الله شمس الدين محمد، زاد المعاد، (بيروت: مؤسسة الرسالة، بدون ذكر سنة الطبع).
- ابن تيمية، تقي الدين أحمد بن عبد الحليم "شيخ الإسلام"، الفتاوى، تحقيق عبد الرحمن العاصمي، (الرياض: مكتبة ابن تيمية، بدون ذكر سنة الطبع).
- ابن عابدين، محمّد أمين بن عمر، مجموعة رسائل ابن عابدين، (مصر: عالم الكتب، بدون ذكر سنة الطبع).
- ابن ماجة، محمّد بن يزيد القزويني، السنن، (بيروت: دار افكر، بدون ذكر سنة الطبع).
- ابن منظور، جمال الدين أبو الفضل، لسان العرب (بيروت: دار إحياء التراث، ط3).
- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر والنّظائر ، (بيروت: دار الفكر ط1/1983م).
- الألباني، ناصر الدين، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، (بيروت: المكتب الإسلاميّ ، بدون ذكر سنة الطبع).
- البوطي، محمّد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشّريعة الإسلاميّة (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط4، 1982م).
- الجويني، أبو المعالي عبد الملك، البرهان في أصول الفقه، (مصر: دار الوفاء، ط4، 1418هـ).
- الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر، السنن، (بيروت: دار المعرفة، بدون ذكر سنة الطبع).
- الرازي، محمّد بن أبي بكر، مختار الصحاح (بيروت: مكتبة لبنان، 1992).
- الزركشي، محمّد بن بهادر، المنثور في القواعد، (الكويت: وزارة الأوقاف الكويتية، ط2، 1405هـ).
- السخاوي، شمس الدين محمّد بن عبد الرحمن، المقاصد الحسنة، (بيروت: دار الكتاب العربيّ ، بدون ذكر سنة الطبع).
- السّيوطيّ عبد الرحمن جلال الدين، الأشباه والنّظائر ، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1403ه).
- الشافعي، محمّد بن إدريس، الأم، تحقيق محمّد زهري النجار (بيروت: دار المعرفة، ط 2، 1393هـ).
- الطوفي، نجم الدين، رسالة في رعاية المصلحة (مطبوعة مع كتاب مصطفى زيد " المصلحة في التشريع الإسلاميّ ونجم الدين الطوفي" وكتاب عبد الوهاب الخلاف "مصادر التشريع الإسلاميّ فيما لا نصّ فيه").
- العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، (بيروت: دار الكتب العلمية، بدون ذكر سنة الطبع).
- الغزالي، أبو حامد محمّد بن محمّد ، المستصفى (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1/1413ه.
- الغزالي، أبو حامد محمّد بن محمّد ، شفاء الغليل، (بغداد: مطبعة الإرشاد، 1971).
- ابن تيمية، تقي الدين أحمد، الفتاوى، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1987).
- القرافي، شهاب الدين أبو العباس، الفروق، (بيروت: دار المعرفة، بدون ذكر سنة الطبع).

- الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (بيروت: دار الكتاب العربيّ ، ط 2، 1982م).
- مجلة الأحكام العدلية، تحقيق نجيب هواويني، (طهران: كازخانة تجارت كتب، بدون ذكر سنة الطبع).

أبحاث

- أبوزيد، عبد العظيم، "البعد التّعبديّ في ارتباط المصالح بالأحكام الشّرعيّة"، الإسلام في آسيا، المجلد 3، العدد 1، يوليو 2006.
- أبوزيد، عبد العظيم، "بيع الدين وتطبيقاته المعاصرة في المصارف الإسلاميّة "، مجلة "الإسلام في آسيا"، الجامعة الإسلاميّة العالميّة بماليزيا، المجلد 5، العدد 2، 2008.
- أبوزيد، عبد العظيم، "بيع العينة وتطبيقاته المعاصرة في المصارف الإسلاميّة "، مجلة " التّمدن"، ماليزيا، المجلد 4، 2008.
- أبوزيد، عبد العظيم، "قراءة شرعية نقدية للمعايير الشّرعيّة في المختلط حلالاً وحراماً"، مجلة التجديد، الجامعة الإسلاميّة ا لعالمية بماليزيا، المجلد 15، العدد 31، 2012.
- أبوزيد، عبد العظيم، "المشتقات الماليّة ، دراسة شرعية ونقدية"، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، معهد الاقتصاد الإسلاميّ، العدد 3، المجلد 27، 2014.

فتاوى وقرارات هيئات فقهيّة

- قرار مجمع الفقه الإسلاميّ الدّوليّ في تحريم التّورّق المصرفيّ الذي صدر في أبريل 2009، رقم 179 (19/5) بشأن التّورّق في دورة رقم 19 المنعقدة في الشّارقة.
- قرار مجمع الفقه الإسلاميّ الدّوليّ في موضوع أسهم الشّركات، رقم 63 (7/1) بشأن الأسواق الماليّة في دورته السابعة المنعقدة بجدة من 7-12 ذي القعدة 1412هـ الموافق 9 - 14 أيار (مايو) 1992 م).
- قرار هيئة الفتوى لمصرف الراجحي رقم 485 بتاريخ 1422/8/23هـ.
- قرارات لجنة التّوريق المنبثقة عن مجلس الرّقابة الشّرعيّة الصّادر في ماليزيا
- المعايير لهيئة المحاسبة والمراجعة، المعيار رقم 21 في الأوراق الماليّة.

اختصاص القضاء الإماراتي بجرائم التعاطي خارج الدولة

د. أحمد شاكر
أستاذ القانون الجنائي المساعد
كلية القانون - جامعة عجمان للعلوم والتكنولوجيا

تمهيد:

تثور مسألة التعاطي خارج الدولة عند قيام الشخص بتعاطي مادة من المواد المخدرة أو مؤثر من المؤثرات العقلية حال وجوده خارج الدولة، وعقب وصوله للدولة يخضع لأخذ عينات بيولوجية للكشف عما إذا كانت به آثار لتعاطي مواد مخدرة أو مؤثرات عقلية، ويحدث أن تُظهر النتائج إيجابية العينة المأخوذة لمادة مخدرة أو مؤثر عقلي سبق وأن تعاطاه حال وجوده خارج الدولة ، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، قد يعترف الشخص عند وصوله إلى الدولة بتعاطيه مادة مخدرة حال وجوده خارج الدولة، وقد لوحظ تحريك الدعوى الجزائية من النيابة العامة ضد ذلك الشخص باعتباره متهما بجريمة التعاطي التي ينظم أحكامها القانون الاتحادي رقم 14 لسنة 1995 في شأن المواد المخدرة والمؤثرات العقلية والمعدل بالقانون الاتحادي رقم 1 لسنة 2005، ثم تتابع الإجراءات برفعها للمحكمة المختصة، وقد نظرت محاكم الدولة العديد من تلك القضايا، وصدرت العديد من أحكام المحاكم الجزائية بالإدانة بتهمة تعاطي إحدى هذه المواد أو المؤثرات... وباستعراض نماذج من تلك القضايا تبين تأسيس النيابة العامة والقضاء الجزائي لانعقاد الاختصاص لمحاكم دولة الإمارات العربية المتحدة على كون نتيجة الجريمة قد تحققت داخل الدولة بوجود المخدر أو المؤثر العقلي بالعينة المأخوذة من المتهم سواء في بوله أو بتحليل الدم، باعتبار أن النتيجة وفقاً لنص المادة 2/16 من قانون العقوبات الاتحادي 1987/3 هي أحد موجبات الاختصاص فهي تنص على أنه "تعتبر الجريمة مرتكبة في إقليم الدولة إذا وقع فيها فعل من الأفعال المكونة لها، أو إذا تحققت فيها نتيجتها أو كان يراد أن تتحقق فيها".

ويظهر تبني الهيئات القضائية لانعقاد الاختصاص الوطني بنظر تلك الجرائم من خلال اتخاذ الإجراءات التالية:

1- إحالة النيابة العامة بداءةً لحالات التعاطي التي تمت خارج الدولة إلى القضاء بتهمة جناية أو جنحة التعاطي.
2- طعن النيابة العامة في الأحكام الصادرة من المحاكم إذا ما قضت بعدم الاختصاص.
3- صدور أحكام من بعض المحاكم الابتدائية في تلك القضايا بالإدانة بما يعني انعقاد الاختصاص ودخول هذه الوقائع في ولايتها.

وعلى جانب آخر، يتبنى قضاء بعض المحاكم اتجاها مغايرا يتمثل في عدم اختصاص القضاء الوطني لحالات التعاطي خارج الدولة، حتى إن الدعوى الواحدة يظهر فيها ذلك التضاد في المواقف ما بين مؤيد لاختصاص القضاء الوطني، وآخر مؤيد لعدم الاختصاص.

ومن أمثلة ذلك التضاد - على سبيل المثال لا الحصر - حكم حديث للمحكمة الاتحادية العليا - الأحكام الجزائية، بتاريخ 1/ 5 / 2012 في الطعن رقم 343 لسنة2011 قضائية فقد ورد به أنه "حيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل في أن النيابة العامة قد أسندت إلى المطعون ضده على أنه بتاريخ 22 /2011/5 وسابق عليه بدائرة كلباء:

1- تعاطى مادة مخدرة (مورفين) على النحو المبين بالتحقيقات .
2- تعاطى مؤثرا عقليا ضارا بالعقل (أو كسازيبام وفينو باربيتال) بدون وصفة طبية وفي غير الأحوال المبينة في القانون على النحو المبين بالتحقيقات.
وطلبت النيابة العامة معاقبته طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية الغراء والمواد 1 /2 - 3 , 1/6 , 7, 34 , 39 , 1/40 , 56 , 63 من القانون الاتحادي رقم 14 لسنة 1995 في شأن مكافحة المواد المخدرة والمؤثرات العقلية المعدل بالقانون الاتحادي رقم 1 لسنة 2005 والبند 65 من الجدول الأول المرفق بالقانون والبندين 49 , 61 من الجدول الثامن المرفق بذات القانون",
- بتاريخ 2011/7/20 قضت محكمة أول درجة حضوريا وبالإجماع بسجن المتهم أربع سنوات وبإبعاده عن الدولة بعد تنفيذ العقوبة ومصادرة المضبوطات.
استأنف المحكوم عليه هذا الحكم بالاستئناف رقم 303 /2011 وبتاريخ 2011/8/23 قضت محكمة استئناف خورفكان الاتحادية حضوريا وبالإجماع بقبول الاستئناف شكلا وفي الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء بعدم اختصاص محاكم الدولة بنظر الدعوى.
- لم يلق الحكم قبولا لدى النيابة العامة فطعنت عليه بالطعن الماثل وحيث إن النيابة العامة تنعى على الحكم المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون والفساد في الاستدلال إذ قضى بعدم اختصاص محاكم الدولة رغم أن المطعون ضده قد أظهرت نتيجة المختبر الجنائي تعاطيه المخدرات وتم ضبطه في المياه الإقليمية بالدولة بمسافة تسعة أميال بحرية مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.
وباستعراض وقائع الدعوى نجد تبايناً في موقف كل من النيابة العامة والقضاء تمثل في الآتي:
- أن النيابة العامة تبنت اختصاص القضاء الوطني بالواقعة باعتبار أن المطعون ضده قد أظهرت نتيجة المختبر الجنائي تعاطيه المخدرات وتم ضبطه في المياه الإقليمية بالدولة، أي أن الاختصاص يرجع لتحقق النتيجة داخل الدولة.
- ساير قضاء أول درجة النيابة العامة وهو ما جعله يقضي بمعاقبة المتهم حضوريا وبالإجماع بسجن المتهم أربعة سنوات وبإبعاده عن الدولة بعد تنفيذ العقوبة ومصادرة المضبوطات.
- قضت محكمة استئناف خورفكان الاتحادية حضوريا وبالإجماع بقبول الاستئناف شكلا وفي الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء بعدم اختصاص محاكم الدولة بنظر الدعوى، وبذلك تكون قد اتخذت موقفاً مغايراً في شأن اختصاص القضاء الوطني بنظر جريمة التعاطي خارج الدولة[1].

هذا الاختلاف في التعامل مع الواقعة لا يحقق توحيد الاتجاه القضائي داخل الدولة، في حين أن التوحيد من خير الوسائل في يد القاضي ليواجه به ما استعصى عليه من تطبيقات النصوص، ويوحد بها الرؤية القضائية التي تعتبر أساسا لخلق الثقة

[1] - المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام الجزائية، الطعن رقم 343 لسنة2011 قضائية بتاريخ 1/ 5 / 2012.

والاطمئنان والاستقرار االقضائي، كما أن التوحيد يساهم في استقرار العمل القضائي لمحاكم الموضوع، ويحقق اطمئنانا في نفوس المتقاضين ويخلق ثقة لدى دفاع الأطراف بسبب استقرار العمل القضائي للمحاكم وهو ما يعطي انطباعا إيجابيا عن أداء مرفق العدالة.

