

العطية للأولاد (دراسة فقهية مقارنة)

القاضي. الدكتور/ عبد المؤمن شجاع الدين
رئيس مجلس القضاء الأعلى
الأستاذ بكلية الشريعة والقانون – جامعة صنعاء

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله الذي هدانا لهذا
الذي كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله

مقدمة

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده نبينا محمد وعلى آله وصحبه: أما بعد: فإن هذه المقدمة تشتمل على أهمية البحث ومشكلته وتساولاته وأهدافه ونطاقه وتقسيماته، وبيان ذلك على النحو الآتي:

أولاً: أهمية البحث:

تظهر أهمية هذا البحث من خلال الآتي:

- ١- العطية للأولاد سبب من أهم الأسباب التي تسهم في حفظ كيان الأسرة المسلمة إذا تمت العطية على النحو الذي أراده الله تعالى، كما أنها تكون سبباً لإشاعة البغضاء بين الأولاد إذا خالفت أحكام الشريعة.
- ٢- العطية مخرج شرعي من أهم المخارج لمعالجة التفاوت بين الأولاد في القدرات والإمكانات إذا كان منهم معوق أو ضعيف وغيره.
- ٣- يتجه كثير من الناس في اليمن وغيرها لقسمة أموالهم قبل موتهم وفي أثناء حياتهم بين أولادهم خشية حدوث الخلاف بين الأولاد بعد موت مورثهم أو خشية إن يستأثر بعض الأولاد بغالب التركة دون بقية الأولاد، وذلك يقتضي معرفة الوصف الشرعي لهذا التصرف وبيان حكمه.
- ٤- عدم وجود دراسات وأبحاث في هذا الموضوع في اليمن، فضلاً عن أن بعض الكتابات في هذا الموضوع خارج اليمن نادرة كما أنها لا تعالج الحالة في اليمن أو أن معالجتها جزئية أو محدودة.
- ٥- كثرة الاحتياج إلى معرفة الأحكام الشرعية لهذا الموضوع فكل والد يعطي أولاده، مما يجعل معرفة أحكام العطية واجباً عينياً على كل مسلم ومسلمة.
- ٦- كثرة الخلافات والنزاعات بشأن هذا الموضوع.

ثانياً: مشكلة البحث وفروضه:

- تكمن مشكلة البحث في عدم استقرار فهم هذا الموضوع في أذهان كثير من القضاة والمحامين والباحثين وغالبية المكلفين، ويرجع ذلك إلى الفروض الآتية:
- ١- غموض هذا الموضوع ومفرداته المتناثرة في أكثر من مرجع وقانون وتخصص.

- ٢- تشابه بعض التصرفات مع العطية للأولاد كالهبة والهدية والصدقة والنفقة والوصية والسعاية والقسمة.
- ٣- كثرة الخلاف بين الفقهاء بشأن هذا الموضوع.
- ٤- إجمال النصوص القانونية التي عالجت هذا الموضوع وقلتها وعموميتها وتناقضها.
- ٥- عدم وجود مذكرة إيضاحية أو شارحة لقانون الأحوال الشخصية تبين تفاصيل هذا الموضوع حسبما ورد في المادة (١٨) من القانون المدني التي نصت على أن (المرجع في تفسير نصوص القوانين وتطبيقها هو الفقه الإسلامي والمذكرات الشارحة الصادرة من الهيئة التشريعية المختصة).

ثالثاً: تساؤلات البحث:

يثير هذا البحث تساؤلات عدة تستوجب الإجابة عليها في سياق البحث، وهذه التساؤلات هي:

- ١- ما هي العطية؟ ما تعريفها؟ وما الفرق بين العطية للأولاد والهبة والصدقة والهدية والسعاية والنحلة والوصية والنفقة والقسمة؟ وما سبب الخلط في التطبيق العملي بين العطية وغيرها؟
- ٢- ما هي أحكام العطية؟ وهل تنطبق أحكام العطية على عطية الأم والجد؟ وهل تجب المساواة بين الأولاد في العطية في كل الأحوال؟ وما قول الفقهاء في ذلك؟ وهل يستوي الذكر والأنثى في العطية؟ وما هو القول الفقهي الراجح؟
- ٣- هل العطية لازمة أو يجوز الرجوع عنها؟ وما هي أقوال الفقهاء في ذلك؟ وما هو القول الراجح؟
- ٤- هل معالجة القانون اليمني للعطية كافية أو مناسبة؟ ما هي أوجه القصور في هذه المعالجة؟ وما هي التوصيات المقترحة لمعالجة أوجه القصور في المعالجة القانونية لهذا الموضوع؟

رابعاً: أهداف البحث:

يستهدف البحث تحقيق الآتي:

- ١- جمع مفردات هذا الموضوع من المراجع والمصادر الفقهية والقانونية وبحثها ودراستها واستخلاص النتائج والتوصيات المناسبة بشأنها.
- ٢- بيان الفروق الجوهرية التي تميز العطية عن التصرفات المشابهة لها، حتى لا يحدث الخلط في التطبيق القضائي والعملي بين العطية وغيرها.
- ٣- بيان أحكام العطية للأولاد عن طريق الرجوع إلى كتب الفقه المعتمدة وبيان أقوال الفقهاء في العطية وأحكامها والقول الراجح في هذا الشأن، بحيث يتمكن القضاة والمحامون وغيرهم من فهم الأحكام الشرعية للعطية وتطبيق النصوص القانونية على نحو يوافق الشريعة ولا يخالفها.
- ٤- توفير مادة علمية محايدة ومتكاملة تتضمن أحكام العطية ونشرها لتوعية الناس بها براءة للذمة.
- ٥- إبراز تفوق الشريعة الإسلامية على القانون في تنظيمها لهذا الموضوع.

خامساً: مناهج البحث:

استعمل الباحث بحسب مقتضيات البحث المنهج الوصفي الذي يصف أقوال الفقهاء وأدلتهم والنصوص القانونية والتطبيقات العملية كما هي بحياد وأمانة، وكذا استعمل الباحث المنهج الاستقرائي الذي يعتمد على الدراسة والتأمل وإمعان النظر في النصوص الشرعية والقانونية وأقوال الفقهاء والمقارنة بينها واستنباط النتائج منها، كما استعمل الباحث المنهج التحليلي، وذلك بتحليل النصوص وأقوال الفقهاء للوقوف على حيثياتها ومقاصدها.

سادساً: نطاق البحث الزماني والمكاني والموضوعي:

نطاق البحث الزماني: بالنسبة للشريعة الإسلامية فإنها لا تتحدد بزمان أو مكان، وعلى ذلك فإن البحث سوف يبين موقف الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي من غير تحديد بزمان أو مكان، أما بالنسبة للقانون فإن البحث يتحدد على القانون اليمني النافذ، ولن يتعرض للقوانين السابقة إلا على سبيل الإشارة أو المقارنة بحسب مقتضيات البحث.

نطاق البحث المكاني: بالنسبة للشريعة الإسلامية فإنها لا تتحدد بمكان، ولذلك فالبحث سوف يذكر أقوال الفقهاء من غير تحديد للدول والأمصار التي أقاموا بها، أما

بالنسبة للقانون فإن نطاق البحث يتحدد على القانون اليمني، ولن يتعرض لغيره إلا على سبيل الإشارة أو المقارنة بحسب مقتضيات البحث.

نطاق البحث الموضوعي: يتحدد البحث في موضوع العطية للأولاد من حيث أحكامها في الشريعة والقانون، ولن يتعرض البحث لهذا الموضوع من حيث الجهات الأخرى له كالوجهة الاجتماعية وغيرها، كما أن البحث لن يتعرض لتفاصيل المواضيع المشابهة أو المقاربة للعطية كالهبة والصدقة والقسمة إلا بإيجاز بالغ بغرض التمييز بينها وبين العطية.

سابعاً: تقسيمات البحث:

- يتكون هذا البحث من مقدمة ومبحثين وخاتمة، وبيان ذلك على النحو الآتي:
- المقدمة: وتشتمل على أهمية البحث ومشكلته وأهدافه وتساؤلات البحث ومناهجه وتقسيماته.
- المبحث الأول: ماهية العطية للأولاد: ويتضمن التعريف اللغوي والفقهي والقانوني للعطية مع بيان الفروق التي تميزها عن غيرها.
- المبحث الثاني: أحكام العطية للأولاد: ونذكر فيه مشروعية العطية ومدى وجوب المساواة فيها وجواز الرجوع عنها.
- خاتمة: تضمنت أهم نتائج البحث وتوصياته.

المبحث الأول ماهية العطية للأولاد

يتكون هذا المبحث من مطلبين الأول: تعريف العطية للأولاد في اللغة والفقه والقانون، والمطلب الثاني: الفروق التي تميز العطية عن التصرفات المشابهة لها.

المطلب الأول تعريف العطية للأولاد

أولاً: تعريف العطية للأولاد في اللغة:

العطية من العطاء، والعطاء نول الرجل السمع، فالعطاء والعطية: اسم لما يعطي الرجل، والجمع عطايا وأعطية، والأعطية جمع عطاء، فيقال: ثلاثة أعطية، والاسم العطاء وأصله عطاو بالواو، لأنه من عطوات إلا أن العرب تهمز الواو والياء إذا جاءتا بعد الألف، لأن الهمزة أحمل للحركة من الواو والياء، ورجل معطاء: كثير العطاء وامرأة معطاء، لأن وزن مفعال يستوي فيه المذكر والمؤنث، والإعطاء والمعاطاة: المناولة، وقد سمت العرب الأشخاص عطاء وعطية.^(١)

ومن خلال ما تقدم يظهر إن معنى العطية في اللغة المال الذي يعطيه الشخص لغيره مطلقاً، وليس في ذلك تخصيص لما يعطي الوالد لولده إلا عند الفقهاء.

ثانياً: تعريف العطية عند الفقهاء:

العطية هي تملك الإنسان ماله لغيره في حياته بغير عوض، فالقول (تمليك) في التعريف مناسب للعطية فيخرج بهذا القيد الأشياء غير المالية التي لا تكون محلاً للتمليك كالطلاق، فالتمليك لا يكون إلا للمال وليس الحق، أما القول في التعريف بأن العطية (بغير عوض) أي بدون مقابل فيخرج بهذا القيد البيع والإجارة وغيرها من التصرفات، والفقهاء يذكرون العطية ضمن الهبة وبعضهم يطلقون العطية على المال الذي يعطيه الوالد لأولاده خاصة، وبعضهم يسميها (نحلة)^(٢).

(١) لسان العرب، محمد بن مكرم بن منظور المتوفى سنة ٧١١هـ، دار صادر بيروت، الطبعة الثالثة ١٤١٤هـ، مادة (عطا)، ٦٩/١٥.

(٢) المبدع في شرح المقنع - أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن مفلح المتوفى سنة ٨٨٤هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ، ١٩٠/٥، ومواهب الجليل، محمد بن محمد الخطاب المتوفى

ومن وجهة نظر الباحث فالأفضل تسمية (العطية) لما يعطي الوالد لأولاده خاصة، لأن العطية لها مفهومها وأحكامها التي تميزها عن غيرها، وذلك حتى تتميز العطية عن المصطلحات المقاربة لها كالهبة والهدية والصدقة وغيرها، كي لا يحدث الالتباس والخلط في التطبيق العملي بين العطية وغيرها، وهو حاصل بالفعل، والمقصود بالوالد في العطية هو الأب والأم، والمقصود بالأولاد الذكور والإناث.

ثالثاً: تعريف القانون اليمني للعطية:

نظم قانون الأحوال الشخصية العطية ضمن الهبة حيث عرفها في المادة (١٦٧) بأنها (عقد تبرعي يملك به مال أو تباح به منفعة حال الحياة) وقد ذكرنا فيما سبق أن بعض الفقهاء يدخلون العطية ضمن الهبة، وأن الأفضل إطلاق مصطلح (العطية) على المال الذي يعطيه الوالد لولده خاصة، كما يظهر أن القانون اليمني لم يستعمل مصطلح (نحلة)، كما أن القانون اليمني قد خلط بين العطية والقسمة حينما اشترط في المادة (١٨٣) أن يتم توزيع العطية على الأولاد والورثة بحسب الأنصبة الشرعية، كما أنه خلط بين العطية والوصية عندما نص في المادة (١٨٦) على أن الهبة للولد أو للوارث في أثناء حياته تأخذ حكم الوصية.

المطلب الثاني

الفروق التي تميز العطية عن غيرها

ذكرنا فيما سبق أن الأفضل تسمية العطية لما يعطي الوالد لأولاده خاصة، على أساس أن للعطية مفهومها وأحكامها المحددة شرعاً التي تختلف عن غيرها من المصطلحات المشابهة لها وحتى تتميز العطية عن التصرفات المشابهة أو المقاربة لها، وذلك يقتضي منا الإشارة بإيجاز بالغ إلى الفروق التي تميز (العطية) عن التصرفات المشابهة، وبيان ذلك على النحو الآتي:

أولاً: الفرق بين العطية والهبة والصدقة والهدية:

العطية: هي المال الذي يعطيه الوالد لأولاده في أثناء حياته، أما الهبة فتكون لغير الأولاد، كما أن المساواة في العطية واجبة، في حين أن المساواة في الهبة ليست واجبة، فمن دفع شيئاً إلى شخص محتاج يريد به ثواب الآخرة فهذه تسمى صدقة، وإن أعطى أحداً شيئاً من أجل التودد إليه أو محبته أو نحو ذلك فتسمى هدية، فقد ورد في

مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى: فمن قصد بإعطاء غيره ثواب الآخرة فقط فعطيته على هذا الوجه صدقة وإن قصد بإعطائه إكراماً أو تودداً أو مكافأة فعطيته هدية وهي أي: المذكورات من صدقة وعطية وهدية مستحبة لمن قصد بها وجه الله تعالى كالهبة لعالم وصالح وفقير وما قصد به صلة الرحم كالصدقة على قريب محتاج أفضل، لحديث أن ميمونة بنت الحارث أخبرت كريب مولى ابن عباس: (أنها أعتقت وليدة ولم تستأذن النبي الله صلى الله عليه وآله وسلم فلما كان يومها الذي يدور عليها فيه. قالت: أشعرت يا رسول الله أنني أعتقت وليدتي، قال: أو فعلت؟ قالت: نعم، فقال أما أنك لو أعطيتها أخوالك كان أعظم لأجرِك) ^(١) ولا ريب أن الصدقة أفضل من الهبة، قال الحارثي: وجنس الهبة مندوب لشموله معنى التوسعة على الغير ونفي الشح قال: والفضل فيها يثبت بإزاء ما قصد به وجه الله تعالى ولا خير فيما قصد به رياء أو سمعة ولا تستحب إن قصد بها مباهاة أو رياء أو سمعة، بل تكره لقوله عليه الصلاة والسلام: (من سمع سمع الله به ومن يراني يراني الله به) ^(٢) قال الشيخ تقي الدين: «والصدقة أفضل من الهبة لما ورد فيها مما لا يحصر إلا أن يكون في الهبة معنى يقتضي تفضيلها على الصدقة كالإهداء له صلى الله عليه وآله وسلم محبة وكالإهداء لقريب لصلة الرحم أو الإهداء لأخ في الله فهنا تكون الهبة أفضل من الصدقة» ^(٣) والهدية تجلب المحبة لحديث: (تهادوا تحابوا) ^(٤).

ثانياً: الفرق بين العطية والوصية:

الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت عن طريق التبرع ^(٥)، أما العطية فتكون في أثناء حياة المعطي، والعطية تكون للأولاد والوصية تكون لغيرهم فلا وصية لوارث، حيث يلخص الفقهاء أهم الفروق بين العطية والوصية في ثلاثة فروق:

الأول: لا يصح الرجوع في العطية بعد لزومها بالقبض لأن المنع من الزيادة على الثلث لحق الورثة لا لحقه، فلم يملك إجازتها ولا ردها بخلاف الوصية فيصح الرجوع فيها؛ لأن التبرع بها مشروط بالموت فلم يوجد فيما قبل الموت كالهبة قبل القبول.

الثاني: أنه يعتبر قبول عطية في وقتها لأنها تصرف في الحال فاعتبرت وقت وجوده

(١) صحيح البخاري كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها باب هبة المرأة لغير زوجها وعتقها حديث رقم ٢٤١٥.

(٢) صحيح البخاري كتاب الرقاق باب الرياء والسمعة حديث رقم (٦١٣٤).

(٣) مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى ٤/٣٨٠.

(٤) صحيح البخاري كتاب الأدب المفرد حديث (١٣٥٣).

(٥) مغني المحتاج ٣/٣٩.

والوصية بخلافها لأنها تبرع بعد الموت، فلا حكم لقبولها ولا ردها قبله.

الثالث: أن الملك يثبت في العطية من حين وجودها بشروطها لأننا لا نعلم هل هذا مرض الموت أو لا، ولا نعلم هل يستفيد مالاً أو يتلف شيء من ماله؟ فإذا مات وخرجت العطية من ثلثه عند موته تبيننا إذن أنه أي: الملك كان ثابتاً من حين العطية لعدم المانع منه^(١).

ثالثاً: الفرق بين العطية والنفقة:

النفقة هي الطعام والسكن والكسوة والعلاج وغيره الذي يقدمه الوالد لأولاده^(٢)، فالنفقة واجبة على الوالد لأولاده القصر إلا أنها تكون متفاوتة بحسب احتياج كل واحد من الأولاد، فنفقة الرضيع غير نفقة الكبير ونفقة البنت غير نفقة الابن ونفقة المريض غير نفقة الصحيح، أما العطية فتجب المساواة فيها بين الأولاد كما سنرى، فالنفقة على الأولاد تكون حسب احتياجاتهم، وأما العطية فيجب العدل فيها بين الأبناء إن لم يكن تخصيص أحدهم بها لمسوغ معتبر شرعاً على الراجح^(٣).

رابعاً: الفرق بين العطية والسعاية أو الشقية:

السعاية أو الشقية هي المال الذي يدفعه الوالد لولده مقابل سعيه على قدر سعيه وتأثير هذا السعي في زيادة المال ونمائه، قال تعالى: (إن سعيكم لشتى)^(٤) وقال تعالى: (وأن ليس للإنسان إلا ما سعى وأن سعيه سوف يرى)^(٥) فالسعاية تكون متفاوتة بحسب السعي^(٦)، في حين أن العطية يجب أن تكون متساوية بين الأولاد كما سنرى.

خامساً: الفرق بين العطية والنحلة:

بعض العلماء يذهبون إلى أن النحلة هي المصطلح المرادف للعطية^(٧)، ومصطلح (النحلة) مستفاد من حديث النعمان بن بشير (أنني نحت ابني هذا غلاماً)^(٨)، ومصطلح

(١) المبسوط ٥٠/١٢.

(٢) تحفة المودود بأحكام المولود ص ٢٥.

(٣) معني المحتاج ٥٥٨/٣.

(٤) سورة الليل الآية ٤.

(٥) سورة النجم الآيتان ٣٩ و٤٠.

(٦) الشرح الكبير لأبن قدامة ٣٤/٦.

(٧) مغني المحتاج ٥٥٨/٣، والمبسوط ٥٠/١٢، وحاشية الدسوقي ٩٩/٤، وكشاف القناع ٢٩٩/٤.

(٨) صحيح مسلم بشرح النووي ١٤٨/٤.

(العطية) هو الأفضل لأنه مستفاد من رواية البخاري للحديث وفيه قال النعمان: (أعطاني أبي عطية)^(١)، ومن وجهة نظرنا أن النحلة يكون القيام بها واجباً وإن كان عن طيب نفس، قال تعالى: (وآتوا النساء صدقاتهن نحلة)^(٢) فدفع المهر إلى الزوجات واجب، في حين أن عطية الوالد لأولاده ليست واجبة.

سادساً: الفرق بين العطية والقسمة:

القسمة هي تحديد أنصبة الورثة الشرعية في التركة التي يتركها مورثهم بعد موته^(٣) فالقسمة لتركة الوالد لا تكون إلا بعد موته، بخلاف العطية التي تكون في أثناء حياته، إلا أنه من الجائز أن يعطي الوالد كل أمواله إلى أولاده في أثناء حياته خشية أن يحدث الخلاف بينهم بعد وفاته وعندئذ تنطبق على هذا التصرف أحكام العطية وليس أحكام القسمة، فليس هناك في هذه الحالة مورث وتركه حتى تكون قسمة كما يتوهم البعض، ويمكن القول بأن لهذه المسألة حالتين:

الحالة الأولى: إن كان توزيع الأموال والأموال على سبيل العطية فلا حرج في ذلك، فيقول ابن حجر رحمه الله: «إذا قسم الأب ما بيده بين أولاده، فإن كان بطريق أنه ملك وأعطى كل واحد منهم شيئاً على جهة العطية الشرعية المستوفية لشرائطها من الإيجاب والقبول والقبض أو الإذن في القبض، وقبض ذلك كل من أولاده الموهوب لهم، وكان ذلك في حالة صحة الواهب جاز ذلك، وملك كل منهم ما بيده لا يشاركه فيه أحد من إخوته»^(٤).

الحالة الثانية: أن يكون التقسيم ليس على سبيل الهبة، فلا تصح هذه القسمة لما يلي:

أولاً: لأنه تعجل شيئاً لم يكن، والله عز وجل يقول في الميراث: (وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ) (٥) والإنسان ما دام حياً فلم يترك شيئاً.

ثانياً: أنه ربما يموت بعض ورثته قبله.

ثالثاً: أنه إذا قسم بينهم فربما يوفق أحدهم فيما أخذه فيتجر به ويزداد وينمو ويكون

(١) صحيح البخاري كتاب الهبة وفضلها باب الأشهاد على الهبة حديث رقم (٢٤١٠).

(٢) سورة النساء الآية ٤.

(٣) مغني المحتاج ٣/١٥١.

(٤) فتح الباري ٥/٢١٦.

(٥) سورة النساء: الآية ١٢.

عند الموت ما بيده أكثر ما بيد الورثة الآخرين فيوقع هذا في قلوبهم شيئاً^(١)، كما أن الشخص قد يحتاج إلى مال بعد توزيعه فلا يعطيه أحد.

سابعاً: سبب الخلط بين العطية للأولاد والتصرفات المشابهة لها:

يرجع سبب الخلط بين العطية وغيرها من التصرفات المشابهة لها إلى عدم معرفة غالبية القضاة والمحامين والباحثين فضلاً عن المواطنين بأحكام العطية لأنها لم تُفرد بدراسة مستقلة تبين ماهيتها وأحكامها التي تميزها عن غيرها من التصرفات المشابهة لها، كما أن قانون الأحوال الشخصية اليمني قد نظم العطية ضمن أحكام الهبة في نصوص مجملة متناثرة متناقضة إضافة إلى أن هذا القانون قد خلط بين العطية والقسمة حسبما ورد في المادة (١٨٣) التي نصت على توزيع العطية مثل قسمة الميراث كما خلط بين العطية والوصية حسبما ورد في المادة (١٨٦) التي نصت على أن الهبة للولد تكون بمثابة الوصية.

(١) فتوى الشيخ صالح بن سعد اللحيدان منشورة بالموقع الإلكتروني [http://fiqh.islammessage.com/](http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=6500)

المبحث الثاني أحكام العطية

يتكون هذا المبحث من خمسة مطالب الأول: التسوية بين الأولاد في العطية بين الوجوب والندب، والمطلب الثاني: كيفية التسوية بين الأولاد في العطية، والمطلب الثالث: الحالات التي يجوز فيها التفضيل بين الأولاد في العطية، والمطلب الرابع: عطية الجد لأحفاده، والمطلب الخامس: رجوع الوالد عن العطية.

المطلب الأول

التسوية بين الأولاد في العطية بين الوجوب والندب

العطية في الشريعة الإسلامية جائزة ومشروعة ولكنها ليست واجبة، فقد دلت على شرعية العطية نصوص كثيرة سيأتي بيانها، وقد اتفق الفقهاء على مشروعية العدل بين الأولاد في العطية، فلا يخص أحدهم أو بعضهم بشيء دون الآخرين، ولكن الفقهاء اختلفوا في حكم التفضيل بين الأولاد في العطية على أربعة أقوال، هي:

القول الأول: العدل بين الأولاد في العطية واجب إلا إذا أذن الباقيون أو كانت العطية شيئاً تافهاً مما يتساهل الناس فيه، وهو مذهب الحنابلة، وبه قال ابن المبارك وطاووس وأبو يوسف ومالك في رواية، واختاره ابن القيم، وهو مذهب الظاهرية، وذكر ابن حزم في المحلى أنه قول أبي بكر وعمر وعثمان وقيس بن سعد وعائشة ومجاهد، وعطاء وغيرهم.^(١) استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

- ١- قال عامر: «سمعت النعمان بن بشير رضي الله عنهما وهو على المنبر، يقول: أعطاني أبي عطية، فقالت عمرة بنت رواحة: لا أرضى حتى تشهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، فأتى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، فقال: إني أعطيت ابني من عمرة بنت رواحة عطية، فأمرتني أن أشهدك يا رسول الله، قال: أعطيت سائر ولدك مثل هذا، قال: لا، قال: فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم، قال: فرجع فرد عطيته»^(٢)، فالأمر بالعدل بين الأولاد في العطية يفيد الوجوب.
- ٢- التفضيل بين الأولاد يفضي إلى التباغض وقطع الأرحام والعقوق، وذلك محرم،

(١) كشاف القناع ٣١٠/٤ والإنصاف ١٣٨/٧، والمحلى ٩٧/٨.

(٢) صحيح البخاري - كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها - باب الإشهاد في الهبة، حديث رقم ٢٤١٠.

فما يؤدي إليهما يكون محرماً، لأن للوسائل أحكام المقاصد^(١).

٣- إذا أذن الأولاد الباكون بالعطية فقد زال المنع من التفضيل، لأنه من أجل المفضلين، فإذا أذنوا زال المحذور، كما يجوز التفضيل في الشيء اليسير؛ لأنه مما يتسامح به عادة وتتعدرا المساواة فيه^(٢).

القول الثاني: التسوية بين الأولاد في العطية مستحبة والتفضيل بينهم في ذلك مكروه في الجملة، وهو قول الليث بن سعد، وسفيان الثوري^(٣)، وقول إسحاق بن راهويه^(٤)، وهو قول القاضي شريح^(٥)، ونقل ابن قدامة أن معنى هذا القول قد روي عن جابر بن زيد، والحسن بن صالح، وهو مذهب الأئمة الثلاثة: أبي حنيفة، ومالك، والشافعي^(٦)، واستدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- قال النُّعمان بن بَشِير رضي الله عنهما: (انطَلَقَ بي أبي يحملني إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال: يا رسول الله أشهد أني قد نَحَلْتُ النُّعمان كذا وكذا من مالي. فقال: (أَكُلْ بنيك قد نَحَلْتُ مثل ما نَحَلْتُ النُّعمان؟ قال: لا. قال: فأشهد على هذا غيري. ثم قال: أَيْسُرُكُ أن يكونوا إليك في البر سواء؟ قال: بلى. قال: فلا إذاً)^(٧)، فقوله صلى الله عليه وآله وسلم: (أشهد على هذا غيري)، دليل على عدم تحريم التفضيل بين الأولاد في العطية فلو كان ما فعله بَشِير حراماً لم يكن النبي صلى الله عليه وآله وسلم ليأمره باستشهاد غيره لأنه صلى الله عليه وآله وسلم لا يأمر بمحرّم، فالأمر هنا محمول على الندب.

وقد ناقش ابن القيم هذا الاستدلال بأن قوله صلى الله عليه وآله وسلم (أشهد على هذا غيري) ليس بإذن قطعاً، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لا يأذن في الجور، وفيما لا يصلح وفي الباطل، فإنه قال: (إني لا أشهد إلا على حق) فدل ذلك على أن الذي فعله أبو النعمان لم يكن حقاً فهو باطل قطعاً، فقوله: (إذن أشهد على هذا غيري) حجة

(١) الأنصاف ١٣٨/٧.

(٢) المحلى ٩٧/٨.

(٣) المغني ٣٨٧/٥.

(٤) التمهيد ٢٢٧/٧، قال الحافظ ابن عبد البر: «وكان إسحاق يقول مثل هذا - أي: المنع من المفاضلة بين الأبناء في العطية -، ثم رجع إلى مثل قول الشافعي»

(٥) مصنف ابن أبي شيبة ٣١٧/٧، المغني ٣٨٧/٥.

(٦) المغني ٣٨٧/٥، وبدائع الصانع ١٢٧/٦، وشرح الخريش لمختصر خليل ٨٢/٧، وأسنى المطالب ٤٨٣/٢.

(٧) أصل الحديث في الصحيحين وغيرهما، وقد رواه بهذا اللفظ مسلم في صحيحه (٣٠٥٩) - كتاب الهبات، باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة.

على التحريم كقوله تعالى: (اعملوا ما شئتم) وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: (إذا لم تستح فاصنع ما شئت) أي الشهادة على هذا ليست من شأني، ولا تنبغي لي، وإنما هي من شأن من يشهد على الجور والباطل وما لا يصلح، وهذا في غاية الوضوح، ورسول الله لا يأذن لأحد أن يشهد على صحة الجور، ومن ذا الذي كان يشهد على تلك العطية وقد أبى رسول الله أن يشهد عليها، وأخبر أنها لا تصلح، وأنها جور، وأنها خلاف العدل، ومن العجب: أن يحمل قول النبي (اعدلوا بين أولادكم) على غير الوجوب وهو أمر مطلق مؤكد ثلاث مرات، وقد أخبر الأمر به أن خلافه جور وأنه لا يصلح وأنه ليس بحق، وما بعد الحق إلا الباطل، هذا والعدل واجب في كل حال، فلو كان الأمر به مطلقاً لوجب حمله على الوجوب، فكيف وقد اقترن به عشرة أشياء تؤكد وجوبه^(١).

٢- قوله صلى الله عليه وآله وسلم: (كُلُّ أَحَدٍ أَحَقُّ بِمَالِهِ مِنْ وَالِدِهِ وَوَلَدِهِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ)^(٢) فهذا الحديث يقرر إطلاق تصرف الإنسان في ماله، فتحريم تفضيل الوالد لبعض أولاده في العطية يخالف ما ورد في هذا الحديث.

ويناقش هذا الاستدلال بأن هذا الحديث عام، وحديث الأمر بالتسوية بالعطية خاص، فوجب حمل الحديث العام على ما بقي من أفراد بعد التخصيص^(٣).

٣- أن أبا بكر رضي الله عنه فَضَّلَ عائشة رضي الله عنها بأن نَحَلَهَا جَادَّ عَشْرِينَ وَسَقًّا مِنْ مَالِهِ بِالْغَابَةِ^(٤)، فلما حضرته الوفاة قال: «وَاللَّهِ يَا بُنَيَّةُ مَا مِنْ النَّاسِ أَحَدٌ أَحَبَّ إِلَيَّ غَنَى بَعْدِي مِنْكَ، وَلَا أَعَزَّ عَلَيَّ فَقْرًا بَعْدِي مِنْكَ، وَإِنِّي كُنْتُ نَحَلْتُكَ جَادَّ عَشْرِينَ وَسَقًّا، فَلَوْ كُنْتُ جَدَّدْتِيهِ وَاحْتَرَيْتِيهِ كَانَتْ لَكَ، وَإِنَّمَا هُوَ الْيَوْمَ مَالٌ وَارِثٌ، وَإِنَّمَا هُمَا أَخَوَاكَ وَأَخْتَاكَ، فَاقْتَسِمُوهُ عَلَى كِتَابِ اللَّهِ. قَالَتْ عَائِشَةُ: فَقُلْتُ: يَا أَبَتِ، وَاللَّهِ

(١) تحفة المودود ص ١١٢.

(٢) رواه الدارقطني في سننه ٤ / ٢٣٥ - كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك -، ومن طريقه البيهقي في سننه ١٠ / ٣١٩، عن جَبَّانِ بْنِ أَبِي جَبَلَةَ مَرْفُوعًا - كتاب المكاتب، باب من قال: يجب على الرجل مكاتبته عبده قويًا أميًّا، ومن قال: لا يجبر عليها -، قال البيهقي: «هذا مرسل، جَبَّانُ بْنُ أَبِي جَبَلَةَ الْقُرَشِيُّ مِنَ التَّابِعِينَ»، ورواه البيهقي ٦ / ١٧٨ من طريق آخر عن عمر بن المنكدر مرفوعًا مرسلًا بلفظ: «كُلُّ ذِي مَالٍ أَحَقُّ بِمَالِهِ» - كتاب الهبات، جماع أبواب عطية الرجل ولده، باب ما يستدل به على أن أمره بالتسوية بينهم في العطية على الاختيار دون الإيجاب - . وقد اختلف الحفاظ في هذا الحديث؛ فَصَحَّحَهُ ابْنُ حَزْمٍ فِي الْمَحَلِّ ٨ / ١٠٤، ورمز السيوطي لصحته في الجامع الصغير، وأعلَّه الذهبي بالانقطاع كما نقله عنه المناوي في فيض القدير ٩ / ٥ وتابعه في التضعيف، وهذا الحديث غَدَّه ابْنُ الْقِيَمِ فِي إِعْلَامِ الْمَوْقِعِينَ ١ / ٢٥١ من جوامع الكلم المنقولة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم.

(٣) أصول السرخسي ١ / ١٨٥.

(٤) موطأ مالك - كتاب الأفضلية باب ما لا يجوز من النحل رقم (١٤٤٨)، ٢ / ٧٥٢، وسنن البيهقي ٦ / ١٧٠، ومصنف عبد الرزاق ٩ / ١٠١.

لو كان كذا وكذا لتركته، إنما هي أسماء فمن الأخرى؟ فقال أبو بكر: ذو بطن بنت خارجة، أراها جارية»^(١)، وكذلك فَضَّلَ عمر ابنه عاصمًا رضي الله عنهما بشيء أعطاه إياه، وَفَضَّلَ عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه ولد أم كلثوم، وقيل: إنه فَضَّلَ ابنته من أم كلثوم رضي الله عنها بأربعة آلاف درهم، وقطع ابن عمر رضي الله عنهما ثلاثة رؤس أو أربعة لبعض ولده دون بعض، وعن القاسم بن عبد الرحمن الأنصاري أنه كان مع ابن عمر إذ اشترى أرضًا من رجل من الأنصار، ثم قال له ابن عمر: «هذه الأرض لابني واقد؛ فإنه مسكين». نحله إياها دون ولده^(٢)، فهذه الآثار تدل على أنهم فعلوا ذلك بمحضر من الصحابة، ولم ينقل أنه قد عارضهم أو أنكر عليهم أحد، ففيه قرينة ظاهرة على أن الأمر بالتسوية للنسب وليس للوجوب.

ويناقش هذا الاستدلال بأن إخوة المعطى لهم كانوا راضين بالعطية حسبما ذكر ابن حجر، كما أن عطية عائشة رضي الله عنها لم تتم أصلاً حسبما ورد في الأثر^(٣).

٤- قوله صلى الله عليه وآله وسلم في بعض روايات حديث النعمان: (فأرجعه) يدل بظاهرة على صحة العطية، ولو لم تصح لم يصح الرجوع، وإنما أمره بالرجوع لأنه للوالد أن يرجع فيما وهبه لولده.

ويناقش هذا الاستدلال بأن ابن حجر قال: «وفي الاحتجاج بذلك نظر، والذي يظهر أن معنى قوله (فأرجعه) أي لا تمض الهبة المذكورة»^(٤).

٥- ما جاء في بعض روايات حديث النعمان أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال لبشير: (أيسرك أن يكونوا إليك في البر سواء؟ قال: بلى، قال: فلا إذاً) قالوا: وهذا يدل على أن الأمر للاستحباب وأن النهي للتنزيه؛ لأن المقصود من التسوية بينهم في العطية استواءهم في البر والعطف.

ويناقش هذا الاستدلال بأن الحديث له ألفاظ أخرى تبين تلك الرواية، منها قوله

(١) الغابة - بالغين المعجمة، وبعد الألف باء موحدة - موضع مشهور بالمدينة (البنية شرح الهداية للعيني ٩ / ١٩٩).

(٢) الأم ٨ / ٢٣٤، شرح معاني الآثار ٤ / ٨٨، سنن البيهقي ٦ / ١٧٨، المحلى ٨ / ٩٨، وقال العيني في عمدة القاري (١٣ / ١٤٧) عن رواية نحل عبد الرحمن ابن عوف لابنته من أم كلثوم أربعة آلاف درهم إنه قد رواها عبد الله بن وهب في مسنده بلاغاً. وأثر ابن عمر حسن التهانوي في إعلاء السنن ١٦ / ٩٤.

(٣) فتح الباري ٥ / ٢١٥.

(٤) فتح الباري ٥ / ٢١٦.

صلى الله عليه وآله وسلم: (فإني لا أشهد على جور)، وجاء في بعض الروايات بصفة الأمر، حيث قال صلى الله عليه وآله وسلم: (اعدلوا بينهم).

٦- القول باستحباب التسوية بين الأبناء في العطية هو ما يقتضيه النظر، ويدل عليه القياس؛ فإذا جاز للوالد أن يعطي ماله لغير ولده، وأن يخرج جميع ولده عن ماله جازله أن يخرج عن ذلك بعضهم^(١)، وهذا من باب القياس الأولي، وهو: ما كان الفرع فيه أولى بالحكم من الأصل لقوة العلة فيه، وقد اعترض الحافظ ابن حجر على الاستدلال بهذا القياس بأنه قياس مع وجود النص، أي: قياس فاسد الاعتبار. قال: «ولا يخفى ضعفه»^(٢).

القول الثالث: تحريم التفضيل بين الأولاد في العطية إلا إذا كان بسبب شرعي، وهذا القول رواية عن الإمام أحمد اختارها ابن تيمية وابن قدامة^(٣)، واستدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- ما رواه مالك في الموطأ عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: إن أبا بكر الصديق كان نحلها جاد عشرين وسقاً من ماله بالغابة، فلما حضرته الوفاة قال: «والله يا بنية ما من الناس أحب إلي غنى بعدي منك ولا أعز علي فقر بعدي منك، وإنني كنت نحلته جاد عشرين وسقاً فلو كنت جدتيه واحتزتيه؛ كان لك، وإنما هو اليوم مال وارث، وإنما هما أخواك وأختاك فاقسموه على كتاب الله»^(٤)، قال ابن قدامة بعد ذكره للأثر السابق: «يحتمل أن أبا بكر رضي الله عنه خصها بعطية لحاجتها وعجزها عن الكسب مع اختصاصها بفضلها وكونها أم المؤمنين زوج النبي صلى الله عليه وآله وسلم وغير ذلك من فضائلها»^(٥)، وهذا يدل على جواز التفضيل إذا كان بسبب يستوجب ذلك.

نوقش هذا الاستدلال بقول ابن حجر في الفتح: «قد أجاب عروة عن قصة عائشة بأن إخوتها كانوا راضين بذلك».

(١) بداية المجتهد ٢/ ٢٦٨، شرح البخاري لابن بطال ٧/ ١٠٠، التمهيد لابن عبد البر ٧/ ٢٣٠، وذكر فيه أنه استدلال الشافعي وغيره، ووصف العيني في العمدة ١٣/ ١٤٧ هذا الاستدلال بأنه هو الجواب القاطع.

(٢) فتح الباري ٥/ ٢١٥.

(٣) المغني ٥/ ٦٦٤، ومجموعة فتاوى ابن تيمية ٧/ ٢٩٥، والإنصاف ٧/ ١٣٩.

(٤) سبق تخريجه في الصفحة السابقة.

(٥) فتح الباري ٥/ ٢١٥.

٢- ما جاء في سنن البيهقي، قال: قال الشافعي: «وفضل عمر عاصم بن عمر بشيء أعطاه إياه»^(١).

٣- ما رواه الطحاوي أن عبد الرحمن بن عوف فضل بني أم كلثوم بنحل قسمة بين ولده^(٢).

٤- ما رواه البيهقي وابن حزم أن ابن عمر قطع ثلاثة رؤس أو أربعة لبعض ولده دون بعض^(٣).

ويناقش الاستدلال بالآثار السابقة بما نوقش به الدليل الأول وهو أن إخوة كل منهم كانوا راضين.

القول الرابع: جواز التفضيل إن لم يقصد به المضارة، وهو قول عند الحنفية، واستدلوا بما استدل به أصحاب القول الثالث، غير أن هؤلاء حملوها على الجواز إذا لم يقصد به المضارة، لأن المضارة بوجه عام محرمة مطلقاً، وهي بين الأقارب أشد تحريماً، لاسيما إذا كانت بين الوالد وأولاده.

ويناقش هذا الاستدلال بأن تخصيص عدم جواز التفضيل بقصد المضارة فقط لا دليل عليه.

الترجيح: من خلال النظر والتأمل في أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها، يترجح عندنا - القول الأول، وذلك بالأسانيد الآتية:

السند الأول: قوة أدلة هذا القول ودلائلها الصريحة على وجوب العدل بين الأولاد في العطية والمنع من التفضيل، وضعف أدلة الأقوال الأخرى ومناقشتها بما يضعفها أو يبطلها.

السند الثاني: أن تفضيل بعض الأولاد على بعض وسيلة ظاهرة لوقوع العداوة بين الأب وأولاده المفضولين من ناحية وبين الأولاد بعضهم مع بعض من ناحية أخرى، فينتج عن ذلك قطيعة الرحم.

السند الثالث: الخلافات والخصومات المنظورة أمام القضاء بسبب تفضيل بعض الأولاد في العطية تشهد برجحان القول بوجوب التسوية بين الأولاد في العطية.

(١) عمدة القاري ١٣/١٤٧.

(٢) شرح معاني الآثار للطحاوي ٤/٨٦.

(٣) سنن البيهقي ٩/٨٤.

وتلحق أحكام عطية الأم لأولادها بعطية الوالد لأولاده سواء بسواء في المذاهب الفقهية حيث لا فرق بين أحكام عطية الأب والأم، ولم يفرق في ذلك إلا الإباضية الذين أجازوا المفاضلة في عطية الأم لأولادها بحجة قوله صلى الله عليه وآله وسلم: (أنت ومالك لأبيك)^(١) وهذا الاستدلال مردود عليه بأن الأدلة التي تمنع الوالد من المفاضلة بين أولاده عامة تشمل الأم أيضاً باتفاق المذاهب عدا الإباضية، كما اتفق الفقهاء أيضاً على إلحاق المولود إذا ولد بعد العطية لإخوته حيث تجب مساواته بإخوته في العطية كما تسري عليه كافة أحكام العطية^(٢).

التسوية بين الأولاد في العطية في القانون اليمني:

صرح القانون بأن التسوية بين الأولاد في العطية واجبة، حيث نصت المادة (١٨٣) من قانون الأحوال الشخصية على أنه (تجب المساواة في الهبة بين الأولاد) حيث أخذ القانون بالقول الفقهي الراجح.

المطلب الثاني

صفة التسوية بين الأولاد في العطية

اختلف الفقهاء في كيفية التسوية في العطية، بمعنى هل يستوي في العطية الولد الذكر مع الأنثى، حيث اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: يتساوى الأولاد في العطية لا فرق بين ذكر وأنثى، حيث تُعطى الأنثى مثل ما يُعطى الذكر، وهو قول الشافعية، قال الإمام النووي: «في كيفية العدل بين الأولاد في الهبة وجهان، أحدهما: أن يسوي بين الذكر والأنثى»^(٣)، وهو المعتمد في المذهب الحنفي، واختيار القاضي أبي يوسف من رجالاته^(٤)، ورواية عن أحمد اختارها ابن عقيل والحرثي من أصحابه^(٥)، ونُقل هذا القول عن مالك^(٦)، واختاره القاضي أبو الحسن بن

(١) أخرجه الطبراني في المعجم الصغير ٦٢/٢، والمعجم الأوسط ٣٣٩/٦، والبيهقي في دلائل النبوة ٣٠٤/٦ وقال الإمام الطبراني: لم يرو هذا الحديث عن المنكدر إلا عبد الله بن نافع تفرد به عبيد بن خالص وهو يشير إلى ضعفه، وكذا قال البيهقي بعد أن روى الحديث: (إن صحت الرواية) وهو يشير إلى ضعف الحديث.

(٢) المغني ٦٦٥/٥، وبداية المجتهد ٢٦٨/٢، وروضة الطالبين ٣٨٠/٥، وبدائع الصنائع ١٢٧/٦، وشرح النيل ٢٢٣/٩.

(٣) روضة الطالبين ٣٧٩/٥.

(٤) (شرح معاني الآثار ٨٩/٤، بدائع الصنائع ١٢٧/٦، حاشية ابن عابدين ٦٩٦/٥).

(٥) الإنصاف ١٣٦/٧.

(٦) حكاه عنه ابن قدامة في المغني ٣٨٨/٥، وقال الحافظ ابن عبد البر في التمهيد ٢٣٤/٧: «ولا أحفظ لمالك في هذه المسألة قولاً» اهـ، وما حكاه صاحب المغني عن مالك مخالف لما قرره المتأخرون من فقهاء

القَصَّار من أصحابه^(١)، وهو قول ابن المبارك^(٢)، والثَّوْرِي^(٣)، ومذهب داود وأصحابه^(٤)، ونسبه العمراني إلى أكثر أهل العلم^(٥) وقد استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١- قوله صلى الله عليه وآله وسلم لبشير: (أَكُلْ وَلَدَكَ نَحَلْتَ مِثْلَ مَا نَحَلْتَهُ؟ قَالَ: لَا، قَالَ: فَلَا أَشْهَدُ عَلَى شَيْءٍ أَلَيْسَ يَسُرُّكَ أَنْ يَكُونُوا إِلَيْكَ فِي الْبَرِّ سَوَاءٌ؟ قَالَ: بَلَى. قَالَ: فَلَا إِذَا^(٦)) فالنبي صلى الله عليه وآله وسلم طلب من بشير أن ينحل كل أولاده مثل ما نحل النعمان، ولم يستفصل منه عن بقية أولاده، أذكورهم أم إناث؟ فدل هذا على أنه لا فرق بين الذكور والإناث في التسوية المطلوبة بين الأولاد في العطية، وهذا هو معنى ما ذكره الطحاوي، حيث قال: «وفي حديث النبي صلى الله عليه وآله وسلم: (أَلْكَ وَلَدَ غَيْرِهِ؟ فَقَالَ: نَعَمْ. فَقَالَ: أَلَا سَوِّيتَ بَيْنَهُمْ؟)^(٧)، ولم يقل: أَلْكَ وَلَدَ غَيْرِهِ ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى؟ وذلك لا يكون إلا وحكم الأُنْثَى في العطية كحكم الذَّكَرِ، ولولا ذلك لما ذكر التسوية إلا بعد علمه أنهم ذكور كلهم، فلما أمسك عن البحث عن ذلك ثبت استواء حكمهم في ذلك عنده»^(٨).

٢- قوله صلى الله عليه وآله وسلم لبشير: (أَلَيْسَ يَسُرُّكَ أَنْ يَكُونُوا إِلَيْكَ فِي الْبَرِّ سَوَاءٌ؟) هذا يدل على إرادة التسوية بين الإناث والذكور، لأن البر مراد من البنت والابن لذلك يكون للأُنْثَى من العطية مثلما للذَّكَرِ^(٩).

٣- قوله صلى الله عليه وآله وسلم: (فَاتَّقُوا اللَّهَ، وَاعْدِلُوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ)^(١٠) وَالْعَدْلُ هُوَ التَّسْوِيَةُ؛ قَالَ الرَّائِبِيُّ فِي مَفْرَدَاتِهِ: «الْعَدَالَةُ وَالْمَعَادِلَةُ لَفْظٌ يَقْتَضِي مَعْنَى

المالكية؛ قَالَ الْعَلَامَةُ الْخَرَشِيُّ فِي شَرْحِ الْمَخْتَصَرِ ٧ / ٨٢: «وَأَمَّا هِبَةُ الرَّجُلِ لِبَعْضِ وَلَدِهِ مَا لَهُ كُلُّهُ أَوْ جُلُّهُ فَمَكْرُوهٌ، وَيُكْرَهُ أَيْضًا أَنْ يُعْطِيَ مَا لَهُ كُلُّهُ لِأَوْلَادِهِ وَيَقْسِمَهُ بَيْنَهُمْ بِالسُّوِيَةِ إِنْ كَانُوا ذُكُورًا وَإِنَاثًا، وَإِنْ قَسَمَهُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ مَوَارِيثِهِمْ فَذَلِكَ جَائِزٌ» اهـ، وَقَالَ الْعَلَامَةُ الصَّوَوِيُّ فِي حَاشِيَةِ الشَّرْحِ الصَّغِيرِ ٤ / ١١٨: «وَكَذَا يُكْرَهُ أَنْ يُعْطِيَ مَا لَهُ كُلُّهُ لِأَوْلَادِهِ، يَقْسَمُ بَيْنَهُمْ بِالسُّوِيَةِ إِنْ كَانُوا ذُكُورًا وَإِنَاثًا، وَإِنْ قَسَمَهُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ مَوَارِيثِهِمْ فَذَلِكَ جَائِزٌ» اهـ، وَمِثْلُهُ فِي شَرْحِ أَبِي الْحَسَنِ عَلَى الرَّسَالَةِ ٢ / ٢٦٢ - مَعَ حَاشِيَةِ الْعُدْوِيِّ -

(١) البيان والتحصيل ١٣ / ٣٧١، المفهم ٤ / ٥٨٥.

(٢) البيان والتحصيل ١٣ / ٣٧١، المغني ٥ / ٣٨٨.

(٣) التمهيد لابن عبد البر ٧ / ٢٣٤، البيان والتحصيل ١٣ / ٣٧١.

(٤) الْمُحَلَّى ٨ / ١٠٥، الاستذكار ٧ / ٢٢٨، البيان والتحصيل ١٣ / ٣٧١.

(٥) البيان ٨ / ١٠٩.

(٦) اللفظ للنسائي (٣٦٢٠) - كتاب النحل، باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر النعمان -.

(٧) سبق تخريجه.

(٨) شرح معاني الآثار ٤ / ٨٩.

(٩) شرح معاني الآثار ٤ / ٨٩، المغني ٥ / ٣٨٨، إعلاء السنن ١٦ / ١٠٢.

(١٠) سبق تخريجه.

المساواة»^(١)، فالمقصود أن العدل التسوية في كل شيء حتى يقوم المحصص^(٢)، فالأمر بالعدل في الحديث يدل دلالة منطوق على طلب التسوية بين الأولاد لا فرق في ذلك بين ذكر وأنثى؛ فلفظ الولد في اللغة يطلق على الذكر والأنثى، والتعبير بالجمع المعرف بالإضافة يفيد عموم الأولاد كلهم لا فرق بين ذكر وأنثى^(٣).

٤- أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: (ساووا بين أولادكم في العطية، ولو كنت مؤثراً أحداً لآثرت النساء على الرجال)، وفي رواية: (ساووا بين أولادكم في العطية، فلو كنت مفضلاً أحداً لفضلت النساء)^(٤)، قال التهانوي: «وهو نص في محل النزاع فلا يعدل عنه»^(٥) وناقش ابن قدامة الاستدلال بهذا الحديث بأن التسوية فيه محمولة على القسمة على كتاب الله تعالى. وأنه يحتمل أنه أراد التسوية في أصل العطاء لا في صفته؛ فإن القسمة لا تقتضي التسوية من كل وجه، ويجب على ذلك أن حمل التسوية في الحديث على القسمة على كتاب الله بعيد غاية البعد؛ لأنه مخالف لأصل وضع التسوية المقتضي للمماثلة والمعادلة، قال في المصباح المنير: «ساواه مساواة: ماثله وعادله قدرًا أو قيمة»^(٦) وعجز الحديث - وهو قوله صلى الله عليه وآله وسلم: (ولو كنت مفضلاً أحداً لفضلت النساء) - يؤكد ما أفاده الصدر؛ فمقابلة التسوية بالترفضيل تُعَيِّن أن التسوية المطلوبة لا تفضيل فيها أصلاً، ودعوى الاحتمال في أنه أراد التسوية في أصل العطاء لا في صفته، يردده قوله صلى الله عليه وآله وسلم في حديث النعمان: (أكل ولدك نَحَلت مثل ما نَحَلتَه؟)^(٧).

٥- أن رجلاً كان مع النبي صلى الله عليه وآله وسلم، فجاء ابن له، فقَبَلَه وأجلسه على

(١) مفردات غريب القرآن ٢ / ٧٢.

(٢) الفروق ٤ / ٦٣.

(٣) المصباح المنير ص ٦٧١، مادة (ول د).

(٤) الرواية الأولى رواها سعيد بن منصور في سننه ١ / ١١٩ - باب من قطع ميراثاً فرضه الله -، والثانية رواها الحارث بن أبي أسامة في مسنده - بغية الباحث عن زوائد مسند الحارث للهيثمي ١ / ٥١٢ - كتاب البيوع، باب التسوية بين الأولاد في العطية -، وأخرجها من طريق سعيد بن منصور وكذا البيهقي في سننه ٦ / ١٧٧ - كتاب الهبات، عطية الرجل ولده، باب السُّنة في التسوية بين الأولاد في العطية -، والطبراني في الكبير ١١ / ٣٥٤. والحديث قوى إسناده جَمَعَ من العلماء؛ فَحَسَّنَه الحافظ ابن خبَر في الفتح ٥ / ٢١٤، والإمام الزُّرقاني في شرحه على الموطأ ٤ / ٥٤، والصَّنْعاني في سبل السلام ٢ / ١٣٠.

(٥) إعلال السنن ١٦ / ١٠٣.

(٦) المصباح المنير ص ٢٩٨، مادة: (س وي).

(٧) إعلال السنن ١٦ / ١٠٣.

فَخِذْهُ، ثُمَّ جَاءَتْ بِنْتُ لَهُ، فَأَجْلَسَهَا إِلَى جَنْبِهِ، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: (فَهَلَّا عَدَلْتَ بَيْنَهُمَا)، وَفِي رِوَايَةٍ: (فَمَا عَدَلْتَ بَيْنَهُمَا)^(١)، فِهَذَا شَاهِدٌ فِي الْجُمْلَةِ لاعتبار التسوية المطلوبة أنها تكون بإعطاء كل واحد من الأولاد مثل ما أُعْطِيَ الآخر، لَا فَرْقَ فِي هَذَا بَيْنَ ذَكَرٍ وَأُنْثَى، قَالَ الْإِمَامُ الطَّحَاوِيُّ: «أَفَلَا يُرَى أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ قَدْ أَرَادَ مِنْهُ الْعَدْلَ بَيْنَ الْإِبْنَةِ وَالِابْنِ، وَأَنَّ لَا يُفْضَلُ أَحَدُهُمَا عَلَى الْآخَرِ، فَذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى الْعَدْلِ فِي الْعَطِيَةِ أَيْضًا»^(٢).

٦- عطية الأولاد عطية في الحياة، فاستوى فيها الذكر والأنثى كالنَّفَقَةِ وَالْكِسْوَةِ^(٣)، وَأَيْضًا فَإِنَّ فِي التَّسْوِيَةِ تَأْلِيْفًا لِلْقُلُوبِ، وَتَفْضِيلُ الذُّكُورِ قَدْ يُوْرِثُ وَحْشَةً بَيْنَ الْإِخْوَةِ، فَكَانَتِ التَّسْوِيَةُ أَوْلَى^(٤).

القول الثاني: التسوية تكون بقسمة العطية بين الأولاد على حسب القسمة الشرعية للميراث، فيجعل للذكر مثل حظ الأنثيين، وهو قول عطاء بن أبي رباح، وشريح القاضي، وإسحاق بن راهويه، ومحمد بن الحسن الشيباني^(٥)، وهو قول الثوري^(٦)، ومذهب الإمام أحمد^(٧)، وهو اختيار أبي إسحاق بن شعبان شيخ مالكية مصر في زمانه^(٨)، وهو الذي نص عليه المتأخرون من المالكية في كتب فروع المذهب^(٩)، واستدل هؤلاء بالأدلة الآتية:

١- الله تعالى قَسَمَ بَيْنَ الْأَوْلَادِ، فَجَعَلَ لِلذَّكَرِ مِثْلَ حِظِّ الْأُنثِيَيْنِ، وَالْأَوَّلَى الْاِقْتِدَاءُ بِقِسْمَةِ اللَّهِ بِالنِّسْبَةِ لِلْعَطِيَةِ، وَيُنَاقِشُ هَذَا الِاسْتِدْلَالُ بِأَرْبَعَةِ وَجُوهِ:

(١) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٨٩ / ٤ - كتاب الهبة والصدقة، باب الرجل ينحل بعض بنيه دون بعض - ، والبيهقي في شعب الإيمان ٤١٠ / ٦ - الستون من شعب الإيمان، وهو باب في حقوق الأولاد والأهلين - عن أنس رضي الله عنه.

(٢) شرح معاني الآثار ٨٩ / ٤.

(٣) المغني ٣٨٨ / ٥.

(٤) بدائع الصنائع ١٢٧ / ٦.

(٥) المغني ٣٨٨ / ٥، شرح معاني الآثار ٨٩ / ٤، بدائع الصنائع ١٢٧ / ٦، وبعد أن نقل الكاساني الخلاف بين أبي يوسف ومحمد في المسألة قال: إن محمداً ذكر في الموطأ أنه ينبغي للرجل أن يسوي بين ولده في النحل ولا يفضل بعضهم على بعض. وظاهر هذا يقتضي أن يكون قوله مع قول أبي يوسف.

(٦) المفهم ٥٨٥ / ٤.

(٧) كشف القناع ٣١٠ / ٤، وقال في الإنصاف ١٣٦ / ٧: «هذا المذهب، نص عليه في رواية أبي داود، وحرب، ومحمد بن الحكم، والمروزي، والكوشج، وإسحاق بن إبراهيم، وأبي طالب، وابن القاسم، وسندي، وعليه جماهير الأصحاب».

(٨) البيان والتحصيل ٣٧١ / ١٣، المفهم ٥٨٥ / ٤.

(٩) شرح الخرشي على خليل ٨٢ / ٧، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ١١٨ / ٤، حاشية العدوي على شرح الرسالة ٢٦٢ / ٢.

أولها: هناك فرق بين الميراث بعد الموت وبين الهبة حال الحياة، من جهة أن الأول مختص بما بعد الموت، ولكل حالٍ أحكام^(١)، ومن جهة أن الهبة تطوعٌ وليست فرضاً كالميراث، ولو أنزلنا العطية منزلة الميراث لما كان للعطية فائدة^(٢).

الثاني: أن الشخص في الميراث يكون راضياً بما فرضه الله تعالى، بخلافه في الهبة^(٣)، فالتمييز فيها يورث الوحشة^(٤).

الثالث: الذَّكَرُ والأنثى يختلفان في الميراث بالعُصوبة، أما بالرحم المجردة فهما فيه سواء، كالإخوة والأخوات من الأم^(٥).

الرابع: أن التُّهْمَة في قسمة الميراث مُنتَفِية وفي العطية واردة^(٦).

٢- العطية في الحياة مثل الميراث بعد الموت، فيُجْعَل للذَّكَرِ منها مثل حظ الأنثيين، لأن العطية استعجال لما يكون بعد الموت، فينبغي أن تكون على حسبه، كما أن مُعْجَل الزكاة قبل وجوبها يؤديها على صفة أدائها بعد وجوبها، وكذلك الكَفَّارات المَعْجَلَة، ويناقش هذا الاستدلال بأن قسمة المال بعد الموت قد فرضها الله تعالى فيحصل التملك في الإرث بمجرد الموت ولو لم يرز المورث أو المورث، أما العطية فهي على الاختيار ولا تنعقد إلا برضا طرفي العقد، فافترقا، والإرث لا يسمى عطية حتى يقال: إنه مثل العطية، إذ العطية تستدعي وجود مُعْطٍ أو واهب ذي أهلية للتمليك، وهذه الأخيرة منتفية عن الميت، ولا يصح أن يقال: إن العطية استعجال لما يكون بعد الموت؛ لأنه لا يدرى من منهما سيُفْضَى إلى ربه أولاً، ولا مَنْ سيرث مَنْ، والأقيسة المذكورة فاسدة الاعتبار؛ لأنها في مقابلة النصوص الشرعية - السالف ذكرها - الدالَّة على استواء الذكور والإناث^(٧).

٣- الذَّكَرُ أحوَج من الأنثى إلى المال، لأنهما إذا تزوجا جميعاً، فالصداق والنفقة ونفقة الأولاد على الذَّكَرِ، والأنثى يتم الانفاق عليها من قبل غيرها كزوج أو أخ، فكان الذكر أولى بالتمييز لزيادة حاجته، ولذلك قسم الله تعالى الميراث، فَفَضَّلَ الذَّكَرَ

(١) المُحَلَّى ٨/ ١٠٥، إعلاء السنن ١٦/ ١٠٢.

(٢) التسوية بين الأبناء في العطية للدكتور مصباح حماد ص ٧٢.

(٣) أسنى المطالب ٢/ ٤٨٣، مغني المحتاج ٣/ ٥٦٧.

(٤) إعلاء السنن ١٦/ ١٠٢.

(٥) الحاوي للماوردي ٧/ ٥٤٤، أسنى المطالب ٢/ ٤٨٣، مغني المحتاج ٣/ ٥٦٧.

(٦) تحفة المحتاج ٦/ ٣٠٩.

(٧) التسوية بين الأبناء والأقارب في الهبات والعطايا، د. أحمد ممدوح سعد ص ٧، منشور في الموقع الإلكتروني

مقروناً بهذا المعنى فتعلّل به، ويتعدّى ذلك إلى العطية في الحياة، ويناقش هذا الاستدلال بأن التعليل بما ذكر ممنوع؛ لعدم الاطراد، فالإرث ثابت وإن لم يوجد ما ذكر، كأن لا يكون الذّكر الوارث متزوجاً فلا يكون ملتزماً بنفقة وغيرها، أو يكون ذا زوجة غنيّة لا تحتاج لنفقته فتسقطها عنه، أو غير ذلك، ولا يعدّ ذلك مانعاً له من الإرث، والشأن في العلة أن يدور معها الحكم وجوداً وعدماً. فالمعنى المذكور حكمة لا علة، والحكمة لا يلزم اطرادها، ولا يضرّ تخلّفها.

ويناقش هذا الاستدلال أيضاً أن الذّكر أقدر على الكسب من الأنثى، فكانت أحق بالفضل، وإليه أشار النبي صلى الله عليه وآله وسلم بقوله: (لو كنت مفضلاً أحداً لفضّلت النساء)^(١).

ونحن نميل إلى ترجيح القول الأول الذي ذهب إلى المساواة بين الذكر والأنثى في العطية للأولاد لقوة أدلتهم وسلامتها وانسجام هذا القول مع قواعد وأحكام العطية للأولاد واختلافها عن أحكام الميراث.

وبناءً على ما تقدم تسري أحكام العطية على قيام الوالد أو الوالدة بتوزيع كل أمواله على أولاده في أثناء حياته وليس أحكام القسمة، فقد قال ابن حجر رحمه الله: إذا قسم الأب ما بيده بين أولاده، فإن كان بطريق أنه ملك وأعطى كل واحد منهم شيئاً على جهة العطية الشرعية المستوفية لشرائطها من الإيجاب والقبول والقبض أو الإذن في القبض، وقبض كل من أولاده الموهوب لهم بذلك، وكان ذلك في حالة صحة الواهب جاز ذلك، وملك كل منهم ما بيده لا يشاركه فيه أحد من إخوته^(٢).

وكيفية توزيع الوالد كل أمواله على أولاده في أثناء حياته محل خلاف بين الفقهاء على النحو السابق بيانه، والمختار منها هو قول غالبية الفقهاء الذين ذهبوا إلى أنه ينبغي أن يتساوى الذكر والأنثى من الأولاد عند توزيع الوالد لكل أمواله على أولاده في أثناء حياته وعلى الرأي الفقهي الراجح لا مجال لتطبيق أحكام القسمة في هذه الحالة فليس هناك تركة لأن الوالد ما زال على قيد الحياة.

كيفية التسوية بين الأولاد في العطية في القانون اليمني:

(١) إعلاء السنن ١٦/١٠٢، ١٠٣، والحديث المذكور سبق تخريجه.

(٢) فتح الباري ٥/٢١٦.

أخذ القانون بالقول الذي ذهب إلى عدم المساواة في العطية بين الذكر والأنثى من الأولاد، حيث نصت المادة (١٨٣) من قانون الأحوال الشخصية على أنه (تجب المساواة في الهبة والمشتبهات بها بين الأولاد وبين الورثة بحسب الفريضة الشرعية) أي بحسب فرائض الميراث، حيث ترتب على ذلك الخلط بين الوصية والقسمة وجعل كثير من القضاة والمحامين والأمناء الشرعيين يستندون إلى هذا النص في إجراء القسمة وليس العطية في أثناء حياة المورث، ولم يكتف القانون بالخلط بين أحكام العطية والقسمة بل خلط بين العطية والوصية حيث نصت المادة (١٨٦) على أن (الهبة للوارث ووارثه في حياته تأخذ حكم الوصية إلا فيما استهلكه الموهوب له في حياة الواهب حقيقة أو حكماً) وهذا يعني أن العطية التي قبضها الولد في أثناء حياة أبيه ودخلت في حياته ولم يستهلكها أو يتصرف بها بالبيع باطلة لأن الوصية لا تجوز لوارث إلا إذا أجازها الورثة بموجب المادة (٢٣٤) التي نصت على أنه (لا تصح الوصية للوارث إلا بإجازة الورثة)، كما أن العطية لا تكون نافذة إلا بعد وفاة الوالد المعطي لأن الوصية تصرف لما بعد الموت.

المطلب الثالث

الحالات التي تجوز فيها المفاضلة بين الأولاد في العطية

ذكرنا فيما سبق رجحان القول بعدم جواز المفاضلة بين الأولاد في العطية، وهذا من وجهة نظر الباحث هو الأصل العام، ولكن ترد على هذا الأصل استثناءات تجوز فيها المفاضلة لأسباب شرعية، وقد اختلف الفقهاء بشأن المفاضلة بين الأولاد في العطية إذا كانت المفاضلة لسبب يقتضي ذلك على قولين:

القول الأول: تجوز المفاضلة بين الأولاد إذا كانت لسبب يستدعي ذلك كمرض أو مرض مزمن أو كثرة عيال أو فقر أو مسكنة أو انقطاع الولد للعلم أو عقوقه أو فساده، وهو قول غالبية الفقهاء ومنهم الشافعية وغالبية الحنابلة وغالبية الحنفية والمتقدمون من المالكية فقد قال العلامة الخطيب في شرح المنهاج: «محل الكراهة عند الاستواء في الحاجة أو عدمها، وإلا فلا كراهة، وعلى ذلك يُحمَل تفضيل الصحابة رضي الله تعالى عنهم المشار إليه فيما سبق، ويُستثنى العاق والفاسق إذا علم أنه يصرفه في المعاصي، فلا يُكره حرمانه»^(١)، وقال العلامة ابن حجر الهيتمي: «أما الرجوع عند العدل بينهم في هبة الجميع أو في هبة بعضهم فمكروه، إلا إن احتاج إليه لدين أو نفقة عياله، وإلا لمصلحة؛ كأن يكونوا عَقَقَةً، أو يستعينوا بما أعطاه لهم في معصية وأصروا عليها بعد إنذاره لهم بالرجوع،

(١) مغني المحتاج ٣/ ٥٦٧.

فلا يكره»^(١)، ويؤيد ذلك ما ورد عن بعض الصحابة من التفضيل، كأثر القاسم بن عبد الرحمن الأنصاري، وفيه أنه كان مع ابن عمر رضي الله عنه إذ اشترى أرضاً من رجل من الأنصار، ثم قال له ابن عمر: «هذه الأرض لابني واقد فإنه مسكين»، نحله إياها دون ولده. فابن عمر رضي الله عنه قد ذكر أن سبب تخصيصه ابنه واقدًا هو رفع المسكنة عنه^(٢)، ومن ذلك تخصيص أبي بكر عائشة بأن تحلها جادًا عشرين وسقًا من ماله بالغابة، وأثر عمر في تفضيله ابنه عاصمًا، وعبد الرحمن بن عوف في تفضيله ولد أم كلثوم رضي الله عنهم أجمعين، وجاء في الفتاوى الهندية: «وروي عن أبي حنيفة -رحمه الله تعالى- أنه لا بأس به -أي: تفضيل أحد الأولاد على الآخر- إذا كان التفضيل لزيادة فضل له في الدين، وإن كانا سواء يُكره»^(٣)، وبه قال المتأخرون من مشايخ الحنفية؛ قال في مجمع الأنهر: «وإن كان بعض أولاده مشغولًا بالعلم دون الكسب لا بأس بأن يفضل على غيره، لا بأس أن يعطي من أولاده من كان عالمًا متأدبًا، ولا يعطي منهم من كان فاسقًا فاجرًا»^(٤)، ونقل أبو الوليد الباجي عن العتبية أن مالكًا سئل عن الرجل يكون له الولد فيبهره بعضهم، فيريد أن يعطيه عطية من ماله دون غيره، فقال: «لا بأس بذلك»^(٥)، وقال الباجي: «وعندي أنه إذا أعطى البعض على سبيل الإيثارة أنه مكروه، وإنما يجوز ذلك ولا يكون إذا أعطى البعض لسبب يستدعي ذلك كغرامة تلزمه، أو خير يظهر منه، فيخص بذلك خيرهم على مثله»^(٦)، وقد روي عن أحمد ما يدل على موافقته لما قرره الشافعية ومتأخري الحنفية من جواز تخصيص بعض الأولاد إن كان ثم معنى معتبر يقتضي التخصيص؛ فإنه قال في تخصيص بعضهم بالوقف: «لا بأس إذا كان لحاجة، ويكره إذا كان على سبيل الأثرة»، والعطية في معنى الوقف^(٧)، وهذه الرواية اختارها الحنابلة، قال المرداوي: «وقيل: إن أعطاه لمعنى فيه من حاجة أو زمانة أو عَمَى أو كثرة عائلة أو لاشتغاله بالعلم ونحوه. أو مَنَعَ بعض ولده لفسقه أو بدعته أو لكونه يعصي الله بما يأخذه ونحوه جاز التخصيص، واختاره ابن قدامة المقدسي -، واقتصر عليه ابن رزين في شرحه - شرح مختصر الخرق، وقطع به ابن عبد القوي ناظم المفردات -، وقدمه في الفائق -أي: ابن قاضي الجبل -،

(١) تحفة المحتاج ٣٠٨/٦.

(٢) التسوية بين الأبناء والأقارب في الهبات والعطايا، د. أحمد ممدوح سعد، ص ٩ بحث منشور في الموقع الإلكتروني.

(٣) الفتاوى الهندية ٣٩١/٢، وانظر: حاشية ابن عابدين ٤/٤٤٤.

(٤) مجمع الأنهر ٣٥٨/٢، وانظر: بدائع الصنائع ٦/١٢٧.

(٥) المنتقى شرح الموطأ ٦/٩٤.

(٦) المنتقى شرح الموطأ ٦/٩٣.

(٧) المغني ٥/٣٨٨، الإنصاف ٧/١٣٩.

وقال: «هو ظاهر كلامه»، ثم قال المرداوي: «وهذا قوي جداً»^(١).

القول الثاني: لا تجوز المفاضلة في العطية للأولاد مطلقاً حتى إذا كانت لسبب يستدعي ذلك كمرض أو ضعف أو مسكنة أو كثرة عيال أو انشغال الولد بعلم أو عقوقه وفسقه، وهو قول الظاهرية وبعض الحنابلة وقول المتأخرين من المالكية، وقول بعض الحنفية، فقد ذهب بعض مشايخ الحنفية إلى أنه لو نحل بعضاً من أولاده وحرّم بعضاً فلا يكون ذلك عدلاً، سواء كان المحروم فقيهاً تقياً أو جاهلاً فاسقاً^(٢)، كما ورد في كتب متأخري المالكية - كحاشية العدوي على شرح الرسالة - أنّ التفضيل بين الأبناء مكروه مطلقاً لا فرق في ذلك بين أن يكون الولد صغيراً أو كبيراً، عاقاً أم باراً^(٣)، ولو كان البعض ذا حاجة، أو زمانة، أو عمى، أو عيال، أو صلاح، أو علم، أو لا، ولا بين كون البعض الآخر فاسقاً، أو مبتدعاً، أو مبذراً، أو لا. قال البهوتي: «يجب على الرجل التسوية بين الولد البار الصالح والآخر غير البار»^(٤)، واستدل هؤلاء بعموم الأمر بالتسوية في العطية المذكور في حديث النعمان بن بشير؛ فالنبي صلى الله عليه وآله وسلم لم يستفصل بشيراً في عطيته عن الصحيح والمريض من الأولاد ولا عن الصالح والبار^(٥).

أما القانون اليمني لم يذكر حكم هذه المسألة.

المطلب الرابع

عطية الجد لأحفاده

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: تسري على عطية الجد لأحفاده الأحكام ذاتها التي تسري على عطية الوالد لأولاده^(٦)، هو مذهب الشافعية، ونقله الإمام ابن حَجَر الهيثمي في التُّحفة عن أكثر العلماء، قال فيها: «(ويُسَنُّ للوالد) أي: الأصل وإن علا (العدل في عطية أولاده) أي: فروعه وإن سفلوا، ولو الأحفاد مع وجود الأولاد على الأوجه، وفقاً لغير واحد، وخلافاً لمن خَصَّص الأولاد، سواء أكانت تلك العطية هبة، أم هدية، أم صدقة، أم وقفاً، أم تبرعاً آخر،

(١) الإنصاف ٧ / ١٣٩، وانظر: المغني ٥ / ٣٨٨.

(٢) الْمُحَلَّى ٨ / ٩٥.

(٣) بدائع الصنائع ٦ / ١٢٧.

(٤) كشاف القناع ٤ / ٣١١، والإنصاف ٧ / ١٣٩.

(٥) المغني ٥ / ٣٨٨، كشاف القناع ٤ / ٣١١.

(٦) تحفة المحتاج ٦ / ٣٠٩.

فإن لم يعدل لغير عُذْر كُرِه عند أكثر العلماء، وقال جَمْعٌ: «يَحْرُمُ»^(١)، وذهب الحنابلة إلى الوجوب؛ فقد قال المرداوي في الإنصاف: «وهذا المذهب»، وهو ظاهر كلام الأصحاب، وقَدَمه في الفروع... والصحيح من المذهب: أنه إذا فعل ذلك يجب عليه^(٢)، وذهب الحنفية والمالكية إلى كراهة المفاضلة، دون تفرقة بين الأبناء والأحفاد^(٣).

القول الثاني: التسوية في العطية مخصوصة بالأولاد دون الأحفاد، وهو قول بعض الحنابلة والظاهرية، فقد ذهب بعض الحنابلة إلى أن التسوية في العطية مخصوصة بأولاد الصلب، ولا يسري هذا الحكم في غير أولاد الصلب من بقية الفروع، وهو قول ابن حزم أيضًا، وعَلَّله بأن أولاد الصلب لم يأت النص إلا فيهم، ولم يأت في ولد الولد؛ وقد كان لأصحاب النبي صلى الله عليه وآله وسلم بنو بنين وبنو بنات، فلم يوجب عليه الصلاة والسلام إعطاءهم ولا العدل فيهم^(٤).

ويناقش هذا الاستدلال بأن قوله عليه الصلاة والسلام: (اعدلوا بين أولادكم)^(٥) عام، والولد حقيقة في ابن الصلب المباشر ذكرًا كان أو أنثى، ومجاز في ابن الابن أو ابن البنت ذكرًا كان أو أنثى، وحَمَلَ اللفظ على حقيقته ومجازه معًا جائز، فلفظ: (أولادكم) يشمل كل الفروع أولادًا كانوا أو أحفادًا، وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: (أَيَسْرُكُ أَنْ يَكُونُوا إِلَيْكَ فِي الْبِرِّ سَوَاءً)^(٦) قرينة دالة على أن الولد يشمل الابن وابن الابن لاشتراك الأب والجد في إرادة استواء الأبناء في برهم، كما أن ابن الابن يلحق بالابن بجامع الولادة في النفقة، وحصول العتق، وسقوط القود؛ فنفقة الابن وإن نَزَلَ تَلَزَمَ الأب وإن علا، كما أن الأبوة مانع من استرقاق الابن وإن نزل، وكذلك فلا قصاص بقتل الإنسان ولده وإن سَفَلَ، كما هو مقرر في موضعه من كتب الفروع^(٧).

أما القانون اليمني فلم يذكر حكم هذه المسألة.

(١) تحفة المحتاج ٦ / ٣٠٧.

(٢) الإنصاف ٧ / ١٣٧، بتصرف.

(٣) بدائع الصنائع ٦ / ١٢٧، شرح أبي الحسن على الرسالة - بحاشية العدوي - ٢ / ٢٦١، ٢٦٢.

(٤) المَحَلَّى ٨ / ٩٦، ١٠٦.

(٥) سبق تخريجه.

(٦) سبق تخريجه.

(٧) التسوية بين الأولاد والأقارب - مرجع سابق ص ١٥.

المطلب الخامس

رجوع الوالد عن عطيته لولده

اختلف الفقهاء في ذلك اختلافاً متشعباً ومتداخلاً ويمكن تلخيصه على النحو الآتي:

أولاً: رجوع الوالد عن العطية لولده:

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: يجوز للوالد أن يرجع عن عطيته لولده، وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة^(١)، واستدلوا بالأدلة الآتية:

١- حديث النعمان بن بشير (أن أباه أتى به إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال: إني نحلته ابني هذا غلاماً قال: «أكل ولدك نحلته مثله»؟ قال: لا، قال: «فأرجعه» وفي البخاري «فرد تلك العطية»^(٢)، قال ابن قدامة: أمره بالرجوع في عطيته وأقل أحوال الأمر الجواز وقد امتثل بشير بن سعد ذلك فرجع في هبته لولده ألا تراه قال في الحديث: «فرجع أبي فرد تلك العطية»^(٣).

٢- أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: (لا يحل لرجل أن يعطي عطية أو يهب هبة فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده)^(٤)، وهذا الحديث نص في محل النزاع يخصص الحديث الدال على النهي عن الرجوع في الهبة مطلقاً^(٥).

٣- أن الأب لا يتهم في رجوعه لأنه لا يرجع إلا لضرورة أو لإصلاح الولد^(٦).

(١) المنتقى ١١٦/٦، حاشية الدسوقي والشرح الكبير ١١٠/٤، بداية المجتهد ٣٣٢/٢، الذخيرة ٢٦٦/٦، ٢٦٥، حلية العلماء ٥٢/٦، المذهب وتكملة المجموع ٣٨٢/١٥، ٣٩٤، المنهاج ومغني المحتاج ٤٠١/٢، المغني ٢٦١/٨، الإنصاف ١٤٥/٧.

(٢) البخاري مع الفتح ٢١١/٥ في الهبة باب الهبة للولد حديث ٢٥٨٦، صحيح مسلم ١٢٤١/٣ في الهبات باب كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة حديث ١٦٢٣.

(٣) المغني ٢٦٢/٨.

(٤) سنن أبي داود ٨٠٨/٣ في البيوع والإجازات باب الرجوع في الهبة حديث ٣٥٣٩، سنن الترمذي ٤٤٣/٤ في الولاء والهبة باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة حديث ٢١٣٢، سنن النسائي ٢٦٥/٦ في الهبة باب رجوع الوالد فيما يعطي ولده حديث ٣٦٩٠، سنن ابن ماجه ٧٩٥/٢ في الهبة باب من أعطى ولده ثم رجع فيه حديث ٢٣٧٧، المستدرک ٤٦/٢، الإحسان بترتيب ابن حبان ١١/ ٥٢٤ حديث ٥١٢٣، مسند الإمام أحمد ٢٧/٢ قال الترمذي: حديث حسن صحيح، وصححه ابن حبان بإيراده في صحيحه، وصححه الألباني إرواء الغليل حديث رقم ١٦٢٤.

(٥) المغني ٢٦٢/٨.

(٦) المذهب مع المجموع ٣٨٣/١٥.

القول الثاني: لا يجوز للأب أن يرجع في عطيته لولده، وهو قول الحنفية وأحمد في رواية مرجوحة والثوري^(١)، وقد استدلوا بالأدلة الآتية:

١- قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: (العائد في هبته كالعائد في قيئه)^(٢)، فالحديث يدل بعمومه على عدم جواز الرجوع في الهبة مطلقاً ويدخل فيه الوالد إذا وهب ولده، ويناقش هذا الاستدلال بأن هذا الحديث عام تخصصه الأحاديث السابقة ذكرها التي تجيز رجوع الوالد.

٢- قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم: (إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها)^(٣)، فالحديث يصرح بعدم جواز رجوع الوالد.

٣- ما روى مالك في الموطأ أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: «من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يريد ثوابها فإنه يرجع فيها إن لم يرض منها»^(٤).

الترجيح:

من خلال مناقشة أدلة القولين نجد أن القول بجواز رجوع الوالد في عطيته لولده هو الراجح، لأن حديث العائد في هبته الذي استدل به أصحاب القول الثاني عام قد خصصه الحديث الذي استدل به أصحاب القول الأول، في حين أن الحديث الثاني الذي استدل به أصحاب القول الثاني من طريق الحسن منكر، كما أن الأثر عن عمر رضي الله عنه يعارض الحديث؛ فيقدم الحديث عليه.

ثانياً: حكم رجوع الوالدة عن عطيتها لولدها:

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يجوز للأُم أن ترجع في عطيتها لولدها، وهو قول الشافعية في المشهور

(١) البداية وشرحها الهداية مع شرح فتح القدير ٤٤/٩، بدائع الصنائع ١٣٢/٦، مختصر الطحاوي، ص ١٣٩، المغني ٢٦١/٨، الإنصاف ١٤٥/٧.

(٢) صحيح البخاري مع الفتح ٢١٦/٥ في الهبة باب هبة الرجل لامرأته... حديث ٢٥٨٩، صحيح مسلم ١٢٤٠/٣ في الهبات باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة حديث ١٦٢٢.

(٣) المستدرک ٥٢/٢، سنن الدارقطني ٤٤/٣، السنن الكبرى للبيهقي ١٨١/٦ قال الحاكم: صحيح على شرط البخاري وسكت عنه الذهبي وقال الدارقطني: انفرد به عبد الله بن جعفر. وقال البيهقي: لم نكتبه إلا بهذا الإسناد وليس بالقوي وقال الزيلعي نقلاً عن ابن عبد الهادي: حديث منكر وهو من أنكر ما روي عن الحسن عن سمرة، نصب الراية ١٢٧/٤، وقال الألباني: منكر، السلسلة الضعيفة حديث رقم ٣٦١.

(٤) الموطأ رقم ١٤٣٦

وبعض من الحنابلة^(١)، واستدلوا بالأدلة الآتية:

١- قوله صلى الله عليه وآله وسلم: (سوا بين أولادكم) قال ابن قدامة: «ينبغي أن تتمكن الأم من التسوية، والرجوع في العطية طريق في التسوية وربما تعين طريقاً فيها إذا لم يمكن إعطاء الآخر مثل عطية الأول ولأنها لما ساوت الأب في تحريم تفضيل بعض ولدها ينبغي أن تساويه في التمكن من الرجوع تخليصاً لها من الإثم وإزالة للتفضيل المحرم»^(٢).

٢- عموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم: (لا يحل لرجل أن يعطي عطية أو يهب هبة فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده) فالوالد يشمل الأب والأم.

القول الثاني: ليس للأم أن ترجع في عطيتها لولدها، وهو قول الحنفية والحنابلة في المذهب وبعض الشافعية^(٣)، واستدلوا بالأدلة الآتية:

١- قال الإمام أحمد لما سئل عن حكم رجوع المرأة في هبتها لولدها: «ليس هي عندي في هذا كالرجل لأن للأب أن يأخذ من مال ولده والأم لا تأخذ» وذكر الحديث الذي روته عائشة (أطيب ما أكل الرجل من كسبه وإن ولده من كسبه)^(٤).

٢- المراد بالوالد الأب في قوله صلى الله عليه وآله وسلم: (لا يحل لرجل أن يعطي عطية أو يهب هبة فيرجع فيها إلا الوالد)^(٥) فعلى هذا ليس للأم رجوع في هبتها لولدها.

القول الثالث: يجوز للأم أن ترجع في عطيتها لولدها بشرط أن يكون الولد كبيراً خرج عن حد اليتيم أو صغيراً له أب وأن لا تريد بهبتها ثواب الآخرة وهو قول المالكية^(٦)، لأنه يجوز العود للمتصدق في صدقة التطوع فإذا وهبت الأم ولدها وكان لا أب له فإن كان صغيراً لم يخرج عن حد اليتيم فتعد تلك الهبة كالصدقة فلا رجوع لها، وأما إن كان كبيراً

(١) المذهب وتكملة المجموع ٣٨٢/١٥، ٣٨٥، حلية العلماء ٥٢/٦، مغني المحتاج ٤٠١/٢، المغني ٢٦٢/٨، ٢٦٣، الإنصاف ١٥٠/٧، المحرر ٣٧٥/١.

(٢) المغني ٢٦٣/٨.

(٣) مختصر الطحاوي ص ١٣٩، البداية وشرحها مع شرح فتح القدير ٤٤/٩، بدائع الصنائع ١٣٢/٦، المذهب مع المجموع ٣٨٢/١٥، المغني ٢٦٣/٨، الإنصاف ١٥٠/٧.

(٤) المغني ٢٦٣/٨، وانظر للحديث مسند الإمام أحمد ٤٢/٦، سنن ابن ماجه ٧٢٣/٢ في التجارات باب الحث على المكاسب حديث ٢١٣٧، الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان ٧٤/١٠ حديث ٤٢٦١، شرح السنة ٣٢٩/٩.

(٥) مغني المحتاج ٤٠٢/٢.

(٦) المنتقى ١١٦/٦، بداية المجتهد ٣٣٢/٢، حاشية الدسوقي ١١٠/٤.

خرج عن حد اليتيم أو صغيراً له أب، فإن نوت بعطيتها ثواب الآخرة فهي صدقة فلا رجوع لها، وإن لم تنو ثواب الآخرة فلها الرجوع لمشاركتها الأب في قرب الولادة ومباشرتها^(١).

الترجيح:

من خلال مطالعة أدلة الفقهاء ومناقشتها في هذه المسألة فنحن نميل إلى ترجيح القول بجواز رجوع الأم في عطيتها لولدها مطلقاً سواء كان صغيراً أو كبيراً مثلها في ذلك مثل الوالد لقوة أدلة القائلين بذلك حيث أنه لا فرق بين الوالد والوالدة في جواز الرجوع عن العطية للولد.

رجوع الوالد عن عطيته في القانون اليمني:

أجاز قانون الأحوال الشخصية للوالد والوالدة الرجوع عن عطيتهما لأولادهما حسبما ورد في المادة (١٩٦) فقرة (٢) واشترط القانون لذلك ألا تكون العطية قد استهلكت حقيقة أو حكماً حسبما ورد في المادة (١٩٧).

(١) حاشية الدسوقي ٤/١١٠، ١١١، المعونة ٣/١٦١٥.

خاتمة البحث

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات الذي أعانني ووفقني في إتمام هذا البحث الذي توصلت فيه إلى نتائج وتوصيات عدة، سوف أذكر أهمها على النحو الآتي:

أولاً: نتائج البحث؛

١- العطية تمليك الوالد لولده مائلاً أو منفعة في أثناء حياته، ولها أحكامها التي تختلف عن التصرفات المشابهة أو المقاربة لها كالهبة والصدقة والهبة والوصية والنفقة والسعاية والقسمة.

٢- تختلط العطية بغيرها من التصرفات المشابهة والمقاربة بسبب عدم إطلاق مصطلح خاص بالعطية وهي المال الذي يعطيه الوالد لأولاده في أثناء حياته خاصة، فالفقه والقانون يتناول ما يعطيه الوالد لأولاده ضمن الهبة مطلقاً، في حين أن هذه العطية لها أحكامها التي تختلف عن الهبة وعن غيرها.

٣- اختلف الفقهاء بشأن حكم التسوية بين الأولاد في العطية حيث ذهب بعضهم إلى تحريم التفضيل مطلقاً بين الأولاد في العطية وذهب فريق ثانٍ إلى أن ذلك محرم إلا إذا كان التفضيل لسبب يستوجب ذلك، وذهب فريق ثالث إلى أن ذلك مكروه مطلقاً، وذهب فريق رابع إلى أن ذلك محرم إذا كان قصد الوالد من ذلك الإضرار ببقية أولاده، والرأي الراجح منها هو القول بتحريم المفاضلة بين الأولاد إلا إذا كان التفضيل لسبب يستوجب ذلك.

٤- اختلف الفقهاء بشأن التسوية بين الذكور والإناث من الأولاد في العطية على قولين، الأول يذهب إلى أنه تجب التسوية بين الأولاد في العطية ذكوراً وإناثاً من غير فرق، في حين يذهب القول الثاني إلى أن العطية تكون للذكر مثل حظ الأنثيين مثل الميراث، والرأي الراجح هو القول الأول حسبما هو مبين في موضعه في البحث.

٥- إذا قام الوالد بتوزيع كل أملاكه على أولاده في أثناء حياته فتسري على ذلك التصرف أحكام العطية وليس القسمة.

٦- الأصل العام في الشريعة الإسلامية التسوية بين الأولاد في العطية إلا أنه ترد استثناءات على هذا الأصل كاحتياج الولد أو كثرة عياله أو ضعفه أو مرضه أو فقره وكذا في حالة عقوق الولد أو فسقه أو فساده بحسب القول الراجح.

- ٧- تسري على عطية الأم الأحكام ذاتها التي تسري على عطية الأب على قول جمهور الفقهاء وهو القول الراجح بخلاف قول الإباضية.
- ٨- تسري على عطية الجد لأحفاده الأحكام ذاتها التي تسري على عطية الأب بحسب القول الراجح.
- ٩- اختلف الفقهاء بشأن جواز رجوع الوالد أو الوالدة عن عطيتهما لأولادهما على ثلاثة أقوال، الأول: يجيز للوالدين الرجوع، والقول الثاني: لا يجيز ذلك، والقول الثالث فيه تفصيل، والقول الراجح هو القول الأول.
- ١٠- نظم القانون اليمني العطية ضمن الهبة في نصوص مجملة متناثرة ومتناقضة وخلط بين العطية والوصية والقسمة مخالفاً بذلك للقول الراجح في الفقه الإسلامي، كما أنه لم يذكر حكم عطية الجد لأحفاده ولم يتناول الاستثناءات التي تجوز فيها المفاضلة بين الأولاد في العطية إذا كانت لأسباب تستوجب ذلك أنه أ.

ثانياً: التوصيات؛

- ١- تعديل قانون الأحوال الشخصية على النحو الآتي:
 - أ- تعديل مصطلح الهبة للأولاد إلى العطية، لأن العطية تختلف في كثير من أحكامها عن الهبة، وتضمن القانون نصاً صريحاً يلحق عطية الجد لأب بعطية الوالد، وتضمن القانون نصاً يجيز المفاضلة بين الأولاد في العطية إذا كانت هناك أسباباً ضرورية تستوجب ذلك كمرض مزمن أو عاهة.
 - ب- جمع النصوص القانونية التي نظمت العطية في باب واحد أو في موضع واحد من القانون حتى تكون متوافقة وغير متناقضة.
 - ج- تعديل المادة (١٨٦) التي تنص على أن (الهبة للوراث ووارثه في حياته تأخذ حكم الوصية إلا فيما استهلكه الموهوب له في حياة الواهب حقيقة أو حكماً) لأن العطية تختلف في معناها وأحكامها عن الوصية، ولأن هذا النص قد عطل تماماً أحكام العطية وجعلها كأن لم تكن.
 - د- تعديل المادة (١٨٣) التي نصت على أنه (تجب المساواة في الهبة والمشتبهات بها بين الأولاد وبين الورثة بحسب الفريضة الشرعية) لأن هذا النص يخالف القول الراجح في الفقه الإسلامي فضلاً عن أنه يفقد العطية ذاتيتها ويجعلها بمثابة قسمة ميراث، في حين أن المعطي لا زال على قيد الحياة، إضافة إلى أن

- هذا النص يتناقض مع نص المادة (١٨٦) الذي جعل العطية بمثابة الوصية.
- ٢- قيام وزارة العدل وحقوق الإنسان بإعداد نموذج لوثيقة عطية على غرار نماذج التصرفات التي قامت الوزارة بإعدادها وتعميمها على الأمناء الشرعيين وأقلام التوثيق بالمحاكم للعمل بموجبها حتى لا يترك هذا الأمر للاجتهاد والاختلاف.
- ٣- قيام وزارة العدل وحقوق الإنسان بتنظيم دورات تدريبية لتوعية القضاة والمحامين والأمناء الشرعيين والموثقين بأحكام العطية في الفقه الإسلامي باعتبار الفقه الإسلامي المرجع للقضاة والمحامين عند تطبيق النصوص القانونية النازمة للعطية.
- ٤- قيام وزارة العدل وحقوق الإنسان بتنظيم حملات توعية للمواطنين بأحكام العطية بطريقة مبسطة ومناسبة بواسطة وسائل الإعلام المختلفة.

قائمة المراجع

- ١- الاستذكار، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر المتوفى ٤٦٣هـ، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ.
- ٢- أسنى المطالب شرح روض الطالب، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري المتوفى ٩٢٦هـ، دار الكتب العلمية بيروت ١٣١٣هـ.
- ٣- أصول السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي المتوفى ٤٨٣هـ، دار المعرفة بيروت ١٤١٤هـ.
- ٤- إعلاء السنن، ظفر أحمد العثماني التهانوي، تحقيق: محمد تقي عثمانى، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية - كراتشي ١٤١٨هـ.
- ٥- الإنصاف إلى معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرادوي المتوفى ٨٨٥هـ، هجر للطباعة والنشر، القاهرة الطبعة الأولى ١٤١٥هـ.
- ٦- أنوار البروق في أنواع الفروق، أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القرافي المتوفى ٦٨٤هـ، وزارة الأوقاف بالسعودية ١٤٣١هـ.
- ٧- الأم، محمد بن إدريس الشافعي المتوفى سنة ٢٠٤هـ، مكتبة الكليات الأزهرية الطبعة الأولى ١٣٨١هـ.
- ٨- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين أبو بكر بن مسعود أحمد الكاساني المتوفى سنة ٥٨٧هـ-المطبعة الجمالية ١٣٢٨هـ.
- ٩- بداية المجتهد، محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد المتوفى سنة ٥٩٥هـ، تحقيق محمد صبحي حلاق طبعة ١٤١٥هـ.
- ١٠- البناية شرح الهداية، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد العيني المتوفى سنة ٨٥٥هـ، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ.
- ١١- بلغة السالك لأقرب المسالك بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي، الشهير بالصاوي المالكي المتوفى سنة ١٢٤١هـ، دار المعارف، د.ط، د.ت.
- ١٢- البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد المتوفى سنة ٥٢٠هـ، دار الغرب الإسلامي بيروت الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ.

- ١٣- تحفة المودود بأحكام المولود، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن قيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١هـ، دارالبيان دمشق الطبعة الأولى ١٣٩١هـ.
- ١٤- تحفة المحتاج، شهاب الدين أحمد بن محمد بن علي بن حسن الهيتمي المتوفى سنة ٨٥٢هـ- المكتبة التجارية الكبرى ١٣٥٧هـ.
- ١٥- التسوية بين الأبناء والأقارب في الهبات والعطايا، د. أحمد ممدوح سعد، منشور في الموقع الإلكتروني www.islamtoday.net.
- ١٦- التسوية بين الأبناء في العطية، مصباح المتولي السيد حماد، دارالطباعة المحمدية ١٩٩٥م.
- ١٧- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر المتوفى سنة ٤٦٣هـ، وزارة الأوقاف بالمغرب ١٣٨٧هـ.
- ١٨- حاشية ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين المتوفى سنة ١٢٥٢هـ، دار الفكر بيروت، الطبعة الثانية ١٤١٢هـ.
- ١٩- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن عرفة الدسوقي المتوفى سنة ١٢٣٠هـ - مطبعة التقدم العلمية بالقاهرة - طبعة ١٣٣١هـ.
- ٢٠- حاشية العدوي على شرح الرسالة، علي بن أحمد بن مكرم العدوي أبو الحسن المتوفى سنة ١١٨٩هـ، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر بيروت، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
- ٢١- الحاوي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي المتوفى سنة ٤٥٠هـ، تحقيق الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دارالكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.
- ٢٢- حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء، محمد بن أحمد بن الحسين بن عمر الشاشي القفال المتوفى سنة ٥٠٧هـ، مؤسسة الرسالة بيروت، الطبعة الأولى ١٩٨٠م.
- ٢٣- الذخيرة، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الشهير بالقراقي المتوفى سنة ٦٨٤هـ، دار الغرب الإسلامي بيروت، الطبعة الأولى ١٩٩٤م.
- ٢٤- روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي المتوفى سنة ٦٧٦هـ، المكتب الإسلامي بيروت، الطبعة الثالثة ١٤١٢هـ.

- ٢٥- سنن ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد ابن ماجه المتوفى سنة ٢٧٣هـ - تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي - دار إحياء التراث العربي ١٣٩٥هـ.
- ٢٦- سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السَّجِسْتَانِي المتوفى سنة ٢٧٥هـ، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الرسالة العالمية ٤٠٣٠هـ .
- ٢٧- سنن البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي المتوفى سنو ٤٥٨هـ دار الكتب العلمية ١٤٢٤هـ.
- ٢٨- سنن الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد الدارقطني المتوفى سنة ٣٨٥هـ، تحقيق: عبد الله هاشم يماني، مطبعة دار المحاسن مصر ١٣٨٦هـ.
- ٢٩- شرح الخرشي لمختصر خليل، أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي المتوفى سنة ١١٠١هـ- المطبعة الأميرية ١٣١٧هـ.
- ٣٠- الشرح الكبير على متن المقنع، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المتوفى سنة ٦٨٢هـ، دار الفكر بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ.
- ٣١- شرح صحيح البخاري، ابن بظال ابو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك المتوفى ٤٤٩هـ، مكتبة الرشد السعودية الطبعة الثانية ١٤٢٣هـ.
- ٣٢- شرح معاني الآثار، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك المعروف بالطحاوي المتوفى سنة ٣٢١هـ، عالم الكتب، الأولى ١٤١٤هـ.
- ٣٣- صحيح البخاري (الجامع الصحيح)، الإمام محمد بن إسماعيل البخاري المتوفى سنة ٢٥٦هـ- الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ.
- ٣٤- عمدة القاري، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد العيني المتوفى سنة ٨٥٥هـ، دار الكتب العلمية - بيروت ١٤٢١هـ.
- ٣٥- فتاوي ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي المتوفى سنة ٧٢٨هـ، دار الكتب العلمية الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ- ١٩٨٧م.
- ٣٦- الفتاوى الهندية، نظام الدين البلخي وآخرون- دار الفكر بيروت، الطبعة الثانية ١٣١٠هـ.

- ٣٧- فتح الباري شرح صحيح البخاري، شهاب الدين أبو الفضل العسقلاني المعروف بابن حجر المتوفى ٨٥٢هـ، مكتبة ومطبعة البابي الحلبي مصر ١٣٧٨هـ.
- ٣٨- كشف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي المتوفى سنة ١٠٥١هـ - دار الفكر بيروت ١٤٠٣هـ.
- ٣٩- لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي بن منظور المتوفى سنة ٧١١هـ، دار صادر بيروت، الطبعة الثالثة ١٤١٤هـ.
- ٤٠- المبدع في شرع المقنع، أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن مفلح المتوفى سنة ٨٨٤هـ، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.
- ٤١- المبسوط، شمس الدين محمد بن أحمد السرخسي المتوفى سنة ٤٨٣هـ - مطبعة السعادة بمصر الطبعة الأولى، ١٣٢٤هـ.
- ٤٢- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان شيخي زاده المتوفى سنة ١٠٧٨هـ، دار الكتب العلمية ١٤١٩هـ.
- ٤٣- المحلى، ابن حزم علي بن أحمد بن سعيد المتوفى سنة ٤٥٦هـ - مطبعة دار الاتحاد العربي ١٣٨٧هـ.
- ٤٤- المستدرک، أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد المتوفى سنة ٤٠٥هـ، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.
- ٤٥- مصنف عبد الرزاق، أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني المتوفى سنة ٢١١هـ، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي - الهند، الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ.
- ٤٦- المصباح المنير، أحمد بن محمد علي المقرئ الفيومي، ١٩٨٧م - مكتبة لبنان.
- ٤٧- المصنف في الأحاديث والآثار، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان العبسي المتوفى سنة ٢٣٥هـ، مكتبة الرشد بالرياض، الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ.
- ٤٨- مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى، مصطفى بن سعد السيوطي المتوفى سنة ١٢٤٣هـ، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية ١٤١٥هـ.
- ٤٩- المعونة على مذهب عالم المدينة، أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي المتوفى سنة ٤٢٢هـ، تحقيق حميش عبد الحق، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز - مكة المكرمة، د. ط.

- ٥٠- مغني المحتاج، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني المتوفى سنة ٩٧٧هـ - دارالكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ.
- ٥١- المغني، ابن قدامة عبد الله بن محمد المقدسي المتوفى سنة ٦٢٠هـ، دار عالم الكتب ١٤١٧هـ.
- ٥٢- مفردات غريب القرآن، أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني المتوفى سنة ٥٠٢هـ، دار القلم بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ.
- ٥٣- المنتقى شرح الموطأ، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد الباجي الأندلسي المتوفى سنة ٤٧٤هـ، مطبعة السعادة، الطبعة الأولى، ١٣٣٢هـ.
- ٥٤- المنهاج شرح صحيح مسلم، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي المتوفى سنة ٦٧٦هـ، دار إحياء التراث العربي بيروت، الطبعة الثانية ١٣٩٢هـ.
- ٥٥- مواهب الجليل، محمد بن محمد بن عبد الرحمن الخطاب المتوفى سنة ٩٥٤هـ، دار الفكر، الطبعة الثالثة ١٤١٢هـ.
- ٥٧- موطأ مالك، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني المتوفى سنة ١٧٩هـ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٥م.
- ٥٨- نصب الراية لأحاديث الهداية، جمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعي، المتوفى سنة ٧٦٢هـ - الطبعة الثانية - المكتب الإسلامي بيروت ١٣٩٣هـ.

حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات التجاري (دراسة مقارنة)

القاضي. الدكتور/ أحمد ناصر الركن

مجلة
الدراسات
القانونية
والقضائية

مقدمة

يشهد العالم حالياً تطورات مذهلة في الفضاء الإلكتروني، تتسم بالسرعة الفائقة، ورافق هذا التطور معاملات الكترونية لم تكن بالحسبان، وتمخض عن هذه التعاملات ظهور بما يسمى - بالمحررات الإلكترونية، والتوقيعات الإلكترونية- التي فرضت نفسها على الواقع المعاصر، كبديل عن المحررات التقليدية التي كانت سائدة في المعاملات التجارية والمدنية المختلفة.

وأصبح من غير الممكن إتمام المعاملات، أو على الأقل معظمها دون استخدام هذا النوع من المحررات، وهو ما أوجد فجوة بين الواقع والقانون؛ كون الأولى تتمتع بحجية كاملة في الإثبات، بينما الأخرى لا تتمتع بأي حجية، مما جعل القواعد القانونية الحالية غير مستقرة، وغير ملبية لطموحات المجتمع؛ الذي يصبح في فضاء الإلكتروني ليس له مثيل.

فالكل أصبح يلمس بوضوح ويدرك أن المعاملات التجارية الإلكترونية بحاجة إلى سن تشريعات تستجيب للمعطيات المستجدة والمتزايدة، سواء كان على المستوى الدولي، أو على المستوى الوطني، لمواكبة التطور، ومن ثم تضي على هذا النوع من المعاملات القوه الثبوتية في الإثبات، وهو ما استجاب له المشرع الدولي والوطني وقام بسن تشريعات تواكب هذا الكائن الجديد على الساحة وهو الأمر الذي يقتضي منا تسليط الضوء عليه، والوقوف على القواعد القانونية التي تنظم مفرداته وتطويع المبادئ العامة لتستطيع استيعاب هذه المفردات؛ لأن هذه المعاملات سواء كانت الداخلية، أو الدولية لابد من حدوث نزاع بشأنها وهذا النزاع قد يتنوع؛ كونه ناجماً عن معاملات مستحدثة ومختلفة عن المنازعات التقليدية.

والتساؤلات التي يمكن طرحها على بساط هذا البحث، إذا كان المحرر الإلكتروني هو البديل العملي للمحررات التقليدية فكيف يمكن إثباته؟ وهل يمكن للقضاء الاعتداد بالقوة الثبوتية للمحررات الإلكترونية؛ وما الوسائل التي تضمن حماية هذه المحررات من العبث والتزوير إذا ما أثير نزاع بشأنه؟! هذه التساؤلات وغيرها يمكن لنا الإجابة عليها من خلال المبحثين الآتيين: المبحث الأول: نتحدث فيه عن ماهية المحررات أما المبحث الثاني فنخصصه لحجية المحررات الإلكترونية ودورها في الإثبات التجاري.

أولاً - الأهمية العلمية والعملية للموضوع:

تظهر أهمية هذه الدراسة أنها موضع اهتمام العديد من المحافل الدولية، والإقليمية، والوطنية، كما أصبحت اليوم شغلها الشاغل لفكر العديد من فقهاء القانون، ومن ثم فقد أتت هذه الدراسة لتسلط الضوء على جانب مهم الذي كان وما يزال مثار جدل، ويعد من المواضيع الجديرة بالبحث هو «مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات التجاري» مع تسليط الضوء على أحكام قانون أنظمة الدفع اليمني، والوقوف على كيفية معالجة المشرع لهذه لنظم الحديثة على الساحة البحثية، والتي تشكل هذه الدراسة من وجهة نظر بحثية إضافة جديدة للمكتبة اليمنية التي تكاد تندر من دراسات سابقة لمثل كهذا مواضيع.

ثانياً - أسباب اختيار موضوع البحث من قبل الباحث:

١. بروز الكثير من المنازعات القانونية والتقنية حيرت رجال القانون في كيفية التعامل مع هذا الكائن الجديد على الساحة القضائية.
٢. الإسهام في إيضاح بعض المفاهيم الغائبة عن الأذهان لمفهوم المحررات الإلكترونية.
٣. غياب الدراسات حول هذه المواضيع الشائكة، والغائبة عن الأذهان.
٤. تفشي ظاهرة القرصنة الكترونية على المواقع ووثائق وأسرار الدول.

ثالثاً - إشكالية البحث:

ترجع إشكالية البحث إلى ما يتميز به من صفة فنية، ومفردات اصطلاحية جديدة، كالبرامج، والبيانات الإلكترونية التي تتميز بطبيعة خاصة متفردة، والذي يعود إلى عدة عوامل، منها حداثة ظهور الحاسب الآلي وتقنية تشغيله، ولهذا أصبح لا يكفي أن يكون الباحث متخصصاً في القانون، بل يتعين عليه أن يكون ملماً بالجوانب الفنية للحاسب الآلي، والإنترنت ليتمكن من إيجاد الحلول للتحديات والمشاكل القانونية التي تثيرها شبكة الاتصال والمعلومات.

خامساً - أهداف البحث:

١. معرفة طبيعة هذه المستندات التي أفرزتها التقنية الحديثة على الساحة القضائية.
٢. التأطير القانوني للمحررات الإلكترونية التي أفرزتها شبكة الاتصال والمعلومات الإلكترونية.

سادساً - منهجية البحث:

سوف يتبع الباحث بإذن الله كلاً من المنهج الوصفي، والمنهج المقارن بعرض أكثر من تشريع دولي ومحلي، والمنهج التحليلي إن احتاج الأمر إلى ذلك.

خطة البحث

وتشتمل على الإطار القانوني لحجية المحررات الإلكترونية في الإثبات التجاري، وإجراء دراسة مقارنة عليها، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: المحررات التقليدية والإلكترونية والمقارنة بينهما

المطلب الأول: مفهوم المحررات التقليدية والإلكترونية

الفرع الأول: مفهوم المحررات التقليدية

الفرع الثاني: مفهوم المحررات الإلكترونية

المطلب الثاني: المقارنة بين المحررات التقليدية والإلكترونية

الفرع الأول: المقارنة بينهما من حيث الكتابة

الفرع الثاني: المقارنة بينهما من حيث التوقيع

المبحث الثاني: مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات التجاري

المطلب الأول: حجية المحررات الإلكترونية في التشريعات الوطنية والدولية

الفرع الأول: حجية المحررات الإلكترونية في التشريعات الوطنية

الفرع الثاني: حجية المحررات الإلكترونية في التشريعات الدولية

المطلب الثاني: الوسائل الوقائية لحماية للمحررات الإلكترونية

الفرع الأول: التشفير

الفرع الثاني: التصديق

الخاتمة

المبحث الأول

ماهية المحررات التقليدية والإلكترونية والمقارنة بينهما

تمهيد :

تطورت المحررات وتنوعت بفضل التقدم التكنولوجي - أو ما يطلق عليه - عصر ثورة المعلومات والبيانات، وظهرت وسائل لم تكن معروفة من قبل لإثباتها، وما زال هذا العلم في تطور دائم ومستمر وسريع، وقد رافق ذلك التطور تساؤلات جمه بحاجة إلى حلول قانونية عاجلة نظراً لتحول المجتمع من مجتمع ورقي إلى مجتمع لا ورقي.

وفيما مضى كانت المحررات التقليدية قد بلغت ذروتها وانشغل الفقه والقضاء في وضع الحلول والاجتهادات لها، وبعدها استمر العمل بها رداً من الزمن بدأت تتراجع شيئاً فشيئاً ليحل محلها تدريجياً المحررات الإلكترونية مصحوبة بكتابة وتوقيع الإلكترونية تتم عبر دعائم لا ورقية، وأثرت هذه الوسائل تأثيراً واضحاً في طبيعة المعاملات التجارية، لكن السؤال الذي يُطرح على بساط البحث ما هو مفهوم المحررات؟ وكيف يمكن المقارنة بينهما وهل عالج المشرع هذا التطور بوضع حلول قانونية لوضع إطار قانوني منظم لها؟! هذا ما يتعين الإجابة عليه في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: مفهوم المحررات التقليدية والإلكترونية.

المطلب الثاني: المقارنة بين المحررات التقليدية والإلكترونية.

المطلب الأول

مفهوم المحررات التقليدية والإلكترونية وشرطها

تمهيد :

المحررات التي يعتد بها في إثبات المعاملات التجارية؛ إما أن تكون محررات تقليدية، أو محررات الإلكترونية، والمحررات التقليدية، إما أن تكون محررات رسمية، أو محررات عرفية، والمحررات الرسمية: هي تلك التي يتم تحريرها بمعرفة شخص مكلف بخدمة عامة وطبقاً للأوضاع القانونية، أما المحررات العرفية: فهي التي يتم تحريرها من أشخاص عاديين ليست لهم صفة الرسمية.

لكن ما يميز المحرر الرسمي عن المحرر العرفي هو أن الأول يتمتع بحجية مطلقة ولا

يمكن دحضه إلا الطعن بتزويره، بخلاف المحرر العرفي الذي يتمتع بحجية نسبية بين أطرافه، ويمكن دحضه بالإنكار وفقاً لقانون الإثبات اليمني وأغلب قوانين الإثبات العربية^(١).

أما المحررات الإلكترونية فهي تلك التي تتم عبر وسائط الكترونية وعبر معالجات إلكترونية وهي بذلك تختلف عن تلك المحررات الورقية، وقد عالجت معظم التشريعات العربية والأجنبية المحررات التي تستخرج عن طريق نظام الحاسب الآلي وسواتها من حيث الحجية بالمحررات التقليدية، ونعرض فيما يلي لهذا النوعين من المحررات في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: مفهوم المحررات التقليدية

الفرع الثاني: مفهوم المحررات الإلكترونية

الفرع الأول

مفهوم المحررات التقليدية وشروطها

تتنوع المحررات التقليدية التي يعتد بحجيتها في الإثبات، فإما أن تكون محررات رسمية، أي التي تتم عن طريق شخص ذي صفة رسمية، مدرج في السلم الوظيفي للدولة، أو محررات عرفية تتم بين أشخاص عاديين لا يتمتعون بصفة الرسمية، وتحدث عن هذه المحررات من خلال تعريفها، والوقوف على شروطها المختلفة.

أولاً: تعريف المحررات التقليدية:

١- تعريف المحررات الرسمية:

عرف قانون الإثبات اليمني^(٢) في المادة (٩٨) المحررات الرسمية بأنها: (التي يثبت فيها موظف عام، أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه في حدود اختصاصه، أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه).

ويلاحظ من النص أن المحررات الرسمية التي تحدث عنها المشرع، هي الأوراق الرسمية بشكل عام، التي تشمل في مفهومها؛ كل ورقة، أو محرر يصدر عن أجهزة السلطة، أو ما في حكمها، أو ما يتم توثيقه بها مثل: العقود، والقوانين، والقرارات الوزارية وغير الوزارية، وكذا القرارات الإدارية الصادرة من جهة الإدارة: كشهادة الميلاد، والوفاة،

(١) كالقانون المصري، والتونسي، واللبناني، والبحريني، والإماراتي... الخ.

(٢) القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢١) لسنة ١٩٩٢م بشأن الإثبات وتعديلاته بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٦م.

والشهادات الدراسية، والبطاقات الشخصية، والأوراق القضائية: كالأحكام، ومحاضر جلسات المحاكم، ومحاضر التحقيق، وأوراق المحضرين، والأوراق الطبية: كشهادات، والتقارير التي تصدرها المستشفيات وغيرها. لكن لا بد أن تكون صادرة وفقاً للشروط التي يقرها القانون بأن تكون صادرة من موظف عام مكلف بخدمة عامة، ويمارس عمله في حدود الاختصاص المنوط به مع التقيد بالأوضاع التي يقرها القانون^(١).

٢. تعريف المحررات العرفية:

عرف قانون الإثبات اليمني في المادة (٩٩) المحررات العرفية بأنها تلك: (التي تصدر من الأشخاص العاديين فيما بينهم ويجوز لهم تعميدها لدى الجهة المختصة في حضورهم بعد التأكد من أشخاصهم وموافقتهم على ما جاء فيها فتأخذ حكم المحررات الرسمية).

فالمحررات العرفية هي تلك المحررات والأوراق الأخرى غير الرسمية، التي تصدر من الأفراد في المعاملات والعلاقات فيما بينهم: كالقرارات، والمخالصات، والتصرفات، والعقود العرفية، والوصايا وغيرها التي لم يتدخل في تحريرها الموظف العام، ولا الشخص المكلف بخدمة عامة بحكم وظيفتهما.

بل يكون موقعاً عليها من الشخص الصادر عنه ذلك التصرف، أو الأشخاص الصادرة عنهم، ويمكن أن يكون المحرر العرفي غير موقع من أطرافه^(٢)، لكنه ليس حجة عليهم إلا إذا كان موقعاً من أطرافه؛ لأنه بمثابة إقرار على صحة تصرف معين.

ثانياً- الشروط القانونية اللازم توفرها في المحررات التقليدية:

الشرط الأول: صدور المحرر من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة:

والموظف العام^(٣): هو كل من يتم تعيينه في السلم الوظيفي للدولة للقيام بخدمة عامة، أو بعمل من أعمالها، أو تنفيذ أوامرها سواء كان يتقاضى أجراً على ذلك أم لا يتقاضى أجراً.

(١) د. علي صالح القيعطي: الإثبات في الكتابة المدنية والتجارية، مركز الصادق للنشر، صنعاء، الطبعة الثانية، ٢٠١٠م، ص ٩٢ وما بعدها.

(٢) د. علي صالح القيعطي: مرجع سابق، ص ١٠٨.

(٣) عرف القانون رقم (١٩) لسنة ١٩٩١م بشأن الخدمة المدنية في المادة (٢) بأن الموظف: (الشخص المعين بقرار من السلطة المختصة للقيام بعمل ذهني، أو مهني، أو حرفي، أو غيره تنظمه وظيفة مصنفة ومعتمدة في الموازنة العامة للدولة، والذي يعتبر بمجرد تعيينه في مركز نظامي سواء كانت الوظيفة دائمة، أو مؤقتة بموجب هذا القانون واللوائح المنفذة له والقوانين والقرارات الأخرى النافذة).

وعلى ذلك فيعد موظفاً عاماً محضر المحكمة، وكاتب العدل، والقاضي، وكاتب الجلسة والخبير، والموثقون بصفة عامة.

الشرط الثاني: صدور المحرر من موظف عام في حدود سلطته واختصاصه:

أي أن يكون الموظف ذا ولاية في تحرير المحررات، فإذا قام الموظف بإصدار المحرر بعد عزله، أو وقفه من العمل فإن المحرر سيكون باطلاً^(١)، وبالتالي لا يمكن أن يطلق على المحرر بالورقة الرسمية، كما يجب ألا يقوم مانع قانوني، أو مادي بالموظف يمنعه من إصدار المحرر، فلا يجوز له توثيق محرر يخصه هو، أو يخص أحد أقاربه حتى الدرجة الرابعة، كما يجب أن يدخل في اختصاصه إصدار هذا المحرر وفي المكان المكلف فيه، فلا يستطيع الموثق مثلاً أن يوثق عقاراً كائناً في تعزفيوثقه في صنعاء والعكس.

الشرط الثالث: مراعاة الأوضاع القانونية في تحرير المحرر:

يجب أن يلتزم الموظف في إصداره للمحرر الأوضاع والشروط والقواعد التي قررها القانون لإصدار مثل هذه المحررات، فلا بد أن يلتزم القاضي مثلاً بالأوضاع المقررة في تحرير الأحكام حتى يصبح الحكم ورقة رسمية، ويمكن أن يحتج بها.

الشرط الرابع: أن يكون المحرر موقعاً ممن هو حجة عليه:

هذا الشرط خاص بالمحرر العرفي إلى جانب الشروط السابق ذكرها، فالمحررات العرفية جعل لها القانون حجة إلى حد معين باعتبارها أدلة عارضة، وذلك كدفاتر التجار والأوراق المنزلية وأصول البرقيات وغيرها مما هو غير موقع^(٢).

الفرع الثاني

مفهوم المحررات الإلكترونية

استجابة لدخول البشرية عصراً جديداً يجمع بين مجال المعلوماتية وقطاع الاتصال، وما بينهما من انعكاس على التبادل التجاري، كتلك الصفقات التجارية الضخمة التي تتم

(١) إذا تخلفت هذه الشروط، أو أحدها بأن صدرت الورقة مثلاً: من غير موظف عام، أو صدرت من موظف عام ولكنه غير مختص، أو صدرت من موظف عام مختص ولكنه لم يلتزم بالأوضاع القانونية المقررة لتحرير المحرر، فإن الورقة تكون باطلة لكنها لا تفقد كل قيمتها، بل تكون لها قوة المحررات العرفية متى كانت موقعة من ذوي الشأن، إذا لم تكن الرسمية أحد أركانها. أما لو كانت الرسمية أحد أركان المحرر فإن الرسمية تعدم المحرر، ومن ثم ينعدم التصرف الصادر بناءً عليه لفقده أحد أركانه.

(٢) انظر أ. د. محمد بن حسين الشامي: شرح قانون الإثبات اليمني دراسة مقارنة، الجيل الجديد ناشرون، صنعاء، الطبعة الثالثة، ٢٠١٤م، ص ٢٠١.

عبر شبكة الاتصال الحديثة (الإنترنت).

فقد بادرت معظم التشريعات الدولية الحديثة، وعلى رأسها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري بسن تشريع أُطلق عليه اسم «قانون الأونسيترال للتوقيعات الإلكترونية»^(١)، وهو بمثابة قانون إرشادي للدول للاسترشاد به عند قيامها بسن تشريع مماثل.

وهو ما تنبه إليه المشرع الوطني، فقد صدرت العديد من التشريعات المماثلة^(٢)؛ لتواكب هذا التطور المتسارع في ميدان المعلوماتية الإلكترونية؛ لكي توفر الأمان والثقة لدى المتعاملين في هذا المجال الخصب، الذي لا يمكن الاستغناء عنه، وتضمن الخصوصية بهذه الوسيلة، خصوصاً القطاع التجاري منه.

وهذا ما يحتم علينا تناوله في هذا الفرع وهو تعريف المحررات الإلكترونية، وشروطها المختلفة.

(١) أنشئت أول لجنة للقانون التجاري عام ١٩٦٦م بموجب القرار (٢٢٥/د ٢١) كانون الأول شهر ديسمبر، من قبل الأمم المتحدة، وسميت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، ومنحت الجمعية العامة للجنة، الولاية العامة لتعزيز اتساق وتوحيد التجارة الدولية، وأصبحت اللجنة منذ إنشائها، الهيئة القانونية الأساسية بمنظومة الأمم المتحدة في مجال القانون التجاري الدولي، ويقع مقر أمانة الأونسيترال في فينيا، وتتكون اللجنة من ستين دولة عضواً تنتخبها الجمعية العامة، وتكون العضوية في هذه اللجنة، على أساس الأقاليم الجغرافية المختلفة في العالم، وعهد إليها مهمة عصر ومواءمة القواعد المتعلقة بالإعمال التجارية الدولية، وهذه اللجنة هي التي شرعت القوانين النموذجية الخاصة بالتجارة الإلكترونية، والتوقيع الإلكتروني، ومن الأعمال التي تضطلع بها: (work carried out by):

- (أ) البيع الدولي للبضائع والمعاملات المتصلة به (a. international sale of goods and reliance) (ب) النقل الدولي للبضائع (b. a. goods of international transport) (ج) التحكيم والتوفيق التجاريان الدوليان (c. international commercial arbitration and conciliation) (د) الاشتراع العمومي وتطوير البنية التحتية (d. infrastructure and public procurement and envelopment) (هـ) عقود الإنشاءات (e. construction contracts) (و) المدفوعات الدولية (f. international payments) (ز) الإعسار عبر الحدود (h. insolvency) (ح) النواتج الأخرى لعمل الأونسيترال (h. other products) (٢) ومن الدول التي قامت بسن تشريعات خاصة بالمعاملات الإلكترونية، الجزائر، وتونس، والمملكة الأردنية، والبحرين، والإمارات، ومصر، واليمن، وسلطنة عمان، والسعودية، وقطر، وفرنسا، والولايات المتحدة الأمريكية، والمملكة المتحدة، والسويد، وألمانيا، والنمسا، والنرويج، واليابان، واليونان، والدنمرك، ولكسمبورج، وإيطاليا، وسويسرا، وإسبانيا، وكندا، وفنلندا.

أولاً: تعريف المحررات الإلكترونية:

١. تعريف المحرر الإلكتروني وفقاً للتشريعات الوطنية:

عرف القانون اليمني المحرر الإلكتروني تحت مسمى السند الإلكتروني^(١) وذلك في المادة (١٨/٢) بأنه: (أي بيان، أو رسالة^(٢)، أو قيد، أو عملية، أو معلومة، أو عقد، أو توقيع، أو برنامج، أو سجل، أو إجراء، أو شهادة، أو رمز، أو توثيق، أو أية أوراق مالية، أو تجارية يتم الحصول عليها بوسيلة إلكترونية)^(٣).

وعرف القانون المصري المحرر الإلكتروني: في المادة (١/ج) بأنه: (رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ، أو تدمج، أو تخزن، أو ترسل، أو تستقبل كلياً، أو جزئياً بوسيلة إلكترونية، أو رقمية، أو ضوئية، أو بأية وسيلة أخرى مشابهة)^(٤).

٢. تعريف المحرر الإلكتروني وفقاً للمواثيق الدولية:

عرف قانون الأونسيسترال المحرر الإلكتروني تحت مسمى رسالة البيانات في المادة (١/ج) بأنها: "معلومات يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية، أو ضوئية، أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر التبادل الإلكتروني للبيانات، أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي"^(٥).

ثانياً: الشروط اللازمة للمحررات الإلكترونية:

مثلما للمحررات التقليدية شروط تميزها، فإن للمحررات الإلكترونية كذلك شروطاً تمكنها من الحجية الكاملة في الإثبات إذا ما أُثير نزاع بشأنها، وقد ثار التساؤل حول مدى استجماع الشروط المطلوبة للمحررات الإلكترونية وعن الشروط التي يتطلبها القانون

(١) شرعت القوانين الخاصة بالتجارة الإلكترونية، والناظمة للمحررات الإلكترونية بتسميتها عدة مسميات فسميت برسالة البيانات، والمحررات الإلكترونية... الخ.

(٢) ذكر قانون أنظمة الدفع اليمني نوعين من الرسائل وهي رسالة البيانات والتي عرفها بأنها: (مجموعة من الأوامر والأرقام التي تحتاج إلى معالجة وتنظيم، أو إعادة تنظيم لكي تتحول إلى معلومات، وقد تأخذ شكل نص أو أرقام أو أشكال أو رسومات أو صور أو تسجيل أو أي مزيج من هذه العناصر)، وعرف رسالة المعلومات بأنها: (عبارة عن بيانات تمت معالجتها بواسطة نظام معالجة المعلومات فأخذت شكلاً مفهوماً).

(٣) قانون رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٦م بشأن أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الإلكترونية اليمني، الجريدة الرسمية، العدد الرابع.

(٤) قانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤م، بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني المصري، الجريدة الرسمية، العدد ١٧.

(٥) القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية مع دليل الاشتراع لعام ٢٠٠١م، صادر عن الأمم المتحدة، نيويورك ٢٠٠٢م، ص ١.

في المحررات التقليدية^(١)، ولكي يكتسب المحرر الإلكتروني الحجية الكاملة في الإثبات فإنه لابد من استيفائه الشروط الآتية:

الشرط الأول: الكتابة:

لم تعد الكتابة قاصرة على المحررات الورقية فقط، بل تطور هذا المفهوم نحو الاتساع ليشمل أيضاً المحررات الإلكترونية، وقد انفراد المقنن المصري دون غيره من القوانين العربية بتعريف الكتابة الإلكترونية حيث عرفت المادة (١/أ) الكتابة الإلكترونية بقولها: (كل حروف، أو أرقام، أو رموز، أو أي علامات أخرى تثبت على دعائم الكترونية، أو رقمية، أو ضوئية، أو أي وسيلة أخرى تعطي دلالة قابلة للإدراك).

أما المقنن اليمني فلم يتطرق إلى تعريف الكتابة الإلكترونية بشكل مباشر، وإنما تطرق إليها أثناء تعريفه لمصطلحي «رسالة البيانات، ورسالة المعلومات» حيث عرفت المادة (٢) منه رسالة البيانات بأنها: (مجموعة من الأوامر والأرقام التي تحتاج إلى معالجة وتنظيم، أو إعادة تنظيم لكي تتحول إلى معلومات، وقد تأخذ شكل نص، أو أرقام، أو أشكال، أو رسومات أو صور أو تسجيل أو أي مزيج من هذه العناصر) كما عرفت تلك المادة رسالة المعلومات بأنها: (هي عبارة عن بيانات تمت معالجتها بواسطة نظام معالجة المعلومات فأخذت شكلاً مفهوماً).

فمن خلال تلك النصوص يتبين أن الكتابة الإلكترونية تكون بواسطة الحروف، أو الأرقام، أو الرموز، كما أن النصوص السابقة اشترطت أن تعطي الحروف أو الأرقام أو الرموز شكلاً مفهوماً، أو قابلاً للإدراك، ويقصد بذلك أن تشكل الأحرف، أو الأرقام، أو الرموز كتابة ذات معنى يفهمه العقل البشري.

فصفة الكتابة لا تتوافر دائماً في الكتابة القائمة على أحد أشكال الدعائم الإلكترونية، لذلك يجب أن تكون الكتابة الإلكترونية ذات فحوى ومدلول^(٢).

الشرط الثاني: التوقيع:

إن وجود الإرادة، واتجاهها نحو ترتيب أثر قانوني معين لا يجعل منها إرادة يعتد بها القانون، ما لم يتم ترجمتها في شكل تعبير خارجي محسوس، من خلال قيام الشخص

(١) د. ثروت عبد الحميد: التوقيع الإلكتروني، ماهيته، مخاطره، مدى حجيته في الإثبات، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٧م، ص ٦٦.

(٢) د. عيسى غسان راضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٩م، الناشر: دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص ١٦٦.

بالتوقيع^(١) على المحرر سواء كان المحرر ورقياً، أو إلكترونياً؛ لأنه يفترض موافقة الموقع على ما ورد في المحرر، ما لم يتم دحض ذلك بكل وسائل الإثبات، وتعد قرينة مفترضة قابلة لإثبات العكس.

ويأتي التوقيع عادة في نهاية المحرر الإلكتروني، أو المرتبط به، أو المضاف إليه، للدلالة على أن الموقع مسؤول عن مضمون المحرر الإلكتروني، وإذا تعددت أوراق المحرر الإلكتروني، فعلى الموقع أن يقوم بالتوقيع على كل ورقة بشكل مستقل تأكيداً على التزامه بمضمون كل ورقة من أوراق المحرر^(٢).

وفي حالة التوقيع على المحرر الإلكتروني، فإنه يعد موقِعاً على كل ما ورد في ثنايا ذلك المحرر، بحيث لا يمكن اقتطاع جزء من المحرر، أو إجراء أي تعديل، أو تغيير على المحرر، وإلا فإن المحرر الإلكتروني يعتبر معطلاً بكل ما جاء فيه^(٣).

فعندما يقوم الموقع بالتوقيع على المحرر، فإنه ينشئ بذلك أن يتم توقيعه بطريقة آمنة، وفي سرية تامة، فتركيبية التوقيع الالكتروني كما جاء في تعريفه، بأنه مجموعة حروف وأرقام لا يمكن معها القطع بنسبة التوقيع لشخص معين، مما يستلزم اتباع إجراءات تأمين للتوقيع الإلكتروني عالية المستوى تجعله صعب الاختراق والتقليد، وتتمثل هذه الإجراءات في تدخل وسيط محايد تكون مهمته التأكد من هوية صاحب التوقيع، والتصديق على توقيعه^(٤).

الشرط الثالث: التوثيق:

يشترط في المحرر الالكتروني أن يكون موثقاً لدى جهة مختصة، والتوثيق كما عرفته المادة (٢) من قانون أنظمة الدفع الالكتروني اليمني بقولها إجراءات التوثيق: (هي الإجراءات المتبعة للتحقق من أن التوقيع الإلكتروني، أو السجل الإلكتروني قد تم تنفيذه من شخص معين، أو لتتبع التغيرات والأخطاء التي حدثت في السجل الإلكتروني بعد

(١) والتوقيع الإلكتروني يأخذ أشكالاً شتى منها التوقيع بالقلم الإلكتروني (pen- op)، والتوقيع باستخدام البطاقة الممغنطة بالرقم السري، والتوقيع الرقمي (Signature Digital)، والتوقيع بواسطة الخواص الفيزيائية.. الخ.

(٢) د. حنان مليكة: النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني السوري رقم ٤/ الصادر بتاريخ ٢٠٠٩م، دراسة قانونية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، منشور بمجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٦، العدد الثاني، ٢٠١٠م، ص ٥٥٤.

(٣) صلاح عبد الحكيم المصري: متطلبات استخدام الإلكتروني في مراكز تكنولوجيا في الجامعات الفلسطينية في قطاع غزة، رسالة ماجستير، كلية التجارة، الجامعة الإسلامية، غزة، ٢٠٠٧م، ص ٣٣.

(٤) د. سحر البكباش: التوقيع الالكتروني، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٩م، ص ٢٧.

إنشائه بما في ذلك استخدام وسائل التحليل للتعرف على الرموز، والكلمات، والأرقام، وفك التشفير والاستعادة العكسية، أو أي وسيلة، أو إجراءات أخرى تحقق الغرض المطلوب).

فتوثيق التصرف الذي يتم عبر وسائل الكترونية فيه حفظ لحقوق المتعاملين من أي اعتداء، أو غش وهو الأمر الذي يستوجب القيام بتوثيق المحرر لدى جهة متفق عليها، وتكون معتمدة من قبل الحكومة، وهذا يعني أن جهة التوثيق يقع على عاتقها التحقق من صحة المحرر الذي تم تحريره والتوقيع عليه، وعليها أيضاً تتبع أي تغييرات أو أخطاء تحدث له، وهو ما سنتحدث عنه تباعاً عند الحديث حول الوسائل الوقائية لحماية المحرر.

الشرط الرابع: إمكانية الاحتفاظ بالمحرر الإلكتروني في شكله الأصلي دون أن يلحقه أي تغيير:

يشترط للاعتداد بالمحررات الإلكترونية في الإثبات بعد تدوينها على دعائم تسمح بإثبات الكتابة عليها، واستمرارها مدة زمنية معينة، وهذا الشرط يسري بالنسبة لغالبية الوسائل الحديثة وعلى سبيل المثال: المطبوعات الخارجة من الحاسب الآلي، وأهمها الميكروفيلم من نوع COM، والأقراص الرقمية الأخرى.

فالتكوين المادي للمحرر يجب ألا يتأثر بالعوامل الطبيعية، إلا ما كان منها يتأثر بعوامل التربة والرطوبة، وتتميز بعض البرامج بحساسية شديدة قد تعرض المحررات للتلف المباشر^(١)، وعلى مستخدم نظام المحررات الإلكترونية أن يقوم باقتناء أقراص ذات مواصفات عالية الجودة حتى يتسنى حفظ المحرر بوسيلة تترك أثراً متميزاً يبقى ولا يزول على الأقل لفترة زمنية معقولة^(٢)، بحيث يمكن العودة إليها، وقراءتها في أي وقت خصوصاً في ظل التكوين المادي والكيميائي للشرائح الممغنطة، وأقراص التسجيل ذات الحساسية^(٣).

وقد حدد القانون اليمني^(٤) الفترة الزمنية المعقولة التي يجب الاحتفاظ بالمستندات

(١) د. خالد مصطفى فهمي: النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧م، ص ٣٢ بند ٣٣.

(٢) محمد جستني: مدى حجية التوقيع الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٥م، ص ٦١.

(٣) د. عبد الله مسفر و د. حسن عبد الله عباس: التوقيع الإلكتروني، دراسة نقدية لمشروع التجارة والصناعة الكويتية، مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية، المجلد ١٩، العدد ١، يوليو ٢٠٠٣م، ص ٢٤.

(٤) قانون أنظمة الدفع اليمني، والقانون التجاري قد تحدث عن المدة الزمنية التي يجب الاحتفاظ بالدفاتر التجارية كي يعتد بها في الإثبات بقوله: (على التاجر أو ورثته الاحتفاظ بدفتر اليومية الأصلي ودفتر الجرد مدة عشر سنوات تبدأ من تاريخ أقفالها ويجب عليهم كذلك حفظ المراسلات والمستندات، والصور

الإلكترونية، في المادة (٢/٩) التي تنص على أنه: (يجب على البنوك والمؤسسات المصرفية الأخرى أن تحتفظ بالأوراق المتصلة بأعمالها المالية والمصرفية لمدة لا تقل عن (١٠) سنوات بصورة مصغرة: ميكروفيلم، أو اسطوانة ممغنطة، أو غير ذلك من أجهزة التقنية الحديثة، بدلاً عن أصل الدفاتر والسجلات والكشوفات والوثائق والمراسلات والبرقيات والإشعارات وغيرها، وتكون لهذه الصور المصغرة حجية الأصل في الإثبات).

الشرط الخامس: إمكانية استرجاع المحرر الإلكتروني المحفوظ:

لكي يكتسب المحرر حجية كاملة في الإثبات، هو إمكانية الرجوع إلى المحرر في أي وقت، وبالشكل الذي تم به إنشاؤه أو إرساله أو تسلمه، وهو ما صرحت به المادة (١١/ ١) من قانون أنظمة الدفع الإلكتروني اليمني بقوله: (يعتبر السجل الإلكتروني سجلاً قانونياً ويكون له صفة النسخة الأصلية إذا توافرت فيه الشروط التالية:

ب. إمكانية الاحتفاظ بالسجل الإلكتروني بالشكل الذي تم به إنشاؤه أو إرساله أو تسلمه أو بأي شكل يسهل به إثبات دقة البيانات والمعلومات التي وردت فيه عند إنشائه أو إرساله أو تسلمه....).

المطلب الثاني

أوجه المقارنة بين المحررات التقليدية والإلكترونية

تمهيد:

ظلت فكرة المحررات التقليدية سائدة باعتبارها الوسيلة الوحيدة قانوناً، لكن الواقع المعاش أفرز لنا فكرة المحررات الإلكترونية، وبادرت كثير من التشريعات سواء كانت الوطنية، أم الدولية بإعطاء هذه المحررات القوة الثبوتية الموازية للمحررات التقليدية.

على الرغم من الاختلاف في كلا المحررين من حيث الكتابة والتوقيع كون الأول يتم على دعامات ورقية مادية، بينما الأخرى تتم عبر دعامات ممغنطة الكترونية، وهو الأمر الذي يتطلب منا بيان أوجه التشابه والاختلاف بين هذين المحررين في الفرعين الآتين:

الفرع الأول

أوجه الفروق بين المحررات التقليدية والإلكترونية من حيث الكتابة

سأقوم ببيان أوجه الفروق في هذين النوعين من المحررات من حيث شكل الكتابة، ومن حيث الوسيط التي تتم عليها عميلة الكتابة، ومن حيث نسبة الأمان التي يتمتع بها كل من المحررين.

الفرق بين المحررين من حيث شكل الكتابة:

تتميز الكتابة التقليدية بأنه لا يشترط فيها شكل معين، فكل ما كان مفهوماً لدى بني البشر وكان مألوفاً بينهم؛ جرى الاعتراف به، وبالتالي تسند إليه القوة الثبوتية الكاملة، ويتضح ذلك جلياً في ما كان سائداً في العصور القديمة التي كانت الكتابة تتخذ شكل رموز، أو نقوش، أو شكل حيوانات، وكانت لها حجية قانونية كاملة، وتنقطع الصلة إذا كانت الكتابة غير مألوقة.

ما نستطيع قوله في هذا الشأن بأنه يتم في الوقت الحاضر الاعتماد في مجال المحررات الإلكترونية على هذا النوع من الكتابة وأصبحت مألوقة عند البشرية، فالكتابة الإلكترونية قد تأتي على هيئة حروف، أو أرقام، أو رموز، أو أي علامات أخرى تثبت على دعامات الكترونية، أو رقمية، أو ضوئية، أو أي وسيلة أخرى وتعطي دلالة قابلة للإدراك^(١) وتتم عبر العدد (الصفر والواحد) وتسمى حينئذ «لغة الآلة»، ويتبين مما سبق أن الكتابة

(١) انظر نص المادة (١/أ) من قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني المصري.

سواء كانت فيما مضى، أو في الوقت الحاضر لم يُتخذ فيها معيار معين، وإنما ارتبطت بمألوفيته، أو عدم مألوفيته.

الفرق بين المحررين من حيث الوسائط التي يتم بها تدوين الكتابة:

كانت الكتابة التقليدية تأتي عبر وسط تقليدي مأخوذ من الطبيعة سواء كانت ألواحاً خشبية، أو ما ينحت على قطع من الأحجار، أو يكتب على الجلود، وغيرها من الوسائط حينذاك والوقت الراهن تتم على وسط ورقي مادي، في حين أن الكتابة الإلكترونية تتم على وسيط الكتروني، عبر دعامة ممغنطة، أو رقمية، أو ضوئية، أو أشطرة الكاست (CD)، أو أي وسيلة أخرى بحيث تعطي دلالة قابلة للإدراك، وتُلحق بجهاز الحاسب الآلي. يتضح مما سبق أن الاختلاف بين المحررين في أن المحرر التقليدي يتم عبر وسيط مادي، بخلاف الآخر فإنه يتم على وسيط الكتروني غير مادي.

الفرق بين المحررين من حيث نسبة الأمان:

الكتابة التقليدية تتمتع بنسبة أمان نسبية مقارنة بنسبة الأمان للكتابة المحررة الكترونياً كون الأخرى يتم تشفيرها، والمصادقة على محتواها، والتأكد من نسبتها إلى صاحبها، ومن ثم أرشفتها الكترونياً، وفق مواصفات عالية المستوى لكي تحد من تزويرها، أو تلفها، وهو الأمر الذي يؤدي إلى الاطمئنان إليها.

الثاني

الفرع

أوجه الفروق بين المحررات التقليدية والإلكترونية من حيث التوقيع

هناك فروق جوهرية بين التوقيع التقليدي، والتوقيع الإلكتروني، سواء كان من حيث الشكل، أو من حيث الوسيط، أو من حيث نسبة الأمان.

الفرق بين التوقيعين من حيث الشكل:

يقتصر شكل التوقيع التقليدي على الإمضاء، أو البصمة، أو الختم، بخلاف التوقيع الذي يتم في الشكل الإلكتروني الذي يمكن أن يأتي بأشكال مختلفة، فقد يتخذ شكل أصوات، أو حروف، أو أرقام، أو رموز، أو إشارات، أو غيرها، بحيث يكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع، ويميزه عن غيره^(١)، ويدل على رغبة الموقع في إقرار

(١) راجع تعريف التوقيع الإلكتروني في المادة (١/ج) من القانون المصري، والمادة (١٣/٢) يمني، والمادة (٢/أ) من قانون الإونيسترال.

العمل القانوني والرضاء بمضمونه^(١).

الفرق بين التوقيعين من حيث الوسيط:

التوقيع التقليدي عادة ما يتم على دعامة ورقية، أو ألواح خشبية، أو ينحت على الأحجار، أو الجلد وغيرها، بينما التوقيع الإلكتروني فعادة ما يكون على وسيط الكتروني، كالبطاقة الممغنطة، أو بواسطة الخواص الفيزيائية والطبيعية للإنسان، أو ما يطلق عليه - التوقيع البيومتري، الذي يتم على دعامة الكترونية ضوئية ممغنطة ملحق بجهاز الحاسب الآلي.

الفرق بين التوقيعين من حيث السلامة:

التوقيع التقليدي يترك فيه الحرية والاختيار للموقع في اختيار توقيع صعب تزويره، بينما التوقيع الإلكتروني فهو مقيد باستخدام وسيلة آمنة تقنياً بحيث يتسنى تشفيره، ومصادقته، والتأكد من نسبته إلى صاحبه، وهو ما يستلزم تدخل شخص ثالث محايد مرخص له من الجهات الرسمية باعتماد التوقيعات الإلكترونية ويخضع لشروط قاسية منصوص عليها في القوانين الناظمة له^(٢)، وتنعقد المسؤولية العقدية والجنائية في حالة الإخلال بهذه الالتزامات.

(١) د. سحر البكباش: مرجع سابق، ص ٩.

(٢) حيث اعترف المشرع اليمني للجهات التي تزاوّل نشاط إصدار شهادة التصديق الإلكتروني الوطنية والأجنبية، في المادة (٣٥) التي تنص بأن: «تكون شهادة التوثيق التي تبين رمز التعريف معتمدة إذا كانت:

١. صادرة عن جهة مرخصة أو معتمدة.
٢. صادرة عن جهة مرخصة من سلطة مختصة في دولة أخرى ومعترف بها
٣. صادرة عن جهة وافق أطراف المعاملة على اعتمادها.

المبحث الثاني

مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات التجاري

تمهيد وتقسيم:

تعددت وسائل الإثبات التي يستخدمها صاحب الحق للوصول إلى حقه إلا أن الأدلة التقليدية تبقى الوسيلة الأقوى التي تحتل المرتبة الأولى من بين تلك الوسائل الأخرى، فإذا لم يستطع صاحب الحق إثبات حقه بالأدلة الكتابية عندئذ يلجأ إلى الوسائل الأخرى بما فيها الشهادة والقرائن والإقرار واليمين والمعاينة والخبرة^(١).

والمشرع لم يكن ليمنح الإثبات بالكتابة قيمة ثبوتية مهمة تفوق باقي طرق الإثبات الأخرى بمحض الصدفة، بل جاء ذلك نتيجة وعي المشرع بالمكانة التي تحتلها الكتابة على مر الزمن من الديمومة، والاستمرار مهما تباعدت الأزمان، أما طرق الإثبات الأخرى، فإنه ينتابها بعض الشكوك، والقصور التي جعلت بعض التشريعات موضع انتقاد لها، وفي مقدمتها مشكلات الإثبات بوساطة مستخرجات الحاسوب، والملفات الرقمية.

ومع تزايد الاعتماد يوماً بعد يوم على وسائل تقنية المعلومات في إدارة وإنفاذ الأعمال المختلفة، ومع التوجه الظاهر نحو عالم الرقميات كبديل لعالم المحسوسات، عالم البيانات والملفات المخزنة في أنظمة المعلومات كبديل للبيانات المحررة على الورق وحوافظ الملفات التقليدية، يزداد الاهتمام بمدى حجية وقوة وسائل التخزين التقني للمعلومات، ومستخرجات الحاسوب، ومدى استيعاب النظام القانوني للإثبات لهذه الأنماط المستجدة على الساحة، ولا يقف التساؤل عند حد التصرفات القانونية المدنية والتجارية والمصرفية، بل يتعداه إلى التساؤل حول: ما هي الحماية القانونية الوقائية للمحركات ذات الطبيعة الإلكترونية في المواد التجارية؟

ويمكن الإجابة على هذه التساؤلات من خلال المطلبين الآتيين:

(١) حنان مليكة: مرجع سابق، ص ٥٥٢.

المطلب الأول

التنظيم التشريعي لحجية المحررات الإلكترونية في الإثبات التجاري

تمهيد:

لقد اتجهت النظم القانونية المختلفة - بوجه عام - إلى قبول وسائل الإثبات الإلكترونية التي توفر من حيث طبيعتها موثوقية في إثبات الواقعة، وصلاحيّة الدليل محل الاحتجاج، وتُحقق فوق ذلك وظيفتين:

- إمكان حفظ المعلومات لفترة زمنية معقولة للمراجعة والرجوع إليها عند التنازع.
- والموثوقية في الإثبات عن طريق جهات المصادقة.

بعد أن خضعت القواعد القانونية للإثبات في النظم المختلفة إلى عملية نقد وتقييم في ضوء مفرزات تقنية المعلومات وتحدياتها، وذلك من أجل تبين مدى تواءم النصوص القائمة مع ما أفرزته وسائل الاتصال الحديثة وتحديدًا شبكات المعلومات بأنواعها (انترنت، اكسترنت)، باعتبار أن القواعد القائمة تركز على مفاهيم ذات مدلول مادي.

وقد أدت عملية التقييم هذه إلى اتخاذ تدابير تشريعية في أكثر من دولة، فعلى الصعيد العالمي كان للجنة الأوينسترال في الأمم المتحدة وقفة مبكرة حيث أصدرت القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٦م الذي عالج من بين ما عالج مسائل التواقيع الإلكترونية والمحررات الإلكترونية، وقرر وجوب قبول المحررات الإلكترونية كوسيلة لإثبات التعاملات التجارية المختلفة، واكتفى قانون الأوينسترال بوضع المبادئ العامة القائمة للدول للاسترشاد بها عند سن القوانين لكي تلبى مفرزات التكنولوجيا، وتحقق طموحاتها، وقد سارت العديد من التشريعات الغربية، والعربية على هذا الطريق. ومن أجل الوصول إلى معرفة حقيقية للتشريعات المختلفة يمكن تناول هذا المطلب في الفرعين الآتيين:

الفرع

الأول

حجية المحررات الإلكترونية في التشريعات الوطنية

أمام الجهود الدولية للاعتراف بحجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، وجد المشرع العربي والغربي نفسه أمام ضرورة ملحة لتحديث قوانينه القائمة لمواكبة هذا التطور، وهذا التوجه الذي فرض نفسه على الساحة التجارية والمعاملاتية المختلفة المتمثلة في

التدخل لملاءمة القواعد القانونية مع التطورات الحديثة في ميدان المعلومات الإلكترونية خاصة ما يتعلق منها باستخدام مخرجات الحاسب الآلي في التجارة الإلكترونية.

ومما لا شك فيه، ومع توجه أغلب الحكومات من نظام تقليدي إلى نظام إلكتروني، أدى بها إلى منح المحررات الإلكترونية حجية كاملة في الإثبات سواء في ظل بعض التشريعات المقارنة، أو في ظل التشريع اليمني.

وبنظرة على قانون أنظمة الدفع اليمني نجد المشرع قد أطلق العنان للمحررات الإلكترونية في أن تحل محل المحررات التقليدية، وساوى بينهما من حيث القوة الثبوتية.

فقد نصت المادة (١٠) بأن: (يكون للسجل الإلكتروني والعقد الإلكتروني ورسالة البيانات والمعلومات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني نفس الآثار القانونية المترتبة على الوثائق والمستندات والتوقيعات الخطية من حيث إلزامها لأطرافها، أو حجيتها في الإثبات).

وكذا نصت المادة (٢/٨) التي تخول للبنك المركزي اليمني: (الصلاحيات التالية: إجراء الدفع والقبض بواسطة النظام الإلكتروني لتحويل الأموال وإبلاغ البنوك بذلك ويكون لهذه الإجراءات حجية في الإثبات)، ونصت المادة (١/٩) بأنه: (يجوز الإثبات في القضايا المصرفية بجميع طرق الإثبات بما في ذلك البيانات الإلكترونية، أو البيانات الصادرة عن أجهزة الحاسب الآلي، أو مراسلات أجهزة التلكس، أو الفاكس، أو غير ذلك من الأجهزة المشابهة).

ونصت المادة (٣/٩) بأن: (تعفى البنوك التي تستخدم في تنظيم عملياتها المالية والمصرفية الحاسب الآلي، أو غيره من أجهزة التقنية الحديثة من تنظيم الدفاتر التجارية المنصوص عليها في القانون التجاري النافذ، وتعتبر المعلومات المستقاة من تلك الأجهزة، أو غيرها من الأساليب الحديثة بمثابة دفاتر تجارية لها حجيتها في الإثبات).

ويستفاد من النصوص سالفة الذكر أنها ركزت على حجية المعاملات المالية دون غيرها من المعاملات التجارية الأخرى، ولم تجعل مساواة كاملة في الحجية للمعاملات التجارية الأخرى التي تتم في بيئة الكترونية، وهو مأخذ على المشرع اليمني يجب تداركه خصوصاً في المعاملات التجارية التي استثنى المشرع التجاري، وأتاح للمتخاصمين سلوك كافة طرق الإثبات، على خلاف المعاملات المدنية التي قيدها وأورد طرق الإثبات فيها على سبيل الحصر.

بالرغم من توجه اليمن نحو استبدال المعاملات المدنية التقليدية بمعاملات مدنية إلكترونية، مثل: استخراج البطاقة الشخصية، وجوازات السفر، وكروت السيارات،

وغيرها من المعاملات التي تتم عبر نظام الكتروني، وهو أمر ينبغي التنبيه إليه، ويجب استيعاب هذا التوجه وتضمين ذلك في تعديلات قادمة لقانون الإثبات.

ويبدو مما ظهر أن أفضل طريقة لمنح الحجية القانونية لمخرجات الحاسوب هو وضع نص عام يستوعب كل معاملة أجريت بوسائل إلكترونية، سواء كانت تجارية، أو مدنية، أو إدارية.

لكن ما يمكن قوله في هذا الشأن أن القاضي يستطيع الرجوع إلى نص المادة العاشرة ويجعل حجية للمحررات الإلكترونية كاملة توازي نظيراتها التقليدية، كون النص عاماً يستوعب كل المعاملات سواء كانت تجارية، أو مدنية، وبهذا يكون القاضي قد طبق روح القانون.

أما المشرع المصري فقد كان أكثر وضوحاً من القانون اليمني فلم يقتصر على المعاملات التجارية، بل ذهب إلى أبعد من ذلك فقد نص على حجية المعاملات التي تصدر عبر مؤسسات الدولة المختلفة وذلك في المادة (١٥) بقوله: (للكتاب الإلكترونية والمحركات الإلكترونية، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للكتابة والمحركات الرسمية والعرفية في قانون الإثبات في المواد التجارية والمدنية متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون)، وهو سلوك حسن نتمنى من المشرع اليمني أن يحذو حذوه.

أما المشرع الأردني فقد أقر بحجية المحركات الإلكترونية في قانون البيانات رقم (٣٧) لسنة ٢٠٠١م في المادة (١٣) بقوله: (أ. يكون لرسائل الفاكس والتلكس والبريد الإلكتروني قوة الإسناد العادية في الإثبات).

ب. وتكون لمخرجات الحاسوب المصدقة، أو الموقعة قوة الإسناد العادية من حيث الإثبات، ما لم يثبت من نسب إليه أنه لم يستخرجها أو لم يكلف أحداً باستخراجها).

ثم صدر القانون رقم (٨٥) لسنة ٢٠٠١م بشأن المعاملات الإلكترونية الذي نص في المادة (١٧) منه على أن: (يعتبر السجل الإلكتروني والعقد الإلكتروني والرسالة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني منتجاً للآثار القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية والتوقيع الخطي بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلزامها لأطرافها، أو صلاحيتها في الإثبات).

أما القوة الثبوتية للمحررات الإلكترونية في التشريع الفرنسي فقد وعى المشرع الفرنسي مبكراً بضرورة اعتماد وسائل الاتصال الحديثة في المعاملات التجارية المختلفة، ويتضح ذلك جلياً من خلال تعديلاته للقانون رقم (٥٢٥/٨٠) الصادر في ١٢ يوليو ١٩٨٠م،

والذي عدل المادة (١٣٤٨) من القانون المدني لينظم وسائل إثبات التصرفات القانونية بوجه عام، بحيث تبنى مفهوماً حديثاً للصورة، إذ منحها حجية معينة في الإثبات.

وهكذا جاءت المادة (١٣٤٨) في فقرتها الثانية باستثناء مهم، على وجوب إعداد الدليل الكتابي، إذا كان أحد الأطراف أو المودع لديه لم يحتفظ بالسند الأصلي، وقدم صورة تعد نسخة مطابقة للأصل، ويعد دائماً كل نسخ للأصل ناشئاً عن إحداث تغيير تصعب إزالته في مادة الدعامة^(١).

من الملاحظ على المادة أن المشرع الفرنسي منح للصورة حجية في الإثبات متى توافرت شروط نصت عليها هذه المادة، حيث اشترط أن تكون تلك الصورة نسخة مطابقة للأصل، وهو شرط بديهي وضروري، فلا يعقل أن تكون الصورة مخالفة للنسخة الأصلية، إضافة إلى شرط التطابق، وشرط الدوام، وهو ما عبر عنه المشرع الفرنسي في نهاية المادة بقوله: «ويعد دائماً كل نسخ للأصل ناشئاً عن إحداث تغيير تصعب إزالته في مادة الدعامة».

من الملاحظ أن المشرع الفرنسي تدخل جزئياً، حيث اقتصر في بداياته على بعض القطاعات المحددة مثل قانون ٣٠ أبريل ١٩٨٣م بشأن السماح باستخدام الوسائط الإلكترونية كبديل عن الدفاتر التجارية في تدوين حسابات التجار، إلى جانب هذا القانون صدر التعديل البسيط للقانون المدني، والتعديل الذي قام به يبدو أنه كان تحت ضغط الاستجابة لمعطيات الواقع الذي فرض نفسه.

ولحقه صدور القانون رقم (٢٣٠) الصادر في ١٣ مارس ٢٠٠٠م المتعلق بتطويع قانون الإثبات لتكنولوجيا المعلومات والتوقيع الإلكتروني، حيث جاء هذا القانون بتعديل مهم شمل خاصة المادة (١٣١٦) من القانون المدني الفرنسي، إذ جاء فيها «يشمل الإثبات عن طريق الكتابة كل تدوين للحروف أو العلامات أو الأرقام أو أي رمز أو إشارة أخرى، ذات دلالة تعبيرية واضحة ومفهومة أيا كانت الدعامة التي تستخدم في إنشائها أو الوسيط الذي تنتقل عبره»^(٢).

وبهذه التعديلات المتلاحقة يكون المشرع الفرنسي قد وسع من مفهوم المحررات الإلكترونية لتشمل كل أنواعها، وهو بذلك يعترف للمحررات المعتمدة عبر دعامات إلكترونية بنفس الحجية التي للكتابة عبر دعامات مادية، فالعبرة ليست في تقنية اعتماد

(١) د. نور الدين الناصري: المعاملات والإثبات في مجال الاتصالات الحديثة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، العدد ١٢، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى ٢٠٠٧، صفحته ٦٤ وما بعدها.

(٢) د. ثروت عبد الحميد، مرجع سابق، ص ١٧٤.

الكتابة ولا في الوسيلة المستخدمة فيها، وإنما في قدرة تلك الطريقة على إنشاء الكتابة، ويجعلها ذات دلالة تعبيرية واضحة.

وبهذا يكون المشرع الفرنسي قد جعل المحررات الإلكترونية المتضمنة لتوقيع إلكتروني تتساوى مع المحررات التقليدية، من حيث الحجية في الإثبات، وهو بذلك يستجيب للتكنولوجيا.

الفرع الثاني

حجية المحررات الإلكترونية وفقاً للمواثيق الدولية

أصدرت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية (الأونيسترال) لعام ١٩٩٦م، والذي نص في المادة (٩) منه على أنه: (١- في أي إجراءات قانونية لا تطبق أي حكم من أحكام قواعد الإثبات من أجل الحيلولة دون قبول رسالة البيانات كدليل :

(أ) لمجرد أنها رسالة بيانات

(ب) أو بدعى أنها ليست في شكلها الأصلي إذا كانت هي أفضل دليل يتوقع بدرجة معقولة من الشخص الذي يستشهد بها أن يحصل عليه .

٢- يعطي للمعلومات التي تكون على شكل رسالة بيانات ما تستحقه من حجية في الإثبات...^(١).

بينما حددت المادة (٢/ج) من قانون الأونيسترال للتوقيعات الإلكترونية لعام ٢٠٠١م بأن رسالة البيانات^(٢): (تعني معلومات يتم إنشاؤها... بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر، التبادل الإلكتروني، أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو البرق، أو التلكس، النسخ

(١) انظر: محمد جستنية: مرجع سابق، ص ١٨٩، أيضاً د. عيسى راضي: مرجع سابق، ص ١٩٠.

(٢) وقد جاء تفسير النص في دليل الاشتراع الصادر عن اللجنة لعام ٢٠٠١م بأنه أخذ تعريف عبارة «رسالة البيانات» من المادة ٢ من قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية بما في ذلك التجارة المستندة إلى شبكة الويب بحيث لا يقتصر مفهوم عبارة رسالة البيانات على الاتصالات بل يقصد به أيضاً أن يشمل السجلات المنتجة حاسوبياً لغير غرض الاتصالات، وعليه فإن مفهوم رسالة يشمل مفهوم «سجل» ويقصد بالاشارة إلى الوسائل المشابهة تبيان أن الغرض من القانون النموذجي ليس أن يطبق في سياق تقنيات الاتصال القائمة فحسب، بل أن يستوعب أيضاً التطورات التقنية المتوقعة وهدف تعريف «رسالة البيانات» أن يشمل جميع أنواع الرسائل المنتجة، أو المخزونة، أو المبلغة في شكل غير ورقي أساساً، ولذلك ذكرها القانون على سبيل المثال للمزيد يمكن الرجوع إلى دليل الاشتراع الملحق بالقانون، ص ٥٥.

البرقي).

نظرة تحليلية للقوانين سائلة الذكر:

بالوقوف على نصوص التشريعات العربية المقارنة يتضح لنا أنها استخدمت تعابير تقليدية في طياتها مثل: كِتَابَة، توقيع، سجل، ملف،... الخ. فإذا ما تمعنا في هذه المصطلحات بالتحليل سنجد أن المشرع ما زال متأثراً بالمظاهر المادية الورقية المنصوص عليها في قوانين الإثبات المدنية.

وهو ما يؤدي إلى احتمال صدور قرارات قضائية متناقضة والبطء في سير إجراءات المحاكمة مما يعكر صفو السرعة التي تتصف بها الوسائل الإلكترونية الحديثة.

ويظهر ذلك جلياً في نصوص القانون اليمني لأنظمة الدفع الإلكتروني الذي جاء مبناه قائماً - بوجه عام - على فكرة الإثبات التقليدي، وإن كان قد شمل الوسائل التقنية ذات المستخرجات الإلكترونية وساوى بينها في الحجية، لكنه لم يشمل الوسائل ذات المحتوى الإلكتروني البحت بنظرة مجردة بعيداً عن الحلول المقررة تقنياً وتشريعياً في النظم المقارنة التي نظمت هذا المضمار.

المطلب الثاني

الوسائل الوقائية اللازمة للمحركات الإلكترونية

تمهيد:

منذ أن بدأت المعاملات التجارية تغطي على المعاملات التقليدية؛ بدأت الخطورة تتزايد في مستوى الأمن الفعلي وهو ما دفع رجال القانون إلى المسارعة في تقديم المشورة^(١) بشأن العواقب القانونية التي تعترض حجية المحررات الإلكترونية وبمساواتها بالمحركات التقليدية في الإثبات.

ولا يمكن الاعتراف لهذه المحررات إلا إذا بلغت حداً مأموناً يحول دون إنكار سلامتها، أو إنكار عن صدرت عنه، وهو الأمر الذي دفع بالخبراء التقنيين إلى ابتكار ضوابط تقنية وفنية تحول من الاختراق والتزوير في تلك المحررات وبالتالي تحد من عملية القرصنة لبيانات المتعاملين في حقل البيئة الإلكترونية^(٢).

(١) محمد جستينة: مرجع سابق، ص ٢٢١.

(٢) انظر بتصرف: د. هاني دويدار: حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، محاضرات أقيمت في إطار برنامج

ونتيجة لهذه المخاطر التي من شأنها أن تؤدي إلى إضعاف حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات كان لزاماً البحث عن وسيلة تقنية تسمح بتأكيد عدم تزوير المحررات والتوقيعات الممضاة عليها، ونسبتها إلى مصدرها للتقرير بالحجية الكاملة في الإثبات.

فيشير البعض إلى أن الأمان اللازم للمعاملات الإلكترونية لا يتحقق إلا من خلال نظامي تشفير وتصديق للمحررات الموقعة الكترونياً: فيا ترى ما هو التشفير؟ وكيف يمكن التصديق وعلى من يناط بهذه المهمة هذه التساؤلات يمكن لنا الإجابة عليها من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع

الأول

تشفير المحررات الإلكترونية كوسيلة وقائية

تشفير البيانات المدونة على وسائل الاتصال الحديثة تعد الوسيلة الحديثة لضمان الأمان، والسرية لسلامة المحررات المنشورة عبر شبكة الإنترنت، بحيث يستحيل اختراق بيانات المحرر والعبث به من غير المرخص له، وتعود عمليات التشفير تاريخياً إلى عصر يوليوس قيصر الذي استخدم رمزاً للتشفير يتضمن إزاحة أحرف النص المراد تشفيره عدداً محدداً من الخانات، وعلى مدار التاريخ دار صراع بين مطوري علم التشفير، وبين أولئك الذي يسعون لكسره واختراقه^(١).

وبدأ استخدام التشفير في العلوم العسكرية، في الحرب العالمية الثانية، واستخدم الألمان أشهر آلة كهربائية للتشفير المعروفة باسم (Enigma) مما حث الحلفاء على ابتكار الحاسبات الآلية (Bombe، و colossus) لفك رموز هذه الشفرات، وقام فريق من جهاز الاستخبارات الإنجليزية بقيادة العالم (ألان ترنج) بفك اللغز الألماني، وعد بمثابة انتصار هائل تمكنت من خلاله قوات الحلفاء من إحراز النصر في الحرب العالمية الثانية، وزاد هذا النصر من ظهور أجهزة الحاسوب، وتزايد انتشارها بين أوساط البشر، والتعمق في علومها^(٢).

وقد أصبح فك رموز التشفير يتزايد يوماً بعد يوم، وهو ما يمكن التأكيد عليه هنا، من أن مبتكري أنظمة أجهزة الحاسب الآلي (الكمبيوتر) قد استطاعوا إحراز تقدم في نظرية

وزارة العدل بالجمهورية اليمنية بالتعاون مع المنظمة الدولية لقانون التنمية، صنعاء والمنعقدة من ٩-١٩ / فبراير ٢٠١٤م بالمعهد العالي للقضاء.

(١) عمر حسن المومني: التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية، دراسة قانونية وتحليلية، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٣م، ص ٥٤.

(٢) محمد جستينة: مرجع سابق، ص ٢٢٤.

علم التشفير^(١).

وتتم عملية تشفير التوقيع الكتروني، والبيانات الأخرى المدونة على المحررات الإلكترونية عن طريق تحويلها إلى رموز مبعثرة لا معنى لها، بواسطة خوارزمية التشفير المتماثل وغير المتماثل^(٢).

والتشفير المتماثل هو: التشفير الذي يتم بواسطة المفتاح العام، وهي عملية يستخدم فيها مفتاح واحد لا نظير له لعملية تشفير بيانات المحرر الإلكتروني، وفك تشفيره، ويعتمد هذا النوع من التشفير على سرية المفتاح المستخدم، والشخص الذي يملك هذا المفتاح هو الشخص الوحيد بإمكانه فك التشفير، وقراءة محتوى المحرر، أو الرسالة الإلكترونية، أو البيانات الأخرى^(٣).

أما التشفير غير التماثلي فهو يعتمد على وجود مفتاحين: هما المفتاح العام (Publickey) والمفتاح الخاص (Privet key) حيث يستخدم المفتاح العام لتشفير الرسائل، ويستخدم المفتاح الخاص لفك تشفير الرسائل، وعليه تستند منظومة المحررات الإلكترونية؛ لأنه أكثر أماناً وأكثر تعقيداً، ويعتمد على إصدار مفتاحين متكاملين ومرتبطين بشكل مُحكم، وهما المفتاح الخاص الذي يتم توزيعه بشكل حر على كل من يطلبه وفق شروط معينة، ويصبح مالكة الشرعي، ومفتاح عام معروف للمستخدمين الذين يتم التعامل معهم^(٤).

وقد درجت البنوك على تطبيق التوقيع الرقمي الذي يستخدم فيه التشفير غير التماثلي بواسطة المفتاحين: مفتاح خاص، ومفتاح عام، يمكنان استخدام البطاقة البنكية^(٥) الإلكترونية من إجراء معاملة مالية بواسطة التوقيع الرقمي من خلال إدخال

(١) عرف بعض الفقه بأن علم التشفير هو: عبارة عن ترميز البيانات كي يتعذر قراءتها من أي شخص ليس لديه كلمة مرور لفك شفرة تلك البيانات. ويقوم التشفير بمعالجة البيانات باستخدام عمليات رياضية غير معقدة قابلة للعكس، ويجعل تشفير المعلومات في جهاز الكمبيوتر غير قابلة للقراءة من قبل أي شخص يستطيع أن يتسلل لتتصلص في جهاز المستخدم دون إذن، ومن أشهر برامج التشفير (PGP). انظر: محمد جستينة: المرجع السابق، ص ٢٢٦.

(٢) ناهي يوسف: دراسة وتصميم خوارزمية تشفير للبيانات المنقولة عبر شبكة الإنترنت، رسالة ماجستير، كلية الهندسة، جامعة دمشق، منشور بمجلة دمشق للعلوم الهندسية، المجلد ٢٠، العدد ٢، ص ١٤٦.

(٣) د. أحمد فرج: إطار عام لتطبيق استخدام منظومة التوقيع الإلكتروني في مؤسسات المعلومات، دراسة للإطار التقني والتنظيمي، والبنية التحتية، بحث منشور في مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود، ٢٠٠٨م، العدد الأول، ص ٦٣.