وفي ضوء ما تقدم، فسوف نسعى في هذا البحث إلى محاولة التأصيل القانوني لمدى اختصاص القضاء الوطني بنظر حالات التعاطي خارج الدولة وهو ما يستلزم تناول كل ما يحيط بذلك من نصوص وقواعد قانونية حاكمة، معززين ذلك بأحكام القضاء وآراء الفقه تأييداً ومعارضة. مع عرض أحكام المادة رقم (16) من قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية رقم (3) لسنة 1987 في شأن سريان قانون العقوبات من حيث المكان داخل الدولة لبيان الحالات التي تعتبر فيها الجريمة مرتكبة في إقليم الدولة. كما يستلزم ذلك أيضاً ايضاح الجانب الإجرائي في شأن الاختصاص في المواد الجزائية وهو ما حددته المادة (142) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (35) لسنة 1992. ويتطلب البحث أيضاً التعريف في البداية بالمواد المخدرة والمؤثرات العقلية باعتبارها محل جريمة التعاطي، ثم التعريف بجريمة التعاطي وأركانها وفقاً لما نص عليها القانون الاتحادي رقم 14 لسنة 1995 في شأن المواد المخدرة والمؤثرات العقلية والمعدل بالقانون الاتحادي رقم 1 لسنة 2005، ودور الفقه في استجلاء أركان الجريمة، مع بيان مدى تبعية جريمة التعاطي من حيث التقسيم الزمني للركن المادي؛ أي إذا ما كانت ضمن الجرائم الوقتية أم غيرها، وبيان مدى صلة جريمة التعاطي بالجرائم التي تعرف بالجرائم ممتدة الأثر، فضلاً عن بيان مدى تبعية جريمة التعاطي لجرائم الضرر أم لجرائم الخطر، أي الجرائم التي يلزم تحقق نتيجة فيها أم أنها من جرائم السلوك، وهو ما يستلزم التعرض أيضاً لعنصر النتيجة في الركن المادي للجريمة بمفهوميها القانوني والمادي، آملين من خلال ذلك بيان القول الفصل في شأن اختصاص أو عدم اختصاص القضاء في دولة الإمارات العربية بنظر جرائم تعاطي المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية التي تقع خارج الدولة.

وفي ضوء هذا التمهيد نتناول محتوى الدراسة على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية جريمة تعاطي المخدرات

المطلب الأول: تعريف المخدرات والمؤثرات العقلية والتعاطي

المطلب الثاني: أركان جريمة التعاطي والعقاب عليها

المبحث الثاني: معايير الإختصاص الإقليمي الإماراتي لجريمة التعاطي

المطلب الأول: ضوابط ارتكاب الجريمة في إقليم الدولة

المطلب الثاني: جريمة التعاطي خارج الدولة مع الارتباط بجريمة أخرى ارتباطاً لا يقبل التجزئة

المطلب الثالث: موقف قضاء المحكمة الاتحادية العليا من التعاطي خارج الدولة

المبحث الأول

ماهية جريمة تعاطي المخدرات

تتحقق جريمة التعاطي في القانون رقم 14 لسنة 1995 والقانون المعدل له، بتناول مواد مخدرة أو مؤثرات عقلية، وهو ما يتطلب التعرض -بقدر من الإيجاز- لتعريف كل منهما.

المطلب الأول

تعريف المخدرات والمؤثرات العقلية والتعاطي

نتناول في هذا المطلب تعريف المواد المخدرة والمؤثرات العقلية، في ضوء سياسة المشرع التي تبناها في القانون الاتحادي رقم 14 لسنة 1995، ثم نعرف المقصود بالتعاطي، وذلك في ثلاثة فروع.

الفرع الأول

تعريف المواد المخدرة

تجنب المشرع في دولة الإمارات، في الباب الأول من القانون والخاص بالأحكام العامة، أن يضع تعريفاً جامعاً مانعاً للمواد المخدرة أو المؤثرات العقلية، فلم يذكر أسماءها على سبيل الحصر، ومرجع ذلك أن تلك المواد المخدرة والمؤثرات العقلية آخذة في التطور السريع والمتلاحق فتظهر منها انواع جديدة كل فترة[2].

ومن حسن السياسة التشريعة عدم قصر التجريم على مواد بعينها لأن مقتضى مبدأ الشرعية أن تكون المواد محل التجريم هي فقط المنصوص عليها، ومن ثم فإن ذلك من شأنه خروج المواد التي لم يرد بها نص من نطاق التجريم، ولتجنب ذلك استخدم المشرع نظام الجداول التي تضم المواد المخدرة والمؤثرات العقلية، وقد كان ذلك هو ذات النهج الذي اتبعه المشرع الإماراتي في القوانين المتعاقبة التي أصدرها في هذا الشأن، فقد نصت المادة الثالثة من القانون المعروف بقانون العقاقير الخطرة - المقصود بها المواد المخدرة - الصادر بتاريخ 11 يوليو سنة 1971 بقوله " يحظر على أي شخص أن يستورد أو يصدر أو ينتج أو يصنع أو يحرز أو يشتري أو يبيع أو يسلم أو يتنازل عن أية كمية من العقاقير الخطرة المدرجة في قسمي الجدول الأول والثاني

2- راجع: د. فوزية عبد الستار، شرح قانون المخدرات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص .63، د. رءوف عبيد، شرح قانون العقوبات التكميلى : فى جرائم المخدرات - الأسلحة والذخائر - التشرد - الاشتباه - التدليس والغش - تهريب النقد ط 5 ، منقحة طبقا لآخر التعديلات، القاهرة : دار الفكر العربى ، 1979، 74. = = وراجع أيضاً د. محمد حنفى محمود، الموسوعة الشاملة فى شرح القانون الإماراتى للمواد المخدرة والمؤثرات العقلية، مكتبة دار الحقوق، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، ط1،2002، ص7 ومابعدها، د. على أحمد راغب، السياسة الجنائية لمكافحة المخدرات- دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة المصرية، كلية الدراساتالعليا، القاهرة، 1992 ص 136، إدوارد غالي الذهبي، جرائم المخدرات، مكتبة غريب، القاهرة، ط2، 1988، ص33.

الملحقين بهذا القانون". كما نصت المادة الأولى من القانون الاتحادي رقم 6 لسنة 1986 في شأن مكافحة المواد المخدرة وما في حكمها بقوله "المواد المخدرة وما في حكمها التي تسري في شأنها أحكام هذا القانون هي:

أ- المواد الضارة بالعقل ، وهي الجواهر والعقاقير والمستحضرات المبينة في الجداول من (1) الى (4) المرفقة بهذا القانون .

ب- النباتات الضارة بالعقل ، وهي المبينة في الجدول رقم (5) المرفق بهذا القانون".

ثم نص أخيراً في المادة الأولى من القانون الاتحادي الحالي رقم 14 لسنة 1995 بشأن مكافحة المواد المخدرة والمؤثرات العقلية، على أن المواد المخدرة هي" كل مادة طبيعية أو تركيبية من المواد المدرجة في الجداول أرقام (1)و(2)و(3)و(4) المرفقة بهذا القانون." [3].

وقد عرف القانون المواد المخدرة بأنها "كل مادة طبيعية أو تركيبية من المواد المدرجة في الجداول أرقام 1،2،3،4" ويظهر من خلال التعريف أن المشرع لم يتصد لبيان ماهية المواد المخدرة سواء من حيث الشكل أو من حيث الخواص أو من حيث التأثير على الحالة الذهنية لعقل الإنسان بتعطيل الوعي وإذهاب العقل وإحداث حالة التخدير أو من حيث مصدرها وطريقة الحصول عليها، لكنه حدد مواد بعينها ووضعها في الجداول الأربعة الأولى من جداول المخدرات.

ونلاحظ من خلال التعريف السابق أن المشرع الاتحادي لم يُعرف المواد المخدرة أوالمؤثرات العقلية واكتفى بتحديد أنواع تلك المواد على سبيل الحصر وأدرجها بجداول أُرفقت بالقانون، وقد أحسن المشرع صنعاً حينما فعل ذلك، لأنه جعل من اليسير حسم أمر المادة المضبوطة مع المتهم بعد التعامل معها بالمختبر لتحديد نوعها وبيان ما إذا كانت مدرجة أم لا، ونتيجة لذلك كان كل ما لم يرد بالجداول فهو غير مجرم في القانون.

إلا أن المشرع أضاف مزيداً من التجريم من خلال ما نص عليه بالمادة (41) من معاقبة كل من تعاطى أو استعمل شخصياً مادة أو نباتا من المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية من غير المنصوص عليها في الجداول المرفقة بالقانون يكون من شأنها إحداث التخدير أو أي أثر آخر ضار بالعقل متى تم التعاطي بهذا القصد[4].

---

3 - ساير المشرع الإماراتي المشرع المصري في عدم تعريف المواد المخدرة واستخدم نظام الجداول ، فقد نصت المادة الأولى من قانون جمهورية مصر العربية رقم 182 لسنة 1960 بشأن مكافحة المخدرات وتنظيم استعمالها والاتجار فيها على أنه " تعتبر جواهر مخدرة في تطبيق أحكام هذا القانون المواد المبينة في الجدول رقم (1) - الملحق به، ويستثنى منها المستحضرات المبينة بالجدول رقم (2). ويذكر أن المشرع المصري أدرج المواد المخدرة في ستة جداول فقط وألحقها بالقانون المصري، على خلاف المشرع الإماراتي الذي ألحق تسعة جداول بالقانون. كما ساير أيضاً المشرع الكويتي ذات الاتجاه فعرفت المادة الأولى من القانون رقم 74 لسنة 1983 بشأن قانون مكافحة المخدرات وتنظيم استعمالها والاتجار فيها، الصادر بتاريخ 1-5-1983 على أنه " تعتبر مواد أو مستحضرات مخدرة في تطبيق أحكام هذا القانون المواد والمستحضرات المدرجة في الجدولين رقمي 1 و3 الملحقين، ويستثنى منها المستحضرات المدرجة بالجدول رقم "2." كما اتبع ايضاً المشرع في المملكة العربية السعودية ذات النهج، فنصت المادة الأولى من النظام رقم 39 لسنة 1426 هـ بشأن الموافقة على نظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية على أنه " المواد المخدرة : كل مادة طبيعية أو مركبة أو مصنعة من المواد المخدرة المدرجة في الجدول رقم (1) المرافق لهذا النظام".

4 - المادة رقم 41 من القانون 14 لسنة1995:

"يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على ثلاث سنوات كل من تعاطى بأي وجه أو استعمل شخصياً أية مادة أو نبات من المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية غير المنصوص عليها في الجداول المرفقة بهذا القانون يكون من شأنها إحداث التخدير أو أي أثر آخر ضار بالعقل متى تم التعاطي بهذا القصد . ويجوز للمحكمة بالإضافة إلى العقوبة السابقة الحكم

الفرع الثاني

تعريف المؤثرات العقلية

عرفت اتفاقية المؤثرات العقلية لسنة 1971 المؤثرات العقلية بانها " كل المواد سواء أكانت طبيعية أو تركيبية، وكل المنتجات الطبيعية المدرجة في الجدول الأول أوالثاني أوالثالث أوالرابع الملحقين بالاتفاقية. واتبع المشرع في تعريف المؤثرات العقلية ذات الأسلوب الذي اتبعه في تعريف المواد المخدرة فعرف المؤثرات العقلية في الباب الأول بأنها "كل مادة طبيعية أو تركيبية من المواد المدرجة في الجداول أرقام 5،6،7،8" [5]

ويظهر من خلال التعريف أن المشرع لم يتعرض أيضاً لبيان ماهية المؤثرات العقلية سواء من حيث الشكل أو من حيث الخواص أو من حيث التأثير على الحالة الذهنية لعقل الإنسان بتعطيل الوعي والإضرار بالعقل أو من حيث مصدرها وطريقة الحصول عليها، لكنه حدد مواد بعينها ووضعها في الجداول الأربعة المشار إليها من جداول المخدرات والمؤثرات العقلية.

كما لم يختلف موقف المشرع من المؤثرات العقلية عن موقفه من المواد المخدرة بالنسبة للمؤثرات التي لها تأثير على العقل إلا انها غيرة مدرجة بالجداول، فقد مد المشرع التجريم إلى كل مؤثر على عقل الإنسان ويضر به متى ثبت ذلك الضرر من جراء استخدام المؤثر، فقد عبر نص المادة (41) عن ذلك بقوله "..أو المؤثرات العقلية غير المنصوص عليها في الجداول المرفقة بهذا القانون يكون من شأنها إحداث التخدير أو أي أثر آخر ضار بالعقل متى تم التعاطي بهذا القصد".

وغني عن البيان أنه يجب على الجهات المعملية أن تثبت بتقريرها أن المؤثر مدرج بأحد الجداول أرقام 5،6،7،8 أو أن من شأن المؤثر المضبوط الإضرار بالعقل إذا لم يكن من بين المؤثرات المدرجة بالجداول، وذلك حتى يمكن مد نطاق التجريم إليه بموجب نص المادة (41) من القانون.