(٤) د. أحمد فرج: المرجع السابق، ص ٦٤.

(٥) مثل: الفيزا كارت.

الكود الشخصي السري الخاص بالعميل، والمفتاح العام الذي يستخدمه البنك ليتأكد من أن مستخدم البطاقة هو نفسه المالك الشرعي لها، وتتم هذه العملية على الخط المباشر دون أن يلاحظ المستخدم أي تعقيدات^(١).

بالتأمل لنصوص القانون اليمني^(٢) تكاد تخلو من ذكر التشفير بشكل صريح وهو ما يؤخذ على المشرع اليمني، لكن يمكن لنا أن نستشف ذلك بصورة ضمنية من خلال تعريف رسالة البيانات التي نصت المادة (١١/٢) بأن رسالة البيانات: (هي عبارة عن بيانات تمت معالجتها بواسطة نظام معالجة المعلومات فأخذت شكلاً مفهوماً)، وعرفت الفقرة (١٢) من نفس المادة بأن تبادل البيانات الإلكترونية يعني: (نقل البيانات إلكترونياً من شخص إلى آخر باستخدام نظام معالجة المعلومات).

الثاني

الفرع

تصديق المحررات الإلكترونية كوسيلة وقائية

جهات التصديق الإلكتروني^(٣) هي تلك الجهة التي يناط بها التحقق من أن التوقيع على المحرر الإلكتروني قد تم تشفيره بمفتاح خاص يتحاكي مع المفتاح العام، الذي يستخدم في فك تشفير التوقيع بطريقة آمنة.

وطالما أن كثيراً من المعاملات التجارية، والمدنية، والإدارية تتم إلكترونياً بواسطة أجهزة الحاسوب، فمن أجل الحرص على سلامة هذه المعاملات الإلكترونية لا بد من وسائل وطرق تحفظ لهذه المعاملات الإلكترونية سلامتها من جرائم القرصنة والتزوير التي يمكن أن تؤثر على مصداقية المحررات الإلكترونية، ويزيد الشكوك لدى المتعاملين بهذه الوسيلة الحديثة.

وقد اهتمت المواثيق الدولية، والتشريعات الوطنية المنظمة للتجارة الإلكترونية، وقامت بوضع معايير للجهات الراغبة للعمل في حقل التصديق الإلكتروني، وأوجبت على أن تكون هذه الجهات خاضعة لإشراف الدولة ورقابتها، كما حددت الجهات الحكومية التي لها سلطة منح التراخيص للجهات التي تقوم بمنح شهادات تصديق الكتروني.

(١) صلاح المصري: مرجع سابق، ص ٣١.

(٢) قانون أنظمة الدفع للعمليات المالية والمصرفية الإلكترونية اليمني.

(٣) اختلفت التسميات حول سلطات المصادقة، فالبعض يطلق عليها سلطات المصادقة، والبعض يسميها، مزود خدمات التصديق الكتروني، كالقانون السعودي، والقانون الاتحادي الإماراتي، وقانون إمارة دبي، والقانون البحريني، أما القانون اليمني فقد أطلق عليها الجهة المختصة، وهو اسم مبهم يفتقر إلى الموضوعية، والباحث يتجه إلى تسميتها بجهات التصديق الإلكتروني.

فالسؤال الذي يمكن طرحه على بساط هذا الموضوع ماهي جهات الترخيص؟ وكيف يمكن تمييز جهات الترخيص عن جهات التصديق؟ وما الدور الذي تضطلع به في حماية المحررات الإلكترونية من التزوير؟! هذه التساؤلات يمكن لنا الإجابة عليها من خلال الحديث عن جهات الترخيص ودورها في منح تراخيص لمزاولة نشاط التصديق الإلكتروني..

أولاً: جهات الترخيص الإلكتروني:

تختلف جهة الترخيص عن جهات التصديق؛ كون الأولى تعد جهة حكومية، ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن تكون شخصاً طبيعياً خاصاً، بل يجب أن تكون شخصاً معنوياً عاماً بخلاف جهات التصديق، فقد تكون شخصاً طبيعياً، أو شخصاً معنوياً عاماً، أو خاصاً لكن المعيار الأهم في تمييز جهات الترخيص عن جهات التصديق في كون الأولى هي جهة مخولة قانوناً بمنح تراخيص لمزاولة نشاط التصديق الإلكتروني وتقوم بمراقبتها.

لكن يبقى السؤال هنا ما هي الجهة المخولة قانوناً بمنح تراخيص لمزاولة نشاط التصديق الإلكتروني في الجمهورية اليمنية؟ وهل هذه الجهة متخصصة تقنياً لهذا الغرض؟

بالتأمل لنصوص القانون اليمني لم نجد نصاً صريحاً يحدد جهة بعينها تسند إليها مهمة منح تراخيص لمزاولة نشاط التصديق الإلكتروني، لكن يستشف ذلك ومن خلال نص المادة (٢/٤٤) التي تنص على أن: «يصدر محافظ البنك الأنظمة والتعليمات والقرارات المتعلقة بأنظمة وإجراءات المدفوعات وبصفة خاصة ما يلي:

٢. تنظيم إصدار شهادات التوثيق^(١) من الجهة المختصة بوضع وتسويق برامج الحاسب الآلي، وبما يكفل وضع ضوابط تحفظ سرية استخدام الشفرة الخاصة بالتوقيع الإلكتروني من الشخص المعني، واتخاذ الضمانات المناسبة لذلك....». ونصت المادة (٤٥) على أن: «تصدر اللائحة بقرار جمهوري بعد موافقة مجلس الوزراء بناءً على عرض محافظ البنك».

بالتأمل لنص المادتين سالفتي البيان، نجد أنهما أسندتا الاختصاص الأصيل للبنك المركزي اليمني وأعطتاه حق منح تراخيص لجهات التصديق الإلكتروني، ومما يؤيد هذا القول هو نص المادة (٤٥) التي خولت محافظ البنك المركزي حق صياغة اللائحة

(١) ذهب المشرع اليمني إلى تسمية شهادة التصديق بشهادة التوثيق.

التنفيذية لهذا القانون^(١)، والتي لم تجد اللائحة طريقها إلى الصدور حتى هذه اللحظة.

لكن تبقى الإجابة على السؤال الثاني هو: هل البنك المركزي جهة متخصصة تقنياً في ظل وجود وزارة تسمى وزارة الاتصالات وتقنية المعلومات، والتي ينبغي من وجهة نظر علمية أن تكون هي صاحبة الاختصاص الأصيل في منح تراخيص التصديق الإلكتروني، أو على الأقل يكون لها حق الإشراف، والرقابة كونها المتخصصة بشبكة الإنترنت، وتمتلك فريقاً متخصصاً تقنياً.

أما القانون المصري فقد استدرك أهمية الجهة المتخصصة العامة التي يحق لها منح تراخيص مزاولة النشاط لجهات التصديق الإلكتروني، ونص عليها في القانون، وأطلق عليها اسم هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات^(٢)، وهي هيئة عامة أنشئت لهذا الغرض، وحدد القانون تبعيتها لوزير الاتصالات دون غيره، وحددت المادتان (٥، ٤) اختصاصاتها^(٣)،

(١) قانون أنظمة الدفع اليمني.

(٢) المادة (١/ز) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري.

(٣) وأشارت المادة (٣) من ذات القانون إلى الاختصاصات المنوطة على عاتق الهيئة، والتي تنص على أن: «تهدف الهيئة إلى تحقيق الأغراض الآتية:

- أ. تشجيع وتنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات.
- ب. نقل التكنولوجيا المتقدمة للمعلومات وتحقيق الاستفادة منها.
- ت. زيادة فرص تصدير خدمات الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات ومنتجاتها.
- ث. الإسهام في تطوير وتنمية الجهات العاملة في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات.
- ج. توجيه وتشجيع وتنمية الاستثمار في مجال صناعة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات.
- ح. رعاية المصالح المشتركة لأنشطة تكنولوجيا المعلومات.
- خ. دعم البحوث والدراسات في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، وتشجيع الاستفادة بنتائجها.
- د. تشجيع ودعم المشروعات الصغيرة والمتوسطة في مجال استخدام وتوظيف آليات المعاملات الإلكترونية.

ذ. تنظيم نشاط خدمات التوقيع الإلكتروني وغيرها في مجال المعاملات الإلكترونية وصناعة تكنولوجيا المعلومات».

ونصت المادة (٤) من ذات القانون على أن: «تباشر الهيئة الاختصاصات اللازمة لتحقيق أغراضها ولها على الأخص ما يأتي:

- أ. إصدار وتجديد التراخيص اللازمة لمزاولة أنشطة خدمات التوقيع الإلكتروني وغيرها في مجال المعاملات الإلكترونية وصناعة تكنولوجيا المعلومات، وذلك وفقاً لأحكام القوانين واللوائح المنظمة لها.
- ب. تحديد معايير منظومة التوقيع الإلكتروني بما يؤدي إلى ضبط مواصفاتها الفنية.
- ت. تلقي الشكاوى المتعلقة بأنشطة التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية وتكنولوجيا المعلومات واتخاذ ما يلزم في شأنها.
- ث. تقييم الجهات العاملة في مجال أنشطة تكنولوجيا المعلومات، وتحديد مستوياتها الفنية بحسب نتائج هذا التقييم.
- ج. تقديم المشورة الفنية بشأن المنازعات التي تنشأ بين الأطراف المعنية بأنشطة التوقيع الإلكتروني، والمعاملات الإلكترونية وتكنولوجيا المعلومات.

وسلك المشرع التونسي نفس المسلك^(١)، وكذلك المشرع الإماراتي^(٢).

ثانياً: جهات التصديق الإلكتروني:

تجري العديد من المعاملات القانونية التجارية، والإدارية حالياً بصورة الكترونية بواسطة أجهزة التقنية الحديثة، وقد واجهت هذه المعاملات صعوبات قانونية بخصوص إثباتها، وتحديد مضمونها، الأمر الذي فرض الحصول على شهادة تصديق الكتروني تنسب البيانات والتوقيعات الممضاة عليها إلى صاحبها دون تحريف، أو تعديل في محتواها، وهذه الشهادة تقوم بها جهات متخصصة يطلق عليها (جهات التصديق الكتروني) التي يقع على عاتقها التحري حول سلامة المحرر والتوقيع الإلكتروني، وتنسبه إلى ممضيه، وتصدر بذلك شهادة تصديق تشهد فيها بهذه السلامة والصحة، ويتم الاعتماد عليها في الإثبات^(٣)، فيا ترى ماهي جهات التصديق الإلكتروني؟ وما النشاط الذي تقوم به هذه الجهة لخدمة الجمهور؟

١. تعريف جهات التصديق الإلكتروني في القوانين الوطنية:

ح. تقديم المشورة الفنية إلى الجهات العاملة في مجال أنشطة تكنولوجيا المعلومات، وتدريب العاملين فيها.

خ. إقامة المعارض والمؤتمرات والندوات المتخصصة في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات داخلياً وخارجياً.

د. إنشاء الشركات التي تساعد على تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، أو المساهمة فيها.
ذ. إيداع وقيد وتسجيل النسخ الأصلية لبرامج الحاسب الآلي وقواعد البيانات التي تتقدم بها للجهات أو الأفراد الناشرين والطابعين والمنتجين للمحافظة على حقوق الملكية الفكرية وغيرها من الحقوق».

(١) أطلق قانون المبادلات التونسي على جهات الترخيص، اسم (الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية) في الباب الثالث، وحدد اختصاصاتها في الفصل الثامن والتاسع.

(٢) أطلق قانون المعاملات الإلكتروني الإماراتي الاتحادي في المادة (١/٢٣) على جهات الترخيص اسم (مراقب خدمات التصديق الكتروني).

(٣) إياد محمد عارف عطا: مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، ٢٠٠٩م، ص ١١٥.

لم يعرف القانون اليمني^(١) جهات التصديق الإلكتروني بصريح العبارة، لكنه قام بتعريف الجهة المختصة في المادة (٢) بأنها: «هي كل شخص قانوني مصرح له من قبل الجهة المسؤولة في الدولة، يقوم بتسليم شهادات توثيق للجمهور، أو يقدم خدمات مرتبطة بالتوقيعات الإلكترونية».

يتضح مما سبق أن القانون اليمني لم يعرف جهات التصديق الإلكتروني بصريح العبارة، وهو عوار قانوني ينبغي تداركه، لكننا نستشف التعريف من تعريف الجهة المختصة، حيث يجد المتأمل في النص، أن المشرع أراد بذلك تعريف جهة التصديق الإلكتروني، لكن القراءة الأولية للفظ الجهة المختصة نجد أن الجهة المختصة هي تلك الجهة الرسمية من قبل الدولة التي يناط بها منح سلطة التراخيص لجهات التصديق الإلكتروني التي تتقدم للعمل في حقل التصديق الإلكتروني، وهو ما ينبغي على المشرع الوقوف على سياق اللفظ قبل وضع التعريف له.

لم يعرف القانون المصري جهة التصديق الإلكتروني لكنه اكتفى بتنظيم الهيئة التي تتولى حق منح التراخيص لجهات التصديق الإلكتروني.

٢. تعريف جهات تصديق التوقيع الإلكتروني وفقاً للمواثيق الدولية:

عرف قانون الأونستيرال جهات التصديق الإلكتروني في المادة (٢/هـ) بأنها: (تعني شخصاً يصدر الشهادات، ويجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات الأخرى)، والملاحظ على هذا التعريف أنه لم يحدد فيه الشخص، هل يصح أن يكون شخصاً طبيعياً، أو معنوياً وهو لفظ مبهم يحتاج إلى توضيح أضف إلى أن التعريف لم يسند إلى الجهات الرسمية للدولة حق منح تراخيص مزاولة النشاط.

ويذهب الباحث إذا جاز له ذلك إلى تعريف جهات التصديق الإلكتروني بأنها: «كل شخص طبيعي، أو معنوي عام، أو خاص مرخص له من السلطات الرسمية بموجب القوانين، واللوائح النافذة بإصدار شهادات تؤكد حقيقة التوقيع الإلكتروني، ونسبته للموقع، وتضمن حمايته الكترونياً، وتضع لمستخدمه مفتاحاً خاصاً».

أسباب اختيارنا لهذا التعريف هو:

أن القيام بعمل التصديق الإلكتروني هو حق لكل من توافرت فيه الشروط لممارسة هذا العمل، سواء كان شخصاً طبيعياً، أم معنوياً، لكن ما يميز هذا التعريف أننا اعترفنا للشخص الخاص بحق ممارسة المهنة سواء كان شخصاً طبيعياً، أم معنوياً، طالما توافرت

(١) قانون أنظمة الدفع اليمني.

الشروط القانونية على عكس الشخص العام، الذي لا بد من أن يكون شخصاً معنوياً، وليس طبيعياً؛ لأنه من ناحية الضمانات والآثار المترتبة سيكون هناك عواقب وخيمة إذا تم الاعتراف للشخص العام الطبيعي لأنه يعمل لحساب الغير، عكس التعاريف السابقة التي اعترفت لكل شخص بحق إصدار الشهادات، طالما توافرت فيه الشروط القانونية.

ثالثاً: الدور الذي تمارسه جهات التصديق الإلكتروني في حماية المحرر الإلكتروني:

تمارس جهات التصديق الإلكتروني دوراً هاماً يتمثل في إصدار شهادات التصديق الإلكتروني التي تثبت فيها سلامة وصحة البيانات المدونة إلكترونياً، وتؤكد أن صاحب الشهادة هو الشخص نفسه صاحب المفتاح العام، وتوفر الشهادة مجموعة من المعلومات التي تثبت هوية الشخص الموقع^(١)، وهوية سلطة التصديق التي أصدرت هذه الشهادة، وتاريخ إصدارها، وانتهاء صلاحيتها، وحدود مسئولية مصدرها، ومعلومات أخرى بحسب مستوى الشهادة، والغرض من إصدارها.

ذهبت التشريعات المقارنة إلى تعريف شهادة التصديق الإلكتروني، حيث عرفها القانون اليمني في المادة (٢) بأنها: (الشهادة الصادرة عن الجهة المختصة لإثبات نسبة توقيع الإلكتروني إلى شخص معين استناداً إلى إجراءات توثيق معتمدة)، وعرفها القانون المصري في المادة (٦/١) التي نصت على أنها: (الشهادة التي تصدر من الجهة المرخص لها التصديق، وتثبت الارتباط بين الموقع، وبيانات إنشاء التوقيع)، وعرفها قانون الأونيسترال في المادة (٢/ب) بأن الشهادة: «تعني رسالة بيانات أو سجلاً آخر يؤكدان الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع».

رابعاً: البيانات التي تشتمل عليها شهادة التصديق الإلكتروني:

تحتوي شهادة التصديق الإلكتروني على بيانات، منها ما يكون على سبيل الإلزام، ومنها ما يكون على سبيل الاختيار، وتتمثل هذه البيانات بالآتي:

١- البيانات الإلزامية التي يجب أن تحتوي عليها هذه الشهادة:

(أ) رقم تسلسل الشهادة^(٢).

(ب) هوية مُصدر الشهادة^(٣) (أي هوية سلطة المصادقة).

(١) وذلك ببيان اسمه، وعمره، وجنسيته، وعمله، ومحل إقامته، والاسم التجاري، واسم الشهرة.

(٢) المادة (٨/٢٠) من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري.

(٣) نصت المادة (١٢) قانون الأونيسترال تحت عنوان: (الاعترافات بالشهادات والتوقيعات الإلكترونية الأجنبية) لدى تقرير ما إذا كانت الشهادة أو التوقيع الإلكتروني ساري المفعول قانونياً، أو مدى كونها

- (ج) عنوان الشركة، المركز الرئيس، بالدولة المانحة للترخيص^(١).
- (د) رقم الترخيص الصادر للمرخص له من سلطة الإدارة وفترة سريانه^(٢).
- (هـ) تاريخ الإصدار وتاريخ انتهاء فترة الصلاحية^(٣).
- (و) هوية حاملها^(٤) أي من صدرت لمصلحته، وذلك ببيان اسمه^(٥)، وعمره، وجنسيته، وعمله، ومحل إقامته، والاسم التجاري، واسم الشهرة إن وجد.
- (ي) بيان أسباب وقف العمل بالشهادة أو إلغائها^(٦).
٢. البيانات الاختيارية:
- (أ) الغرض من استخدام الشهادة.
- (ب) حد قيمة التعاملات المسموح بها.
- (ج) مجالات استخدام الشهادة.

كذلك، لا يولي أي اعتبار لما يلي:

- (أ) الموضع الجغرافي الذي تصدر فيه الشهادة أو يُنشأ أو يستخدم فيه التوقيع الإلكتروني.
- (ب) الموضع الجغرافي لمكان عمل المُصدر أو الموقع.
- والمادة (٣/٢٠) من اللائحة التنفيذية للقانون المصري والمادة (١/١٨) من القانون البحري، كذلك المادة (٢١/٢١) ثالثاً/أ) المنضوية تحت الفصل السادس، من القانون الاتحادي الإماراتي، والمادة (١/٢٤) من قانون إمارة دبي.
- (١) المادة (٣/٢٠) من اللائحة التنفيذية للقانون المصري.
- (٢) المادة (١/٢٠) من اللائحة التنفيذية للقانون المصري.
- (٣) المادة (٧/٢٠) من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري، والمادة (٢١/٢١) ثالثاً/ج) المنضوية تحت الفصل السادس، من القانون الاتحادي للإمارات العربية المتحدة.
- (٤) المادة (٤/٢٠) من اللائحة التنفيذية للقانون المصري.
- (٥) البيانات التي يتم الإدلاء بها أمام سلطة المصادقة تختلف من الشخص الطبيعي عن الشخص الاعتباري، فعلى سبيل المثال إذا كان الطالب شخصاً طبيعياً تعين عليه إجراء مقابلة شخصية مع سلطة المصادقة، وعليه أن يقدم ما يثبت هويته، كإبراز البطاقة الشخصية، أو جواز السفر، أو رخصة القيادة، أو غيرها من الأدلة المادية المقبولة قانوناً، وقد يطلب من صاحب الشهادة تقديم ما يثبت أنه عضو في اتحاد مهني معين، أو عضوفي الغرفة التجارية، أما بالنسبة للأشخاص الاعتباريين، فإن إثبات الهوية يتطلب دليلاً على التأسيس القانوني لهذه الشخصية، مثل: شهادة تأسيس شركة أموال مسجلة، أو صك المشاركة لشركة أشخاص، أو رخصة مزاوله العمل بالإضافة إلى إثبات هوية الشخص الطبيعي الذي يمثل الشركة، وذلك على ضوء أحكام قوانين الوكالة السارية في الدولة التي ترخص لجهات المصادقة لكي يتمكن من التوقيع نيابة عن الشخص الاعتباري الذي يمثلها، انظر: محمد جستينة: مرجع سابق، ص ٢٤٨ وما بعدها.
- (٦) المادة (١٠/٢٠) من اللائحة التنفيذية للقانون المصري، ويتم إيقاف الشهادة، أو إلغاؤها، بناء على طلب العميل، أو بسبب الموت، أو فقدان الأهلية، أو إفلاس التاجر، أو بسبب إدلاء ببيات مغلوطة عن شخص العميل.

أما القانون اليمني فقد خلا من التنصيص على تلك البيانات حيث نصت المادة (٣٦) على أن: «تحدد اللائحة إجراءات التوثيق، والبيانات التي يجب أن تحتويها شهادة التوثيق الصادرة عن الجهة المختصة»، وهو مأخذ على المشرع اليمني الذي كان يجب عليه تحديد البيانات الأساسية ضمن نصوص القانون، ويقوم بتعدادها على سبيل الحصر هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن اللائحة لم تجد طريقها إلى النور حتى يومنا هذا، وهو ما يجعلنا ندور في حلقة مفرغة.

أما القانون المصري فقد أحال في المادة (٢٠) بأن تحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون البيانات التي يجب أن تشتمل عليها شهادة التصديق الإلكتروني، وهو مأخذ على المشرع المصري، والذي كان ينبغي عليه النص على البيانات الإلزامية في نصوص القانون، ويترك لللائحة حق تنظيم البيانات الاختيارية، لكن لعل المشرع تنبه للمستجدات التي تطرأ في عالم التقنيات الإلكترونية، وبالتالي ترك حق تنظيم هذه البيانات لللائحة آخذاً في حسبانها سهولة تعديلها إذا ما استجدت بيانات حديثة على الساحة الإلكترونية.

خامساً: التنظيم القانوني للاعتراف بإصدار شهادة التصديق الإلكتروني الوطنية والأجنبية:

اعترف المشرع اليمني للجهات التي تزاوِل نشاط إصدار شهادة التصديق الإلكتروني الوطنية والأجنبية، في المادة (٣٥) التي تنص على أن: «تكون شهادة التوثيق التي تبين رمز التعريف معتمدة إذا كانت:

- ١- صادرة عن جهة مرخصة أو معتمدة.
 - ٢- صادرة عن جهة مرخصة من سلطة مختصة في دولة أخرى ومُعترف بها.
 - ٣- صادرة عن جهة وافق أطراف المعاملة على اعتمادها).
- أما وفقاً للمواثيق الدولية فقد اعترف قانون الإونيسترال^(١) حق إصدار شهادة التصديق الإلكترونية، وذلك في المادة (١٢) التي تنص:
١. لدى تقرير ما إذا كانت الشهادة، أو التوقيع الإلكتروني ساري المفعول قانوناً، أو مدى كونهما كذلك لا يولي أي اعتبار لما يلي:

(أ) الموضع الجغرافي الذي تصدر فيه الشهادة أو يُنشأ أو يستخدم فيه التوقيع

(١) المادة (١٢) من قانون الأونيسترال تحت عنوان: (الاعترافات بالشهادات والتوقيعات الإلكترونية الأجنبية).

الإلكتروني.

(ب) الموضوع الجغرافي لمكان عمل المُصدر أو الموقع.

١. يكون للشهادة التي تصدر خارج الدولة المشترة المفعول القانوني نفسه في الدولة المشترة الذي للشهادة التي تصدر في الدولة المشترة إذا كانت تتيح مستوى مكافئاً جوهرياً من قابلية التعويل.
٢. يكون للتوقيع الإلكتروني الذي ينشأ، أو يستخدم خارج الدولة المشترة المفعول القانوني نفسه في الدولة المشترة الذي للتوقيع الإلكتروني الذي ينشأ، أو يستخدم في الدولة المشترة إذا كان يتيح مستوى مكافئاً جوهرياً من قابلية التعويل.
٣. لدى تقرير ما إذا كانت الشهادة أو التوقيع الإلكتروني يتيحان مستوى مكافئاً جوهرياً من قابلية التعويل لأغراض الفقرة (٢) أو الفقرة (٣) يولي الاعتبار للمعايير الدولية المعترف بها ولأي عوامل أخرى ذات صلة».

الخاتمة

بعد أن تم الانتهاء بفضل من الله من كتابة هذا البحث وتم بذل الجهد المستطاع حاولنا أن نخلص إلى النتائج والتوصيات التالية:

أولاً: النتائج:

- ١) كشفت الدراسة إلى أن هناك تقارباً في صياغة القوانين النازمة للتوقيع الإلكتروني والمحركات الإلكترونية، لكن اتضح الاختلاف الطفيف بين القوانين الوطنية نظراً لحداثة هذه الوسيلة، وتطورها على الساحة القانونية، مما أدى إلى عدم المقدرة في مسابقة هذا التطور، ومواكبته تشريعياً.
- ٢) أن مفهوم المحركات الإلكترونية أشمل وأوسع مما تحدثت عنه القوانين الوطنية، فيدخل فيه المحركات الرسمية الإلكترونية، والمحركات العرفية الإلكترونية، والمحركات والقرارات الصادرة عن جهة الإدارة.
- ٣) توصلت الدراسة إلى أن هناك بوادر للمجتمع اليمني الاتجاه نحو التعامل عبر المحركات الرقمية، كبديل عن المعاملات التقليدية، كون الأولى تتسم بالسرعة الفائقة.
- ٤) تبينت الدراسة إلى أن المشرع اليمني لم يضع ضوابط قانونية صارمة لجهات

المصادقة الإلكترونية.

٥) خلصت الدراسة إلى أن المشرع اليمني بحاجة إلى إعادة النظر في التشريعات القائمة بما يتواءم والعصر الإلكتروني الحديث.

ثانياً: التوصيات:

- ١) نوصي المشرع اليمني القيام بتعديل شامل لقانون أنظمة الدفع النافذ، وإصدار قانون خاص بالتوقيع الإلكتروني وإصدار لائحة تنفيذية، وكذا إعادة الصياغة لقانون الإثبات النافذ والأخذ في الحسبان المستجدات الرقمية وطرق إثباتها.
- ٢) نوصي المشرع اليمني القيام بإسناد الاختصاص للرقابة الكترونية لوزارة الاتصالات وتقنية المعلومات بدلاً عن البنك المركزي اليمني كونها الأقدر على الرقابة الإلكترونية.
- ٣) نوصي المشرع اليمني رسم إطار قانوني خاص بالتجارة الإلكترونية وإصدار قانون أو تعديل القانون التجارية وتضمينها فيه.
- ٤) نوصي وزارة الداخلية أن تستحدث إدارة خاصة للخبرة الإلكترونية، بحيث يتكون أعضاؤها من فريق متخصص فنياً في التقنية المعلوماتية.
- ٥) نوصي الجامعات اليمنية العمل على إعادة النظر في المناهج الدراسية في كليات الشريعة والقانون، وضرورة تضمينها مادة الحاسب الآلي والشبكات المعلوماتية، والتجارة الإلكترونية.
- ٦) نوصي المشرع اليمني إعادة تعديل قانون المرافعات اليمني وتضمينه مواد إجرائية خاصة بالمعاملات الإلكترونية، والتوقيع الإلكتروني.
- ٧) نوصي السلطة القضائية أن تتبنى خطة واسعة لتدريب قضاة المحاكم والنيابات، وتزويدهم بالمعارف المعلوماتية الحديثة، ورفع مستوى الكفاءة المعلوماتية في القطاع الوظيفي للسلطة.
- ٨) نوصي جامعة الدول العربية المضي قدماً في عقد اتفاقيات دولية وإقليمية عربية للتعاون على مكافحة الجرائم المعلوماتية على المستوى التشريعي، والتنسيق فيما بين الدول على تبادل البيانات، والمعلومات، بل وتبادل الخبرات، والمهارات اللازمة للحد من القرصنة الإلكترونية.
- ٩) نوصي وزارة الاتصالات وتقنية المعلومات العمل على تفعيل الوعي المجتمعي

لإدراك مخاطر القرصنة الإلكترونية المتمثلة في العبث بسرية المعلومات وتشويه الثقة، والأمان بين المتعاملين بالتجارة الإلكترونية، وذلك من خلال عقد ورش عمل للأشخاص والجهات العاملة في مجال النشاطات التكنولوجية، بما فيها النشاطات المتعلقة بتقديم خدمات التوقيع الإلكتروني.

قائمة المراجع

أ. الكتب العامة:

١. د. ثروت عبد الحميد: التوقيع الإلكتروني، ماهيته، مخاطره، وكيفية مواجهته، مدى حجته في الإثبات، دارالجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧م.
٢. د. خالد مصطفى فهمي: النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية، دارالجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧م.
٣. د. سحر البكباش: التوقيع الإلكتروني، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٩م.
٤. عمر حسن المؤمني: التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية دراسة قانونية، وتحليلية، مقارنة، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٣م.
٥. د. عيسى غسان راضي: القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، دار الثقافة للنشر، عمان، ٢٠٠٩م.
٦. د. علي صالح القعيطي: الإثبات في الكتابة المدنية والتجارية، مركز الصادق للنشر، صنعاء، الطبعة الثانية، ٢٠١٠م.

ب. الرسائل المتخصصة:

١. إياد محمد عارف عطا: مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، ٢٠٠٩م.
٢. صلاح عبد الحكيم المصري: متطلبات استخدام التوقيع الإلكتروني في إدارة مراكز تكنولوجيا المعلومات في الجامعات الفلسطينية في قطاع غزة، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير، كلية التجارة، قسم إدارة أعمال، الجامعة الإسلامية، غزة، ٢٠٠٧م.
٣. محمد أحمد نور جستنبة: مدى حجية التوقيع الإلكتروني في عقود التجارة

الإلكترونية، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، القاهرة، ٢٠٠٥م.

ج- المجلات والدوريات:

- د. أحمد فرج: إطار عام لتطبيق استخدام منظومة التوقيع الإلكتروني في مؤسسات المعلومات، دراسة للإطار التقني والتنظيمي، والبنية التحتية، بحث منشور في مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود، ٢٠٠٨م، العدد الأول.
- حنان مليكة: النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني السوري رقم ٤ / الصادر بتاريخ ٢٠٠٩م، دراسة قانونية مقارنة، كلية الحقوق، جامعة دمشق، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٦، العدد الثاني، ٢٠١٠م.
- د. عبد الله مسفر الحيان ود. حسن عبد الله عباس: التوقيع الإلكتروني، دراسة نقدية لمشروع التجارة والصناعة الكويتية، مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية، المجلد ١٩، العدد ١، يونيو ٢٠٠٣م.
- ناهي يوسف: دراسة وتصميم خوارزمية تشفير للبيانات المنقولة عبر شبكة الإنترنت، رسالة ماجستير، كلية الهندسة، جامعة دمشق، بحث منشور بمجلة دمشق للعلوم الهندسية، المجلد ٢٠، العدد ٢.
- د. هاني دويدار: حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، محاضرات أقيمت في إطار برنامج وزارة العدل اليمنية بالتعاون مع المنظمة الدولية للقانون والتنمية، والمنعقدة بالمعهد العالي للقضاء من تاريخ ٩-١٩ فبراير ٢٠١٤م، صنعاء.

د- المراجع عبر المواقع الإلكترونية:

هـ- القوانين والمصادر الرسمية:

- القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية مع دليل الاشتراع ٢٠٠١م، صادر عن الأمم المتحدة، نيويورك ٢٠٠٢م.
- قانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤م بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني المصري الجديدة الرسمية العدد ١٧.
- قانون رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٦م بشأن أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية

الإلكترونية اليمني، الجريدة الرسمية، العدد الرابع والعشرون، الصادر بتاريخ ١١ ذي الحجة ١٤٢٧هـ الموافق ٣١/١٢/٢٠٠٦م.

- قانون الإثبات اليمني.
- قانون الخدمة المدنية.

الأركان والشروط الشكلية في العقود والتصرفات (دراسة مقارنة في القانونين اليمني والمصري)

الأستاذ. الدكتور/ عبدالرحمن عبدالله شمسان الرديني الحمّادي

رئيس قسم القانون التجاري

كلية الشريعة والقانون - جامعة صنعاء



الجمعية الأردنية للقضاة والمحامين

تمهيد

أوجب كل من المشرّع اليمني والمصري على المتعاقدين التزامات عند إبرام العقود والتصرفات للمحافظة على حقوقهم والتزاماتهم تجاه الغير وتجاه بعضهم البعض. ومن هذه الواجبات المفروضة على المتعاقدين عند إبرام العقود أو التصرفات، أن تكون وفقاً لأركان وشروط موضوعية عامة، وأركان موضوعية خاصة لبعض العقود، فضلاً عن أركان شكلية. وسنقصر الدراسة هنا على الأركان والشروط الشكلية التي تطلبها المشرّع لصحة نفاذ هذه العقود والتصرفات تجاه المتعاقدين، وتجاه الغير على السواء.

• فقد تطلّبت القوانين لإبرام عقود الشركات التجارية أركاناً وشروطاً شكلية لإبرام هذه العقود. كما تطلّبت ذات القوانين أركاناً شكلية لإنشاء الأوراق التجارية، وأركاناً شكلية عند إبرام عقود بيع ورهن المحال التجارية.

• وسنتناول تقسيم هذا البحث إلى ثلاثة مباحث:

- المبحث الأول: الأركان الشكلية لإبرام عقود الشركات التجارية.
- المبحث الثاني: الأركان الشكلية لإنشاء الأوراق التجارية.
- المبحث الثالث: الأركان الشكلية لإبرام عقود بيع ورهن المحال التجارية.

مجلة

الجمعية الأردنية
للقضاة والمحامين

المبحث الأول

الأركان الشكلية لإبرام عقود الشركات التجارية

تمهيد:

فضلاً عما تطلبه المشرع اليمني والمصري من وجوب توافر الأركان والشروط الموضوعية العامة^(١) لإبرام عقد الشركة، وتوافر الأركان الموضوعية الخاصة^(٢) لعقد الشركة، فإنه قد تطلب أيضاً توافر أركان شكلية لعقد الشركة: وهي: كتابة عقد الشركة، وتسجيل وشهر عقد الشركة. ونقسم هذا المبحث إلى مطلبين، كما يلي:

المطلب الأول

كتابة عقود الشركات التجارية

أوجب كل من المشرع اليمني والمصري كتابة عقود الشركات التجارية، باستثناء شركة المحاصة^(٣) (م ١٠ شركات يمني - م ٦٣ - ٦٤ شركات مصري).

- حيث نصّت المادة (١٠) شركات يمني على أنه: ((يجب إثبات جميع الشركات التجارية باستثناء شركات المحاصة بعقد مكتوب... ويجوز للغير عند الاقتضاء أن يثبت بجميع وسائل الإثبات وجود الشركة، أو وجود أي نص يختص بها. ولا يجوز للشركاء الاحتجاج بالبطلان (بطلان الشركة) تجاه الغير... كما يجوز للغير الاحتجاج بالبطلان في مواجهة الشركاء.... إلخ)).

- يتضح من النص السابق أن المشرع اليمني أوجب كتابة عقود الشركات التجارية - باستثناء شركات المحاصة - ورتب على عدم كتابة عقد الشركة بطلان الشركة، وأجاز للغير (لغير الشركاء) إثبات وجود الشركة بجميع وسائل الإثبات....

- ونصّت المادة (٤٦) من قانون التجارة المصري القديم^(٤) على أنه: ((يكون عقد

(١) وهي: (توافر رضا أطراف العقد، والمعقود عليه «محل العقد»، والسبب، والأهلية اللازمة لإبرام عقد الشركة).

(٢) وهي: (تعدد الشركاء، وتقديم الحصص، واقتسام الأرباح والخسائر، ونية المشاركة).

(٣) انظر المواد ١٠ شركات يمني، و ٦٣، ٦٤ شركات أشخاص مصري.

(٤) لم يبلغ قانون التجارة المصري الجديد رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩م أحكام شركات الأشخاص من قانون التجارة المصري القديم الصادر في ١٣ نوفمبر ١٨٨٣م (والمحددة بالمواد من (٢٠-٦٥) في الفصل الأول من الباب الثاني منه). (انظر المادة الأولى من مواد إصدار قانون التجارة المصري الجديد رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩م).

شركات التضامن وشركات التوصية بالكتابة. ويجوز أن تكون مشاركة كل منهما رسمية أو غير رسمية^(١))).

يتضح من النص السابق أن المشرع المصري أوجب أن يكون عقد كل من شركات التضامن وشركات التوصية مكتوباً في مشاركة رسمية أو غير رسمية)).

- ونصّت المادة (٩) من قانون شركات الأموال المصري رقم (١٥٩) لسنة ١٩٨١م وتعديلاته^(٢) على أنه: ((يكون العقد الابتدائي الذي يبرمه المؤسسون طبقاً للنموذج الذي يصدره الوزير المختص بقرار منه... إلخ)).

- كما نصّت المادة (١٥) من القانون المصري السابق - على أنه: ((يكون العقد الابتدائي للشركة ونظامها أو عقد تأسيسها رسمياً أو مصادقاً على التوقيعات فيه.... إلخ)).

- ونصّت المادة (١٦) من ذات القانون السابق على أنه: ((يصدر بقرار من الوزير المختص نموذج لعقد إنشاء كل نوع من أنواع الشركات أو نظامها. ويشتمل كل نموذج على كافة البيانات والشروط التي يتطلبها القانون أو اللوائح... إلخ)).

يتضح من النصوص السابقة أن المشرع المصري أوجب أن تكون عقود الشركات مكتوبة، ووفقاً للنماذج المعدة من الوزير المختص، وكذلك نظامها الأساسي والمشتملة على كافة البيانات والشروط التي يتطلبها القانون أو اللوائح.. وذلك كله بعد طلب الشركاء المؤسسين لهذه الشركات التجارية من الجهات المختصة طلب تأسيس هذه الشركات.

المطلب الثاني

شهر وتسجيل عقود الشركات التجارية

- كذلك أوجب كل من المشرع اليمني والمصري وغيرهم شهر وتسجيل عقود الشركات التجارية، بعد كتابة عقد الشركة. وشهر عقد الشركة يكون عن طريق تسجيل عقد الشركة في سجل الشركات التجارية، وتسجيل أية تعديلات تطرأ على عقد الشركة في ذات السجل... وستتناول ذلك أولاً: في شركات الأشخاص وثانياً: في شركات الأموال.

أولاً: شهر وتسجيل عقود شركات الأشخاص: (التضامن - والتوصية البسيطة).

(١) وانظر المواد ٤٨، ٤٩، ٥٢ من ذات قانون التجارة المصري القديم.

(٢) وانظر المواد (٢١، ٢٦، ٢٧) شركات يمني: الأولى: في إجراءات تسجيل شركة التضامن، والثانية: في جزاء التخلف عن الإيداع وعدم التسجيل لعقد الشركة بطلان الشركة، والثالثة: في سقوط بطلان عقد الشركة لعدم شهر عقد الشركة وتسجيله بالتقدم، ويحق لجميع ذوى الشأن أن يحتجوا به.

١- شهر وتسجيل عقد شركة التضامن:

- نصّت المادة (٢٠) شركات تجارية يمّني على أنه: ((يجب أن يسجل عقد تأسيس شركة التضامن، وأية تعديلات تطرأ عليه في سجل الشركات التضامنية بمراكز المحافظات، وتُحفظ نسخة من العقد وأي تعديلات عليه لدى إدارة الشركات، وأن يشهر في السجل التجاري في مركز المحافظة التي يكون فيها المركز الرئيسي للشركة خلال شهر من تاريخ تسجيل عقد التأسيس أو تعديله^(١))).

٢- شهر وتسجيل عقد شركة التوصية البسيطة:

- نصّت المادة (١/٥٢) شركات تجارية يمّني على أنه: ((تؤسس شركة التوصية البسيطة بعقد مكتوب يوقعه جميع الشركاء المتضامنين والموصين....)).

- كما نصّت المادة (١/٥٤) شركات يمّني على أنه: ١- تطبّق على تأسيس شركة التوصية (البسيطة) وحلّها حتى فيما يختص بالشركاء الموصين، القواعد الموضوعية لتأسيس شركة التضامن وحلّها...)).

• يتضح من النصوص السابقة أن المشرّع اليمني أوجب كتابة عقود شركات الأشخاص (التضامن- والتوصية البسيطة) بعقد مكتوب. كما أوجب تسجيل هذه العقود (عقود تأسيس) في سجل شركات التضامن، أو سجل شركة التوصية البسيطة... وأن تحفظ نسخة من عقود هذه الشركات - وأية تعديلات يطرأ عليها- لدى إدارة الشركات... وأن تشهر هذه العقود في السجل التجاري في مركز المحافظة التي يكون فيها المركز الرئيسي للشركة خلال شهر من تاريخ تسجيل عقود تأسيسية أو تعديلية.

والملاحظ أن التسجيل والإيداع (الحفظ) والشهر: يكون بعد كتابة عقد الشركة.

- شركة المحاصة: أمّا شركة المحاصة فهي معفية من الأركان الشكلية (الكتابة، والشهر) أو (التسجيل لعقد تأسيسها).

- وهو ما تناوله المشرّع المصري في قانون التجارة المصري القديم (في المواد ٤٦-٦٥)

(١) المادة (٢٠) شركات يمّني بصياغتها المعدلة بالقانون رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٤م. وتناولت المواد من (٢١-٢٧) إجراءات تسجيل شركة التضامن وسلطات ومراقبة الشركات في تسجيلها (٢٢م-٢٥)، وجزاء تخلف إيداع وثيقة عقد التأسيس للشركة، أو عدم تسجيلها لدى إدارة الشركات وشهرها في السجل التجاري (يؤدي إلى بطلان الشركة)، ولا يسقط بالتقادم البطلان الناشئ عن عدم شهر الشركة (٢٧م).

المتعلقة بشركات الأشخاص.

ثانياً: شهر وتسجيل عقود شركات الأموال: (شركات المساهمة- والتوصية بالأسهم- وذات المسؤولية المحدودة).

١- شهر وتسجيل عقد شركة المساهمة: نصّت المادة (١/٦٤) شركات يمّني على أنه: ((تسرى أحكام هذا القانون على شركات المساهمة التي تؤسس في الجمهورية، أو التي تتخذ فيها مركز إدارتها أو مركز نشاطها الرئيسي...))^(١).

- كما نصّت المادة (٦٥) شركات يمّني على أنه: ((يصدر بنموذج العقد الابتدائي والنظام الأساسي لشركات المساهمة قرار من الوزير)).

• يتضح من هذه النصوص أنه يجب كتابة عقود شركات المساهمة، وبعد قيام المؤسسين لشركة المساهمة (الجمعية التأسيسية) بالانتهاء من إجراءات التأسيس لشركة المساهمة. يقدم المؤسسون خلال عشرة أيام من تاريخ انتهاء اجتماع الجمعية التأسيسية طلباً إلى الوزير بإعلان تأسيس الشركة (شركة المساهمة) وفقاً للشروط التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون^(٢).

- ونصّت المادة (٨٥) شركات يمّني على أنه: ((ينشر في الجريدة الرسمية على نفقة الشركة قرار الوزير الصادر بإعلان تأسيسها مرفقاً به نظامها الأساسي)).

٢- شهر وتسجيل عقد شركة التوصية بالأسهم:

- نصّت المادة (٢٢٧) شركات يمّني على أنه: ((يصدر نموذج النظام الأساسي لشركة التوصية بالأسهم بقرار من الوزير)).

- كما نصّت المادة (٢٢٨) شركات يمّني على أنه: ((تسرى الأحكام المتعلقة بتأسيس شركات المساهمة على شركات التوصية بالأسهم مع مراعاة ما يلي:

١- أن يصدر قرار من الوزير بالترخيص بتأسيس الشركة (شركة التوصية بالأسهم).

٢- لا يجوز أن يقل عدد المؤسسين عن ستة (خمسة مساهمين وشريك متضامن على الأقل).

٣- يوقع جميع الشركاء المتضامنين^(٣) وغيرهم من المؤسسين على نظام الشركة،

(١) انظر الفقرات (ب-ج) من ذات المادة (٦٤/ب، ج) شركات يمّني.

(٢) انظر م ٨٤ شركات يمّني، وانظر المواد ١٧-٣١ من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات اليمني...

(٣) تسرى على الشركاء المتضامنين في شركة التوصية بالأسهم الأحكام الخاصة بشركات التضامن. (م ٢٢٦م)

- ويكون حكمهم من حيث المسؤولية حكم المؤسسين في شركة المساهمة.
- ٤- تذكر في نظام الشركة أسماء الشركاء المتضامين وألقابهم وجنسياتهم ومواطنهم.
- ٥- لا يجوز أن يقل رأس مال الشركة (شركة التوصية بالأسهم) عن ثلاثة ملايين ريال.
- ٦- يتولى إجراء شهر الشركة مديرها، ويكون مسؤولاً عن ذلك)).
- يتضح مما سبق أن تأسيس شركة التوصية بالأسهم تسرى عليها الأحكام المتعلقة بتأسيس شركة المساهمة، مع مراعاة الاستثناءات الواردة بنص المادة (٢٢٨ شركة يمني). فيصدر قرار من الوزير بالترخيص لتأسيس شركة التوصية بالأسهم. (وبحيث لا يقل عدد المؤسسين فيها عن ستة). وهناك نماذج لعقود تأسيس ونظام شركة التوصية بالأسهم. ويلزم أن يوقع على نظامها جميع الشركاء (المتضامين وغيرهم من المؤسسين). وأن يذكر في نظام شركة التوصية بالأسهم أسماء الشركاء المتضامين وألقابهم وجنسياتهم ومواطنهم. وأن لا يقل رأسمالها عن ثلاثة ملايين ريال. وأن يتولى إجراء شهر عقد شركة التوصية بالأسهم مديرها، ويكون مسؤولاً عن ذلك.
- ٣- شهر وتسجيل عقد الشركة ذات المسؤولية المحدودة: وبالنسبة لإجراءات تأسيس وشهر عقد الشركة ذات المسؤولية المحدودة:
- فقد نصّت المادة (٢٤٥) شركات يمني على أنه: ((يخضع تأسيس الشركة ذات المسؤولية المحدودة للإجراءات الآتية:
- أ- (١) تتأسس الشركة ذات المسؤولية المحدودة بترخيص من المراقب.
- (٢) يصدر الوزير قراراً بنموذج كل من عقد التأسيس والنظام الأساس للشركات ذات المسؤولية المحدودة.
- ب- يقدم المؤسسون إلى المراقب طلب الترخيص مرفقاً به نسخة من عقد التأسيس، ونسخة من مشروع النظام الأساسي.
- ج- على المؤسسين أن يثبتوا تواقعهم في عقد التأسيس والنظام الأساسي أمام المراقب، أو من يفوضه خطياً بذلك، أو أمام مدير عام مكتب الوزارة بالمحافظة، أو لدى المحكمة المختصة.

شركات يمني).

د- للمؤسسين أن يفوضوا في طلب الترخيص من يشاؤون للتوقيع على النص النهائي للنظام الأساسي.

هـ- للمراقب أن يطلب من المؤسسين أن يُدخلوا على النظام الأساسي المقدم من قبلهم التعديلات التي تتفق مع أحكام هذا القانون.

و- (١) يصدر الترخيص والمصادقة على النظام الأساسي خلال فترة لا تزيد على سبعة أيام عمل من تاريخ تقديم طلب الترخيص المستوفي للشروط القانونية.

(٢) يحق للمراقب رفض طلب الترخيص إذا تبين له أن في عقد تأسيس الشركة أو بيانات الترخيص أو غايات الشركة ما يخالف القانون أو النظام الأساسي، وأن يكون الرفض مسبباً، وفي حالة عدم الرفض أو القبول يعتبر الطلب مقبولاً بعد انتهاء الفترة المحددة في البند (١) من هذه الفقرة (سبعة أيام عمل من تاريخ تقديم الطلب....).

(٣) يحق للمتظلم أن يتظلم من قرار الرفض إلى الوزير أو من ينوبه أثناء غيابه وذلك خلال عشرة أيام من صدور قرار الرفض. وللوزير أن يأمر بتسجيل الشركة وفقاً للقانون، أو رفض التظلم.

(٤) إذا رفض الوزير تظلم صاحب الشأن، يحق له أن يطعن بقرار الوزير أمام القضاء خلال مدة ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغه القرار.

ز- تنشر الوزارة قرار الترخيص والنظام الأساسي المصادق عليه في الجريدة الرسمية على نفقة الشركة.

- ونصّت المادة (٢٤٦) شركات يمّني على أنه: ((على المؤسسين فور صدور قرار الترخيص والمصادقة على النظام الأساسي أن يقوموا بمعاملات الإشهار للشركة في السجل التجاري، وفقاً لأحكام القانون)).

- كما نصّت المادة (٢٤٧) شركات يمّني على أنه: ((يترتب على عدم إجراء معاملات الشهر على الصور المبينة في المادة السابقة بطلان الشركة، وإلقاء المسؤولية على المتضامنين وعلى المؤسسين والمديرين)).

• وقد تناول المشرع المصري في قانون شركات الأموال المساهمة - والتوصية بالأسهم - والشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركات الشخص الواحد في القانون رقم (١٥٩) لسنة ٢٠١٨م تناول إجراءات تأسيس شركات الأموال في المواد (١٥-١٦-

١٧-١٨-٢١-٢٦)^(١).

وخلاصة القول أن إجراءات تأسيس الشركات التجارية، والتي تتخللها الإجراءات (والأركان الشكلية) لعقد الشركات التجارية، تبدأ بإجراءات الترخيص لشركات الأشخاص (التضامن - والتوصية البسيطة)، والشركة ذات المسؤولية المحدودة بترخيص من المراقب. ويتبع ذلك كتابة عقود هذه الشركات والنظام الأساسي وفقاً للنموذج الصادر بقرار من الوزير المختص. ويتبع ذلك النشر لعقود هذه الشركات، والإشهار لعقد الشركات في السجلات التجارية المخصصة للشركات التجارية وفقاً لأحكام القانون.

أما شركات المساهمة (ذات الاكتتاب العام والاكتتاب المغلق) وشركات التوصية بالأسهم: فقد شدد المشرع في ضرورة الحصول على الترخيص بقرار من رئيس مجلس الوزراء لشركات المساهمة ذات الاكتتاب العام، أو بقرار من الوزير المختص لشركات المساهمة ذات الاكتتاب المغلق، ولشركات التوصية بالأسهم.

وبعد صدور قرار الترخيص يبدأ المؤسسون بتحرير نماذج العقود والنظام الأساسي، واستيفاء إجراءات التأسيس والإيداع لنماذج العقود، وإيداع الأموال لحساب الشركة تحت التأسيس. وبعد الانتهاء من إجراءات التأسيس يقوم المؤسسون بتقديم طلب إلى الوزير بإعلان تأسيس الشركة. ومن تاريخ صدور هذا الإعلان لتأسيس الشركة (تعتبر موجودة قانوناً). ويقوم المؤسسون بالنشر والإشهار لهذه العقود وتسجيلها في السجل التجاري للشركات التجارية. وإذا لم تتم هذه الإجراءات - كتابة عقود الشركات وإشهارها وتسجيلها - فإنه يترتب على ذلك بطلان الشركة...

أما قانون شركات الأموال المصري رقم (١٥٩) لسنة ٢٠١٨م فقد تناول وجوب كتابة وإشهار عقود هذه الشركات وتسجيلها في السجل التجاري. وإلا ترتب على تخلف المؤسسين عن القيام بهذه الإجراءات بطلان الشركة.

المبحث الثاني

- (١) انظر (المواد ١٥-١٦-١٧-٢١-٢٤) من قانون شركات الأموال المصري رقم (١٥٩) لسنة ٢٠١٨م.
- حيث نصّت المادة (١٥) منه على أنه: ((يكون العقد الابتدائي للشركة ونظامها أو عقد تأسيسها رسمياً أو مصداقاً على التوقيعات فيه)).
 - كما نصّت المادة (١٦) منه على أنه: ((يصدر بقرار من الوزير المختص نموذج لعقد إنشاء كل نوع من أنواع الشركات أو نظامها...)).
 - كما نصّت المادة (١٧) منه على أنه: ((... وتشهر الشركة وتكتسب الشخصية الاعتبارية بعد مضي خمسة عشر يوماً من تاريخ قيدها في السجل التجاري...)).

الأركان الشكلية لإنشاء الأوراق التجارية

تمهيد:

تناول كل من المشرع اليمني والمصري تنظيم أحكام الأوراق التجارية في الكتاب الثالث من القانون التجاري اليمني^(١) في المواد من (٤٢٢-٥٦٩) تجاري يمني^(٢). فإنشاء الأوراق التجارية من التصرفات، وليست من العقود، فهي تنشأ بالإرادة المنفردة لساحبها أو محررها.

(فكل عقد تصرف، وليس كل تصرف عقد)، فالأوراق التجارية من التصرفات. ولكن يلزم لصحة إنشائها توافر الأركان الموضوعية العامة للعقود والتصرفات (الرضا - والمحل والسبب المشروعان، والأهلية اللازمة لإنشاء الأوراق التجارية). وسنبداً بتعريف الأوراق التجارية.

١- تعريف الكمبيالة: (هي صك مكتوب يتضمن أمراً من شخص الساحب إلى شخص المسحوب عليه بدفع مبلغ نقدي معين إلى شخص ثالث هو المستفيد في تاريخ الاستحقاق المحدد فيها).

٢- تعريف السند لأمر: (هو صك مكتوب يتضمن تعهداً من محرره بدفع مبلغ نقدي معين إلى شخص المستفيد في تاريخ الاستحقاق المحدد فيه).

٣- تعريف الشيك: (هو صك مكتوب يتضمن أمراً من شخص الساحب إلى شخص المسحوب عليه (بنك من البنوك) بدفع مبلغ نقدي معين لشخص ثالث هو المستفيد بمجرد الاطلاع).

- كما يلزم لإنشاء الأوراق التجارية (الكمبيالة والسند لأمر والشيك) توافر أركان شكلية وهي: الكتابة. (والبيانات الإلزامية):

أولاً: كتابة الأوراق التجارية: استلزم المشرع لإنشاء الأوراق التجارية كتابتها وفق شكل ونموذج معين أقرته الأعراف التجارية- لهذه الأوراق التجارية (الكمبيالات- السندات لأمر أو لأذن- الشيكات).

ثانياً: البيانات الإلزامية في الأوراق التجارية: كما استلزم وأوجب المشرع أن تتوافر

(١) تحت عنوان: الباب الأول: الكمبيالات، الفصل الأول: إنشاء الكمبيالة، الفرع الأول: أركان الكمبيالة.

(٢) وتناول المشرع المصري في قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩م في الباب الرابع منه أحكام الأوراق التجارية في المواد (٣٧٨-٥٤٩) تجاري مصري.

بيانات إلزامية في كل ورقة من الأوراق التجارية:

أ- البيانات الإلزامية في الكمبيالة: نصّت المادة (٤٢٢) تجاري يمّني على أنه: ((تشتمل الكمبيالة على البيانات التالية:

١- لفظ كمبيالة يكون مكتوباً في متن الصك وباللغة التي كتب بها.

٢- تاريخ إنشاء الكمبيالة ومكان إنشائها.

٣- اسم من يلزمه الوفاء (المسحوب عليه).

٤- اسم من يجب الوفاء له أو لأمره (المستفيد).

٥- أمر غير معلق على شرط بوفاء مبلغ معين من النقود.

٦- ميعاد (تاريخ) الاستحقاق.

٧- مكان الوفاء.

٨- توقيع من أنشأ الكمبيالة (الساحب) ((^(١).

ب- البيانات الإلزامية في السند لأمر: نصّت المادة (٥٢٣) تجاري يمّني: تحت عنوان:

(السند لأمر) على أنه: ((يشتمل السند لأمر على البيانات الآتية:

١- شرط لأمر أو عبارة (سند لأمر) مكتوبة في متن السند، وباللغة التي كتب بها.

٢- تاريخ إنشاء السند ومكان إنشائه.

٣- اسم من يجب الوفاء له لأمره (المستفيد).

٤- تعهد غير معلق على شرط بوفاء مبلغ معين من النقود.

٥- ميعاد (تاريخ) الاستحقاق.

٦- مكان الوفاء.

(١) ونصّت المادة (٤٢٣) تجاري يمّني على أنه: ((الصك الخالي من أحد البيانات المذكورة - في المادة السابقة - لا تعتبر كمبيالة - إلا في الأحوال التالية:

أ- إذا خلت الكمبيالة من بيان مكان إنشائها اعتبرت منشأة في المكان المبين بجانب اسم الساحب.

ب- وإذا خلت من بيان ميعاد الاستحقاق اعتبرت مستحقة الوفاء بمجرد الاطلاع.

ج- وإذا خلت من بيان مكان الوفاء فالمكان الذي يذكر بجانب اسم المسحوب عليه يعد مكاناً للوفاء وموطناً للمسحوب عليه في الوقت ذاته....)).

٧- توقيع من أنشأ السند ﴿لأمره﴾^(١).

ثالثاً: البيانات الإلزامية في الشيك: نصّت المادة (٥٢٨) تجاري يمّني - تحت عنوان: (إنشاء الشيك): ١- أركان الشيك: ((يشتمل الشيك على البيانات الآتية:

١- لفظ (شيك) (مكتوب في متن الصك وباللغة التي كتب بها).

٢- تاريخ ورقم الشيك ومكان إنشائه.

٣- اسم من يلزمه الوفاء (المسحوب عليه) بنك من البنوك.

٤- اسم من يجب الوفاء له أو لأمره (وفقاً لما سيجيء في المادتين (٥٣١-٥٣٢) (المستفيد).

٥- أمر غير معلق على شرط بوفاء مبلغ معين في النقود.

٦- مكان الوفاء^(٢).

٧- توقيع من أنشأ الشيك ﴿الساحب﴾.

- ونصّت المادة (٥٢٩) تجاري يمّني على أنه: ((الصك الخالي من أحد البيانات المذكورة في المادة السابقة لا يعتبر شيكاً إلا في الحالتين التاليتين:

أ- إذا خلا الشيك من بيان مكان الإنشاء اعتبر منشأ في المكان المبين بجانب اسم الساحب.

ب- وإذا خلا من بيان مكان الوفاء فالمكان المعين بجانب اسم المسحوب عليه يعتبر مكان وفائه، فإذا ذكرت عدة أمكنة بجانب اسم المسحوب عليه اعتبر الشيك مستحق الوفاء في أول مكان مبين. وإذا خلا الشيك من هذه البيانات أو من أي بيان آخر، اعتبر مستحق الوفاء في المكان الذي يقع فيه المحل الرئيسي للمسحوب عليه)).

(١) وتناولت المادة التالية (٥٢٤) تجاري يمّني على أن: ((الصك الخالي من أحد البيانات المذكورة في المادة السابقة - لا يعتبر سنداً لأمر إلا في الأحوال الآتية:

أ- إذا خلا السند من بيان مكان إنشائه - اعتبر منشأ في المكان المبين بجانب اسم المحرر.

ب- وإذا خلا من بيان ميعاد الاستحقاق - اعتبر الوفاء لدى الاطلاع عليه).

(٢) لا يوجد بيان ميعاد الاستحقاق (أو تاريخ الاستحقاق) في الشيك. لأن الشيك بطبيعته مستحق الوفاء بمجرد الاطلاع عليه، ومع ذلك يجب تقديم الشيك للوفاء خلال شهر إذا كان مسحوباً في اليمن ومستحق الوفاء فيها، وإذا كان مسحوباً (أو محرراً) خارج اليمن ومستحقاً الوفاء فيها يجب تقديمه للوفاء خلال ثلاثة أشهر، وتبدأ هذه المدد من تاريخ إصدار الشيك (م ٥٥٠ تجاري يمّني).

يتضح من النصوص السابقة: بأن الأوراق التجارية: تصرفات ينشئها الساحب لها، ويلزم توافر أركانها الشكلية^(١). وهذه الأركان الشكلية مهمة لبيان وجود التصرف بإنشاء الورقة التجارية، وفق شكل معين مكتوب، وأن تتضمن هذه الكتابة البيانات الإلزامية المحددة. وإذا خلت هذه الصكوك كأوراق تجارية من بياناتها الإلزامية لا تعتبر أوراقاً تجارية إلا ما استثناه المشرع^(٢). وقد تتحول إلى سندات أخرى كسندات الدين أو الالتزام إذا توافرت عناصرها.

(١) فضلاً عن توافر الأركان الموضوعية العامة لإبرام التصرف أو العقود (توافر الرضاء في من قام بهذا التصرف، والمحل والسبب المشروعين للقيام بالتصرف، والأهلية اللازمة للقيام وإبرام هذه التصرفات).

(٢) كبيان مكان الانشاء: اعتبر مكان الساحب للورقة التجارية، وكبيان مكان الوفاء: اعتبر مكان الوفاء موطن المسحوب عليه أو محرر السند لأمر. وكبيان تخلف ميعاد أو تاريخ الاستحقاق (في الكمبيالة والسند لأمر) اعتبر مستحقة الوفاء بمجرد الاطلاع.

المبحث الثالث

الأركان الشكلية لعقد بيع أو رهن المحل التجاري

تمهيد:

تطلب المشرع اليمني والمصري توافر أركان شكلية لعقد بيع المتجر، وعقد رهن المتجر. ورُتب على تخلفها بطلان هذه العقود.

أولاً: الأركان الشكلية لعقد بيع المحل التجاري: تطلب المشرع اليمني المصري توافر أركان شكلية عند إبرام عقد بيع المحل التجاري^(١).

- حيث نصّت المادة (٤٤) تجاري يمّني على أنه: ((لا يتم بيع المتجر (المحل التجاري) إلا بمحرر رسمي. ويحدّد في عقد البيع ثمن البضائع والمهمات المادية والعناصر غير المادية كل منها على حدة. وإذا لم يتم مُعجلاً دفع ثمن المتجر بجميع عناصره المذكورة، فإن ما يدفع منه، يخصم منه أولاً ثمن البضائع، ثم ثمن المهمات المادية، ثم ثمن العناصر غير المادية، ولو اتفق على خلاف ذلك))^(٢).
- كما نصّت المادة (٤٥) تجاري يمّني على أنه: ((يشهر عقد بيع المتجر بقيده في السجل التجاري، ويكفل القيد حفظ امتياز البائع لمدة خمس سنوات من تاريخه. ويعتبر القيد ملغى إذا لم يجدد خلال المدة السابقة. ويشطب القيد بتراضي أصحاب الشأن أو بموجب حكم نهائي. ولا يُعتدّ بعقد البيع بالنسبة للغير إلا من تاريخ قيده في السجل التجاري)).

- يتضح من النصين السابقين أن المشرع اليمني قد تطلّب أركاناً شكلية في عقد بيع المحل التجاري وهي:

- ١- كتابة عقد بيع المحل التجاري بمحرر رسمي.
- ٢- أن يشهر عقد بيع المحل التجاري بقيده وتسجيله في السجل التجاري.
- ٣- تحديد ثمن المتجر، وما دفع من الثمن.

(١) فضلاً عن توافر الأركان والشروط الموضوعية العامة للعقود بشكل عام (تراضي أطراف العقد - المعقود عليه (محل العقد)، والسبب المشروع لإبرام العقد، والأهلية اللازمة لإبرام العقد).

(٢) انظر المادتين السابقتين (٤٢-٤٣) تجاري يمّني؟ الأولى: عرفت المتجر وحددت عناصره (المادية وغير المادية) والثانية: القواعد التي تحكم عناصر المتجر.

٤- تحديد العناصر المبيعة والمشمولة بعقد البيع للمحل التجاري.

٥- أن يشمل عقد بيع المتجر كافة الحقوق والالتزامات المتصلة بالمتجر.

- وهو ما تناوله المشرع المصري في قانون التجارة رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩م في المواد (٣٧، ٣٨) منه^(١).

ثانياً: الأركان الشكلية لعقد رهن المحل التجاري: تطّلب المشرع اليمني والمصري توافر أركان شكلية لإبرام عقد رهن المحل التجاري:

- حيث نصّت المادة (٤٩) تجاري يمّني^(٢) على أنه: ((لا يتم الرهن (للمحل التجاري) إلاّ بمحرر رسمي. ويجب أن يشتمل عقد الرهن على تصريح من المدين عمّا إذا كان هناك امتياز للبائع على المتجر، وأن يشتمل كذلك على اسم شركة التأمين التي أمنت المتجر ضد الحريق إن وجدت)).
- كما نصّت المادة (٥٠) تجاري يمّني على أنه: ((يشهر عقد رهن المتجر بقيده في السجل التجاري. ويكفل القيد حفظ الامتياز لمدة خمس سنوات من تاريخه. ويعتبر القيد ملغىً إذا لم يجدد خلال المدة السابقة. ويشطب القيد بتراضي أصحاب الشأن أو بموجب حكم نهائي)).

(١) حيث نصّت المادة (٣٧) تجاري مصري على أنه: ((١- كل تصرف يكون موضوعه نقل ملكية المتجر أو إنشاء حق عين عليه أو تأجير استغلاله يجب أن يكون مكتوباً وإلاّ كان باطلاً. ٢- يقيد التصرف في المتجر، وعقد تأجير استغلاله في سجل خاص يصدر بتنظيمه قرار من الوزير المختص ويحفظ بمكتب السجل التجاري. ٣- يشهر تصرف المتجر وتأجير استغلاله بالقيد في السجل التجاري، ويجب أن يشتمل هذا الشهر البيانات الآتية:

- أ- أسماء المتعاقدين وعناوينهم وجنسياتهم.
- ب- تاريخ العقد ونوعه.
- ج- نشاط المتجر وعنوانه والعناصر التي اتفق على أن يشملها العقد.
- د- الثمن وما دفع منه عند البيع أو قيمة الأجرة المتفق عليها وكيفية سداد باقي الثمن أو أجرة الاستغلال.
- هـ- الاتفاقات بشأن العقود والتعهدات المتصلة بالمتجر.
- و- الاتفاقات المتعلقة باحتفاظ البائع بحق الفسخ أو بحق الامتياز)). (انظر م ١١٣٠ مدني مصري).
- كما نصّت المادة (٣٨) تجاري مصري على أنه: ((١- لا تنتقل ملكية المتجر فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير إلاّ من تاريخ قيد التصرف في السجل الخاص بذلك ونشر ملخصه في صحيفة السجل التجاري. ٢- إذا اشتمل المتجر على عناصر خاضعة لنظام خاص للشهر أو التسجيل فلا يقوم شهر التصرف في المتجر في صحيفة السجل التجاري (للمتجر) مقام الشهر والتسجيل الخاص. إلاّ إذا نص القانون على غير ذلك)).

(٢) ونصّت المادة السابقة (٤٨) تجاري يمّني على أنه: ((يجوز رهن المتجر، فإذا لم يعين على وجه الدقة ما يتناوله الرهن لم يقع إلاّ على العنوان التجاري، والحق في الإجارة، والاتصال بالعملاء، والسمعة التجارية)).

• ويتضح من النصين السابقين أن المشرع اليمني والمصري تطلّب توافر أركان شكلية في عقد رهن المحل التجاري وهي:

- ١- كتابة عقد رهن المتجر بمحرر رسمي.
 - ٢- أن يشهر عقد رهن المتجر بقيده في السجل التجاري الخاص بالمتجر.
 - ٣- تحديد محل عقد رهن المتجر، وما يتناوله بموضوع عقد رهن المحل التجاري من عناصر مادية ومعنوية، وإلاّ وقع على العناصر المعنوية. (م ٤٨ تجاري يمني).
ويترتب على توافر الأركان الشكلية في عقد بيع أو رهن المحل التجاري نشوء امتياز للبائع أو المرتهن على المحل التجاري^(١). (م ٥٢ تجاري يمني).
- وعلى هذا يتعيّن على المتعاملين مراعاة هذه الأركان الشكلية لعقود بيع أو رهن المحال التجارية للمحافظة على حقوقهم والتزاماتهم.

(١) انظر المادة (٥٢) تجاري يمني، وانظر المادة (٣٧٥) مدني يمني. فالامتياز: أولوية يقرها القانون لحق معين... ولا يكون للحق امتياز إلا بمقتضى نص في القانون.

الخاتمة

تناولنا بعون الله في هذه الدراسة «الأركان الشكلية في العقود والتصرفات»، وضرورة قيام المتعاملين بها، للمحافظة على حقوقهم والتزاماتهم». واقتصرت الدراسة على الأركان الشكلية في عقود الشركات التجارية، وإنشاء الأوراق التجارية، وإبرام عقود بيع أورهن المحال التجارية.

وتظهر أهمية هذه الدراسة من الناحية النظرية والعملية، فالمتعاملون في هذه العقود والتصرفات عليهم مراعاة هذه الأركان الشكلية، لحماية حقوقهم والتزاماتهم. وإلاّ كان الجزاء هو بطلان هذه العقود والتصرفات، وضياع حقوق المتعاملين فيها.

وبالله الهداية والتوفيق،،،

أهم المراجع

- ١- مبادئ القانون التجاري وأحكام الشركات التجارية، أ.د/ عبدالرحمن شمسان ط٢٠٢٥م.
- ٢- العقود التجارية، عمليات البنوك، والأوراق التجارية، والإفلاس، أ.د/ عبدالرحمن شمسان ط٢٠٢٥م.
- ٣- قانون الشركات التجارية اليمني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧م وتعديلاته الجريدة الرسمية اليمنية ٢٠١١م ط٣.
- ٤- قانون شركات الأموال المصري رقم (١٥٩) لسنة ١٩٨١م وتعديلاته حتى ٢٠١٩م (إعداد أسامة أنور العربي ٢٠١٨م). دارالعربي للنشر والتوزيع القاهرة.
- ٥- القانون التجاري اليمني رقم (٣٢) لسنة ١٩٩٢م وتعديلاته. الجريدة الرسمية اليمنية ٢٠١١م ط٥.
- ٦- قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩م. وتعديلاته (أسامة أحمد شتات - دار الكتب القانونية).
- ٧- القانون المدني اليمني رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م. وتعديل المادة (٦١) منه بالقانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٩م. الجريدة الرسمية اليمنية ٢٠١٣م.
- ٨- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨م. وتعديلاته (أسامة أحمد شتات - دار الكتب القانونية - مصر- المحلة الكبرى ط٢٠٠٤م).

مفهوم الحيابة وإزالة الإشكالات المتعلقة بجرائم التعدي على ملك الغير في القانون اليمني

القاضي / حافظ محمد الفرح

مقدمة

الحمد لله الذي أرسل رسوله بالهدى ودين الحق والصلاة والسلام على سيد المرسلين وإمام قضاة الحق المبين سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين .

وبعد فإن المشرع اليمني ورغم أنه قد نظم جرائم الاعتداء على ملك الغير في قانون العقوبات النافذ إلا أن بعض النصوص العقابية لاسيما نص المادة (٣٢١) عقوبات المتعلق بواقعة الإضرار بالمال ونص المادة (٢٥٣) عقوبات المتعلق بواقعة انتهاك حرمة المسكن والعقار لم تخل من الإشكالات العديدة لاسيما ما يتعلق بإدراج واقعة الدخول إلى الأراضي وحيازتها بطريقة غير مشروعة في ألفاظ وعبارات أحد النصوص المذكورين .

كما أن نظر تلك الوقائع قد أحاطه بعض الإشكالات أيضاً لاسيما فيما يتعلق بمسألة الحيابة والملكية بشأن أيهما أولى بالاعتبار والحماية الجنائية في تلك الجرائم الحيابة أم الملكية أم الحيابة والملكية معاً.

وثمة إشكال ثالث يتمثل بإصدار أوامر وقف الاستحداث من قبل النيابة وما هو دور النيابة في رفع الضرر القائم الناتج عن الاعتداء فيما يتعلق بتعطيل منفعة المجني عليه ومنعه من الاستفادة من حيازته للأرض أو المسكن وبقاء المتهم مسيطراً عليها خلافاً للشرع والقانون .

ومن خلال هذه الدراسة التي تم إعدادها ضمن أنشطة دائرة التأهيل والتدريب بمكتب النائب العام والمتمثلة بمفهوم الحيابة وإزالة الإشكالات المتعلقة بجرائم التعدي على ملك الغير في القانون اليمني يتبادر إلى الذهن العديد من التساؤلات التي تثار في واقع العمل القضائي ومن أهمها:

لماذا لم يصبغ المشرع اليمني حمايته للحيابة بنصوص واضحة وعبارات صريحة كما فعل بشأن الملكية وهل يعد ذلك من باب القصور التشريعي وإشكالات النصوص أم لا؟.

وهل الحماية الجنائية التي أصبغها المشرع للملكية في وقائع الاعتداء على ملك الغير كواقعة الإضرار بالمال المنصوص عليها في المادة (٣٢١) عقوبات شاملة لحماية الحيابة أم مقتصرة على الملكية؟.

وإذا كانت المادة (٢٥٣) عقوبات المتعلقة بحماية المساكن قد شملت في حمايتها حيابة غيرها من العقارات فلماذا أعرض البعض من العاملين في القضاء عن تطبيق هذا النص في وقائع الاستيلاء على الأراضي ومالوا إلى إدراج هذه الوقائع ضمن نص المادة (٣٢١) عقوبات .

وما هو النص القانوني الواجب تطبيقه من النصين المذكورين تطبيقاً صحيحاً حسماً للاختلاف وتحقيقاً لمقصد المشرع من الحماية في قائع التعدي على الأرضي بقصد حيازتها والاستيلاء عليها لاسيما وأن مشاكل الأراضي من أكثر المشاكل في الواقع ومن أهم الأسباب التي تؤدي الى الإخلال بالأمن والاستقرار.

وماهي المسألة المدنية الأولية التي يجب الفصل فيها أولاً حتى يتم الفصل في الجانب الجنائي في وقائع الاعتداء على ملك الغير هل هي الحيازة أم الملكية أم الحيازة والملكية معاً.

وما مدى مشروعية الأوامر التي تصدر من النيابة العامة بوقف الاستحداث وهل للنيابة إصدار قرار بتمكين الحائز حيازة مشروعة من الانتفاع بحيازته أم أنه لا يجوز لها ذلك حتى صدور حكم قضائي واجب التنفيذ.

كل هذه التساؤلات سوف يتم التطرق إليها ووضع الحلول والمقترحات بشأنها باعتبار ذلك هدف هذه الدراسة ومقصودها.

لذلك فقد تم تقسيم هذه الدراسة الى مطلبين:

تضمن المطلب الأول: الحديث عن مفهوم الحيازة بذكر تعريفها وشروطها وآثارها القانونية وتضمن المطلب الثاني: أهم الإشكالات القانونية المتعلقة بجرائم التعدي على ملك الغير وطرق إزالتها ثم بيان نتائج هذه الدراسة والتوصيات الخاصة بها.

المطلب الأول مفهوم الحيازة



البحر في الفقه والقانون

الأول

الفرع

تعريف الحيازة

الحيازة في اللغة تعني: الجمع وضم الشيء.

قال صاحب القاموس المحيط: والحوز: الجمع وضم الشيء كالحيازة والاحتياز^(١).

وقال صاحب مختار الصحاح: «الحوز» الجمع وكل من ضم شيئاً إلى نفسه فقد حازه واحتازه أيضاً^(٢).

وقد عرفها القانون المدني اليمني النافذ في المادة رقم (١١٠٣) بأنها تتمثل في استيلاء الشخص على الشيء ووضع يده عليه منقولاً كان أو عقاراً وأنها نوعان:

الأول: حيازة ملك ثبوت يتصرف به الحائز في الشيء الذي يحوزه بأي نوع من أنواع التصرفات ظاهراً عليه بمظهر المالك وإن لم يبين سبب ملكيته فتكون يده مهما استمرت حيازة ملك ثبوت على الشيء.

الثاني: حيازة انتفاع بإجارة أو نحوها يكون الشيء فيها مملوكاً لغير حائزه الذي لا يكون له إلا مجرد الانتفاع بالشيء انتفاعاً مؤقتاً طبقاً لسبب إنشائه.

والظاهر أن المشرع اليمني لم يخرج في تعريفه للحيازة عن المعنى الشرعي لها والمتمثل في وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه.

كما أنه في تعريفه للحيازة قد ذكر بأنها تنقسم إلى نوعين حيازة ملك وحيازة انتفاع ثم عرف حيازة الملك وعرف حيازة

(١) القاموس المحيط، الفيروزآبادي، ص ٥٠٩، (الْحَوْزُ).

(٢) مختار الصحاح، الرازي، ص ٨٤، (حَوْز).



الانتفاع وبين الفرق بينهما على نحو ما هو مبين أعلاه.

ومن خلال تعريف المشرع لحيازة الملك ووصفها بهذا الوصف المذكور أعلاه فإن اللازم الإشارة الى بعض الأمور ذات الأهمية والمتعلقة بهذا التعريف وتتمثل في الأمور الآتية:

- ١- إن جوهر حيازة الملك هو تصرف الحائز بالشيء المحوز بأي نوع من أنواع التصرفات التي يقوم بها المالك عادة فيظهر من خلالها الحائز بمظهر المالك.
- ٢- إن المقصود بالتصرف في الشيء المحوز استعماله أو استغلاله وأمثلة ذلك كثيرة كزراعة الأرض أو البناء فيها أو تأجيرها وكسكن الدار أو تأجيرها وكلبس الثوب وركوب الدابة وكذا بيع الشيء المحوز أو هبته وغير ذلك من أوجه التصرف المعروفة شرعاً.
- ٣- إن إضافة الحيازة الى الملك فيه دلالة على مشروعيتها وأنها مضافة إلى سبب من أسباب الملك الشرعية كالشراء أو الهبة أو الوصية أو الإرث أو الإحياء وغير ذلك من الأسباب المشروعة وهذا هو الأصل في الفقه الشرعي الذي يفترض في الحائز بأنه مالك للشيء المحوز مادام بيده ويتصرف به تصرف المالك.
- ٤- إن عدم ذكر الحائز لسبب ملكيته لا يؤثر على حيازته وتظل حيازة ملك ثبوت مهما استمرت كون الظاهر معه، فالأصل أن من كان حائزاً لشيء فهو المالك له والقول قوله وعلى من يدعي خلاف ذلك الإثبات ولأن الحائز قد يجهل سبب الملك كالوارث الذي يجهل سبب ملكية مؤثره أو مؤثر مؤثره ولو كلف الناس بإثبات ملكية ما في أيديهم من الدور والأراضي وغيرها مما تناقلت بين الناس عبر السنين الطوال لكان في ذلك حرج عليهم والحرج مرفوع شرعاً.
- ٥- إن ثبوت يد المدعى عليه المشار إليها في الفقرة الأولى من المادة السادسة من قانون الإثبات النافذ بما نصه: (يشترط في الدعوى من حيث الإثبات والإجابة عليها ما يلي:

- ثبوت يد المدعى عليه على الحق المدعى فيه حقيقة أو حكماً...) لا يشترط في ذلك الثبوت ما يشترط في حيازة الملك وفقاً لما سوف نبينه في ضوابط وشروط الحيازة بل يكفي فيه الحوز والاستيلاء على الشيء ولو لمدة يسيره في العقار أما في المنقول

فيكفي وضع اليد ولو لساعة واحدة.

الفرع

الثاني

ضوابط وشروط الحيابة

لا شك بأن حيابة الملك في القانون اليمني قد ضُبُطت بشروط شرعية تجعلها جديرة بالحماية الجنائية والمدنية.

ويمكن القول بأن ضوابط حيابة الملك وشروطها وفقاً لما تضمنه نص المادة (١١٠٣) ونص المادة (١١٠٤) من القانون المدني النافذ تتمثل في الضوابط والشروط الآتية:

- **الشرط الأول:** التصرف في الشيء المحوز بأي نوع من أنواع التصرفات ظاهراً عليه بمظهر المالك ويقصد بذلك أن الحائز يتصرف بالشيء المحوز بأي نوع من أنواع التصرفات التي يتصرف فيها المالك فيما يملك عادة فإذا كان الشيء المحوز أرضاً فبزراعتها أو غرسها أو البناء فيها أو تأجيرها وإن كانت داراً فبسكنها أو تأجيرها وإذا كان منقولاً فبوجوده بيد الحائز وتحت تصرفه فضلاً عن استعماله أو استغلاله والعبارة في وجوه التصرف بعادة الملاك في التصرف بأموالهم ومن ذلك التفويت ببيع أو هبة أو وصية ونحو ذلك.

كما أن الحائز قد يحوز الشيء بالتصرف فيه بنفسه أو بواسطة غيره كأن يؤجر الشيء المحوز أو يكون بيد الشريك أو العامل أو الوصي أو الولي.

ولا شك بأن شرط التصرف هو جوهر الحيابة ويعد بمثابة الركن المادي لها والذي يعبر عنه فقهاء القانون بالسيطرة الفعلية أو المادية على الشيء.

والأصل أن تظل مظاهر الحيابة مستمرة ولا تنقطع أو تزول إلا بسبب خارج عن إرادة الحائز وقد أكد على ذلك الحكم نص المادة (١١٠٦) مدني بقولها: (لا تزول حيابة الملك بمانع وقتي يمنع الحائز من السيطرة الفعلية على الشيء كغياب الحائز عن مكانه أو وجود عذر لديه من صغر أو جنون أو نحو ذلك).

وفي قول المشرع أن نحو ذلك تأكيداً بأن تلك الأسباب إنما ذكرت على سبيل التمثيل

لا الحصر ذلك لأن لكل واقعة ظروفها الخاصة بها وتقدير مدى استمرار الحياة من عدمه من المسائل المتروكة تقديرها لقناعة القاضي ولا معقب عليه في ذلك مادام أن قناعته لها ما يسوغها في أوراق القضية.

- **الشرط الثاني:** أن يكون الحائز للشيء على قصد أنه مالك له دون غيره فلا ينسبه لغيره كما ملك له ويعرف القصد أو النية بقرائن الحال التي تدل عليه من ظهور ذي اليد بمظهر المالك للشيء وتصرفه فيه تصرف المالك والناس من حوله ينسبون الشيء إليه ويقولون إنه مالكه ويلجؤون إليه في شأنه على هذا الأساس وهذا الشرط بمثابة الركن المعنوي للحياة.

- **الشرط الثالث:** أن يجاهر الحائز بملكه للشيء الثابت عليه بأنه المالك له دون الناس ويتمسك بذلك إذا ما نازعه فيه منازع وينتصب أمام القضاء للدفاع عن ملكيته في مواجهة من ينازعه.

- **الشرط الرابع:** أن لا تقترن الحياة بإكراه المالك أو من يمثله أو منازعته ويقصد بذلك أن ينتقل الشيء إلى حياة الشخص بدون إكراه شخص آخر حائزاً قبله على ترك الحياة له إلا أن يكون تابعاً له كخادم أو عامل أو ممثل له كوكيل ومعلوم أن نزع حياة الغير بالقوة فضلاً عن كون ذلك عيباً من عيوب الحياة يعرضها للبطلان فإنه يعد تعدياً أو فعلاً مجرمًا قانوناً.

- **الشرط الخامس:** أن لا تحصل الحياة خفية ولا يكون فيها لبس كأن يكون الحائز خليطاً لمالك أو ممثلاً شرعياً له بالولاية أو الوصاية أو الوكالة أو يكون مخولاً حياة الشيء حياة انتفاع أو نحو ذلك فلا بد أن تكون الحياة واضحة فإذا فسرت أو حصل فيها شك بأن الحائز يحوز لنفسه أو لغيره فإن ذلك عيب يعرضها للبطلان.