وقد شهدت فترة الثمانينيات تصاعدا في إنتاج المؤثرات العقلية والتي تعرف أيضاً بالمخدرات التخليقية وهي تصنع في المختبرات الكيميائية في صورة أقراص وكبسولات أو في صورة مسحوق أو سائل، وكانت تستخدم في بادئ الأمر للأغراض العلاجية إلا أنه ما لبثت أن شاع استخدامها بصورة غير مشروعة كبديل للمخدرات الطبيعية[6] .. وتنقسم المخدرات التخليقية إلى ثلاثة مجموعات هي: المنشطات (الأمفيتامينات) و المهبطات (الباربيتورات) و الكيماويات المتطايرة وهي مواد كيميائية تنتج أبخرة تؤثر على الجهاز العصبي المركزي. ومن الملفت للنظر ما بينته بعض الدراسات من انتشار استنشاق المواد الصمغية مثل الغراء ولاصق

بالغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف درهم . راجع في تعريف المؤثرات، د. على أحمد راغب، المخدرات، المشكلة والمواجهة، مطبعة كلية الشرطة المصرية، 2006، ص 17 وما بعدها.

5 - المادة رقم (1) من القانون الاتحادي رقم 14 لسنة 1995.

6 - وعرف البعض المؤثرات العقلية بأنها " عقاقير تحمل خصائص المواد المخدرة الطبيعية، وتصنع في المختبرات والمعامل بالطرق الكيميائية، من مواد ومستحضرات مخلقة كيميائياً، ولا تحتوي على مواد ذات أصل طبيعي أو نباتي"، راجع : د: سمير عبد الغني، مبادئ مكافحة المخدرات، دار الكتب القانونية مصر، ط1 2009، ص 82.

الإطارات وبعض المذيبات الطيارة مثل البنزين ومخفف الطلاء ومزيل طلاء الأظافر في بعض دول الخليج في السنوات الأخيرة، وهذه المواد تتشابه في تأثيراتها مع بعض المواد المخدرة 7.

الفرع الثالث

تعريف التعاطي

لم يضع المشرع تعريفاً لفعل "التعاطي"، إلا أنه يمكن تعريفه بأنه" تناول المادة المخدرة أو المؤثر العقلي بإدخالها إلى جسم الإنسان بأي وسيلة سواء أكان ذلك عن طريق الشم أم الحقن أو الاستنشاق أو البلع أو التدخين أو الاستحلاب أو غيرها، وذلك ولو لمرة واحدة فقط وبأي كمية من هذه المواد"8.

ويبين التعريف السابق أن فعل التعاطي يقع بالتناول أو الشم أو الحقن أو الاستنشاق أو البلع أو التدخين أو الاستحلاب.

فالقانون لم يعول على وسيلة دخول المخدر أو المؤثر العقلي إلى جسم المتعاطي، كما لم يعول المشرع على مكان التعاطي، فقد يكون منزلا أو محلا أو سيارة أو مكانا عاما أو خاصا ولكن ذلك يُعمل أثره في إثارة مسئولية كل من أدار أو أعد أو هيأ المكان للتعاطي.

طبيعة فعل التعاطي:

يعد التعاطي أحد الأفعال المادية المكونة للنشاط الإجرامي، كعنصر من عناصر الركن المادي، المكون للركن المادي لجريمة مجال المخدرات. وهو فعل يتسم بالطبيعة الوقتية، إذ يقع وينتهي بارتكابه، وجريمة تعاطي المواد المخدرة وقتية تنتهي بانتهاء فعل التعاطي 9.

ولا شك في وضوح موقف المحكمة الاتحادية العليا من وقتية جريمة تعاطي المواد المخدرة فعباراتها واضحة وضوحاً لا يقبل الجدل، بقولها إنها جريمة وقتية تنتهي بانتهاء فعل التعاطي، فإذا كان فعل التعاطي قد بدأ وانتهى خارج الدولة، فهل هناك مجال للقول بأن الاختصاص ينعقد لدولة الإمارات. وقد أكدت المحكمة الاتحادية العليا التي تعلو قمة الهرم القضائي بالدولة بأنها وقتية وتنتهي بانتهاء فعل التعاطي10.

كما استخدم المشرع كلمتي التعاطي والاستعمال الشخصي ولم يرتب نتائج مختلفة في حالة التعاطي عنها في حالة الاستعمال الشخصي، وإن كان يعكس

---

[7] راجع: د. كامل فريد السالك، قوانين المخدرات الجزائية، دراسة مقارنة لقوانين المخدرات في ألمانيا والبلاد العربية على ضوء أبحاث علم الإجرام والسياسة الجنائية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1 2006، ص 112.وراجع أيضاً: د. سمير عبد الغني، التعاون الدولي لمكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية والسلائف الكيميائية، دار الكتب القانونية، مصر ، الطبعة الأولى، 2011، ص105 وما بعدها.

[8] - راجع: د. محمد حنفي محمود، المرجع السابق ص121 ومابعدها.

[9] - راجع : حكم المحكمة الاتحادية العليا جلسة 2/ 5 / 1989 مج الأحكام س 20 ق 25 ص 130.

10 - اتحادية عليا ، الحكم سالف الذكر.

الاستعمال الشخصي قدراً أكبر من الخصوصية عند تناول المخدر، كأن يكون الشخص في منزله أو داخل سيارته دون أن يقدمه أحد إليه أو يشاركه آخر فيه.

الباعث على التعاطي:

لا يؤثر الباعث على التعاطي في التجريم، فيستوي أن يكون الباعث هو تسكين الألم أو للاحتفال بمناسبة أو إشباعاً لرغبة.

وقد تضمن القانون الأفعال المتصلة بالتعاطي وهي:

- التقديم للتعاطي بمقابل أو بغير مقابل.
- التسهيل للتعاطي وهو جريمة تقوم قانوناً بأي فعل من الجاني يهدف إلى المساعدة على التعاطي بتسليمه المخدر لشخص آخر بقصد تعاطيه، ويستوي أن يكون قد تعاطاه بالفعل أم لم يتعاطاه[11].
- إعداد أو تهيئة أو إدارة مكان لتعاطي المخدرات.

المطلب الثاني: أركان جريمة التعاطي والعقاب عليها

وقد ميز القانون بين نوعين من جرائم التعاطي من حيث جسامة الجريمة، والنوع الأول هو جنايات التعاطي، والنوع الثاني هو جنح التعاطي، وسوف نعرض لكل منهما على الترتيب.

أولاً: جنايات التعاطي

جريمة التعاطي أو الاستعمال الشخصي للمواد المخدرة و المؤثرات العقلية في الجداول أرقام 1،2،4،5

النص القانوني:

- حظرت الفقرة الأولى من المادة (6) - والمعدلة بالقانون الاتحادي رقم (1) لسنة 2005 تعاطي المواد المخدرة والمؤثرات العقلية المبينة بالجداول أرقام 1،2،4،5 حيث نصت على أنه:

1- " يحظر جلب واستيراد وتصدير وصنع واستخراج وفصل وانتاج وحيازة وإحراز وتعاطي المواد المخدرة والمؤثرات العقلية المبينة في الجداول أرقام (1) و (2) و (4) و (5) وسائر أوجه النشاط والتصرفات الأخرى المتعلقة بها.

ثانياً: العقوبة

نصت المادة 39 على أنه:

" يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن أربع سنوات كل من تعاطى بأي وجه أو استعمل شخصياً في غير الأحوال المرخص بها أية مادة من المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية المنصوص عليها في الجداول (1)،(2)،(4)،(5) المرفقة بهذا القانون. ويجوز للمحكمة بالإضافة إلى العقوبة السابقة، الحكم بالغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف درهم".

أركان الجريمة :

11 - قضاء محكمة تمييز دبي - جلسة 2004/6/26 مج الأحكام، عام 2004 العدد 15 رقم 52 ص247).

تقوم جناية التعاطي على ثلاثة أركان هي :

أولاً: ركن المحل

أن يقع فعل التعاطي أو الاستعمال الشخصي على أي مادة من المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية المنصوص عليها في الجداول أرقام 1،2،4،5.

ويظهر من أرقام الجداول التي تضمنتها المادة 39 أن ثلاثة منها (1، 2، 4) من جداول المواد المخدرة والجدول الرابع هو الجدول رقم (5) من المؤثرات العقلية.

ثانياً: الركن المادي

وهو يتكون من السلوك الإجرامي الذي يقع من الجاني، وهو يأخذ أحد فعلين: إما فعل التعاطي، وإما فعل الاستعمال الشخصي. ويقصد بالتعاطي تناول المادة المخدرة أو استعمالها بنفسه أو بأي وسيلة أخرى كالتدخين أو البلع أو الشم. وقد يبرز معنى التعاطي من خلال الأفعال المتصلة به وهي التقديم بمقابل أو بغير مقابل والتسهيل للتعاطي أو إعداد أو تهيئة أو إدارة مكان لتعاطي المخدرات.

أما فعل الاستعمال الشخصي فلا يخرج عن فعل التعاطي وإن كان يختلف عنه في أن فعل التعاطي قد يمتد بإمداد الغير بالمادة المخدرة أو تسهيلها له في صورة إعدادها أو تهيئتها أو تخصيص مكان لتعاطيها ويقصد بالاستعمال الشخصي حالة تناول الشخص للمخدر في إطار من الخصوصية على النحو السالف بيانه.

موقف الفقه من أركان جريمة التعاطي:

يكاد يجمع الفقه على أن الركن المادي في جريمة التعاطي يتحقق بارتكاب أحد الفعلين السالف الإشارة إليهما وهما: فعل التعاطي أو فعل الاستعمال الشخصي، دون أن يتطرق الفقه إلى عنصر النتيجة في الركن المادي[12]، ويقتصر التناول على فعل التعاطي أو صور السلوك فقط، بما قد يثير فكرة أن جريمة التعاطي تقترب إلى الاندماج ضمن جرائم السلوك دون جرائم النتيجة، خاصة وأن المشرع في النصوص الخاصة بجرائم التعاطي لم يتطلب تحقق نتيجة معينة في المحيط الخارجي كظهور المتعاطي مخدراً أو عدم إدراكه الأحداث نتيجة للتعاطي، أو ظهور حالات الهلاوس والهذيان أو النوم العميق عند تعاطي المؤثرات العقلية.

فأركان جريمة التعاطي كما يعبر عنها الدكتور حسني الجندي بقوله "يلزم لتحقق جريمة التعاطي في كل صورة من صورها ... أن يوجد محل للجريمة، وارتكاب السلوك الإجرامي الذي حدده المشرع في نصوص التجريم، وهو ما يكون الركن المادي للجريمة، بالإضافة إلى توافر الركن المعنوي[13]". وفي إيضاحه للركن المادي يذكر "الركن المادي: وهو يتكون من السلوك الإجرامي الذي يقع من الجاني، وهو يأخذ أحد فعلين: إما

12 - راجع في أركان جريمة التعاطي د. حسني الجندي، . التشريعات الجنائية الخاصة في دولة الإمارات العربية المتحدة (معلقاً عليها بالفقه وأحكام القضاء)، الكتاب الأول، القانون رقم 14 لسنة 1995 وتعديلاته بشان المواد المخدرة والمؤثرات العقلية، الطبعة الأولى، سنة 2009، بدون ناشر، ص 174 وما بعدها.

13 - المرجع السابق، ص 175.

فعل التعاطي، وإما فعل الاستعمال الشخصي.[14]" فلم يتناول من قريب أو بعيد تحقق نتيجة معينة جراء التعاطي.

وأركان جريمة التعاطي عند إبراهيم راسخ هي ثلاثة أركان: الركن المادي، وركن عدم المشروعية، والركن المعنوي، وفي عرضه للركن المادي فإنه يقصره على عنصرين فقط الأول هو: المواد المخدرة والمؤثرات العقلية، والثاني هو السلوك الإجرامي المتمثل في التعاطي أو الاستعمال الشخصي. فهو لم يشر أيضاً إلا إلى محل الجريمة وهي المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية، ثم السلوك الإجرامي في صورتيه: التعاطي أو الاستعمال الشخصي، وهو يذكر في ذلك "تقوم جريمة التعاطي أو الاستعمال الشخصي للمواد المخدرة أو المؤثرات العقلية على ثلاثة أركان: أولاً الركن المادي؛ ويتكون في هذه الجريمة من عنصرين: أولهما المواد المخدرة والمؤثرات العقلية، وثانيهما السلوك الإنساني المتمثل في التعاطي أو الاستعمال الشخصي... ثانياً: ركن عدم المشروعية حيث جرم المشرع تعاطي المواد المخدرة والمؤثرات العقلية أو استعمالها الشخصي وأنزل العقوبة بمرتكبها. ولا يكفي للوجود القانوني لهذه الجريمة أن يتوافر ركنها المادي بل يلزم أن تكون الواقعة المادية غير مشروعة وهي لا تكون كذلك إلا إذا انتفت أسباب الإباحة...ثالثاً: الركن المعنوي إذ لا يكفي لقيام جرائم التعاطي واستحقاق العقاب عليها تحقق الركن المادي، وإنما يلزم بالإضافة إلى ذلك توافر الركن المعنوي. وهذه الجريمة من الجرائم العمدية يستلزم لقيام القصد الجنائي توافر عنصري الإرادة والعلم[15].

خصائص السلوك الإجرامي في جرائم التعاطي:

يتسم السلوك الإجرامي في جرائم التعاطي المعاقب عليها في المواد 39 و 40 و 41 من القانون بعدة خصائص هي:

- أن السلوك المادي في هذه الجرائم يندرج ضمن صور السلوك التبادلي، ويقصد بذلك أن الركن المادي لهذه الجريمة من فعلين، يكفي ارتكاب أحدهما وهما: إما التعاطي أو الاستعمال الشخصي لتقوم الجريمة, ولا يلزم الجمع بين الفعلين؛ التعاطي والاستعمال الشخصي معاً، وإن كان كل فعل منهما يمكن أن يتضمن الفعل الآخر. فإحدى صور التعاطي تتم بالاستعمال الشخصي.

- أن كلاً من الفعلين يقتضي الاتصال المباشر بالمخدر، ومؤدى ذلك أن الجاني يكون - وقت التعاطي أو الاستعمال الشخصي - محرزاً للمخدر.

- أن كل فعل ضمن صور النشاط الإيجابي من الجاني ياخذ صورة التعاطي عن طريق تناول المادة المخدرة أو المؤثر العقلي، أو الاستعمال الشخصي[16].

وقد قضت المحكمة الاتحادية العليا بأن إحراز المادة المخدرة عند التعاطي أو الاستعمال الشخصي لا يعد جريمة منفصلة وقائمة بذاتها، لأن جريمة الإحراز بقصد التعاطي

---

14 - المرجع السابق، ص 175- 176 .

15 - راجع : إبراهيم راسخ، المخدرات وكيفية مواجهتها 2 ، المواجهة التشريعية، الطبعة الثانية، 1998، كلية شرطة دبي، ص 96.

16 - المرجع السابق، ص 42 وما بعدها.

والتعاطي بالفعل - هما جريمة واحدة إذ لا يتصور عقلاً ولا منطقاً أن تكون هناك جريمة تعاطي بدون إحراز.[17]

كذلك سارت المحكمة الاتحادية على ذات النهج فيما يتعلق بجريمة الجلب وارتباطها بجريمة التعاطي، فكما يحوز المتعاطي داخل الدولة المخدر لتعاطيه، فإن القادم من خارج الدولة يجلب المخدر لتعاطيه، وطالما تيقنت المحكمة أن الجلب كان بقصد التعاطي تعين عليها إنزال عقوبة التعاطي.

فقد قضت بأنه "تشمل العقوبة المنصوص عليها بالمادة 39 جميع من ثبت أن قصده هو مجرد التعاطي سواء كان قادماً بالمخدرات من خارج الدولة -وهو الجالب- أو كان حاصلاً عليها داخل الدولة وهو الحائز، متى كان ملحوظاً في الجلب عدم طرحه وتداوله بين الناس ومتى كان المجلوب من المخدر لا يفيض عن حاجة الجالب الشخصية، وأيضاً فكما أن التعاطي بالنسبة للمقيم في الدولة لا يكون عادة إلا مصحوباً بنوع من الحيازة باعتبارها وسيلة إليه فكذلك التعاطي بالنسبة للقادم على الدولة من الخارج لا يكون عادة إلا مصحوباً بنوع من الجلب وهو وسيلة إليه. وما دام قضاء هذه المحكمة قد استقر على اعتبار حيازة المتعاطي المقيم داخل الدولة هي مجرد وسيلة لفعل التعاطي، وعلى أنه إنما يعاقب على التعاطي وحده إذا ثبت أن حيازته كانت بقصد التعاطي ولا يعاقب على هذه الحيازة لأن التعاطي لا يمكن دونها، فإن منطق العدالة الداعي إلى عدم التفريق بين المتماثلين يقضي باعتبار حيازة المتعاطي القادم على الدولة من خارجها ــ وهي الحيازة التي تسمى اصطلاحا بالجلب ــ كذلك مجرد وسيلة لفعل التعاطي لأنه لا يمكن عادة دونها، وبالتالي فلا يعاقب هذا ــ مثل ذلك ــ إلا على التعاطي إذا ثبت أن جلبه كان لمجرد قصد التعاطي"[18].

ثالثاً: الركن المعنوي

جريمة التعاطي أو الاستعمال الشخصي تندرج ضمن الجرائم العمدية التي يأخذ الركن المعنوي فيها صورة القصد الجنائي. والقصد المتطلب فيها هو القصد العام بعنصريه: العلم والإرادة .

1- العلم : أن يعلم الجاني أن المادة التي يتعاطها أو يستعملها استعمالاً شخصياً من المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية، أي أن يعلم بكنه المادة المضبوطة وأنها من المواد المحظورة قانوناً.

ولا يُقبل من الجاني الدفع أو الاحتجاج بجهله إدراج المادة التي تعاطاها في الجداول المرفقة بقانون المخدرات، ذلك أن الجداول ملحقة بالقانون وتأخذ حكمه في عدم جواز الاعتداد بالجهل بالقانون. كما لا يُقبل الدفع بأن المادة ليس لها تأثير مخدر على

[17] - راجع : حكم المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام الجزائية، الطعن رقم 69 لسنة 24 قضائية جلسة20-12-2003.

18 - راجع : حكم المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام الجزائية ، الطعن رقم 68 لسنة 22 قضائية ، جلسة 24-6-2000 - مكتب فني 22 - رقم الجزء 1 - ص 358.

الإطلاق ما دام الثابت من تقرير المختبر الجنائي أن المادة وقت ارتكاب الفعل كانت مدرجة في الجداول باعتبارها مادة مخدرة أو مؤثرة في العقل.
2- الإرادة : إنصراف الإرادة إلى ارتكاب النشاط الإجرامي وهو التعاطي أو الاستعمال الشخصي، رغم العلم بأركان وعناصر الجريمة وأن المادة محل التعاطي محظورة قانوناً.

رابعاً : أحكام العقاب على التعاطي
نصت المادة (39) على عقوبة التعاطي وهي :
- "السجن مدة لاتقل عن أربع سنوات، ويجوز للمحكمة بالإضافة إلى العقوبة السابقة الحكم بالغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف درهم ".
ويظهر من نص المادة السابقة أن تعاطي المواد المخدرة المدرجة في الجداول 1،2،4 بالإضافة إلى تعاطي المؤثرات العقلية المدرجة في الجدول رقم 5 يعد من أفعال الجنايات، وذلك لأن جسامة الجريمة تتحدد وفقاً للعقوبة التي قررها المشرع وهي عقوبة السجن؛ تلك العقوبة المقررة للجنايات، والعلة من اعتبار تعاطي مادة مخدرة أو مؤثر عقلي من محتوى تلك الجداول يشكل جناية - دون المواد المدرجة في باقي الجداول - أن تأثيرها يتحقق معه الإدمان في وقت قصير فضلاً عن تأثيرها الضار على الأنسجة والجهاز العصبي للإنسان، مما دعى المشرع إلى إدخالها في فئة الجنايات.
ويلاحظ في تلك الجرائم أن المشرع مال إلى التشدد في تقرير عقوبة التعاطي، لأن عقوبة السجن تبدأ من ثلاث سنوات في الجنايات وقد حدد المشرع العقوبة بمدة لا تقل عن أربع سنوات.

ثانياً: جنح التعاطي
(أ) جريمة التعاطي أو الاستعمال الشخصي بدون ترخيص للمواد الواردة في الجداول (3) و (6) و (7) و (8)
النص القانوني:
المادة رقم (1/40)
1- يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على ثلاث سنوات كل من تعاطى بأي وجه أو استعمل شخصياً في غير الأحوال المرخص بها أية مادة من المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية المنصوص عليها في الجداول أرقام (3) و (6) و (7) و (8) المرفقة بهذا القانون.
ويجوز للمحكمة بالإضافة إلى العقوبة السابقة الحكم بالغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف درهم.
أركان الجريمة :
أولاً: ركن المحل

تقع الجريمة بالتعاطي أو الاستعمال الشخصي لأي مادة من المواد المدرجة في الجداول أرقام (3) و (6) و (7) و (8) المرفقة بالقانون.

ثانياً :الركن المادي

1- نشاط إجرامي يتجسد في ارتكاب أحد فعلين: إما التعاطي وإما الاستعمال الشخصي.

2- أن يقع التعاطي أو الاستعمال على مادة مخدرة أو مؤثر عقلي من الواردة في الجداول أرقام (3) و (6) و (7) و (8).

ثالثاً الركن المعنوي:

تتطلب هذه الجريمة توافر القصد العام وهو العلم والإرادة، وقصد خاص هو قصد التعاطي أو الاستعمال الشخصي[19].

كيف يتم الاستدلال على قصد التعاطي؟

يستدل على قصد التعاطي من :

أ- ضآلة الكمية المضبوطة.

ب- ثبوت التعاطي من اعتراف المتهم.

ج- عدم ضبط مبالغ ثمناً للاتجار في حوزة المتهم.

د- إيجابية العينة البيولوجية (البول - الدم) للمواد المخدرة أو المؤثرات العقلية، والحالة الأخيرة هي التي تثير مشكلة الاختصاص محل الدراسة.

العقوبة :

الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على ثلاث سنوات، ويجوز للمحكمة بالإضافة إلى العقوبة السابقة الحكم بالغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف درهم.

ثانياً: (ب) ارتكاب الجريمة بقصد العلاج وبموجب وصفة طبية

النص القانوني:

نصت المادة 40/فقرة2 على أنه:

2- فإذا ارتكبت الجريمة بقصد العلاج وكانت المواد التي تعاطاها الجاني أو استعملها شخصياً مما يجوز تعاطيها أو استعمالها بموجب وصفة طبية، كانت العقوبة الغرامة التي لا تقل عن ألف درهم ولا تزيد على عشرة آلاف درهم[20] .

أركان الجريمة:

أولاً: ركن المحل

---

[19] - راجع: صلاح الدين علي الحوالي، الركن المعنوي لجرائم المخدرات والمؤثرات العقلية في القانون الليبي، دار شتات للنشر والبرمجيات، ط 2011، ص 16.

[20] - من الأحكام البارزة لقضاء محكمة تمييز دبي عن صورية الوصفات الطبية أنها قضت بأنه:

"إذا لم يثبت أن الجريمة قد ارتكبت بقصد العلاج أو لم تقتنع المحكمة بذلك ، فلا مجال لإعمال حكم المادة 2/40 من القانون1995/14. ولما كان الثابت أن الحكم المطعون فيه لم يقتنع بالوصفات الطبية المقدمة من الطاعن، وأن تعاطيه المواد المخدرة لم يكن بقصد العلاج ورد على دفاعه في هذا الصدد بأسباب سائغة، فمن ثم يكون منعاه في هذا الصدد في غير محله" (تمييز دبي جلسة2004/4/17مج الأحكام،عام 2004، العدد15، رقم 30ص142).

تقع الجريمة بالتعاطي أو الاستعمال الشخصي لأي مادة من المواد مما يجوز تعاطيها أو استعمالها بموجب وصفة طبية.

ثانياً: الركن المادي

أ- فعل التعاطي أو الاستعمال الشخصي.

ب- أن ينصب الفعل على مواد مخدرة أو مؤثرات عقلية .

ج- بموجب وصفة طبية.

إذا انتفى شرط من هذه الشروط أو انتفت جميعها فإن الوصف القانوني يتغير إلى غير الجريمة المنصوص عليها .

الركن المعنوي:

تتطلب هذه الجريمة القصد العام بعنصريه: العلم والإرادة.

العقوبة:

متى كان التعاطي أو الاستعمال بقصد العلاج وكانت المواد التي تعاطاها الجاني أو استعملها شخصياً مما يجوز تعاطيها أو استعمالها بموجب وصفة طبية. كانت العقوبة الغرامة التي لا تقل عن ألف درهم ولا تزيد على عشرة آلاف درهم .

المبحث الثاني

معايير الإختصاص الإقليمي الإماراتي لجريمة التعاطي

نظم القانون الإماراتي موضوعياً وإجرائياً أحكام الاختصاص الإقليمي والذي يحكم جريمة التعاطي وغيرها من الجرائم الأخرى، فقد نصت المادة (16) الواردة في الفصل الثاني من قانون العقوبات الاتحادي رقم 3 لسنة 1987 والمعدل بالقانون رقم 34 لسنة 2005 والقانون رقم 52 لسنة 2006 على أنه "... وتعتبر الجريمة مرتكبة في إقليم الدولة إذا وقع فيها فعل من الأفعال المكونة لها أو إذا تحققت فيها نتيجتها أو كان يراد أن تتحقق فيها". كما نصت المادة 142 من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي رقم 35 لسنة 1992 على أنه "يتعين الاختصاص بالمكان الذي وقعت فيه الجريمة".