ومما يجدر الإشارة إليه أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد حددوا شروط الحياة وبينوا ما يترتب عليها من آثار وما ذكر في الفقه القانوني من أركان للحياة فقد ذكرها الفقهاء ضمن شروط الحياة وهما شرطا التصرف وقصد الملك سالف الذكر.

وشروط الحياة في الفقه الزيدي هي التصرف والنسبة وعدم المنازع كما هو مذكور في متن الأزهار وقد ذكر صاحب التاج المذهب بأن التصرف يكون بالتأجير أو العارية ونحوه مما يفعله المالك عادة وأن المقصود بالنسبة بأن يقال هذا الشيء ملك فلان بن فلان وأن عدم المنازع للحائز يكون فيما مضى من المدة ثم قال: ويزاد شرط رابع للحكم له بالملك بثبوت اليد عليه ثلاث سنين فصاعداً وليس للحاكم أن يحكم بالملك إلا بعد

ثبوت ذلك^(١).

وأما شروط الحيابة في الفقه المالكي فهي وضع اليد والتصرف بالشئ المحوز تصرف المالك وأن ينسب الحائز الملك لنفسه وعدم المنازعة مع الحضور والمشاهدة وعدم المانع للمطالبة بالإضافة الى المدة وهي عشر سنوات من يوم وضع اليد.

كما قسم بعض فقهاء الشريعة الإسلامية اليد إلى ثلاثة أقسام:

- أولها: اليد التي يعلم بأنها مبطللة ظالمة وهي التي تدل القرائن الظاهرة على بطلانها كيد السارق والمغتصب فتلك يد لا اعتبار لها ولا يلتفت إليها ولا يترتب عليها أي أثر.

- ثانيها: اليد التي يعلم بأنها محقوقة عادلة وهي التي تكون على عقار أو منقول لمدة طويلة فترك الحق والدعوى تلك المدة قرينة على بطلان الحق وأن اليد عليها محقة عادلة فإذا كان الشخص حائزاً لدار مثلاً متصرفاً فيها مدة سنين طويلة بالهدم والبناء والإجارة والعمارة وهو ينسبها إلى نفسه ويضيفها إلى ملكه وشخص حاضر يراه ويشاهد أفعاله فيها طوال هذه المدة وهو مع ذلك لا يعارضه فيها ولا يذكر حقاً له ولا مانع يمنعه من مطالبته من خوف سلطان أو نحوه وليس بينه وبين المتصرف في الدار قرابة ولا شراكة في ميراث وما أشبه ذلك مما يتسامح به القرابات والصهر بينهم في إضافة أموال الشركة إلى نفسه ثم جاء بعد طول هذه المدة يدعيها لنفسه ويريد أن يقيم بينة على ذلك فدعواه غير مسموعة أصلاً فضلاً عن بينته وتبقى الدار في يد حائزها لأن كل دعوى ينفيها العرف وتكذبها العادة فإنها مرفوضة غير مسموعة.

- ثالثها: اليد التي يحتمل بأنها محقة ويحتمل بأنها مبطللة كاليد المجردة عن التصرفات أو كون التصرف فيها لمدة قصيرة فهذه اليد هي التي يجوز سماع الدعوى عليها فهي قرينة على ملكية صاحبها وقد يحكم بها عند عدم وجود ما هو أقوى منها.

مما يجدر الإشارة إليه أيضاً أن المشرع اليمني لم يشترط في حيابة الملك عدم وجود المنازعة للحائز مدة من الزمن بعد وضع يده ليستدل بذلك على استقرار الحيابة وللتقرير بصحتها لا للحكم بعدم سماع دعوى الملك بشأنها.

(١) شرح الأزهار، ابن مفتاح، ٢١/٣، والتاج المذهب لأحكام المذهب، العنسي، ٩٦/٦.

أما بشأن عدم سماع دعوى الملك فقد حدد المشرع اليمني ذلك بمضي مدة طويلة وهي ثلاثون سنة من يوم وضع اليد إذا توفرت الشروط المذكورة سلفاً بشأن اليد المحقة العادلة بالإضافة إلى شرط الظروف العادية التي لا يسود فيها الفوضى أو التغلب ولا يتعذر فيها الوصول إلى الحق وكذا عدم وجود قرائن قوية دالة على صدق الدعوى وألا يكون المال المحوز وقفاً ولا ميراثاً ولا شراكة وفقاً لما هو مبين في نص المادة (١١١٨) مدني ويلحق بتلك الشروط ألا يكون المال المحوز من أموال الدولة سواء كان عقاراً أو منقولاً لعدم تقادم الدعوى بشأنها وفقاً للقانون.

والظاهر بأن المشرع اليمني قد ترك تقدير مدة استقرار الحياة للتقرير بصحتها لقاضي الموضوع كون استقرار الحياة مدة من الزمن تقره الشريعة الإسلامية والعقول السليمة ويشهد به العرف والعادة.

كما أن الظاهر أن حياة الملك في القانون اليمني قد تكون حقيقية باستمرار التصرف بالشيء المحوز أوحكماً بالانقطاع عن التصرف لسبب خارج عن إرادة الحائز مع بقاء الشيء المحوز بيده ومنع غيره من حيازته.

الفرع الثالث آثار الحياة

إن إدراك مدى اعتبار المشرع للحياة لا يتضح جلياً إلا من خلال معرفة آثارها كما يعرف من خلال ذلك العلاقة بينها وبين الملكية التي تعد جماع كل الحقوق ويمكن إجمال آثار الحياة في القانون المدني اليمني فيما يلي:

١- تعد الحياة سبباً من أسباب كسب الملكية في القانون اليمني والفقه الشرعي فيما عرف سببه كالحياة بطريق إحياء الأرض الموات وهي الأرض التي لم يملكها أحد ولا تحجرها أحد ولا تعلق بها حق عام أو حق خاص لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((من أحيا أرضاً ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق)).

ويكون الإحياء للأرض بإعدادها للانتفاع بها بالحرث والبذر وامتداد الكرم وإزالة الشجر النابت وتنقية الأرض من الحشائش وتحويط الأرض بحائط أو خندق عميق أو عرم للغدير من ثلاث جهات أو بناء أيّاً كان أو نحو ذلك.

غير أن الإحياء لا يجوز قانوناً إلا بأذن ولي الأمر ولا يتجاوز الإحياء في البناء قدر مساحة البيت ومرافقه بما لا يزيد على خمسمائة متر مربع وفي الزراعة بمقدار ما يحصل

من الفوائد التي تكفي المحتاج وأسرته وللمصالح العامة بقدر ما تحتاجه .

والعلة في ذلك تحقيق العدالة بين المواطنين وحتى لا يستأثر الأغنياء وغيرهم بإحياء تلك الأراضي دون الفقراء والمحتاجين .

فقد حدد المشرع اليمني في المادة (١٢٢٤) من القانون المدني النافذ أسباب كسب الملكية والمتمثلة في التصرف الشرعي والميراث الشرعي والاستيلاء على مال منقول لا مالك له وإحياء الأرض الموات المباحة والشفعة كما بين القانون سالف الذكر أحكام الإحياء وكذلك أحكام التحجر والاستيلاء على الأموال المنقولة التي لا مالك لها تفصيلاً .

٢- ليس لمدعي الملك أن ينزع يد الثابت على الشيء بدون رضاه إلا بحكم قضائي وقد بينت ذلك الحكم المادة (١١١٧) من القانون المدني النافذ بما نصه : ليس لمدعي الملك أن ينزع يد الثابت على الشيء بدون رضاه إلا بحكم قضائي وله أن يلجأ الى القضاء ويجوز للقاضي إن رأى ذلك للمصلحة أن يعدل الشيء المتنازع عليه بأن يأمر بتسليمه لعدل لحفظه لحين الفصل في دعوى الملك بحكم نافذ فيسلم الشيء لمن حكم له) .

وقد بينت المذكرة الإيضاحية بأن هذا النص يعد قاعدة عامه تبين بأن على مدعى الملك اللجوء إلى القضاء لطلب الحكم له بما يدعيه وأن يقيم الدليل الشرعي على صحة دعواه وله أن يطلب تعديل الشيء في فترة التقاضي إلى أن يحكم القضاء لأحد الطرفين بالحق وليس له أن ينزع الشيء من يد الثابت بالإكراه أو الحيلة كما أكدت على هذه القاعدة المحكمة العليا في القواعد القضائية الصادرة منها بشأن الثبوت والحيابة .

٣- لا يجوز سماع دعوى الملك بعد مضي ثلاثين عاماً من يوم وضع اليد إذا توفرت الشروط المحددة قانوناً بالإضافة إلى المدة المذكورة فلا يكون لمدعى الملك الحق في رفع الدعوى بعد مضي هذه الفترة وهو حاضرو عالم بحيابة وثبوت المدعى عليه على الشيء طول تلك الفترة وليس هناك مانع يمنعه من المطالبة فقد نصت المادة (١١١٨) على أنه ((لا تسمع دعوى الملك من حاضر على ذي اليد الثابتة الذي يتصرف تصرف المالك بلا مطالبة ولا قرابة ولا مصاهرة ولا ظروف غير عادية تسود فيها الفوضى أو التغلب ويتعذر فيها الوصول إلى الحق وذلك بعد مضي ثلاثين سنة من يوم وضع اليد والعبرة في اعتبار الشخص غائباً عن البلد هي بوجوده خارجها طوال المدة المقررة ويعتبر حاضراً إذا كان متردداً إليها ويستثنى من ذلك الوقف والميراث والشراكة فلا تحدد بمدة ويلحق بذلك إذا كان هناك قرائن قوية دالة على صدق

الدعوى فتسمع تأكيداً لحفظ الحقوق).

ولاشك بأن مضي الفترة المذكورة مع توفر بقية الشروط يتأكد معها على أن يد الحائز يد محقة وعادلة وعلى أن دعوى الملك يكذبها العرف والعادة وأنها مرفوضة وغير مسموعة إلا ما استثنى المشرع منها وهي دعاوى الملك فيما بين القرابات والأصهار والميراث والشراكة والوقف فتلك الدعاوى مسموعة مطلقاً ولا تتقادم بمضي مدة محددة طالبت أم قصرت والسبب يرجع إلى العلاقة بين أطراف الدعوى كالأقرباء والأصهار فقد تحمل تلك العلاقة البعض إلى التسامح في حيازة الأموال دون مطالبة أو لطبيعة المال كما هو حال مال الوقف الذي لا يجوز التصرف فيه ولا اعتبار لحيازته من الغير في اكتساب حق عليه.

٤- يعتبر الحائز حيازة ملك لشيء أو حق مالكاً له ما لم يقيم الدليل على غير ذلك فمن كان ثابتاً على حق أو شيء فهو المالك له إلا إذا ثبت خلاف ذلك بحكم قضائي وقد ذكرت هذه القاعدة المادة (١١١) مدني التي نصت على أنه ((من كان حائزاً لشيء أو حق اعتبر مالكاً له ما لم يقيم الدليل على غير ذلك)) كما أكدت على ذلك المحكمة العليا ضمن قواعدها القضائية المتعلقة بالحيازة والاثبات ويترتب على ذلك عدة أمور أهمها:

أ) أن الحائز يكون مدعياً في إثبات الحيازة ومدعى عليه في دعوى الملكية ولا شك أن عبء إثبات الحيازة أيسر وأسهل من عبء إثبات الملكية.

ب) إذا أقام مدعي الملك على ذي اليد الثابتة البينة الشرعية على ملكه بكتابة صحيحة أو بشهادة عدول أو بالقرائن التي تترجح على قرينة الثبوت فيحكم له بالملك وإذا لم يثبت ذلك كلية فإن قرينة الثبوت مع يمين ذي اليد تكفي لرفض دعوى مدعي الملك وقد بينت ذلك الحكم المادة (١١٤) مدني بما نصه: ((تسمع دعوى الملك على ذي اليد الثابتة مطلقاً ويحكم للمدعي في دعوى الملك إذا أقر ذو اليد الثابتة أو بناء على مستندات كتابية خالية من شبهة التزوير مستوفية للشروط الشرعية أو بشهادة عدول فإذا لم توجد مستندات مستوفية للشروط أو شهادة عدول عمل بالقرائن وتعتبر قرينة اليد الثابتة إذا لم تعارض قرينة أقوى منها مع يمين ذي اليد دليلاً كافياً)).

ج) يكون الترجيح بين مستند مدعي الملك وبين دلائل وقرينة الثبوت وفقاً لما بينته أحكام نص المادتين (١١٥) و(١١٦) من القانون المدني النافذ وذلك وفقاً للأحوال الآتية:

- **الحالة الأولى:** إذا قدم مدعي الملك مستنداً كتابياً صادراً من أحد الحكام المعروفين وصرح فيه بلفظ يفيد الحكم فإن ما جاء في المستند يعتبر حكماً ويعمل بما جاء فيه ما لم يثبت إلغاؤه أو تعديله من جهة أعلى لها اختصاص بتعديله.
- **الحالة الثانية:** إذا قدم مدعي الملك مستنداً كتابياً صادراً من كاتب معروف الخط معروفاً بالعدالة ومشهوداً عليه من عدول وأقر فيه الكاتب والشهود معرفتهم بأن المتصرف تصرف وهو مالك لما تصرف فيه فيعتبر المستند دليلاً كافياً ويعمل بما جاء فيه.
- **الحالة الثالثة:** إذا لم يصرح الكاتب والشهود في مستند مدعي الملك بأن المتصرف مالك لما تصرف فيه وعليه تعميم مجمل من حاكم فيكون المستند قرينة ضعيفة تتساوى مع الثبوت يلزم الترجيح بينه وبين قرينة الثبوت وللقاضي في هذه الحالة أن يسأل ذا اليد الثابتة عن سبب ثبوته لأن تقديم مدعي الملك لمستند ملكه يجعل الظاهر معه وينقلب مدعي الثبوت مدعياً وعليه البينة فإذا قدم ذو اليد مستنداً كتابياً تتوافر فيه الشروط السابقة للمستند وهي عدالة الكاتب والشهود وشهادتهم بأن المتصرف تصرف وهو مالك لما تصرف به فإنه يتعين الحكم بما جاء به.
- أما إذا استند ذو اليد إلى الميراث فيكلفه القاضي بتقديم فصله الذي يتضمن نصيبه من تركة مؤثره فيعد قرينة وعلى القاضي أن يبحث في تملك مؤثر ذي اليد للموضع المتنازع عليه فإن ثبت له تملك المؤثر لما ورث عنه حكم بمقتضاه وما إذا أعىي القاضي الحال وتمسك مدعي الملك بدعواه وذو اليد بثبوته فيرجح بين أدله كل منهما بالقرائن المختلفة.
- **الحالة الرابعة:** الترجيح بين دعوى مدعي الملك وذو اليد الثابتة بقرائن الحال التي تلبس الثبوت وفقاً لما يلي:
 - أ) ينظر إلى حال ثابت اليد فإن تبين أنه ممن يجوز منه الاغتصاب هو أو سلفه عند بدء الثبوت فهذه قرينة تقوي حجة المتمسك بالمستند الكتابي الذي فقد شرط صحته على ذي اليد الذي اعتاد الغصب.
 - ب) ينظر إلى مدة ثبوت ذي اليد ومتى بدأت فإن كانت سابقة على تاريخ المستند فإن ذلك يقوي حجة ذي اليد لأن المستند لم يصدر منه مع أنه ثابت على الشيء المتنازع عليه في وقت صدوره وإن كانت لاحقة على تاريخ المستند قويت حجة صاحب المرقوم لأن مستنده سابق على حيابة ذي اليد.

ج) ينظر إلى حال المتمسك بالسند الكتابي «المرقوم» وهل كان حاضراً في مكان الشيء المتنازع عليه مدة ثبوت الغير عليه أم كان غائباً وهل هو قوي لا يخشى مجابهة ذي اليد بأنه المالك أم ضعيف أمامه فإن كان غائباً أو ضعيفاً أو ذا بلاهة فإن ذلك يقوي حجته على ذي اليد لأن حالته مدة الثبوت كانت تعجزه عن المطالبة بحقه.

د) ينظر إلى حال الجهة التي حصل فيها النزاع هل تجري فيها الأحكام الشرعية ويؤخذ حق المظلوم من الظالم فإن كانت كذلك قويت حجة ذي الثبوت وإن كانت غير ذلك حيث تعم فيها الفوضى وينتشر الظلم كان ذلك مقوياً حجة صاحب المرقوم.

المطلب الثاني

إزالة الإشكالات القانونية المتعلقة بجرائم التعدي على ملك الغير

ويشتمل على فرعين:

الأول

الفرع

أهم الإشكاليات المتعلقة بجرائم التعدي على ملك الغير

لقد نظم المشرع اليمني جرائم الاعتداء على ملك الغير في الفصل الرابع من الباب الثاني عشر من قانون الجرائم والعقوبات رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م.

وهي جريمة الإضرار بالمال التي نصت عليها المادة (٣٢١) عقوبات وجريمة الإخلال بالثقة في بيع العقارات التي نصت عليها المادة (٣٢٢) عقوبات وجريمة نقل الحدود التي نصت عليها المادة (٣٢٣) عقوبات كما نظم المشرع في الفصل الثاني من الباب العاشر من ذات القانون سالف الذكر جريمة انتهاك حرمة المسكن في نص المادة (٢٥٣) عقوبات ضمن جرائم الاعتداء على الحرية الشخصية والتي تضمنت أيضاً واقعة انتهاك حرمة العقار غير المسكن ويعد النص القانوني المتعلق بجريمة الإضرار بملال الغير والنص القانوني المتعلق بجريمة انتهاك حرمة المسكن والعقارات من أهم النصوص القانونية التي ثارت حولهما بعض الإشكالات القانونية مما يلزم التطرق إليهما بإيجاز غير مخل أولاً ثم ذكر وبيان الإشكالات المتعلقة بهما وفقاً لما يلي:

أولاً: جريمة الإضرار بالمال:

لقد نصت المادة (٣٢١) عقوبات على أنه ((يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة من هدم أو خرب أو أعدم أو أُلّف عقاراً أو منقولاً أو نباتاً غير مملوك له أو جعله غير صالح للاستعمال أو أضربه أو عطله بأية كيفية وتكون العقوبة الحبس مدة لا تتجاوز خمس سنوات إذا اقترفت الجريمة بالقوة أو التهديد أو ارتكبتها عدد من الأشخاص أو وقعت في وقت هياج أو فتنة أو كارثة أو نشأ عنها تعطيل مرفق عام أو أعمال مصلحة ذات منفعة عامة أو ترتب عليها جعل حياة الناس أو أمنهم أو صحتهم عرضة للخطر وإذا ترتب على الجريمة موت شخص تكون العقوبة الإعدام حداً ولا يخل ذلك بحق ولي الدم بالدية أو الأرض بحسب الأحوال).

ويذكر بعض الفقه القانوني أن هذه الجريمة التي سماها المشرع اليمني بجريمة الإضرار بالمال تقوم على أربعة عناصر أو أركان هي:

١- الركن المادي ويقصد به الإضرار بذات المال بأية طريقة ومن صور ذلك الإضرار الهدم أو التخريب أو الإتلاف أو الإعدام أو جعل ذلك المال غير صالح للاستعمال.

والظاهر أن تلك الصور قد ذكرت على سبيل التمثيل لا الحصر بدلالة قول المشرع أو أضربه أو عطله بأية كيفية فالعبرة بحصول الضرر للمال ومنافعه بأية كيفية وبأية طريقة.

ولا يخرج من صور الإضرار بالمال إلا ما جرمه المشرع على سبيل الاستقلال كإحراق المال بالنار أو تفجيره بالمفرقات قتلك صور مجرمة بنصوص قانونية أخرى فكل ما لم يجرم من صور الإضرار بالمال استقلالاً فيدخل تحت طائلة هذا النص القانوني.

٢- كون المال الذي وقع عليه الإضرار منقولاً أو عقاراً أو نباتاً والظاهر أن ذكر النبات من باب التأكيد وإلا فإن النباتات داخلة في مفهوم العقار الذي يعني كل ماله أصل ثابت لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف كالأرض والبناء والأشجار والنباتات المختلفة ويلحق به كل ما وضع لخدمته أو استغلاله وما عد ذلك فهو المنقول وقد عرف العقار والمنقول بذات التعريف السابق المشرع اليمني في منطوق نص المادة (١١٥) من القانون المدني.

٣- أن يكون المال مملوكاً للغير فإذا كان الشخص الذي أضّر بالمال بأي صورة من تلك الصور مملوكاً له فلا يعتبر فعله مجرمًا لأن له مطلق التصرف في ماله كيف يشاء.

٤- القصد الجنائي ويتحقق في جريمة الإضرار متى تعمد الجاني إحداث الإضرار مع علمه بأنه يحدثه بغير حق فيجب لكي يتحقق القصد أن يتعمد الجاني ارتكاب الفعل

المنهي عنه بإحدى الصور المذكورة أو غيرها واتجاه إرادته (٣٢١) إحداث ذلك وعلمه أنه يحدثه بغير حق.

وبالتالي فإن هذه الجريمة لا تقوم إذا تخلف ركن من أركانها فإذا انعدم الإضرار فلا جريمة وإذا وقع الإضرار بوجه حق فلا جريمة وكذلك إذا وقع الفعل على سبيل الخطأ كون وقائع التعدي على ملك الغير من الجرائم العمدية والخطأ فيها يلزم التعويض المدني إلا ما جرم بنص كالحرقيق غير العمدي.

وأما بالنسبة للعقوبة في هذه الجريمة فلا يجب الحكم بها إلا متى توفرت الأركان وانتفت أسباب الإباحة وموانع المسؤولية وقد حددها المشرع بالحبس لمدة عام أو الغرامة في حالة الظروف المخففة كما حددها بالحبس لمدة لا تتجاوز خمس سنوات في حاله الظروف المشددة المذكورة أعلاه وإذا ترتب على ذلك موت شخص فتكون العقوبة هي الإعدام ولا شك أن الجريمة تكون غير جسيمة في الظروف المخففة وجسيمة في الظروف المشددة.

ثانياً: جريمة انتهاك حرمة ملك الغير:

لقد نصت المادة (٢٥٣) من قانون العقوبات النافذ على أنه (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سن: أو بالغرامة من دخل مكاناً مسكوناً أو معداً للسكن أو أحد ملحقاته أو أي محل معد لحفظ المال أو عقاراً خلافاً لإرادة صاحب الشأن وفي غير الأحوال المبينة في القانون وكذلك من بقي فيه خلافاً لإرادة من له الحق في إخراجه وتكون العقوبة مدة لا تزيد على خمس سنوات أو الغرامة إذا وقعت الجريمة ليلاً أو بواسطة العنف على الأشخاص أو الأشياء أو باستعمال سلاح من شخصين أو أكثر أو من موظف عام أو ممن ينتحل صفته).

لقد اشتمل النص القانوني سالف الذكر على جريمة انتهاك حرمة الأماكن والمسكن وكافة العقارات ولا تقوم هذه الجريمة إلا بتوفر أركانها وعناصرها وتتمثل بالأركان الآتية:

١- الركن المادي: ويتمثل بالدخول أو البقاء في عقار سواء كان العقار مكاناً مسكوناً أو معداً للسكن أو أحد ملحقاته أو أي محل معد لحفظ المال وغير ذلك من الأملاك والحيازات المختلفة كالأراضي الفضاء أو المزروعة وغيرها فيتحقق الركن المادي بالدخول إلى تلك الأماكن بأي كيفية أو طريقة أو بالبقاء فيه بعد الدخول طالما كان ذلك الدخول بغير حق.

٢- أن يكون الدخول بغير حق سواء كان خلافاً لإرادة صاحب الشأن وفي غير الأحوال المبينة قانوناً أو كان البقاء فيه خلافاً لإرادة من له الحق في إخراجه .

ويقصد بصاحب الشأن المالك وكل حائز حيازة مشروعته سواء حيازة ملك أو حيازة انتفاع وغيرها من الحيازات المشروعة وهو ذات المعنى لمن له الحق في إخراج غيره من ذلك العقار.

ويقصد بالأحوال المبينة في القانون كل حالة أباح فيها القانون الدخول للأماكن والعقارات خلافاً لإرادة أصحاب الشأن ومن ذلك أداء الواجب بناء على أمر من الجهة المختصة بتنفيذ أمر قبض أو أمر تفتيش أو تنفيذاً لحكم قضائي وكحالة الضرورة لإنقاذ الساكنين من حريق نشب فيه وغير ذلك مما يعد الدخول مشروعاً بغير إذن المالك أو الحائز.

٣- القصد الجنائي المتمثل بالعلم والإرادة فيتحقق القصد متى ما كان المتهم عالماً بفعل الدخول بغير حق ومريداً له .

وينتفي الجرم الجنائي متى كان الدخول مشروعاً استعمالاً لحق أو أداء لواجب أو دفاعاً شرعياً أو كان الفاعل يعتقد بحسن نية أن دخوله بوجه حق كمن ورث أو اشترى داراً أو أرضاً مغصوبة ولا يعلم بحقيقة ذلك .

وبالتالي فلا يحكم بالعقوبة في هذه الجريمة إلا متى توفرت الأركان وانتفت أسباب الإباحة وموانع المسؤولية وقد حدد المشرع العقوبة بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو الغرامة في الظروف المخففة وبالحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات أو الغرامة في الظروف المشددة.

ثالثاً: الإشكالات المتعلقة بالنصوص القانونية:

يمكن أن نجمل أهم الإشكاليات القانونية المتعلقة بالحماية الجنائية للملكية والحيابة فيما يتعلق بوقائع الاعتداء على ملك الغير فيما يلي:

الإشكال الأول: أن المشرع اليمني قد اعتبر جرائم التخريب والتعيب وإتلاف الأموال الخاصة وكذا جرائم انتهاك حرمة ملك الغير من جرائم الشكوى وفقاً لنص المادة (٢٧) إجراءات وكان يفترض أن يكون تنظيم تلك الجرائم في قانون العقوبات متناسقاً ومتفقاً مع قانون الإجراءات غير أن المشرع أفرد فصلاً خاصاً لجرائم الإعداء على ملك الغير ومنها جريمة الإضرار بالمال التي نصت عليها المادة (٣٢١) عقوبات ونص على

جريمة انتهاك حرمة المسكن ضمن جرائم الاعتداء على الحريات الشخصية في نص المادة (٢٥٣) عقوبات وتضمن نص تلك المادة جريمة انتهاك حرمة العقار غير المسكن مما أوجد اختلافاً في وجهات نظر القضاة بشأن إدراج واقعة الاستيلاء على الأراضي بقصد حيازتها بطريقة غير مشروعة ضمن ألفاظ وعبارات أحد النصين المذكورين لوجود إشكال في ذلك كون نص المادة (٣٢١) عقوبات متعلقاً بالإضرار بالمال عقاراً كان أو منقولاً في حين أن دخول الأراضي والبناء فيها لا يعد من أوجه الضرر المذكورة في النص وكون نص المادة (٢٥٣) عقوبات قد ذكر ضمن جرائم الاعتداء على الحريات الشخصية وليس ضمن جرائم الاعتداء على ملك الغير مما جعل بعض أعضاء النيابة وقضاه الحكم يعرضون صفحاً عن تطبيق النص الثاني وإدراج الواقعة المذكورة ضمن النص الأول فما هو النص الواجب التطبيق منهما على الواقعة المذكورة تطبيقاً صحيحاً.

الإشكال الثاني: لقد ذكر المشرع اليمني الملكية بصريح الألفاظ والعبارات سواء فيما يتعلق بعنوان الفصل الرابع من الباب الثاني عشر «الاعتداء على حرمة ملك الغير» أو بألفاظ وعبارات نصوص المواد (٣٢١) و (٣٢٢) و (٣٢٣) عقوبات وهي عبارة: «غير مملوك له» المذكورة في نص المادة (٣٢١) عقوبات وعبارة: «المملوك له» المذكورة في نص المادة (٣٢٢) عقوبات وعبارة: «أو للفصل بين الأملاك» وكذا عبارة: «أو بقصد اغتصاب أرض مملوكة للغير» المذكورتين ضمن ألفاظ نص المادة (٣٢٣) عقوبات بينما ذكرت الحيازة دلالة لا صراحة ضمن معنى عبارة: «خلاف لإرادة صاحب الشأن» وعبارة: «خلاف لإرادة من له الحق في إخراجه» المذكورتين ضمن ألفاظ نص المادة (٢٥٣) عقوبات.

فهل المسألة المدنية الأولية التي يجب الفصل فيها أولاً في وقائع الاعتداء على ملك الغير هي الحيازة أم الملكية أم الحيازة والملكية معاً؟

الإشكال الثالث: لم ينص المشرع اليمني في قانون الإجراءات ولا في قانون المرافعات على أن للنسبة أو للقاضي الجنائي الحق في إصدار الأوامر بوقف الاستحداث إذا لزم ذلك مراعاة لمقتضيات الأمن ودرءاً لحدوث مشاكل أو فتن أخرى بين طرفي النزاع كما أنه لم ينص على جواز الأمر من قبل النيابة بإزالة العدوان ومنع التعرض أو الأمر باسترداد الحيازة بما يتحقق معه رفع الضرر عن المجني عليه بصورة مستعجلة وبما يتحقق معه أيضاً عدم الإقرار من الجهة المختصة باستمرار الجريمة وبقاء الاعتداء وسيطرة المعتدي على المال المعتدى عليه بدون وجه حق إنما نص المشرع على ذلك الحق لقاضي الأمور المستعجلة وفقاً لما هو مبين في نصوص قانون المرافعات في حين أن المشرع المصري

وغيره قد منح النيابة ذلك الحق بالنص عليه في قانون المرافعات .

فما مدى مشروعيه الأوامر التي تصدر من النيابة العامة بوقف الاستحداث وهل يجوز للنيابة إصدار قرار بتمكين المجني عليه الحائز حيابة مشروعة من الانتفاع بحيابته أم أن ذلك غير جائز حتى صدور حكم قضائي بذلك من المحكمة المختصة .

الفرع

الثاني

طرق إزالة الإشكالات المتعلقة بالنصوص القانونية

الطريق الأول: وجوب إدراج وقائع التعدي على الأراضي بالدخول إليها أو البقاء فيها خلافاً لإرادة حائزها أو مالکها ضمن ألفاظ وعبارات نص المادة (٢٥٣) عقوبات وليس ضمن نص المادة (٣٢١) عقوبات إلا إذا صاحب واقعة الدخول ظروف مشددة وارتقت تلك الظروف إلى الجرم الجنائي كالهدم والإتلاف فيطبق عليها أيضاً نص المادة (٣٢١) عقوبات وأما الدخول سواء كان لمجرد انتهاك حرمة المسكن أو العقار أو كان بغرض الاستيلاء بطريقة غير مشروعة فيطبق على تلك الواقعة نص المادة (٢٥٣) عقوبات وبهذا الفهم السليم والتطبيق الصحيح للنصين المذكورين في إزالة لأهم الإشكالات بشأن التطبيق القانوني الصحيح للوقائع سالفه الذكر وذلك للأسباب الآتية :

السبب الأول: أن ألفاظ وعبارات نص المادة (٣٢١) عقوبات ودلالات تلك الألفاظ على المعاني تدل دلالة لا مجال للشك فيها على عدم استيعاب واقعة الدخول للأراضي والبناء فيها أو زرعها أو غرسها ضمن ألفاظ النص المذكور لدلالاتها الواضحة على الإضرار بالمال ذاته عقاراً كان أو منقولاً وذلك بالهدم أو التخريب أو الإتلاف أو التعطيل بينما ألفاظ نص المادة (٢٥٣) عقوبات واضحة الدلالة وصريحة بشأن تجريم دخول أي عقار أو البقاء فيه خلافاً لإرادة حائزه أو مالکه ، ولو لم يرد المشرع ذلك لاکتفى بتجريم دخول المساكن ولم يضيف دخول أي عقار غير المساكن إلى ألفاظ النص المذكور .

السبب الثاني: أن النص على تجريم دخول العقارات خلافاً لإرادة أصحابها ضمن وقائع الاعتداء على الحريات الشخصية لا ينفي بأن الاعتداء عليها يعد انتهاكاً لحرمة ملك الغير بدلالة أن واقعة انتهاك حرمة المسكن قد نصت عليها بعض التشريعات ضمن وقائع انتهاك حرمة ملك الغير كالتشريع المصري والعراقي وغيرهما وبدلالة أن انتهاك حرمة المسكن إذا كان بقصد الاستيلاء عليه فإنه يطبق ذات النص ولم يقل أحد من رجال القانون والقضاء بأن ذلك النص لا يطبق إلا إذا كان الاعتداء يمثل انتهاكاً لحرية الساكنين فيه .

السبب الثالث: أن التعليمات العامة للنيابة العامة قد أرشدت قضاة التحقيق إلى إعمال هذا النص القانوني بشأن النزاع حول حيازة أي عقار فقد نصت المادة (٢٢٧) من التعليمات العامة على أنه (.. وكذلك إذا قام نزاع حول حيازة عقار فيجب بحث ذلك لمعرفة مدى توفر أركان الجريمة المنصوص عليها في المادة (٢٥٣) من قانون الجرائم والعقوبات).

الطريق الثاني: وجوب حسم الاختلاف في المسألة الأولية في وقائع انتهاك حرمة ملك الغير بنصوص صريحة وواضحة الدلالة على المقصود دون لبس أو غموض حتى يسير القضاء وأعضاء النيابة في نظر تلك القضايا على هدى من الشرع والقانون وينتهي الجدل في هذه المسألة والتضارب في الأحكام إما باعتبار المسألة الأولية هي الحيازة أو الملكية أو الملكية والحيازة معاً ذلك أن النص العقابي هو الذي يحدد تلك المسألة ضمن عناصر الجريمة.

ومما لا شك فيه أن هذه المسألة محل اختلاف بين العاملين في القضاء في الواقع ويظهر ذلك من خلال الاطلاع على العديد من الأحكام الصادرة من المحاكم فمن القضاة من يرى بأن الحيازة هي المسألة الأولية وعلى من يدعي الملك اللجوء إلى القضاء المدني معتبرين بأن الفصل في الملكية من اختصاص القاضي المدني دون غيره وأن ذلك الاختصاص متعلق بالنظام العام ومن القضاة من يرى أن الحيازة والملكية معاً هما المسألة الأولية التي يفصل فيها القاضي الجنائي وفقاً لظروف كل واقعة وملابساتها وأن القاضي الجنائي يفصل في النزاع فيهما بذات الأسلوب والطريقة التي يفصل بها القاضي المدني.

ومن خلال مناقشة هذه المسألة مع العديد من الزملاء سواء من قضاة التحقيق أو قضاة الحكم وكذا الاطلاع على العديد من الأحكام والتشريعات والشروح القانونية يتضح بأن الجانب الفقهي القانوني يرجح الحيازة ويعتبرها المسألة الأولية في بعض جرائم انتهاك حرمة ملك الغير ويعتبر الملكية هي المسألة الأولية في بعض الجرائم الأخرى والسبب في ذلك أن الحيازة لا تعد محل اعتبار في بعض الجرائم كحيازة أموال مملوكة للدولة أو للأوقاف الخيرية وغير ذلك من الأسباب المعتبرة كما يرى الفقه القانوني أن الحيازة الفعلية هي محل التجريم وليست الحيازة القانونية.

وبالرجوع إلى الفقه الشرعي نجد أن فقهاء الشريعة قد ذكروا بأن اليد الصحيحة دليلاً على الملك وإذا لم تعارض بقرينة أقوى منها أو لم يبين مدعي الملك فإنها تترك بيد صاحبها فيقر ذو اليد على يده وقال بعض الفقهاء: إذا لم تعارض بقرينة أقوى أو لم يبين

مدعي الملك فإنها تعد حجة للاستحقاق يحكم بها القاضي فقد جاء في التاج المذهب ما نصه: بأن الشهادة في الملك غير المنقول كأن يقال هذه أرض فلان أو دكان فلان أو بستان فلان لا تجوز إلا إذا حصل للمشهود له في المشهود به ثلاثة أمور.

الأول: التصرف فيه بالتأجير أو العارية أو الحرث أو البناء أو غير ذلك مما يفعله الملاك عادة.

الثاني: النسبة إليه بأن يقال هذا الشيء ملك فلان ابن فلان ذلك المشهود له.

الثالث: عدم المنازع له فيما مضى من المدة.

ويزاد على الثلاثة الأمور أمر رابع للحكم له بالملك بثبوت اليد عليه ثلاث سنين فصاعداً وليس للحاكم أن يحكم بالملك إلا بعد ثبوت ذلك لا ثبوت يده بحيث يكون القول قوله فلا تعتبر تلك الشروط ويكفي من المدة يسيرها أما في المنقول فيكفي ثبوت اليد عليه ولو ساعة ما لم يغلب في الظن كونه للغير فلا يجوز أن يشهد أنه ملك المتصرف أَوْذِي اليد).

وبالرجوع إلى أحكام الحيابة في القانون المدني اليمني النافذ نجد أن المشرع اليمني قد جعل الحيابة محل اعتبار فقد اعتبر الحائز للشيء مالاً له ما لم يقيم الدليل على خلاف ذلك وبين بأن طريق إقامة الدليل هو استخراج حكم بالملك وليس نزع يد الثابت بالإكراه أو الحيلة كما بين الأحوال التي تقدم فيها أدلة الملك على أدله الحيابة والأحوال التي ترجح فيها دلائل الحيابة على دلائل الملك ومتى يقر فيها الحائز على حيازته كما منع سماع دعوى الملك بمضي ثلاثين عاماً من يوم وضع اليد.

والظاهر أن الذين يرون انحصار المسألة الأولية في الحيابة لاسيما في جريمة انتهاك حرمة المساكن والعقارات بما فيها الأراضي يرجحون ذلك لعدة أسباب وهي:

- السبب الأول:

إن من المعلوم فقهاً وقانوناً وقضاء أن الحيابة المشروعة دليل الملك وحجته الظاهرة وأن الثابت الحائز يقر على ثبوته وليس لمدعي الملك أو غيره أن ينزع يد الثابت على الشيء إلا بحكم شرعي.

- السبب الثاني:

إن مقصد المشرع من إلزام كل مدع خلاف الظاهر بسلوك طريق القضاء وعدم الاستيلاء على ما يدعيه لنفسه بنفسه إنما هو حماية للأموال الظاهرة والمراكز الواقعية

والقانونية التي تؤدي إلى حماية الملكية ودرءاً لمفاسد وأضرار الفتن والمشاكل بين الناس ورعاية للأمن والاستقرار إذ لو جاز لكل مدع أن يأخذ حقه بنفسه لانتشرت الفوضى بين أفراد المجتمع واختل الأمن والاستقرار.

- السبب الثالث:

إن حماية الحيابة إنما هي وسيلة لحماية الملكية والحفاظ عليها إذ تعد الحيابة بشروطها القانونية بمثابة السياج المنيع الذي يحيط بالملكية ويذود عنها إلى جانب المالك من شرور المعتدين والطامعين وفي الغالب أن كل حائر مالك سواء كان حائزاً بنفسه أو بواسطة غيره.

- السبب الرابع:

أن المحكمة العليا قد ترجح لها في بعض الأحكام الصادرة منها أن المسألة الأولية في وقائع الاعتداء على ملك الغير بما في ذلك واقعة الإضرار بالمال هي الحيابة كما أصدرت العديد من القواعد القضائية الجنائية المتعلقة بالثبوت والحيابة والتي أكدت على أن الحيابة قرينة على الملك وعلى أنه يلزم بقاء الثابت على ثبوته ما لم يقيم الدليل على أن يده غاصبة وأن يد الثابت لا ترفع إلا بحكم قضائي وغير ذلك من القواعد المختلفة في ألفاظها والمتفقة في معانيها على حماية القضاء الجنائي للحيابة المشروعة.

أما الذين يرون بأن القاضي الجنائي يجب أن يفصل في النزاع بين الطرفين في الحيابة والملك وفقاً لما يجب أن يفصل به القاضي المدني يرجحون ذلك للأسباب الآتية:

- **السبب الأول:** أن انحصار الفصل في الحيابة أمام القضاء الجنائي قد يترتب عليه إطالة أمد النزاع بين طرفيه وعدم حسمه نهائياً لعدة سنوات فبعد صدور الأحكام الجنائية وتنفيذها بشأن الحيابة يعود الطرفان للنزاع من جديد أمام القاضي المدني حتى صدور أحكام قضائية وتنفيذها ولا شك أن في ذلك إضراراً بطرفي النزاع والضرر يجب إزالته شرعاً كما يجب درء تلك الأضرار بالفصل في النزاع بين الطرفين نهائياً بشأن الحيابة والملك بحكم واحد.

- **السبب الثاني:** أن الفقه القانوني نفسه قد جعل الحيابة هي المسألة الأولية في بعض الجرائم وجعل الملكية هي المسألة الأولية في البعض الآخر لاسيما في الجرائم التي لا اعتبار للحيابة فيها.

- **السبب الثالث:** أن القاضي الجنائي يمتلك نفس التأهيل العلمي الذي يمتلكه

القاضي المدني وبقدرته الفصل في الملك بنفس الطريقة التي يفصل بها القاضي المدني.

- **السبب الرابع:** أن الظروف والملابسات لكل واقعة تختلف من واقعة إلى أخرى وبالتالي فقد يفصل القاضي النزاع على أساس الملكية وقد يفصله على أساس الحيابة وقد يفصله على أساس الترجيح بينهما.

- **السبب الخامس:** أن مدعي الملك إذا نزع يد الثابت الحائز بدون حكم واقتضى الحق بنفسه وأخل بالأمن والاستقرار فإنه سوف يعاقب إذا لم يثبت له الملك وإن ثبت له الحق والملك فإنه يغفر له ذلك كونه صاحب حق وقد استعمل حقاً مشروعاً أو دافع عن حقه دفاعاً شريعياً وما يؤكد ذلك هو أن استعمال الحق والدفاع عنه من أسباب الإباحة الشرعية كما أن المشرع في أحكام الغصب قد أجاز للمالك أن يقلع زرع وغرس الغاصب ولو بدون إذن القاضي وفقاً لصريح نص المادة (١١٣٨) مدني.

والظاهر أن الجرائم الجنائية تختلف من جريمة إلى أخرى فبعضها قد تكون الملكية هي المسألة الأولية كظاهر نص المادة (٣٢١) عقوبات وبعضها قد تكون الحيابة أو الحيابة والملكية هي المسألة الأولية كظاهر نص المادة (٢٥٣) عقوبات.

ولاشك أن التطبيق القضائي وتعدد الوقائع فيه والظروف والملابسات المختلفة لكل واقعة قد ينتج عنها اجتهادات تكشف عن أفهام متعددة لذات النص فالملكية قد تفسر على اشتمالها للحيابة أيضاً أو يصرف معناها إلى الحيابة كما ذهبت المحكمة العليا بشأن نص المادة (٣٢١) عقوبات بقولها بأنه يكفي القاضي الجنائي للحكم في الاعتداء في واقعة الإضرار بالمال إثبات الحيابة ولا يلزم القاضي الجنائي الفصل في دعوى المتهم بالملك لأن طريق إثبات الملك دعوى مدنية مستقلة وفقاً لما هو مبين في القواعد الصادرة من المحكمة العليا لاسيما القاعدة المتعلقة بالاختصاص والتي نصت على أنه لا يجوز للقاضي الجنائي الفصل في مسائل غير جزائية إلا إذا كان الفصل في الدعوى الجزائية متوقف عليها وأشار في التعليق عليها بأن إدانة المتهم يكفي فيها ثبوت المجني عليه على الأرض دون حاجة إلى الفصل في دعوى الملك إذ أن طريقها دعوى مدنية مستقلة (طعن رقم (٢٧٧٣٠) لعام ١٤٢٨هـ ٨٢ - ص ٢٨٧ - العدد التاسع)

كما أن عبارة خلافاً لإرادة صاحب الشأن قد تنصرف إلى معنى الحيابة دون الملكية وقد يحملها البعض على معنى الملكية وقد يحملها البعض الآخر على المعنيين معاً

في حين أن الحيابة هي المعنى المقابل لهذا النص في النصوص العقابية المقابلة في التشريع المصري وغيره كما أن الفقه القانوني يفسر عبارة: «من له الحق» في الإخراج من العقار بأنه الحائز.

وقد كان الاجتهاد في الواقع لبعض القضاة في بلادنا يتمثل في وقف الفصل في الجانب الجنائي حتى يتم الفصل في الملكية ثم عدلوا عن ذلك إلى الفصل فيها بينما اكتفى البعض الآخر بالحيابة ويؤيد هذا الاجتهاد ما ذهبت إليه المحكمة العليا من صرف معنى الملك إلى الحيابة خلافاً لظاهر النص لذلك فالاجتهادات المختلفة لم يجانبها الصواب إذ المقصد هو تحقيق العدالة وإنصاف الناس ومراعاة طبيعة ومقاصد الدعوى المدنية والدعوى الجنائية وكذا مراعاة اعتبار الشارع للحيابة في وقائع محددة وعدم اعتبارها في مواطن أخرى غير أن الذين يرون وجوب الفصل في الملك يرجحون ذلك بقصد رفع بعض الأضرار الواقعية لاسيما طول فترة النزاع في هذه القضايا وما يلحق الأطراف من أضرار وبالذات المجني عليهم من فتح نزاع آخر أمام القضاء المدني حول الملكية بعد مضي فترة زمنية ليست بالقليلة أمام القضاء الجنائي.

الطريق الثالث: إن من المصالح المرعية شرعاً إصدار بعض الأوامر الوقتية من قبل النيابة والقاضي الجزائي كالأمر بوقف الاستحداث مراعاة لمقتضيات الأمن والسكينة العامة وكالأمر بتمكين الحائز من الانتفاع بحيابته لاسيما إذا انتفت شبهة الحق للمعتدي إذ أن إقراره على ذلك من الجهة المختصة تأييد لاستمرار الجريمة وقد أجاز المشرع الرجوع فيما لا نص فيه إلى قانون المرافعات والإثبات والقواعد الشرعية العامة ومعلوم أن النص المتعلق بالدعوى المستعجلة في قانون المرافعات خاص بقضاة الأمور المستعجلة، مما يجوز معه الاجتهاد وفقاً للقواعد الفقهية المعروفة، ومنها قاعدة إزالة الضرر وبشروط تراعي مقتضيات العدالة، فإذا ترجح للنيابة الاتهام واتضح لها بأن لا حيابة ولا شبهة ملك للمتهم أو أنه من المشهورين بغصب ملك الغير أو أن مستنداته غير صحيحة وغير ذلك من القرائن التي تدل على أنه مغتصب لملك الغير، فإنه يجب عليها رفع الضرر عن المجني عليه وتمكينه من الانتفاع بحيابته إعمالاً لنص المادة (٥٦٤) إجراءات بالرجوع إلى القواعد العامة الشرعية ومنها قاعدة «الضرر يزال» ومما يؤكد وجهة ذلك القرار أن النزاع قد ينتهي بين طرفي الخصومة ويقتنع المتهم من الغنيمة بالإيجاب إذ أن أمله كان معقوداً على تعطيل منافع المعتدى عليه لابتزازه أو أخذ حقه بدون وجه حق.

الخاتمة

أولاً: النتائج:

١- أن المشرع اليمني لم يخرج في تعريفه للحيابة عن المعنى الشرعي لها والمتمثل في وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه كما بين نوعي الحيابة المشروعة وهما حيابة الملك وحيابة الانتفاع وبين كذلك الحيايات المشروعة الأخرى ضمن أحكام الحيابة.

٢- لقد حدد المشرع اليمني شروط الحيابة والتي اتفقت مع الشروط التي حددها بعض فقهاء الشريعة الإسلامية غير أنه لم يشترط في حيابة الملك عدم وجود المنازعة للحائز مدة من الزمن بعد وضع يده والظاهر بأنه قد ترك تقدير ذلك لقاضي الموضوع كون استقرار الحيابة مدة من الزمن تقره الشريعة الإسلامية والعقول السليمة ويشهد به العرف والعادة.

٣- إن مما لا يدرك فهمه عند البعض أن حيابة الملك قد تكون حقيقية باستمرار التصرف بالشيء المحوز دون انقطاع وقد تكون حكمية إذا انقطع التصرف لسبب خارج عن إرادة الحائز مع بقاء الشيء المحوز بيده ومع كونه مانعاً غيره من حيازته وبالتالي فإن الحيابة والثبوت حقيقة أو حكماً جديرة بالحماية الجنائية والمدنية ولا فرق بينهما في ترتب الآثار القانونية.

٤- لقد اعتبر المشرع اليمني حيابة الإحياء سبباً في اكتساب الملكية واعتبر حيابة الملك بغير طريق الإحياء بشروطها المذكورة في المادة (١١١٨) مدني سبباً لعدم سماع دعوى الملك كما اعتبر بأن الحائز حيابة ملك بشروطها المحددة في المادتين (١١٠٣) و(١١٠٤) مالك لما يحوز ما لم يثبت خلاف ذلك وألزم مدعي الملك سلوك الطريق القانوني لإثبات الملك واستخراج حكم بذلك وعدم نزع يد الثابت بالإكراه أو الحيلة.

٥- إن الفهم السليم والتطبيق القانوني الصحيح يقتضي إدراج وقائع التعدي على الأراضي بالدخول إليها أو البقاء فيها خلافاً لإرادة حائزها أو مالكةا ضمن ألفاظ وعبارات نص المادة (٢٥٣) عقوبات وليس ضمن نص المادة (٣٢١) عقوبات إلا إذا صاحب واقعة الدخول ظروف مشددة وارتقت تلك الظروف إلى الجرم الجنائي كالهدم والإتلاف فيطبق عليها أيضاً نص المادة (٣٢١) عقوبات وأما الدخول سواء كان لمجرد انتهاك حرمة المسكن أو العقار أو كان بغرض الاستيلاء بطريقة غير

مشروعة فيطبق على تلك الواقعة نص المادة (٢٥٣) عقوبات وبهذا الفهم السليم في إزاله لأهم الإشكالات بشأن النصين المذكورين.

٦- إن الواجب يقتضي حسم الاختلاف في المسألة الأولية في وقائع انتهاك حرمة ملك الغير بنصوص صريحة وواضحة الدلالة على المقصود دون لبس أو غموض حتى يسير القضاة وأعضاء النيابة في نظر تلك القضايا على هدى من الشرع والقانون وينتهي الجدل في هذه المسألة والتضارب في الأحكام الجنائية بشأنها.

٧- إن من المصالح المرعية شرعاً إصدار النيابة العامة بعض الأوامر الوقتية الضرورية كالأمربوقف الاستحداث مراعاة لمقتضيات الأمن والسكينة العامة وكالأمربتمكين الحائز من الانتفاع بحيازته متى ما ترجح للنيابة الاتهام واتضح لها بأن لا حياة ولا شبهة ملك للمتهم وأنه من المشهورين بغصب أموال الناس أو أن مستنداته مزورة فإنه يجب عليها رفع الضرر عن المجني عليه وتمكينه من الانتفاع بحيازته إعمالاً لنص المادة (٥٦٤) إجراءات بالرجوع إلى القواعد العامة الشرعية ومنها قاعدة: «الضرر يزال» وللمتضرر التظلم من القرار لدى قاضي الموضوع وعلى القاضي الفصل في ذلك التظلم مع الحكم في الواقعة غير أن الأمر بحاجة إلى نص قانوني وإسناد رفع الضرر إلى النيابة أو القاضي الجنائي.

ثانياً: التوصيات:

١- أوصي بتعديل نص المادة (٣٢١) عقوبات لتشمل حماية الملكية والحياة وفقاً لمايلي: ((يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة من هدم أو خرب أو أتلف عقاراً أو منقولاً غير مملوك له أو تحت يد صحيحة أو جعله غير صالح للاستعمال أو أضربه أو عطله بأية كيفية وتكون العقوبة الحبس مدة لا تتجاوز خمس سنوات إذا اقترفت الجريمة بالقوة أو التهديد أو ارتكبها عدد من الأشخاص أو وقعت في وقت هياج أو فتنة أو كارثة أو نشأ عنها تعطيل مرفق عام أو أعمال مصلحة ذات منفعة عامة أو ترتب عليها جعل حياة الناس أو أمنهم أو صحتهم عرضة للخطر وإذا ترتب على الجريمة موت شخص تكون العقوبة الإعدام حداً ولا يخل ذلك بحق ولي الدم بالدية أو الأرض بحسب الأحوال)).

والسبب في التعديل بالنسبة لإضافة عبارة: «أو تحت يد صحيحة» وذلك من أجل شمول الحماية للحياة المشروعة إلى جانب الملكية كون الحياة معتبرة شرعاً وقانوناً ولا

يجوز إهدار ما اعتبره الشرع وأما بالنسبة لحذف كلمة «الإعدام» للمال فذلك لأن كلمة الإتلاف تغني عنها وأما حذف عبارة: «أو نباتاً» فلعدم الحاجة إلى ذكرها كون ذلك تزييداً إذ المال لا يكون إلا عقاراً أو منقولاً والنبات داخل في مفهوم العقار.

٢- أوصي بإضافة مادتين إلى جرائم الاعتداء على ملك الغير في الفصل الرابع من الباب الثاني عشر من قانون الجرائم والعقوبات رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤م أو أن يفرد لها فصل مستقل بعنوان: «جرائم انتهاك حرمة ملك الغير» وفقاً لما يلي:

النص الأول: يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات أو بالغرامة كل من قام بالدخول الى أرض بقصد الاستيلاء عليها أو تعدى عليها بالحرث أو الغرس أو الزرع أو البناء أو نحو ذلك خلافاً لإرادة حائزها وتكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات أو الغرامة إذا اقترفت الجريمة ليلاً أو من شخصين فأكثر أو بالتهديد أو باستخدام القوة على الأشخاص أو الأشياء.

والسبب في إضافة هذه المادة: أن نص المادة (٢٥٣) عقوبات قد أشكل تطبيقه بشأن هذه الواقعة على الكثير من العاملين في القضاء بسبب ذكر ذلك النص ضمن الجرائم الماسة بالحرث الشخصية أما استبدال عبارة: «خلافاً لإرادة صاحب الشأن» بعبارة: «خلافاً لإرادة حائزها» فإن ذلك أدق في الوصف وأكثر دلالة على المقصود ولشمولية الحماية للحياة المشروعة والملكية كون حماية الحياة بشروطها القانونية حماية للملكية.

النص الثاني: يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة كل من تعرض لحائز أرض بالحجر أو المنع له من الانتفاع بها ما لم يثبت بأن له وجه حق في ذلك وتكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات أو الغرامة إذا تبين بأن الغرض من التعرض مجرد الابتزاز أو اقترفت الجريمة بالتهديد أو باستخدام القوة أو تسبب المتعرض في تعطيل الانتفاع بالأرض دون اللجوء إلى المحكمة المختصة.

والسبب في إضافة هذا النص حمل كل من يدعي حقاً على اللجوء إلى القضاء وتفويت الفرصة على عصابات الأراضي والمزورين من الابتزاز وتعطيل منافع الناس والإضرار بهم بدون وجه حق.

٣- أوصي بإضافة نص قانوني إلى قانون الإجراءات الجزائية يحدد فيه الحالات التي يجوز فيها للنيابة الأمر بوقف الاستحداث وكذا الحالات التي يجوز فيها إصدار قرار بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل الاعتداء وكيف يتم التظلم أو الطعن فيهما وفقاً للقانون.

سلطات قائد الطائرة في الحفاظ على أمن الطائرة وسلامتها في القانون اليمني والاتفاقيات الدولية

الأستاذ. الدكتور/ عبد الخالق صالح عبد الله معزب

نائب عميد كلية الشريعة والقانون

أستاذ القانون التجاري والبحري والجوي - جامعة صنعاء

ملخص:

يعد قائد الطائرة الشخص الأول المعني بأمن وسلامة الطائرة والتي لا يقتصر أمنها على الجانب الأمني فقط، بل يؤثر أيضاً في الجانب الاقتصادي باعتبار درجة الأمان العالية داخل الطائرات من أهم متطلبات استمرار الاستثمار في مجال النقل الجوي، وقد منحت الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية على حد سواء قائد الطائرة سلطات واسعة لاتخاذ ما يراه من تدابير وقائية للحفاظ على سلامة الطائرة وركابها، وله في سبيل ذلك اتخاذ الإجراءات الضرورية لإعادة النظام للطائرة إن اختل النظام على متنها أو اعتقد قائد الطائرة أنه سيختل، ومع ذلك فإن الواقع العملي يشير إلى أن أحكام تلك التشريعات لم تعد رادعة للحد من الجرائم والأفعال التي ترتكب على متن الطائرة والتي تهدد سلامة الطائرة ومن عليها أو تخل بحسن النظام فيها، فقد ذكر الاتحاد الدولي للنقل الجوي (آياتا) أنه ما بين عامي ٢٠٠٧ و٢٠١٦م تم تسجيل (٨٥٠٠٠) حادثة من المسافرين غير المنضبطين، تشمل هذه الحوادث العنف ضد طاقم الطائرة والعنف ضد المسافرين، والتحرشات الجنسية وغيرها من السلوكيات غير الانضباطية على متن الطائرات، والتي كان من شأن تلك الأفعال والسلوكيات أن تسببت بتهديد سلامة الركاب أو تعطيلهم وتأخيرهم، كما ذكر أيضاً أن غالب تلك الجرائم تظل بدون عقاب بسبب القصور الموجود في التشريعات والقوانين الحالية وسوف نناقش ذلك من خلال دراستنا هذه.

Abstract

Pilot is considered as the first responsible person concerned with security and safety of aircraft. That issue is not only related to the security field, but also affects the economic aspect, considering the high degree of safety of aircraft is one of the most important requirements for continued investment in air transport field. According international and national legislations Pilot may take the necessary measures to keep security on aircraft if he believes that safety will be disrupted.

But, in despite of what had mentioned above The provisions of these legislations are no longer a deterrent to reduce crimes and acts committed on board and that threaten safety of aircraft or passengers and crew. Furthermore ٢٠٠٧ the International Air Transport Association (IATA) reported that between incidents of passengers These incidents ٨٥٠٠٠ there were about ٢٠١٦ and include violence against cabin crew, violence against passengers, sexual harassment and other undisciplined behavior on board, which would have threatened, disrupted and delayed safety of passengers and also stated that most of these crimes remain without sanctions or Punishment by current legislation. that means there is a deficiency In current laws. we will discuss all of that through this study

مقدمة



الجوازات والقضايا

يصنف الطيران المدني على أنه نشاط تجاري ورافد اقتصادي مهم سواء للدولة نفسها أو لمؤسسات الاستثمار في مجال الطيران المدني، ويتم تنظيم أحكام الطيران المدني - عادة - عن طريق نوعين من التشريعات؛ (تشريع وطني) تضطلع بوضع أحكامه السلطات التشريعية الوطنية داخل كل دولة بما يناسب ظروفها وأحوالها الأمنية والاقتصادية والسياسية وغيرها، و(تشريع دولي) يتم وضع أحكامه عن طريق الاتفاقيات والبروتوكولات الدولية التي تسهم فيها الدول ومؤسسات الطيران المدني المختلفة، فبعض الاتفاقيات تنظم أحكام الطيران المدني العامة مثل: تسجيل وجنسية الطائرات ومن أشهر تلك الاتفاقيات اتفاقية شيكاغو ١٩٤٤م واتفاقية طوكيو ١٩٦٣م، وبعضها ينظم أحكاماً خاصة كتلك المتعلقة بأحكام عقد النقل الجوي الدولي مثل اتفاقية وارسو ١٩٢٩م الخاصة بتوحيد بعض قواعد النقل الجوي الدولي وتعديلاتها المختلفة.

ومن الأحكام العامة التي نظمتها الاتفاقيات الدولية موضوع سلطات قائد الطائرة، حيث أن اتفاقية طوكيو ١٩٦٣م^(١) المتعلقة بالجرائم وبعض الأفعال الأخرى التي ترتكب على متن الطائرات قد منحت قائد الطائرة سلطات واسعة في اتخاذ الإجراءات الضرورية لإعادة النظام للطائرة إن اختل النظام على متنها أو اعتقد قائد الطائرة أنه سيختل، ووضعت أيضاً قيوداً معينة على قائد الطائرة لاتخاذ تلك الإجراءات - والتي سنتعرض لها بالشرح في هذه الدراسة - وعلى الرغم من ذلك إلا أن الواقع العملي يشير إلى أن أحكام هذه الاتفاقية لم تعد رادعة للحد من الجرائم والأفعال التي

(١) وقعت هذه الاتفاقية في مدينة طوكيو اليابانية في ١٤ سبتمبر ١٩٦٣م، ودخلت حيز التنفيذ بتاريخ ٤ ديسمبر ١٩٦٩م، وقد بلغ عدد الدول الأعضاء فيها ١٨٦ دولة، وقد أصبحت الجمهورية اليمنية عضواً في هذه الاتفاقية بعد إيداعها وثائق التصديق في ٢٥ سبتمبر ١٩٨٦م.

ترتكب على متن الطائرة والتي تهدد سلامة الطائرة ومن عليها أو تخل بحسن النظام فيها، فقد ذكر الاتحاد الدولي للنقل الجوي (أياتا)^(١) أنه ما بين عامي ٢٠٠٧ و٢٠١٦م تم تسجيل (٨٥٠٠٠) حادثة من المسافرين غير المنضبطين، تشمل هذه الحوادث العنف ضد طاقم الطائرة (Crew) والعنف ضد المسافرين (Passengers)، والتحرشات الجنسية وغيرها من السلوكيات غير الانضباطية على متن الطائرات، والتي كان من شأن تلك الأفعال والسلوكيات أن تسببت بتهديد سلامة الركاب أو تعطيلهم وتأخيرهم، كما ذكر أيضاً أن غالب تلك الجرائم تظل بدون عقاب بسبب القصور الموجود في التشريعات والقوانين الحالية، حيث تم تسجيل ٦٣٪ تقريباً منها خلال العامين الأخيرين للمسح (٢٠١٥، ٢٠١٦م).

ومن ذلك جاءت الأهمية للكتابة في هذا الموضوع وتناول مختلف جوانبه المتعلقة بمهام قائد الطائرة لحفظ الطائرة وأمنها وسلامتها سواء في القانون اليمني أو الاتفاقيات الدولية المتعلقة بموضوع قائد الطائرة وسلطاته، وعليه فقد قسمنا هذه الدراسة إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول مفهوم قائد الطائرة وأحكام تعيينه، ونخصص المبحث الثاني للحديث عن سلطات قائد الطائرة في الحفاظ على أمن الطائرة وسلامتها وسلامة من عليها من أشخاص وما عليها من ممتلكات.

المبحث الأول مفهوم قائد الطائرة وأحكام تعيينه

المطلب الأول مفهوم قائد الطائرة (Pilot)

قائد الطائرة هو الشخص المسؤول عن قيادة الطائرة وحفظ السلامة على متنها، وهو المسؤول الأول أيضاً عن بقية الأفراد العاملين في الطائرة، ويصبح الشخص قائداً للطائرة بعد اجتيازه لامتحانات الدرجة الجامعية التخصصية في مجال الطيران وتحقيق

(١) الاتحاد الدولي للنقل الجوي (International Air Transport Association) أو ما يطلق عليه اختصاراً (IATA) (أياتا) هو عبارة عن منظمة تجارية دولية تضم ٢٩٠ شركة نقل جوي تجاري من مختلف الدول، التي تمثل أكثر من ٨٠٪ من الناقلين الجويين التجاريين في العالم، وتسهم هذه المؤسسة بوضع سياسات الطيران التجاري وشروط وقيود تسيير الرحلات الجوية الدولية بين مختلف دول العالم، كما تسهم بإجراء الدراسات والإحصاءات المتعلقة بقضايا الطيران التجاري.

ساعات معينة من الطيران الفعلي، والتي تحدد عدد تلك الساعات - عادة - معاهد ومؤسسات تعليم الطيران المتخصصة^(١)، وبعد حصوله أيضاً على الرخص والشهادات اللازمة لقيادة الطائرة.

وللطائرة هيئة قيادة يتم تعيينها من قبل مجهزة الطائرة أو مستغلها أو مستأجرها بحسب الحال، وعلى رأس تلك الهيئة - كما ذكرنا - يكون قائد الطائرة، ومن ذلك عرفت القوانين المختلفة - ومنها القانون اليمني - قائد الطائرة على أنه: (الطيار المسؤول عن تشغيل وسلامة الطائرة أثناء فترة الطيران)^(٢).

ومما سبق نجد أن قائد الطائرة (Pilot) هو الشخص المؤهل ليتولى تشغيل الطائرة وتسييرها في الملاحة الجوية والتحليق بها لنقل الأشخاص المسافرين (Passengers) وأمتعتهم (Baggage) أو البضائع (Goods) على متنها، كما أن قائد الطائرة يعد المسؤول الأول عن سلامة الطائرة وسلامة من فيها من أشخاص وما فيها من ممتلكات أو بضائع.

ويعد قائد الطائرة رئيس طاقم الطائرة الذي يتكون وفق أحكام القانون اليمني من أعضاء مكلفين من قبل المستثمر للقيام بواجبات داخل الطائرة أثناء فترة الطيران^(٣)، كما أن قائد الطائرة هو رئيس هيئة قيادة الطائرة التي تتكون وفق أحكام القانون اليمني من أعضاء حائزين على إجازات سارية المفعول ومكلفين بواجبات أساسية لتشغيل طائرة أثناء فترة الطيران^(٤)، وقد درجت شركات النقل الجوي على تعيين أكثر من طيار لقيادة الطائرة خاصة في الرحلات الطويلة أو الطائرات الضخمة التي تنقل مئات المسافرين في الرحلة الواحدة، حيث لا يمكن أن تكون قيادة الطائرات الحديثة مقتصرة على طيار واحد، وإنما تستوجب عدداً من الأشخاص يعتمد تحديد عددهم على عدة عوامل، مثل: نوع الطائرة وطرزها والمسافة التي ستقطعها الطائرة^(٥)، ولكن الغالب في الواقع العملي

(١) من المعاهد والمؤسسات العالمية المتخصصة بتعليم الطيران: أكاديمية أكسفورد للطيران، مجموعة أجنحة سي تي سي البريطانية، أكاديمية سلامة الطيران الأمريكية، أكاديمية سنغافورة للطيران، غلوبال اليونانية للطيران، مجموعة سكاي ورلد الفلبينية للطيران، وفي الوطن العربي أكاديمية الطيران الملكية الأردنية، وأكاديمية الشرق الأوسط للطيران في عمان، أكاديمية الإمارات لتدريب الطيارين، وأكاديمية آيتس والمصرية المصرية لتعليم الطيران.

(٢) المادة (١٧ / ١) من القانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٣م بشأن قانون الطيران المدني اليمني والمعدل بقانون رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٩م.

(٣) المادة (١٩ / ١) من القانون السابق.

(٤) المادة (١٨ / ١) من القانون السابق.

(٥) د. طالب حسن موسى، القانون الجوي الدولي، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ١٩٩٨م.

أن يعين مستثمر الطائرة شخصين لقيادة الطائرة، يسمى الطيار الأول «قائد الطائرة» ويطلق على الآخر «مساعد الطيار» أو «الطيار المساعد»، وعلى الرغم من أن القانون اليمني لم يعرف مساعد الطيار غير أن سلطاته وواجباته هي ذات سلطات وواجبات قائد الطائرة إلا أنه يعمل تحت إمرة هذا الأخير، حيث يحل محل قائد الطائرة أحد أفراد الطاقم في حالة وفاة القائد أو حدوث ما يمنعه من مباشرة وظائفه، وفقاً للنظام المقرر في قائمة الطاقم، ومن حيث المبدأ يتولى القيادة الطيار الذي يظهر اسمه في القائمة بعد القائد مباشرة.

وقد جعل القانون اليمني وفقاً للتعريف السابق مسؤولية قائد الطائرة عن تشغيل وسلامة الطائرة محدودة زمنياً بفترة زمنية معينة، أطلق عليها اسم (فترة الطيران)، حيث عرفها بأنها: الوقت الكلي الواقع بين اللحظة التي تبدأ فيها الطائرة حركتها بفعل قوتها الذاتية لغرض الإقلاع حتى لحظة توقفها عن الحركة بعد انتهاء طيرانها^(١).

ومن نصي التعريفين السابقين للقانون اليمني يمكننا إيراد بعض الملاحظات على القانون اليمني نلخصها فيما يلي:

- حدد القانون اليمني فترة الطيران بالوقت الكلي الواقع بين اللحظة التي تبدأ فيها الطائرة حركتها بفعل قوتها الذاتية الناتجة عن دوران محركاتها لغرض الإقلاع حتى لحظة توقفها عن الحركة بعد انتهاء طيرانها، وتطبيق النص السابق فإن قائد الطائرة لا يكون مسؤولاً عن تشغيل الطائرة وسلامتها خارج تلك الفترة؛ مثل حركة الطائرة داخل صحن المطار لغرض غير الإقلاع، كأن تنتقل الطائرة من مدرج لآخر لغرض تهيئة المدرج لطائرة أخرى أو لغرض الصيانة أو التزويد بالوقود أو لصعود الركاب، أو شحن البضائع أو تشغيل محركات الطائرة قبل بدء حركتها لغرض الإقلاع بوقت كافٍ للتأكد من سلامة المحركات وسلامة أجهزة الاتصالات والملاحة في الطائرة قبل أن يسمح للركاب بالصعود إلى متن الطائرة، كما أنه قد يتم شحن الطائرة وإغلاق الأبواب استعداداً للإقلاع وتبدأ الطائرة حركتها على المدرج ولكن ليس بفعل قوتها الذاتية الناتجة عن محركاتها، بل عن طريق قطرها بعربة مخصصة داخل صحن المطار لهذا الشأن، وبالتالي فإن النص على حصر بداية فترة الطيران على بدء حركة الطائرة بفعل قوتها الذاتية لغرض الإقلاع يخرج وصف قائد الطائرة عن صفة الطيار

ص ٤٣.

(١) د. حمد الله محمد حمد الله، القانون الجوي - الأفكار والقواعد الأساسية وعقد النقل الجوي الدولي والداخلي للأشخاص والبضائع - الطبعة الأولى، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٦م، ص ٧٠.

المسؤول عن الطائرة في جميع الحالات السابقة والتي تمثل فترة التجهيز أو الانتقال بالطائرة لغرض غير الإقلاع أو قطرها وهو ما يؤثر في الوصف القانوني لموضوع سلطات ومسؤوليات قائد الطائرة.

- يتعارض نص القانون اليمني السابق فيما يتعلق بسلطات قائد الطائرة أثناء فترة الطيران مع اتفاقية طوكيو لسنة ١٩٦٣م المتعلقة بالجرائم وبعض الأفعال الأخرى المرتكبة على متن الطائرات، والتي تُعتبر أحكام تلك الاتفاقية ملزمة للجمهورية اليمنية منذ تاريخ انضمام الجمهورية إليها في السادس والعشرين من شهر سبتمبر عام ١٩٨٦م، حيث جاءت الاتفاقية بفتريتي طيران، نوضحهما كما يأتي:

الفترة الأولى: نستطيع القول بأنها (فترة طيران عامة) يؤخذ بها عند تطبيق كافة أحكام الاتفاقية فيما عدا ما يتعلق بسلطات قائد الطائرة، وهذه الفترة حددتها الاتفاقية باللحظة التي يبدأ فيها استعمال قوة الطائرة المحركة بغرض الإقلاع حتى اللحظة التي ينتهي فيها الهبوط^(١).

الفترة الثانية: نستطيع القول بأنها (فترة طيران خاصة) يؤخذ بها عند تطبيق أحكام سلطات قائد الطائرة، والتي حددت الاتفاقية فترة الطيران فيما يتعلق بسلطات قائد الطائرة بالفترة الواقعة بين لحظة إقفال جميع أبواب الطائرة الخارجية بعد تحميلها إلى لحظة فتح أي من تلك الأبواب بغرض تفريغ الطائرة^(٢).

- فرق القانون اليمني في التعريفات السابقة بين «طاقم الطائرة» وبين «هيئة القيادة» في حين أنه لا أهمية قانونية أو عملية لتلك التفرقة بين ذينك المصطلحين، بل على العكس من ذلك فإن القانون نفسه قد اعتبرهما في باقي الأحكام مصطلحاً واحداً حيث أورد مصطلح «طاقم الطائرة» كعنوان لنص المادة (١٤٨) وأورد مصطلح «هيئة قيادة الطائرة» في باقي فقرات المادة ليوضح أن المصطلحين مرادفان لبعضهما كالتالي:

مادة (١٤٨) تشكيل (طاقم الطائرة):

١- لسلطات الطيران المدني أن تقرر بالنسبة لجميع أو بعض الرحلات إضافة عضو أو أكثر إلى (هيئة قيادة الطائرة) علاوة على التشكيل المقرر في شهادة صلاحية

(١) المادة (٣/١) من اتفاقية طوكيو المتعلقة بالجرائم وبعض الأفعال الأخرى التي ترتكب على متن الطائرة ١٩٦٣م.

(٢) المادة (٢/٥) من الاتفاقية السابقة.

الطائرة ودليل الطيران، إذا رأت أن ذلك لازم لتأمين سلامة الطيران.

٢- لا يجوز عند تشكيل (هيئة قيادة الطائرة) في أية رحلة أن يكلف أحد أعضائها بالقيام بواجبات عضوين أو أكثر من أعضاء هيئة القيادة.

المطلب الثاني أحكام تعيين قائد الطائرة

الطبيعة القانونية لعلاقة قائد الطائرة بالمستثمر:

يرجع مصدر العلاقة بين قائد الطائرة ومستثمرها إلى القانون نفسه حيث ألزم القانون اليمني المستثمر بتعيين قائد للطائرة ومنع المستثمر من تشغيل أي طائرة قبل تعيين قائد لها فنص على أنه: (على المستثمر ألا يسمح بقيام أي رحلة إلا بعد أن يعين أحد الطيارين قائداً للطائرة، يكون مسؤولاً عن سلامتها ومن عليها)^(١).

مما سبق نجد أن قانون الطيران المدني اليمني قد حدد الشخص الذي له الحق في تعيين وعزل قائد الطائرة بمستثمر الطائرة، ومستثمر الطائرة هو: أي شخص طبيعي أو اعتباري يقوم بتشغيل الطائرة واستثمارها، بحيث يتولى إدارة الطائرة بنفسه أو عن طريق وكيل له سواء كان ذلك الاستثمار لحسابه أو نيابة عن مستأجر للطائرة^(٢).

ومستثمر الطائرة على النحو الذي تقدم قد يكون (مالكها)؛ إذا قام بتمويل الطائرة وتمويلها وتجهيزها للنقل الجوي واستثمارها بعد ذلك في مجال النقل الجوي للأشخاص أو البضائع سواء بنفسه أو عن طريق وكيله، وقد يكون غير المالك وهو (مستأجرها)؛ الذي يقوم بتشغيل الطائرة واستثمارها وفق عقد إيجار زمني أو بالرحلة مع مالكها، حيث يعتبر القانون مستأجر الطائرة مستثمراً لها في حالة إيجار الطائرة دون هيئة قيادة، أو بهيئة قيادة تخضع لأوامر المستأجر^(٣).

ومن ذلك نجد أن العلاقة بين قائد الطائرة وبين المستثمر علاقة عقد عمل منشؤها القانون، إلا أن هذا العقد يتميز بطبيعة خاصة تمنحه أحكاماً خاصة به بحيث نستطيع تسميته بـ «عقد العمل الجوي» إذ أن هذا العقد يختلف في بعض أحكامه عن عقد العمل المدني الذي نظم أحكامه قانونا العمل والمدني، وتبرز الطبيعة الخاصة لعقد العمل بين قائد الطائرة والمستثمر في النواحي التالية:

- عقد العمل بين قائد الطائرة والمستثمر عقد تجاري؛ وذلك وفقاً لأحكام القانون التجاري اليمني الذي يعتبر جميع الأعمال المتعلقة بالملاحة الجوية أعمالاً تجارية مطلقة، ومن تلك الأعمال بوجه خاص العقود المتعلقة بأجور ورواتب الملاحين

(١) المادة (١٥٨) من قانون الطيران المدني اليمني.

(٢) المادة (٦٢ / ١) من القانون السابق.

(٣) المادة (٨٤) من القانون السابق.

وسائر المستخدمين، ويمثل عقد العمل الجوي تطبيقاً لتلك الأحكام، وبالتالي يخضع في تنظيمه لأحكام قانون الطيران المدني والقانون التجاري،^(١) غير أن القانون اليمني لم يعتبر ذلك قاعدة أمرة، بل أنه قد أجاز للأطراف الاتفاق على مخالفتها واختيار قانون الدولة الواجب التطبيق على العقد بينهما فنص على أنه: (يطبق قانون جنسية الطائرة على ما يلي: ... (ب) عقود استخدام أعضاء طاقم الطائرة ومع ذلك، يجوز للمتعاقدین اختيار قانون آخر إذا كانت جنسية أي من أعضاء الطاقم تختلف عن جنسية الطائرة)^(٢).

- مستثمر الطائرة ليس له مطلق الحرية في تعيين قائد الطائرة: لم يجعل القانون سلطات المستثمر مطلقة في تعيين أي شخص كقائد للطائرة، بل أورد بعض الشروط والقيود على مستثمر الطائرة يجب على المستثمر اتباعها وعدم مخالفتها عند تعيينه لقائد الطائرة، حيث يتعلق بعض تلك الشروط بشخص قائد الطائرة، ويتعلق البعض الآخر بموضوع قيادة الطائرة، ونوضح تلك الشروط تباعاً فيما يلي:

أولاً: الشروط المتعلقة بقائد الطائرة:

على الرغم من أن القانون اليمني لم يول جنسية قائد الطائرة أي أهمية قانونية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الطائرة؛ حيث تخضع كافة الأحكام المتعلقة بقائد الطائرة لقانون جنسية الطائرة - وهو هنا القانون اليمني باعتباره القانون الذي يطبق على الطائرات اليمنية - وقد أكد القانون اليمني على ذلك بالنص على أنه: (يطبق قانون جنسية الطائرة على ما يلي: (أ) صلاحيات وواجبات قائدها)^(٣) على الرغم من ذلك فإن القانون قد اشترط بعض المتطلبات والمؤهلات التعليمية اللازمة لقيادة الطائرة، وهذه الشروط هي:

- **الإجازات التأهيلية والتدريبية:** حيث يخضع قائد الطائرة لعدة اختبارات دورية عملية تؤهله لتأدية الواجبات المنوطة به على النحو المطلوب يمنح على إثرها إجازة سارية يتوجب عليه تجديدها دورياً بحسب الأحكام والشروط التي تضعها سلطات الطيران المدني ومؤسسات النقل الجوي^(٤)، كما أوجب القانون على

(١) المادة (١٢) من القانون رقم (٣٢) لسنة ١٩٩١م بشأن القانون التجاري اليمني.

(٢) المادة (٢٥/ب) من قانون الطيران المدني اليمني.

(٣) المادة (٢٥/أ) من قانون الطيران المدني اليمني.

(٤) المادة (١٤٧) من القانون السابق.

المستثمر أن يضع لأعضاء أطقم طائرته وللمرحلين الجويين برامج تدريب معتمدة من قبل الهيئة العامة للطيران المدني بما يضمن قيام كل منهم بواجباته على الوجه الصحيح^(١).

- **اختبارات الكفاءة:** حيث أوجب القانون على كل مستثمر أن يتأكد من أن كفاءة الطيارين - بمن فيهم قائد الطائرة - وكذلك قدراتهم على مواجهة أحوال الطوارئ أثناء الطيران قد اختبرت بطريقة علمية تؤكد القدرة المطلوبة على مواجهة تلك الأحوال^(٢).

- **رخصة الطيران التخصصية:** حيث تمنح المعاهد والمؤسسات المتخصصة بتعليم الطيران عدة رخص مختلفة تبدأ كما هو معمول به في الولايات المتحدة الأمريكية برخصة «الطيران البسيط» (Sport Pilot License) ويرمز لها اختصاراً بـ (SPL) والتي يسمح للطيار وفق هذه الرخصة بالطيران بطائرة صغيرة الحجم وحمل مسافر واحد فقط، ولا يجوز له الطيران فوق ارتفاع عشرة آلاف قدم أثناء الليل، ثم تتدرج رخصة الطيران مروراً برخصة «الطيران الترفيهي» (Recreational Pilot License) (RPL) ثم «الطيران الخاص» (Private Pilot License) (PPL) (License)، ثم «الطيران التجاري» (Commercial Pilot License) (CPL)، ثم «مدرّب الطيران» (Flight Instructor License) (FIL) وأخيراً رخصة طيار على متن طائرة نقل جوي (Airline Transport Pilot License) (ATPL).

- **شهادات الصلاحية:** ويقصد بها الإجازات والشهادات والمؤهلات التي تخول الشخص الحاصل عليها الحق في أداء الأعمال التي سيقوم بها على الطائرة، وقد اشترطت اتفاقية شيكاغو ١٩٤٤م^(٣) الخاصة بالطيران المدني الدولي في قائد

(١) المادة (١٤٩) من القانون السابق.

(٢) المادة (١٥٠/١) من القانون السابق.

(٣) المادة (٣٢/أ) من اتفاقية شيكاغو ١٩٤٤م الخاصة بالطيران المدني الدولي. اعتمدت هذه الاتفاقية في ٧ ديسمبر ١٩٤٤م في شيكاغو بالولايات المتحدة ٥٢ دولة. حصلت على التصديق اللازم في ٥ مارس ١٩٤٧م، دخلت حيز التنفيذ في ٤ أبريل ١٩٤٧م في نفس تاريخ دخول منظمة الطيران المدني الدولي حيز الوجود. في أكتوبر من العام نفسه أصبحت منظمة الطيران المدني الدولي وكالة متخصصة تابعة للمجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة. منذ ذلك الحين تم تنقيح الاتفاقية ثماني مرات (في عام ١٩٥٩ و ١٩٦٣ و ١٩٦٩ و ١٩٧٥ و ١٩٨٠ و ١٩٩٧ و ٢٠٠٠ و ٢٠٠٦م) واعتباراً من عام ٢٠١٣ فقد صدقت ١٩١ دولة على اتفاقية شيكاغو وتشمل جميع الدول الأعضاء في الأمم المتحدة باستثناء دومينيكا وليختنشتاين وتوفالو بالإضافة إلى جزر كوك، وقد انضمت الجمهورية اليمنية إلى هذه الاتفاقية في ١٧ أبريل عام ١٩٦٤م.

كل طائرة تعمل في الملاحة الدولية وباقي أعضاء طاقم قيادتها أن تكون لديهم شهادات أهلية ورخص صادرة أو معتمدة من الدولة المسجلة فيها الطائرة، ولأن قواعد وشروط إجازة الطيار في دولة تسجيل الطائرة قد تحتوي على أحكام مختلفة عن القواعد السارية في دولة التشغيل فإن الاتفاقية السابقة قد أجازت لأي دولة طرف في الاتفاقية بأن تحتفظ بحقها في عدم الاعتراف بالشهادات والإجازات الممنوحة من دولة متعاقدة أخرى، غير أن هذا الحق مقيد بالتطبيق على الطيران فوق إقليم الدولة المتحفظة ويكون خاصاً برعاياها، وهو ما جاء به القانون اليمني الذي نص على أنه: (يُشترط فيمن يعمل عضواً في هيئة قيادة أية طائرة مسجلة في الجمهورية أن يكون حائزاً على إجازة سارية المفعول صادرة من سلطات الطيران المدني أو معتمدة منها تخول له الحق في القيام بواجباته)^(١)، ويستثنى من ذلك الطيران في بعض الحالات كالتمرين أو الاختبار حيث نص القانون اليمني على أنه: (يجوز لغير حائز الإجازة المطلوبة أن يعمل كطيار في طائرة مسجلة في الدولة لتلقى التدريب، أو إتمام الاختبار لغرض الحصول على إجازة طيران أو تجديدها أو مد مفعولها)^(٢)، وفي ذلك فإن القانون قد أورد عقوبة على المستثمر في حال مخالفته شرط الصلاحية السابق، حيث يعاقب بالغرامة والسجن المستثمر الذي يقوم بتعيين شخص عضواً في طاقم طائرة - فضلاً عن قائدها - دون أن يكون ذلك العضو أو القائد حائزاً على إجازة سارية المفعول تؤهله لذلك، وليس لديه من المؤهلات وشهادات الاختبارات الدورية العملية ما يمكنه من تأدية الواجبات المنوطة به على النحو المطلوب^(٣).