وسوف نعرض باختصار وبالقدر اللازم فقط لمبدأ الإقليمية الذي تنتهجه دولة الإمارات العربية كمبدأ أساسي في الاختصاص، وكذا بيان أثر الدفع بعدم الاختصاص، ثم معيار وقوع الجريمة داخل الدولة والمتصل بجريمة التعاطي وبيان متى تعتبر الجريمة قد وقعت داخل الدولة ومن ثم ينعقد الاختصاص بنظر جريمة التعاطي التي تتم خارج الدولة.

مبدأ الإقليمية :

يُعبر عن مبدأ إقليمية القانون بالصلاحية الإقليمية، وهو أن يبسط القانون الجنائي أحكامه على جميع الجرائم التي ترتكب على الإقليم الخاضع لسيادة الدولة سواء كان مرتكبها وطنياً أم أجنبياً، وسواء نالت من مصلحة الدولة صاحبة السيادة على الإقليم، أم نالت من مصلحة دولة أجنبية، وهذا هو الوجه الإيجابي لمبدأ الإقليمية.

وترجع الحكمة من تقرير الصلاحية الإقليمية إلى اعتبارين: الأول مستمد من سيادة الدولة على إقليمها، والثاني يتعلق بالعدالة الجنائية. ذلك أن القانون الجنائي يصدر عن السلطة التشريعية بهدف حماية المصالح الجوهرية في المجتمع عن طريق تحديد الجرائم وعقوباتها، وهو يعد من هذه الزاوية من أهم مظاهر السيادة على الإقليم. ولما كانت السيادة - في العصر الحديث - إقليمية، فإن ذلك يستتبع القول بإقليمية القانون الجنائي.

والاعتبار الثاني أن هذا المبدأ يؤدي إلى تحقيق العدالة الجنائية على نحو أفضل، لأن مكان ارتكاب الجريمة تتوافر فيه أدلة الإثبات، كما يسهل للمحقق وللمحكمة القيام بإجراءات التحقيق المختلفة كاستدعاء الشهود والانتقال للمعاينة والإلمام بظروف الجريمة والمجرم، فضلاً عن أن محاكمة المجرم في مكان ارتكاب جريمته يحقق للعقوبة وظيفتها في الردع العام.[21]

ويؤكد جانب من الفقه على أن ما لا يعتد به في تحديد مكان الجريمة هو إذا كان كل ما تحقق على الإقليم واقعة لا تدخل في البنيان القانوني للجريمة ذاتها، إما لأنها سابقة على وجودها القانوني، وإما لأنها لاحقة على ذلك الوجود وفي الحالتين لا يعني ذلك ارتكاب الجريمة فيه، ومن ثم لا محل لسريان قانون العقوبات وفقاً لقاعدة الإقليمية على جريمة تكون من الناحية الفنية قد وقعت خارج القطر وتتمثل هذه الحالات في :

-إذا كان كل ما تحقق على الإقليم مجرد شرط أولي أو مفترضاً سابقاً لقيام الجريمة بينما حدثت الواقعة المكونة لهذه الأخيرة في الخارج[22].

-لا يعد العمل التحضيري جزءًا من الجريمة، وإنما هو نشاط سابق على البدء في تنفيذها، فلا وزن له إذا وقع وحده على الإقليم.[23]

-إذا تمت الواقعة المكونة للجريمة في الخارج، وأصبح الإقليم مجرد مسرح لآثارها أو مخلفاتها، فإن الجريمة لا تعتبر رغم ذلك واقعة في الإقليم ومن ثم لا يسري عليها مبدأ الإقليمية.

والحالة الثالثة هنا هي ما تتصل بجريمة التعاطي خارج الدولة، فوفقاً لما سبق، فإن تعاطي المادة المخدرة في دولة أخرى، وثبوت أثر المخدر في عينة الدم المأخوذة من المتهم ما هو إلا أثر أو مخلفات لعملية التعاطي لا يعتبر معه وقوع الجريمة في الإقليم الإماراتي ومن ثم لا يسري عليها مبدأ الإقليمية.[24]

---

[21] - د. علي عبد القادر القهوجي ، شرح قانون العقوبات القسم العام، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2008، ص 137 وما بعدها، د. محمد زكي أبوعامر، الإجراءات الجنائية، منشورات الحلبي القانونية، الطبعة الأولى، 2010، ص 793 ، فتيحة قوراري وغنام محمد غنام، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي، معلقاً عليه بأحكام المحكمة الاتحادية العليا ومحكمة تمييز دبي وفقاً لآخر التعديلات بالقانون رقم 29 لسنة 2005م، ص 241.

22 - وتطبيقاً لذلك، إذا تسلم (أ) من (ب) شيئاً على سبيل الأمانة، بموجب عقد وديعة أبرم في مصر، ثم حمله (أ) خارج الإقليم وبدده هناك، فإن قانون العقوبات المصري لا يسري عليه وفقاً لقاعدة الإقليمية، لأن ما شهده الإقليم المصري - وهو عقد إبرام عقد الوديعة - ليس جزء من الجريمة ذاتها، وإنما واقعة مشروعة خارجة عن بنيانها وإن كانت لازمة قانوناً لقيامها. راجع بتصرف: د. أحمد عوض بلال، مبادئ قانون العقوبات المصري، القسم العام، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص 65 وما بعدها.

[23] - ومثال ذلك، من أعد في مصر أداة كان ينوي استخدامها للسرقة أو القتل خارج البلاد وضبط قبل أن يشرع في تنفيذ الجريمة المقصودة، لا يعد قد ارتكب جريمة على الإقليم المصري، مالم يكن اعتبار فعله التحضيري في ذاته مكوناً لجريمة أخرى قائمة بذاتها، كحمل سلاح بغير ترخيص.

24 - د. أحمد عوض بلال، المرجع السابق، ص 66.

أثر الدفع بعدم الاختصاص:

قواعد الاختصاص ذات طابع إلزامي سواء بالنسبة لأطراف الدعوى أو بالنسبة للقاضي، فإذا ثبت للقاضي اختصاصه بالدعوى تعين عليه أن يقضي فيها... أما إذا كان القاضي غير مختص بها تعين عليه أن يقرر ذلك، ويخرج الدعوى من حوزته، فإن قضى فيها كان قضاؤه باطلاً وقد قالت محكمة النقض "إن مخالفة قواعد الاختصاص لا يترتب عليه إلا بطلان الحكم الصادر من محكمة غير مختصة، وليس من شأنه أن يجعل الحكم منعدماً لأن اختصاص المحكمة بالفصل في الدعوى الجنائية شرط لصحة الحكم لا لوجوده قانوناً".[25]

المطلب الأول

ضوابط ارتكاب الجريمة في إقليم الدولة

معيار الاختصاص في قانون العقوبات الاتحادي يتحدد بالنسبة للجرائم التي تقع خارج إقليم الدولة وفقاً لنص المادة 2/16 منه بتوافر أحد أركان ثلاثة هي:

أ- وقوع فعل في الدولة من الأفعال المكونة للجريمة.

ب- تحقق نتيجة الجريمة في الدولة .

ج- إرادة تحقق نتيجة الجريمة في الدولة.

وتعد الفقرة (ب) من المادة السابقة هي الأساس الذي تستند إليه النيابة العامة في رؤيتها باختصاص قضاء الدولة بنظر جريمة التعاطي التي وقعت خارج الدولة باعتبار أن إيجابية العينة تمثل النتيجة في جريمة التعاطي خارج الدولة وهي إحدى العناصر التي ينعقد بها الاختصاص.

وقبل أن نناقش ونؤصل مدى جواز الاستناد على النتيجة في جرائم التعاطي لانعقاد الاختصاص ينبغي أن نوضح المقصود بالنتيجة في الفقه، ثم نوضح عقب ذلك طبيعة جريمة التعاطي من حيث مكونات الركن المادي فيها وهو ما يتطلب بيان الآتي:

أولاً: المقصود بالنتيجة في الفقه

ثانياً: جريمة التعاطي بين الجرائم الوقتية والجرائم المستمرة.

ثالثاً: جريمة التعاطي بين الجريمة الوقتية والجريمة ذات الأثر الممتد.

رابعاً: ما لا يعتد به في تحديد مكان الجريمة.

أولاً: المقصود بالنتيجة في الفقه

انقسم الفقه في شأن تعريف النتيجة إلى اتجاهين: الأول قانوني، والاتجاه الثاني مادي.

25 - نقض مصري 1981/3/4 س 31 رقم 34 ص 214.

فأنصار الاتجاه القانوني للنتيجة يعرفونها بانها العدوان الذي يصيب حقاً أو مصلحة يحميها القانون سواء تمثل هذا العدوان في ضرر فعلي يصيب الحق أو المصلحة محل الحماية أو في مجرد تعريض هذا المحل للخطر. وينتهي هذا الاتجاه الفقهي إلى القول بأن النتيجة شرط أو عنصر في كل جريمة.[26]

أما الاتجاه الآخر وهو الاتجاه المادي فيصور النتيجة على أنها تغيير يطرأ في العالم الخارجي كأثر للسلوك الإجرامي، أي يعتبر النتيجة حقيقة مادية لها كيانها في العالم الخارجي، والنتيجة وفقاً لهذا المعنى لا تكون عنصراً في جميع الجرائم.
فجريمة القتل نتيجتها القانونية هي الاعتداء على الحق في الحياة وهو محل الحماية، أما النتيجة المادية فهي إزهاق الروح، وفي السرقة تكون النتيجة القانونية هي الاعتداء على حق الملكية وهو محل الحماية، أما نتيجتها المادية فهي إخراج المال المسروق من حيازة مالكه أو حائزه وإدخاله في حيازة الجاني.
ولا شك أن الاختلاف بين الاتجاهين اختلاف واضح، ففي الاتجاه القانوني تكون النتيجة أمرا معنويا غير ملموس يصم السلوك بعدم المشروعية حينما ينتهك المصلحة التي يحميها المشرع، أما النتيجة في الاتجاه المادي فهي لها كيان مادي ملموس في العالم الخارجي.
ويترتب على ذلك أن النتيجة كأحد عناصر الركن المادي لا يعتد بها إلا إذا كانت تتجسد فيها صفات هذا الركن من مظهر خارجي أو كيان مادي محسوس في العالم الخارجي، وهو ما يعطي الأفضلية للاتجاه المادي على الاتجاه القانوني، وتكون النتيجة الإجرامية كعنصر في الركن المادي هي التغيير الذي يحدث في العالم الخارجي كأثر للسلوك.
وأكثر الجرائم يلزم لتوافرها تحقق النتيجة الإجرامية بالمعنى المادي كجرائم القتل والاعتداء على سلامة البدن والسرقة[27] ، ففي الأولى يتطلب المشرع إزهاق الروح كنتيجة لفعل القتل، وفي الثانية بالإصابة وإحداث جرح، وفي السرقة انتقال المال من حيازة المجني عليه إلى حيازة الجاني وهكذا.

ثانياً: جريمة التعاطي بين الجرائم الوقتية والجرائم المستمرة.
من المعلوم أنه يتم تقسيم الجرائم بحسب طبيعة الركن المادي فيها عدة تقسيمات، ومن أهم هذه التقسيمات ما يأخذ في اعتباره الزمن الذي يستغرقه تحقيق عناصر الجريمة وامتدادها خلاله، فتُقسم الجرائم تأسيساً على ذلك إلى جرائم وقتية وجرائم مستمرة.

---

[26] - راجع: د. محمود مصطفى، أصول قانون العقوبات في الدول العربية، الطبعة الثانية، 1983، ص 279، د. عمر السعيد رمضان، فكرة النتيجة في قانون العقوبات، مجلة القانون والاقتصاد س31 سنة 1961 ص 104 وما بعدها ومشار إليه في كتاب الدكتور على عبد القادر القهوجي.، د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة، الأحكام العامة لقانون العقوبات لدولة الإمارات العربية المتحدة، شرطة دبي، الطبعة الأولى 1989 ص 168 وما بعدها.

[27] - راجع : د. محمد زكي أبو عامر، سليمان عبد المنعم، قانون العقوبات الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص 360 وما بعدها.

معيار التقسيم:

ويعتمد التقسيم على الزمن الذي يستغرقه تحقق أركان الجريمة - الركن المادي والركن المعنوي - معاً وامتدادها خلاله، وعلى ذلك تكون الجريمة وقتية إذا لم يستغرق تحققها سوى برهة يسيرة، أما إذا امتد ذلك خلال وقت طويل نسبياً فإن الجريمة تكون مستمرة 28.

الجريمة الوقتية:

يقسم الفقه الجرائم بحسب عدة معايير منها التقسيم بناء على جسامتها؛ فهي جرائم من فئة الجنايات أو من الجنح أو المخالفات، وقد يكون التقسيم بحسب طبيعة الركن المادي فيها إلى جرائم إيجابية وجرائم سلبية، وجرائم وقتية وجرائم مستمرة. ولكي نتناول جريمة التعاطي خارج الدولة كان ولابد من عرض للجرائم الوقتية باعتبار أن معيار ذاك التقسيم هو الزمن الذي يستغرقه تحقق الفعل المكون للجريمة، فإذا كان الفعل لا يقبل بطبيعته الاستمرار فإن الجريمة تكون وقتية.