الشروط المتعلقة بقيادة الطائرة:

١. هيئة قيادة الطائرة: على الرغم أن سلطة تعيين هيئة قيادة الطائرة من صلاحيات مستثمر الطائرة إلا أن القانون لم يجعل تلك الصلاحيات مطلقة، بل حظر على المستثمر عند تشكيل هيئة قيادة الطائرة في أية رحلة أن يكلف أحد أعضائها بالقيام بواجبات عضوين أو أكثر من أعضاء هيئة القيادة، كما أجاز لسلطات الطيران المدني، إذا رأت أن ذلك لازم لتأمين سلامة الطيران، أن تقرر بالنسبة لجميع الرحلات أو

(١) المادة (١٠٦) من قانون الطيران المدني اليمني.

(٢) المادة (١٠٧/١) من قانون الطيران المدني اليمني.

(٣) المادة (٢٧٩/ع) من قانون الطيران المدني اليمني.

بعضها إضافة عضو أو أكثر إلى هيئة قيادة الطائرة علاوة على التشكيل المقرر في شهادة صلاحية الطائرة ودليل الطيران^(١).

٢. عدد المضيفين الجويين: خلافاً للقاعدة العامة التي تجيز لرب العمل تحديد عدد العمال في منشأته أو عمله، والتي لم ينص قانونا العمل والمدني على خلافها فإن قانون الطيران المدني قد أجاز لسلطات الطيران المدني أن تحدد عدد المضيفين الجويين الذين يقومون بالأعمال المتعلقة بسلامة وخدمة الركاب بالطائرة^(٢).

٣. دليل العمليات: على المستثمر أن يعد ويصدر دليل عمليات خاصاً بتشغيل وقيادة الطائرة ويجب أن يكون معتمداً من سلطات الطيران المدني وفقاً للقيود والأحكام التالية^(٣):

أ. يكون الدليل خاصاً بعمليات المستثمر المتعلقة بالطائرة ومتضمناً تفاصيل نظام التشغيل ليستعمله ويسترشد به الطيارون وموظفو العمليات.

ب. يحدد المستثمر في الدليل واجبات الطيارين وموظفي العمليات ومسؤولياتهم ويساعدهم على القيام بأعمالهم بما يضمن سلامة تشغيل الطائرة.

ج. لا يجوز أن يشتمل الدليل على أية تعليمات أو معلومات متعارضة مع القوانين أو القواعد والأنظمة المعمول بها في الجمهورية اليمنية أو التي تصدرها سلطات الطيران المدني^(٤).

د. على المستثمر أن يوزع نسخاً من دليل عملياته وتعديلاته، أو بعض أجزائه وفقاً لمقتضيات العمل على أعضاء هيئة القيادة^(٥).

(١) المادة (١٤٨/٢) من قانون الطيران المدني اليمني.

(٢) المادة (١٤٨/٣) من قانون الطيران المدني اليمني.

(٣) المادة (١٤٢/١) من قانون الطيران المدني اليمني.

(٤) المادة (١٤٢/١) من قانون الطيران المدني اليمني.

(٥) المادة (١٤٤) من قانون الطيران المدني اليمني.

المبحث الثاني

سلطات قائد الطائرة في الحفاظ على أمن الطائرة وسلامتها

حدد القانون اليمني سلطات قائد الطائرة فيما يتعلق بأمن وسلامة الطيران من جانبين، الجانب الأول: يتعلق بقواعد الجو والطيران، والجانب الآخر: يتعلق بأمن الطيران، ونفصل ذلك من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول

سلطات قائد الطائرة فيما يتعلق بقواعد الجو والطيران

منح القانون اليمني قائد الطائرة سلطات قانونية تتعلق بتنظيم حركة الطيران في أجواء الجمهورية اليمنية، وهذه السلطات هي:

(١) تأمين الطائرة وحفظ النظام والانضباط على متنها: لقائد الطائرة في سبيل تأمين سلامة الطائرة وما تحمله من أشخاص وممتلكات وحفظ النظام والانضباط على متنها اتخاذ أي إجراءات أو تدابير لازمة، ويرجع تقدير ضرورة الإجراءات اللازمة تلك لسلطة قائد الطائرة التقديرية، والواضح أن القانون قد أعطى قائد الطائرة سلطات مطلقة لاتخاذ أي قرارات أو تصرفات لازمة لتأمين سلامة الطائرة وحفظ حمولتها، حيثما تكون الطائرة بقطع النظر كانت في حالة طيران أو رابضة في صحن المطار، ولكن القانون قد اشترط على قائد الطائرة أثناء اتخاذ تلك الإجراءات تطبيق القواعد المعمول بها وعدم الخروج عنها^(١)، ولم يحدد القانون تلك القواعد ولكن الراجح أنها القواعد التي تضمنتها القوانين واللوائح اليمنية النافذة أو الاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها الجمهورية اليمنية.

(٢) قيادة الطائرة: على الرغم من أن قائد الطائرة هو الشخص الأول المخول له قيادة وتوجيه الطائرة كما ذكرنا، لكن القانون قد قيد سلطة قائد الطائرة تلك بضرورة مراعاة قواعد وأنظمة الجو عند قيادته للطائرة، حيث يجب على قائد الطائرة اتباع قواعد وأنظمة الجو وعدم مخالفتها، ومع ذلك فإن التزام قائد الطائرة بتلك القواعد ليس التزاماً صرفاً، حيث يجوز له الخروج عن قواعد وأنظمة الجو المنظمة للطيران المدني بشرطين، وهذان الشرطان هما:

(١) المادة (١٢١) من قانون الطيران المدني اليمني.

- أن يكون الخروج ضرورة حتمية لحفظ وتأمين سلامة الطائرة أو حمولتها مثل تغيير مسار الطائرة عند حدوث خلل في أحد أجهزتها أو تجنباً لظروف الطقس السيئة وغيرها.
- إخطار سلطات الطيران المدني وإبلاغها بالإجراء الذي تم اتخاذه والأسباب التي دعت له لاتخاذ ذلك الإجراء عندما تسمح له الظروف بالإخطار^(١).

ومع أن القانون قد أوجب على قائد الطائرة بصفته المسؤول المباشر عن قيادة طائرته أن يلتزم بقواعد وأنظمة الجو^(٢)، وبرنامج الرحلة الساري المفعول، والتقييد بكافة تصاريح وتعليمات مراقبة الحركة الجوية^(٣)، والتزام قائد الطائرة بتلك القواعد والتعليمات بغرض الحرص على سلامة الطائرة ومن عليها، حيث قد يؤدي عدم التزام قائد الطائرة بقواعد الحركة الجوية في الجو أو حتى داخل المطارات إلى وقوع حوادث تصادم بين الطائرات^(٤)، وعلى الرغم من ذلك إلا أن التزام قائد الطائرة بتلك التعليمات والقواعد ليس مطلقاً، حيث يجوز لقائد الطائرة أن يحدد عن تلك القواعد والأنظمة عند الضرورة في الأحوال التي يصبح فيها ذلك محتملاً عليه الحياد عنها حرصاً على سلامة الطائرة أو ركابها وممتلكاتهم بشرط أن يخطر السلطات المختصة متى ما أمكنه فعل ذلك.

(١) المادة (١٢٣) من قانون الطيران المدني اليمني.

(٢) المادة (١٢٣) من قانون الطيران المدني اليمني.

(٣) المادة (١٢٤) من قانون الطيران المدني اليمني.

(٤) مثل ما حدث لطائرة الخطوط الجوية البشكيرية بعد ساعتين من إقلاعها من مطار «دوموديفو» الروسي في الأول من يوليو ٢٠٠٢م باتجاه مدينة «برشلونة» الأسبانية والتي اصطدمت مقصورة تلك الطائرة في الأجواء الألمانية بذيل طائرة أخرى من نوع بوينج تحمل بريد (DHL) كانت متجهة من مطار «بيرقامو» الإيطالي إلى «بروكسل» فتحطمت الطائرتان ومات جميع ركاب وطاقم الطائرتين البالغ ٧١ شخصاً، وما حدث في مارس ٢٠١٩م في مطار «كومبتون» بولاية كاليفورنيا الأمريكية حيث اصطدمت طائرتان من نوع «تي ٢٨» و«سيسنا ١٥٢» مما أدى إلى احتراق إحدى الطائرتين وإصابة شخصين توفي أحدهما في ذلك الحادث ونقل الآخر إلى المستشفى، وما حدث في ٢٠ يوليو ٢٠١٩م في مدرج مطار «ناشفييل الدولي» بولاية «تينيسي» الأمريكية حيث اصطدمت طائرتان تابعتان لشركة «ساوث ويست إيرلاينز» مما أدى إلى وقوع أضرار في الطائرتين، وما حدث بتاريخ ٢٦ أغسطس ٢٠١٩م في «مطار الملك عبد العزيز الدولي» في مدينة «جدة» حيث وقع احتكاك بين الجناح الأيسر لطائرة تابعة للخطوط الجوية السعودية مع طرف الجناح الأيمن لطائرة الخطوط الجوية الإثيوبية مما أدى إلى وقوع أضرار بالطائرتين.

المطلب الثاني

سلطات قائد الطائرة فيما يتعلق بأمن الطيران

لقائد الطائرة سلطات قانونية على الركاب وذلك لضمان سلامة الطائرة ومن عليها، ويرجع أساس سلطات قائد الطائرة على الركاب إلى عدة مبررات لخصها بعض فقهاء القانون الجوي في ما يلي^(١):

أولاً: أن هذه السلطة ناشئة عن اتفاق ضمني بين الراكب الناقل (شركة الطيران).

ثانياً: تعد هذه السلطة ضرورية جداً، وذلك لاعتبارات عملية تقتضيها ظروف الرحلة ومن متطلبات القيادة، لاسيما وأن قائد الطائرة هو المسؤول الأول عنها وعن من فيها من ركاب، فلذلك لابد من خضوعهم لسلطاته.

ثالثاً: إن قائد الطائرة يمارس هذه السلطات ليس لمصلحته أو لمصلحة الناقل فقط، بل وفق ثلاث مصالح؛ للمصلحة العامة ولمصلحة الركاب ولمصلحة الناقل.

وقد منح القانون اليمني قائد الطائرة سلطات قانونية فيما يتعلق بأمن وسلامة الطيران، ومن أهم تلك السلطات ما يلي:

(١) اتخاذ التدابير الوقائية ضد الركاب وتقييد حريتهم: حيث نص القانون اليمني وفق تعديل قانون ٢٠٠٩م في المادة (٢٥٣) على أنه: (يجوز لقائد الطائرة إذا تبين له أن شخصاً قد ارتكب على متن الطائرة إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون أو في الاتفاقيات الدولية المصدق عليها أو المنضمة إليها الجمهورية أو شرع في ارتكاب أي فعل قد يعرض سلامة الطائرة للخطر أن يتخذ ضده ما يراه من تدابير ضرورية ووقائية أو القبض عليه، ويجوز له أن يأمر باقي أعضاء الطاقم أو أن يأذن لهم بمعاونته في ذلك، كما يجوز له أن يطلب تلك المساعدة من الركاب أو يأذن لهم بها، إلا أنه لا يجوز له إجبارهم على ذلك).

ومن النص السابق نجد أن القانون اليمني قد أجاز لقائد الطائرة إذا (تبين) له أن شخصاً قد ارتكب على متن الطائرة إحدى الجرائم المنصوص عليها في قانون الطيران المدني أو في الاتفاقيات الدولية المصدق عليها أو المنضمة إليها الجمهورية أو شرع في ارتكاب أي فعل قد يعرض سلامة الطائرة للخطر أن يتخذ ضده ما يراه من تدابير ضرورية ووقائية أو يلقي القبض عليه ويقيّد حريته، فيعين عليه حارساً أو يقيد بغيره حديدي أو

(١) د. معن الفقيه، مذكرة القانون الجوي، غير منشور، الرياض، ١٤٣٣هـ، ص ٥٨.

يقيّد حركته داخل الطائرة أو أي تدابير أخرى يراها ضرورية تجاه ذلك الشخص، كما يجوز لقائد الطائرة في سبيل تنفيذ تلك الإجراءات أن يستعين بمن يراه مناسباً لمساعدته من طاقم الطائرة فيعطي الإذن لمن يبادر في تقديم المساعدة من طاقم الطائرة، أو يأمر أحد أو بعض أعضاء الطاقم بمساعدته أو بتنفيذ أوامره ضد ذلك الشخص، كما يجوز له - أيضاً - أن يطلب تلك المساعدة من الركاب أو أن يأذن لهم بها، غير أنه لا يجوز له إعطاء الأوامر لإجبار الركاب على مساعدته كما هو الحال مع طاقم الطائرة^(١).

غير أنه يمكننا ملاحظة أن القانون اليمني لم يوفق في تعديله للنص السابق من الجوانب التالية:

- أن النص السابق أصبح نص المادة (٢٥٣) بعد تعديلها وفق أحكام القانون رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٩م الخاص بتعديل القانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٣م بشأن قانون الطيران المدني، والذي كانت تنص هذه المادة قبل تعديلها على أنه: (يجوز لقائد الطائرة، إذا اعتقد لأسباب معقولة أن شخصاً قد ارتكب أو شرع في ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في القوانين الوطنية النافذة أو في الاتفاقيات الدولية المصدق عليها أو المنضمة إليها الجمهورية، أو أي فعل قد يعرض سلامة الطائرة للخطر، أن يتخذ تجاه هذا الشخص ما يراه من تدابير ضرورية ووقائية أو القبض عليه، ويجوز له أن يأمر باقي أعضاء الطاقم أو أن يأذن لهم بمعاونته في ذلك، كما يجوز له أن يطلب تلك المعاونة من الركاب أو يأذن لهم بها، إلا أنه لا يجوز له إجبارهم على ذلك)، والمقارن بين النصين السابقين يجد أن القانون اليمني قد ضيق من سلطات قائد الطائرة في قانون (٢٠٠٩م) حيث كان قانون (١٩٩٣م) يجيز لقائد الطائرة اتخاذ الإجراءات المسموح له باتخاذها لمجرد (اعتقاده) وفق أسباب معقولة وفقاً لتقديره أن شخصاً قد ارتكب أو شرع في ارتكاب جريمة على متن الطائرة، فجاء تعديل القانون بتضييق سلطات قائد الطائرة بحيث لا يجوز له اتخاذ أي إجراءات أو تدابير تجاه الشخص الذي ارتكب أو شرع في ارتكاب الجريمة على متن الطائرة إلا إذا (تبين) له فعلاً أن الشخص قد ارتكب أو شرع في ارتكاب الجريمة وليس لمجرد الاعتقاد، والقانون اليمني لم يوفق هنا من ناحيتين، الناحية الأولى: أن تعديل المادة قد خالف أحكام اتفاقية طوكيو ١٩٦٣م والتي تعتبر أحكامها ملزمة للجمهورية اليمنية كما ذكرنا، حيث أن الاتفاقية تنص في مادتها السادسة على أنه: (يجوز لقائد الطائرة إذا اعتقد

(١) المادة (٢٥٣) من قانون الطيران المدني اليمني.

استناداً لأسباب معقولة أن أي شخص قد ارتكب أو شرع في ارتكاب أحد الجرائم أو الأفعال المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة الأولى^(١) على متن الطائرة أن يتخذ تجاه هذا الشخص التدابير المعقولة) وفي الوقت الذي نجد فيه أن الاتفاقية قد وسعت من حيث الأصل من صلاحيات قائد الطائرة فضلاً عن السعي الدؤوب لمحاولة تعديلها من قبل الأمم المتحدة لتعزز من إجراءات قمع الأفعال غير القانونية على الطائرة وفق بروتوكول مونتريال ٢٠١٤م والذي ما زالت أحكامه قيد المناقشة في دورات الأمم المتحدة المتعاقبة حتى عامنا هذا، وفي الوقت الذي رأينا فيما ذكر من تقارير الاتحاد الدولي للنقل الجوي (الآياتا) أن نسبة الأفعال غير القانونية التي تصدر من الركاب على متن الطائرة في تزايد مستمر، حيث نجد - في الوقت نفسه - أن تعديل القانون اليمني قد نحى منحياً مغايراً، فضيق من سلطات قائد الطائرة باشتراطه عدم جواز اتخاذ قائد الطائرة أي إجراءات أو تدابير لمجرد (الاعتقاد) فقط، بل اشترط لمنح قائد الطائرة تلك السلطات أن (يتبين) قائد الطائرة أن شخصاً قد ارتكب أو شرع في ارتكاب جريمة وليس مجرد اعتقاده فقط، والذي يتعارض ذلك حتى مع طبيعة عمل قائد الطائرة التي تتركز في الدرجة الأولى على قيادة الطائرة وعدم مغادرة كابينه القيادة واعتماد ما نقل إليه طاقم القيادة المرافق من معلومات عن ارتكاب أو الشروع في ارتكاب جريمة، حيث أن اشتراط القانون اليمني على قائد الطائرة أن يتبين من تلك الوقائع يشكل صعوبة على قائد الطائرة ويضيف أعباء أخرى يتحملها قائد الطائرة كي (يتبين) من واقعة الجريمة أو الفعل الذي ارتكبه الراكب حيث لا نرى في تشديد القانون على ذلك أي مُتطلب قانوني أو أمني يتعلق بأمن البلاد أو سيادة الدولة أو اختصاصات أجهزتها المختلفة.

- أن النص السابق قد ضيق من وصف الجريمة نفسها حيث كان النص قبل التعديل يجيز اتخاذ إجراءات معينة في مواجهة الشخص الذي ارتكب أو شرع في ارتكاب أي فعل مجرم بموجب أي قانون وطني نافذ، (مثل قانون الجرائم والعقوبات وقانون مكافحة الإرهاب... وغيرها) فجاء التعديل ليحصر وصف الجريمة على الفعل الذي يشكل جريمة بموجب أحكام قانون الطيران المدني فقط دون بقية القوانين الوطنية

(١) تنص الفقرة الأولى من المادة الأولى من الاتفاقية على أنه: (تطبق هذه الاتفاقية على:

أ - الجرائم وفقاً لأحكام القوانين الجزائية، ب - الأفعال التي تعد جرائم أو لا تعد كذلك والتي من شأنها أن تعرض أو يحتمل أن تعرض للخطر سلامة الطائرة أو الأشخاص أو الأموال الموجودة فيها أو تعرض للخطر حسن النظام والانضباط على متنها.)

النافذة، وذلك يتعارض مع الاتجاهات الحديثة الداعية للتوسع في منح السلطات لقائد الطائرة مثلما ذكرته لجنة منظمة الطيران المدني الدولي (الإيكاو) الفرعية الخاصة عند اجتماعها في مونتريال بتاريخ ٢٢-٢٥ يناير ٢٠١٢م بغرض تعديل اتفاقية طوكيو ١٩٦٣م لتتضمن وصفاً أوسع للجريمة لتشمل حتى التدخين في دورات مياه الطائرة، وتوسيع نطاق الاختصاص القضائي ليشمل دولة جنسية مرتكب الجريمة ودولة التشغيل وغيرها، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن التعديل المذكور يتعارض مع الاتفاقيات الدولية المتعلقة بهذا الخصوص حيث وسعت من وصف الجريمة لتشمل أي فعل يشكل جريمة، مثل: اتفاقية لاهاي ١٩٧٠م الخاصة بقمع الأفعال غير المشروعة للاستيلاء على الطائرات^(١)، والتي ذكرت في مادتها الأولى أنه: (يعد مرتكباً لجريمة أي شخص على متن طائرة وهي في حالة طيران يقوم على نحو غير مشروع، بالقوة أو بالتهديد بها، أو بأي شكل آخر من أشكال الإكراه بالاستيلاء على تلك الطائرة، أو ممارسة السيطرة عليها، أو (يحاول) ارتكاب أي من تلك الأفعال)، واتفاقية مونتريال ١٩٧١م والمتعلقة بقمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الطيران المدني^(٢)، والتي نصت هذه الاتفاقية في مادتها الأولى على أنه:

(يعتبر الشخص مرتكباً لجريمة إذا هو بشكل غير مشروع ومتعمداً:

- أ. قام بعمل عدواني ضد شخص ما على متن طائرة في حالة طيران إذا كان عمله ذلك يتضمن احتمال تعريض سلامة الطائرة للخطر، أو:
- ب. قام بتدمير طائرة في الخدمة أو سبب لها ضرراً أدى إلى تعطيلها عن الطيران أو تضمن احتمال تعريض سلامتها للخطر إبان رحلتها، أو:
- ج. قام بوضع أو تسبب في وضع - بأية طريقة كانت - أي أداة أو مادة من شأنها أن تؤدي إلى تدمير الطائرة أو تسبب بها خللاً يعطلها عن الطيران أو يحدث بها ضرراً

(١) اعتمدت الاتفاقية من قبل المؤتمر الدولي لقانون الجو في لاهاي في ١٦ ديسمبر ١٩٧٠م، ودخلت حيز التنفيذ في ١٤ أكتوبر ١٩٧١م بعد أن تم التصديق عليها من قبل ١٠ دول، واعتباراً من عام ٢٠١٣م فإن عدد أعضاء الاتفاقية بلغ ١٨٥ دولة، وقد انضمت الجمهورية اليمنية إلى هذه الاتفاقية في ٢٩ سبتمبر ١٩٨٦م، وفي ١٠ سبتمبر ٢٠١٠م اعتمد البروتوكول التكميلي لاتفاقية لاهاي المتعلقة بقمع الاستيلاء غير المشروع على الطائرات في بكين، وقد عدل بروتوكول بكين بعض أحكام الاتفاقية السابقة ودخل حيز التنفيذ في الأول من يناير ٢٠١٨م بعد أن أودعت «أوغندا» وثائق التصديق لتصبح الدولة الثانية والعشرين بحسب نص البروتوكول.

(٢) اعتمدت هذه الاتفاقية من قبل المؤتمر الدولي لقانون الجو في مونتريال بتاريخ ٢٣ سبتمبر ١٩٧١م ودخلت حيز التنفيذ في ٢٦ يناير ١٩٧٣م، وانضمت إليها الجمهورية اليمنية في ٢٣ سبتمبر ١٩٨٦م.

- قد يؤدي إلى تعريض سلامتها للخطر وهي في حالة طيران، أو:
- د. دمر أو أفسد تجهيزات الملاحة الجوية أو تدخل في سير تشغيلها، إذا احتتمل في مثل هذه الأعمال تعريض سلامة الطائرة للخطر وهي في حالة طيران، أو:
- هـ. قام بالإدلاء بمعلومات يعرف أنها مزيفة وبذلك يعرض سلامة الطائرة للخطر وهي في حالة طيران . أو:
- و. حاول ارتكاب أي من الأعمال المذكورة في الفقرات (أ- هـ)، أو:
- ز. شارك في أي من الأعمال المذكورة في الفقرات (أ- و).
- ٢) الاستمرار في تقييد الحرية: وتعد هذه السلطة امتداداً لسلطة قائد الطائرة المذكورة في البند السابق، ولقائد الطائرة وفق هذه السلطة أن يستمر في تقييد حرية الشخص الذي ارتكب أو شرع أو حاول أو شارك في ارتكاب جريمة على النحو المبين سابقاً حتى تهبط الطائرة في أقرب نقطة رسو جوي، ومن ثم يتوجب على قائد الطائرة أن يسلم الشخص إلى السلطات المختصة في الدولة التي هبطت الطائرة فيها، غير أن القانون اليمني قد أورد بعض الاستثناءات التي يجوز معها لقائد الطائرة الاستمرار في تقييد حرية الشخص الذي قيّد حريته وفقاً لأحكام المادة (٢٥٣) السابق تفصيلها، وقد حصر القانون هذه الاستثناءات في المادة (٢٥٤) من تعديل قانون الطيران المدني نوردها تباعاً فيما يلي:
- أ. إذا كانت النقطة التي هبطت فيها الطائرة واقعة في إقليم دولة (غير متعاقدة) ورفضت سلطات هذه الدولة السماح بإنزال ذلك الشخص.
- ومن ذلك فإن على قائد الطائرة أن يسلم الشخص الذي قيد حريته على متن الطائرة إلى السلطات المختصة لدولة الهبوط عند هبوط الطائرة في أقرب نقطة رسو جوي، ولكن القانون قد اشترط لتسليم الشخص لتلك الدولة شرطين: الأول: موافقة دولة الهبوط على تسلم الشخص، والثاني: أن تكون دولة الهبوط من الدول المتعاقدة، إلا أننا نلاحظ عدم منطقية الشرط الثاني، بسبب أن القانون اليمني اشترط لتسليم الشخص للدولة أن تكون متعاقدة، حيث لا يجوز تسليم الشخص لدولة غير متعاقدة تبعاً لنص القانون، ومعنى ذلك عدم جواز تسليم قائد الطائرة الشخص الذي قيد حريته إلى دولة ليست طرفاً في العقد أو الاتفاقية، في حين أن القانون نفسه لم يوضح ما الاتفاقية التي يقصد أن تكون دولة الهبوط طرفاً فيها، خاصة مع تعدد الاتفاقيات المنظمة للطيران المدني بنوعها العامة والخاصة ولعل المشرع اليمني لم ينتبه لتوضيح هذا الشرط عند

إدراج نص المادة (٧/١/أ) من اتفاقية طوكيو ١٩٦٣م والتي تنص على أنه: (١- تتوقف تدابير القسر ضد أي شخص اتخذت بحقه وفقاً للمادة السادسة فيما بعد أية نقطة تهبط فيها الطائرة إلا في الأحوال الآتية: أ. إذا وقعت هذه النقطة في أراضي دولة غير متعاقدة ورفضت سلطاتها السماح بإنزال الشخص المذكور) حيث تم نقل النص حرفياً وإدراجه ضمن أحكام قانون الطيران المدني دونما حتى مراجعة صياغته.

ب. إذا كانت إجراءات تقييد حرية ذلك الشخص قد اتخذت على متن الطائرة بسوء نية بغرض تمكين تسليمه للسلطات المختصة في الدولة التي هبطت فيها الطائرة وليس بقصد الحفاظ على أمن الطائرة وسلامتها أو سلامة ركابها وممتلكاتهم، حيث منع القانون اليمني واتفاقية طوكيو ١٩٦٣م على قائد الطائرة أن يقيد حرية أحد الركاب بغرض تسليمه لسلطات الدولة التي ستهبط عليها الطائرة^(١)، غير أننا نلاحظ على القانون اليمني بهذا الخصوص ملاحظتين وهما:

الأولى: أن القانون اليمني قد عدل الفقرة الثانية من المادة (٢٥٤) المذكورة فأصبحت بعد التعديل تنص على أنه: (يحظر اتخاذ إجراءات تقييد الحرية إذا كان الغرض منها تمكين سلطات دولة أجنبية من القبض على ذلك الشخص) والتي كانت تلك الفقرة تنص قبل التعديل على أنه: (على قائد الطائرة أن يقوم بأسرع وقت ممكن بإخطار سلطات الدولة التي ستهبط الطائرة في إقليمها وبها شخص مقبوض عليه، طبقاً لأحكام المادة (٢٥٣) بوجود هذا الشخص على الطائرة، وأسباب القبض عليه، على أن يكون هذا الإخطار قبل هبوط الطائرة كلما أمكن ذلك) في حين أن ذلك التعديل أصبح من قبيل التكرار غير المجدي لنص المادة نفسها في فقرتها الأولى والتي نصت على عدم اتخاذ إجراءات تقييد الحرية إذا كان الغرض منها تمكين سلطات دولة أجنبية من القبض على ذلك الشخص، حيث أصبحت المادة (٢٥٤) تحتوي على نصين ينظمان نفس الواقعة في فقرتين مختلفتين.

الثانية: أن عنوان المادة (٢٥٤) هو «الاستمرار في تقييد الحرية ووجوب الإخطار» وقد نظمت فقرتها الأولى أحكام استمرار قائد الطائرة بعد هبوطها في تقييد حرية الشخص الذي قيدت حريته على متن الطائرة، فيما كانت الفقرة الثانية قبل تعديل القانون تنظم حكم إخطار قائد الطائرة سلطات الدولة التي ستهبط الطائرة في إقليمها بوجود الشخص على متن الطائرة وأسباب القبض عليه، حيث كانت تنص تلك الفقرة كما ذكرنا على أنه: (على قائد الطائرة أن يقوم بأسرع وقت ممكن بإخطار سلطات الدولة

(١) المادة (٢٥٤/١/أ، ٢/٢٥٤) من قانون الطيران المدني اليمني، والمادة (٧/١/أ) من اتفاقية طوكيو ١٩٦٣م.

التي ستهبط الطائرة في إقليمها وبها شخص مقبوض عليه، طبقاً لأحكام المادة (٢٥٣) بوجود هذا الشخص على الطائرة، وأسباب القبض عليه، على أن يكون هذا الإخطار قبل هبوط الطائرة كلما أمكن ذلك) حيث جاء قانون ٢٠٠٩م فحذف هذه الفقرة وأبقى على عنوانها في عنوان المادة (٢٥٤)، ولا نرى مبرراً لحذف تلك الفقرة نظراً لأهميتها من جهة، ومخالفة القانون في حذفها لاتفاقية طوكيو ١٩٦٣م التي توجب على قائد الطائرة القيام بعملية الإخطار على نحو ما سبق قبل هبوط الطائرة كلما أمكنه ذلك من جهة أخرى.

ج. في حالة هبوط الطائرة هبوطاً اضطرارياً في تلك النقطة، ولم يتمكن قائد الطائرة من تسليم ذلك الشخص للسلطات المختصة، كأن يحدث حريق في أحد محركات الطائرة أو عطل في أحد أجهزتها الملاحية يستدعي الهبوط بالطائرة اضطرارياً في نقطة توقف غير مقصودة لمعالجة الخلل أو إصلاح العطل، ففي هذه الحالة يجوز لقائد الطائرة الاحتفاظ بالشخص الذي قيدت حريته وعدم تسليمه لسلطات الدولة التي هبطت الطائرة اضطرارياً في إقليمها.

د. في حالة موافقة الشخص المذكور على استمرار طيرانه مقبوضاً عليه، حيث يجوز لقائد الطائرة عدم تسليم الشخص الذي قيد حريته على متن الطائرة لسلطات الدولة التي هبطت في إقليمها الطائرة إذا رغب قائد الطائرة في عدم تسليمه ووافق الشخص المذكور على مواصلة رحلته مقبوضاً عليه.

٣) حرمان الراكب من السفر: حيث أجازت كل من المادة الثامنة من اتفاقية طوكيو ١٩٦٣م والمادة (٢٥٥) من قانون الطيران المدني لقائد الطائرة إنزال أي شخص على متنها في إقليم أي دولة تهبط فيها الطائرة، وذلك إذا ما ثبت لدى قائد الطائرة استناداً إلى أسباب معقولة أنه قد ارتكب أو شرع في ارتكاب أي من الجرائم أو الأفعال المحظورة وفقاً لما سبق تفصيله، أو ارتكب أو شرع في ارتكاب أي فعل قد يعرض سلامة الطائرة للخطر بشرط إخطار الدولة التي تم أو سيتم فيها إنزال الراكب وتقديم تقرير إلى سلطات تلك الدولة مع بيان حقائق ووقائع وأسباب ذلك الحرمان، كما أن القانون اليمني قد أضاف شرطاً آخر مفاده أن تكون عملية إنزال الراكب من الطائرة ضرورية لحفظ سلامة الطائرة أو لتوجيه تهمة بإحدى الجرائم أو الأفعال التي سبق تفصيلها أعلاه.

الخاتمة

النتائج:

- خلصت الدراسة السابقة إلى بعض النتائج نورد أهم تلك النتائج فيما يلي:
- ازدادت مؤخراً الجرائم والأفعال غير القانونية التي يرتكبها المسافرون على متن الطائرات ضد طاقم الطائرة أو الركاب.
- غالب تلك الجرائم يظل بدون عقاب رادع لمرتكبيها بسبب القصور الموجود في التشريعات الدولية والقوانين الوطنية.
- ترمي الاتجاهات الحديثة إلى توسيع سلطات قائد الطائرة للمساعدة في مكافحة الجرائم والأفعال غير القانونية التي تقع على متن الطائرات.
- على عكس الاتجاهات السابقة، وفي الوقت الذي يفترض أن القانون اليمني يتواءم مع التوسيع جاء تعديل قانون الطيران المدني اليمني بالقانون رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٩م ليضيق من سلطات قائد الطائرة.

التوصيات:

- وفي نهاية هذه الدراسة نوصي المشرع اليمني بمراجعة أحكام قانون الطيران المدني وعلى الأخص ما تضمنته هذه الدراسة مثل:
- تحديد الفترة الزمنية التي تعتبر فيها الطائرة في حالة طيران لمنع التعارض وفق ما جاء به اتفاقية طوكيو ١٩٦٣م والتي اعتمدت فترة طيران (عامة) وفترة طيران (خاصة) تنطبق عند إعمال سلطات قائد الطائرة، حيث اعتمد القانون اليمني فترة طيران واحدة وهي (العامة).
 - نوصي حكومة الجمهورية اليمنية بسرعة الانضمام إلى بروتوكول بكين التكميلي ٢٠١٠م، وتعديل أحكام قانون الطيران المدني ليتواءم مع الاتجاهات الحديثة فيما يتعلق بسلطات قائد الطائرة والاختصاص القضائي التي تضمنها البروتوكول.
 - مراجعة وتعديل أحكام المادتين (٢٥٣) و(٢٥٤) من قانون الطيران المدني لتتوافق أحكامهما مع اتفاقية طوكيو ١٩٦٣م بحسب ما تضمنه التفصيل في هذه الدراسة.

قائمة المراجع

أولاً: كتب القانون:

١. د. حمد الله محمد حمد الله، القانون الجوي - الأفكار والقواعد الأساسية وعقد النقل الجوي الدولي والداخلي للأشخاص والبضائع - الطبعة الأولى، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٦م.
٢. د. طالب حسن موسى، القانون الجوي الدولي، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ١٩٩٨م.
٣. أ. د. عبد الرحمن عبد الله شمسان الرديني الحمادي. القانون الجوي - قانون الطيران المدني - الملاحة الجوية - النقل الجوي، جرافيكس للطباعة والتصميم، صنعاء، ٢٠١٢م.
٤. د. معن الفقيه، مذكرة القانون الجوي، غير منشور، الرياض، ١٤٣٣هـ.

ثانياً: القوانين الوطنية:

٥. القانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٣م بشأن قانون الطيران المدني اليمني والمعدل بقانون رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٩م.
٦. القانون رقم (٣٢) لسنة ١٩٩١م بشأن القانون التجاري اليمني وتعديلاته.

ثالثاً: اتفاقيات دولية:

٧. اتفاقية طوكيو المتعلقة بالجرائم وبعض الأفعال الأخرى التي ترتكب على متن الطائرة ١٩٦٣م.
٨. اتفاقية شيكاغو ١٩٤٤م الخاصة بالطيران المدني الدولي.
٩. بروتوكول بكين التكميلي لاتفاقية لاهاي المتعلقة بقمع الاستيلاء غير المشروع على الطائرات ٢٠١٠م.
١٠. اتفاقية لاهاي ١٩٧٠م الخاصة بقمع الأفعال غير المشروعة للاستيلاء على الطائرات مونتريال ١٩٧١م.
١١. اتفاقية مونتريال ١٩٧١م والمتعلقة بقمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الطيران المدني.

ضمانات حسن التقاضي في عهد الإمام علي بن أبي طالب (عليه السلام) لمالك الأشتر

الدكتور/ عبد الوهاب عبد القدوس الوشلي

الأستاذ المشارك في القانون الإداري ومدير مركز الدراسات القانونية ومساعد رئيس
جامعة صنعاء للشؤون القانونية

ملخص:

ما تضمنه عهد الإمام علي بن أبي طالب (عليه السلام) إلى مالك الأشتر النخعي (رضي الله عنه) عندما ولاه مصر قبل ألف وأربعمائة عام، من تعاليم وأسس ومبادئ في مجال القضاء، حيث يُعد سبباً إنسانياً هو الأضخم في مجال القضاء وما يزال حتى اليوم، حيث أسس العهد في القضاء ضمانات مهمة تهدف إلى تنظيم حسن سير العدالة وإجراءات التقاضي، فقد وضع شروطاً وصفات خاصة يجب أن تتوفر في من يعين قاضياً، كضمانات سابقة، وضمانات مصاحبة تتمثل بحقوق القاضي كالمرتب الكافي وحصانته وإعلاء مكانته، كما وضع ضمانات تتعلق بالمختصمين أمام القضاء، كالمساواة وحق الدفاع وحق المواجهة وحق الطعن بالحكم فضلاً عن ذلك حرص الإمام علي (عليه السلام) على إيجاد قواعد خاصة لضمان نزاهة القضاة وحيدتهم وحماية استقلالهم تجاه الخصوم، وكذا ضمانات لاحقة بالرقابة على أعمال القضاة، وضرورة ثبات الحكم القضائي بموافقته للشرع والقانون، والغرض من هذه الضمانات، هو حماية القاضي من نفسه وحمايته من الآخرين، وحماية المتقاضين من القضاة، من التعسف في استعمال السلطة القضائية أو إلى نوع من التعدي على حقوق المتقاضين.

ويُعد ما جاء في العهد بخصوص القضاء من الوثائق الأصيلية، التي أُرست الأسس التي يستند إليها النظام القضائي العالمي عموماً والإسلامي على وجه الخصوص، ويتضح أن رسالة الإمام علي (عليه السلام) تُعد من أكثر الرسائل أصالة وسعة في بناء هذا النظام الإنساني، ولم نجدها في غيره من الوثائق حتى اليوم، وما تزال هذه الوثيقة هي النبع الصافي والآلية القرآنية النقية لعموم البشرية، وأصبحت أفضلية هذه الرسالة من المسلمات التي لا يستطيع أحد إنكار حقيقتها، ولا يبدو ذلك الأمر غريباً، لأن النبي المصطفى (صلى الله عليه وآله وسلم) أكد على أن: (أقضى أمتي علي).

وقد نال هذا العهد الاهتمام الكبير من قبل العديد من المنظمات الدولية التي شهدت بأنه من أعظم الوثائق التي عرفت الإنسانية، وأن البشرية قد استفادت أيما استفادة من عهد الإمام علي إلى مالك الأشتر ونجد مضامينه جاءت في المواثيق والإعلانات الدولية التي توصلت إليها البشرية قبل ستين عاماً، وتفاخر بها اليوم.

ونؤكد اليوم أن الحل لجوانب القصور والاختلال في النظام القضائي اليمني وعدد من الدول، ما إن لو طبقت ما تضمنه عهد الإمام علي لمالك الأشتر من أسس ومبادئ قضائية عظيمة، لتلاشى هذا الاختلال وتصحح المسار في مجال العدالة برمته، كما سنرى في ثنايا البحث.

المحتويات:

المقدمة:

الفرع الأول: ضمانات تتعلق بشروط تعيين القضاة.

- اختيار الأكفاء للقضاء.

١- شرط الكفاءة العلمية

٢- شرط العدالة

٣- شرط العقل والبلوغ

٤- شرط سلامة الحواس

٥- شرط مكارم الأخلاق

٦- شروط تعيين القضاة في القانون اليمني والعراقي.

الفرع الثاني: ضمانات تهتم بحقوق القضاة «إعلاء مكانة القضاء»

(١) الكفاية المالية للقاضي (الصك المفتوح)

(٢) الحصانة القضائية للقاضي (إعلاء مكانة القاضي)

(٣) الاستقلال لمؤسسة القضاء.

(٤) درجات التقاضي وحق الإستئناف.

(٥) وحدة الأحكام القضائية.

الفرع الثالث: ضمانات تختص بالمتقاضين (الإجراءات)

١- حق المساواة بين الخصوم.

٢- حق الدفاع والمحاماة

٣- حق مبدأ المواجهة

٤- من آداب القضاء.

٥- تنفيذ الأحكام القضائية

- الخاتمة.

المقدمة

الإمام علي (عليه السلام) لا يحتاج إلى تعريف، فهو صفحة مضيئة من الإشراق الإنساني، تضيف شرفاً إلى تاريخ الإنسانية، وثروة علمية لاتحد بحدود، إذ اتسم فكره بالاستقامة والواقعية التي كونت له رصيداً من التآلق والثراء المعرفي، لم نجده في غيره. فالإمام علي (عليه السلام) أقضى أهل زمانه، لأنه أعلمهم بالفقه والشريعة وهما الوجدان، الذي أعطاه القدرة في استخدام علمه في القضاء أصدق توجيه، وفي المأثور عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قوله للإمام علي (عليه السلام): «لا بارك الله في معضلة لم تحكم فيها يا أبا الحسن» وقوله: «لولا علي لهلك عمر» وقوله أيضاً: «لا يُفتين أحد في المسجد وعلي حاضر»^(١)، ولا ريب أن التأمل القانوني في قضاء الإمام علي (عليه السلام) يعد بحثاً عن القضاء الإسلامي بأعلى مستوياته وستقتصر ورقتنا على ما تضمنه عهد الإمام علي (عليه السلام) للصحابي الجليل مالك بن الأشتر النخعي (رضوان الله تعالى عليه) في مجال القضاء حين ولاه على مصر والذي يكفيه فخراً أن الإمام قال فيه: «رحم الله مالكا فلقد كان لي كما كنت لرسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم)».

لم يعرف العرب قبل الإسلام سلطة تشريعية تسن لهم القوانين وسلطة تحكم بينهم، فكان شيخ القبيلة بمثابة قاضيهما يحكم بين أفرادها وفق العرف والتقاليد المستمدة من التجارب والمعتقدات للعرب، وللشعوب المجاورة كالفرس والروم ومن عايشهم من اليهود والنصارى، فكان العرف والتقاليد قانون غير مدون، ومع ذلك كان القضاء مضطرباً؛ لأنه غير صادر عن قانون محدود بعدة قوانين؛ ولأنه لا يستند إلى سلطة عليا تتولى الإشراف عليه والعمل على تنفيذ أحكامه^(٢)، إلى أن جاء الإسلام ليرسي ويؤسس للعدالة بين البشر نظاماً قضائياً متميزاً وسباقاً وعادلاً لم تعرف البشرية له مثيل من قبل، وكفالة حسن سير التقاضي ومنها ضمان الاستقلال.

أهمية البحث: نالت السلطة القضائية اهتماماً من قبل بعض المنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية، وبدأت هذا الاهتمام بمجال القضاء الجمعية العامة للأمم المتحدة ثم أحوالها إلى لجنة حقوق الإنسان التابعة لها، وأقيمت المؤتمرات وعقدت النقاشات وتمخض هذا كله عن الإقرار، مع الحقوق الأخرى للإنسان، أن وجود محكمة

(١) الأستاذ جورج جرداق - الإمام علي صوت العدالة والإنسانية - المجلد الأول طبع ببيروت - دار المهدي الطبعة الأولى، منقحة ٢٠٠٤ ص ٨٢.

(٢) أحمد أمين - ضحى الإسلام ص ٢٢٥، وقد اشتهر أكثرهم بن صيفي بأنه كان قاضي العرب يومئذ.



مجلة
البحر في القضاء والقانون

حيادية ومنصفة ومستقلة هو أحد حقوق الإنسان، التي يجب أن يتمتع بها الفرد داخل الدولة، وكان ذلك الإقرار بصدور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ثم العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وبناء على ذلك تبنت الجمعية العامة للأمم المتحدة ما يسمى (المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية) وتعتبر هذه المبادئ الحد الأدنى المتفق عليه بين الدول لاستقلالية السلطة القضائية، وكذلك صدر عن المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للجمعية العامة الإجراءات التنفيذية الخاصة بالمبادئ الأساسية المذكورة^(١). الأمر الذي يدل على أن المبادئ الأساسية إنما صدرت للتنفيذ، حيث نص العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في المادة (١٤) منه على حق الإنسان في أن تنظر دعواه محكمة مستقلة، وقد طورت الجمعية العامة للأمم المتحدة هذا الحق ليشمل السلطة القضائية بأكملها وذلك عن طريق وضع ما سمته (المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية)، كما وضعت إجراءات للتنفيذ الفعال لهذه المبادئ^(٢). وتقوم لجنة حقوق الإنسان وبعض المنظمات غير الحكومية بمتابعة تنفيذ المبادئ الأساسية، هذا من جانب، ومن جانب آخر تبرز أهمية السلطة القضائية في الدولة في أن الدساتير بصفة عامة تضعها في مصاف السلطتين التنفيذية والتشريعية، وتخصص لها أسوة بالسلطتين الأخريين فصلاً كاملاً تبين فيه تعريف السلطة القضائية ومهامها وحدود سلطاتها وتشكيلها وأقسامها، تحرص الدساتير العربية بصف خاصة - ومنها الدستور اليمني - على بيان أن العدل أساس الحكم، ولكي تضمن تحقيق ذلك فإنها تنص على أنه لا سلطان على القاضي في قضاؤه وترفع من شأنه وتحصنه من

(١) د / خالد محمد الجمعة - مبدأ استقلال القضاء في العهد الدولي -

بحث منشور مجلة الحقوق جامعة الكويت - العدد الأول مارس ٢٠٠٨م - دولة الكويت ص ١٢٩.

(٢) د / خالد محمد الجمعة - مرجع سابق - ص ١٣٥.

التأثيرات، والدستور اليمني ينص على مبدأ استقلال القضاء وعدم جواز التدخل في سير العدالة، ذكرها في ست مواد يتيمة^(١)، تبدأ بالمادة ١٤٩ وتنتهي بالمادة ١٥٤ من أصل ١٦٢ مادة^(٢).

وكل ذلك من المبادئ القضائية جاء قبل ألف وأربعمئة عام في عهد الإمام علي بن أبي طالب إلى مالك الأشتر هو الرسالة التي أرسلها علي بن أبي طالب إلى مالك بن الأشتر النخعي عندما ولاه الحكم في مصر، فهي عهد في كيفية إدارة الدولة وسياسة الحكومة ومراعاة حقوق الشعب وفيه نظريات الإسلام في الحاكم والحكومة ومناهج الدين في الاقتصاد والاجتماع والسياسة والحرب والإدارة والأمور التعبدية والقضائية. وبالرغم من أن قضاء الإمام (عليه السلام) يعد ثروة علمية، فإنه لم يحظَ باهتمام المختصين بالقانون بالدراسة والتحليل وبالعمق الذي تضمنته هذه الرسالة، وإنما انصب جهد الفقهاء على سرد الوقائع التي قضى بها الإمام علي على سبيل الحكمة والموعظة.

وقد اعتمد هذا العهد في الأمم المتحدة كونه من أوائل الوثائق الحقوقية في تاريخ البشرية التي تحدد الحقوق والواجبات بين الدولة والشعب، هذا العهد وصل إلى أذن الأمين العام للأمم المتحدة عبر زوجته السويدية، وقد قال الأمين العام للأمم المتحدة: إن هذه العبارة من العهد يجب أن تعلق على كل المؤسسات الحقوقية في العالم، والعبارة هي: «وأشعر قلبك الرحمة للرعية، والمحبة لهم، واللطف بهم، ولا تكوننَّ عليهم سَبْعاً ضارياً تغتنم أكلهم، فإنهم صنفان: إمَّا أُحُّ لك في الدين، وإمَّا نظير لك في الخلق»، وهذه العبارة جعلت كوفي عنان ينادي بأن تدرس الأجهزة الحقوقية والقانونية عهد الإمام لمالك الأشتر، وترشيحه لكي يكون أحد مصادر التشريع للقانون الدولي، وبعد مداوولات استمرت لمدة سنتين في الأمم المتحدة صوّتت غالبية دول العالم على كون عهد علي بن أبي طالب لمالك الأشتر أحد مصادر التشريع للقانون الدولي، وقد تمّ بعد ذلك إضافة فقرات أخرى من نهج البلاغة للإمام علي (سلام ربي عليه) بالإضافة إلى عهده إلى مالك الأشتر كمصادر للقانون الدولي.

وكتب عن عهد الإمام علي للأشتر الكاتب والأديب العربي عباس محمود العقاد بمؤلفه بعنوان: (عبقريّة الإمام علي)، في مجموعة كتب العبقريات الصادرة له. (عبقريّة أبي بكر الصديق، عبقريّة عمر بن الخطاب، عبقريّة الإمام علي)

(١) نجد الدستور اليمني لم يمنح السلطة القضائية سوى ٦ مواد بالمقابل منح السلطة التشريعية ٤٢ مادة، والسلطة التنفيذية ٤٨ مادة.

(٢) راجع دستور الجمهورية اليمنية - مجموعة التشريعات اليمنية - الكتاب الأول ٢٠٠٣م - مكتب النائب العام - صنعاء - الجمهورية اليمنية.

وذكر ميشيل هاملتون مورغان: جاء في كتابه *los history* الموجود حالياً في مكتبة الكونغرس الأمريكي بواشنطن لمؤلفه الكاتب الأمريكي المعاصر ميشيل هاملتون مورغان الذي يذكر فيه إعجابه الفائق بالسياسة الحكيمة لشخص خليفة المسلمين علي بن أبي طالب بعد أن اطلع على رسائله التي حررها إلى ولاته في الأمصار الإسلامية ومنهم مالك الأشتر مؤكداً عليهم أن يعاملوا المواطنين من غير المسلمين بروح العدل والمساواة في الحقوق والواجبات. فالكاتب الأجنبي اعتبر ذلك انعكاساً صادقاً لسلوكيات الخليفة الحميدة المؤطرة بفضائل الأخلاق التي أهلته للدخول في تاريخ الإنسانية من أبوابه العريضة.

وكتب المؤرخ المصري توفيق أبو العلم: «كان علي بن أبي طالب شخصية خصبة، إنه كان مظهراً من مظاهر التكامل الإنساني، بعد أن انتخبه المسلمون خليفة للمسلمين، بدأ بتطبيق برنامج الإصلاح في إشاعة العدل والمساواة بين أبناء الأمة الإسلامية بصرف النظر عن دينهم ومذهبهم ولغتهم ولون بشرتهم واتجاهاتهم السياسية والاجتماعية، لقد أمر الولاة أن يكونوا رحماء مع رعاياهم كما تجلى ذلك في رسالة الإمام عام ٦٥٦م إلى والي مصر مالك الأشتر».

والكاتب المسيحي جورج جرداق قال: «هل عرفت إماماً لدين يوصي ولاته بمثل هذا القول في الناس! فإنهم «إمّا أخُ لك في الدين، أو نظير لك في الخلق، أعطهم من عفوك وصفحك مثل الذي تحب أن يعطيك الله من عفوه وصفحه». والقائمة تطول في من كتب عن الإمام علي بن أبي طالب (عليه السلام).

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى إيضاح النظام الوارد لمسألة حسن سير التقاضي في عهد الإمام علي بن أبي طالب في تلك الفترة وكذا النظام القضائي القائم اليوم في اليمن، وتشخيص مكانم الخلل اليوم ووضع إطار لمعالجتها من خلال ما ورد في العهد من ضمانات.

حيث أسس عهد القضاء للإمام علي (عليه السلام) ضمانات مهمة تهدف إلى تنظيم حسن سير القضاء وإجراءاته، عندما وضع شروطاً وصفات يجب أن تتوفر في من سيعين قاضياً، وهي ضمانات سابقة، و ضمانات حقوق القاضي كالمرتب الكافي وحصانته وإعلاء مكانته، وهي ضمانات مصاحبة، كما وضع ضمانات تتعلق بالمختصمين أمام القضاء وعدم الإضرار بهم، كالمساواة وحق الدفاع وحق المواجهة وحق الطعن بالحكم فضلاً عن ذلك حرص الإمام علي (عليه السلام) على إيجاد قواعد خاصة لضمان نزاهة

القضاة وحيدتهم وحماية استقلالهم تجاه الخصوم، والغرض من هذه الضمانات، هو حماية القاضي من نفسه، التي قد تدفعه إلى التعسف في استعمال السلطة القضائية أو إلى نوع من التعدي على حقوق المتقاضين، وحماية القاضي من الغير بعدم التدخل في شئون العدالة والتأثير عليها، وعهد الإمام (عليه السلام) وضع حداً لهذه التصرفات التي قد تؤثر على نزاهة القاضي وحياده؛ لأن القاضي بشروا النفس أمانة بالسوء وقد وضع الإمام علي (عليه السلام) أساساً لضمان وظيفة التقاضي، وأن العدل أساس الحكم حيث قال الإمام علي عليه السلام في هذا العهد: «وإن أفضل قرّة عين الولاة استقامة العدل في البلاد، وظهور مودة الرعية».

مشكلة البحث:

تتضح المشكلة من خلال التساؤلات التالية:

١. هل وضع عهد الإمام أسس عملية حسن سير التقاضي للبناء عليها، وهل المواد القانونية القائمة في اليمن بهذا الشأن كافية، وإن كان هناك قصور أو فراغ تشريعي فما هي النصوص الغائبة ونحن بحاجة لها؟
٢. ما هي المعالجات الرئيسية والتعديلات المطلوبة في عدد من التشريعات اليمنية؟

منهج البحث وتقسيماته:

استخدم الباحث المنهج المقارن ومنهج تحليل المضمون والمنهج الوصفي، لدراسة موضوع البحث؛ لإلقاء الضوء على ضمانات وأسس التقاضي عند الإمام علي (عليه السلام) التي وردت بصورة شاملة كاملة، وهذه الأسس تعد من الضمانات المهمة لصحة التقاضي بالمقارنة بما جاء عند الإمام علي (عليه السلام) والتشريع اليمني والعراقي ما أمكن في ثلاثة فروع هي: ضمانات تتعلق بشروط تعيين القضاة وضمانات تهتم بحقوق القضاة ومؤسسة القضاء ثم ضمانات تتعلق بالإجراءات والمتقاضين.

الفرع

الأول

ضمانات تتعلق بشروط تعيين القضاة

رأينا أن نعرض هنا على تعريف القضاء: (فالقضاء يعني فصل الخصومة بين

المتخاصمين، والحكم بثبوت دعوى المدعي أو بعدم حق له على المدعى عليه^(١).

شروط تعيين القاضي:

لقد شدد الإمام علي (عليه السلام) في شروط من يصلح للقضاء؛ وذلك لأن القضاء مسلط على دماء، وأعراض، وممتلكات الناس، وهو الذي يحكم، ويفصل في كل ذلك، فينبغي في رجال القضاء توفر شروط دقيقة فيمن يتولى القضاء، لكي تتم عملية التقاضي بصورة سليمة، ومستقيمة؛ ولأهمية القضاء كون العدل أساس الحكم يتوجب اختيار القضاة ممن هم أفضل الناس وممن تتوفر فيهم شروط محددة وصفات معينة، وهذه الشروط والصفات لاختيار القاضي جاءت في عهد الإمام علي (عليه السلام)، لمالك الأشتر؛ لكي تؤهلهم على إرساء العدالة وليكونوا قضاة ينظرون ويفصلون في الخصومات بين الرعية بكل إنصاف، وهذه الشروط هي الضوابط والضمانات السابقة للترشيح لوظيفة القاضي، وهو أمر معمول به اليوم في كافة النظم القضائية في العالم، وقد حددها الإمام علي في عهده للأشتر بقوله: «ثم اختر للحكم بين الناس أفضل رعيته في نفسك...»، ثم حدد الإمام علي عدداً من الشروط والصفات التي يجب توفرها في القاضي عندما قال: «ممن لا تضيق به الأمور، ولا تمحكه الخصوم، ولا يتمادى في الزلة، ولا يحصر من الفئ إلى الحق إذا عرفه، ولا تشرف نفسه على طمع، ولا يكتفي بأدنى فهم دون أقصاه، وأوقفهم في الشبهات، وآخذهم بالحجج، وأقلهم تبرماً بمراجعة الخصم، وأصبرهم على تكشف الأمور، وأصرمهم عند اتضاح الحكم ممن لا يزدهيه إطرأ ولا يستميله إغراء وأولئك قليل»، وسنبينها كما يلي:

١- شرط الكفاءة العلمية:

أشار الإمام علي (عليه السلام) إلى شرط الكفاءة العلمية في رسالته لمالك الأشتر والتي جاء فيها: «ثم اختر للحكم [أي القضاء] أفضل رعيته»، واشترط أفضل الرعية لا يعني أن يكون القاضي أعلم أهل زمانه، وإنما يفهم منها الترجيح في الصفات التي يجب أن تتوفر في القاضي على غيره وأن يحيط علماً بمعرفته بتفاصيل القضايا التي تعرض عليه. وقد عبّر عنها الإمام (عليه السلام) بقوله: «لا يكتفي بأدنى فهم دون أقصاه» أي إنه لا يكتفي عند إصدار حكمه بما يبدو له بأول فهم ويقر به دون أن يأتي على أقصى

(١) تكملة منهاج الصالحين (الإمام الخوئي «رض») كتاب القضاء، الدر المختار: ٤ / ٣٠٩، الشرح الكبير: للردريز بحاشية الدسوقي، شرح الجامع الصحيح للإمام ابن عمرو الإباضي / ج ٣ / ص ٢٤١، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام لمحمد حسن النجفي / ج ١٤ / ص ٦.

الفهم بعد التأمل، فهو لا يكتفي بأقوال الخصوم، وإنما يحاول أن يستزيد ويضيف إلى معلوماته، معلومات أخرى حتى يحيط بالقضية المعروضة أمامه من كل جوانبها؛ لأن الإحاطة بذلك ستمكنه من الوصول إلى جعل الحقيقة القضائية مطابقة للحقيقة الواقعية؛ ولذلك وصف الإمام هذا القاضي بقوله: «وأوقفهم في الشبهات»، وهي ما لا يتضح الحكم فيه بالنص، فلا يحكم إلا وقد دله علمه على أصل الحادثة الصحيح بعد الصبر على تكشف الأمور وبعد الأخذ بالحجج والمقاييس. وينتقد الإمام علي (عليه السلام) القاضي الجاهل الذي أوصلته إلى منصب القضاء أمور غير الكفاءة العلمية، بأنه: «قد سماه أشباه الناس عالماً وليس به فاستكثر من جمع ما قلّ منه خيراً ما كثر حتى إذا ارتوى من ماء جن واكتنز من غير طائل، جلس بين الناس قاضياً ضامناً تخليص ما التبس على غيره، فإن نزلت به إحدى المهمات هي حشورث من رأيه ثم قطع به فهو من لبس الشبهات في مثل نسج العنكبوت»^(١).

ولتحقيق شرط الكفاءة العلمية، كان الإمام علي (عليه السلام) يجمع القضاة والفقهاء بين حين وحين، ليوحد الأسس التي تقوم عليها الأحكام القضائية في كافة أنحاء البلاد ويجعل من القضاة على علم واسع بما بلغ إليه الاجتهاد.

وقد جاء عن الإمام علي (عليه السلام) لقاض: «هل تعرف الناس من المنسوخ؟ قال: لا، قال: فهل أشرفت على مراد الله عز وجل في أمثال القرآن؟ قال: لا، قال: إذاً هلك، وأهلك».

- والقاضي يحتاج إلى معرفة معاني القرآن، وحقائق السنن، وبواطن الإشارات، والآداب، والإجماع، والاختلاف، والاطلاع على أصول ما اجتمعوا عليه واختلفوا فيه، ثم إلى حسن الاختيار، ثم إلى العمل الصالح، ثم الحكمة، ثم التقوى، وهناك شروط دقيقة في من يتولى القضاء، وشرط الكفاءة العلمية، يُعد من أول الشروط التي يجب أن تتوفر عند القاضي؛ لأنه بدون هذا الشرط، سوف يضطر القاضي إلى أن يحكم إما بعلمه المحدود وإما وفق هواه، وكلاهما لا يكفي؛ لأن يقيم حدود المساواة بين الناس، فالكفاءة العلمية تعني معرفة القاضي الشاملة بالقوانين والأحكام وتحديد الواقعة التي يريد الحكم فيها تحديداً دقيقاً، فهو يستند بذلك إلى خبرة الأجيال والقوانين والشرائع التي سبقت.

ويجب أن يستند كذلك إلى قوانين موحدة، تكون نافذة في جميع أنحاء البلاد، فلا

(١) الاختصاص للشيخ المفيد نقلاً عن مستدرک الوسائل / ج ١٧ / كتاب القضاء، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام لمحمد حسن النجفي / ج ١٤ / ص ٩، البحار للمجلسي / ج ١٠٣ / ص ٢٥٤.

يصدر قاض البصرة مثلاً، حكماً في قضية، يكون قاض الكوفة قد أصدر حكماً معارضاً له في قضية مشابهة لها، ويكون قاضي بغداد قد أصدر حكماً ثالثاً لا يتفق مع واحد من هذين في أساس ولا فرع.

وشرط الكفاءة يستوجب على القاضي أن يكون لديه علم مرتبط بالقانون والأحكام وعلم يرتبط بالواقع، ويعتمد في تطبيقه للأحكام والقوانين على قدرة القاضي على الاستنباط عند ربطه بين النظرية والواقع، ويشترط المشرعان اليمني والعراقي شرط الكفاءة العلمية في من سيعين قاضياً، بأن يكون حائزاً على شهادة عليا أو من معهد القضاء العالي بعد الشهادة الجامعية الأولى من كلية الشريعة والقانون أو الحقوق كما سنرى لاحقاً.

٢- شرط العدالة:

العدالة: ملكة في النفس، تمنع صاحبها من ارتكاب الكبائر والرذائل والإصرار على الصغائر، فهي استواء أحوال الإنسان في دينه واعتدال قوله وأفعاله. وشرط العدالة يمكن أن نستنتجه من عهد الإمام لمالك بن الأشتر، والذي جاء فيه: «ولا يكونن المحسن والمسيء عندك بمنزلة سواء، فإن ذلك تزهيداً لأهل الإحسان في الإحسان وتدريباً لأهل الإساءة على الإساءة، وألزم كلا منهم ما ألزم نفسه»، وجاء في هذا العهد أيضاً قوله (عليه السلام): «وليكن أحب الأمور إليك أوسطها في الحق وأعماها في العدل وأجمعها لرضا الرعية».

ولما كانت شخصية الإمام علي (عليه السلام) من الأصالة والتماسك، فقد ضرب بنفسه أروع الأمثال على المساواة المطلقة بين الناس أمام القضاء، فقد شكّا أحد الناس الإمام علي (عليه السلام) إلى عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - في خصومة، وكان عمر خليفة، فأحضرهما وقال لعلي: «قف يا أبا الحسن بجانب خصمك، فبدا التأثير على وجه الإمام علي (عليه السلام): فقال عمر: أكرهت يا علي أن تقف إلى جانب خصمك؟ فقال: لا ولكني رأيتك لم تُسوِّ بيني وبينه، إذ عظمتني بالتكنية ولم تُكنه»^(١).

والعدالة عند الإمام علي (عليه السلام) تستند إلى روح التشريع الإسلامي ونصوصه، فهي ليست مجرد فضيلة من الفضائل، بل بوصفها جزءاً من الشريعة، وقد وردت كثير من الآيات القرآنية في الحث على الأخذ بالعدالة، منها قوله تعالى: (إن الله يأمر بالعدل) [النحل: ٩٠]، بل ذهب العدالة في الإسلام مدى بعيداً، أبعد مما عرف في

(١) جورج جرداق - المرجع السابق ص ٣٥٤.

آية شريعة أخرى من الشرائع السماوية أو الوضعية، إذ نجد القرآن الكريم يحث على العدالة حتى ضد نفس المرء وحتى على الأعداء، فقد ورد قوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط، شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين) [النساء: ١٢٥]، فإن الله يأمرنا في هذه الآية الكريمة أن نكون عدولاً حتى ولو جاء ذلك العدل ضد أنفسنا أو الوالدين أو ذوي القربى ولحقنا الضرر من ذلك. وقوله تعالى: (ولا يجرمنكم شنآن قوم على أن لا تعدلوا، أعدلوا هو أقرب للتقوى) [المائدة: ٨]، والإسلام لا يتطلب العدالة من القضاء فحسب، وإنما هي مفروضة على كل من يملك سلطة أيضاً، فقد أوجب الإسلام على الحكام، التزام العدالة حتى مع الأعداء^(١).

وشرط العدالة يمكن أن نستنتجه أيضاً من قول الإمام علي في عهده للاشتر: «ثم اختر للحكم بين الناس أفضل رعيته في نفسك... الخ»، واختيار الأفضل للقضاء، فكلما كان القاضي فاضلاً عادلاً، فإن له فاعلية أكبر في إصدار الحكم القضائي بالعدل ومعيار العدالة الذي يجب أن يتوفر في القاضي هو اجتناب الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر؛ لأن ارتكاب الكبائر يؤدي إلى الإخلال بالعدالة أما ارتكاب الصغائر، فإنه لا يؤدي إلى الإخلال بالعدالة إلا عند الإصرار عليها، والإصرار: حالة نفسية، تعني كون الإنسان مرتكباً للذنوب، لا بوصفه صدفة عابرة على النفس، بل بإقبال نفسي ثابت، والكبائر: هي كل ذنب توعده الله عليه بالعقاب بالكتاب العزيز، أو هي: كل ذنب توعده الله عليه بالنار، وهي ارتكاب المحرمات المتفق عليها، وهي الكفر بالله وقتل النفس وعقوق الوالدين وأكل الربا ومال اليتيم ظلماً والفرار من الزحف، أما الصغائر، فهي - بحسب تعبير العلامة الحلي: «ترك المندوبات وإن أصر عليها ما لم يبلغ الترك إلى التهاون بالسنن»^(٢).

وقد ذكر هذا الشرط المشرعان اليمني والعراقي عندما قالوا: «أن يكون محمود السيرة وحسن السمعة»، في الفقرة (٤) من القانون اليمني، والفقرة ٣ من القانون العراقي من المادة التي ذكرت الشروط وسنورها لاحقاً.

٣- شرط العقل والبلوغ:

نستخلص هذا الشرط ضمناً من قول الإمام علي: «واختر للحكم بين الناس أفضل رعيته في نفسك»، والأفضلية هنا تستوجب البلوغ والعقل. أجمع الفقهاء المسلمون على هذين الشرطين^(٣)؛ لأن كلا منهما شرط طبيعي، ذلك أن فاقد العقل الذي هو مناط

(١) د. عبد الحميد متولي - مبادئ نظام الحكم في الإسلام - الإسكندرية ١٩٧٤م ص ٢١٨.

(٢) العلامة الحلي - القواعد الفقهية سلسلة الينايع الفقهية - ط - طهران ١٤٠٦ هـ ص ٤٤٥.

(٣) للمزيد من التفصيل راجع قوانين الإثبات والمرافعات في الدول العربية.

التكليف غير مكلف، فإنه من باب أولى أن تكليفه بالقضاء لا يصح، وعليه لا تصح ولاية المجنون ولا السفیه للقضاء، وكذلك لا يجوز تقليد الصبي القضاء؛ لأنه لا يملك الولاية على نفسه، فكيف يملك الولاية على غيره؛ ذلك أن العقل هو وسيلة مُثلى يستطيع بها القاضي أن يكون قادراً على أداء وظيفته القضائية على أفضل شكل، وفي رسالة القضاء للإمام علي (عليه السلام) للأشتر ما يؤكد على أن هناك بعض الصفات التي لا تتم إلا بتسديد العقل، ليس فقط العقل بوصفه مقابلاً للمجنون، وإنما الاستفادة من العقل في مراحلها العليا وهو الذكاء، الذي يتوصل به القاضي إلى الكشف على الحقائق الواقعية المطابقة للحقائق القضائية، فجاء في رسالة الإمام (عليه السلام) بأن يختار القاضي الذي تتوفر فيه صفات تؤكد راحة العقل ومكارم الأخلاق: «بأن يأخذ بالحجج وأقلامهم تبرماً بمراجعة الخصم وأصبرهم على تكشف الأمور وأصرمهم عند اتضاح الحكم، من لا يزدهيه إطرء ولا يستميله إغراء»، وتعتمد هذه الأمور على قدرة وإرادة ووعي، وهذه كلها من معطيات العقل.

وشرط العقل والبلوغ عبر عنه القانونان اليمني والعراقي، بكامل الأهلية، وهي سن ثلاثين عاماً في القانون اليمني، وسن ثمانية وعشرين عاماً في القانون العراقي^(١).

٤- شرط سلامة الحواس:

نقصد بشرط سلامة الحواس: أن تكون حواسه سليمة من أي عيب، وذلك بأن يكون القاضي سليماً في سمعه وبصره ونطقه، ونستطيع أن نستخلصها ضمناً في عهد الإمام علي أنها تتفق مع الرأي الراجح من الفقه إلى عدم جواز قضاء الأصم والأعمى والأخرس؛ لأن الأعمى لا يستطيع التمييز بين الخصوم، وكذلك الأصم لا يفرق بين إقرار وإنكار، بل إن جانباً من الفقه ذهب إلى استحباب صفات أخرى في القاضي، منها سلامة أطرافه وبهجة صورته وزيادة ورعه واتصافه بكل جميلة، تزيده هيبه في النفوس وعظمة في القلوب وخلوه عن كل ما ينقص من قدرته ومنزلته.

وبالرغم من أن الإمام علي (عليه السلام)، لم يشر إلى هذه الصفات بصورة مباشرة في عهده، غير أن هذا الشرط، يمكن أن نجده في أفضل الرعية والصفات الأخرى، وكذا في وصاياه، وفي موضع آخر فقد أمر القاضي شريح بقوله: «وأس بين المسلمين بوجهك ومنطقك ومجلسك»، وهذه المساواة لا تتحقق إلا لمن سلمت حواسه.

وذكر المشرع اليمني هذا الشرط سلامة الحواس بكونه خالياً من العاهات المؤثرة

(١) راجع قانون السلطة القضائية باليمن والعراق.

على القضاء، وكذا المشرع العراقي اشترط توفر الجدارة البدنية واللياقة^(١).

٥- شرط مكارم الأخلاق وعلوها (صفات القاضي)^(٢):

الخلق العظيم الكريم مصدر كل قضاء شريف؛ لذلك يجب أن يتوفر في شخص القاضي، شرط خلقي، فلا يكفي وجود الشروط التي ذكرناها بدونه، وقد اشترط عهد القضاء للإمام علي (عليه السلام) شروطاً أخرى تؤكد على توفر المزايا الخلقية وهي على النحو الآتي:

أ- ولا تضيق به الأمور:

أي يمتلك سعة الصدر وضبط النفس والرفق بالمتخاصمين حتى ولو أسمعوه كلاماً عنيفاً يضيق به الصدر، فهو يسيطر على عواطفه بما يمتاز به من كفاءة علمية ونفس عزيزة.

ب- ولا تمجكه الخصوم:

ويقصد بهذه الصفة أن لا يضيق خلق القاضي عندما يثيره الخصوم ومبالغتهم بالأمور الهامشية، وإنما يجب أن يكون حيادياً، يقتصر دوره على ما يقدمه الخصوم من أدلة في الدعوى، وأن ينطلق اقتناعه دائماً مما قدموه من أدلة وما اتخذوه من موقف وأن يسيطر على مشاعره، مهما أثاره الخصوم، وذلك بأن يلتزم الحياد وأن يقف بين الخصوم موقف الحكم الذي يزن المصالح القانونية للخصوم بالعدل.

ج- ولا يتمادى في الرّلة:

يجب على القاضي أن لا يصر على الخطأ؛ لأنه إنسان عادل يهدف عمله إلى رفع الظلم عن الخصوم، فعليه أن يقدر الأمور كما هي، ويعمل بموجبها، وأن يعمل دائماً على تصحيح الخطأ ولا يصر عليه.

د- ولا يحصر من الفئ إلى الحق إذا عرفه:

من الصفات التي يجب على القاضي أن يتصف بها، هي أن لا يضيق صدره من الرجوع إلى الحق، فهو يعود إلى الحكم السابق إذا عرف صواب هذا الحكم؛ لأن القاضي بشر، وقد

(١) راجع الشروط المطلوبة ممن يتقدم للقضاء في التشريع اليمني والعراقي.

(٢) راجع نص عهد الإمام علي لمالك الأشتر، وانظر شرح أحكام قانون الإثبات.

يخطئ لذلك فإن الإمام علي (عليه السلام) أجاز له تصحيح هذا الخطأ والرجوع إلى الحكم الصحيح؛ لأن تصحيح الحكم خير من التماس فيه.

هـ - ولا تشرف نفسه على طمع:

الطمع من سافلات الأمور، ومن نظر إليه وهو في أعلى منزلة النزاهة، لحقته وصمة النقيصة، فكيف بمن هبط إليه وتناوله؛ لذلك يؤكد الإمام علي (عليه السلام) على القاضي بأن لا يشرف على طمع ويجب عليه أن لا يتسرع إلى كسب الغنائم؛ لأنه لا يخاف أن يفوته شيء من الربح إذا حكم بما أراد الله.

و- ولا يكتفي بأدنى فهم دون أقصاه:

وهذه الصفة تعني أن لا يكتفي القاضي في الحكم بما يبدو له بأول فهم ويقربه وإنما يحيط بالحكم إلى أقصى درجة من الفهم والتأمل؛ لأنه يمتلك شرط الكفاءة العلمية، وهو شرط أساس في الشخص الذي يجب أن يتولى وظيفة القضاء، فهو يتبصر بأمور القضية تبصراً طويلاً، ولا يكتفي بالمعلومات الأولية التي يحصل عليها كل قاض وإنما يزيد عليها من استنباطه الإبداعي، وعملية الاستنباط عملية شاقة، تتطلب من القاضي بذل مجهود ذهني في تكوين اعتقاده. وبما أن استنباط القاضي يقوم على الاحتمال والترجيح، فإنه يكون معرضاً للخطأ؛ لأن القاضي بشر وقدراته محدودة؛ ولذلك يجب عليه أن يظهر كثيراً من الحكمة والحذر فيما يستنبطه من وقائع الدعوى.

ز- وأوقفهم في الشبهات:

ويقصد بهذه الصفة أن لا يأخذ القاضي بما لا يتضح فيه الحكم إلا بالدليل الواضح، فإذا لم يتضح له الدليل، فيجب عليه عدم إصدار الحكم في القضية المعروضة عليه إلى أن يصل إلى أصلها الصحيح؛ لذلك يجد صاحب الحق نفسه مضطراً إلى أن يقنع القاضي بإقامة الدليل على وجوده إذا ما تعرض هذا الحق للإنكار من جانب الغير، وبدون إقامة هذا الدليل، لا يستطيع أن يحصل على الحماية القضائية، فيتعرض لفقدان حقه؛ لأن القاضي لن يكون ملزماً بأن يسلم بصدق هذا الادعاء ويستطيع القاضي أن يحسم المنازعات بين الخصوم وأن يدحض الادعاءات الكاذبة والكيدية؛ تحقيقاً للعدالة لصالح جميع المتخاصمين.

ح - وأخذهم بالحجج:

أي يجب أن يستند القاضي في حكمه على الأدلة التي يقدمها الخصوم أمامه، لأن

الحق دون دليل، يصبح هو والعدم سواء بسواء، وإذا كانت الشريعة الإسلامية ترسم لكل فرد حدود حريته وتبين حقوقه وواجباته، فإن أسباب النزاع، قد تنعدم بين الناس إذا ما التزم كل شخص حدوده وأدى حق غيره، غير أنه لما كانت النفس الإنسانية مطبوعة على الأثرة، ميالة إلى الاستزاده مما لها، للتخلص مما عليها ولو بغير حق، كان ذلك مثاراً للمنازعات بين الأفراد، ولقد جاء في الحديث الشريف أن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) قال: (لوعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه)؛ ولذلك يجب على القاضي أن يجعل الدليل هو الأساس في قبول الدعوى ويجب عليه أن يرد كل دعوى لا تستند إلى دليل.

ط- وأقلهم تبرماً بمراجعة الخصم:

يجب على القاضي أن لا يكون ضجراً من كثرة مراجعة الخصوم له، وإنما عليه أن لا يمل من هذا الأمر، وأن لا يقضي وهو غضبان أو جائع أو ممتلئ أو عطشان؛ لأن هذه العوارض تشوش عليه نظره وفكره، مما يشغله عن الحق، وهذه الصفات من آداب القضاء المعروفة في الفقه الإسلامي.

ي- وأصبرهم على تكشف الأمور:

يشترط الإمام (عليه السلام) على القاضي أن لا يتسرع عند إصدار الحكم وإنما يجب عليه أن يتبصر في الأمور تبصراً طويلاً وأن يتحمل الصبر من أجل كشف الملابسات التي تحيط بالقضية المعروضة عليه.

ك- وأصرمهم عند اتضاح الحكم:

اشتراط الإمام علي (عليه السلام) في القاضي الحب المطلق للعدالة والميل الأصيل لدفع الظلم، فبمجرد أن يصل إلى الحقيقة الواقعية، يجب عليه أن يكون صارماً في قطع الخصومة وإصدار الحكم العادل بها.

ل - ممن لا يزدنيه إطراء:

على القاضي أن لا يخشى في الحق أحداً ولا يتأثر بالمديح أو الإطراء؛ لأنه يمتلك شخصية قوية في كل حكم يجب أن يصدره.

م - ولا يستميله إغراء:

وهذه الصفة تعني أن على القاضي أن لا يتأثر بالإغراءات المادية التي يقدمها الخصوم أحياناً من هدية أو رشوة، أو يكون فيه حنين إلى الخطوة لدى الوجهاء، فهو لا

يشرف على طمع؛ لأنه من أفضل الرعية، ولأن الإغراء يؤدي بالقاضي إلى الانحراف عن العدل، وقد عالج الإمام علي (عليه السلام) هذا الأمر كما سنرى ذلك بتأمين القاضي اقتصادياً، كي لا يطمع برشوة أو منفعة فينحرف عن العدالة^(١).

٦. شروط اختيار القضاة في التشريع اليمني^(٢) والعراقي^(٣):

شروط التعيين في وظائف السلطة القضائية وفقاً للقانون اليمني، حددها المشرع اليمني في القانون رقم (١) لسنة ١٩٩١م، بشأن السلطة القضائية:

يشترط فيمن يعين ابتداءً في وظائف السلطة القضائية في القانون اليمني رقم (١) لسنة ١٩٩١م، ما يلي:

١. أن يكون يمني الجنسية، كامل الأهلية، خالياً من العاهات المؤثرة على القضاء.
٢. ألا يقل عمره عن ثلاثين عاماً، ولا يتولى العمل القضائي إلا بعد مضي فترة تدريبية لا تقل عن سنتين في المجال القضائي.
٣. أن يكون حائزاً على شهادة من المعهد العالي للقضاء بعد الشهادة الجامعية في الشريعة والقانون، أو في الحقوق من إحدى الجامعات المعترف بها في الجمهورية اليمنية أو خارجها.
٤. أن يكون حسن السيرة والسلوك والسمعة.
٥. ألا يكون قد حكم عليه قضائياً في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة.
٦. يستثنى من شرطي الحصول على شهادة المعهد العالي للقضاء وحد السن الأدنى من يلتحق بوظائف النيابة العامة.

أما في التشريع العراقي في قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩م فإن وزارة العدل هي التي تقوم بتعيين المتخرجين في المعهد القضائي، إذا توافرت فيهم الشروط الآتية:

١. أن يكون عراقياً بالولادة ومتمتعاً بالأهلية المدنية الكاملة.
٢. أن لا يزيد عمره عند قبوله في المعهد على أربعين سنة ولا يقل عن ثمان وعشرين

(١) وقد اعتبرت المادة (٢٨٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ قبول القاضي منفعة مادية لمحاباة أحد الخصوم من الأسباب التي تؤدي مسؤولية القاضي عن تعويض الخصوم عن الضرر الذي لحق بهم من جراء هذه المحاباة.

(٢) المشرع اليمني في القانون رقم (١) لسنة ١٩٩١م، بشأن السلطة القضائية.

(٣) التشريع العراقي في قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩م.

سنة.

٣. أن لا يكون محكوماً عليه بجناية غير سياسية أو جنحة مخلة بالشرف.
 ٤. أن يكون محمود السيرة وحسن السمعة.
 ٥. أن تتوافر فيه الجدارة البدنية واللياقة.
 ٦. أن يكون متخرجاً من إحدى كليات القانون في العراق أو أية كلية قانون معترف بها بشرط اجتيازه امتحاناً بالقوانين العراقية، يحدده مجلس المعهد ومواده وكيفية إجرائه.
 ٧. أن لا يكون قد سبق فصله من المعهد.
 ٨. أن تكون له ممارسة فعلية بعد التخرج في الكلية، مدة لا تقل عن ثلاث سنوات في المحاماة، أو في وظيفة قضائية أو قانونية في دوائر ومؤسسات الدولة^(١). ويُعفى من شروط الممارسة الطلبة من حملة الشهادات العليا في الدراسة القانونية من درجة الماجستير أو أعلى.
 ٩. واشترطت المادة السابعة المعدلة من قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩م، فيمن يعين قاضياً أو نائباً (مدعياً) عاماً، أن يكون متخرجاً من المعهد القضائي ومتزوجاً.
- وعند مقارنة هذه الشروط مع الشروط التي استلزمها الإمام علي (عليه السلام) في رسالته القضائية، نجد أن هناك شروطاً مهمة، غفلت هذه التشريعات عنها وهو شرط الكفاءة الأخلاقية (قيم ومبادئ عليا) والتي حددها الإمام علي (عليه السلام) بأن يكون القاضي من أفضل الرعية وكذلك شرط الحكمة والدراية الواسعة للقضاة.

الفرع الثاني

ضمانات تهتم بحقوق القاضي (إعلاء مكانة القضاء)

لقد اهتم الإمام علي (عليه السلام) بإعلاء مكانة القضاء والقضاة في هذا العهد التاريخي بصورة جلية وواضحة، فبعدما وضع الشروط المميزة الواجب توافرها في

(١) وأجازت الفقرة الثانية المضافة إلى المادة الرابعة من القانون رقم (١٦) لسنة ١٩٨٨م والمعدل لأحكام قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩م، تعيين المحامي قاضياً بمرسوم جمهوري إذا أمضى مدة ممارسة في مهنة المحاماة، لا تقل عن عشر سنوات ولم يتجاوز عمره الخامسة والأربعين استثناء من شرط التخرج في المعهد القضائي.

القاضي، ووضع لنا حقوق القضاة في الاستقلال والراتب الكافي، بقوله: «وأفسح له في البذل ما يزيل علته وتقل معه حاجته إلى الناس، وأعطه من المنزلة لديك ما لا يطمع فيه غيره من خاصتك ليأمن بذلك اغتيال الرجال له عندك، فانظر في ذلك نظراً بليغاً، فإن هذا الدين قد كان أسيراً في أيدي الأشرار يعمل فيه بالهوى، وتطلب به الدنيا».

ووضع النظام القضائي عند الإمام علي (عليه السلام) فيما يخص حق القاضي ضرورة تأمين ركيزتين أساسيتين، وهما تأمين الوضع الاقتصادي للقضاة، وتحقيق الحصانة القضائية للقاضي؛ لأن عدم ضبط هاتين الركيزتين، قد تؤدي بالقضاة إلى الانحراف.