فالجريمة الوقتية infraction instance تتم وتنتهي لحظة تحقق عناصرها المكونة لها. وغالبية الجرائم من هذا النوع. مثال ذلك جريمة السرقة التي تتم وتنتهي لحظة الاستيلاء على المال المسروق، وجريمة القتل التي تتم وتنتهي لحظة إزهاق الروح، وجريمة النصب التي تتم وتنتهي لحظة تسليم المال من المجني عليه إلى الجاني29. وما يسري في شأن هذه الجرائم يسري في شأن جريمة تعاطي المواد المخدرة، فقد عرف المشرع الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة الجريمة الوقتية بأنها "هي التي يتكون الفعل المعاقب عليه مما يقع وينتهي بطبيعته بمجرد ارتكابه" .30

ويلاحظ أن الجريمة تظل وقتية مهما ترتب عليها من آثار تمتد خلال زمن طويل، لأن هذه الآثار لاحقة على لحظة إتمامها. فالسرقة جريمة وقتية رغم أن حيازة الشيء المسروق تمتد زمناً طويلاً، والقتل جريمة وقتة رغم أن حالة الوفاة تدوم إلى الأبد، ولصق الإعلانات في مكان محظور لصق الإعلانات فيه، والبناء بدون ترخيص خارج التنظيم، وهرب المحبوس، كلها جرائم وقتية تترك آثاراً تبقى مدة زمنية معينة دون أن تُعد لهذا - وحده - جرائم مستمرة، ذلك لأن الآثار لا تدخل في الحسبان عند تحديد الوقتي والمستمر من الجرائم.

ونرى أن جريمة تعاطي المواد المخدرة تدخل ضمن هذه الجرائم التي تتم وتنتهي بطبيعتها بمجرد ارتكابها، ويترتب على كون الجريمة وقتية أنه من الناحية الموضوعية فإنه يغلب أن يتحقق ركنها المادي في إقليم دولة واحد فيطبق عليها قانونها. ومن الناحية الإجرائية، تختص بنظر الدعوى عن الجريمة الوقتية المحكمة التي وقعت في

28 - أنظر : د. عبد العظيم وزير ، المرجع السابق، ص 236 ، وما بعدها ، د. محمود نجيب حسني فقرة 342ص328، د. مأمون سلامة، ص116، مشار إليهما في المرجع السابق.

29 - راجع : د. احمد شوقي عمر أبو خطوة ، المرجع السابق ، ص 149.

30 - الفقرة الأولى من المادة 33 من قانون العقوبات الاتحادي لسنة 1987.

دائرة اختصاصها الجريمة. ذلك أن تعاطي المادة المخدرة أو المؤثر العقلي يتم في وقت محدود وينتهي عقب ذلك.

الجريمة المستمرة:

الجريمة المستمرة هي تلك التي يستطيل الزمن في تنفيذها، وتقف الإرادة دائماً خلف مادياتها طوال فترة الاستمرار في التنفيذ مثل إخفاء الأشياء المتحصلة من جريمة واستعمال المحرر المزور وإحراز المخدرات وحمل السلاح بدون ترخيص أو إجازة.[31]

ثالثاً: جريمة التعاطي بين الجريمة الوقتية والجريمة ذات الأثر الممتد.

قد يثير الأثر الذي يتخلف عن الجريمة خلطاً بين الجريمة المستمرة وبين ما يسمى الجريمة ذات الأثر الممتد والتي هي بحسب التقسيم الثابت والمتعارف عليه من الجرائم الوقتية، لذا فإن عموم الفقه يرى عدم الخلط بينهما، كما ينبغي عدم اعتبار الأثر الممتد في ذاته نتيجة الجريمة، فالمؤكد أن الجريمة الوقتية هي جريمة تقع وتنتهي بمجرد ارتكابها.

الأهمية العملية للتمييز بين الجرائم الوقتية والجرائم المستمرة

للتمييز بين الجرائم السابقة أهمية عملية كبيرة سواء بالنسبة لقانون العقوبات أم بالنسبة لقانون الإجراءات الجزائية: فمن حيث السريان المكاني للنص الجنائي، فإن تطبيق مبدأ الإقليمية على الجريمة الوقتية (الآنية) لا يثير مشاكل إذ أن عناصرها تتحقق في الغالب في إقليم واحد مما يعني سريان قانون العقوبات في هذا الإقليم عليها، بينما بالنسبة لجرائم العادة والجرائم المتتابعة والمستمرة فقد تتحقق الأفعال المكونة لها في أكثر من إقليم دولة، وهي لهذا السبب تخضع لقانون العقوبات في كل دولة تحقق على إقليمها أحد أفعال العادة أو أحد سلوك التتابع أو الاستمرار. ومن حيث السريان الزماني للنص الجنائي فلا يسري قانون العقوبات الجديد الأشد بأثر فوري ومباشر على الجرائم الوقتية التي اكتملت عناصرها قبل نفاذه، بينما يسري هذا القانون الجديد على جرائم العادة والجرائم المتتابعة والجرائم المستمرة إذا ارتكبت بعض أفعال العادة أو التتابع أو الاستمرار بعد نفاذ هذا القانون.[32]

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى وهي التي تتعلق باختصاص محاكم الدولة، فإن تحقق عناصر الجريمة الوقتية تكون غالباً في دائرة اختصاص محكمة واحدة، بينما جرائم العادة والاستمرار والتتابع تختص بها كل محكمة وقع في دائرتها أحد أفعال العادة أو التتابع أو الاستمرار.[33]

جريمة التعاطي من الجرائم الوقتية:

---

[31] - راجع د. علي عبد القادر القهوجي ، شرح قانون العقوبات، القسم العام، نظرية الجريمة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2008، ص 318.

[32] - د. علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق ص 318.

[33] - المرجع السابق، ص 319.

ووفقاً للتقسيم السابق تعد جريمة التعاطي من الجرائم الوقتية التي تنتهي بانتهاء فعل التعاطي المتمثل في السلوك المادي للتعاطي أو الاستعمال، والذي يكون في إحدى الصور التي يقع بها التعاطي كالشم أو البلع أو الحقن أو التدخين أو الشرب، ولا يؤثر في كونها وقتية ظهور أثر التعاطي في عينة البول أو الدماء بإيجابية العينة[34].

رابعاً: ما لا يعتد به في تحديد مكان الجريمة

هناك ما لا يعتد به ولا يدخل في تحديد مكان الجريمة ويذكر الفقيه أحمد عوض بلال في ذلك، أنه قد يكون الإقليم المصري مسرحاً لواقعة لا تدخل في البنيان القانوني للجريمة ذاتها، إما لأنها سابقة على وجودها القانوني، وإما لأنها لاحقة على ذلك الوجود. وتحقق مثل تلك الواقعة في الحالتين على الإقليم المصري لا يعني ارتكاب الجريمة فيه، ومن ثم لا محل لسريان قانون العقوبات المصري وفقاً لقاعدة الإقليمية على جريمة تكون من الناحية الفنية قد وقعت خارج القطر المصري.

فمن ناحية، لا يُعد الإقليم المصري مكاناً لارتكاب الجريمة إذا كان كل ما تحقق عليه مجرد شرط أولي أو مفترض سابق لقيام الجريمة، بينما حدثت الواقعة المكونة لهذه الأخيرة في الخارج. وتطبيقاً لذلك، إذا تسلم "أ" من "ب" شيئاً على سبيل الأمانة، بموجب عقد وديعة أبرم في مصر، ثم حمله "أ" خارج الإقليم وبدده هناك، فإن قانون العقوبات المصري لا يسري عليه وفقاً لقاعدة الإقليمية، لأن ما شهده الإقليم المصري - وهو إبرام عقد الوديعة - ليس جزءا من الجريمة ذاتها، وإنما واقعة مشروعة خارجة عن بنيانها وإن كانت لازمة قانوناً لقيامها.

ومن ناحية ثانية، لا يعد العمل التحضيري جزءا من الجريمة، وإنما هو نشاط سابق على البدء في تنفيذها، فلا وزن له إذا وقع وحده على الإقليم المصري. فمن أعد في مصر أداة كان ينوي استخدامها للسرقة أو القتل خارج البلاد ويضبط قبل أن يشرع في تنفيذ الجريمة المقصودة، لا يُعد قد ارتكب جريمة على الإقليم المصري، ما لم يمكن اعتبار فعله التحضيري في ذاته مكوناً لجريمة أخرى بذاتها كحمل سلاح بغير ترخيص.

ومن ناحية ثالثة - وهنا تتماثل الظروف مع جريمة التعاطي - إذا تمت الواقعة المكونة للجريمة في الخارج، وأصبح الإقليم المصري مسرحا لآثارها أو مخلفاتها، فإن الجريمة لا تعتبر رغم ذلك واقعة في الإقليم المصري، ومن ثم لا يسري عليها مبدأ الإقليمية. وتتطبيقاً لذلك، إذا اختلس "أ" مالاً في إقليم دولة مجاورة وجاء إلى مصر وأخفاه فيها، فإن جريمة السرقة ذاتها لا تعد واقعة في الإقليم المصري، وإنما يسري قانون العقوبات المصري فحسب على واقعة الإخفاء كجريمة مستقلة وقعت في مصر. وكذلك الحال لو قتل شخص آخر في الخارج وجاء بجثته وأخفاها في مصر فلا يسري قانون العقوبات المصري وفقاً لقاعدة الإقليمية على جريمة القتل، وإنما يطبق

[34] - د. محمد فتحي عيد، جريمة تعاطي المخدرات في القانون المصري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، دار لوتس للطباعة، 1981، ص 487.

فحسب على جريمة إخفاء جثة قتيل. وكذلك الحال لو قام شخص بتغيير الحقيقة في محرر خارج الإقليم المصري وجاء به لاستعماله في مصر فلا يُعد الإقليم المصري مكان وقوع جريمة التزوير، وإنما فحسب مكان وقوع جريمة استعمال محرر مزور، وهكذا.[35]

وتطبيقاً لذلك فنحن نرى أن جريمة التعاطي التي تمت خارج الدولة وأعقب ذلك ظهور أثر المخدر في دم أو بول المتعاطي، فإن دولة الإمارات العربية تُعد مسرحاً لآثار جريمة التعاطي، والأثر لا يترتب عليه انعقاد الاختصاص المكاني في ضوء حكم المادة 16 من قانون العقوبات الاتحادي وإنما النتيجة هي التي يعول على تحققها في الدولة.

المطلب الثاني

جريمة التعاطي خارج الدولة مع الارتباط بجريمة أخرى ارتباطاً لا يقبل التجزئة

قد تقع جريمة التعاطي خارج الدولة بذات الظروف السابقة، من ظهور المخدر أو المؤثر العقلي في العينة المأخوذة من المتهم، أو أن يعترف المتهم بسابقة تعاطيه المخدر حال وجوده خارج الدولة... لكن الحال هنا يختلف بأن يكون المتهم قد ارتكب جريمة أخرى مع التعاطي كتهمة ضبط المخدر في حيازته داخل الدولة فنكون بصدد جريمتين مرتبطتين ارتباطاً لا يقبل التجزئة وهو ما يقتضي أن تقوم بالفصل فيهما محكمة واحدة منعاً من تضارب الأحكام ولحسن سير العدالة، فينعقد الاختصاص لمحاكم الدولة ويقع متفقاً وصحيح القانون.

وتطبيقاً لذلك قُضي بأنه: "وحيث إن الوقائع - حسبما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل في أنه أثناء تواجد ..... لدى طيران الشرطة بعد منتصف ليلة 1/16 / 2001م بمنطقة وادي العبادلة بدبا الفجيرة اكتشف أثر متسللين فأرسلت إليه رئاسته بعد إبلاغها بالحادث ..... العريف لدى طيران الشرطة ومحمد علي وعند اقترابهم من المتسللين أضاءوا المصابيح الكاشفة وأطلقوا طلقتين في الهواء وأثناء ذلك قام المتهم الأول .....- الطاعن - بإلقاء غترة بها بعض الأشياء على الأرض وبتفتيشها عثر على كيس بلاستيك بداخله قطعتين من مخدر الحشيش فقام بضبطه وقطعتي المخدر بينما قام زميلاه بضبط باقي المتهمين ..... وثبت من تقرير مختبر الطب الشرعي أن القطعتين وزنتا 1926 جرام لمادة الحشيش المخدر المدرجة بالقانون الاتحادي رقم 95/14 في شأن مكافحة المواد المخدرة والمؤثرات العقلية الجدول الأول البند 19 . كما ثبت من تقرير الإدارة العامة للأدلة الجنائية بدبي أن عينة بول المتهم الأول الطاعن وجد بها مركب حمض التيتراهيدروكنابينول (المادة الفعالة في الحشيش) مدرج في جدول (5) من ذات

---

[35] - أنظر: د. أحمد عوض بلال، مبادئ قانون العقوبات المصري، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 65 وما بعدها. وانظر أيضاً: نقض مصري 1966/6/20 س17 رقم 156 ص 827 ، نقض مصري 1/11/ 1943 مجموعة القواعد ج6 رقم 71 ص 96.، نقض مصري 1956/4/24 س7 رقم 182 ص 654، نقض مصري 1960/11/22 س11 رقم 155 ص811، نقض مصري 6/29/ 1970 س21 رقم 220 ص 935، 2/14/ 1972 س 23 رقم 37 ص 142، 17/ 11/ 1980 س 31 رقم 196 ص 1012.مشار إليها في " الدفوع الجوهرية في المواد الجنائية للمستشار، عدلي خليل، دار الكتب القانونية، مصر المحلة الكبرى، ص 651 وما بعدها.