(١) الكفاية المالية للقاضي (الصك المفتوح):

تفاخر بريطانيا اليوم بأن نظامها القضائي يمنح القاضي مرتباً شهرياً بشيك مفتوح يحدد القاضي المبلغ الكافي له كمعيشة شهرية، وقد سبقها إلى ذلك الإمام علي (عليه السلام) بـ «١٤٠٠» عام، حيث جعل للقاضي صكاً مفتوحاً، وتعتبر رواتب القضاة في الإسلام أعلى رواتب يتقاضاها موظف في الدولة الإسلامية، فلم يحدد الإسلام لهم مرتباً معيناً، بل لهم صك مفتوح كي لا تلجئهم الحاجة، والفاقة إلى أخذ الرشوة من المتخاصمين، فتختل الأحكام القضائية وتختفي العدالة، ولكي لا يضطر القضاة إلى الانحراف عن الحق، عند عدم تأمين الاحتياجات الاقتصادية لهم؛ لذلك اهتم الإمام علي (عليه السلام) بذلك وأعطى الأمن المعيشي للقضاة أولوية، جاء ذلك في عهده لمالك الأشتر والذي جاء فيه: «وأفسح له [أي القاضي] في البذل ما يزيل علته وتقل معه حاجته إلى الناس»؛ ولذلك ألزم الإمام (عليه السلام) السلطة بأن توسع على القاضي وعلى عياله، خوفاً من أن يطمع في أموال الناس. لذلك كان عطاء القاضي في عهده أكبر عطاء يناله عامل من عمال الدولة الإسلامية. وهذا ما دأبت عليه تشريعات الدول المتقدمة، بمنح القاضي راتباً يصل إلى أعلى مسئول في الدولة، لكي لا يطمع لرشوة أو منفعة وينحرف عن جادة الحق.

(٢) الحصانة القضائية للقاضي:

أوضح الإمام علي (عليه السلام) هذا الأمر في عهده إلى مالك الأشتر حيث جاء فيه: «وأعطه [أي القاضي] من المنزلة لديك ما لا يطمع فيه غيره من خاصتك، ليأمن

بذلك اغتيال الرجال له عندك، فانظر في ذلك نظراً بليغاً»، وبهذا العهد يوصي الإمام علي (عليه السلام)، أن تكون للقاضي منزلة رفيعة عند السلطة التنفيذية بحيث لا يستطيع أحد مهما كانت درجته أن يعيق عمله ذلك؛ لأن القاضي إذا ما تم تأمين الأمن الوظيفي له، فإن الخاصة أو العامة سوف تهابه، ولا يجرؤ أحد على الوشاية به عند السلطة خوفاً منها وإجلالاً لعظمة القاضي؛ لأنه من دون تأمين هذا الأمن الوظيفي للقاضي وبوصفه بشراً فإنه يخاف من السلطة أن تغدر به أو تقضي عليه، أو يخاف من التهديد بالقتل ومن أن ينال الوجهاء المتنفدون من كرامته والاعتداء عليه إذا قضى عليهم لصالح مظلوم أو لغير مصلحتهم.

وقد أقرت التشريعات المعاصرة هذا المبدأ الذي اعتمده الإمام علي (عليه السلام)، وأخذت به غالبية التشريعات المعاصرة.

واعتبر المشرع العراقي، تدخل المسؤولين أو أي مواطن في شؤون القضاء، جريمة يعاقب عليها القانون، وكذلك المشرع اليمني الذي نص على ذلك في الدستور اليمني وكذا في قانون السلطة القضائية.

- يتضح هنا أثر هذه الضمانة التي وضعها الإمام علي لسمو مكانة القاضي في النظام الإسلامي ومكانته الرفيعة، فليست هناك رتبة في السلطة الإسلامية أرفع من رتبة القاضي إلا رتبة الإمام، وولي الأمر بحيث لا يلجأ القاضي إلى أحد الوزراء، أو القادة كي يقربوه من الحاكم الأعلى للمسلمين، أو يمدحوه لديه حتى لا يصبح أداة طيعة في أيدي هؤلاء المسؤولين؛ كي يحكم لصالحهم إن حدثت لهم قضية لديه، بل هو أرفع وأسمى منهم جميعاً، وأقرب شخص لدى الإمام، وهذه هي عظمة وسمو النظام القضائي في الإسلام، فقد حذر الإسلام القاضي من أخذ الرشوة وقبول الهدية، كذلك، وسد عليه الطريق إن سولت له نفسه يوماً ما في ذلك الأمر، فقد اعتبر الإمام علي (عليه السلام) الرشوة ما لا محرماً كالذي يأخذ الأجرة على القيادة والسحر والبغاء وكتب علي (عليه السلام) إلى رفاعه: «احذر التحف من الخصوم، وحاذر الدخلة»، ففي هذا النص نجد الإمام علي (عليه السلام) يحذر رفاعه القاضي من قبول التحف، والدخلة من المتخاصمين، وقبول رشوتهم بأي عنوان كانت سواء بعنوان الهبة، أو الهدية، فكل ذلك محرم على القاضي، كذلك لا يجوز للقاضي أن يسمح لغير المتخاصمين أن يتدخل في سير المرافعات، ويتوسط لديه بأن يحكم لصالح فريق دون الآخر، وهذا هو المراد من قوله (عليه السلام): «... وحاذر الدخلة».

- الحصانة التي يتمتع بها القضاة في الدستور والقانون اليمني:

الدستور اليمني شدد على استقلال القضاء والقضاة وحصانتهم في المواد (١٤٩)، (١٥١)^(١)، ثم جاء قانون السلطة القضائية رقم ١ لسنة ١٩٩١م على ذكر الحصانة القضائية^(٢) بما يلي:

يتمتع القضاة بالحصانة التالية:

١. لا يجوز عزل القضاة من مناصبهم إلا بعد عقوبة تم توقيعها في دعوى محاسبة بموجب أحكام قانون السلطة القضائية.
٢. لا يجوز القبض على القاضي أو حبسه احتياطاً في غير حالة التلبس إلا بعد الحصول على إذن من مجلس القضاء الأعلى ليأذن باستمرار حبسه أو يأمر بإخلاء سبيله بضمان أو بغير ضمان.
٣. لا يجوز رفع الدعوى الجزائية على القضاة إلا بإذن من مجلس القضاء الأعلى بناء على طلب النائب العام، ويعين مجلس القضاء الأعلى المحكمة التي تتولى محاكمة القاضي.
٤. مع عدم الإخلال بما للقضاء من استقلال فيما يصدر عنه من أحكام أو قرارات يكون لوزير العدل حق الإشراف الإداري والمالي والتنظيمي على جميع المحاكم والقضاة، ولرئيس كل محكمة حق الإشراف على القضاة التابعين له، وللنائب العام حق الإشراف على أعضاء النيابة العامة على ضوء القوانين والقرارات التي تنظم ذلك.

ضمانات تخص مؤسسة القضاء

(٣) - استقلال مؤسسة القضاء:

بالرغم من أن السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية في دولة المدينة، كانت موحدة وغير منفصلة، حيث لم يظهر مبدأ الفصل بين السلطات الثلاث إلحدياً، فإننا نجد فكرة استقلال السلطة القضائية في منهج الإمام علي (عليه السلام)، من خلال ممارساته القضائية عند تأمينه الأمن الوظيفي والاقتصادي للقضاة، فأكسبهم

(١) دستور الجمهورية اليمنية.

(٢) قانون السلطة القضائية باليمن.

بذلك الحصانة وضمان عدم عقاب السلطة التنفيذية لهم. غير أن القضاة بالرغم من كل أسباب الوقاية التي كفلها لهم الإمام (عليه السلام) في عهده، حيث أجاز للسلطة العليا مراقبتهم والنظر في أحكامهم ومراجعتها في ضوء العقل والوجدان. فجاء في عهده: «ثم أكثر تعاهد قضائه»، أي تتبعه بالاستكشاف والتعرف على أفضل القضاة الذين تتوفر فيهم الشروط التي أشار إليها الإمام (عليه السلام) في عهده. فقد كان يمارس الإشراف المباشر على عمل القضاة بنفسه؛ ونظراً لما يحظى به الجهاز القضائي من موقع ممتاز في إصلاح شؤون المجتمع، فقد كان يحرص على ممارسة القضاء والفصل في القضايا من خلال موقع أطلق عليه (دكة القضاء) بالرغم مما عليه من مهام ومسؤوليات، وهذه الرقابة العليا هامة لعمل القضاء وإرساء العدالة وتطبيق اليوم بما يسمى الطعن بالاستئناف والطعن بالمحكمة العليا، كما يمنح رئيس الدولة حق الإشراف الإجرائي على القضاء في القوانين والدساتير الحالية، والرقابة الدقيقة للإمام علي (عليه السلام) بهذه المواصفات للقضاء لا تتعارض مع استقلال القضاء، بل تعد عاملاً مساعداً في دعم هذا الاستقلال؛ لأن هذه الرقابة، تهدف إلى التأكيد على تقويم الجانب الأخلاقي والسلوكي للقاضي وتضمن عدم انحرافه واستقلاله للحرية الممنوحة له، والسلطة دون رقابة تؤدي إلى الحماقة.

يعد استقلال السلطة القضائية من الأسس المهمة التي يستند إليها النظام القضائي والذي أقرته غالبية التشريعات المعاصرة، ويقصد به أن لكل من السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية، وظيفة تختلف عن الأخرى ولا يجوز التداخل بين هذه الوظائف، وإلا فإن التوازن المنظم للمجتمع سوف يختل، ويترتب على هذا الاستقلال عدم جواز نقل القاضي أو عزله، واستناداً للرقابة التي فرضها الإمام (عليه السلام) على القضاء، فإن القاضي إذا خرج عن حدود الضوابط التي رسمها الإمام له في رسالته، فإنه يجوز لولي الأمر أن يتدخل ويعزل هذا القاضي عند ظهور فساد أو انحرافه، وتتفق مع الرأي الراجح في الفقه الإسلامي والذي اعتمده الإمام (عليه السلام) في ممارساته القضائية بعدم جواز عزل القاضي من قبل ولي الأمر، إلا إذا كانت هناك أسباب مسوغة ومشروعة تجيز هذا العزل، وقد عزل الإمام (عليه السلام) أبا الأسود الدولي لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، كذلك للقضاة استقلاليتهم ولا يجوز لأحد أن ينقض حكمهم، أو يلغي مسار المرافعات ما دام حكمهم موافقاً للشرع الحنيف، فقد أكدت النصوص الفقهية على أنه: «لا يجوز الترافع إلى حاكم آخر بعد حكم الحاكم الأول، ولا يجوز للأمر نقض حكم الأول إلا إذا لم يكن الحاكم الأول واجداً للشرائط، أو كان حكمه مخالفاً لما ثبت قطعاً من الكتاب والسنة».

وأول من نادى بمبدأ الفصل بين السلطات هو العالم الفرنسي مونتسكيو^(١)، حيث يرى مونتسكيو أن السلطات تنقسم إلى ثلاث، وهي: التشريعية والتنفيذية والقضائية. وأن عدم فصل السلطة القضائية عن السلطة التشريعية أو التنفيذية يؤدي إلى عدم توافر الحرية، ففي حالة اندماج السلطة القضائية بالسلطة التشريعية فإن حياة الرعية وحريتها ستعرضان للتحكم الانحيازي؛ لأن القاضي حينئذ سوف يكون هو المشرع، أما في حالة اندماج السلطة القضائية بالسلطة التنفيذية، فإن القاضي يمكن أن يتصرف بعنف وظلم، وأن جميع السلطات الثلاث بيد رجل واحد أو جهة واحدة يؤدي إلى نهاية كل شيء، سواء كان هذا الشخص من الشعب أم من النبلاء.

وأول تطبيق لمبدأ الفصل بين السلطات واستقلال السلطة القضائية هو إعلان فرجينيا للحقوق في عام ١٧٧٦م، حيث جاء في البند الخامس من هذا الإعلان «يجب أن تكون السلطتان التشريعية والتنفيذية للولاية مستقلتين ومنفصلتين عن القضائية»، ثم أصدرت بقية الولايات الأمريكية إعلانات مشابهة لإعلان فرجينيا وفي خطابه أمام برلمان نيويورك لإقناعهم بتبني الدستور، ذكر الكسندر هملتون أنه: «لا توجد حرية إذا كانت سلطة القضاء غير مفصولة عن السلطتين التشريعية والتنفيذية.. إن الاستقلال الكامل للمحاكم ضروري».

ثم أدخلت مواد هذا الإعلان كتعديل على الدستور الأمريكي في عام ١٧٨٩م، وصدق من قبل الولايات في عام ١٧٩١م.

وبتاريخ ٢٦ أغسطس ١٧٨٩م وافقت الجمعية الوطنية الفرنسية على إعلان حقوق الإنسان والمواطن، الذي كتبه ماركوس دو لافاييت، الذي يعتبر الصديق الشخصي لجيفرسون السفير الأمريكي في فرنسا الذي أصبح فيما بعد رئيساً للولايات المتحدة الأمريكية.

ويؤكد الدستور وقانون السلطة القضائية باليمن رقم (١) لسنة (١٩٩١م) على أن "القضاء سلطة مستقلة في أداء مهامه والقضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، ولا يجوز لأية جهة وبأية صورة التدخل في القضايا أو في شأن من شئون العدالة ويعتبر مثل هذا التدخل جريمة يعاقب عليها القانون ولا تسقط الدعوى فيها

(١) انظر على سبيل المثال: عثمان خليل عثمان وسليمان الطماوي، القانون الدستوري، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، ١٩٥٠م - ١٩٥١م، صفحة ٢٧٩-٢٨٠، ولكن البعض يرى أن هناك العديد ممن نادى بهذا المبدأ وأولهم: أرسطو وجون لوك، انظر: عدنان حمودي الجليل، مبدأ الفصل بين السلطات وحقيقة أفكار مونتسكيو، مجلة الحقوق، السنة التاسعة، العدد الثاني، يونيو ١٩٨٥م، صفحة ١٠١.

بالتقادم».

إن استقلال القضاء هدف ثابت وحتمي لتحقيق العدالة في المجتمع فرضته طبيعة العمل القضائي ذاته وفرضته إرادة الشعوب الحرة؛ تجسيدا لمثلها العليا في العدل وضبطاً لحركتها نحو تحقيق أهدافها في الحياة الكريمة، فإن لم يكن القضاء مستقلاً، فلا يمكن أن تكون هناك عدالة، وإذا كان العدل هو أساس الحكم فإن استقلال القضاء هو أساس العدل، وبالرغم من أن التشريعات المعاصرة نصت على استقلال السلطة القضائية، إلا أن هذا الاستقلال في العديد من هذه الدول، مقيد ولا وجود له في الواقع، فلا تزال السلطة القضائية، تحت هيمنة السلطة التنفيذية والتشريعية، فالقانون أعطى الحق للسلطة التنفيذية، أن تقوم بعزل القاضي، فمثلاً نصت المادة (٥٨) من قانون التنظيم القضائي العراقي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩م، على: «إنهاء خدمة القاضي إذا ثبت عدم أهليته في الاستمرار في الخدمة القضائية».

والدستور اليمني نص على مبدأ استقلال القضاء وعدم جواز التدخل في سير العدالة في المادة ١٤٩: «القضاء سلطة مستقلة قضائياً ومالياً وإدارياً والنيابة العامة هيئة من هيئاته، وتتولى المحاكم الفصل في جميع المنازعات والجرائم، والقضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، ولا يجوز لأية جهة وبأية صورة التدخل في القضايا أو في شأن من شئون العدالة، ويعتبر مثل هذا التدخل جريمة يعاقب عليها القانون، ولا تسقط الدعوى فيها بالتقادم»، ويؤكد هذا قانون السلطة القضائية رقم (١) لسنة (١٩٩١م) على أن القضاء سلطة مستقلة في أداء مهامه والقضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، ولا يجوز لأية جهة وبأية صورة التدخل في القضايا أو في شأن من شئون العدالة ويعتبر مثل هذا التدخل جريمة يعاقب عليها القانون ولا تسقط الدعوى فيها بالتقادم^(١).

وتنبع أهمية استقلال القضاء من التالي:

- استقلال القضاء ضمان أساسي لحريات المواطنين وحقوقهم.
- استقلال القضاء ضرورة لحماية سيادة القانون.
- استقلال القضاء يكسب الناس الثقة في نزاهة القضاء وفي شرعية النظام السياسي.

وكي يقوم القضاء بمهامه وواجباته أوجد العديد من المحاكم التي يناط بها تحقيق

(١) المادة ١ من قانون السلطة القضائية اليمني النافذ.

العدل بين الناس والجهات المختلفة.

وضمناً لنزاهة واستقلال القضاء حظر قانون السلطة القضائية رقم (١) لسنة (١٩٩١م) على القضاة مزاولة التجارة، ومنع الجمع بين وظيفة القضاء وأي وظيفة أخرى أو أي عمل لا يتفق مع واجبات القاضي واستقلال وكرامة القضاء

ويجب على كل من يتولى وظيفة من وظائف السلطة القضائية قبل مباشرته لأعماله أن يقدم كشفاً بما يملكه من مال وعقار ويراجع من قبل جهة الاختصاص في مجلس القضاء الأعلى بصورة سنوية.

كما يحظر القانون على القضاة إفشاء سر المداولات ويجب على كل من يتولى وظيفة من وظائف السلطة القضائية قبل مباشرته لأعماله أن يحلف اليمين التالية:

«أقسم بالله العظيم أن أكون متمسكاً بكتاب الله وسنة رسوله وأن أحترم الدستور والقانون، وأن أحكم بين الناس بالعدل وأن أحرص على شرف القضاء وعلى مصالح الشعب، وأتصرف في كل أعمالي وفقاً لما تقتضيه واجبات القاضي والله على ما أقول شهيد».

ويحلف رئيس وقضاة المحكمة العليا والنائب العام أمام رئيس الجمهورية بحضور وزير العدل، أما باقي القضاة فيحلفون أمام رئيس المحكمة العليا بحضور رئيس وأعضاء إحدى دوائرها كما يؤدي أعضاء النيابة العامة الآخرون اليمين أمام وزير العدل بحضور النائب العام.

٤- حق الاستئناف (درجات التقاضي):

حق (الاستئناف) تمييز الأحكام: حكم القاضي صحيح ونافذ طالما والقاضي يحكم بكتاب الله، وسنة رسوله (صلى الله عليه وآله وسلم) وبالروايات الصحيحة المنقولة عن طريق أهل البيت (عليهم السلام) والصحابة الأخيار فهو قاض شرعي يعتبر بمثابة القاضي الذي نصبه الإمام، فحكمه نافذ وصحيح، وهذا الأمر يشمل الفقيه المجتهد القادر على معرفة أحكام الله تعالى، فهو الحاكم والقاضي وحتى إن كان غير مجتهد، فيجب أن يكون مطلعاً على أحكام الله، ومخولاً من قبل الفقيه المجتهد.

هناك نوعان من الأحكام يجوز للمترافع أن يميزها إلى السلطة القضائية العليا، المتمثلة بالنبي (صلى الله عليه وآله) وفي يومنا هذا تسمى (محكمة التمييز) أو المحكمة العليا أو الاستئنافية والتي يكون لها الحق في النظر في الحكم الصادر من المحكمة

الابتدائية:

- ١- إذا كان الحكم مخالفاً لكتاب الله، وسنة رسوله، والقوانين الإسلامية الثابتة في الكتاب، والسنة، ففي هذه الحالة من حق المتداعين تمييز هذا الحكم.
- ٢- إذا كان القاضي لا تتوفر فيه الشروط المرعية في تولي القضاء، من قبيل العدالة، والعقل، والبلوغ... الخ، من الشروط الأخرى، أو كان مشهوراً بالجور والظلم، ففي هذه الحالة يكون للمتداعين الحق في تمييز حكم هذا القاضي.

فعن أبي عبد الله عن أبيه عن آبائه (عليهم السلام)، قال: «قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): (من حكم في درهمين بحكم جور، ثم جبر عليه كان من أهل هذه الآية: (ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون) [المائدة: ٤٤] فقلت: يا ابن رسول الله، وكيف يجبر عليه؟ قال: يكون له سوط، وسجن، فيحكم عليه، فإن رضي بحكومته وإلا ضربه بسوطه، وحبسه في سجنه)».

وعن أمير المؤمنين علي (عليه السلام) «أنه لما استقضى شريحاً، اشترط عليه أن لا ينفذ القضاء حتى يرفعه إليه»،

وهذا هو حق ولي الأمر، فله الحق بالاطلاع على الحكم وتمييزه، وهنا يتضح: أن الحكم إذا كان مخالفاً للكتاب، والسنة فيجوز حينئذ تمييزه ونقضه، أما إذا كان مطابقاً للكتاب، والسنة، وكان القاضي تتوفر فيه الشروط الشرعية، فلا يجوز نقضه، وتبديله حتى وإن استجدت فيه بعد زمن أمور أخرى، كما جاء ذلك في حديث نقله الشيخ المفيد (رحمه الله) في أماليه عن الإمام الصادق (عليه السلام) قال: «وكان علي يقول: لو اختصم إلي رجلان فقضيت بينهما ثم مكثا أحوالاً كثيرة، ثم أتيا في ذلك الأمر لقضيت بينهما قضاءً واحداً؛ لأن القضاء لا يحول ولا يزول أبداً»، وهذه هي (الثبوتية في أحكام القضاء الإسلامي)، فأحكامه ثابتة، ومستقرة ما دامت موافقة لما جاء في كتاب الله تعالى وسنة رسوله (صلى الله عليه وآله) وليسست صادرة عن غير ذلك فقد نهى الإسلام عن أن يحكم القاضي برأيه وبالقياص نابذاً كتاب الله وسنة رسوله (صلى الله عليه وآله)، فعن جعفر الصادق (عليه السلام) أنه قال: «نهى رسول الله (صلى الله عليه وآله) عن الحكم بالرأي والقياص»، ونقل الشهيد الثاني (رض) في منية المريد: عن النبي (صلى الله عليه وآله) أنه قال: (من أفتى بفتيا من غير تثبت (علم) فإنما إثمه على من أفتاه)، فكل حكم وكل حادثة لها حل في الشريعة الإسلامية بحيث لم تترك قضية واحدة إلا أعطت فيها الرأي المناسب، وهذه هي عظمة القوانين الإسلامية، فعن جعفر بن محمد

(عليه السلام): «أنّه سئل عما يقضي به القاضي قال: بالكتاب، قيل: فما لم يكن في الكتاب، قال: بالسنة، قيل: فما لم يكن في الكتاب، ولا في السنة، قال: ليس من شيء هو من دين الله، إلّا وهو في الكتاب، والسنة، قد أكمل الله الدين، فقال جل ذكره: (اليوم أكملت لكم دينكم) [المائدة: ٣]، ثم قال (عليه السلام): «يوفق الله ويسدد لذلك من شاء من خلقه، وليس كما تظنون» والإمام (عليه السلام) يعني بالعبارة الأخيرة أن الله يوفق عباده المخلصين للاجتهاد في الشريعة، واستنباط الأحكام من مظانها الأصلية بحيث يعطون الأحكام المناسبة لمستحدثات المسائل المستجدة بعد زمن النبي (صلى الله عليه وآله)، وقد أغنت أحاديث، وممارسات الرسول (صلى الله عليه وآله) وأهل بيته (عليهم السلام) المكتبة الإسلامية، وأعطت لكل واقعة حلاًّ ولا يمكن لأحد أن يخالف ما سنّه الرسول (صلى الله عليه وآله) وأهل بيته (عليهم السلام) والذين هم أقضي المسلمين عموماً، فعن الصادق (عليه السلام) في حديث طويل أنّه قال لأبي ليلى: «... ألم يبلغك قوله (صلى الله عليه وآله) لأصحابه: (أقضاكم علي)؟ قال: نعم، قال: فإذا خالفت قوله: ألم تخالف قول رسول الله (صلى الله عليه وآله)؟ ... الخ الحديث، فإن الإسلام قد حذر القاضي من أن يخطئ حكم الله، فكيف به، وهو يخالف هذا الحكم، فعن رسول الله (صلى الله عليه وآله) أنّه قال: (من حكم في قيمة عشرة دراهم فأخطأ حكم الله جاء يوم القيامة مغلوله يده، ومن أفتى بغير علم لعنته ملائكة السماء، وملائكة الأرض)، وهذه الأحاديث إن دلت على شيء فإنما تدل على كبر وعظم مسؤولية القضاء، وخطورته في المجتمع ككل.

وهنا نجد أهمية تحديد عدد من الأحكام أقدرها بعشرة كحد أقصى لكل قاض إن تم نقضها من قبل المحكمة الأعلى يعزل القاضي من وظيفة القضاء، وهو ما لم يذكره التشريع اليمني والعراقي اليوم، إلا أن عدداً من التشريعات المتقدمة في مجال القضاء قد وضعت هذا النص الهام جداً.

(٥) - المحاكم الخاصة بأهل الذمة:

لقد أعطى الإسلام الحرية التامة لأهل الذمة من اليهود، والنصارى في أن يتحاكموا فيما بينهم طبقاً لشريعتهم، ولا يتدخل القضاء الإسلامي في ذلك ولا يعترض على أحكامهم، ولكن إذا أراد الذمي أن يترافع في محاكم المسلمين، فله الحق في ذلك، ويحكم له القاضي المسلم وفقاً للشريعة الإسلامية، لا وفقاً لشريعته، فعن علي بن أبي طالب (عليه السلام) أنّه قال: «إذا ترافع إلى القاضي أهل الكتاب، قضى بينهم بما أنزل الله جل وعز، كما قال تبارك اسمه»، بل إن الإسلام أمر القاضي أن يقبل دعوى الكتابي في إهراق

خمره، أو قتل خنزيره من قبل المسلم؛ لأن الخمر والخنزير يملكهما الكتابي، وهما من الأمور المباحة لديه، أما القضاء الإسلامي، فلا يقبل دعوى المسلم على الغير في هاتين القضيتين؛ لأن الإسلام قد حرم الخمر، والخنزير عليه، وهذه هي منتهى حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية كما أكدته لنا النصوص الفقهية التالية: «يعتبر في سماع الدعوى أن يكون متعلقها أمراً سائغاً، ومشروعاً، فلا تسمع دعوى المسلم على آخر في ذمته خمرًا، أو خنزيرًا، أو ما شاكلها».

(٦) - وحدة الأحكام القضائية:

الأصل في القضاء الإسلامي عدم جواز اختلافهم في إصدار الأحكام القضائية، بل لابد من وحدة الرؤية فيها ومن مطابقة الحقيقة القضائية للحقيقة الواقعية، على قدر الإمكان. وأحكام الإمام (عليه السلام)، هي أحكام مطابقة للحق وهي أحكام ثابتة لا تتغير بتغير الزمان والمكان؛ لأنه يستقي علومه وقضائه من العلم الإلهي، وبهذا الصدد يشير الإمام (عليه السلام) بقوله: «لو اختصم إليّ رجلان، فقضيت بينهما ثم مكثا أحوالاً كثيرة ثم أتياني في ذلك الأمر لقضيت بينهما قضاءً واحداً؛ لأن القضاء لا يحول ولا يزول»، وبالتأكيد فإن هذا الحكم أمر يتفرد به الإمام (عليه السلام) وحده؛ لأن الحقيقة القضائية عنده، تكون دائماً مطابقة للحقيقة الواقعية، أما الحقيقة القضائية عند القضاة العاديين فإن الأحكام التي يصدرونها بعيدة من أن تكون محل يقين مطلق، وإنما قناعتهم بها تبنى في الأساس على احتمال قوي بقدر الإمكان، يكفي للإقرار بوجود الحق المدعى به، إذ أن من المسلم به أن القاضي يستند على أدلة إثبات لا تؤدي مهما كانت قوتها إلى حقيقة يقينية، بل مجرد احتمال أن يقتنع به القاضي على أنه الوضع الأرجح والأقرب إلى الواقع، فالحقيقة القضائية، قد لا تكون مطابقة للحقيقة الواقعية في بعض الأحيان.

وقد كان الإمام (عليه السلام) يجمع القضاة والفقهاء بين حين وآخر ليوحد الأسس التي يقوم عليها الأحكام في كافة أرجاء دولته، ويجعل كلا من القضاة على علم واسع بما إليه الاجتهاد وكان (عليه السلام) يقول: «ترد على أحدهم القضية في حكم من الأحكام، فيحكم فيها برأيه، ثم ترد تلك القضية بعينها على غيره فيحكم فيها بخلافه»، ثم يجتمع القضاة بذلك عند الإمام الذي استقضاهم فيصوب آراءهم جميعاً.

وعلى حد تعبير الأستاذ الفرنسي (هنري كاييتان): «إن المحاكم أقامت شيئاً فشيئاً بناء خاصاً من القواعد القانونية وفقهاً يكمل ويثري العمل التشريعي، وبغير هذه الثروة الدائمة من قضاء المحاكم، تشيخ القوانين ويلحقها الذبول». وعليه فإن اطلاع الفقه

القانوني على أحكام المحاكم والتعليق عليها، يعزز من رصانتها العلمية ومن الوصول إلى الحقيقة الواقعية.

والتشريعات الحديثة تعمل على أن يكون الأصل إصدار أحكام قضائية موحدة؛ ولذلك نظمت هذه التشريعات التقاضي على درجتين وجعلته من الأسس المهمة التي يستند إليها القضاء، ومقتضى هذا النظام أن للخصوم الحق في إعادة طرح النزاع بعد الحكم به مرة أخرى على محكمة أعلى درجة لإعادة النظر في قضاء المحكمة التي أصدرت الحكم فيه وتصحيح الأحكام لاحتمال وقوع خطأ فيها، وبذلك تحقق رقابة قضائية ذاتية للمحكمة الأعلى على المحكمة الأدنى، مما يجعل حكم المحكمة الأخيرة أكثر دقة بدراسة موضوع الدعوى والتدقيق فيها للوصول إلى العدالة ووحدة الأحكام وهذا ما أشار إليه الإمام (عليه السلام) بقوله السابق، فالإمام هو المحكمة العليا التي تصحح الأخطاء التي يقع فيها القضاة.

(٧) - القضاء وحدة متكاملة في التشريع اليمني :

أخذاً بمبدأ وحدة القضاء استناداً إلى المادة (١٤٨) من الدستور والتي تنص على أن «القضاء وحدة متكاملة ويرتب القانون الجهات القضائية ودرجاتها ويحدد اختصاصاتها...»، فلا يجوز فصل موظفي القضاء عن القضاة؛ لأن في هذا تجزئة ما لا يجوز تجزئته، ويحقق استقلال القضاء، عملاً بنص الدستور على أن القضاء سلطة مستقلة قضائياً ومالياً وإدارياً والنيابة العامة هيئة من هيئاته، وتتولى المحاكم الفصل في جميع المنازعات والجرائم، والقضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون ولا يجوز لأية جهة وبأية صورة التدخل في القضايا أو في شأن من شؤون العدالة ويعتبر مثل هذا التدخل جريمة يعاقب عليها القانون، ولا تسقط الدعوى فيها بالتقادم، ولا يغيب عن البال أن المقصود بالاستقلالية هي الاستقلالية الكاملة بما فيها الاستقلالية الوظيفية، وذلك حتى لا تخضع المحكمة لأي تأثير.

يؤكد قانون السلطة القضائية رقم (١) لسنة (١٩٩١م)، على أن القضاء سلطة مستقلة في أداء مهامه، والقضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، ولا يجوز لأية جهة وبأية صورة التدخل في القضايا أو في شأن من شؤون العدالة ويعتبر مثل هذا التدخل جريمة يعاقب عليها القانون ولا تسقط الدعوى فيها بالتقادم.

الثالث

الفرع

ضمانات تختص بحقوق المتقاضين (الإجراءات)

هناك عدد من المبادئ التي تعد ضمانات تتعلق بحقوق المتقاضين وحسن سير العدالة، أكدتها التشريعات المعاصرة اليوم، منها التشريع اليمني والعراقي في القوانين الإجرائية المدنية والجزائية، إلا أن السبق في وضع هذه المبادئ كان للإمام علي (عليه السلام)، منها:-

١- حق المساواة بين الخصوم أمام القضاء:

جعل منها الإمام علي (عليه السلام) المساواة بين الخصوم قاعدة أساسية في القضاء، فلا يجوز الانحراف عنها، فالناس أمام القضاء متساوون وحق اللجوء للقضاء مضمون للجميع ودون أن يكون هناك أي تمييز بينهم بسبب اللغة أو الجنس أو اللون أو الدين، وتجلت هذه المساواة بأبهى صورة لها في عهد الإمام علي (عليه السلام) عندما شدد على وجوب التساوي بين الخصمين في النظر والكلام والسلام، ولقد عزل الإمام علي (عليه السلام) أبا الأسود الدؤلي عن القضاء لما بلغه أن صوته علا على صوت الخصم، فقال له: «لم عزلتني وما خنت وما جنيت؟ فقال الإمام (عليه السلام): إني رأيت كلامك يعلو كلام خصمك».

٢- حق الدفاع والمواجهة:

حق الدفاع من الأسس المهمة التي يستند عليها نظام التقاضي في التشريعات المعاصرة، إذ أعطت هذه التشريعات للخصوم حق الدفاع أمام القضاء سواء كانوا مدعين أو مدعى عليهم في الدعوى. واشترطت حضورهم عند اتخاذ الإجراءات القانونية في مواجهة الخصوم، لكي يحيطوا علماً بكل هذه الإجراءات التي اتخذوها وإعطائهم الفرصة في الرد عليها، وقد حضر الإمام علي (عليه السلام) بنفسه إلى المحكمة للإجابة عن أسئلة القاضي الذي نصبه، وهو بهذا السلوك يدل على عملياً على الموقع الممتاز الذي يحظى به القضاء واستمد الإمام (عليه السلام) هذه المبادئ من رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) الذي أوجب على القاضي أن يسمع دعوى أطراف النزاع، فلا يحكم لأحد الخصمين دون أن يسمع كلام الآخر، وذلك عملاً بما رواه الإمام علي (عليه السلام) أن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) قال: (يا علي إذا جلس إليك الخصمان، فلا تقضي بينهما حتى تسمع من الآخر، كما سمعت من الأول، فإنك إن فعلت ذلك تبين لك القضاء).

وطبق الإمام علي (عليه السلام) هذه القاعدة في القضية التي رُوي فيها «أن امرأة

شهد عليها الشهود أنهم وجدوها في بعض مياه العرب مع رجل يطؤها ليس ببعل لها، فأمر الخليفة عمر برجمها وكانت ذات بعل، فقالت: اللهم إنك تعلم أنني بريئة، فغضب الخليفة عمر، وقال: وتجرح الشهود أيضاً؟ فقال أمير المؤمنين (عليه السلام): ردوها وأسألوها فلعل لها عذراً، فردت، وسئلت عن حالها، فقالت: كان لأهلي إبل فخرجت في إبل أهلي وحملت معي ماءً، ولم يكن في إبل أهلي لبن، وخرج معي خليطنا وكان في إبله لبن، فنضد مائي، فاستسقيته فأبى أن يسقيني حتى أمكنه من نفسي، فأبيت، فلما كادت نفسي تخرج أمكنته من نفسي كرهاً، فقال أمير المؤمنين (عليه السلام): الله أكبر (فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه) [البقرة: ١٧٣]، فلما سمع ذلك عمر خلّى سبيلها» فالخليفة عمر أخذ بالعرف السائد في مثل هذه القضايا وهو اعتماد رأي الشهود مع وجود الدلائل التي توحي بأن المرأة قد ارتكبت جريمة الزنا، ورفض أن يسمع إلى حقها في الدفاع عن نفسها والطعن بشهادة الشهود، لكن مع تطبيق قاعدة حق الدفاع عن نفسها تغير الأمر الذي أثبت بأنها كانت مجبرة ولا توجد عقوبة على المضطر.

٣- حق المحاماة في القضاء الإسلامي:

أجاز الإسلام للمتداعين انتخاب المحامين، والمدافعين، والوكلاء، كي يقوموا بواجب الدفاع، والحضور بدلاً عنهم، خاصة إذا كانوا بحاجة إليهم ولم يستطيعوا أن يباشروا هذا الأمر بأنفسهم، أو أنهم ليس لديهم الرغبة في الحضور لأمر شتى، أو لا يستطيعون البيان الواضح للدفاع عن مطالبهم، فقد أعطاهم القضاء الإسلامي كل الحق في انتخاب محام أو وكيل يتولى أمرهم كما أكدته لنا النصوص الفقهية فقد ذكر الشيخ الطوسي في النهاية في حديث طويل عن الإمام علي (عليه السلام) في قضية الرجل الأخرس الذي ترفع لديه (عليه السلام) فقال: «أتتوني بولي، فأتني بأخ له فأقعه إلى جنبه...» الخ الحديث، كذلك نرى نصاً فقهياً آخر يقول: «إذا كان الموكل غائباً، وطالب وكيله الغريم بأداء ما عليه من حق، وادعى الغريم التسليم إلى الموكل، أو الإبراء، فإن أقام البيئة على ذلك، فهو، والا فعليه أن يدفعه إلى الوكيل»، فإن كلمة الوكيل أو الولي تعني: المحامي الذي يتولى الدفاع عن الخصم أو الخصم الآخر، فمبدأ المحاماة مبدأ إسلامي لا غبار عليه ما دام المحامي يدافع عن الحق والصدق الظاهريين، أما حقيقة الأمرين فهو غير مسئول عنها.

٤- من آداب القضاء الإسلامي:

يكشف لنا عهد الإمام علي لمالك لأشتر مما جعله الإسلام للقضاء آداباً، وسنناً في

غاية الكمال، والرفعة منها:

أولاً: عدم جواز القضاء والحكم، والقاضي في حالة غضب، أو اضطراب، أو نعاس، حتى لا تؤثر هذه الحالات النفسية على صحة الأحكام الصادرة عنه، فعن الإمام علي (عليه السلام)، أنه قال لرفاعة: «لا تقض وأنت غضبان، ولا من النوم سكران».

ثانياً: المساواة بين الخصمين، وعدم جواز تلقين الشهود، فعن رسول الله (صلى الله عليه وآله): (أنه نهى أن يحابي القاضي أحد الخصمين، بكثرة النظر، وحضور الذهن، ونهى عن تلقين الشهود)، فالكل سواسية أمام القانون سواء الفقير أو الغني، أو السيد، أو المسود.

ثالثاً: لا يجوز للقاضي أن يحكم في القضايا دون سماع قول المتداعين، فعن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) أنه: (نهى أن يتكلم القاضي قبل أن يسمع قول الخصمين، يعني يتكلم بالحكم).

رابعاً: لا ينبغي للقاضي أن يقضي في بيته، فعن علي (عليه السلام): «أنه بلغه أن شريحاً يقضي في بيته فقال: يا شريح، اجلس في المسجد، فإنه أعدل بين الناس، فإنه وهن بالقاضي أن يجلس في بيته»، وهذا دليل على أن مكان القضاء مكان مقدس، وطاهر، وحيادي.

خامساً: عدم رفع القاضي صوته على الخصم، فقد روي أن أمير المؤمنين (عليه السلام) ولى أبا الأسود الدؤلي القضاء ثم عزله، فقال له: لم عزلتني؟ وما خنت ولا جنيت! فقال (عليه السلام): «إني رأيت كلامك يعلو كلام خصمك».

سادساً: أن يقف المدعي عن يمين المدعى عليه، ففي فقه الرضا (عليه السلام): «فإذا تحاكمت إلى حاكم، فانظر أن تكون عن يمين خصمك» إلى أن قال: «فإذا ادعيا جميعاً، فالدعوى للذي على يمين خصمه».

سابعاً: لا يجوز أن ينزل أحد الخصمين ضيفاً على القاضي دون الخصم الآخر، فعن رسول الله (صلى الله عليه وآله): (أنه نهى أن ينزل الخصم على قاض)، ونزل رجل على علي (عليه السلام) بالكوفة فأضافه، ثم جاءه في خصومة، فقال له: «أخصم أنت؟ تحول عني، فإن رسول الله (صلى الله عليه وآله) نهى أن ينزل الخصم إلا ومعه خصمه».

وقد روى أحمد بن حنبل (رض)، وأبو داود والترمذي رواية مشابهة وهي: (أن علياً لما بعثه رسول الله (صلى الله عليه وآله) إلى اليمن قاضياً قال: يا رسول الله، بعثتني بينهم

وأنا شاب لا أدري ما القضاء، قال: فضرب رسول الله (صلى الله عليه وآله) في صدري وقال: اللهم اهده وثبت لسانه، قال علي: فوالذي فلق الحبة ما شككت في قضاء بين اثنين).

وعنه (عليه السلام) أن الرسول (صلى الله عليه وآله) قال: (يا علي إذا جلس إليك الخصمان فلا تقض بينهما حتى تسمع من الآخر، كما سمعت من الأول، فإنك إذا فعلت ذلك تبين لك القضاء).

مما تقدم يتضح الشعور العميق لدى الإمام (عليه السلام) في مساواته الخصوم وإن هذا الخلق العظيم هو مصدر كل قضاء أصيل وعادل.

٥- حق تنفيذ الأحكام القضائية:

جاء في عهد الإمام علي: «أصرمهم عند اتضاح الحكم»، أي لا بد للأحكام الصادرة عن القضاء الإسلامي من قوة تنفيذية قادرة على تنفيذها وتطبيقها، وإلا أصبحت قرارات القضاء الإسلامي حبراً على روق من دون تنفيذ، وبهذا تفقد هيبتها، ولا معنى لها، فقد أكدت النصوص الفقهية على ضرورة تنفيذ أحكام القضاء الإسلامي، وأعطت الحق كل الحق للقاضي في أن يستخدم القوة لتنفيذ أحكامه من قبيل إقامة الحدود، والقصاص، والتعزيرات، والحبس، والمصادرة، والبيع، وما شاكلها من الأحكام للقضايا المختلفة: «إذا حكم الحاكم بثبوت دين على شخص، وامتنع المحكوم عليه عن الوفاء جاز للحاكم حبسه، وإجباره على الأداء...».

الخاتمة

اتضح بكل جلاء أن عهد الإمام علي بن أبي طالب (عليه السلام) إلى مالك الأشتر، قد وضع أسس التقاضي قبل أربعة عشر قرناً، وهو ما تفاخر به البشرية إلى يومنا هذا، وما تضمنه هذا العهد الذي يعد دستور حياة للبشرية جمعاء، وليس للمسلمين فقط؛ لذا يتوجب على كل المشرعين الدستوريين والقانونيين في جميع الدول أن ينهلوا من تلك القواعد العظيمة والمبادئ الراسخة التي وضعها الإمام علي بن أبي طالب (عليه السلام) في عصر كانت البشرية تعيش حالة من الجهل والتخلف في مختلف الجوانب.

يعد ما تضمنه عهد الإمام علي بن أبي طالب إلى مالك الأشتر في مجال القضاء، من الوثائق المهمة لإرساء مداميك وقواعد القضاء العادل وأسس التقاضي، التي استند إليها الفقهاء في تحديد صفات اختيار القاضي وشروطه وتحقيق العدالة والمساواة أمام القضاء والتي كانت معطلة بين الحكام والناس، فقد درج غالبية الحكام على تولية القضاء رجالاً ذوي صفات تستلزم مصالح هؤلاء الحكام، حتى إذا ما ساوى القانون بين طبقات الناس فإن القاضي يعطل هذه المساواة ويحكم بمصالح الحكام وأصحاب الامتيازات. ويشير الأستاذ جورج جرداق إلى أن تاريخ أوروبا في القرون الوسطى، يفيض باختيار هذا النوع من القضاة، وكذلك تاريخ الشرق العربي أيام الأمويين والعباسيين والمماليك والأتراك وغيرهم، إذ أن الجرائم التي ارتكبتها القضاة المنحرفون باسم العدالة، لما يخزي جبين الإنسانية وتستوجب اللعنة على رؤوس أولئك القضاة. إن استقلال القضاء هدف ثابت وحتمي لتحقيق العدالة في المجتمع فرضته طبيعة العمل القضائي ذاته وفرضته إرادة الشعوب الحرة تجسيدا لمثلها العليا في العدل وضبطاً لحركتها نحو تحقيق أهدافها في الحياة الكريمة، فإن لم يكن القضاء مستقلاً فلا يمكن أن تكون هناك عدالة وإذا كان العدل هو أساس الحكم فإن استقلال القضاء هو أساس العدل.

ولقد استطاع الإمام علي (عليه السلام) وضع مداميك السلطة القضائية، وإعلاء مكانتها من خلال تلك المبادئ والضمانات التي رفعت من شأنها ومنحتها الاستقلال، وحددت فيها أهم الشروط الواجب توافرها فيمن سيعمل بوظيفة القضاء، وأهم الصفات لمكارم الأخلاق التي يجب أن يتصف بها القاضي، كما شدد العهد على حقوق القضاة منها، المرتب الكافي الذي يطلبه القاضي كصك مفتوح كضمانة للاكتفاء المالي وضمانة الحصانة القضائية للقاضي، كما أرست مبدأ المساواة وأهم الإجراءات والحقوق مثل:

حق المساواة، حق الدفاع، وحق المواجهة، وحق المحاماة، كما وضعت مبدأ استئناف الأحكام القضائية، ودرجات التقاضي.

وبهذا يكون للإمام علي بن أبي طالب (عليه السلام)، السبق في وضعه لنا أسس وقواعد نظام قضائي متميز، تتحقق به العدالة المنشودة للبشرية، حيث يعد هذا العهد من أهم الوثائق الإنسانية التي تكفل تحقيق العدالة وحقوق الإنسان وآلية تنفيذية لما تضمنه القرآن الكريم، ويتأكد لدينا أن هذا العهد له السبق الإنساني في هذا المجال، حيث تتجاوز مدته الألف والأربعمئة عام.

تعد رسالة القضاء للإمام علي (عليه السلام) من الرسائل الأصيلية، التي أرسيت الأسس التي يستند إليها النظام القضائي الإسلامي، فإن رسالة الإمام علي (عليه السلام) تعد من أكثر الرسائل أصالة وسعة في بناء هذا النظام. ولم نجده في غيرها، وأصبحت أفضلية هذه الرسالة من المسلمات التي لا يستطيع أحد إنكار حقيقتها. ولا يبدو ذلك الأمر غريباً؛ لأن النبي المصطفى (صلى الله عليه وآله وسلم) أكد على أن (أقضى أمتي علي). وقد أوضحت لنا رسالة الإمام علي (عليه السلام) الشروط والصفات التي يجب أن تتوفر في الشخص الذي تسند إليه وظيفة القضاء، وقدمت لنا الوسائل الكفيلة لضمان هذه الوظيفة والتقاضي أمامها.

- ولا شك أن البشرية قد استفادت أيما استفادة من عهد الإمام علي إلى مالك الأشتر ونجد مضامينه جاءت في العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الذي وقعت عليه الدول في عام ١٩٦٦م، ودخل حيز التنفيذ في عام ١٩٧٦م. ويتألف هذا العهد من ثلاث وخمسين مادة مقسمة إلى ستة أجزاء.

التوصيات:

- إعادة النظر في قانون السلطة القضائية النافذ وإضافة الركائز التي وردت في عهد الإمام علي لمالك الأشتر، على شكل نصوص قانونية واضحة وملزمة، منها توصية شرط مكارم الأخلاق وكفاءة الحكمة وسعة المدارك التي يجب أن يتحلى بها القاضي، وكذلك إدراج نص قانوني يُعطي القاضي راتباً مفتوحاً بما يكفيه في العيش بعيداً عن الفاقة والحاجة للآخرين، وهو ما أكدّه الإمام عندما أمر الأشتر أن يفسح للقاضي بالبذل.

- كما أوصي بتأكيد المكانة العالية لمؤسسة القضاء والقضاة التي شدد عليها الإمام في عهده من خلال تصحيح مبدأ الاستقلال للسلطة القضائية وللقاضي وتعزيز هذا المبدأ، بوضع نصوص جديدة بقانون السلطة القضائية النافذ.
- كما أوصي بإرساء مبدئي الثبوتية للأحكام القضائية في قانون السلطة القضائية وهذا المبدأ الذي أرساه الإمام علي (عليه السلام)، وهو مبدأ غائب في القانون اليمني والعراقي ونشدد هنا على إضافة نص في قانون السلطة القضائية وهو: «أن القاضي الذي تنقض المحكمة الأعلى خمسة من أحكامه، توجه له إنذاراً، ثم إذا وصلت الأحكام التي نقضتها المحكمة الأعلى إلى ثمانية أحكام يوجه إليه إنذاراً أخيراً ونهائياً، أما إذا بلغت عشرة أحكام ألغيت من محكمة أعلى فإن هذا القاضي يتم عزله من القضاء»، الأمر الذي سيعالج العديد من الاختلالات القائمة اليوم في مجال القضاء باليمن.
- إدراج عهد الإمام علي لمالك الأشتر ضمن المقررات الدراسية لطلاب كلية الشريعة والقانون والحقوق على مستوى الجمهورية بالجامعات الحكومية والخاصة، وكذلك طلاب المعهد العالي للقضاء.
- أوصي مجلس القضاء الأعلى بعقد عدد من الورش والدورات تهتم بمضامين عهد الإمام علي لمالك الأشتر في مجال القضاء والعدالة وحقوق الإنسان، وإعداد مشاريع تعديلات عدد من القوانين المرتبطة لإضافة نصوص قانونية تترجم هذه المبادئ الكبرى التي تضمنها العهد.

مراجع البحث

- ١- دستور الجمهورية اليمنية - مجموعة التشريعات اليمنية - الكتاب الأول ٢٠٠٣م - مكتب النائب العام - صنعاء. الجمهورية اليمنية.
- ٢- قانون السلطة القضائية رقم ١ لسنة ١٩٩١م باليمن.
- ٣- أ.د. عباس زيون العبودي - تأملات قانونية في رسالة القضاء للإمام علي (عليه السلام).
- ٤- أ.د. الشيخ مخلص أحمد الجدة - النظام القضائي في الإسلام.
- ٥- ميشال ماي، دولة القانون. المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، لبنان، ١٩٨٢م.
- ٦- د/ عثمان خليل عثمان ود/ سليمان الطماوي، القانون الدستوري، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، ١٩٥٠-١٩٥١م.
- ٧- مجلة الحقوق، السنة التاسعة، العدد الثاني، يونيو ١٩٨٥م.
- ٨- مصطفى أبو زيد فهمي، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار المطبوعات الجديدة الإسكندرية (٢٠٠٠ ميلادية) الكتاب الثاني.
- ٩- محاضر اجتماعات لجنة الدستور والمجلس التأسيسي، ملحق مجلة الحقوق، العدد الثالث، السنة الثالثة والعشرون، سبتمبر ١٩٩٩، الطبعة الأولى محضر الجلسة السابعة (٧) ٢٢/٥/١٩٦٢م.
- ١٠- جورج جرداق، الإمام علي صوت العدالة الإنسانية، المجلد الأول - طبعة بيروت - دار المهدي - ط١ منقحة ٢٠٠٤.
- ١١- ابن فرحون (برهان الدين المالكي) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام طبع دار المعرفة - بيروت - دون سنة نشر.
- ١٢- أحمد الرحمانى الهمداني - الإمام علي (عليه السلام) من حبه عنوان الصحيفة - ط١ منشورات التاريخ العربي - بيروت ٢٠٠٥.
- ١٣- د. آدم وهيب الندوي - المرافعات المدنية - طبع جامعة بغداد / كلية القانون ١٩٨٨م.
- ١٤- الحائري السيد كاظم الحسيني - القضاء في الفقه الإسلامي - طبع مجمع الفكر الإسلامي ١٤٢٣ هـ.

- ١٥- الشيخ محمد تقي التستري - قضاء أمير المؤمنين علي بن أبي طالب (عليه السلام) - طبع أهل الذكر - ط ١ صفر ١٤٢٦ هـ.
- ١٦- الشيخ المفيد محمد بن النعمان، المقنع في الأصول والفروع - سلسلة الينابيع الفقهية - طبع طهران ١٤٠٦ هـ.
- ١٧- د. شوكت عليان - الوجيز في الدعوى والأثبات في الشريعة الإسلامية. طبع بغداد ١٩٧٨ م.
- ١٨- الشيخ الطوسي (شيخ الطائفة أبو جعفر محمد بن الحسن)، الأمالي - طبع مؤسسة الوفاء ط ١٩٨١ هـ.
- ١٩- الحلي (المحقق) أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن - شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام - طبع طهران الجزء الرابع - دون سنة نشر.
- ٢٠- د، عبد الحميد متولي - مبادئ نظام الحكم في الإسلام - طبع الإسكندرية ١٩٧٤ م.
- ٢١- أحمد أمين ضحى الاسلام ج ٥، وقد اشتهر أكثر من صيفي بأنه كان قاضي العرب يومئذٍ.
- ٢٢- د/ خالد محمد الجمعة - مبدأ استقلال القضاء في العهد الدولي - بحث منشور مجلة الحقوق جامعة الكويت العدد الأول مارس ٢٠٠٨ م الكويت.
- ٢٣- تكملة منهاج الصالحين (الإمام الخوئي «رض») كتاب القضاء، الدر المختار: ٤ / ٣٠٩، الشرح الكبير: للدردير بحاشية الدسوقي، شرح الجامع الصحيح للإمام ابن عمرو الإباضي / ج ٣ /، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام لمحمد حسن النجفي ج ١٤.
- ٢٤- الاختصاص للشيخ المفيد نقلاً عن / مستدرك الوسائل / ج ١٧، كتاب القضاء، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام لمحمد حسن النجفي / ج ١٤ / البحار للمجلسي ج ١٠٣.
- ٢٥- العلامة الحلي - القواعد الفقهية سلسلة الينابيع الفقهية - ط - طهران ١٤٠٦ هـ.
- ٢٦- نص عهد الإمام علي لمالك الأشتر، وانظر شرح أحكام قانون الإثبات.
- ٢٧- التشريع العراقي في قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ م.

التصدي في قانون الإجراءات الجزائية اليمني

(حالاته، شروطه، إجراءاته، آثاره)

القاضي / سعد أحمد عبد الله السباوي

المقدمة

الحمد لله رب العالمين جلت قدرته على سابغ فضله ونعمته، وفائض إحسانه ورعايته، عليه عز وجل اعتمدنا، وبه سبحانه اعتزنا، والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الإنسانية كلها ونور الأبصار وضيائها، وعافية الأبدان والأنفس وشفائها وحبیب القلوب ودوائها المبعوث رحمة للعالمين، وعلى آله الطيبين وأصحابه الغر الميامين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

وبعد:

فالأصل أن القضاء لا يختص إلا بنظر الدعوى الجزائية التي ترفع إليه من الجهة التي خولها القانون هذا الحق، وهي النيابة العامة، تطبيقاً لمبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والحكم.

واستثناءً من القاعدة السابقة فقد خول المشرع المحكمة الجزائية في أحوال معينة، وبشروط محددة، حق التصدي وتحريك الدعوى الجزائية بالنسبة لبعض الحالات، (التصدي الوجوبي)، كذلك خولها حق التصدي وتحريك الدعوى الجزائية والحكم فيها في بعض الحالات الأخرى (التصدي الجوازي).

وقد تضمنت هذه الدراسة كل ما يهم موضوع (التصدي بنوعية الوجوبي والجوازي) في طيات الدراسة مفصلاً حسب ما رأيته مهماً للتفصيل فيه.

مشكلة الدراسة:

تكمن مشكلة الدراسة في عدم معرفة بعض القضاة وأعضاء النيابة في المحاكم بالتصدي، مما يؤدي إلى إفلات بعض المتهمين من العقاب أو تخفيف العقوبة عنهم، أو إغفال جرائم وعدم تحريك الدعوى عنها، وهذا ما يؤدي إلى عدم تحقيق هدف المشرع من النص على التصدي الوجوبي في المواد (٣٢، ٣٣، ٣٤) ج.١^(١)، والذي يتمثل في رقابة القضاء على عمل النيابة وقيداً على السلطة التقديرية للنيابة في تحريك الدعوى بهدف منعها من إساءة استعمال سلطتها.

كما تكمن مشكلة الدراسة من خلال نزولنا في المحاكم والعمل فيها، في عدم تطبيق القضاة في المحاكم الجزائية لنص المادة (٣٥) ج.١، المتعلقة بالتصدي الجوازي، مما يترتب على ذلك الإخلال بنظام الجلسة والتشويش وعدم مراعاة الهدوء الواجب لانعقاد

(١) الجريدة الرسمية، قانون الإجراءات الجزائية، رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م، العدد (١٩)، ج.٤.

الجلسات، وهذا ما هو حاصل في أغلب المحاكم اليمنية، وهذا ما يؤدي إلى عدم تحقق هدف المشرع من النص على التصدي الجوازي، المتمثل في المحافظة على استقلال القضاء والمحافظة على هيبة المحاكم وفرض احترامها.

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية الدراسة لكون موضوع التصدي أحد الموضوعات الرئيسية الهامة في الإجراءات الجزائية التي تثير العديد من المشاكل في أثناء العمل القضائي.

وتزداد أهمية دراسة الموضوع كونه يعد استثناءً على مبادئ راسخة في قانون الإجراءات الجزائية من أهمها (مبدأ عينية الدعوى وشخصيتها، ومبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والحكم).

وعلى الرغم من أهمية الموضوع إلا أنه لم يحظ بما يستحق من عناية، ولم يخصص له من البحوث والدراسات ما يتناسب مع هذه الأهمية.

أهداف الدراسة:

- تهدف هذه الدراسة إلى تحقيق ما يلي:
١. التعريف بالتصدي وبيان خصائصه.
٢. بيان علة التصدي بنوعيه الوجوبي والجوازي.
٣. بيان حالات التصدي بنوعيه الوجوبي والجوازي، وما يشترط في كل منهما.
٤. بيان إجراءات التصدي.
٥. بيان آثار التصدي.

منهجية الدراسة:

اعتمد الباحث في بحثه على المنهج الوصفي، حيث قام بالإطلاع على بعض المؤلفات التي تناولت قانون الإجراءات الجزائية بالشرح، وأخذ منها ما يتعلق بموضوع التصدي، كما اعتمد الباحث في بحثه على المنهج التحليلي حيث قام بتحليل النصوص القانونية المتعلقة بالتصدي وإبراز ما فيها من مزايا وعيوب.

خطة الدراسة:

- أخيراً فقد قمت بتقسيم دراستي إلى مبحثين يسبقهما مطلب تمهيدي كالتالي:
- المقدمة.
- المطلب التمهيدي: ماهية التصدي.
- الفرع الأول: تعريف التصدي وخصائصه.
- الفرع الثاني: علة التصدي.
- المبحث الأول: التصدي الوجوبي.
- المطلب الأول: حالات التصدي الوجوبي وشروطه.
- المطلب الثاني: إجراءات التصدي الوجوبي وآثاره.
- المبحث الثاني: التصدي الجوازي.
- المطلب الأول: حالات التصدي الجوازي وشروطه.
- المطلب الثاني: إجراءات التصدي الجوازي وآثاره.
- الخاتمة، وفيها النتائج والتوصيات.
- قائمة المراجع.

المطلب التمهيدي ماهية التصدي



مجمع القضاة والقضاة
القانونية

تمهيد وتقسيم:

التصدي هو سلطة المحكمة الجزائية حين تنظر دعوى معينة وأن تتعرض بإدخال وقائع جديدة، أو متهمين جدد للواقعة المنظورة أمامها، وذلك على خلاف ما هو معروض أمامها من وقائع أو أشخاص.

ويفترض التصدي بذلك وجود اختصاص ثابت ومقرر تشريعياً، ثم خروج جهة الحكم على حدود هذا الاختصاص، فالتصدي يعني حق المحكمة في تحريك دعوى جزائية لم يسبق تحريكها من النيابة العامة، ويعتبر التصدي في هذه الحالة استثناءً من مبدأ عينية الدعوى الجزائية وشخصيتها، وذلك أن الأصل أن الدعوى الجزائية متى دخلت حوزة القضاء أي المحكمة فإن سلطتها تقتصر على الجريمة المرفوعة عنها الدعوى، وعلى الأشخاص المتهمين بارتكابها، فالمحكمة مقيدة بحدود الدعوى الجزائية من حيث وقائعها وأشخاصها وكل خروج على عينة الدعوى ينطوي على توجيه الاتهام عن واقعة لم توجه إليها الدعوى من النيابة العامة وكل خروج على شخصية الدعوى ينطوي على توجيه الاتهام إلى أشخاص لم ترفع عليهم الدعوى من النيابة العامة ومن ثم فإن التصدي يعد استثناءً على هذا المبدأ لم ينطو عليه من توجيه الاتهام عن وقائع جديدة أو أشخاص جدد خروجاً على تقييد المحكمة بالاتهام بشقيه العيني والشخصي^(١).

وعليه سنقسم هذا المطلب التمهيدي إلى فرعين

كالتالي:

(١) د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، ج١، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، الطبعة الأولى، ١٩٧٩م، ص ٢٣٣.

الفرع

الأول

مفهوم التصدي وخصائصه

سنوضح في هذا الفرع تعريف التصدي وخصائصه كالتالي:

أولاً: تعريف التصدي:

- تعددت تعريفات فقهاء القانون الجنائي للتصدي فعرفها البعض بأنها:
- التصدي هو «سلطة المحكمة حين تنظر دعوى معينة أن تتعرض لوقائع أخرى ولو لم تكن الدعوى قد رفعت بها، وكذلك إدخال متهمين غير من أقيمت الدعوى عليهم، أي حق المحكمة في تحريك دعوى جزائية لم يسبق تحريكها من النيابة العامة»^(١).
 - وعرفها آخرون بأنها «هي سلطة المحكمة في تحريك دعوى جزائية ثانية عند نظرها لدعوى معينة لوجود صلة بين الواقعة التي أقيمت من أجلها الدعوى الأولى، والواقعة التي تقام من أجلها الدعوى الثانية»^(٢).
 - ويعرف الباحث التصدي «بأنه الحق الممنوح للقضاة في المحاكم الجزائية بمختلف درجاتها في طلب تحريك الدعوى الجزائية من النيابة العامة، في حالة توافر إحدى حالات التصدي وشروطه.

ثانياً: خصائص التصدي:

يتميز التصدي بالعديد من الخصائص أهمها^{(٣)(٤)}:

١. حالات التصدي جاءت على سبيل الحصر استثناءً على الأصل العام، ونتيجة للطابع الاستثنائي فإنه يتعين تفسير النصوص الخاصة بها تفسيراً ضيقاً، وعدم جواز القياس عليها.

(١) د. محمد عيد الغريب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، النسر الذهبي للطباعة، الطبعة الثانية، القاهرة، ١٩٩٦م، ص ١٩٣.

(٢) د. محمد سيف شجاع، شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني، مركز الصادق، الطبعة الخامسة، ٢٠٠٤م، ص ١٣١.

(٣) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ١٩٨٢م، ص ١٥٤.

(٤) د. نديم محمد حسن الترزي، شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني، مكتبة ومركز الصادق للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ٢٠١٥م، ص ١٢٤.

٢. يقتصر حق المحكمة في حالة التصدي الوجوبي على مجرد طلب تحريك الدعوى الجزائية أي مجرد الاتهام دون التحقيق أو الفصل فيها، فإن حققت أو حكمت فيها المحكمة التي تصدت لها كان عملها باطلاً بطلاناً مطلقاً، وهذا بخلاف التصدي الجوازي، إذ من حق المحكمة التي تصدت أن تفصل في موضوع الدعوى المتصدي لها.

٣. أن أحكام التصدي تتعلق بالنظام العام، ولا اتصالها بتنظيم سلطاتي الاتهام والحكم، وعليه فلا يجوز للمحاكم التصدي في غير الحالات المبينة في القانون.

الفرع الثاني

علة التصدي

سنبين خلال هذا الفرع علة التصدي الوجوبي أولاً، ثم علة التصدي الجوازي كالتالي:

أولاً: علة التصدي الوجوبي:

تظهر الحكمة من إقرار حالات التصدي الوجوبي في قانون الإجراءات الجزائية في المبررات التالية:

١. أن التصدي يعد نوعاً من الرقابة القضائية على النيابة العامة إذا لم ترفع الدعوى نتيجة قصور في التحقيق، أو حتى مجرد خلاف في التقدير، والقصد منه تدارك أخطاء النيابة العامة أو سهوها^(١).

٢. أن حق التصدي يعد نوعاً من الرقابة على السلطة التقديرية للنيابة العامة في توجيه الاتهام كما أنه يتفق مع السلطة الواسعة التي يتمتع بها القضاء الجزائي^(٢).

٣. أن علة التصدي الوجوبي هو الرغبة في تحري المحكمة للعدالة وتحقيقها على أوسع نطاق، لأن شعور المجتمع بوجود متهمين لم يلتفت إليهم، أو وقائع لم تباشر الإجراءات بشأنها بغير سبب، يسفر عن إهدار الثقة في العدالة، ومن ثم فحسن السياسة الجنائية وصالح الجماعة يقتضيان وجوب تقرير هذا الحق^(٣).

(١) د. مأمون محمد سلامة، قانون الإجراءات الجنائية، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، ١٩٨٠م، ص ١٢٩.

(٢) د. مطهر علي صالح أنقع، شرح قانون الإجراءات الجزائية، ج ١، المطبعة القضائية، الطبعة الخامسة، ٢٠١٥م، ص ١٣٢.

(٣) د. حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص ١٢٦.

ثانياً: علة التصدي الجوازي:

تكمن علة تخويل القضاء الجزائي سلطة تحريك الدعوى والحكم فيها في أحوال التصدي الجوازي في الآتي^(١):

١. أن هيبة المحكمة الجزائية ومقتضيات الاحترام الواجب في حضرته، يفرضان إحاطة جلسات انعقادها بالتوقيير اللازم حتى تتمكن من أداء رسالتها في جو من الهدوء والاحترام.

٢. وجوب أن يوفر للقضاء جو من الهدوء، والنأي به عن المؤثرات لكي يتمكن من تحري الصدق والموضوعية والحياد وتحقيق العدالة المأمولة.

المبحث الأول التصدي الوجوبي

تمهيد وتقسيم:

نظم المشرع اليمني التصدي الوجوبي في الفصل الثالث من الباب الثالث من الكتاب الأول من قانون الإجراءات الجزائية الموسوم بـ (في إقامة الدعوى الجزائية من المحكمة)، في المواد (٣٢، ٣٣، ٣٤) حيث نصت المادة (٣٢) إ.ج. على: (إذا رأت المحكمة الابتدائية في دعوى مرفوعة أمامها أن هناك متهمين غير من أقيمت الدعوى عليهم أو وقائع أخرى غير المسندة فيها إليهم أو أن هناك جريمة مرتبطة بالتهمة المعروضة أمامها فعليها أن تحيلها إلى النيابة العامة لتحقيقها والتصرف فيها طبقاً للباب الثالث من الكتاب الثاني من هذا القانون. وإذا صدر قرار بإحالة الدعوى إلى محكمة جاز للمحكمة إحالتها إلى محكمة أخرى، وإذا كانت المحكمة لم تفصل في الدعوى الأصلية وكانت مرتبطة بالدعوى الجديدة ارتباطاً لا يقبل التجزئة جاز إحالة القضية كلها إلى محكمة أخرى).

ونصت المادة (٣٣) إ.ج. على: (لمحكمة الطعن الاستئنافية عند نظر الاستئناف نفس الصلاحيات المقررة في المادة السابقة ويجوز في هذه الحالة أن تكون الإحالة إلى محكمة ابتدائية أخرى غير التي أصدرت الحكم المستأنف، ويكون النقل في جميع الأحوال بقرار من رئيس المحكمة طبقاً للقانون).

كما نصت المادة (٣٤) إ.ج. على: (للدائرة التي تنظر الموضوع بناءً على الطعن في

(١) د. حسن صادق المرصفاوي، المرجع السابق، ص ١٢٩.

المرّة الثانية في المحكمة العليا نفس الصلاحيات المقررة في المادتين السابقتين).

ويرى الباحث أن المشرع اليمني لم يكن موفقاً في تسمية الفصل الثالث من الباب الثالث من الكتاب الأول من قانون الإجراءات الجزائية بعنوان: (في إقامة الدعوى الجزائية من المحكمة) وذلك لأن إقامة الدعوى يعني رفعها إلى قضاء الحكم، وليس هذا هو المعنى الذي يقصده المشرع هنا، إذ أن المقصود بإقامة الدعوى هنا هو قرار طلب تحريكها الذي ينفذ بإحالة الوقائع الجديدة أو المرتبطة أو المتهمين الجدد إلى النيابة العامة للتحقيق والتصرف فيها طبقاً للقواعد العامة المقررة في الباب الثالث من الكتاب الثاني من قانون الإجراءات الجزائية.

من خلال النصوص المتقدمة يتضح أن حالات التصدي الوجوبي، خولها المشرع للقضاء الجزائي في المحاكم الابتدائية والاستئنافية والدائرة الجزائية بالمحكمة العليا عند نظرها موضوع الدعوى بناءً على الطعن للمرة الثانية، وفيها أوجب المشرع على المحكمة أن تتصدى إذا رأت توافر إحدى تلك الحالات، وذلك بتحريك الدعوى الجزائية ومن ثم إحالتها إلى النيابة العامة للتحقيق والتصرف فيها.

ويعتبر التصدي في هذه الحالات وجوبياً، فهو ليس متروكاً لتقدير المحكمة، بل إنها ملزمة إذا رأت إحدى حالاته وتوفر جميع شروطه، وعلى ذلك أوجب القانون على المحكمة أن تستعمل الحق في التصدي لأن نص المادة (٣٢) إ.ج. جاءت بصيغة الوجوب (... فعليها أن تحيلها إلى النيابة...) (١).

وعليه سنتحدث في هذا المبحث عن سلطة المحاكم الجزائية في طلب تحريك الدعوى الجزائية في حالات التصدي الوجوبي وهو ما يقتضي تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين كالتالي:

المطلب الأول

حالات التصدي الوجوبي وشروطه

تمهيد وتقسيم:

من خلال نصوص المواد (٣٢، ٣٣، ٣٤) إ.ج.؛ يتضح أن للتصدي الوجوبي حالات وشروطاً، وهو ما يقتضي من الباحث تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتحدث في الفرع الأول عن حالات التصدي الوجوبي، أما الفرع الثاني فنتحدث فيه عن شروط التصدي

(١) د. عبد الباسط الحكيمي، مرجع سابق، ص ١٦٠.

الواجوبي وذلك على النحو التالي:

الأول

الفرع

حالات التصدي الواجوبي

حددت المواد السابقة للتصدي الواجوبي حالات إذا توافرت إحدى هذه الحالات وجب على المحكمة التصدي وهذه الحالات تتمثل في:

الحالة الأولى: إذا تبين للمحكمة أثناء نظر الدعوى المرفوعة أمامها أن هناك متهماً أو متهمين غير من أقيمت الدعوى عليهم:

في هذه الحالة أوجب المشرع على المحكمة تحريك دعوى جزائية جديدة على متهمين جدد لم ترفع عليهم الدعوى المنظورة أمامها، وذلك في حالة تكشف لها أثناء نظر موضوع دعوى مرفوعة أمامها أن هناك متهمين آخرين غير من أقيمت الدعوى عليهم منسوباً إليهم ارتكاب الجريمة المرفوعة بها الدعوى سواءً بصفتهم فاعلين أصليين أم مجرد شركاء^(١).

وتفترض هذه الحالة وحدة الجريمة مع تعدد المساهمين فيها ورفع الدعوى على بعضهم دون البعض الآخر.

مثال ذلك: رفع الدعوى الجزائية من قبل النيابة العامة في جريمة قتل ضد الفاعل ويقدم للمحكمة، ثم تكتشف المحكمة أثناء نظرها موضوع هذه الدعوى أن ثمة أشخاصاً آخرين ساهموا مع الفاعل في اقتراف جريمة القتل، ولم تشملهم الدعوى المرفوعة من النيابة، وكان يجب أن تشملهم سواءً بصفتهم فاعلين أصليين أم مجرد شركاء، كما لو كانوا قد تمالؤوا مع الفاعل، أو قدموا له مساعدة سابقة أو معاصرة أو لاحقة في اقتراف جريمة القتل.

وعلة التصدي في هذه الحالة هي تفادي محاباة محتملة لبعض المتهمين بإغفال إقامة الدعوى عليهم^(٢).

الحالة الثانية: إذا تبين للمحكمة أثناء نظر دعوى مرفوعة أمامها وجود وقائع أخرى ارتكبها المتهمون غير تلك التي أسندت إليهم في الدعوى:

(١) د. عبد الباسط الحكيمي، مرجع سابق، ص ١٦٠.

(٢) د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ١٥٨.

في هذه الحالة؛ أوجب المشرع على المحكمة إقامة (تحريك) الدعوى الجزائية عن وقائع جديدة ضد المتهمين المرفوعة عليهم الدعوى ولم تشملها الدعوى المرفوعة، وذلك في حالة تكشف لها أثناء نظر موضوع الدعوى المرفوعة أمامها أن هناك وقائع أخرى غير المسندة إلى المتهمين في الدعوى ولم ترفع بها الدعوى، سواءً أكانت هذه الوقائع منسوبة إلى جميع من رفعت الدعوى عليهم أم إلى بعض منهم، وسواءً أكانت هذه الوقائع مرتبطة بالدعوى المسندة إلى المتهمين أم مستقلة عنها^(١).

ويشترط في هذه الوقائع لصحة تصدي المحكمة لها أن لا يكون في إمكان المحكمة إضافتها للدعوى بناءً على سلطتها في تعديل التهمة بإضافة الظروف المشددة طبقاً للمادة (٣٦٦) ج^(٢).

مثال ذلك: رفع الدعوى إلى المحكمة عن جريمة ضرب نشأ عنها عاهة مستديمة، ثم يكشف التحقيق الذي تجريه المحكمة عن اقتراف المتهمين أو بعضهم جريمة سرقة أو جريمة قتل مع جريمة الضرب، ثم يتضح لها كذلك عن ارتكاب جريمة إتلاف مستندات مع هذه الجرائم لم تكن معروفة.

الحالة الثالثة: إذا تبين للمحكمة أثناء نظر دعوى مرفوعة أمامها أن هناك جريمة مرتبطة بالتهمة المعروضة عليها:

في هذه الحالة أوجب المشرع على المحكمة إقامة (تحريك) الدعوى الجزائية في حالة تكشف لها أثناء نظر موضوع الدعوى المرفوعة إليها أن هناك جريمة مرتبطة بالتهمة المعروضة عليها ارتكبها متهمون غير المتهمين المرفوعة عليهم الدعوى سواءً أكان هذا الارتباط بسيطاً أم كان هذا الارتباط لا يقبل التجزئة.

مثال للارتباط الذي لا يقبل التجزئة: أن يقدم متهم في جريمة حريق فيتبين للمحكمة أن جريمة الحريق وقعت لإخفاء جريمة اختلاس ارتكبها متهم آخر مشترك في ارتكاب جريمة الحريق.

ومثال الارتباط البسيط: أن يقدم متهم في جريمة قتل أحد المجني عليهما فحسب، فيتبين للمحكمة أن شخصاً آخر اقترف جريمة قتل المجني عليه الآخر، كما أنه ساهم مع

(١) د. عبد الباسط الحكيمي، مرجع سابق، ص ١٦٠-١٦١.

(٢) تنص المادة (٣٦٦) ج على: (للمحكمة أن تعدل في حكمها الوصف القانوني للفعل المسند إلى المتهم ولها أيضاً إصلاح كل خطأ مادي وتدارك كل سهو في صحيفة الاتهام أو ورقة التكييف بالحضور وعلى المحكمة في جميع الأحوال أن تنبه المتهم إلى هذا التعديل وأن تمنحه أجلاً لتحضير دفاعه بناءً على هذا الوصف والتعديل الجديد إذا طلب ذلك).

المتهم الذي قدم للمحاكمة في اقتراح جريمة قتل المجني عليه الأول^(١).

الثاني

الفرع

شروط التصدي الوجوبي

يلزم لصحة تصدي المحكمة لتحريك الدعوى الجزائية الشروط التالية:

الشرط الأول: أن تتوافر إحدى حالات التصدي الوجوبي المذكورة آنفاً.

الشرط الثاني: أن تكون المحكمة قد اتصلت بموضوع الدعوى الأصلية اتصالاً صحيحاً للحكم فيها ويقتضي تحقق هذا الشرط أمرين:

الأمر الأول: يعني أنه يجب على المحكمة الجزائية عند رفع الدعوى إليها بالتحقق من سلامة الإجراءات المبدئية للوقائع المرفوعة إليها، وذلك من حيث الكيفية التي رفعت بها الدعوى، ومن حيث احترام قواعد الاختصاص النوعي والمكاني أو الشخصي، ثم عليها بعد ذلك التثبت من أن الدعوى استوفت شروط قبولها أمامها، ومن حيث صحة إحالة المتهم إليها أو تكليفه بالحضور أمامها، ومن حيث حصول الشكوى أو الإذن أو الطلب، فإذا ما استوثقت المحكمة من ذلك فإنها تكون قد اتصلت بالدعوى الجزائية الأصلية اتصالاً صحيحاً، ومن ثم إذا توافرت إحدى حالات التصدي وجب عليها تحريك الدعوى الجزائية عنها.

وبمفهوم المخالفة لذلك فإذا كانت الدعوى المرفوعة إليها لا تدخل في نطاق اختصاصها، أو كانت الدعوى غير مستوفية لشروط قبولها فلا يجوز في هذه الحالة للمحكمة أن تتصدى لا للوقائع ولا للمتهمين، والواجب على المحكمة في هذه الحالة إصدار حكم إجرائي بعدم اختصاصها أو بعدم قبول الدعوى^(٢).

الأمر الثاني: أن يكون اتصال المحكمة بالدعوى الأصلية يهدف إلى إصدار حكم فاصل في موضوعها، أما إذا كانت ظروف رفعها لا تخول المحكمة سوى الفصل فيها بحكم إجرائي، أو تصحيح ما وقع في الحكم من خطأ في القانون دون التعرض لموضوعها، أو مجرد نقض الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا الحكم وإحالة الدعوى إلى المحكمة التي أصدرته للحكم في الموضوع من جديد، فإنه في جميع هذه الأحوال لا يتحقق الشرط الذي نحن بصددده، ومن ثم لا يجوز لمحكمة الموضوع أو المحكمة العليا التصدي وإقامة

(١) د. عبد الباسط الحكيمي، مرجع سابق، ص ١٦٢.

(٢) د. مأمون محمد سلامة، مرجع سابق، ص ١٣٠.

الدعوى عن الوقائع أو المتهمين الذين لم تشملهم الدعوى الأصلية^(١).

الشرط الثالث: أن يكون تحريك الدعوى الجزائية الجديدة جائزاً قانوناً:

مفاد هذا الشرط عدم جواز التصدي إذا كانت الدعوى الجزائية عن الوقائع الجديدة أو المتهمين الجدد قد انقضت أو سقطت لأي سبب من أسباب السقوط أو الانقضاء، كأن تصدر النيابة العامة قراراً بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية واستنفذت طرق الطعن فيه، أو أن تكون الدعوى قد شملها قرار بالعمو العام أو الخاص، أو صدر فيها حكم بات، كما لا يجوز التصدي كذلك إذا كان المشرع قد علق تحريك الدعوى الجزائية عن الوقائع الجديدة أو عن المتهمين الجدد على شكوى أو طلب أو إذن، إلا بعد زوال القيد الخاص بها ورفعها.

ويرى الباحث أن العفو الخاص لا تنقضي به الدعوى الجزائية كما ذهب إلى ذلك المشرع اليمني في الفقرة (و) من المادة (٤٢) إ.ج وهو ما ندعو معه المشرع إلى تلافي هذا العيب التشريعي عند تعديل القانون، وذلك أن العفو الخاص لا يكون إلا عن العقوبة وبعد صدور حكم بات^(٢).

(١) د. عبد الباسط الحكيمي، مرجع سابق، ص ١٦٥-١٦٦.

(٢) تنص المادة (٤٢) إ.ج على أنه (لا يجوز تحريك الدعوى الجزائية ويتعين إنهاء إجراءاتها إذا كان قد بدأت في إحدى الأحوال الآتية:

- أ. عند عدم وجود جريمة.
- ب. إذا لم تتوافر عناصر الجريمة.
- ج. عدم بلوغ سن المساءلة الجزائية.
- د. لسبق صدور حكم في القضية غير قابل للطعن.
- هـ. لسبق صدور قرار بالآلا وجه لإقامة الدعوى واستنفاد طرق طعنه.
- و. صدور عفو عام أو خاص.
- ز. وفاة المتهم.
- ح. بانقضاء الدعوى بالتقادم.

الجدير بالذكر أن الفرق بين العفو الخاص (العفو عن العقوبة) والعفو العام (الشامل) يتمثل في:

١. العفو الخاص أثره يقتصر على المستقبل، ولذلك فالأصل فيه أنه لا يؤثر على الجريمة، فهو لا يمحو الصفة الإجرامية لها، ولا يؤثر على الحكم الصادر بها إذ يحسب سابقة في العود، ولا يسقط الآثار الجنائية الأخرى المترتبة على الحكم بالإدانة، ولا يسقط العقوبات التكميلية ما لم ينص قرار العفو على إسقاطها، وهذا بخلاف العفو العام (الشامل) فهو يعمل على محو الصفة الإجرامية للجريمة.
٢. العفو الخاص يعد قراراً شخصياً يمنح لفرد واحد أو أكثر لا لنوع معين من الجرائم، بخلاف العفو العام فهو يصدر في نوع معين من الجرائم وبالذات الجرائم السياسية.
٣. لا يصدر قرار العفو الخاص عن العقوبة إلا بعد أن يصبح الحكم بالعقوبة باتاً، بخلاف العفو العام فإنه يصدر في أي وقت تكون عليها الدعوى، سواء كان ذلك قبل رفع الدعوى والبدء في التحقيق أو بعد رفع الدعوى والبدء في التحقيق أو بعد صدور الحكم أو قبل صدور الحكم في الدعوى.
٤. العفو الخاص يصدر بقرار من رئيس الجمهورية، بخلاف العفو العام الذي يصدر بقانون من قبل السلطة التشريعية.

الشرط الرابع: أن تتكشف للمحكمة الوقائع الجديدة والمتهمون الجدد أثناء نظرها موضوع دعوى مرفوعة أمامها:

مفاد هذا الشرط أن تكون الوقائع والمتهمون محل الدعوى الثانية التي تتصدى لها المحكمة قد تكشفت لها أثناء نظرها موضوع الدعوى الأصلية المعروضة عليها «أي أن تكون الدعوى التي تنظرها المحكمة هي مصدر علمها بالواقعة الجديدة أو بالمتهمين الجدد وهذا العلم قد يتم عن طريق أوراق الدعوى الأولى أو من الأقوال الشفوية التي أدلى بها أمامها أثناء المرافعات»^(١).

وبمفهوم المخالفة لذلك فإنه لا يجوز للمحكمة التصدي إذا علمت بالمتهمين الجدد أو بالوقائع الجديدة عن طريق آخر غير طريق نظرها للدعوى الأصلية المعروضة عليها.

الشرط الخامس: أن يكون اتصال المحكمة بالموضوع متعلقاً بالدعوى الجزائية:

مفاد هذا الشرط أنه إذا كانت الدعوى الجزائية قد عرض لها عارض انقضاء أو سقوط بعد رفعها فلا يجوز للمحكمة التصدي بمناسبة نظرها للدعوى المدنية التبعية المرفوعة تبعاً للدعوى الجزائية والتي تظل باقية ولا تتأثر بسقوط الدعوى الجزائية.

ولا يشترط أن يكون اتصال المحكمة بالموضوع هو لأول مرة، إذ يجوز لمحكمة الموضوع عند نظرها الدعوى الجزائية للمرة الثانية بناءً على نقض الحكم والإحالة إليها للحكم من جديد أن تتصدى لإقامة الدعوى الجزائية عند توافر إحدى حالات التصدي.

أما بالنسبة للمحكمة العليا وهي محكمة قانون فقد قصر المشرع حقها في التصدي عند توافر إحدى حالات التصدي السابقة على فرض واحد وهو عندما تكون محكمة موضوع وذلك عند نظرها للموضوع بناءً على الطعن للمرة الثانية^(٢).

أشار إليه د/ طاهر صالح العبيدي، قانون الجرائم والعقوبات اليمني، القسم العام، ج٢، مكتبة ومركز الصادق للطباعة والنشر، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٩م، ص ٢٠٧.

(١) د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، الطبعة الحادية عشرة، ١٩٧٦م، ص ١٠٨.

(٢) د. عبد الباسط الحكيمي، مرجع سابق، ص ١٦٧، ١٦٨.

المطلب الثاني

إجراءات التصدي الوجوبي وآثاره

تمهيد وتقسيم:

من خلال نصوص المواد (٣٢، ٣٣، ٣٤) إ.ج؛ يتضح أن للتصدي الوجوبي إجراءات لممارسة هذه السلطة كما أن له آثاراً تترتب على استخدام هذه السلطة، وهو ما يقتضي من الباحث تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نتحدث في الفرع الأول عن إجراءات التصدي الوجوبي، أما الفرع الثاني فنتحدث فيه عن آثار التصدي الوجوبي على النحو التالي:

الفرع الأول

إجراءات التصدي الوجوبي

تقتصر سلطة المحكمة في حالة التصدي الوجوبي على مجرد طلب تحريك الدعوى الجزائية، فلا يجوز لها القيام بالتحقيق بنفسها أو الحكم فيها، حرصاً من المشرع على الحفاظ على مبدأ الفصل بين سلطتي التحقيق والمحاكمة، لذلك متى توافرت الشروط السابقة ورأت المحكمة التصدي فإنه يجب اتباع الإجراءات الآتية:

أولاً: يتم التصدي بقرار تصدره المحكمة بشأن الجرائم أو الأشخاص أو الوقائع التي ستتصدي لها، فإذا لم تكن الجرائم موضوع التصدي قد سبق تحريك الدعوى الجزائية بشأنها أمام النيابة العامة فإن قرار المحكمة يعتبر تحريكاً لهذه الدعوى، أما إذا كانت سلطة التحقيق قد تناولت الجريمة موضوع التصدي بالتحقيق من قبل ولم تصدر فيها قراراً بأن لا وجه لإقامة الدعوى، فإن هذا التصدي من المحكمة يعتبر قراراً باستئناف التحقيق^(١).

الجدير بالذكر أن قرار التصدي الذي تصدره المحكمة يجب أن يكون صريحاً، ولكن لا يشترط أن يكون مسبباً وهو قرار لا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن، لأنه ليس حكماً في الدعوى، بل مجرد إجراء أولي من إجراءات تحريكها^(٢).

والباحث لا يتفق مع أستاذه الدكتور/ عبد الباسط الحكيمي حيث يرى الباحث أنه يشترط في قرار التصدي أن يكون مسبباً، وذلك لأن القاعدة العامة أن الأصل في جميع الأوامر والقرارات القضائية أن تكون مسببة، وإلا لما عرف الغاية منها.

(١) د. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص ٢٤٣.

(٢) د. عبد الباسط الحكيمي، مرجع سابق، ص ١٦٩.

ثانياً: يجب على المحكمة إحالة الوقائع الجديدة أو المتهمين الجدد إلى النيابة العامة للتحقيق والتصرف في ذلك التحقيق وفقاً للقواعد المقررة في الباب الثالث من الكتاب الثاني من قانون الإجراءات الجزائية. وبالتالي فللنيابة العامة أن تصدر قراراً بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية، أو بإحالتها إلى المحكمة المختصة.

ثالثاً: إذا صدر قرار بإحالة الدعوى من النيابة العامة إلى المحكمة ففي هذه الحالة يفرق بين حالتين، الأولى: إذا كانت الدعوى الجديدة المتصدى لها غير مرتبطة بالدعوى الأصلية أو كان الارتباط بينهما بسيطاً؛ ففي هذه الحالة تحال الدعوى الجديدة المتصدى لها إلى المحكمة المختصة بها، كأن تكون مثلاً المحكمة المتخصصة، وتستمر الدعوى الجزائية الأصلية قائمة أمام المحكمة التي كانت تنظرها، الحالة الثانية: إذا كانت الدعوى الجديدة المتصدى لها مرتبطة بالدعوى الأصلية ارتباطاً غير قابل للتجزئة، ففي هذه الحالة يتعين نظرهما أمام محكمة واحدة ويجب إحالتها معاً إلى المحكمة المختصة بالدعوى الجديدة، إذ أن نظر هذه الدعوى ممتنع على المحكمة التي كانت تنظر الدعوى الأصلية، باعتبارها قد تصدت لها، وفي كلتا الحالتين فإنه لا يجوز للمحكمة التي تصدت للدعوى الحكم فيها^(١).

رابعاً: إذا رأت الشعبة الجزائية بمحكمة الاستئناف أثناء نظرها موضوع الطعن، أن هناك وقائع جديدة لم تشملها الدعوى، أو متهمين جدد غير من أقيمت الدعوى عليهم، أو جريمة مرتبطة بالتهمة التي رفعت بها الدعوى، ولم تنكشف للمحكمة الابتدائية التي أصدرت الحكم الابتدائي المطعون فيه بالاستئناف أو لم تظن إليها، ففي هذه الحالة للشعبة الجزائية بمحكمة الاستئناف أن تتصدى وتحيل الدعوى المتصدى لها إلى النيابة المختصة التي تتولى بدورها التحقيق والتصرف في الدعوى المتصدى فيها طبقاً للقواعد العامة، فإذا أصدرت النيابة العامة قرارها بإحالة الدعوى المتصدى لها إلى المحكمة، ففي هذه الحالة للشعبة الجزائية بمحكمة الاستئناف أن تحيل الدعوى المتصدى لها إلى محكمة ابتدائية أخرى غير التي أصدرت الحكم المستأنف للحكم فيها^(٢).

كما أنه يجوز للشعبة الجزائية بمحكمة الاستئناف أن تحيل الدعوى المتصدى لها إلى المحكمة ذاتها التي أصدرت الحكم الابتدائي وذلك في حالة ما إذا كانت المحكمة الابتدائية التي أصدرت الحكم المستأنف مشكلة من أكثر من قاض، أو مشكلة من قاض فرد غير القاضي الذي أصدر الحكم والذي لم يعد يعمل في المحكمة ففي هذه الحالة،

(١) د. مطهر علي صالح أنقع، مرجع سابق، ص ١٣٣، ١٣٤.

(٢) د. عبد الباسط الحكيمي، مرجع سابق، ص ١٧٤.

يجوز للشعبة الجزائية بمحكمة الاستئناف إحالة الدعوى محل التصدي إلى المحكمة ذاتها التي أصدرت الحكم المطعون فيه بحيث ينظرها قاض آخر غير مصدر الحكم.

وإذا أصدرت المحكمة الابتدائية حكماً في الدعوى الجديدة التي تصدت لها الشعبة الجزائية بمحكمة الاستئناف فلا يجوز للقضاة الذين تصدوا، نظر الطعن في الحكم الصادر فيها^(١)، وكل هذا يتفق مع نصوص وأحوال التنحي الوجوبي المنصوص عليه في المادتين (٢٧٠، ٢٧١) ج، والمواد (١٢٨، ١٢٩) مرافعات^(٢).

خامساً: للدائرة الجزائية في المحكمة العليا أن تتصدى لإقامة الدعوى، وذلك حين نظرها للموضوع بناءً على الطعن للمرة الثانية، إذ تصبح في هذه الحالة إلى محكمة موضوع، ويقتصر حق الدائرة الجزائية على تحريك الدعوى أمام النيابة المختصة التي تتولى بدورها التحقيق والتصرف فيها طبقاً للقواعد العامة، فإذا أصدرت النيابة العامة قرارها بإحالة الدعوى إلى المحكمة، ففي هذه الحالة على الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا إحالة الدعوى المتصدى لها إلى المحكمة المختصة بها وفقاً للقواعد العامة حتى لا تفوت درجة من درجات التقاضي. وإذا طعن بالنقض في الحكم الذي تصدره المحكمة المختصة التي أحيلت الدعوى المتصدى لها، ففي هذه الحالة فإنه لا يجوز أن يشترك في نظر هذا الطعن أحد قضاة الدائرة التي قررت تحريكها^(٣).

الثاني

الفرع

آثار التصدي الوجوبي

يرتب التصدي الوجوبي أثرين أحدهما إيجابي والآخر سلبي^(٤):

الأثر الإيجابي: أنه يترتب على التصدي إحالة الدعوى إلى النيابة العامة لإجراء التحقيق في الدعوى المتصدى لها، وبالتالي فعلى النيابة العامة أن تتصرف في التحقيق الذي تجريه طبقاً للباب الثالث من الكتاب الثاني من قانون الإجراءات الجزائية، فلها أن تصدر قراراً بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية إذا وجد ما يبرر ذلك، ولها أن تصدر قراراً بإحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة، وكل ما تلتزم به النيابة العامة عند إحالة الدعوى إليها هو مباشرة التحقيق فليس لها أن تصدر أمراً بحفظ الأوراق إذا لم تر ضرورة للتحقيق

(١) المرجع السابق.

(٢) الجريدة الرسمية، قانون المرافعات والتنفيذ المدني رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢ م.

(٣) د. عبد الباسط الحكيمي، مرجع سابق، ص ١٧٥.

(٤) د. مأمون محمد سلامة، مرجع سابق، ص ١٣٢-١٣٣.

وهذا المعنى واضح من خلال نص المادة (٣٢) إ.ج.

وفي كل الأحوال لا يجوز للمحكمة أن تباشر التحقيق بنفسها فحقها يقتصر على مجرد تحريك الدعوى^(١)، فإذا حققت المحكمة في الدعوى بنفسها دون أن تحيلها إلى النيابة العامة للتحقيق، ودون أن تترك للنياية العامة حرية التصرف في التحقيق التي تباشرها فإن المحكمة تكون قد أخطأت القانون^(٢).

الأثر السلبي: فهو عدم جواز نظر الدعوى المتصدى لها من ذات المحكمة التي تصدت للوقائع الجديدة أو المتهمين الجدد، بمعنى أنه لا يجوز للمحكمة أن تفصل في جريمة تصدت لها، أو أن تحكم على متهم جديد أدخلته في حدود سلطتها في التصدي، وإلا كان حكمها باطلاً بطلاناً مطلقاً متعلقاً بالنظام العام.

وفي هذا السياق جاء قضاء محكمة النقض المصرية في حكم لها: بأن المحكمة الجنائية التي تستعمل حقها في التصدي وتحكم بنفسها في الواقعة دون أن تحيل الدعوى إلى النيابة العامة للتحقيق تخطئ بمخالفتها صريح نص القانون، بل ولا يؤثر في ذلك قبول الدفاع عن المتهمين للتهمة الجديدة، فقيام المحكمة بالفصل في الدعوى مخالف للنظام العام لتعلقه بأصل من أصول المحاكمات الجنائية لاعتبارات سامية تتصل بتوزيع العدالة على ما يقضي به القانون^(٣).

(١) د. رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، دار الفكر العربي، الطبعة الثامنة عشرة، ٢٠٠٦م، ص ١٠٦؛ د. مأمون محمد سلامة، مرجع سابق، ص ١٣٢؛ د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ١٥٦.

(٢) د. محمد زكي أبوعامر، الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الطبعة السابعة، ٢٠٠٥م، ص ٢٩٠.
(٣) حكم النقض المصري الصادر في أول نوفمبر ١٩٦٦م، مجموعة أحكام النقض، س ١٧، ق ٢٠٠، ص ١٠٦٩؛ أشار إليه د. عبدالباسط الحكيمي، مرجع سابق، ص ١٧٠.

المبحث الثاني التصدي الجوازي

تمهيد وتقسيم:

نظم المشرع اليمني التصدي الجوازي في الفصل الثالث من الباب الثالث من الكتاب الأول من قانون الإجراءات الجزائية في المادة (٣٥) إ.ج، حيث نصت على أنه: (للمحكمة في حالة نظر الموضوع إذا وقعت أفعال من شأنها الإخلال بأوامرها أو الاحترام الواجب لها والتأثير في قضائها أو في الشهود وكان ذلك في صدد دعوى منظورة أمامها أن تقيم الدعوى الجزائية على المتهم طبقاً للمادتين (٣٢، ٣٣) وتقتضي فيها).

فمن خلال النص المتقدم يتضح أن حالات التصدي الجوازي، خولها المشرع للقضاء الجزائي^(١)، في المحاكم الابتدائية والاستئنافية، وفيها أجاز المشرع للمحكمة أن تتصدى للدعوى وتحريك الدعوى الجزائية بصدد الجرائم المخلة بأوامر المحكمة والاحترام الواجب لها، أو التأثير في قضائها أو في الشهود، وفي هذه الحالات فإن حق المحكمة في التصدي يتسم بالطبيعة الجوازية، أي أنه حق اختياري للمحكمة يخضع لسلطانها التقديرية بحيث يجوز لها إذا توافرت شروطه وحالاته أن تقيم الدعوى الجزائية على المتهم في هذه الجرائم والحكم فيها أيضاً، كما يجوز لها أيضاً أن لا تقيم الدعوى بصدها، فالأمر متروك لمطلق سلطتها التقديرية^(٢)، لأن نص المادة (٣٥) جاء بصيغة الجواز (للمحكمة).

يرى الباحث أنه كان الأجدر بالمشرع اليمني مد النص إلى الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا أثناء نظرها موضوع الدعوى بصفتها محكمة موضوع، أو عندما تنظر الدعوى بناءً على الطعن للمرة الثانية.

وعليه سنتحدث في هذا المبحث عن سلطة المحكمة الجزائية في تحريك الدعوى الجزائية في حالات التصدي الجوازي، وهو ما يقتضي تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين كالتالي:

(١) قصر المشرع سلطة التصدي الوجوبي الجوازي على القضاء الجزائي دون المدني والتجاري مرده أن التدخل في شؤون القضاء ومحاولات التأثير فيه أو في قضائه أو في الشهود إنما يغلب وقوعه في القضايا الجزائية، وكذلك الحال فيما يتعلق بالإخلال بأوامر القضاء، كما أن ذلك يعد استثناءً على مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والحكم، ولذلك لم يشأ المشرع التوسع فيه.

(٢) د. عبد الباسط الحكيمي، مرجع سابق، ص ١٧٩.

المطلب الأول

حالات التصدي الجوازي وشروطه

تمهيد وتقسيم:

من خلال نص المادة (٣٥) إ.ج، يتضح أن للتصدي الجوازي حالات وشروطاً، وهو ما يقتضي من الباحث تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتحدث في الفرع الأول عن حالات التصدي الجوازي، أما الفرع الثاني سنوضح فيه شروط التصدي الجوازي وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

حالات التصدي الجوازي

حددت المادة (٣٥) إ.ج. للتصدي الجوازي حالات إذا توافرت إحدى هذه الحالات، وتوافرت الشروط، جاز للمحكمة التصدي وهذه الحالات هي:

الحالة الأولى: الإخلال بأوامر المحكمة أو بالاحترام الواجب لها:

في هذه الحالة أجاز المشرع للمحكمة تحريك الدعوى الجزائية إذا وقعت إحدى الجرائم التي من شأنها الإخلال بأوامر المحكمة أو بالاحترام الواجب لها.

ومن الأفعال التي تمثل جرائم من شأنها الإخلال بأوامر القضاء الجزائي، رفض تنفيذ الأوامر والأحكام الصادرة من القاضي الجزائي المنصوص عليها في المادة (١٦٥) جرائم وعقوبات، وجريمة كسر الأختام الموضوعة على محل أو على أوراق بأمر القاضي الجزائي المنصوص عليها في المادة (١٧٥) جرائم وعقوبات.

وجريمة مساعدة المقبوض عليه على الهرب المنصوص عليها في المادة (١٩١) جرائم وعقوبات، وجريمة إخفاء متهم بجريمة أو محكوم عليه فيها المنصوص عليها في المادة (١٩٠) جرائم وعقوبات.

ومن الأفعال التي تمثل جرائم من شأنها الإخلال بالاحترام الواجب للمحكمة، جريمة إهانة أو سب المحاكم علانية المنصوص عليها في المادة (١٩٧/ثالثاً) جرائم وعقوبات، وجريمة إهانة القاضي الجزائي أو تهديده المنصوص عليها في المادة (١٧٢) جرائم وعقوبات، وجريمة الإخلال بواسطة الكتابة أو القول أو الفعل أو بأية طريقة بمقام القاضي الجزائي أو هيئته أو سلطته، أو محاولة التأثير عليه بصدد دعوى منظورة أمامه

المنصوص عليها في المادة (١٨٥) جرائم وعقوبات، وجريمة التدخل لدى القاضي الجزائي لصالح أحد الخصوم المنصوص عليها في المادة (١٨٧) جرائم وعقوبات^(١).

الحالة الثانية: التأثير في قضاء المحكمة أو في الشهود؛

في هذه الحالة أجاز المشرع للمحكمة تحريك الدعوى الجزائية إذا وقعت إحدى الجرائم التي من شأنها التأثير في قضاء المحكمة أو في الشهود.

ومن هذه الأفعال التي تؤثر في القضاء أو في الشهود، جريمة استعمال القوة أو التهديد أو عرض عطية أو مزية من أي نوع كان، أو وعد بشيء لحمل آخر على عدم أداء الشهادة، أو على الشهادة زوراً، أو وقع ذلك على الخبير أو المترجم المنصوص عليها في المادة (١٨١) جرائم وعقوبات، وجرائم إثارة الفوضى والتجمهر للتأثير على القاضي المنصوص عليها في المادة (١٨٥) جرائم وعقوبات، وجريمة استعمال القوة أو التهديد ضد متهم أو شاهد أو خبير لحمله على الاعتراف بجريمة، أو للإدلاء بأقوال أو معلومات في شأنها المنصوص عليها في المادة (١٦٦) جرائم وعقوبات، وجريمة تضليل القضاء الجزائي بواسطة تغيير حالة الأشخاص أو الأماكن أو الأشياء المتصلة بالجريمة المنصوص عليها في المادة (١٨٣) جرائم وعقوبات، وجريمة إفشاء سرية الإجراءات المنصوص عليها في المادة (١٨٩) جرائم وعقوبات^(٢).

الثاني

الفرع

شروط التصدي الجوازي

يشترط لصحة التصدي الجوازي الآتي:

الشرط الأول: أن تتوافر إحدى حالات التصدي الجوازي المذكورة آنفاً.

الشرط الثاني: أن تكون الجريمة التي وقعت من شأنها الإخلال بأوامر المحكمة أو بالاحترام الواجب لها، أو تنطوي على معنى التأثير في قضائها أو في الشهود، وبمفهوم المخالفة لذلك فإذا كانت الجريمة لا تنطوي على معنى الإخلال بأوامر المحكمة أو بالاحترام الواجب لها، أو ليس من شأنها التأثير في قضائها أو في الشهود، ففي هذه الحالة لا يجوز للمحكمة تحريك الدعوى الجزائية عنها^(٣).

(١) الجريدة الرسمية، قانون الجرائم والعقوبات رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م، العدد (١٩) ج ٣.

(٢) الجريدة الرسمية، قانون الجرائم والعقوبات رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م، العدد (١٩) ج ٣.

(٣) د. عبد الباسط الحكيمي، مرجع سابق، ص ١٨١.

الشرط الثالث: أن تكون الجريمة التي وقعت من شأنها الإخلال بأوامر المحكمة أو بالاحترام الواجب لها، أو تنطوي على معنى التأثير في قضائها أو في الشهود، قد ارتكبت خارج الجلسة، إذ لو ارتكبت في الجلسة لكان من حق المحكمة تحريك الدعوى في شأنها والحكم فيها لاعتبارها من جرائم الجلسات التي نظمها المشرع في المواد (١٧٣)، (١٧٤، ١٧٥، ١٧٦، ١٧٨) من قانون المرافعات^(١)، وكذلك المادتان (٣١٩، ٣٥٧) من قانون الإجراءات الجزائية.

الشرط الرابع: أن يكون تحريك الدعوى الجزائية من المحكمة الجزائية بمناسبة دعوى معروضة عليها، ولا يشترط أن تكون الدعوى المنظورة أمامها من الدعاوى الجزائية، وهذا بخلاف التصدي الوجوبي إذ طبقاً لنص المادة (٣٥) إ.ج، يجوز أن تكون الدعوى المنظورة أمام المحكمة هي الدعوى المدنية التبعية للدعوى الجزائية وحدها، وذلك في الحالة التي تكون فيها الدعوى الجزائية قد انقضت لسبب طارئ بعد رفعها، أو اقتصر الطعن بالاستئناف أمام المحكمة بالاستئناف على الدعوى المدنية التبعية فقط.

إذ تتمثل الغاية من تخويل المحكمة سلطة تحريك الدعوى في حالات التصدي الجوازي في صيانة كرامة المحكمة وهيبتها، وعدم التأثير في قضائها، فضلاً عن حماية الشهود، بصرف النظر عن موضوع الدعوى المنظورة أمامها^(٢).

(١) الجريدة الرسمية، قانون المرافعات والتنفيذ المدني رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢ م.

(٢) د. عبد الباسط الحكيمي، مرجع سابق، ص ١٨١.

المطلب الثاني

إجراءات التصدي الجوازي وآثاره

تمهيد وتقسيم:

من خلال نص المادة (٣٥) إ.ج، يتضح أن للتصدي الجوازي إجراءات لممارسة هذه السلطة، كما أن له آثاراً تترتب على استخدام هذه السلطة، وهو ما يقتضي من الباحث تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتحدث في الفرع الأول عن إجراءات التصدي الجوازي، أما الفرع الثاني فنبين فيه آثار التصدي الجوازي وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

إجراءات التصدي الجوازي

استناداً لنص المادة (٣٥) إ.ج، فإن للمحكمة الجزائية في أحوال التصدي الجوازي تحريك الدعوى الجزائية، وإحالتها إلى النيابة العامة للتحقيق فيها، كما أن للمحكمة الحكم في هذه الدعوى^(١)، وبالتالي فإنه يجب اتباع الإجراءات التالية:

أولاً: يتم التصدي بقرار تصدره المحكمة بشأن الجرائم التي تمثل إخلالاً بأوامر المحكمة أو بالاحترام الواجب لها، أو التأثير في قضائها أو في الشهود التي ستصدي لها. وقرار التصدي الذي تصدره المحكمة يجب أن يكون صريحاً، ولكنه لا يشترط أن يكون مسبباً، وهو قرار لا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن، لأنه ليس حكماً في الدعوى بل مجرد إجراء أولي من إجراءات تحريكها^(٢).

ويرى الباحث خلاف ذلك حيث يرى أنه يجب أن يكون قرار التصدي مسبباً، وذلك لأن القاعدة العامة أن الأصل في جميع الأوامر والقرارات القضائية أن تكون مسببة وإلا لما عرف الغاية منها.

ثانياً: يجب على المحكمة إحالة الدعوى المتصدي لها إلى النيابة العامة للتحقيق

(١) يوصي الباحث المشرع اليمني بتعديل نص المادة (٣٥) إ.ج حيث يرى قصر سلطة المحكمة إزاء الجرائم التي من شأنها الإخلال بأوامر المحكمة أو الاحترام الواجب لها أو التأثير في قضائها أو في الشهود على مجرد تحريك الدعوى إلى النيابة العامة للتحقيق فيها دون أن تفصل فيها ذات المحكمة، نظراً لتعارض ذلك مع مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والحكم من ناحية، وتحقيق ضمانات حق الدفاع للمتهم من ناحية وحياد القاضي، وأحوال التنحي الوجوبي المنصوص عليها دستورياً وقانوناً من ناحية ثانية.

(٢) د. عبد الباسط الحكيمي، مرجع سابق، ص ١٦٩.

والتصرف في ذلك التحقيق وفقاً للقواعد المقررة في الباب الثالث من الكتاب الثاني، وبالتالي فللنيابة العامة أن تصدر قراراً بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية، أو بإحالتها إلى المحكمة المختصة، وكل ما تلتزم به النيابة العامة عند إحالة الدعوى إليها هو مباشرة التحقيق فليس لها أن تصدر أمراً بحفظ الأوراق إذا لم تر ضرورة للتحقيق، وهذا المعنى واضح من خلال نص المادة (٣٢) إ.ج.

ثالثاً: إذا صدر قرار من النيابة العامة بإحالة الدعوى إلى المحكمة، ففي هذه الحالة فإنه يجوز للمحكمة التي تصدت للدعوى سواء كانت هذه المحكمة هي المحكمة الابتدائية أم الشعبة الجزائية بمحكمة الاستئناف، أن تفصل في الدعوى التي تصدت لها، وهذا بخلاف التصدي الوجوبي الذي يقتصر على مجرد تحريك الدعوى إلى النيابة العامة للتحقيق، ولا يحق للمحكمة التي تصدت أن تفصل في الدعوى.

وعلة هذا الاختلاف أن الجريمة التي تتصدى لها المحكمة ليست مرتبطة بالدعوى المرفوعة أمامها، وإنما التأثير في القضاء وحسن سير العدالة، ولا مبرر لأن تكون المحكمة التي ستنظر الدعوى هي غير المحكمة التي حركتها، ما دام أن القضية ستخضع قبل ذلك لمرحلة التحقيق^(١).

الفرع الثاني

آثار التصدي الجوازي

يرتب التصدي الجوازي أثرين كلاهما إيجابيان، وهذا بخلاف التصدي الوجوبي:

الأثر الأول: أنه يترتب على التصدي إحالة الدعوى إلى النيابة العامة لإجراء التحقيق في الدعوى المتصدى لها، وبالتالي فعلى النيابة العامة أن تتصرف في التحقيق الذي تجريه طبقاً للباب الثالث من الكتاب الثاني من قانون الإجراءات الجزائية، ولها أن تصدر قراراً بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية، أو بإحالتها إلى المحكمة المختصة.

وبالتالي فإنه لا يجوز للمحكمة أن تباشر التحقيق بنفسها، فإذا حققت المحكمة في الدعوى بنفسها دون أن تحيلها إلى النيابة العامة للتحقيق فإن المحكمة تكون قد أخطأت القانون^(٢)، ذلك أن نص المادة (٣٢) إ.ج. يوجب على المحكمة إحالتها إلى النيابة العامة لتحقيقها والتصرف فيها طبقاً للقواعد العامة.

(١) د. مطهر أنقع، مرجع سابق، ص ١٣٦.

(٢) د. محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص ٢٩٠.

الأثر الثاني: وهو جواز نظر الدعوى المتصدى لها من ذات المحكمة التي تصدت، بمعنى أنه يجوز للمحكمة التي تصدت للدعوى سواءً كانت هذه المحكمة هي المحكمة الابتدائية أو الشعبة الجزائية بمحكمة الاستئناف أن تفصل في الدعوى التي تصدت لها. ونعتقد بأن المشرع حينما خول المحكمة الجزائية الجمع بين سلطتي التحقيق والحكم أنه قد غلب اعتبارات ضمان احترام القضاء وكفالة هيئته والنأي به على التأثير على غيره من الاعتبارات.

والباحث لا يتفق مع وجهة نظر المشرع حيث يرى الباحث قصر سلطة المحكمة على تحريك الدعوى إلى النيابة للتحقيق فيها دون أن تفصل فيها ذات المحكمة التي تصدت لها، وذلك تغليباً لاعتبارات مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والحكم من ناحية، وتحقيق ضمانات حق الدفاع للمتهم، وحياد القاضي، وأحوال التنحي الوجوبي المنصوص عليها دستورياً وقانوناً من ناحية ثانية.

الخاتمة

قال تعالى: ﴿ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا﴾

الحمد لله الذي وفقني لإتمام هذه الدراسة، بعد جهد دؤوب ومشقة وضيق وقت في البحث عن المادة العلمية، وكتابة موضوع هذه الدراسة وتنقيحه، وتقسيم المباحث والفروع، والصلاة والسلام على من أرسله الله هادياً للأنام سيدنا محمد بن عبدالله وعلى آله وأصحابه، أما بعد:

فقد توصلت من خلال هذه الدراسة إلى عدد من النتائج والتوصيات وهي على النحو الآتي:

أولاً: النتائج:

انتهى الباحث إلى عدد من النتائج أهمها:

١. أن حالات التصدي بنوعيه الوجوبي والجوازي، نص عليها المشرع على سبيل الحصر، ومن ثم فلا يجوز التوسع فيها أو القياس عليها، لأنها استثناء من الأصل وهو عدم جواز تحريك الدعوى الجزائية من سلطة الحكم وفقاً لمبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والحكم، وبالتالي فإن أحكام التصدي تتعلق بالنظام العام.

٢. حق التصدي لا يعني (إقامة الدعوى الجزائية) كما جاء في تعبير القانون، وإنما يفيد فقط طلب تحريك الدعوى إلى سلطة التحقيق لكي تقوم من بعد بإقامة الدعوى وإحالتها إلى المحكمة إذا ما قدرت ذلك.
٣. للمحكمة من حيث المبدأ سلطة تقديرية من حيث تقرير توافر إحدى حالات التصدي الوجوبي، أو تقرير عدم توافرها، فإذا رأت أثناء نظرها في دعوى مرفوعة أمامها توافر شروط إحدى هذه الحالات، فإنها لا تملك سلطة تقديرية عندئذ، ومن ثم يجب عليها التصدي بقوة القانون، بحيث لا يكون لها سلطة تقديرية في التصدي أو عدم التصدي.
٤. ن أن سلطة تحريك الدعوى الجزائية في أحوال التصدي بنوعيه، قصرها المشرع على القضاء الجزائي، لأن التصدي يستحيل أن يثار إلا بصدد دعوى جزائية منظورة أمام القضاء الجزائي، وهذا بخلاف سلطة المحاكم في تحريك الدعوى في جرائم الجلسات فقد خولها المشرع للقضاء عموماً الجزائي وغير الجزائي.
٥. أن قان قرار التصدي الذي تصدره المحكمة يجب أن يكون صريحاً، ولا يشترط فيه أن يكون مسبباً، وقرار المحكمة بالتصدي لا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن، لأنه ليس حكماً في الدعوى بل مجرد إجراء أولي من إجراءات تحريكها.
٦. أن المقصود بنص المادة (٣٥) إ.ج والتي نصت على الجرائم التي تمثل إخلالاً بأوامر المحكمة أو الاحترام الواجب لها والتأثير في قضائها أو في الشهود، أنها التي تقع خارج الجلسة فقط، أما الجرائم التي تقع في الجلسة فقد تكفلت نصوص أخرى بتنظيمها تحت عنوان: «جرائم الجلسات» وهي المواد (٣١٩، ٣٥٧) إ.ج، والمواد (١٧٣، ١٧٤، ١٧٥، ١٧٦، ١٧٨) مرافعات.
٧. يقتصر حق المحكمة في حالات التصدي الوجوبي على مجرد تحريك الدعوى الجزائية أي مجرد الاتهام دون التحقيق أو الفصل فيها، فإن حققت أو حكمت فيها المحكمة التي تصدت لها كان عملها باطلاً بطلاناً مطلقاً، وهذا بخلاف التصدي الجوازي إذ من حق المحكمة التي تصدت أن تفصل في موضوع الدعوى المتصدى لها.

ثانياً: التوصيات:

خلص الباحث إلى عدد من التوصيات أهمها:

١. أوصي المشرع اليمني بتعديل عنوان الفصل الثالث من الباب الثالث من الكتاب الأول من قانون الإجراءات الجزائية الموسوم بـ (في إقامة الدعوى الجزائية من المحكمة) إلى (تحريك الدعوى الجزائية من المحكمة) وذلك لأن إقامة الدعوى يعني رفعها إلى قضاء الحكم، وليس هذا هو المعنى الذي يقصده المشرع هنا، إذ أن المقصود بإقامة الدعوى هنا هو قرار تحريكها الذي ينفذ بإحالة الوقائع الجديدة أو المرتبطة أو المتهمين الجدد إلى النيابة العامة للتحقيق والتصرف فيها طبقاً للقواعد العامة المقررة في الباب الثالث من الكتاب الثاني من قانون الإجراءات الجزائية.

٢. أوصي المشرع اليمني بتعديل نص المادتين (٣٢، ٣٣) إ.ج، بحذف عبارة: (يجوز) من النصين واستبداله بعبارة: (يجب) حتى لا يفهم أن المشرع يخول القاضي الجزائي في المحكمة سلطة الجمع بين صفة الخصم وصفة الحكم في آن واحد، مع ما في ذلك من تعارض مع القواعد الإجرائية الآمرة، لاسيما القواعد المتعلقة بالتنحي الوجوبي، وبالتالي نقترح أن يكون نص المادتين كالتالي:

نص المادة (٣٢): (إذا رأت المحكمة الابتدائية في دعوى مرفوعة أمامها أن هناك متهمين غير من أقيمت الدعوى عليهم أو وقائع أخرى غير المسندة فيها إليهم أو أن هناك جريمة مرتبطة بالتهمة المعروضة أمامها فعليها أن تحيلها إلى النيابة العامة لتحقيقها والتصرف فيها طبقاً للباب الثالث من الكتاب الثاني من هذا القانون. وإذا صدر قرار بإحالة الدعوى إلى المحكمة وجب على المحكمة إحالتها إلى محكمة أخرى، وإذا كانت المحكمة لم تفصل في الدعوى الأصلية وكانت مرتبطة بالدعوى الجديدة ارتباطاً لا يقبل التجزئة وجب إحالة القضية كلها إلى محكمة أخرى).

ونص المادة (٣٣) إ.ج على: (لمحكمة الطعن الاستئنافية عند نظر الاستئناف نفس الصلاحيات المقررة في المادة السابقة ويجب في هذه الحالة أن تكون الإحالة إلى محكمة ابتدائية أخرى غير التي أصدرت الحكم المستأنف، ويكون النقل في جميع الأحوال بقرار من رئيس المحكمة طبقاً للقانون).

٣. أوصي المشرع اليمني بإدخال الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا أثناء نظرها للدعوى بناءً على الطعن للمرة الثانية تحت حكم نص المادة (٣٥) إ.ج باعتبار أن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا تحتاج إلى أوفر نصيب من الاحترام ثم أن الأفعال التي تقوم

بها الجرائم الماسة بالاحترام الواجب للقضاء يغلب أن ترتكب ضد المحاكم العليا. وبالتالي نقترح أن يكون نص المادة كالتالي:

نص المادة (٣٥) إ.ج: (للمحكمة في حالة نظر الموضوع إذا وقعت أفعال من شأنها الإخلال بأوامرها أو الاحترام الواجب لها والتأثير في قضائها أو في الشهود وكان ذلك في صدد دعوى منظورة أمامها أن تقيم الدعوى الجزائية على المتهم طبقاً للمواد (٣٢، ٣٣، ٣٤) وتقضي فيها). لاسيما وأن مستهل نص المادة (٣٥) جاء عاماً ومطلقاً (للمحكمة) ولم يحدد محكمة بعينها.

٤. أوصي المشرع اليمني بتعديل نص المادة (٣٥) إ.ج، حيث نرى قصر سلطة المحكمة إزاء الجرائم التي من شأنها الإخلال بأوامر المحكمة أو الاحترام الواجب لها أو التأثير في قضائها أو في الشهود على مجرد تحريك الدعوى إلى النيابة العامة للتحقيق فيها دون أن تفصل فيها ذات المحكمة نظراً لتعارض ذلك مع مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والحكم من ناحية وتحقيق ضمانات حق الدفاع للمتهم وحياد القاضي وأحوال التنحي الوجوبي المنصوص عليها دستورياً وقانوناً من ناحية ثانية وبالتالي نقترح أن يكون نص المادة كالتالي:

نص المادة (٣٥) إ.ج: (للمحكمة في حالة نظر الموضوع إذا وقعت أفعال من شأنها الإخلال بأوامرها أو الاحترام الواجب لها والتأثير في قضائها أو في الشهود وكان ذلك في صدد دعوى منظورة أمامها أن تقيم الدعوى الجزائية على المتهم طبقاً للمادتين (٣٢، ٣٣)، وإذا صدر قرار بإحالة الدعوى إلى المحكمة، جاز إحالتها إلى محكمة أخرى للفصل فيها).

قائمة المراجع

أولاً: المؤلفات القانونية:

١. د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، ج١، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، الطبعة الأولى، ١٩٧٩م.
٢. د. حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨١م.
٣. د. رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، دار الفكر العربي، الطبعة الثامنة عشرة، ٢٠٠٦م.
٤. د. طاهر صالح العبيدي، قانون الجرائم والعقوبات اليمني، القسم العام، ج٢، مكتبة ومركز الصادق للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٩م.
٥. د. عبدالباسط محمد سيف الحكيمي، شرح قانون الإجراءات الجنائية اليمني، مكتبة الصادق للطباعة والنشر، الطبعة الرابعة، ٢٠١٢م.
٦. د. مأمون محمد سلامة، قانون الإجراءات الجنائية، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، ١٩٨٠م.
٧. د. محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الطبعة السابعة، ٢٠٠٥م.
٨. د. محمد سيف شجاع، شرح قانون الإجراءات الجنائية اليمني، مكتبة ومركز الصادق للنشر والتوزيع، الطبعة الخامسة، ٢٠٠٤-٢٠٠٥م.
٩. د. محمد عبد الغريب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، النسر الذهبي للطباعة، الطبعة الثانية، القاهرة، ١٩٩٦م.
١٠. د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، الطبعة الحادية عشرة، ١٩٧٦م.
١١. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ١٩٨٢م.
١٢. د. مطهر علي صالح أنقع، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ج١، المطبعة القضائية، الطبعة الخامسة، ٢٠١٥م.

١٣. د. نديم محمد حسن التريزي، شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني، مكتبة ومركز الصادق للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ٢٠١٥م.

ثانياً: القوانين:

١. قانون الإجراءات الجزائية اليمنية، رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م، العدد (١٩)، ج ٤، لسنة ١٩٩٤م.

٢. قانون الجرائم والعقوبات رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م، العدد (١٩)، ج ٣، لسنة ١٩٩٤م.

٣. قانون المرافعات والتنفيذ المدني رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م.

طبيعة مسؤولية المستشفيات الخاصة في إطار علاقتها بالأطباء

الدكتور/ عبدالوهاب محمد عبدالوهاب السادة
أستاذ القانون الدولي الخاص المساعد بجامعة تعز
محام أمام المحكمة العليا

مقدمة

يحدث أن تستعين المنشآت الطبية الخاصة بأطباء وجراحين متخصصين للقيام بعمل طبي أو جراحي تخصصي معين، وذلك بموجب علاقة عقدية بينهما لحسابها، حيث يحدث أن يتوجه المريض إلى إدارة المنشأة الطبية الخاصة التي يؤمن بشهرتها، والتي بدورها تقدمه إلى الطبيب الأخصائي، لإجراء العمل العلاجي اللازم، وتقوم هي بتقديم العناية الواجبة، والمتممة لهذا العمل، من حيث الإقامة والإشراف الطبي اللاحق لمرحلة التدخل الجراحي. ومما لا شك فيه أن الأخصائي في هذا الفرض تنتهي مسؤوليته بإجراء العملية الجراحية المتفق على إجرائها، إذ أنه يكون عادة مرتبطاً بأكثر من منشأة طبية خاصة للقيام بإجراء العمليات الجراحية المتخصصة فيها.

إشكاليات البحث:

ما مسؤولية الطبيب الأخصائي عن الخطأ الطبي العلاجي؟

ما علاقة الطبيب الجراح بطبيب التخدير؟

ما علاقة الطبيب الأخصائي بطبيب الأشعة؟

ما اتجاهات الفقه والقضاء بشأن علاقة التبعية في إطار المنشآت الطبية والصحية الخاصة؟

أهداف البحث:

بيان مسؤولية الطبيب الأخصائي عن الخطأ الطبي العلاجي وعلاقة الطبيب الجراح بطبيب التخدير، وعلاقة الطبيب الأخصائي بطبيب الأشعة واتجاهات الفقه والقضاء بشأن علاقة التبعية في إطار المنشآت الطبية والصحية الخاصة.

منهج البحث:

ستعتمد الدراسة على المنهج الوصفي والمنهج التحليلي، وذلك بتحليل جزئيات الدراسة في ضوء القانونين اليمني والمصري، وستعتمد الدراسة أيضاً على المنهج المقارن وذلك بمقارنة ما ورد في القانون الفرنسي.

الخطوة:

الفرع الأول: مسؤولية الطبيب الأخصائي عن الخطأ الطبي العلاجي.

الفرع الثاني: علاقة الطبيب الجراح بطبيب التخدير.

الفرع الثالث: علاقة الطبيب الأخصائي بطبيب الأشعة.

الفرع الرابع: اتجاهات الفقه والقضاء بشأن علاقة التبعية في إطار المنشآت الطبية والصحية الخاصة.

الأول

الفرع

مسئولية الطبيب الأخصائي عن الخطأ الطبي العلاجي

الرأي الأول: يذهب غالبية الفقه^(١) إلى أن الطبيب الأخصائي يتحمل وحده المسؤولية الشخصية عن الأضرار المتسببة بفعله في مواجهة المريض، ذلك أن المنشأة الطبية والصحية الخاصة ليست لها رقابة عليه في مباشرة عمله الفني.

ويبرر أنصار هذا الاتجاه عدم مسؤولية المنشأة الطبية الخاصة في هذه الحالة، بأن المريض في هذه الحالة يكون قد أبرم عقدين معاً، أحدهما مع الطبيب الأخصائي، والآخر: مع المنشأة الطبية الخاصة، إذ سوف يتصل المريض بالطبيب الأخصائي، والذي يتعهد له بأن يقدم له العناية والرعاية اللازمة في حدود تخصصه، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن هذا المريض لم يقصد هذا الأخصائي شخصياً، وإنما هو يقصد المنشأة الطبية والصحية الخاصة لشهرتها وثقته فيها، ولذا فإنه يتعاقد كذلك مع إدارة هذه المنشأة الطبية أيضاً؛ كي تجري له الأعمال السابقة للعلاج في المرحلة التحضيرية أو التمهيدية، والأعمال المعاصرة في مرحلة العلاج كالتخدير، والأعمال اللاحقة كعمليات الجروح وتقديم الغرفة والطعام، فإذا ما أصاب هذا المريض ضرر من نشاط الطبيب الأخصائي فإنه وحده هو الذي يكون مسؤولاً عن ذلك بمقتضى العقد الذي يربطه بالمريض. أما المنشأة الطبية الخاصة فلا مسؤولية عليها لأنها لم تلتزم نحوه بأداء عمل الأخصائي^(٢).

الرأي الثاني: غير أن هناك من ذهب^(٣) إلى القول بأن الرأي السابق من شأنه أن يؤدي

(١) د. علاء الدين خميس، المسؤولية الطبية عن فعل الغير، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة المنوفية، ١٩٩٧، ص ٣٥٤ وتنص المادة (١١) من القانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٢م بشأن مزاوله المهن الطبية والصيدلانية: على كل طبيب أن يحتفظ في عيادته بسجل يقيد فيه البيانات الخاصة بالمرضى المترددين على عيادته وتشمل البيانات الاسم والعمر والعنوان وتاريخ الزيارة، وتشخيص الحالة والعلاج وأي بيانات أخرى ذات صلة « د. محمود نجيب حسني، الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي، ١٩٩٤، ص ١٢٥.

(٢) د. هشام سعيد أحمد، المسؤولية الطبية للمنشآت الصحية الخاصة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة أسيوط، ٢٠١٢م، ص ٨٣.

(٣) د. هشام سعيد أحمد، مرجع سابق، ص ٨٤.

إلى تشتيت المسؤولية بين المنشأة الطبية الخاصة والطبيب الأخصائي في مواجهة المريض، نظراً لصعوبة التفريق بين النوعين من الأعمال الطبية فإنه يرى أن تكون المسؤولية مشتركة، أي قيام مسؤولية المنشأة الطبية الخاصة والطبيب الأخصائي في مواجهة المريض فيما يتعلق بالعمل الرئيسي للأخصائي على سبيل التضامن وفقاً للمادة (١٦٩) مدني مصري.

ويرى هذا الاتجاه أن مسؤولية المنشأة الطبية الخاصة في هذا الصدد، ذات طبيعة تعاقدية، وذلك لإخلالها بالتزام من التزامات عقد الاستشفاء، فالمريض قد دخل في علاقة عقدية مع الطبيب الجراح موضوعها القيام بالعمل العلاجي، وأيضاً في علاقة عقدية مع المنشأة الطبية الخاصة تلتزم بمقتضاها الأخيرة بإتمام العلاج من حيث العناية المكملة للعلاج والرقابة المستمرة طوال فترة إقامته بالمنشأة الطبية.

الرأي الثالث: ويخالف رأي آخر^(١) ما ذهب إليه هذا الجانب من الفقه إلى تكييف مسؤولية المنشأة الطبية الخاصة في الفرض الذي يقوم فيه الطبيب الأخصائي باستئجار المنشأة الطبية والصحية الخاصة لتنفيذ العمل الطبي فيها، بأنها مسؤولية ذات طبيعة تعاقدية، وذلك لأن العلاقة التعاقدية قد نشأت بين الأخصائي باسمه الخاص وليس باسم المنشأة الطبية الخاصة والمريض، وأنه يمكن القول بأن المنشأة الطبية الخاصة لا تعد وفي هذا الفرض إلا منفذة للعقد المبرم بين الأخصائي والمريض، وأنه يمكن مساءلتها مباشرة في مواجهة المريض على أساس المسؤولية التقصيرية، وليست المسؤولية العقدية، أو الرجوع مباشرة على الطبيب الأخصائي باعتباره مسؤولاً عن فعل المنشأة الطبية والصحية الخاصة باعتبارها منفذة للعقد المبرم بين هذا الأخصائي والمريض استناداً إلى نص المادة (١١٤٧) مدني فرنسي، وذلك في إطار المسؤولية العقدية عن فعل الغير.

وأرى أن المنشأة الطبية والصحية الخاصة تسأل عن أخطاء الطبيب الأخصائي عن الأضرار المتسببة بفعله في مواجهة المريض، رغم أنه ليست لها رقابة عليه في مباشرة عمله الفني منعاً من تشتيت المسؤولية وعملاً بمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه.

أولاً: الاتجاه القائل بمسؤولية المنشأة الطبية الخاصة؛

يذهب الاتجاه الغالب في الفقه إلى القول بمسؤولية المنشأة الطبية والصحية الخاصة عن أخطاء طبيب التخدير الفنية. غير أنهم اختلفوا في تحديد الطبيعة القانونية لمسؤولية المنشأة الطبية وما إذا كانت تقصيرية أم عقدية.

(١) د. هشام سعيد أحمد، مرجع سابق، ص ٨٤.

حيث ذهب جانب في الفقه الفرنسي^(١) والمصري^(٢) إلى أن المنشأة الطبية الخاصة تسأل عن أخطاء طبيب التخدير باعتبارها متبوعاً، ومن ثم تنطبق عليها نصوص المادتين (١٧٤، ٣١٣) مدني مصري ويمني، اللتين تقرران مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه؛ إذ أنه لا ضرر في أن تلحق صفة التبعية بأشخاص ينطوي عملهم على الصبغة الفنية حتى ولو لم يكن يعلم بها المتبوع، وأن القول بغير ذلك يفقد أحكام هذه المواد قيمتها لأن الاتجاه نحو التخصص في العمل يتنافى وإمام المتبوع بكافة النواحي الفنية.

وهو ما قرره أيضاً محكمة النقض المصرية^(٣) - فهي بعد أن أوضحت أن طبيعة مسؤولية الطبيب ذات طابع تقصيري - أشارت إلى أن علاقة الطبيب بالمنشأة الطبية علاقة تبعية مؤداها أن تسأل المنشأة الطبية عن أخطاء الطبيب المعالج باعتبارها متبوعاً، وأن علاقة التبعية الأدبية مما يخول المنشأة الطبية حق الإشراف العام كافة لتحملها المسؤولية.

غير أن الاتجاه الغالب في الفقه^(٤) يقرر أن مسؤولية المنشأة الطبية الخاصة عن فعل طبيب التخدير في أغلب الأحوال تكون عقدية لا تقصيرية. وذلك لوجود علاقة تعاقدية بين المريض والمنشأة الطبية الخاصة، حيث إن المريض عندما يتوجه إلى المنشأة الطبية بغية العلاج، وتعهده الأخيرة بذلك، فإنه يكون قد نشأ عقد علاج بينهما تلتزم بموجبه المنشأة بإعطاء العلاج والعناية اللازمة.

ثانياً: الاتجاه القائل بمسؤولية طبيب التخدير:

يذهب جانب في الفقه إلى القول بأن طبيعة العمل الطبي، وما يتصل به من نشاط يعنى بسلامة الإنسان وصحته وحياته، يوجب استقلال الطبيب في أدائه لعمله التخصصي بمنأى عن رقابة إدارة المنشأة الطبية الخاصة، لأن إخضاعه لأي رقابة في هذا الصدد لم يأمر به النظام العام، ويترتب على ذلك بطلان عقد إدارة المنشأة الطبية إذا احتفظت الأولى بحقها في إصدار أوامرها إلى الطبيب لما يمثل ذلك من اعتداء على المهنة الطبية ذاتها^(٥).

(١) Jean ٧٣ .P. ١٩٦٥. Janine Ambialet. Responsabilite du fait d'autrui en droit medical. Paris

(٢) ٢٣٨ .P. ١٩٩٢. panneau. La Responsabiline du Medecin. Paris. Dalloz

(٣) سعيد محمد أحمد: الخطأ الطبي الجراحي، رسالة ماجستير، جامعة جرش، الأردن، ٢٠١٧م، ص ١٢

(٤) نقض مدني مصري: ١٩٢٦/٦/٢٢، المجموعة الرسمية: ١١٥٦-٣٧٦.

(٥) د. محسن عبد الحميد البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسئولة المدنية في ظل القواعد

القانونية التقليدية، مكتبة الجلاء، المنصورة، ١٩٩٣، ص ٨٥.

(٥) د. هشام سعيد أحمد، مرجع سابق، ص ١٠٩.

وقد ذهب القضاء الفرنسي والمصري- قديماً- إلى ترديد هذا المبدأ بوجوب الاعتراف بالاستقلال المهني للطبيب في الأعمال الفنية، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه^(١): وإن كان الطبيب الذي يعمل بالمنشأة الطبية معيناً من قبل مجلس إدارتها، فهذا لا يمنع من أنه يتمتع حتماً بالاستقلال في العناية التي يبذلها لمرضاه وليس لإدارة المنشأة الطبية أن تصدر إليه أمراً فيما يدخل في صميم فنه.

بعد استعراض اتجاهات الفقه والقضاء بشأن مسؤولية المنشأة الطبية والصحية الخاصة أرى أن المنشأة الطبية الخاصة- كقاعدة عامة- تسأل مسؤولية شخصية عن الأخطاء الصادرة منها في تنظيم العمل وسوء الخدمة ونقص رعاية المرضى وملاحظتهم، وتسأل كذلك عن نفس المستلزمات وتقصير العاملين فيها سواء لنقصهم أو عدم خبرتهم أو إهمالهم، وعدم تنفيذ تعليمات الطبيب، كما تسأل المنشأة الطبية الخاصة، في إطار المسؤولية عن فعل الغير، عن أخطاء الأطباء المشاركين في إطار الفريق الطبي، ومنهم طبيب التخدير باعتبارها ضامنة فعل من استعانت به في تنفيذ التزاماتها الطبية تجاه مرضاها.

الثاني

الفرع

علاقة الطبيب الجراح بطبيب التخدير

أولاً: موقف الفقه والقضاء:

يذهب غالبية الفقه الفرنسي^(٢)، والمصري^(٣)، إلى أنه يتعين لتقرير مسؤولية الجراح عن أخطاء طبيب التخدير أن نميز بين فرضين:

الأول: حالة ما إذا كان الطبيب الجراح هو الذي اختار طبيب التخدير، والتجأ إليه من نفسه دون الحصول على رضا المريض بذلك؛ ليحل محله في عملية التخدير، فإن الطبيب الجراح يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يحدث للمريض بفعل خطأ طبيب التخدير؛ حيث يكون للمريض الحق بالرجوع على الطبيب الجراح وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية. فالجراح وطبيب التخدير يكونان معاً فريقاً جراحياً يكون مسؤولاً عنه الطبيب الجراح

(١) نقض مدني فرنسي، ١٥ مايو ١٩٢٨م، دالوز الأسبوعي ١٩٢٨، ص ٣٦٧.

(٢) Jean. Panneau. Faute erreur en matere de responsabilite medicalel GDJ. ١٨. P. ١٩٧٣.

Nicolas Jacob. La Responsabilite civile. T 2. Pavos. 1976. P. 404.

Philippe Le Touneau et Loic Cadiet. Droit de la responsabilie. Dalloz 1998. P.555.

(٣) د. محمد أحمد سويلم، مسؤولية الطبيب والجراح، وأسباب الإعفاء منها في القانون المدني والفقه الاسلامي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشأة المعارف في الإسكندرية، ٢٠٠٩م، ص ٢٢٢.



الجورالارشا القضاء والقانون

الذي تعاقد مع المريض، ولأن هذا الجراح يدخل مساعده- طبيب التخدير- في تنفيذ الالتزام التعاقدي الرئيسي تجاه المريض، ومن ثم فهو الذي يتحمل المسؤولية عن أخطاء هؤلاء المساعدين في مواجهة المتعاقد المريض، وهذا ما يفسر مسؤوليته العقدية عن الغير.

واستقر القضاء الفرنسي على اعتبار الجراح هو رئيس الفريق الطبي^(١)، حيث يؤول إلى الجراح التنظيم والسير العام للعملية الجراحية؛ فهذا الأخير يتخذ القرارات الأساسية التي ينبغي أن يخضع لها بصفة مستمرة طيب التخدير، وأن الطبيب الجراح يتمتع بثقة مريضه وفقاً للعقد الذي يلزمه بأن يجعله يستفيد من كل مراحل العناية الدقيقة والمتفقة مع مقتضيات العلم وأخلاقياته، فإنه يكون مسؤولاً شخصياً عن أخطاء طبيب التخدير الذي يلجأ إليه دون رضا مريضه للقيام بالتزامه.

ومن أهم تطبيقات القضاء الفرنسي على مسؤولية الجراح عن طبيب التخدير، أن الجراح يعد هو المسؤول عن القرارات الرئيسية التي تتخذ بصدد التدخل الجراحي؛ لأنه هو الذي أبرم العقد مع المريض، وعليه مراقبة حالته التي لم تظهر بعد، وعليه الاستعانة بطبيب تخدير كمساعد له، وتحت مسؤوليته المباشرة، والذي عليه ألا يخالف تعليمات الجراح المسؤول ووجوب مطابقة عمله وتعليمات الجراح^(٢).

ويتجه القضاء المصري^(٣) في الاتجاه ذاته؛ حيث يقرر أيضاً مسؤولية الجراح عن أخطاء من يستعين بهم لمساعدته في تنفيذ التزامه.

(١) د. منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي، مرجع سابق، ص ٣٦٤،

٣٦٥، ود. هشام سعيد أحمد، مرجع سابق، ص ١١٢.

(٢) Note, ٤٠٤-١-١٩٧٣. GAZ. Pal, ١٩٧٣ avr ٢٤. Trib. Toulouse

.doll

(٣) حكم محكمة النقض المصرية الصادر في ١٩٦٩/٧/٣؛ مجموعة

أحكام النقض، س ٧٠، رقم ٤١٧، ص ١٠٩٤.



وكان القضاء الفرنسي يقيم مسؤولية الجراح عن خطأ طبيب التخدير على أساس المسؤولية التقصيرية؛ فقد كشفت محكمة (فارساي) في حكم لها عن وجود رابطة تبعية طبية بين الجراح وطبيب التخدير، فقد اكتفى الأخير في تخصصه بالعمل إلى جانب الجراح، وتزويده بالآراء المفيدة عند الحاجة، وعندما يقوم هذا الجراح بالعملية الجراحية يكون رئيس الفريق، ومن الظروف التي اعتمد عليها هذا الحكم، في تقرير وجود رابطة التبعية الإدارية، أن الجراح كان رئيس المستوصف، وتخشى مخالفته، وبالتالي كان طبيب التخدير يخضع له إدارياً^(١).

غير أن الفقه انتقد تأسيس مسؤولية الجراح عن خطأ التخدير على أساس المسؤولية التقصيرية، في ظل وجود العلاقة العقدية بين الجراح والمريض؛ استناداً إلى رابطة التبعية بين الجراح والفريق الطبي ما يشكل صعوبة تجاه المريض، حيث سيضطر إلى إثبات توافر علاقة التبعية، بعكس القول بتأسيس مسؤولية الجراح على أساس المسؤولية العقدية عن فعل الغير، حيث ستكون مهمة المريض المضرور سهلة ويسيرة؛ لأنه لن يلتزم بإثبات وجود رابطة التبعية، كما أن في إقامتها على أساس المسؤولية العقدية عن فعل الغير ما يجعل الجراح في حالة دائمة من الدقة واليقظة والإدراك تجاه الفريق الطبي الذي يعمل معه^(٢).

الثاني: حالة عدم اختيار الجراح لطبيب التخدير، أي حالة تعاقد طبيب التخدير مع المريض مباشرة، ومع أنها حالة نادرة إذ الغالب أن الجراح هو من يشكل الفريق الجراحي، إلا أنه إذا حدث مثل هذا الفرض فإن طبيب التخدير يكون مسؤولاً مسؤولية عقدية عن هذا الضرر، وتكون مسؤوليته شخصية عن خطئه، أما الجراح فلا مسؤولية عليه باعتباره أجنبياً عن هذا العقد^(٣).

وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ١٩٧٠/٥/٢٧ باستبعاد مسؤولية الجراح باعتباره أجنبياً عن العقد إذا تدخلت إرادة المريض في اختيار طبيب التخدير؛ إذ تنشأ بينهما علاقة تعاقدية مباشرة في هذه الحالة، بمقتضاها يسأل طبيب التخدير وحده عما قد يقع منه من أخطاء تؤدي إلى الإضرار بالمريض^(٤).

(١) د. هشام سعيد أحمد، مرجع سابق، ص ١١٣-١١٤.

(٢) د. هشام سعيد أحمد، مرجع سابق، ص ١١٤.

(٣) Sylvie Welsch op. cit. p. ١٦٤.

(٤) Cass. civ. ٢٧-٥-١٩٧٠. J.C.P. ١١-١٩٧١-١٦٨٣٣.

ويرى رأي آخر^(١). في الفقه القول بالمسؤولية التضامنية بين أعضاء الفريق الطبي، إما استناداً لوجود تكامل بين أعضائه في أدوارهم مما يحول دون إمكانية تحديد أي عضو في الفريق الذي تسبب في هذا الضرر، أو لوجود ترابط وثيق بين أعمال هؤلاء الأعضاء، بحيث يصبح من التعسف والظلم تحميل عضو واحد نتيجة ما وقع للمريض من ضرر. كما أن القول بالمسؤولية التضامنية بين أعضاء الفريق الطبي من شأنه أن يحقق ميزة مهمة للمضرور، دون خروج على قواعد القانون، حيث تتعدد أمامه فرص الحصول على تعويض عما أصابه من ضرر.

وهذا ما أكد عليه حكم محكمة الاستئناف بباريس^(٢) الصادر في ١٤ ماي لعام ١٩٩٩م: بأن طبيب التخدير الذي ارتكب خطأ في التخدير كان يمكنه إبلاغ جراح المسالك البولية بوقف عملية تفتيت الحصى وإعادة إفاقة المريض لتفادي دخوله في غيبوبة عميقة، وتم تحميله مسؤولية تقدر بربع مسؤولية جراح المسالك البولية.

ويرى رأي ثالث القول بأن مسؤولية الطبيب عن أفعال مساعديه في مجال المسؤولية العقدية تتحدد متى كان ذلك مستوحى من العقد؛ فإذا ما ظهر أن الطبيب آل على نفسه العناية الكاملة للمريض عد مسؤولاً عن كل أفعال مساعديه من أخطاء كمسؤوليته عن أفعاله الشخصية.

غير أن هناك من يرى بعدم مسؤولية الجراح عن خطأ طبيب التخدير، سواء كان المريض قد تعاقد مع الجراح وهذا الأخير هو من أحضر طبيب التخدير، أو كان المريض قد تعاقد مع هذا الأخير مباشرة؛ لأن المشرع الفرنسي قد اعترف باستقلال طبيب التخدير منذ إلغائه للمادة (٤٥) من قانون أصول مهنة الطب في ٣٠ يونيو ١٩٧٩، حيث صار يمارس عمله في الفريق الطبي بكل استقلال، والعقد المبرم بينه وبين المريض هو تخدير المريض وإفاقته، وعمله هذا بعيد عن تخصصات التشخيص أو المعالجة، وعليه فإن عمل طبيب التخدير يبدأ من قبل إجراء العملية الجراحية، إذ يبدأ من لحظة الاتفاق معه على إجراء العملية وطلبه للتحليلات والفحوصات والتشخيص الطبي للحالة المرضية، وعليه في هذه الحالة أن يبين للمريض المخاطر التي تقع له من جراء التخدير، والحصول على موافقته الصريحة على قبوله لإجراء العملية، ثم يقع عليه بعد ذلك التزام بتخدير المريض لتمكين الجراح من إجراء الجراحة والتزامه هنا التزام ببذل عناية، ومسؤوليته

(١) د. محسن عبد الحميد البيه، مرجع سابق، ص ١٠٦، ود. منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، مرجع سابق، ص ٤١٧.

(٢) ٠٢٣٥٥ Stc Lloyd C/Rahmoune: juris, Data no, ١٩٩٩ Mai ١٤, ١re chr, B, CA, Paris

في حال الخطأ هي مسؤولية تقصيرية، إذ لا يتصور وجود عقد خاص بين طبيب التخدير والمريض^(١).

وأرى بأنه يتعين لتحديد طبيعة العلاقة بين المنشآت الطبية والصحية الخاصة والطبيب الجراح، وفي إطار المسؤولية العقدية عن فعل الغير، أن نفرق بين حالتين:

الأولى: وهي حالة تعاقد المريض مباشرة مع الطبيب الجراح، وكان هذا الأخير هو من اختار مساعدته طبيب التخدير، فإنه يكون مسؤولاً عن أخطائه، وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية عن فعل الغير؛ وذلك لكونه المسؤول عن أخطاء من يستعين بهم لتنفيذ التزامه، لكن من قبل أن يكون رئيساً يقبل أن يغطي أخطاء رؤوسيه، ومن يقبل أن يلتزم بعقد يقبل أيضاً أن يسأل عن عدم تنفيذ العقد.

كما أن المريض يفضل غالباً التمسك بخطأ الطبيب الجراح ومسئوليته عما حدث له من ضرر، لأن الطبيب يبدو في نظر المريض أكثر ملاءمة من مساعديه^(٢)، إضافة إلى أن التخدير والجراحة هما وجهان لعمل واحد، هو العمل الجراحي، ويتلازمان في وقت واحد، ويفرضان التعاون الوثيق والارتباط ارتباطاً لا يقبل الفصل أو التجزئة؛ كما أن رئاسة الجراح للفريق الطبي يوجب عليه دائماً الالتزام بدقة الأداء وحسن التصرف، وأن يكون عالمياً بحجم عملية تخدير المريض لمدة زمنية محددة يستطيع فيها إنهاء العمل الجراحي.

وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية الحكم الصادر من محكمة (روان) والتي أدانت الطبيب الجراح بسبب إخلاله بأحد التزاماته العقدية، والمتمثل في متابعة المريض بعد العملية أثناء وجوده في المستشفى^(٣).

ثانياً: التبعية العرضية في علاقة أفراد هيئة التمريض بالطبيب الجراح:

المرحلة الأولى: مرحلة التحضير للعلاج:

وهي المرحلة التي يجب فيها على الطبيب أو المنشأة الطبية الخاصة أن يراعى استخدام الطرق العلمية والعلوم الطبية المساعدة، ومن هذه الطرق الفحوص الطبية

(١) 'Daniel Rouge، Louis Arbus et Michel Costagliola، La responsabilite medical، amette ١٩٩٢. P. ٦٧.

.Paul monzein، La responsabilite Penale du medecin Rev. Ss. Crim. 1971. P. 245

(٢) .Maitre Celine Halpem، op. cit. p. ٥٩.

(٣) .Note Savatier. ١٥٧٩٩. ١١. ١٩٦٩. J.C.P. ١٩٦٨. oct ٢٩. Civ (٣)

وإجراء التحاليل الطبية، والفحوص البكتريولوجية، والتصوير بالأشعة متى أمكن ذلك^(١). وفي هذه المرحلة يرى البعض^(٢) أن الطبيب الجراح غير مسئول عن أخطاء هيئة التمريض في هذه المرحلة وفي المرحلة اللاحقة هي المنشأة الطبية الخاصة، ومن ثم لا يسأل الجراح عن الأخطاء التي تصدر من أفراد طاقمه قبل العملية أو بعدها؛ لأنه يملك توجيههم والإشراف عليهم أثناء عملية الجراحة؛ وما عدا ذلك فإن المسؤولية تقع على عاتق العيادة أو المستشفى الذي يعملون فيه.

وذهب رأي آخر^(٣) إلى القول: بالمسؤولية المشتركة بين المنشأة الطبية والصحية الخاصة والطبيب الجراح في المرحلة التحضيرية، وذلك إذا كان هذا الأخير هو من عين للمريض المنشأة الطبية، لأنه قد أدخل أفراد هيئة التمريض في تنفيذ التزامه.

المرحلة الثانية: مرحلة إجراء العمل الجراحي:

تبدأ مرحلة إجراء العملية الجراحية بمجرد الانتهاء من الأعمال التحضيرية، وفي هذه المرحلة تبدأ عملية العلاج من حيث تحديد المسئول عن أخطاء هيئة التمريض أكثر تعقيداً؛ نظراً لكون الطبيب الجراح يكون حاضراً أثناء قيام هيئة التمريض بوظيفتهم، وبالتالي فإنه يصدر إليهم الأوامر، ويستطيع مباشرتهم ومراقبتهم، وبالتالي منعهم من الخطأ.

فإذا ما أخطأ أحد أفراد هيئة التمريض، فإن غالبية الفقه^(٤) يتجه إلى القول بمسؤولية الجراح عن الخطأ أثناء تنفيذ العمل الجراحي، ذلك أن أفراد هيئة التمريض يكونون تابعين له، ويسأل عن أعمالهم الضارة باعتباره متبوعاً عرضياً.

وتستند مسؤولية الطبيب الجراح في هذه المرحلة على ظروف واقعية وأخرى قانونية، وتنحصر الظروف الواقعية في ضرورة حضور الطبيب الجراح أثناء العمل الجراحي، وهذا الحضور يعني مراقبته وإشرافه على هيئة التمريض أثناء تنفيذهم للالتزام الطبي، أما الظروف القانونية فتتضمن في أن المسؤولية العقدية عن فعل الغير في المجال الطبي تؤسس على عنصرين هامين، الأول: هو التزام الطبيب الجراح بعلاج المريض؛ أي التزام الجراح بأن يجري الجراحة وفق الأصول الطبية المستقرة في علم الطب، والعنصر الثاني:

(١) د. هشام سعيد أحمد، مرجع سابق، ص ١٠٩، ص ١٢٢.

(٢) د. هشام سعيد أحمد، مرجع سابق، ص ١٢٣.

(٣) د. محسن عبد الحميد البيه، مرجع سابق، ص ٩٣.

(٤) د. أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص ١٥٣، ود. محسن عبد الحميد البيه، مرجع سابق، ص ٦٩.

Georges Boyer Chammard, 'La responsabilite medical', PUF, 1974, P.88, 87.

هو تدخل الغير في تنفيذ التزام الطبيب الجراح.

المرحلة الثالثة: مرحلة العناية اللاحقة للعمل الجراحي:

وفي هذه المرحلة ذهب اتجاه فقهي^(١) إلى مسؤولية الجراح عندما يفرض المنشأة الطبية الخاصة على المريض ويوجهه إليها، لأن هذا الطبيب الذي فرض المنشأة الطبية الخاصة يعتبر ملتزماً بالعناية الطبية اللازمة للمريض بعد الجراحة، ومن ثم فإنه يسأل عن أخطاء المساعدين له في هذه الفترة ومنهم أفراد هيئة التمريض.

في حين ذهب اتجاه آخر^(٢) إلى أن الممرضين في مرحلة ما بعد التدخل الطبي لا يكونون تابعين للطبيب الجراح خصوصاً في الأعمال العادية مثل الإفاقة أو نقل المريض، وإنما يكون تابعاً للمنشأة الطبية الخاصة، ومن ثم لا يسأل الطبيب عن خطئه، ولا يكون مسؤولاً إلا عن العناية الخاصة اللاحقة التي يجب أن تتم تحت الإشراف المباشر للطبيب، فإن أخطأت هيئة التمريض في الحالة الأخيرة فإن الطبيب يكون مسؤولاً عن أفعالهم.

غير أن هناك اتجاهاً آخر يرى إمكانية تطبيق فكرة المجموعة العقدية^(٣)، أو السلسلة العقدية أو الأسرة العقدية، على المسؤولية العقدية عن فعل الغير في مجال العلاقات الطبية في إطار الفريق الطبي.

الفرع

الثالث

علاقة الطبيب الأخصائي بطبيب الأشعة

العلاج بالأشعة يعني^(٤): تعريض جسم الإنسان لوحدات هائلة من الأشعة الدقيقة، ونظراً لطبيعة وحساسية هذا النوع من العلاج، فإنه يجب على طبيب الأشعة اتباع كل قواعد الاحتياط والحذر عند اتباع هذا النوع من العلاج.

تنص المادة (٢٠) من قانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٢م بشأن مزاوله المهن الطبية والصيدلانية على: «يحظر على الطبيب الآتي:- أ- منح تقرير جنائي إلا بعد إجراء

(١) د. هشام سعيد أحمد، مرجع سابق، ص ١٢٤.

(٢) د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص ١٥٤.

(٣) د. علاء الدين خميس، المسؤولية الطبية عن فعل الغير، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة

المنوفية، ١٩٩٧م، ص ٣٥٤، ود. هشام سعيد أحمد، مرجع سابق، ص ١٢٦.

(٤) د. علاء الدين خميس، مرجع سابق، ص ٣٥٤، ود. هشام سعيد أحمد، مرجع سابق، ص ١٢٦.

الكشف الطبي والمعاينة الدقيقة للحالة الجنائية»، وتنص المادة (٢١) على: «يحظر على مزاولي المهنة كل في مجال اختصاصه ما يلي: أ - رفض معالجة أي مريض ما لم تكن حالته خارج اختصاصهم إلا إذا توفرت لديهم أسباب فنية أو اعتبارات مهنية باستثناء الحالات الطارئة فيجب على الطبيب بذل العناية اللازمة أياً كانت الظروف مستخدماً كل الوسائل المتاحة لديه حتى يتأكد من وجود أطباء آخرين يملكون القدرة والإمكانات لتقديم العناية المطلوبة وعلى المنشأة سواء كانت خاصة أو عامة تقديم المساعدة اللازمة وتحدد اللائحة التنفيذية ضوابط هذه الخدمة ج - استعمال الأساليب التالية في التشخيص أو العلاج:

١- تلك التي فقدت قيمتها وفعاليتها مع تطور العلوم الطبية والصيدلانية وتم الإعلان عن إلغائها.

٢- التي تتعارض مع القوانين السارية.

٣- إذا كانت قدرة أحدهم أو خبرته لا تؤهله القيام بذلك.

د- استخدام غير المرخص لهم من ذوي المهنة والمهن الفنية والصحية المقابلة».

وفي إطار المسؤولية الشخصية لطبيب الأشعة فقد أطرّد القضاء على خضوع طبيب الأشعة للقواعد العامة للمسؤولية الشخصية متى ثبت الخطأ من جانبه، ذهبت أحكام القضاء في طياتها إلى التشدد في وجوب مسؤولية طبيب الأشعة، وذلك لتطلب اليقظة والحرص غير العادي، والدقة في استعمال هذه الأجهزة وما ينجم عنها من أشعة قد لا يقتصر ضررها على المريض وحده^(١).

وعلى سبيل المثال، قضى بانهقاد مسؤولية الطبيب مدير المستشفى الخاص عند إسناده لمرمضة العلم في قسم الأشعة، فترتب على ذلك إصابتها بحروق من الأشعة مع تقرحات بحالة مزمنة، اقتضت ربط يديها على وجه الدوام، وعطلتها عن العمل؛ وذلك لإصابتها بهذه الأجهزة الخطيرة التي استعملتها دون أن تتخذ لذلك أي احتياطات^(٢).

وفي القضاء المصري، قضت محكمة استئناف طنطا^(٣) في ١٩/٦/٢٠٠٧م بتعويض الضرر الذي أصاب طالبة في سن ١٩ سنة وأسرتها، نتيجة لخطأ قيام مركز أشعة بإعطائها

(١) د. أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص ١٣٥.

(٢) Trib. Civ. Douai: ١٣-١٠-١٩١٣. D: ٤٧, ٢, ١٩١٥. مشار إليه في مؤلف: د. هشام سعيد أحمد، مرجع سابق، ص ١٢٨.

(٣) الحكم الصادر من محكمة مدني كلي طنطا، رقم (١٦١٥)، لسنة ٢٠٠٧م، جلسة ٢٠/٥/٢٠٠٧م، مشار إليه في مؤلف: د. هشام سعيد أحمد، مرجع سابق، ص ١٢٨.

حقنة صبغة تمهيداً لإجراء أشعة مقطعية على الرئتين دون إجراء اختبار حساسية لهذه الصبغة، مخالفاً بذلك الأصول العلمية المستقرة، مما أدى إحداث تورم وجلطات في ذراعها الأيسر، والذي انتهى الأطباء المعالجين إلى بتره حرصاً على حياتها بعد العلاج لمدة ثلاث سنوات.

أما في إطار البحث في طبيعة العلاقة القانونية التي تنشأ بين الطبيب الجراح وطبيب الأشعة فقد اختلف الفقه القانوني في ذلك إلى اتجاهين:

الأول: ذهب^(١) إلى أنه ونظراً لطبيعة العلاج بالأشعة والكهرباء، وما ينجم عن ذلك من تعرض جسم المريض لوحداث من آلاف الأشعة الدقيقة، وما ينجم عن ذلك من تعرض المريض للأضرار الجسيمة؛ نظراً لحساسية هذا النوع من العلاج، فإنه يجب أن يتبع طبيب الأشعة تعليمات الطبيب المعالج؛ لأن هذا الأخير أقدر على معرفة الداء، ومدى حساسية جسم المريض لتلقي هذا النوع من العلاج الذي يكون - عادة - نتيجة داء بالجسم يشخصه الطبيب المعالج، والذي يقرر العلاج بالأشعة.

وتطبيقاً لذلك قضى^(٢)، بمسئولية طبيب الأشعة لكونه أخذ للمريض ثلاث صور، رغم أن الطبيب المعالج لم يطلب منه إلا صورة واحدة، فتجاوز بذلك الحدود المرسومة له.

الثاني: وهو اتجاه يميل إليه غالبية الفقه^(٣) والقضاء، حيث يقرر أن الطبيب المعالج ليس من شأنه أن يفرض على طبيب الأشعة سبباً لا يراه موصلاً للتعرف على حقيقة الحال؛ فطبيب الأشعة بحكم خبرته الفنية وتجاربه في مهنته، أقدر على معرفة خير الوسائل في تصوير موطن الداء من جسم المريض، وهو مسئول وحده عن النقص الذي يشوب وسائله.

(١) د. هشام سعيد أحمد، مرجع سابق، ص ١٢٩.

(٢) ١٧ Trib paris. Juillet. ١٩٣٦. Dalloz. ٤٩٨.

(٣) د. أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ٤١٥.

الفرع الرابع

اتجاهات الفقه والقضاء بشأن علاقة التبعية في إطار المنشآت الطبية والصحية الخاصة

أولاً: الاتجاه الفقهي والقضائي القائل بعلاقة التبعية:

يؤكد الاتجاه الغالب في الفقه الفرنسي^(١) والمصري^(٢)، قيام علاقة التبعية بين المنشأة الطبية والصحية الخاصة والطبيب العامل لديها بصفة دائمة، حتى فيما يعتبر من صميم فنه، إنه لا ضير أن تلحق صفة التبعية أشخاصاً ينطوي عملهم على نواح فنية لا يعلم بها المتبوع، فتقتصر رقابته على مجرد التوجيه العام. فتقوم بموجبها علاقة تبعية، ولو كانت علاقة تبعية أدبية، حيث تكون كافية لتحميل المنشأة الطبية والصحية الخاصة المسؤولية عن خطأ تابعيها من الكادر الطبي.

وفي تقديرهم لعلاقة التبعية يقولون: إن الطبيب في ذلك يخضع للقواعد العامة للمسؤولية سواء المسؤولية الشخصية أو المسؤولية المفترضة، شأنه في ذلك شأن الشخص العادي، ومن ثم ينطبق عليه نصوص المادتين (١٧٤، ٣٥٣ مدني مصري)، اللتين تقرران مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه، وأنه لا ضير في أن تلحق صفة التبعية بأشخاص ينطوي عملهم على الصبغة الفنية حتى ولو لم يكن المتبوع عالماً بها. وأن القول بغير ذلك يفقد أحكام هذه المواد قيمتها لأن الاتجاه نحو التخصص في العمل يتنافى وإمام السيد بكافة النواحي الفنية^(٣).

كما يردون على الاتجاه الفقهي القائل بأن هناك قضاء مستقراً على نفي رابطة التبعية بين المنشأة الطبية الخاصة والكادر الطبي في كل ماله اتصال بعمله الفني، بأن ذلك لا يعبر تعبيراً صادقاً عن حقيقة المبادئ التي قررها القضاء لاسيما إذا لاحظنا أن بعض الأحكام أقرت مسؤولية المستشفيات حتى عن الخطأ الفني للأطباء الذين يعملون فيها^(٤).

(١) ١٣٠٦. p. ٢٠٠٩. Jean Penneau. Droit medical. Dalloz

Genevieve Viney et Patrice Jourdain, Traite de droit civil, LGDJ, 2006 p. 983.

Yvonne Lambert- Faive et stephonie Porchy-Simon, Droit du dommage corporel Systimesd, indemnisation, Dalloz, 2009, p. 745.

(٢) د. علاء الدين خميس، مرجع سابق، ص ٤٨٧، ود. مالك حمد أبو نصير، مرجع سابق، ص ٣١٨.

وفي هذا المعنى انظر: د. عبد الناصر العطار، مصادر الالتزام، محاضرات لطلاب كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ص ٣٠١.

(٣) أ. عدلي خليل، الموسوعة القانونية في المهن الطبية، دار الكتب القانونية، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ١٣١، ١٣٢.

(٤) د. هشام سعيد أحمد، مرجع سابق، ص ٧٦.

كما يقولون بأن محكمة النقض المصرية وبعد أن أوضحت أن طبيعة مسؤولية الطبيب ذات طابع تقصيري، قد قررت أن علاقة الطبيب بالمنشأة الطبية هي علاقة تبعية مؤداها أن تسأل المنشأة الطبية عن أخطاء الطبيب المعالج باعتبارها متبوعاً، وأن علاقة التبعية الأدبية مما يخول المنشأة الطبية حق الإشراف العام كافة لتحملها المسؤولية.

كما قرر القضاء الإداري الفرنسي قبول قيام المسؤولية الطبية على المستشفيات العامة عن الأضرار التي تقع على المرضى في حالة عدم الإعلام، وإذا كانت تلك الأضرار ناتجة عن استخدام أدوية أو أجهزة طبية، أو في حالة إحالة المريض إلى مستشفى آخر، أو إلى طبيب آخر غير الطبيب المعالج^(١).

وفي مصر أقرت محكمة النقض المصرية، وجود علاقة التبعية بين الطبيب وإدارة المنشأة الطبية التي يعالج فيها المريض. حيث قضت بأنه: لا يشترط لقيام علاقة التبعية الاختيار مادام التابع يعمل لحساب المتبوع، فإذا حوكم تومرجي لتسببه بإهماله في وفاة مريض وحكم عليه نهائياً بالعقوبة، فالسيد يسأل عن هذا الإهمال سواء أكان هو الذي أقام الطبيب في المستشفى في وظيفته وهذا الأخير هو الذي عين التومرجي ومن في حكمه، أم أن السيد هو الذي عين الجميع مباشرة، فمناطق التبعية هو سلطة الإشراف والرقابة^(٢).

وبذلك يخلص غالبية الفقه إلى القول بأن المحاكم قد أخضعت المنشأة الطبية والصحية بوصفها متبوعاً للمسؤولية عن أخطاء الطبيب التابع لها مكتفية في تقرير علاقة التبعية الموجبة للمساءلة ليس على ما تملكه إدارة هذه المنشأة من مقدرة تمكنها من الإشراف والرقابة على أعماله الفنية، ولكن لمجرد ما يثبت لها من حق في الإشراف والرقابة والتوجيه العام على ذلك الطبيب، ومن ثم يكفي أن يكون الطبيب تابعاً أدبياً للمنشأة الطبية والصحية فإن ذلك يحملها صفة المتبوع ويرتب مسؤوليتها عن أخطاء الطبيب، وأن المسؤولية الشخصية للطبيب الذي يعمل في منشأة طبية وصحية لا تكون إلا في حالة ارتكابه خطأ ذا طبيعة جنائية أو خطأ عمدياً^(٣).

(١) CAA Lyon، ٢١ dec ١٩٩٠، No ٣٣، AJDA، ٤٩٨ .P.

CE، 9 avr. 1993، Blanchi، Lebon، P. 127

CE، 3 nov 1997، No 153686، Hospital Joseph Imbert d' Anes

CE، ASS، 26 avr. 1995، Cansorts. N. Guyen، Lebon. P. 221.

(٢) نقض مدني مصري: ١٩٣٦/٦/٢٢، طعن رقم ٢٤، سنة ٦ ق، ص ١١٥٦، المجموعة الرسمية: ١-١١٥٦-٣٧٦.

(٣) Maitre mane-، op. cit. p. ٧٩.

ثانياً: الاتجاه الفقهي والقضائي القائل بعدم وجود علاقة التبعية:

يذهب رأي في الفقه المصري^(١) إلى التقرير صراحة بأنه لا يوجد بين إدارة المنشأة الطبية والصحية الخاصة والطبيب المعين للعمل لديها بصورة دائمة ذلك النوع من العلاقة الذي يجعل الإنسان تابعاً لغيره، لأن إدارة المنشأة الطبية والصحية الخاصة لا سبيل لها إلى رقابة طريقة قيام الطبيب بواجباته، فيجب ألا تسأل عن إهماله أو عن عدم مهارته في إجراء عملية جراحية مثلاً. كما أنه أثناء قيامه بعمله الفني، وهو التطبيب، لا يتلقى أوامره من المنشأة الطبية، بل يقوم به مستقبلاً وفقاً لمقتضيات فنه وعلمه وخبرته، وإذا أقدم على ارتكاب خطأ ما في ممارسة مهنته، فلا تسأل عنه المنشأة الطبية، بل يبقى هو المسؤول الوحيد عن عمله الخاطئ.

وقد ألغى القانون المدني اليمني ٢٠٠٢م علاقة التبعية بشكل عام حماية للشركات وذلك بنص المادة (٣١٣): «يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع أمره به فإن عمل التابع عملاً غير مشروع أضرب بالغير ولم يأمره المتبوع كانت المسؤولية على التابع وعلى المتبوع أن يحضر العامل لتعويض الضرر الذي أحدثه» فلم يعد مسؤولاً عن عمل متبوع إلا إذا أمره الخطأ وبذلك فرغت النظرية من مضمونها الذي يهدف إلى تحقيق حماية عاجلة للمضرور ولا تجدي في ذلك المادة (٣١٢): «كل قائم بعمل مسئول عن اختيار العامل الذي أوكل إليه القيام بهذا العمل ومسئول عن الإشراف عليه ورقابته وتوجيهه في تنفيذ هذا العمل، ويعتبر العامل تابعاً له في ذلك وتقوم رابطة التبعية بين القائم بالعمل والعامل ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية في مراقبته وتوجيهه»، بيد أن المحاكم ما زالت تطبق النص قبل التعديل وهو اتجاه حسن ولذلك حكمت محكمة جزائية في صنعاء بمائة مليون على مستشفى خاص تبعية لخطأ طبيبه تعويضاً عن خطأ طبي أدى إلى موت مريض وخفضت الشعبة التعويض إلى أربعين مليون ريال كون القانون اليمني لم يأخذ بعد بالتعويض العقابي.