القانون ووجدت آثار المخدر أيضا في عينات بول بقية المتهمين. ولدى سؤال المتهمين اعترفوا بدخولهم الدولة من غير الأماكن المحددة قانونا دون أن يكون لديهم جواز سفر أو تأشيرة دخول سارية المفعول واعترف المتهم الأول الطاعن بتعاطى مخدر الحشيش. كما اعترف بمحضر الشرطة وأمام محكمة أول درجة بجلبه مخدر الحشيش من إيران .

أسندت النيابة العامة إلى المتهمين :

1) ..... 2) .....

3) ..... 4) .....

أنهم بتاريخ 1/16 / 2001 بدائرة دبا الفجيرة

المتهم الأول فقط : 1) حاز وأحرز مادة مخدرة (حشيش) 2) جلب مادة مخدرة (حشيش).

المتهمان الأول والثالث فقط : تعاطيا مادة مؤثرة بالعقل (تايتراهيدروكتابينول) في غير الأحوال المرخص بها قانونا.

المتهمان الثاني والرابع : تعاطيا مادة مخدرة (مورفين وكودايين) في غير الأحوال المرخص بها قانوناً.

المتهمون جميعاً: بصفتهم أجانب دخلوا الدولة من غير الأماكن المحددة فانونا. 2) بصفتهم السابقة دخلوا الدولة دون أن يكون لديهم جواز سفر وتأشيرة أو إذن دخول أو تصريح إقامة ساري المفعول. وطلبت النيابة العامة معاقبتهم طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء والمواد 1 ، 6 ، 7 ، 39 ، 48 ، 56 ، 63 من القانون الاتحادي 14 لسنة 95 في شأن مكافحة المواد المخدرة والمؤثرات العقلية والجدول الأول والثاني الملحقين بالقانون - والمواد 1 ، 2 ، 3 ، 31 من القانون الاتحادي 73/6 المعدل بالقانون الاتحادي 96/13 في شأن دخول و إقامة الأجانب. وبجلسة 5/20 / 2001م قضت محكمة أول درجة (جنايات دبا الفجيرة) في الدعوى 2001/14 حضورياً :

1 - سجن المتهم الأول خمس سنوات عن تهمتي الحيازة والتعاطي.

2 - سجن المتهم الأول عشر سنوات وغرامة خمسين ألف درهم عن تهمة الجلب.

3 - سجن كل واحد من المتهمين الثاني والثالث والرابع أربع سنوات عن تهمة التعاطي.

4 - إلزام كل واحد من المتهمين جميعا بدفع ألف درهم غرامة عن تهمتي دخول البلد من غير الأماكن المصرح بها قانونا وبدون جواز سفر أو تأشيرة دخول.

5 - مصادرة كمية الحشيش المضبوطة بحوزة المتهم الأول.

6 - إبعاد جميع المتهمين بعد تنفيذ العقوبة المقررة بحق كل منهم.

استأنف المتهم الأول الطاعن لدى محكمة استئناف الفجيرة بالاستئناف 2001/397 . وفي جلستها بتاريخ 2001/7/2 قضت محكمة الاستئناف بقبول الاستئناف شكلاً وفي الموضوع بتعديل الحكم المستأنف بالنسبة للمتهم الأول بمعاقبته بالسجن مدة عشر سنوات وغرامة خمسين ألف درهم عن التهمتين الأولى

(حاز وأحرز مادة مخدر الحشيش) والثانية (جلب مادة مخدر الحشيش) وبالسجن أربع سنوات عن التهمة الثالثة (تعاطى مادة مؤثرة بالفعل التتراهيدروكنابتول)، وتأييده فيما عدا ذلك .

تقدم الطاعن من محبسه بطلب ندب محام له وأودع الطاعن بواسطة محاميه المنتدب الطعن المالي بطلب النقض والإحالة وتقدمت النيابة العامة بمذكرة بقبول الطعن شكلاً ورفضه موضوعاً.

وحيث إن الطاعن ينعي على الحكم المطعون فيه بالتناقض بين وقائع وحيثيات الحكم المطعون فيه، والقضاء خلافاً للثابت بالأوراق مما يجعله فاقداً للأساس القانوني، ذلك أن الحكم المطعون فيه قد أدان الطاعن بجلب المواد المخدرة على أساس أن قصده من جلبها بات قصداً مجرداً من كل القصود المحددة قانونا بالرغم من تمسك الطاعن بأن قصده من الجلب هو الاستعمال الشخصي، وقد ثبت بالأوراق أن محكمة أول درجة قد تحقق لديها قصد الجلب بقصد الاستعمال الشخصي، مما يكون معه الحكم المطعون فيه قد استند إلى دعامة غير صحيحة إذ خلت الأوراق من الدليل اليقيني على هذا القصد، مما يعيبه بالخطأ في الإسناد ومخالفة الثابت بالأوراق مما يستوجب النقض، وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير أدلتها واستخلاص الحقيقة منها ومن كافة الشواهد والدلائل والقرائن هو من سلطة محكمة الموضوع متى كان تحصيلها سائغاً له أصله الثابت في الأوراق ولا مخالفة فيه للقانون ويكفي لحمل قضائها .

لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أدان الطاعن بتهمة جلب المخدر من إيران بناء على اعتراف الطاعن نفسه وشهادة الشهود الذين شاهدوه يلقي بحرز المخدرات وقت ضبطه وشهادة مرافقيه من المتهمين وهي أدلة سائغة لها أصلها في الأوراق. كما أن محكمة الموضوع بما لها من سلطة في استخلاص الحقيقة من كافة الأدلة المطروحة في الدعوى قد توصلت -بحق- في حدود سلطتها التقديرية إلى أن حجم الكمية المضبوطة تتجاوز الحد المعقول لغرض الاستعمال الشخصي مقررة أنها تلتفت عن دفاع الطاعن من أنه جلب الحشيش المضبوط من إيران بقصد استعماله الشخصي، ذلك أن الأوراق خلت من الدليل اليقيني على توافر ذلك القصد ومن ثم فإن قصد الطاعن من جلب مخدر الحشيش قد بات قصدا عاما مجردا من كل القصود المحددة قانوناً .

وهذا تقدير سائغ من محكمة الموضوع ليس فيه مخالفة للقانون ولا يعدو النعي أن يكون جدلاً موضوعياً، فيما لمحكمة الموضوع سلطة فهمه وتقدير أدلته مما لا تجوز إثارته أمام هذه المحكمة، مما يستوجب رفضه .

وحيث إن الطاعن ينعي على الحكم المطعون فيه بالسبب الثاني وهو عدم اختصاص محكمة الفجيرة بنظر الدعوى لكون جريمة تعاطي المخدرات وقعت خارج الدولة ولم تحدد النيابة العامة مكان الجريمة وخلصت محكمة الاستئناف إلى أن الجريمة وقعت خارج الدولة إلا أنها لم تقض بعدم اختصاصها، مما يعيب حكمها بالقصور في التسبيب ومخالفة القانون ويوجب نقضه" .

وقد رأت المحكمة هنا، وبحق، انعقاد الاختصاص لمحاكم الدولة تأسيساً على وجود ارتباط لا يقبل التجزئة بين جريمة حيازة مواد مخدرة داخل الدولة وبين جريمة التعاطي خارج الدولة وهو ما يقتضي أن تقوم بالفصل فيهما محكمة واحدة[36].

وقد جاءت حيثيات الحكم على الوجه التالي:

"وحيث إن هذا النعي أيضا غير سديد، ذلك أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه وإن كان الأصل المقرر في المادة 142 من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي أن الاختصاص يتعين بالمكان الذي وقعت فيه الجريمة، إلا انه إذا كانت الجريمتان مرتبطتين ارتباطا لا يقبل التجزئة فإنه يكون من المتعين أن تقوم بالفصل فيهما محكمة واحدة منعاً من تضارب الأحكام ولحسن سير العدالة. لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن الطاعن قد أقر بتعاطيه المخدر الذي ظهر أثره في بوله خارج الدولة إلا أنه ينعقد الاختصاص لمحاكم الدولة بنظر الدعوى بالنسبة له على سند من قيام الارتباط الذي لا يقبل التجزئة بين هذه التهمة وتهمة ضبط المخدر في حيازته داخل الدولة، وهو ما يكفي لحمل قضاء الحكم المطعون فيه في هذا الخصوص أياً ما كان وجه الرأي فيما قرره الحكم من أن أثر التعاطي قد ظهر داخل الدولة وتطبيقه المادة 16 من قانون العقوبات باختصاص محاكم الإمارات بنظر الدعوى لتحقق نتيجة التعاطي بالخارج بها، ولما كان من حق المحكمة العليا أن تصحح الأسباب القانونية التي أقام الحكم عليها قضاءه دون أن تنقضه ومن ثم فإن النعي يكون غير قائم على أساس متعين الرفض... ولما تقدم يتعين رفض الطعن[37].

المطلب الثالث
موقف قضاء المحكمة الاتحادية العليا من التعاطي خارج الدولة

ياتي قضاء المحكمة الاتحادية العليا ليراقب تطبيق القانون بوصفها الهيئة القضائية العليا فى الدولة، بحسب الاختصاص الوارد في دستور الدولة، والقانون الاتحادي رقم (10) لسنة 1973 في شأن المحكمة الاتحادية العليا. وبمراجعة قضاء المحكمة يظهر أن المحكمة قد أوضحت رأيها بتاريخ 5/2/ 1998 في شأن التعاطي خارج الدولة، باعتبار أن ما اتجهت إليه بعض المحاكم في انعقاد الاختصاص وطنياً في جريمة التعاطي لمكان أخذ العينة من المتهم وظهور إيجابيتها للمخدر فقد اعتبرته المحكمة الاتحادية العليا- وبحق - خلطا بين النتيجة والأثر الناتج عن الجريمة بقولها:

" لما كان نص المادة 142 من قانون الإجراءات الجزائية1992/35 "أنه يتعين الاختصاص بالمكان الذي وقعت فيه الجريمة" ومفاد هذا النص أن الاختصاص بنظر الدعوى الجنائية ينعقد للمحكمة التي تقع الجريمة في دائرتها. ونص المادة 2/16 من قانون العقوبات الاتحادي 1987/3 "تعتبر الجريمة مرتكبة في إقليم الدولة إذا وقع فيها فعل

---

[36] - من الدفوع المتعلقة بالاختصاص في جرائم المخدرات ، 1- الدفع بعدم الاختصاص الشخصي. 2- الدفع بعدم الاختصاص النوعي. 3- الدفع بعدم الاختصاص الولائي. 4- الدفع بعدم الاختصاص الوظيفي. راجع: د. حامد الشريف، نظرية الدفوع في المخدرات، دار الكتب القانونية، 1998، القاهرة، ص17 وما بعدها.

[37] - المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام الجزائية، الطعن رقم : 356 لسنة 23 قضائية بتاريخ 10 / 1 / 2004.

من الأفعال المكونة لها، أو إذا تحققت فيها نتيجتها أو كان يراد أن تتحقق فيها. ومفاد هذا النص أن الاختصاص ينعقد لمحاكم الدولة بنظر الجرائم التي تقع خارج إقليم الدولة بتوافر أحد أركان ثلاثة:

1- وقوع فعل في الدولة من الأفعال المكونة للجريمة.

2- تحقق نتيجة الجريمة في الدولة .

3- إرادة تحقق نتيجة الجريمة في الدولة.

لما كان ذلك، وكان الثابت أن الطاعن دفع بعدم اختصاص محاكم أبوظبي بنظر الدعوى المرفوعة ضده، لوقوعها خارج إقليم الدولة، وأن محاكم سلطنة عُمان هي المختصة لوقوعها في إقليم سلطنة عُمان، فانتهى الحكم فيه إلى رفض دفعه على سند من أن "نتيجة التحليل أثبتت وجود مخدر الحشيش في العينة المأخوذة من بول الطاعن، وأن العينة أُخذت بدولة الإمارات فهي المختصة، لأن جريمة التعاطي، وإن كانت تمت في عُمان إلا أن نتيجتها، وهي أثر التعاطي قد تحقق في أبوظبي ، وإذ تمسك الطاعن بهذا الدفع في مرحلتي التقاضي، فمما لا جدال فيه أن جريمة التعاطي وقتية تنتهي بانتهاء فعل التعاطي، فيتعين لانعقاد الاختصاص تحديد المكان الذي وقعت فيه".

إن تم التعاطي خارج الدولة، فإنه لا يبقى للمحكمة اختصاص بنظر الدعوى في جريمة وقتية تنتهي بانتهاء ارتكابها. كما أن وجود أثر المخدر في بول المتعاطي، إن صح دليلاً على إثبات التعاطي، فهو ليس دليلاً على مكان ارتكابها، ومن ثم يكون تعيين مكان الجريمة ذا أهمية في تحديد الاختصاص المحلي أو الدولي."

ونحن نشارك المحكمة في هذا القضاء السديد باعتبار أن هناك فارقا بين الأثر والنتيجة في التعاطي؛ فالنتيجة في رأينا هي ما أراد المتعاطي الحصول عليه من تعاطي أو استعمال المادة المخدرة أو المؤثر العقلي المتمثل في حالة التخدير أو حالة الانبساط أو حالة ذهاب العقل كنتائج لفعل التعاطي أو الاستعمال. أما الأثر فهو ما تخلف عن ارتكاب الجريمة وفقاً لما سلف بيانه.

ومما تنبغي الإشارة إليه في هذا الصدد، أنه على الرغم من أن قضاء المحكمة الاتحادية العليا قد بين الأمر في قضائه بتاريخ 2/ 5/ 1998، إلا أن النيابة العامة وبعض القضاء لازال يتداول قضايا التعاطي خارج الدولة باعتبارها تدخل في ولاية واختصاص القضاء الوطني، وهو ما أشرنا إلى مثال له في مستهل هذا البحث والمتمثل في الطعن رقم 343 لسنة2011 قضائية، والذي صدر حكم المحكمة الاتحادية العليا فيه بتاريخ 1/ 5 / 2012. مما يمثل عبئاً قضائياً على الجهات ذات الصلة، سواءً كانت النيابة العامة أو قضاء المحاكم بمختلف درجاته. خاصة وأن القانون الاتحادي رقم (10) لسنة 1973 في شأن المحكمة الاتحادية العليا قد نص في المادة 13 منه على أنه "يكون للمحكمة العليا مكتب فني يؤلف من رئيس وعدد كاف من الأعضاء يختارون من بين رجال القضاء أو أعضاء النيابة العامة أو أعضاء دائرة الفتوى والتشريع والقضايا أو غيرهم من المشتغلين بالأعمال القانونية التى تعتبر نظيرا للعمل فى القضاء. ويجوز عند الضرورة شغل تلك الوظائف عن طريق

الاستعارة من بين قضاة الهيئات القضائية المحلية بالإمارات الأعضاء فى الاتحاد أو من رجال القانون من الدول العربية ممن تتوفر فيهم الخبرة والكفاءة اللازمة.
ويكون إلحاق رئيس المكتب وأعضائة الفنيين بطريق الندب أو الاستعارة على حسب الأحوال، وذلك بقرار من وزير العدل بناء على ترشيح رئيس المحكمة وبعد موافقة الجهات ذات الشأن التي يتبعها العضو المنتدب أو المعار. ويلحق بالمكتب الفني عدد كاف من الموظفين. "
وقد وضحت المادة 14 من القانون نفسه اختصاصات المكتب الفني بقولها:
"يتولي المكتب الفني الأمور الآتية:
1- استخلاص القواعد القانونية التي تقررها المحكمة العليا فيما تصدره من أحكام وتبويبها وفهرستها بحيث يسهل الرجوع اليها.
2- الإشراف على نسخ هذه الأحكام وطبعها فى مجموعات ونشرها.
3- إعداد البحوث الفنية التي يطلبها رئيس المحكمة أو إحدى دوائرها.
4- الإشراف على جداول المحكمة وقيد القضايا والطعون والطلبات بها.
5- سائر المسائل التي يحيلها عليه رئيس المحكمة."
لذا فإن توجه المحكمة الاتحادية العليا في التفرقة بين الأثر والنتيجة بما من شأنه عدم ولاية القضاء الوطني لجرائم تعاطي المخدرات التي تقع خارج الدولة، ينبغي أن يكون من بين ما يتولاه المكتب الفني للمحكمة، ضمن ما يأتي في أولى اختصاصاته من استخلاص القواعد القانونية التي تقررها المحكمة العليا فيما تصدره من أحكام وتبويبها وفهرستها بحيث يسهل الرجوع اليها لكي يجنب النيابة العامة ودوائر القضاء جهود التحقيق والمحاكمة في جريمة وقعت وانتهت خارج الدولة.

النتائج والتوصيات

استعرضت بين صفحات هذا البحث مسألة اختصاص القضاء الوطني بجرائم تعاطي المواد المخدرة والمؤثرات العقلية خارج الدولة، وبينت فيه تحريك الدعوى الجزائية من قبل النيابة العامة ضد ذلك المتعاطي باعتباره متهما بجريمة التعاطي التي ينظم أحكامها القانون الاتحادي رقم 14 لسنة 1995 في شأن المواد المخدرة والمؤثرات العقلية والمعدل بالقانون الاتحادي رقم 1 لسنة 2005. وانتهيت فيه، بعد بيان رأي الفقه والقضاء، إلى عدم اختصاص محاكم الدولة بجرائم التعاطي خارج الدولة استناداً إلى إيجابية العينة المأخوذة من المتهم مع عدم اعتبار أنها نتيجة للجريمة ينعقد بها اختصاص محاكم الدولة.

بعد هذا العرض يمكننا أن نخرج بالنتائج والتوصيات الآتية:

أولاً: أن جهات التحقيق ممثلة في النيابة العامة تقوم بتحريك ورفع الدعوى الجزائية في شأن جرائم التعاطي خارج الدولة وهي تستند في ذلك إلى اعتبار أن نتيجة الجريمة قد تحققت داخل الدولة بوجود المخدر أو المؤثر العقلي بالعينة المأخوذة من المتهم سواء في بوله أو

بتحليل الدم، باعتبار أن النتيجة وفقاً لنص المادة 2/16 من قانون العقوبات الاتحادي 1987/3 هي أحد موجبات الاختصاص.

ثانياً: تباين موقف القضاء الابتدائي وقضاء الاستئناف في شأن مسألة الاختصاص الوطني بتلك الجرائم، على الرغم من صدور أحكام من المحكمة الاتحادية العليا في ذلك الشأن وكانت سابقة على نظر ذلك القضاء والذي ينبغي مسايرته لاتجاه المحكمة العليا.

ثالثاً: جريمة التعاطي هي من الجرائم ذات الأثر الممتد وهي بحسب التقسيم الثابت والمتعارف عليه من الجرائم الوقتية التي تقع وتنتهي بمجرد ارتكابها.

رابعاً: يجب على محاكم الاستئناف - من خلال أحكامها - تصحيح موقف المحاكم الابتدائية باعتبار أن الهدف من الاستئناف ضمان إصلاح ما قد يقع فيه قضاة الدرجة الأولى من خطأ حينما ينظرون النزاع ثانية أمام قضاة أوسع علماً وأكثر خبرة.

خامساً: يجب تفعيل اختصاص المكتب الفني للمحكمة الاتحادية العليا في استخلاص القواعد القانونية التي تقررها المحكمة العليا فيما تصدره من أحكام بشأن جرائم التعاطي خارج الدولة بما يسهل الرجوع إليها والإشراف على نسخ هذه الأحكام وطبعها ونشرها بهدف الأخذ بها في تحقيقات النيابة العامة وقضاء المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف.

قائمة المراجع

أ_ المراجع العامة والمتخصصة:

** إبراهيم راسخ، المخدرات وكيفية مواجهتها 2 ، المواجهة التشريعية، الطبعة الثانية، 1998، كلية شرطة دبي.

** د. أحمد عوض بلال، مبادئ قانون العقوبات المصري، القسم العام، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.

** د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة، الأحكام العامة لقانون العقوبات لدولة الإمارات العربية المتحدة، شرطة دبي، الطبعة الأولى 1989.

** إدوارد غالي الذهبي، جرائم المخدرات، مكتبة غريب، القاهرة، ط2، 1988.

** د. حامد الشريف، نظرية الدفوع في المخدرات، دار الكتب القانونية، 1998، القاهرة.

** د. حسني الجندي، التشريعات الجنائية الخاصة في دولة الإمارات العربية المتحدة (معلقاً عليها بالفقه وأحكام القضاء)، الكتاب الأول، القانون رقم 14 لسنة 1995 وتعديلاته بشان المواد المخدرة والمؤثرات العقلية، الطبعة الأولى، سنة 2009، بدون ناشر.

** د. خليفة راشد الشعالي، شرح قانون العقوبات الإماراتي، الكتاب الأول، النظرية العامة للجريمة، الطبعة الثانية، 2008، بدون ناشر.

** د. رؤوف عبيد، شرح قانون العقوبات التكميلى : فى جرائم المخدرات - الأسلحة والذخائر - التشرد - الاشتباه - التدليس والغش - تهريب النقد ط 5 ، منقحة طبقا لآخر التعديلات. القاهرة : دار الفكر العربي ، 1979.

** د. سمير عبد الغني،

- مبادئ مكافحة المخدرات، دار الكتب القانونية مصر، ط1 2009.
- التعاون الدولي لمكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية والسلائف الكيميائية، دار الكتب القانونية، مصر ، الطبعة الأولى، 2011.

** صلاح الدين علي الحوالي، الركن المعنوي لجرائم المخدرات والمؤثرات العقلية في القانون الليبي، دار شتات للنشر والبرمجيات، ط 2011.

** المستشار عدلي خليل، الدفوع الجوهرية في المواد الجنائية، طبعة 2005، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى.

** د. علي أحمد راغب، المخدرات، المشكلة والمواجهة، مطبعة كلية الشرطة المصرية، 2006

** د. علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، نظرية الجريمة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2008.

** د. عمر السعيد رمضان، فكرة النتيجة في قانون العقوبات، مجلة القانون والاقتصاد س31 سنة 1961 .

السياسة الجنائية لمكافحة المخدرات- دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة المصرية، كلية الدراسات العليا، القاهرة، 1992

** فتيحة قوراري وغنام محمد غنام، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي، معلقاً عليه بأحكام المحكمة الاتحادية العليا ومحكمة تمييز دبي وفقاً لآخر التعديلات بالقانون رقم 29 لسنة 2005م.

** د. فوزية عبد الستار، شرح قانون المخدرات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.

** د. كامل فريد السالك، قوانين المخدرات الجزائية، دراسة مقارنة لقوانين المخدرات في ألمانيا والبلاد العربية على ضوء أبحاث علم الإجرام والسياسة الجنائية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2006.

** د. محمد حنفي محمود، الموسوعة الشاملة في شرح القانون الإماراتي للمواد المخدرة والمؤثرات العقلية، مكتبة دار الحقوق، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى 2002.
** محمد رمضان بارة، شرح أحكام قانون المخدرات والمؤثرات العقلية الليبي وتعديلاته، مطابع عصر الجماهير، الخمس، 2003.
** محمد زكي أبوعامر، الإجراءات الجنائية، منشورات الحلبي القانونية، الطبعة الأولى، 2010.
** د. محمد زكي أبو عامر، سليمان عبد المنعم، قانون العقوبات الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.
** د. محمد فتحي عيد، جريمة تعاطي المخدرات في القانون المصري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، دار لوتس للطباعة، 1981.
** د. محمود مصطفى، أصول قانون العقوبات في الدول العربية، الطبعة الثانية، 1983.

ب_ التشريعات .

** قانون العقوبات الاتحادي رقم 3 لسنة 1987.

** قانون اتحادي رقم (34) لسنة 2005م بتعديل بعض أحكام قانون العقوبات الصادر بالقانون الاتحادي رقم (3) لسنة 1987م

** قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي رقم 35 لسنة 1992.

** قانون اتحادي رقم (35) لسنة 2006م بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجزائية الصادر بالقانون الاتحادي رقم (35) لسنة 1992م

** القانون الاتحادي رقم 14 لسنة 1995 في شأن المواد المخدرة والمؤثرات العقلية.

** قانون اتحادي رقم (1) لسنة 2005 بتعديل بعض أحكام القانون الاتحادي رقم (14) لسنة 1995م في شأن مكافحة المواد المخدرة.

ج_ أحكام القضاء الإماراتي .

** المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام الجزائية، الطعن رقم : 356 لسنة 23 قضائية بتاريخ 10 / 1 / 2004.

** المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام الجزائية، الطعن رقم 343 لسنة2011 قضائية بتاريخ 1/ 5 / 2012.

** المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام الجزائية ، مج الأحكام س 20 ق 25 جلسة 2/ 5 / 1989 ص 130.

** حكم المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام الجزائية، الطعن رقم 69 لسنة 24 قضائية جلسة20-12-2003.