(١) أ. محمد يوسف ياسين، المسؤولية الطبية - مسؤولية المستشفيات والأطباء والمرضى، منشورات الطبي، بدون سنة نشر، ص ٤١، ود. جابر محبوب علي، قواعد أخلاقيات المهنة مفهومها، أساس إلزامها ونطاقه. دراسة مقارنة، ط ٢، ٢٠٠١، بدون دار نشر، ص ٢٩.

الخاتمة

أولاً: النتائج:

١. بما أن التزام الطبيب التقليدي نحو المريض هو التزام ببذل عناية ولا يسأل عن تحقيق النتيجة وهي شفاء المريض، إلا أنه في نظام التطبيب عن بعد والجراحة الإلكترونية والطب الحديث يلتزم الطبيب والجراح الإلكتروني بتحقيق نتيجة معينة، وهي إعلام المريض وحفظ أسرار وضمأن وسلامة الأجهزة الطبية.
٢. يلتزم الجراح بالاستعانة بالسبل والوسائل العلمية الحديثة في قيامه بالعمل الطبي، واتباع الأصول العلمية المتبعة والمستقرة والفحص والتشخيص والمراقبة، ويلتزم أيضاً بالإعلام وحفظ أسرار المريض وضمأن وسلامة الأجهزة المستخدمة.
٣. من أجل ذلك جاءت الاتفاقيات الدولية الحديثة في غالبيتها، وازعة في اعتبارها عدم الاعتراف «بجنسية الأطراف» في المعاملات الإلكترونية، فقد اتجهت اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية ٢٠٠٥م، إلى تطبيق أحكام هذه الاتفاقية بغض النظر عن جنسية الأطراف.
٤. إن قاعدة مكان تحقق الضرر يمكن إعمالها لغاية تحديد القضاء المختص بنظر دعاوى المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الجراحة الإلكترونية.
٥. ولتفادي الصعوبات المتعلقة بضابط جنسية المدعى عليه يجب الاستناد إلى ضابط آخر بجانب ضابط الجنسية وهو ضابط الموطن، ويتحقق ذلك بمقاضاة الطبيب العادي أمام محكمة موطنه وهي محكمة مقر عيادته الطبية والتي تعتبر بمثابة موطن مختار، وإذا كان يمارس مهنته من خلال مستشفى له شخصية اعتبارية فيتم مقاضاته أمام محكمة التي يوجد بها مركز الإدارة الرئيسي للمستشفى، كما أن الطبيب يمكنه مقاضاة المريض أمام محكمة موطن المريض، والغالب في عقود التطبيب الدولية العادية اتحاد موطن الطبيب المختار والمريض وهو أمر كاف لعقد الاختصاص القضائي الدولي.
٦. الراجع أن المنشأة الطبية والصحية الخاصة تسأل عن أخطاء الطبيب الأخصائي عن الأضرار المتسببة بفعله في مواجهة المريض، رغم أنه ليست لها رقابة عليه في مباشرة عمله الفني منعاً من تشتيت المسؤولية وعملاً بمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه.

٧. أرى أن المنشأة الطبية الخاصة - كقاعدة عامة - تسأل مسؤولية شخصية عن الأخطاء الصادرة منها في تنظيم العمل وسوء الخدمة ونقص رعاية المرضى وملاحظاتهم، وتسأل كذلك عن نفس المستلزمات وتقصير العاملين فيها سواء لنقصهم أو عدم خبرتهم أو إهمالهم، وعدم تنفيذ تعليمات الطبيب، كما تسأل المنشأة الطبية الخاصة، في إطار المسؤولية عن فعل الغير، عن أخطاء الأطباء المشاركين في إطار الفريق الطبي، ومنهم طبيب التخدير باعتبارها ضامنة فعل من استعانت به في تنفيذ التزاماتها الطبية تجاه مرضاها.
٨. تقوم مسؤولية الجراح عن طبيب التخدير، لأن الجراح يعد هو المسؤول عن القرارات الرئيسية التي تتخذ بصدد التدخل الجراحي؛ لأنه هو الذي أبرم العقد مع المريض، وعليه مراقبة حالته التي لم تظهر بعد، وعليه الاستعانة بطبيب تخدير كمساعد له، وتحت مسؤوليته المباشرة، والذي عليه ألا يخالف تعليمات الجراح المسؤول ووجوب مطابقة عمله وتعليمات الجراح استناداً إلى رابطة التبعية.
٩. قيام علاقة التبعية بين المنشأة الطبية والصحية الخاصة والطبيب العامل لديها بصفة دائمة، حتى فيما يعتبر من صميم فنه.
١٠. أن علاقة الطبيب بالمنشأة الطبية هي علاقة تبعية مؤداها أن تسأل المنشأة الطبية عن أخطاء الطبيب المعالج باعتبارها متبوعاً، وأن علاقة التبعية الأدبية مما يخول المنشأة الطبية حق الإشراف العام كافة لتحملها المسؤولية.
١١. من الممكن تطبيق اللوائح الدولية الصحية فيما يتعلق بالسلامة والالتزامات المهنية وغير ذلك.

ثانياً: التوصيات؛

١. أهمية ضرورة أن يكون لكل شخص بريد إلكتروني أو أي وسيلة اتصال أخرى من خلالها يستطيع أن يرسل وينقل جميع البيانات والمعلومات الطبية للطبيب المعالج.
٢. عدم ملائمة ضابط «جنسية المدعي عليه» لمعطيات الجراحة الإلكترونية، لحجة صعوبة تحديد جنسية المواقع الإلكترونية، وبصفة خاصة المواقع التي لا تمثل شركة تجارية قائمة لها جنسية محددة وموطن معروف كالمواقع الإلكترونية التي تقدم خدمة بيع برامج الحاسب الآلي على الإنترنت، والتي نشأت لأول مرة كموقع إلكتروني فقط، دون أن يكون لهذا الموقع وجود مادي حقيقي «شركة تجارية أو محل

تجاري» أما المواقع التي نشأت تمثيلاً لشركة تجارية قائمة أو محل أو منشأة موجودة بالفعل في العالم المادي فهذا النوع من المواقع الإلكترونية يسهل تحديد جنسيته، وذلك بالرجوع إلى جنسية الشركة أو المنشأة التجارية التي يمثلها هذا الموقع، وتعتبر الشركات والمنشآت التجارية أشخاصاً اعتباريين، مما يوجب الرجوع في تحديد جنسيتها إلى معايير تحديد جنسية الأشخاص الاعتبارية وفق القواعد العامة.

٣. يجب أن تكون هناك لوائح قانونية تجاه التسجيل الإجباري والاحتفاظ بالبيانات جنبا إلى جنب مع سجلات الأوامر (الصوت واليد) أثناء الجراحة.

٤. استحداث نص مماثل للمادة L. ١١٤٢-١ من قانون الصحة العامة الفرنسي التي تقرر أن التعويض عن النتائج الضارة لأعمال الوقاية أو التشخيص أو الرعاية الطبية العادية والإلكترونية هو مسؤولية المهنيين والمؤسسات الصحية عندما تكون مسؤوليتهم بسبب خطأ حدث في المستشفيات، وتجاه صندوق التضامن الوطني عندما تنتفي مسؤولية المهني أو المؤسسة الصحية مع استيفاء شروط معينة.

٥. أن يقوم المشرع بسن وإصدار اللوائح والقوانين المنظمة لنظام التطبيب عن بعد، دون تطبيق القواعد العامة لتحديد أركان المسؤولية والتعويض عنها.

قائمة المراجع

المراجع العربية:

١. د. جابر محجوب علي، قواعد أخلاقيات المهنة مفهومها، أساس إلزامها ونطاقه، دراسة مقارنة، ط٢، ٢٠٠١، بدون دار نشر.
٢. سعيد محمد أحمد: الخطأ الطبي الجراحي، رسالة ماجستير، جامعة جرش، الأردن، ٢٠١٧م.
٣. عدلي خليل، الموسوعة القانونية في المهن الطبية، دار الكتب القانونية، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ١٣١.
٤. د. عبد الناصر العطار، مصادر الالتزام، محاضرات لطلاب كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ص ٣٠١.
٥. د. علاء الدين خميس، المسؤولية الطبية عن فعل الغير، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة المنوفية، ١٩٩٧م.
٦. د. محسن عبد الحميد البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسئولة المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، مكتبة الجلاء، المنصورة، ١٩٩٣م.
٧. د. محمود نجيب حسني، الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي، ١٩٩٤م.
٨. د. هشام سعيد أحمد، المسؤولية الطبية للمنشآت الصحية الخاصة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة أسيوط، ٢٠١٢م.
٩. محمد يوسف ياسين، المسؤولية الطبية مسؤولية المستشفيات والأطباء والمرضون، منشورات الطبي، بدون سنة نشر.
١٠. د. محمد أحمد سويلم، مسؤولية الطبيب والجراح، وأسباب الإعفاء منها في القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشأة المعارف في الإسكندرية، ٢٠٠٩م.

المراجع الأجنبية:

1. Danlel Rouge، Louis Arbus et Michel Costagliola، La responsabilite medical، amette، 1992. P. 67.
2. Genevieve Vineyet Patrice Jourdain، Traite de droit civil، LGDJ. 2006
3. Genevieve Vineyet Patrice Jourdain، Traite de droit civil، LGDJ. 2006
4. Geores Boyer Chammard، La responsabilite medical، PUF، 1974.
5. Janine Amblalet، Responsabilite du fait d'autrui en droit medical. Paris. 1965. P. 73
6. Jean panneau. La Responsabiline du Medecin. Paris، Dalloz. 1992.
7. Jean Penneau، Droit medical. Dalloz.2009.
8. Jean Penneau، Droit medical. Dalloz.2009.
9. Jean. Panneau، Faute erreur en matere de responsabilite medicalel GDJ. 1973
10. Nicolas Jacob، La Responsabilite civile، T 2. Pavos. 1976. P. 404.
11. Paul monzein، La responsabilite Penale du medecin Rev. Ss. Crim. 1971.
12. Philippe Le Touneau et Loic Cadiet، Droit de la responsabilie، Dalloz 1998..
13. Yvonne Lambert- Faivce et stephonie Porchy-Simon، Droit du dommage corporel Systimesd، indemnisation، Dalloz، 2009، p. 745.



البحر في الفقه والقانون

مجلة

البحر في الفقه والقانون

حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات التجاري (دراسة مقارنة)

القاضي. الدكتور/ أحمد ناصر الركن

مقدمة

يشهد العالم حالياً تطورات مذهلة في الفضاء الإلكتروني، تتسم بالسرعة الفائقة، ورافق هذا التطور معاملات الكترونية لم تكن بالحسبان، وتمخض عن هذه التعاملات ظهور بما يسمى - بالمحررات الإلكترونية، والتوقيعات الإلكترونية- التي فرضت نفسها على الواقع المعاصر، كبديل عن المحررات التقليدية التي كانت سائدة في المعاملات التجارية والمدنية المختلفة.

وأصبح من غير الممكن إتمام المعاملات، أو على الأقل معظمها دون استخدام هذا النوع من المحررات، وهو ما أوجد فجوة بين الواقع والقانون؛ كون الأولى تتمتع بحجية كاملة في الإثبات، بينما الأخرى لا تتمتع بأي حجية، مما جعل القواعد القانونية الحالية غير مستقرة، وغير ملبية لطموحات المجتمع؛ الذي يصبح في فضاء الإلكتروني ليس له مثيل.

فالكل أصبح يلمس بوضوح ويدرك أن المعاملات التجارية الإلكترونية بحاجة إلى سن تشريعات تستجيب للمعطيات المستجدة والمتزايدة، سواء كان على المستوى الدولي، أو على المستوى الوطني، لمواكبة التطور، ومن ثم تضي على هذا النوع من المعاملات القوة الثبوتية في الإثبات، وهو ما استجاب له المشرع الدولي والوطني وقام بسن تشريعات تواكب هذا الكائن الجديد على الساحة وهو الأمر الذي يقتضي منا تسليط الضوء عليه، والوقوف على القواعد القانونية التي تنظم مفرداته وتطويع المبادئ العامة لتستطيع استيعاب هذه المفردات؛ لأن هذه المعاملات سواء كانت الداخلية، أو الدولية لابد من حدوث نزاع بشأنها وهذا النزاع قد يتنوع؛ كونه ناجماً عن معاملات مستحدثة ومختلفة عن المنازعات التقليدية.

والتساؤلات التي يمكن طرحها على بساط هذا البحث، إذا كان المحرر الإلكتروني هو البديل العملي للمحررات التقليدية فكيف يمكن إثباته؟ وهل يمكن للقضاء الاعتداد بالقوة الثبوتية للمحررات الإلكترونية؛ وما الوسائل التي تضمن حماية هذه المحررات من العبث والتزوير إذا ما أثير نزاع بشأنه؟! هذه التساؤلات وغيرها يمكن لنا الإجابة عليها من خلال المبحثين الآتيين: المبحث الأول: نتحدث فيه عن ماهية المحررات أما المبحث الثاني فنخصصه لحجية المحررات الإلكترونية ودورها في الإثبات التجاري.

أولاً - الأهمية العلمية والعملية للموضوع:

تظهر أهمية هذه الدراسة أنها موضع اهتمام العديد من المحافل الدولية، والإقليمية، والوطنية، كما أصبحت اليوم شغلها الشاغل لفكر العديد من فقهاء القانون، ومن ثم فقد أتت هذه الدراسة لتسلط الضوء على جانب مهم الذي كان وما يزال مثار جدل، ويعد من المواضيع الجديرة بالبحث هو «مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات التجاري» مع تسليط الضوء على أحكام قانون أنظمة الدفع اليمني، والوقوف على كيفية معالجة المشرع لهذه لنظم الحديثة على الساحة البحثية، والتي تشكل هذه الدراسة من وجهة نظر بحثية إضافة جديدة للمكتبة اليمنية التي تكاد تندر من دراسات سابقة لمثل كهذا مواضيع.

ثانياً - أسباب اختيار موضوع البحث من قبل الباحث:

١. بروز الكثير من المنازعات القانونية والتقنية حيرت رجال القانون في كيفية التعامل مع هذا الكائن الجديد على الساحة القضائية.
٢. الإسهام في إيضاح بعض المفاهيم الغائبة عن الأذهان لمفهوم المحررات الإلكترونية.
٣. غياب الدراسات حول هذه المواضيع الشائكة، والغائبة عن الأذهان.
٤. تفشي ظاهرة القرصنة الكترونية على المواقع ووثائق وأسرار الدول.

ثالثاً - إشكالية البحث:

ترجع إشكالية البحث إلى ما يتميز به من صفة فنية، ومفردات اصطلاحية جديدة، كالبرامج، والبيانات الإلكترونية التي تتميز بطبيعة خاصة متفردة، والذي يعود إلى عدة عوامل، منها حداثة ظهور الحاسب الآلي وتقنية تشغيله، ولهذا أصبح لا يكفي أن يكون الباحث متخصصاً في القانون، بل يتعين عليه أن يكون ملماً بالجوانب الفنية للحاسب الآلي، والإنترنت ليتمكن من إيجاد الحلول للتحديات والمشاكل القانونية التي تثيرها شبكة الاتصال والمعلومات.

خامساً - أهداف البحث:

١. معرفة طبيعة هذه المستندات التي أفرزتها التقنية الحديثة على الساحة القضائية.
٢. التأطير القانوني للمحررات الإلكترونية التي أفرزتها شبكة الاتصال والمعلومات الإلكترونية.

سادساً - منهجية البحث:

سوف يتبع الباحث بإذن الله كلاً من المنهج الوصفي، والمنهج المقارن بعرض أكثر من تشريع دولي ومحلي، والمنهج التحليلي إن احتاج الأمر إلى ذلك.

خطة البحث

وتشتمل على الإطار القانوني لحجية المحررات الإلكترونية في الإثبات التجاري، وإجراء دراسة مقارنة عليها، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: المحررات التقليدية والإلكترونية والمقارنة بينهما

المطلب الأول: مفهوم المحررات التقليدية والإلكترونية

الفرع الأول: مفهوم المحررات التقليدية

الفرع الثاني: مفهوم المحررات الإلكترونية

المطلب الثاني: المقارنة بين المحررات التقليدية والإلكترونية

الفرع الأول: المقارنة بينهما من حيث الكتابة

الفرع الثاني: المقارنة بينهما من حيث التوقيع

المبحث الثاني: مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات التجاري

المطلب الأول: حجية المحررات الإلكترونية في التشريعات الوطنية والدولية

الفرع الأول: حجية المحررات الإلكترونية في التشريعات الوطنية

الفرع الثاني: حجية المحررات الإلكترونية في التشريعات الدولية

المطلب الثاني: الوسائل الوقائية لحماية للمحررات الإلكترونية

الفرع الأول: التشفير

الفرع الثاني: التصديق

الخاتمة

المبحث الأول

ماهية المحررات التقليدية والإلكترونية والمقارنة بينهما

تمهيد :

تطورت المحررات وتنوعت بفضل التقدم التكنولوجي - أو ما يطلق عليه - عصر ثورة المعلومات والبيانات، وظهرت وسائل لم تكن معروفة من قبل لإثباتها، وما زال هذا العلم في تطور دائم ومستمر وسريع، وقد رافق ذلك التطور تساؤلات جمه بحاجة إلى حلول قانونية عاجلة نظراً لتحول المجتمع من مجتمع ورقي إلى مجتمع لا ورقي.

وفيما مضى كانت المحررات التقليدية قد بلغت ذروتها وانشغل الفقه والقضاء في وضع الحلول والاجتهادات لها، وبعدما استمر العمل بها ردهاً من الزمن بدأت تتراجع شيئاً فشيئاً ليحل محلها تدريجياً المحررات الإلكترونية مصحوبة بكتابة وتوقيع الإلكترونية تتم عبر دعائم لا ورقية، وأثرت هذه الوسائل تأثيراً واضحاً في طبيعة المعاملات التجارية، لكن السؤال الذي يطرح على بساط البحث ما هو مفهوم المحررات؟ وكيف يمكن المقارنة بينهما وهل عالج المشرع هذا التطور بوضع حلول قانونية لوضع إطار قانوني منظم لها؟! هذا ما يتعين الإجابة عليه في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: مفهوم المحررات التقليدية والإلكترونية.

المطلب الثاني: المقارنة بين المحررات التقليدية والإلكترونية.

المطلب الأول

مفهوم المحررات التقليدية والإلكترونية وشرطها

تمهيد :

المحررات التي يعتد بها في إثبات المعاملات التجارية؛ إما أن تكون محررات تقليدية، أو محررات الإلكترونية، والمحررات التقليدية، إما أن تكون محررات رسمية، أو محررات عرفية، والمحررات الرسمية: هي تلك التي يتم تحريرها بمعرفة شخص مكلف بخدمة عامة وطبقاً للأوضاع القانونية، أما المحررات العرفية: فهي التي يتم تحريرها من أشخاص عاديين ليست لهم صفة الرسمية.

لكن ما يميز المحرر الرسمي عن المحرر العرفي هو أن الأول يتمتع بحجية مطلقة ولا يمكن دحضه إلا الطعن بتزويره، بخلاف المحرر العرفي الذي يتمتع بحجية نسبية بين أطرافه، ويمكن دحضه بالإنكار وفقاً لقانون الإثبات اليمني وأغلب قوانين الإثبات العربية^(١).

أما المحررات الإلكترونية فهي تلك التي تتم عبر وسائط الكترونية وعبر معالجات إلكترونية وهي بذلك تختلف عن تلك المحررات الورقية، وقد عالجت معظم التشريعات العربية والأجنبية المحررات التي تستخرج عن طريق نظام الحاسب الآلي وساوتها من حيث الحجية بالمحررات التقليدية، ونعرض فيما يلي لهذا النوعين من المحررات في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: مفهوم المحررات التقليدية

الفرع الثاني: مفهوم المحررات الإلكترونية

الفرع الأول

مفهوم المحررات التقليدية وشروطها

تتنوع المحررات التقليدية التي يعتد بحجيتها في الإثبات، فإما أن تكون محررات رسمية، أي التي تتم عن طريق شخص ذي صفة رسمية، مدرج في السلم الوظيفي للدولة، أو محررات عرفية تتم بين أشخاص عاديين لا يتمتعون بصفة الرسمية، وتحدث عن هذه المحررات من خلال تعريفها، والوقوف على شروطها المختلفة.

أولاً: تعريف المحررات التقليدية:

١. تعريف المحررات الرسمية:

عرف قانون الإثبات اليمني^(٢) في المادة (٩٨) المحررات الرسمية بأنها: (التي يثبت فيها موظف عام، أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه في حدود اختصاصه، أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه).

ويلاحظ من النص أن المحررات الرسمية التي تحدث عنها المشرع، هي الأوراق الرسمية بشكل عام، التي تشمل في مفهومها؛ كل ورقة، أو محرر يصدر عن أجهزة

(١) كالقانون المصري، والتونسي، واللبناني، والبحريني، والإماراتي... الخ.

(٢) القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢١) لسنة ١٩٩٢م بشأن الإثبات وتعديلاته بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٦م.

السلطة، أو ما في حكمها، أو ما يتم توثيقه بها مثل: العقود، والقوانين، والقرارات الوزارية وغير الوزارية، وكذا القرارات الإدارية الصادرة من جهة الإدارة: كشهادة الميلاد، والوفاة، والشهادات الدراسية، والبطاقات الشخصية، والأوراق القضائية: كالأحكام، ومحاضر جلسات المحاكم، ومحاضر التحقيق، وأوراق المحضرين، والأوراق الطبية: كشهادات، والتقارير التي تصدرها المستشفيات وغيرها. لكن لابد أن تكون صادرة وفقاً للشروط التي يقرها القانون بأن تكون صادرة من موظف عام مكلف بخدمة عامة، ويمارس عمله في حدود الاختصاص المنوط به مع التقيد بالأوضاع التي يقرها القانون^(١).

٢. تعريف المحررات العرفية:

عرف قانون الإثبات اليمني في المادة (٩٩) المحررات العرفية بأنها تلك: (التي تصدر من الأشخاص العاديين فيما بينهم ويجوز لهم تسميتها لدى الجهة المختصة في حضورهم بعد التأكد من أشخاصهم وموافقتهم على ما جاء فيها فتأخذ حكم المحررات الرسمية).

فالمحررات العرفية هي تلك المحررات والأوراق الأخرى غير الرسمية، التي تصدر من الأفراد في المعاملات والعلاقات فيما بينهم: كالقرارات، والمخالصات، والتصرفات، والعقود العرفية، والوصايا وغيرها التي لم يتدخل في تحريرها الموظف العام، ولا الشخص المكلف بخدمة عامة بحكم وظيفتهما.

بل يكون موقعاً عليها من الشخص الصادر عنه ذلك التصرف، أو الأشخاص الصادرة عنهم، ويمكن أن يكون المحرر العرفي غير موقع من أطرافه^(٢)، لكنه ليس حجة عليهم إلا إذا كان موقعاً من أطرافه؛ لأنه بمثابة إقرار على صحة تصرف معين.

ثانياً- الشروط القانونية اللازم توفرها في المحررات التقليدية:

الشرط الأول: صدور المحرر من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة:

والموظف العام^(٣): هو كل من يتم تعيينه في السلم الوظيفي للدولة للقيام بخدمة

(١) د. علي صالح القعيطي: الإثبات في الكتابة المدنية والتجارية، مركز الصادق للنشر، صنعاء، الطبعة الثانية، ٢٠١٠م، ص ٩٢ وما بعدها.

(٢) د. علي صالح القعيطي: مرجع سابق، ص ١٠٨.

(٣) عرف القانون رقم (١٩) لسنة ١٩٩١م بشأن الخدمة المدنية في المادة (٢) بأن الموظف: (الشخص المعين بقرار من السلطة المختصة للقيام بعمل ذهني، أو مهني، أو حرفي، أو غيره تنظمه وظيفة مصنفة ومعتمدة في الموازنة العامة للدولة، والذي يعتبر بمجرد تعيينه في مركز نظامي سواء كانت الوظيفة دائمة، أو مؤقتة بموجب هذا القانون واللوائح المنفذة له والقوانين والقرارات الأخرى النافذة).

عامة، أو بعمل من أعمالها، أو تنفيذ أوامرها سواء كان يتقاضى أجراً على ذلك أم لا يتقاضى أجراً.

وعلى ذلك فيعد موظفاً عاماً محضر المحكمة، وكاتب العدل، والقاضي، وكاتب الجلسة والخبير، والموثقون بصفة عامة.

الشرط الثاني: صدور المحرر من موظف عام في حدود سلطته واختصاصه:

أي أن يكون الموظف ذا ولاية في تحرير المحررات، فإذا قام الموظف بإصدار المحرر بعد عزله، أو وقفه من العمل فإن المحرر سيكون باطلاً^(١)، وبالتالي لا يمكن أن يطلق على المحرر بالورقة الرسمية، كما يجب ألا يقوم مانع قانوني، أو مادي بالموظف يمنعه من إصدار المحرر، فلا يجوز له توثيق محرر يخصه هو، أو يخص أحد أقاربه حتى الدرجة الرابعة، كما يجب أن يدخل في اختصاصه إصدار هذا المحرر وفي المكان المكلف فيه، فلا يستطيع الموثق مثلاً أن يوثق عقاراً كائناً في تعزفيوثقه في صنعاء والعكس.

الشرط الثالث: مراعاة الأوضاع القانونية في تحرير المحرر:

يجب أن يلتزم الموظف في إصداره للمحرر الأوضاع والشروط والقواعد التي قررها القانون لإصدار مثل هذه المحررات، فلا بد أن يلتزم القاضي مثلاً بالأوضاع المقررة في تحرير الأحكام حتى يصبح الحكم ورقة رسمية، ويمكن أن يحتج بها.

الشرط الرابع: أن يكون المحرر موقعاً ممن هو حجة عليه:

هذا الشرط خاص بالمحرر العرفي إلى جانب الشروط السابق ذكرها، فالمحررات العرفية جعل لها القانون حجة إلى حد معين باعتبارها أدلة عارضة، وذلك كدفاتر التجار والأوراق المنزلية وأصول البرقيات وغيرها مما هو غير موقع^(٢).

(١) إذا تخلفت هذه الشروط، أو أحدها بأن صدرت الورقة مثلاً: من غير موظف عام، أو صدرت من موظف عام ولكنه غير مختص، أو صدرت من موظف عام مختص ولكنه لم يلتزم بالأوضاع القانونية المقررة لتحرير المحرر، فإن الورقة تكون باطلة لكنها لا تفقد كل قيمتها، بل تكون لها قوة المحررات العرفية متى كانت موقعة من ذوي الشأن، إذا لم تكن الرسمية أحد أركانها. أما لو كانت الرسمية أحد أركان المحرر فإن الرسمية تعد المحرر، ومن ثم ينعدم التصرف الصادر بناءً عليه لفقده أحد أركانه.

(٢) انظر أ. د. محمد بن حسين الشامي: شرح قانون الإثبات اليمني دراسة مقارنة، الجيل الجديد ناشرون، صنعاء، الطبعة الثالثة، ٢٠١٤م، ص ٢٠١.

الفرع الثاني

مفهوم المحررات الإلكترونية

استجابة لدخول البشرية عصراً جديداً يجمع بين مجال المعلوماتية وقطاع الاتصال، وما بينهما من انعكاس على التبادل التجاري، كتلك الصفقات التجارية الضخمة التي تتم عبر شبكة الاتصال الحديثة (الإنترنت).

فقد بادرت معظم التشريعات الدولية الحديثة، وعلى رأسها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري بسن تشريع أطلق عليه اسم «قانون الأونسيترال للتوقيعات الإلكترونية»^(١)، وهو بمثابة قانون إرشادي للدول للاسترشاد به عند قيامها بسن تشريع مماثل.

وهو ما تنبه إليه المشرع الوطني، فقد صدرت العديد من التشريعات المماثلة^(٢)؛ لتواكب هذا التطور المتسارع في ميدان المعلوماتية الإلكترونية؛ لكي توفر الأمان والثقة لدى المتعاملين في هذا المجال الخصب، الذي لا يمكن الاستغناء عنه، وتضمن

(١) أنشئت أول لجنة للقانون التجاري عام ١٩٦٦م بموجب القرار (٢١/د/٢٢٠٥) كانون الأول شهر ديسمبر، من قبل الأمم المتحدة، وسميت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، ومنحت الجمعية العامة للجنة، الولاية العامة لتعزيز اتساق وتوحيد التجارة الدولية، وأصبحت اللجنة منذ إنشائها، الهيئة القانونية الأساسية بمنظومة الأمم المتحدة في مجال القانون التجاري الدولي، ويقع مقر أمانة الأونسيترال في فينيا، وتتكون اللجنة من ستين دولة عضواً تنتخبها الجمعية العامة، وتكون العضوية في هذه اللجنة، على أساس الأقاليم الجغرافية المختلفة في العالم، وعهد إليها مهمة عصر ومواءمة القواعد المتعلقة بالأعمال التجارية الدولية، وهذه اللجنة هي التي شرعت القوانين النموذجية الخاصة بالتجارة الإلكترونية، والتوقيع الإلكتروني، ومن الأعمال التي تضطلع بها: (work carried out by):

- (أ) البيع الدولي للبضائع والمعاملات المتصلة به (relied and goods of sale a. international)
 - (ب) النقل الدولي للبضائع (goods of transport international .a .b)
 - (ج) التحكيم والتوفيق التجاريان الدوليان (c . commercial international and arbitration conciliation).
 - (د) الاشتراع العمومي وتطوير البنية التحتية (infrastructure and procurement public .envelopment) d
 - (هـ) عقود الإنشاءات (e . contracts construction)
 - (و) المدفوعات الدولية (f . international payments)
 - (ز) الإعسار عبر الحدود (h . insolvency)
 - (ح) النواتج الأخرى لعمل الأونسيترال (l . other products)
- (٢) ومن الدول التي قامت بسن تشريعات خاصة بالمعاملات الإلكترونية، الجزائر، وتونس، والمملكة الأردنية، والبحرين، والإمارات، ومصر، واليمن، وسلطنة عمان، والسعودية، وقطر، وفرنسا، والولايات المتحدة الأمريكية، والمملكة المتحدة، والسويد، وألمانيا، والنمسا، والنرويج، واليابان، واليونان، والدنمرك، ولكسمبورج، وإيطاليا، وسويسرا، وإسبانيا، وكندا، وفنلندا.

الخصوصية بهذه الوسيلة، خصوصاً القطاع التجاري منه .

وهذا ما يحتم علينا تناوله في هذا الفرع وهو تعريف المحررات الإلكترونية، وشروطها المختلفة .

أولاً: تعريف المحررات الإلكترونية:

١. تعريف المحرر الإلكتروني وفقاً للتشريعات الوطنية:

عرف القانون اليمني المحرر الإلكتروني تحت مسمى السند الإلكتروني^(١) وذلك في المادة (١٨/٢) بأنه: (أي بيان، أو رسالة^(٢)، أو قيد، أو عملية، أو معلومة، أو عقد، أو توقيع، أو برنامج، أو سجل، أو إجراء، أو شهادة، أو رمز، أو وثيق، أو أية أوراق مالية، أو تجارية يتم الحصول عليها بوسيلة إلكترونية)^(٣).

وعرف القانون المصري المحرر الإلكتروني: في المادة (١/ج) بأنه: (رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ، أو تدمج، أو تخزن، أو ترسل، أو تستقبل كلياً، أو جزئياً بوسيلة إلكترونية، أو رقمية، أو ضوئية، أو بأية وسيلة أخرى مشابهة)^(٤).

٢. تعريف المحرر الإلكتروني وفقاً للمواثيق الدولية:

عرف قانون الأونسيسترال المحرر الإلكتروني تحت مسمى رسالة البيانات في المادة (١/ج) بأنها: "معلومات يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية، أو ضوئية، أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر التبادل الإلكتروني للبيانات، أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي"^(٥).

(١) شرعت القوانين الخاصة بالتجارة الإلكترونية، والناظمة للمحررات الإلكترونية بتسميتها عدة مسميات فسميت برسالة البيانات، والمحررات الإلكترونية... الخ.

(٢) ذكر قانون أنظمة الدفع اليمني نوعين من الرسائل وهي رسالة البيانات والتي عرفها بأنها: (مجموعة من الأوامر والأرقام التي تحتاج إلى معالجة وتنظيم، أو إعادة تنظيم لكي تتحول إلى معلومات، وقد تأخذ شكل نص أو أرقام أو أشكال أو رسومات أو صور أو تسجيل أو أي مزيج من هذه العناصر)، وعرف رسالة المعلومات بأنها: (عبارة عن بيانات تمت معالجتها بواسطة نظام معالجة المعلومات فأخذت شكلاً مفهوماً).

(٣) قانون رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٦م بشأن أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الإلكترونية اليمني، الجريدة الرسمية، العدد الرابع.

(٤) قانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤م، بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني المصري، الجريدة الرسمية، العدد ١٧.

(٥) القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية مع دليل الاشتراع لعام ٢٠٠١م، صادر عن الأمم المتحدة، نيويورك ٢٠٠٢م، ص ١.

ثانياً: الشروط اللازمة للمحررات الإلكترونية:

مثلاً للمحررات التقليدية شروط تميزها، فإن للمحررات الإلكترونية كذلك شروطاً تمكنها من الحجية الكاملة في الإثبات إذا ما أثير نزاع بشأنها، وقد ثار التساؤل حول مدى استجماع الشروط المطلوبة للمحررات الإلكترونية وعن الشروط التي يتطلبها القانون في المحررات التقليدية^(١)، ولكي يكتسب المحرر الإلكتروني الحجية الكاملة في الإثبات فإنه لابد من استيفائه الشروط الآتية:

الشرط الأول: الكتابة:

لم تعد الكتابة قاصرة على المحررات الورقية فقط، بل تطور هذا المفهوم نحو الاتساع ليشمل أيضاً المحررات الإلكترونية، وقد انفراد المقنن المصري دون غيره من القوانين العربية بتعريف الكتابة الإلكترونية حيث عرفت المادة (١/أ) الكتابة الإلكترونية بقولها: (كل حروف، أو أرقام، أو رموز، أو أي علامات أخرى تثبت على دعائم الكترونية، أو رقمية، أو ضوئية، أو أي وسيلة أخرى تعطي دلالة قابلة للإدراك).

أما المقنن اليمني فلم يتطرق إلى تعريف الكتابة الإلكترونية بشكل مباشر، وإنما تطرق إليها أثناء تعريفه لمصطلحي «رسالة البيانات، ورسالة المعلومات» حيث عرفت المادة (٢) منه رسالة البيانات بأنها: (مجموعة من الأوامر والأرقام التي تحتاج إلى معالجة وتنظيم، أو إعادة تنظيم لكي تتحول إلى معلومات، وقد تأخذ شكل نص، أو أرقام، أو أشكال، أو رسومات أو صور أو تسجيل أو أي مزيج من هذه العناصر) كما عرفت تلك المادة رسالة المعلومات بأنها: (هي عبارة عن بيانات تمت معالجتها بواسطة نظام معالجة المعلومات فأخذت شكلاً مفهوماً).

فمن خلال تلك النصوص يتبين أن الكتابة الإلكترونية تكون بواسطة الحروف، أو الأرقام، أو الرموز، كما أن النصوص السابقة اشترطت أن تعطي الحروف أو الأرقام أو الرموز شكلاً مفهوماً، أو قابلاً للإدراك، ويقصد بذلك أن تشكل الأحرف، أو الأرقام، أو الرموز كتابة ذات معنى يفهمه العقل البشري.

فصفة الكتابة لا تتوافر دائماً في الكتابة القائمة على أحد أشكال الدعامات الإلكترونية، لذلك يجب أن تكون الكتابة الإلكترونية ذات فحوى ومدلول^(٢).

(١) د. ثروت عبد الحميد: التوقيع الإلكتروني، ماهيته، مخاطره، مدى حجيته في الإثبات، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٧م، ص ٦٦.

(٢) د. عيسى غسان راضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٩م، الناشر: دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص ١٦٦.

الشرط الثاني: التوقيع:

إن وجود الإرادة، واتجاهها نحو ترتيب أثر قانوني معين لا يجعل منها إرادة يعتد بها القانون، ما لم يتم ترجمتها في شكل تعبير خارجي محسوس، من خلال قيام الشخص بالتوقيع^(١) على المحرر سواء كان المحرر ورقياً، أو إلكترونياً؛ لأنه يفترض موافقة الموقع على ما ورد في المحرر، ما لم يتم دحض ذلك بكل وسائل الإثبات، وتعد قرينة مفترضة قابلة لإثبات العكس.

ويأتي التوقيع عادة في نهاية المحرر الإلكتروني، أو المرتبط به، أو المضاف إليه، للدلالة على أن الموقع مسؤول عن مضمون المحرر الإلكتروني، وإذا تعددت أوراق المحرر الإلكتروني، فعلى الموقع أن يقوم بالتوقيع على كل ورقة بشكل مستقل تأكيداً على التزامه بمضمون كل ورقة من أوراق المحرر^(٢).

وفي حالة التوقيع على المحرر الإلكتروني، فإنه يعد موقعاً على كل ما ورد في ثنايا ذلك المحرر، بحيث لا يمكن اقتطاع جزء من المحرر، أو إجراء أي تعديل، أو تغيير على المحرر، وإلا فإن المحرر الإلكتروني يعتبر معطلاً بكل ما جاء فيه^(٣).

فعندما يقوم الموقع بالتوقيع على المحرر، فإنه ينشئ بذلك أن يتم توقيعه بطريقة آمنة، وفي سرية تامة، فتركيبية التوقيع الالكتروني كما جاء في تعريفه، بأنه مجموعة حروف وأرقام لا يمكن معها القطع بنسبة التوقيع لشخص معين، مما يستلزم اتباع إجراءات تأمين للتوقيع الإلكتروني عالية المستوى تجعله صعب الاختراق والتقليد، وتتمثل هذه الإجراءات في تدخل وسيط محايد تكون مهمته التأكد من هوية صاحب التوقيع، والتصديق على توقيعه^(٤).

الشرط الثالث: التوثيق:

يشترط في المحرر الإلكتروني أن يكون موثقاً لدى جهة مختصة، والتوثيق كما عرفته

(١) والتوقيع الإلكتروني يأخذ أشكلاً شتى منها التوقيع بالقلم الإلكتروني (pen- op)، والتوقيع باستخدام البطاقة الممغنطة بالرقم السري، والتوقيع الرقمي (Signature Digital)، والتوقيع بواسطة الخواص الفيزيائية.. الخ.

(٢) د. حنان مليكة: النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني السوري رقم ٤/ الصادر بتاريخ ٢٠٠٩م، دراسة قانونية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، منشور بمجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٦، العدد الثاني، ٢٠١٠م، ص ٥٥٤.

(٣) صلاح عبد الحكيم المصري: متطلبات استخدام الإلكتروني في مراكز تكنولوجيا في الجامعات الفلسطينية في قطاع غزة، رسالة ماجستير، كلية التجارة، الجامعة الإسلامية، غزة، ٢٠٠٧م، ص ٣٣.

(٤) د. سحر البكباش: التوقيع الإلكتروني، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٩م، ص ٢٧.

المادة (٢) من قانون أنظمة الدفع الإلكتروني اليمني بقولها إجراءات التوثيق: (هي الإجراءات المتبعة للتحقق من أن التوقيع الإلكتروني، أو السجل الإلكتروني قد تم تنفيذه من شخص معين، أو لمتتبع التغييرات والأخطاء التي حدثت في السجل الإلكتروني بعد إنشائه بما في ذلك استخدام وسائل التحليل للتعرف على الرموز، والكلمات، والأرقام، وفك التشفير والاستعادة العكسية، أو أي وسيلة، أو إجراءات أخرى تحقق الغرض المطلوب).

فتوثيق التصرف الذي يتم عبر وسائل الكترونية فيه حفظ لحقوق المتعاملين من أي اعتداء، أو غش وهو الأمر الذي يستوجب القيام بتوثيق المحرر لدى جهة متفق عليها، وتكون معتمدة من قبل الحكومة، وهذا يعني أن جهة التوثيق يقع على عاتقها التحقق من صحة المحرر الذي تم تحريره والتوقيع عليه، وعليها أيضاً تتبع أي تغييرات أو أخطاء تحدث له، وهو ما سنتحدث عنه تباعاً عند الحديث حول الوسائل الوقائية لحماية المحرر.

الشرط الرابع: إمكانية الاحتفاظ بالمحرر الإلكتروني في شكله الأصلي دون أن يلحقه أي تغيير:

يشترط للاعتداد بالمحررات الإلكترونية في الإثبات بعد تدوينها على دعامات تسمح بإثبات الكتابة عليها، واستمرارها مدة زمنية معينة، وهذا الشرط يسري بالنسبة لغالبية الوسائل الحديثة وعلى سبيل المثال: المطبوعات الخارجة من الحاسب الآلي، وأهمها الميكروفيلم من نوع COM، والأقراص الرقمية الأخرى.

فالتكوين المادي للمحرر يجب ألا يتأثر بالعوامل الطبيعية، إلا ما كان منها يتأثر بعوامل التربة والرطوبة، وتتميز بعض البرامج بحساسية شديدة قد تعرض المحررات للتلف المباشر^(١)، وعلى مستخدم نظام المحررات الإلكترونية أن يقوم باقتناء أقراص ذات مواصفات عالية الجودة حتى يتسنى حفظ المحرر بوسيلة تترك أثراً متميزاً يبقى ولا يزول على الأقل لفترة زمنية معقولة^(٢)، بحيث يمكن العودة إليها، وقراءتها في أي وقت خصوصاً في ظل التكوين المادي والكيميائي للشرائح الممغنطة، وأقراص التسجيل ذات الحساسية^(٣).

(١) د. خالد مصطفى فهمي: النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧م، ص ٣٢ بند ٣٣.

(٢) محمد جستني: مدى حجية التوقيع الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٥م، ص ٦١.

(٣) د. عبد الله مسعود د. حسن عبد الله عباس: التوقيع الإلكتروني، دراسة نقدية لمشروع التجارة والصناعة الكويتية، مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية، المجلد ١٩، العدد ١، يوليو ٢٠٠٣م، ص ٢٤.

وقد حدد القانون اليمني^(١) الفترة الزمنية المعقولة التي يجب الاحتفاظ بالمستندات الإلكترونية، في المادة (٩/٢) التي تنص على أنه: (يجب على البنوك والمؤسسات المصرفية الأخرى أن تحتفظ بالأوراق المتصلة بأعمالها المالية والمصرفية لمدة لا تقل عن (١٠) سنوات بصورة مصغرة: ميكروفيلم، أو اسطوانة ممغنطة، أو غير ذلك من أجهزة التقنية الحديثة، بدلاً عن أصل الدفاتر والسجلات والكشوفات والوثائق والمراسلات والبرقيات والإشعارات وغيرها، وتكون لهذه الصور المصغرة حجية الأصل في الإثبات).

الشرط الخامس: إمكانية استرجاع المحرر الإلكتروني المحفوظ:

لكي يكتسب المحرر حجية كاملة في الإثبات، هو إمكانية الرجوع إلى المحرر في أي وقت، وبالشكل الذي تم به إنشاؤه أو إرساله أو تسلمه، وهو ما صرحت به المادة (١١/١) من قانون أنظمة الدفع الإلكتروني اليمني بقوله: (يعتبر السجل الإلكتروني سجلاً قانونياً ويكون له صفة النسخة الأصلية إذا توافرت فيه الشروط التالية:

ب. إمكانية الاحتفاظ بالسجل الإلكتروني بالشكل الذي تم به إنشاؤه أو إرساله أو تسلمه أو بأي شكل يسهل به إثبات دقة البيانات والمعلومات التي وردت فيه عند إنشائه أو إرساله أو تسلمه....).

(١) قانون أنظمة الدفع اليمني، والقانون التجاري قد تحدث عن المدة الزمنية التي يجب الاحتفاظ بالدفاتر التجارية كي يعتد بها في الإثبات بقوله: (على التاجر أو ورثته الاحتفاظ بدفتر اليومية الأصلي ودفتر الجرد مدة عشر سنوات تبدأ من تاريخ أقفالهما ويجب عليهم كذلك حفظ المراسلات والمستندات، والصور المشار إليها في المادة السابقة مدة خمس سنوات).

المطلب الثاني

أوجه المقارنة بين المحررات التقليدية والإلكترونية

تمهيد:

ظلت فكرة المحررات التقليدية سائدة باعتبارها الوسيلة الوحيدة قانوناً، لكن الواقع المعاش أفرز لنا فكرة المحررات الإلكترونية، وبادرت كثير من التشريعات سواء كانت الوطنية، أم الدولية بإعطاء هذه المحررات القوة الثبوتية الموازية للمحررات التقليدية. على الرغم من الاختلاف في كلا المحررين من حيث الكتابة والتوقيع كون الأول يتم على دعامات ورقية مادية، بينما الأخرى تتم عبر دعامات ممغنطة الكترونية، وهو الأمر الذي يتطلب منا بيان أوجه التشابه والاختلاف بين هذين المحررين في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

أوجه الفروق بين المحررات التقليدية والإلكترونية من حيث الكتابة

سأقوم ببيان أوجه الفروق في هذين النوعين من المحررات من حيث شكل الكتابة، ومن حيث الوسيط التي تتم عليها عملية الكتابة، ومن حيث نسبة الأمان التي يتمتع بها كل من المحررين.

الفرق بين المحررين من حيث شكل الكتابة:

تتميز الكتابة التقليدية بأنه لا يشترط فيها شكل معين، فكل ما كان مفهوماً لدى بني البشر وكان مألوفاً بينهم؛ جرى الاعتراف به، وبالتالي تسند إليه القوة الثبوتية الكاملة، ويتضح ذلك جلياً في ما كان سائداً في العصور القديمة التي كانت الكتابة تتخذ شكل رموز، أو نقوش، أو شكل حيوانات، وكانت لها حجية قانونية كاملة، وتنقطع الصلة إذا كانت الكتابة غير مألوفة.

ما نستطيع قوله في هذا الشأن بأنه يتم في الوقت الحاضر الاعتماد في مجال المحررات الإلكترونية على هذا النوع من الكتابة وأصبحت مألوفة عند البشرية، فالكتابة الإلكترونية قد تأتي على هيئة حروف، أو أرقام، أو رموز، أو أي علامات أخرى تثبت على

دعامات الكترونية، أو رقمية، أو ضوئية، أو أي وسيلة أخرى وتعطي دلالة قابلة للإدراك^(١) وتتم عبر العدد (الصفر والواحد) وتسمى حينئذ «لغة الآلة»، ويتبين مما سبق أن الكتابة سواء كانت فيما مضى، أو في الوقت الحاضر لم يُتخذ فيها معيار معين، وإنما ارتبطت بمألوفيته، أو عدم مألفويته.

الفرق بين المحررين من حيث الوسائط التي يتم بها تدوين الكتابة:

كانت الكتابة التقليدية تأتي عبر وسط تقليدي مأخوذ من الطبيعة سواء كانت ألواحاً خشبية، أو ما ينحت على قطع من الأحجار، أو يكتب على الجلود، وغيرها من الوسائط حينذاك والوقت الراهن تتم على وسط ورقي مادي، في حين أن الكتابة الإلكترونية تتم على وسيط الكتروني، عبر دعامة ممغنطة، أو رقمية، أو ضوئية، أو أشرطة الكاست (CD)، أو أي وسيلة أخرى بحيث تعطي دلالة قابلة للإدراك، وتُلحق بجهاز الحاسب الآلي. يتضح مما سبق أن الاختلاف بين المحررين في أن المحرر التقليدي يتم عبر وسيط مادي، بخلاف الآخر فإنه يتم على وسيط الكتروني غير مادي.

الفرق بين المحررين من حيث نسبة الأمان:

الكتابة التقليدية تتمتع بنسبة أمان نسبية مقارنة بنسبة الأمان للكتابة المحررة إلكترونياً كون الأخرى يتم تشفيرها، والمصادقة على محتواها، والتأكد من نسبتها إلى صاحبها، ومن ثم أرشفتها إلكترونياً، وفق مواصفات عالية المستوى لكي تحد من تزويرها، أو تلفها، وهو الأمر الذي يؤدي إلى الاطمئنان إليها.

الفرع الثاني

أوجه الفروق بين المحررات التقليدية والإلكترونية من حيث التوقيع

هناك فروق جوهرية بين التوقيع التقليدي، والتوقيع الإلكتروني، سواء كان من حيث الشكل، أو من حيث الوسيط، أو من حيث نسبة الأمان.

الفرق بين التوقيعين من حيث الشكل:

يقتصر شكل التوقيع التقليدي على الإمضاء، أو البصمة، أو الختم، بخلاف التوقيع الذي يتم في الشكل الإلكتروني الذي يمكن أن يأتي بأشكال مختلفة، فقد يتخذ شكل

(١) انظر نص المادة (١/أ) من قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني المصري.

أصوات، أو حروف، أو أرقام، أو رموز، أو إشارات، أو غيرها، بحيث يكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع، ويميزه عن غيره^(١)، ويدل على رغبة الموقع في إقرار العمل القانوني والرضاء بمضمونه^(٢).

الفرق بين التوقيعين من حيث الوسيط:

التوقيع التقليدي عادة ما يتم على دعامة ورقية، أو ألواح خشبية، أو ينحت على الأحجار، أو الجلد وغيرها، بينما التوقيع الإلكتروني فعادة ما يكون على وسيط الكتروني، كالبطاقة الممغنطة، أو بواسطة الخواص الفيزيائية والطبيعية للإنسان، أو ما يطلق عليه - التوقيع البيومتري، الذي يتم على دعامة الكترونية ضوئية ممغنطة ملحق بجهاز الحاسب الآلي.

الفرق بين التوقيعين من حيث السلامة:

التوقيع التقليدي يترك فيه الحرية والاختيار للموقع في اختيار توقيع صعب تزويره، بينما التوقيع الإلكتروني فهو مقيد باستخدام وسيلة آمنة تقنياً بحيث يتسنى تشفيره، ومصادقته، والتأكد من نسبته إلى صاحبه، وهو ما يستلزم تدخل شخص ثالث محايد مرخص له من الجهات الرسمية باعتماد التوقيعات الإلكترونية ويخضع لشروط قاسية منصوص عليها في القوانين النازمة له^(٣)، وتنعقد المسؤولية العقدية والجنائية في حالة الإخلال بهذه الالتزامات.

(١) راجع تعريف التوقيع الإلكتروني في المادة (١/ج) من القانون المصري، والمادة (١٣/٢) يمني، والمادة (٢/أ) من قانون الإونيسترال.

(٢) د. سحر البكباش: مرجع سابق، ص ٩.

(٣) حيث اعترف المشرع اليمني للجهات التي تزاوّل نشاط إصدار شهادة التصديق الإلكتروني الوطنية والأجنبية، في المادة (٣٥) التي تنص بأن: «تكون شهادة التوثيق التي تبين رمز التعريف معتمدة إذا كانت:

١. صادرة عن جهة مرخصة أو معتمدة.

٢. صادرة عن جهة مرخصة من سلطة مختصة في دولة أخرى ومعترف بها

٣. صادرة عن جهة وافق أطراف المعاملة على اعتمادها.

المبحث الثاني

مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات التجاري

تمهيد وتقسيم:

تعددت وسائل الإثبات التي يستخدمها صاحب الحق للوصول إلى حقه إلا أن الأدلة التقليدية تبقى الوسيلة الأقوى التي تحتل المرتبة الأولى من بين تلك الوسائل الأخرى، فإذا لم يستطع صاحب الحق إثبات حقه بالأدلة الكتابية عندئذ يلجأ إلى الوسائل الأخرى بما فيها الشهادة والقرائن والإقرار واليمين والمعاينة والخبرة^(١).

والمرشح لم يكن ليمنح الإثبات بالكتابة قيمة ثبوتية مهمة تفوق باقي طرق الإثبات الأخرى بمحض الصدفة، بل جاء ذلك نتيجة وعي المشرع بالمكانة التي تحتلها الكتابة على مر الزمن من الديمومة، والاستمرار مهما تباعدت الأزمان، أما طرق الإثبات الأخرى، فإنه ينتابها بعض الشكوك، والقصور التي جعلت بعض التشريعات موضع انتقاد لها، وفي مقدمتها مشكلات الإثبات بواسطة مستخرجات الحاسوب، والملفات الرقمية.

ومع تزايد الاعتماد يوماً بعد يوم على وسائل تقنية المعلومات في إدارة وإنفاذ الأعمال المختلفة، ومع التوجه الظاهر نحو عالم الرقميات كبديل لعالم المحسوسات، عالم البيانات والملفات المخزنة في أنظمة المعلومات كبديل للبيانات المحررة على الورق وحوافظ الملفات التقليدية، يزداد الاهتمام بمدى حجية وقوة وسائل التخزين التقني للمعلومات، ومستخرجات الحاسوب، ومدى استيعاب النظام القانوني للإثبات لهذه الأنماط المستجدة على الساحة، ولا يقف التساؤل عند حد التصرفات القانونية المدنية والتجارية والمصرفية، بل يتعداه إلى التساؤل حول: ما هي الحماية القانونية الوقائية للمحررات ذات الطبيعة الإلكترونية في المواد التجارية؟

ويمكن الإجابة على هذه التساؤلات من خلال المطلبين الآتيين:

(١) حنان مليكة: مرجع سابق، ص ٥٥٢.

المطلب الأول

التنظيم التشريعي لحجية المحررات الإلكترونية في الإثبات التجاري

تمهيد :

لقد اتجهت النظم القانونية المختلفة - بوجه عام - إلى قبول وسائل الإثبات الإلكترونية التي توفر من حيث طبيعتها موثوقية في إثبات الواقعة، وصلاحيه الدليل محل الاحتجاج، وتحقق فوق ذلك وظيفتين :

- إماكن حفظ المعلومات لفترة زمنية معقولة للمراجعة والرجوع إليها عند التنازع.
- والموثوقية في الإثبات عن طريق جهات المصادقة.

بعد أن خضعت القواعد القانونية للإثبات في النظم المختلفة إلى عملية نقد وتقييم في ضوء مفرزات تقنية المعلومات وتحدياتها، وذلك من أجل تبين مدى تواءم النصوص القائمة مع ما أفرزته وسائل الاتصال الحديثة وتحديدًا شبكات المعلومات بأنواعها (انترنت، اكسترانت)، باعتبار أن القواعد القائمة تركز على مفاهيم ذات مدلول مادي.

وقد أدت عملية التقييم هذه إلى اتخاذ تدابير تشريعية في أكثر من دولة، فعلى الصعيد العالمي كان للجنة الأوينسترال في الأمم المتحدة وقفة مبكرة حيث أصدرت القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٦م الذي عالج من بين ما عالج مسائل التوافق الإلكترونية والمحررات الإلكترونية، وقرر وجوب قبول المحررات الإلكترونية كوسيلة لإثبات التعاملات التجارية المختلفة، واكتفى قانون الأوينسترال بوضع المبادئ العامة القائمة للدول للاسترشاد بها عند سن القوانين لكي تلبي مفرزات التكنولوجيا، وتحقق طموحاتها، وقد سارت العديد من التشريعات الغربية، والعربية على هذا الطريق. ومن أجل الوصول إلى معرفة حقيقية للتشريعات المختلفة يمكن تناول هذا المطلب في الفرعين الآتيين :

الفرع الأول

حجية المحررات الإلكترونية في التشريعات الوطنية

أمام الجهود الدولية للاعتراف بحجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، وجد المشرع العربي والغربي نفسه أمام ضرورة ملحة لتحديث قوانينه القائمة لمواكبة هذا التطور،

وهذا التوجه الذي فرض نفسه على الساحة التجارية والمعاملاتية المختلفة المتمثلة في التدخل لملاءمة القواعد القانونية مع التطورات الحديثة في ميدان المعلومات الإلكتروني خاصة ما يتعلق منها باستخدام مخرجات الحاسب الآلي في التجارة الإلكترونية.

ومما لا شك فيه، ومع توجه أغلب الحكومات من نظام تقليدي إلى نظام إلكتروني، أدى بها إلى منح المحررات الإلكترونية حجية كاملة في الإثبات سواء في ظل بعض التشريعات المقارنة، أو في ظل التشريع اليمني.

وبنظرة على قانون أنظمة الدفع اليمني نجد المشرع قد أطلق العنان للمحررات الإلكترونية في أن تحل محل المحررات التقليدية، وساوى بينهما من حيث القوة الثبوتية.

فقد نصت المادة (١٠) بأن: (يكون للسجل الإلكتروني والعقد الإلكتروني ورسالة البيانات والمعلومات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني نفس الآثار القانونية المترتبة على الوثائق والمستندات والتوقيعات الخطية من حيث إلزامها لأطرافها، أو حجيتها في الإثبات).

وكذا نصت المادة (٢/٨) التي تخول للبنك المركزي اليمني: (الصلاحيات التالية: إجراء الدفع والقبض بواسطة النظام الإلكتروني لتحويل الأموال وإبلاغ البنوك بذلك ويكون لهذه الإجراءات حجية في الإثبات)، ونصت المادة (١/٩) بأنه: (يجوز الإثبات في القضايا المصرفية بجميع طرق الإثبات بما في ذلك البيانات الإلكترونية، أو البيانات الصادرة عن أجهزة الحاسب الآلي، أو مراسلات أجهزة التلكس، أو الفاكس، أو غير ذلك من الأجهزة المشابهة).

ونصت المادة (٣/٩) بأن: (تعفى البنوك التي تستخدم في تنظيم عملياتها المالية والمصرفية الحاسب الآلي، أو غيره من أجهزة التقنية الحديثة من تنظيم الدفاتر التجارية المنصوص عليها في القانون التجاري النافذ، وتعتبر المعلومات المستقاة من تلك الأجهزة، أو غيرها من الأساليب الحديثة بمثابة دفاتر تجارية لها حجيتها في الإثبات).

ويستفاد من النصوص سالفة الذكر أنها ركزت على حجية المعاملات المالية دون غيرها من المعاملات التجارية الأخرى، ولم تجعل مساواة كاملة في الحجية للمعاملات التجارية الأخرى التي تتم في بيئة الكترونية، وهو مأخذ على المشرع اليمني يجب تداركه خصوصاً في المعاملات التجارية التي استثنأها المشرع التجاري، وأتاح للمتخاصمين سلوك كافة طرق الإثبات، على خلاف المعاملات المدنية التي قيدها وأورد طرق الإثبات فيها على سبيل الحصر.

بالرغم من توجه اليمن نحو استبدال المعاملات المدنية التقليدية بمعاملات مدنية

الإلكترونية، مثل: استخراج البطاقة الشخصية، وجوازات السفر، وكروت السيارات، وغيرها من المعاملات التي تتم عبر نظام الكتروني، وهو أمر ينبغي التنبيه إليه، ويجب استيعاب هذا التوجه وتضمين ذلك في تعديلات قادمة لقانون الإثبات.

ويبدو مما ظهر أن أفضل طريقة لمنح الحجية القانونية لمخرجات الحاسوب هو وضع نص عام يستوعب كل معاملة أجريت بوسائل إلكترونية، سواء كانت تجارية، أو مدنية، أو إدارية.

لكن ما يمكن قوله في هذا الشأن أن القاضي يستطيع الرجوع إلى نص المادة العاشرة ويجعل حجية للمحررات الإلكترونية كاملة توازي نظيراتها التقليدية، كون النص عاماً يستوعب كل المعاملات سواء كانت تجارية، أو مدنية، وبهذا يكون القاضي قد طبق روح القانون.

أما المشرع المصري فقد كان أكثر وضوحاً من القانون اليمني فلم يقتصر على المعاملات التجارية، بل ذهب إلى أبعد من ذلك فقد نص على حجية المعاملات التي تصدر عبر مؤسسات الدولة المختلفة وذلك في المادة (١٥) بقوله: (للكتاب الإلكترونية وللمحررات الإلكترونية، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في قانون الإثبات في المواد التجارية والمدنية متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون)، وهو سلوك حسن نتمنى من المشرع اليمني أن يحذو حذوه.

أما المشرع الأردني فقد أقر بحجية المحررات الإلكترونية في قانون البيانات رقم (٣٧) لسنة ٢٠٠١م في المادة (١٣) بقوله: (أ. يكون لرسائل الفاكس والتلكس والبريد الإلكتروني قوة الإسناد العادية في الإثبات).

ب. وتكون لمخرجات الحاسوب المصدقة، أو الموقعة قوة الإسناد العادية من حيث الإثبات، ما لم يثبت من نسب إليه أنه لم يستخرجها أو لم يكلف أحداً باستخراجها).

ثم صدر القانون رقم (٨٥) لسنة ٢٠٠١م بشأن المعاملات الإلكترونية الذي نص في المادة (١٧) منه على أن: (يعتبر السجل الإلكتروني والعقد الإلكتروني والرسالة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني منتجاً للآثار القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية والتوقيع الخطي بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلزامها لأطرافها، أو صلاحيتها في الإثبات).

أما القوة الثبوتية للمحررات الإلكترونية في التشريع الفرنسي فقد وعى المشرع الفرنسي مبكراً بضرورة اعتماد وسائل الاتصال الحديثة في المعاملات التجارية المختلفة،

ويتضح ذلك جلياً من خلال تعديلاته للقانون رقم (٥٢٥/٨٠) الصادر في ١٢ يوليو ١٩٨٠م، والذي عدل المادة (١٣٤٨) من القانون المدني لينظم وسائل إثبات التصرفات القانونية بوجه عام، بحيث تبني مفهوماً حديثاً للصورة، إذ منحها حجية معينة في الإثبات.

وهكذا جاءت المادة (١٣٤٨) في فقرتها الثانية باستثناء مهم، على وجوب إعداد الدليل الكتابي، إذا كان أحد الأطراف أو المودع لديه لم يحتفظ بالسند الأصلي، وقدم صورة تعد نسخة مطابقة للأصل، ويعد دائماً كل نسخ للأصل ناشئاً عن إحداث تغيير تصعب إزالته في مادة الدعامة^(١).

من الملاحظ على المادة أن المشرع الفرنسي منح للصورة حجية في الإثبات متى توافرت شروط نصت عليها هذه المادة، حيث اشترط أن تكون تلك الصورة نسخة مطابقة للأصل، وهو شرط بديهي وضروري، فلا يعقل أن تكون الصورة مخالفة للنسخة الأصلية، إضافة إلى شرط التطابق، وشرط الدوام، وهو ما عبر عنه المشرع الفرنسي في نهاية المادة بقوله: «ويعد دائماً كل نسخ للأصل ناشئاً عن إحداث تغيير تصعب إزالته في مادة الدعامة».

من الملاحظ أن المشرع الفرنسي تدخل جزئياً، حيث اقتصر في بداياته على بعض القطاعات المحددة مثل قانون ٣٠ أبريل ١٩٨٣م بشأن السماح باستخدام الوسائط الإلكترونية كبديل عن الدفاتر التجارية في تدوين حسابات التجار، إلى جانب هذا القانون صدر التعديل البسيط للقانون المدني، والتعديل الذي قام به يبدو أنه كان تحت ضغط الاستجابة لمعطيات الواقع الذي فرض نفسه.

ولحقه صدور القانون رقم (٢٣٠) الصادر في ١٣ مارس ٢٠٠٠م المتعلق بتطويع قانون الإثبات لتكنولوجيا المعلومات والتوقيع الإلكتروني، حيث جاء هذا القانون بتعديل مهم شمل خاصة المادة (١٣١٦) من القانون المدني الفرنسي، إذ جاء فيها «يشمل الإثبات عن طريق الكتابة كل تدوين للحروف أو العلامات أو الأرقام أو أي رمز أو إشارة أخرى، ذات دلالة تعبيرية واضحة ومفهومة أياً كانت الدعامة التي تستخدم في إنشائها أو الوسيط الذي تنتقل عبره»^(٢).

وبهذه التعديلات المتلاحقة يكون المشرع الفرنسي قد وسع من مفهوم المحررات الإلكترونية لتشمل كل أنواعها، وهو بذلك يعترف للمحررات المعتمدة عبر دعامات

(١) د. نور الدين الناصري: المعاملات والإثبات في مجال الاتصالات الحديثة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، العدد ١٢، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى ٢٠٠٧، صفحته ٦٤ وما بعدها.

(٢) د. ثروت عبد الحميد، مرجع سابق، ص ١٧٤.

إلكترونية بنفس الحجية التي للكتابة عبر دعامات مادية، فالعبرة ليست في تقنية اعتماد الكتابة ولا في الوسيلة المستخدمة فيها، وإنما في قدرة تلك الطريقة على إنشاء الكتابة، ويجعلها ذات دلالة تعبيرية واضحة.

وبهذا يكون المشرع الفرنسي قد جعل المحررات الإلكترونية المتضمنة لتوقيع إلكتروني تتساوى مع المحررات التقليدية، من حيث الحجية في الإثبات، وهو بذلك يستجيب للتكنولوجيا.

الفرع الثاني

حجية المحررات الإلكترونية وفقاً للمواثيق الدولية

أصدرت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية (الأونيسترال) لعام ١٩٩٦م، والذي نص في المادة (٩) منه على أنه: (١) - في أي إجراءات قانونية لا تطبق أي حكم من أحكام قواعد الإثبات من أجل الحيلولة دون قبول رسالة البيانات كدليل :

(أ) لمجرد أنها رسالة بيانات

(ب) أو بدعى أنها ليست في شكلها الأصلي إذا كانت هي أفضل دليل يتوقع بدرجة معقولة من الشخص الذي يستشهد بها أن يحصل عليه .

٢- يعطي للمعلومات التي تكون على شكل رسالة بيانات ما تستحقه من حجية في الإثبات...^(١).

بينما حددت المادة (٢/ج) من قانون الأونيسترال للتوقيعات الإلكترونية لعام ٢٠٠١م بأن رسالة البيانات^(٢): (تعني معلومات يتم إنشاؤها... بما في ذلك على سبيل المثال لا

(١) انظر: محمد جستنية: مرجع سابق، ص ١٨٩، أيضاً د. عيسى راضي: مرجع سابق، ص ١٩٠.

(٢) وقد جاء تفسير النص في دليل الاشتراع الصادر عن اللجنة لعام ٢٠٠١م بأنه أخذ تعريف عبارة «رسالة البيانات» من المادة ٢ من قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية بما في ذلك التجارة المستندة إلى شبكة الويب بحيث لا يقتصر مفهوم عبارة رسالة البيانات على الاتصالات بل يقصد به أيضاً أن يشمل السجلات المنتجة حاسوبياً لغير غرض الاتصالات، وعليه فإن مفهوم رسالة يشمل مفهوم «سجل» ويقصد بالاشارة إلى الوسائل المشابهة تبيان أن الغرض من القانون النموذجي ليس أن يطبق في سياق تقنيات الاتصال القائمة فحسب، بل أن يستوعب أيضاً التطورات التقنية المتوقعة وهدف تعريف «رسالة البيانات» أن يشمل جميع أنواع الرسائل المنتجة، أو المخزونة، أو المبلغة في شكل غير ورقي أساساً، ولذلك ذكرها القانون على سبيل المثال للمزيد يمكن الرجوع إلى دليل الاشتراع الملحق بالقانون، ص ٥٥.

الحصر، التبادل الإلكتروني، أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو البرق، أو التلكس، النسخ (البرقي).

نظرة تحليلية للقوانين سالف الذكر:

بالوقوف على نصوص التشريعات العربية المقارنة يتضح لنا أنها استخدمت تعابير تقليدية في طياتها مثل: كتابة، توقيع، سجل، ملف... الخ. فإذا ما تمعنا في هذه المصطلحات بالتحليل سنجد أن المشرع ما زال متأثراً بالمظاهر المادية الورقية المنصوص عليها في قوانين الإثبات المدنية.

وهو ما يؤدي إلى احتمال صدور قرارات قضائية متناقضة والبطء في سير إجراءات المحاكمة مما يعكر صفو السرعة التي تتصف بها الوسائل الإلكترونية الحديثة.

ويظهر ذلك جلياً في نصوص القانون اليمني لأنظمة الدفع الإلكتروني الذي جاء مبناه قائماً - بوجه عام - على فكرة الإثبات التقليدي، وإن كان قد شمل الوسائل التقنية ذات المستخرجات الإلكترونية وساوى بينها في الحجية، لكنه لم يشمل الوسائل ذات المحتوى الإلكتروني البحت بنظرة مجردة بعيداً عن الحلول المقررة تقنياً وتشريعياً في النظم المقارنة التي نظمت هذا المضمار.

المطلب الثاني

الوسائل الوقائية اللازمة للمحررات الإلكترونية

تمهيد:

منذ أن بدأت المعاملات التجارية تغطي على المعاملات التقليدية؛ بدأت الخطورة تتزايد في مستوى الأمن الفعلي وهو ما دفع رجال القانون إلى المسارعة في تقديم المشورة^(١) بشأن العواقب القانونية التي تعترض حجية المحررات الإلكترونية وبمساواتها بالمحررات التقليدية في الإثبات.

ولا يمكن الاعتراف لهذه المحررات إلا إذا بلغت حداً مأموناً يحول دون إنكار سلامتها، أو إنكار عمن صدرت عنه، وهو الأمر الذي دفع بالخبراء التقنيين إلى ابتكار ضوابط تقنية وفنية تحول من الاختراق والتزوير في تلك المحررات وبالتالي تحد من عملية القرصنة

(١) محمد جستينة: مرجع سابق، ص ٢٢١.

لبيانات المتعاملين في حقل البيئة الإلكترونية^(١).

ونتيجة لهذه المخاطر التي من شأنها أن تؤدي إلى إضعاف حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات كان لزاماً البحث عن وسيلة تقنية تسمح بتأكيد عدم تزوير المحررات والتوقيعات الممضاة عليها، ونسبتها إلى مصدرها للتقرير بالحجية الكاملة في الإثبات.

فيشير البعض إلى أن الأمان اللازم للمعاملات الإلكترونية لا يتحقق إلا من خلال نظامي تشفير وتصديق للمحررات الموقعة الكترونياً: فيا ترى ما هو التشفير؟ وكيف يمكن التصديق وعلى من يناط بهذه المهمة هذه التساؤلات يمكن لنا الإجابة عليها من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

تشفير المحررات الإلكترونية كوسيلة وقائية

تشفير البيانات المدونة على وسائل الاتصال الحديثة تعد الوسيلة الحديثة لضمان الأمان، والسرية لسلامة المحررات المنشورة عبر شبكة الإنترنت، بحيث يستحيل اختراق بيانات المحرر والعبث به من غير المرخص له، وتعود عمليات التشفير تاريخياً إلى عصر يوليوس قيصر الذي استخدم رمزاً للتشفير يتضمن إزاحة أحرف النص المراد تشفيره عدداً محدداً من الخانات، وعلى مدار التاريخ دار صراع بين مطوري علم التشفير، وبين أولئك الذي يسعون لكسره واختراقه^(٢).

وبداً استخدام التشفير في العلوم العسكرية، في الحرب العالمية الثانية، واستخدم الألمان أشهر آلة كهربائية للتشفير المعروفة باسم (Enigma) مما حث الحلفاء على ابتكار الحاسبات الآلية (Bombe، colossus) لفك رموز هذه الشفرات، وقام فريق من جهاز الاستخبارات الإنجليزية بقيادة العالم (ألان ترنج) بفك اللغز الألماني، وعد بمثابة انتصار هائل تمكنت من خلاله قوات الحلفاء من إحراز النصر في الحرب العالمية الثانية، وزاد هذا النصر من ظهور أجهزة الحاسوب، وتزايد انتشارها بين أوساط البشر، والتعمق في علومها^(٣).

(١) انظر بتصرف: د. هاني دويدار: حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، محاضرات أقيمت في إطار برنامج وزارة العدل بالجمهورية اليمنية بالتعاون مع المنظمة الدولية لقانون التنمية، صنعاء والمنعقدة من ٩-١٩/ فبراير ٢٠١٤م بالمعهد العالي للقضاء.

(٢) عمر حسن المومني: التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية، دراسة قانونية وتحليلية، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٣م، ص ٥٤.

(٣) محمد جستينة: مرجع سابق، ص ٢٢٤.

وقد أصبح فك رموز التشفير يتزايد يوماً بعد يوم، وهو ما يمكن التأكيد عليه هنا، من أن مبتكري أنظمة أجهزة الحاسب الآلي (الكمبيوتر) قد استطاعوا إحراز تقدم في نظرية علم التشفير^(١).

وتتم عملية تشفير التوقيع الكتروني، والبيانات الأخرى المدونة على المحررات الإلكترونية عن طريق تحويلها إلى رموز مبعثرة لا معنى لها، بواسطة خوارزمية التشفير المتماثل وغير المتماثل^(٢).

والتشفير المتماثل هو: التشفير الذي يتم بواسطة المفتاح العام، وهي عملية يستخدم فيها مفتاح واحد لا نظير له لعملية تشفير بيانات المحرر الإلكتروني، وفك تشفيره، ويعتمد هذا النوع من التشفير على سرية المفتاح المستخدم، والشخص الذي يملك هذا المفتاح هو الشخص الوحيد بإمكانه فك التشفير، وقراءة محتوى المحرر، أو الرسالة الإلكترونية، أو البيانات الأخرى^(٣).

أما التشفير غير التماثلي فهو يعتمد على وجود مفتاحين: هما المفتاح العام (Publickey) والمفتاح الخاص (Privet key) حيث يستخدم المفتاح العام لتشفير الرسائل، ويستخدم المفتاح الخاص لفك تشفير الرسائل، وعليه تستند منظومة المحررات الإلكترونية؛ لأنه أكثر أماناً وأكثر تعقيداً، ويعتمد على إصدار مفتاحين متكاملين ومرتبطين بشكل مُحكم، وهما المفتاح الخاص الذي يتم توزيعه بشكل حر على كل من يطلبه وفق شروط معينة، ويصبح مالكة الشرعي، ومفتاح عام معروف للمستخدمين الذين يتم التعامل معهم^(٤).

وقد درجت البنوك على تطبيق التوقيع الرقمي الذي يستخدم فيه التشفير غير التماثلي بواسطة المفتاحين: مفتاح خاص، ومفتاح عام، يمكنان استخدام البطاقة

(١) عرف بعض الفقه بأن علم التشفير هو: عبارة عن ترميز البيانات كي يتعذر قراءتها من أي شخص ليس لديه كلمة مرور لفك شفرة تلك البيانات. ويقوم التشفير بمعالجة البيانات باستخدام عمليات رياضية غير معقدة قابلة للعكس، ويجعل تشفير المعلومات في جهاز الكمبيوتر غير قابلة للقراءة من قبل أي شخص يستطيع أن يتسلل لتلصص في جهاز المستخدم دون إذن، ومن أشهر برامج التشفير (PGP). انظر: محمد جستينة: المرجع السابق، ص ٢٢٦.

(٢) ناهي يوسف: دراسة وتصميم خوارزمية تشفير للبيانات المنقولة عبر شبكة الإنترنت، رسالة ماجستير، كلية الهندسة، جامعة دمشق، منشور بمجلة دمشق للعلوم الهندسية، المجلد ٢٠، العدد ٢، ص ١٤٦.

(٣) د. أحمد فرج: إطار عام لتطبيق استخدام منظومة التوقيع الإلكتروني في مؤسسات المعلومات، دراسة للإطار التقني والتنظيمي، والبنية التحتية، بحث منشور في مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود، ٢٠٠٨م، العدد الأول، ص ٦٣.

(٤) د. أحمد فرج: المرجع السابق، ص ٦٤.

البنكية^(١) الإلكترونية من إجراء معاملة مالية بواسطة التوقيع الرقمي من خلال إدخال الكود الشخصي السري الخاص بالعميل، والمفتاح العام الذي يستخدمه البنك ليتأكد من أن مستخدم البطاقة هو نفسه المالك الشرعي لها، وتتم هذه العملية على الخط المباشر دون أن يلاحظ المستخدم أي تعقيدات^(٢).

بالتأمل لنصوص القانون اليمني^(٣) تكاد تخلو من ذكر التشفير بشكل صريح وهو ما يؤخذ على المشرع اليمني، لكن يمكن لنا أن نستشف ذلك بصورة ضمنية من خلال تعريف رسالة البيانات التي نصت المادة (١١/٢) بأن رسالة البيانات: (هي عبارة عن بيانات تمت معالجتها بواسطة نظام معالجة المعلومات فأخذت شكلاً مفهوماً)، وعرفت الفقرة (١٢) من نفس المادة بأن تبادل البيانات الإلكترونية يعني: (نقل البيانات إلكترونياً من شخص إلى آخر باستخدام نظام معالجة المعلومات).

الفرع الثاني

تصديق المحررات الإلكترونية كوسيلة وقائية

جهات التصديق الإلكتروني^(٤) هي تلك الجهة التي ينام بها التحقق من أن التوقيع على المحرر الإلكتروني قد تم تشفيره بمفتاح خاص يتحاكي مع المفتاح العام، الذي يستخدم في فك تشفير التوقيع بطريقة آمنة.

وطالما أن كثيراً من المعاملات التجارية، والمدنية، والإدارية تتم إلكترونياً بواسطة أجهزة الحاسوب، فمن أجل الحرص على سلامة هذه المعاملات الإلكترونية لا بد من وسائل وطرق تحفظ لهذه المعاملات الإلكترونية سلامتها من جرائم القرصنة والتزوير التي يمكن أن تؤثر على مصداقية المحررات الكترونية، ويزيد الشكوك لدى المتعاملين بهذه الوسيلة الحديثة.

وقد اهتمت المواثيق الدولية، والتشريعات الوطنية المنظمة للتجارة الإلكترونية،

(١) مثل: الفيزا كارت.

(٢) صلاح المصري: مرجع سابق، ص ٣١.

(٣) قانون أنظمة الدفع للعمليات المالية والمصرفية الإلكترونية اليمني.

(٤) اختلفت التسميات حول سلطات المصادقة، فالبعض يطلق عليها سلطات المصادقة، والبعض يسميها، مزود خدمات التصديق الكتروني، كالقانون السعودي، والقانون الاتحادي الإماراتي، وقانون إمارة دبي، والقانون البحريني، أما القانون اليمني فقد أطلق عليها الجهة المختصة، وهو اسم مبهم يفتقر إلى الموضوعية، والباحث يتجه إلى تسميتها بجهات التصديق الإلكتروني.

وقامت بوضع معايير للجهات الراغبة للعمل في حقل التصديق الإلكتروني، وأوجبت على أن تكون هذه الجهات خاضعة لإشراف الدولة ورقابتها، كما حددت الجهات الحكومية التي لها سلطة منح التراخيص للجهات التي تقوم بمنح شهادات تصديق الكتروني.

فالسؤال الذي يمكن طرحه على بساط هذا الموضوع ماهي جهات الترخيص؟ وكيف يمكن تمييز جهات الترخيص عن جهات التصديق؟ وما الدور الذي تضطلع به في حماية المحررات الإلكترونية من التزوير؟! هذه التساؤلات يمكن لنا الإجابة عليها من خلال الحديث عن جهات الترخيص ودورها في منح تراخيص لمزاولة نشاط التصديق الإلكتروني..

أولاً: جهات الترخيص الإلكتروني:

تختلف جهة الترخيص عن جهات التصديق؛ كون الأولى تعد جهة حكومية، ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن تكون شخصاً طبيعياً خاصاً، بل يجب أن تكون شخصاً معنوياً عاماً بخلاف جهات التصديق، فقد تكون شخصاً طبيعياً، أو شخصاً معنوياً عاماً، أو خاصاً لكن المعيار الأهم في تمييز جهات الترخيص عن جهات التصديق في كون الأولى هي جهة مخولة قانوناً بمنح تراخيص لمزاولة نشاط التصديق الكتروني وتقوم بمراقبتها.

لكن يبقى السؤال هنا ما هي الجهة المخولة قانوناً بمنح تراخيص لمزاولة نشاط التصديق الكتروني في الجمهورية اليمنية؟ وهل هذه الجهة متخصصة تقنياً لهذا الغرض؟

بالتأمل لنصوص القانون اليمني لم نجد نصاً صريحاً يحدد جهة بعينها تسند إليها مهمة منح تراخيص لمزاولة نشاط التصديق الكتروني، لكن يستشف ذلك ومن خلال نص المادة (٢/٤٤) التي تنص على أن: «يصدر محافظ البنك الأنظمة والتعليمات والقرارات المتعلقة بأنظمة وإجراءات المدفوعات وبصفة خاصة ما يلي:

٢. تنظيم إصدار شهادات التوثيق^(١) من الجهة المختصة بوضع وتسويق برامج الحاسب الآلي، وبما يكفل وضع ضوابط تحفظ سرية استخدام الشفرة الخاصة بالتوقيع الإلكتروني من الشخص المعني، واتخاذ الضمانات المناسبة لذلك....». ونصت المادة (٤٥) على أن: «تصدر اللائحة بقرار جمهوري بعد موافقة مجلس الوزراء بناءً على عرض محافظ البنك».

(١) ذهب المشرع اليمني إلى تسمية شهادة التصديق بشهادة التوثيق.

بالتأمل لنص المادتين سالفتي البيان، نجد أنهما أسندتا الاختصاص الأصلي للبنك المركزي اليمني وأعطتاه حق منح تراخيص لجهات التصديق الإلكتروني، ومما يؤيد هذا القول هو نص المادة (٤٥) التي خولت محافظ البنك المركزي حق صياغة اللائحة التنفيذية لهذا القانون^(١)، والتي لم تجد اللائحة طريقها إلى الصدور حتى هذه اللحظة.

لكن تبقى الإجابة على السؤال الثاني هو: هل البنك المركزي جهة متخصصة تقنياً في ظل وجود وزارة تسمى وزارة الاتصالات وتقنية المعلومات، والتي ينبغي من وجهة نظر علمية أن تكون هي صاحبة الاختصاص الأصلي في منح تراخيص التصديق الإلكتروني، أو على الأقل يكون لها حق الإشراف، والرقابة كونها المتخصصة بشبكة الإنترنت، وتمتلك فريقاً متخصصاً تقنياً.

أما القانون المصري فقد استدرك أهمية الجهة المتخصصة العامة التي يحق لها منح تراخيص مزاوله النشاط لجهات التصديق الإلكتروني، ونص عليها في القانون، وأطلق عليها اسم هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات^(٢)، وهي هيئة عامة أنشئت لهذا الغرض، وحدد القانون تبعيتها لوزير الاتصالات دون غيره، وحددت المادتان (٤،٥) اختصاصاتها^(٣)،

(١) قانون أنظمة الدفع اليمني.

(٢) المادة (١/٢) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري.

(٣) وأشارت المادة (٣) من ذات القانون إلى الاختصاصات المنوطة على عاتق الهيئة، والتي تنص على أن: «تهدف الهيئة إلى تحقيق الأغراض الآتية:

- أ. تشجيع وتنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات.
- ب. نقل التكنولوجيا المتقدمة للمعلومات وتحقيق الاستفادة منها.
- ت. زيادة فرص تصدير خدمات الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات ومنتجاتها.
- ث. الإسهام في تطوير وتنمية الجهات العاملة في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات.
- ج. توجيه وتشجيع وتنمية الاستثمار في مجال صناعة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات.
- ح. رعاية المصالح المشتركة لأنشطة تكنولوجيا المعلومات.
- خ. دعم البحوث والدراسات في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، وتشجيع الاستفادة بنتائجها.
- د. تشجيع ودعم المشروعات الصغيرة والمتوسطة في مجال استخدام وتوظيف آليات المعاملات الإلكترونية.
- ذ. تنظيم نشاط خدمات التوقيع الإلكتروني وغيرها في مجال المعاملات الإلكترونية وصناعة تكنولوجيا المعلومات».

ونصت المادة (٤) من ذات القانون على أن: «تباشر الهيئة الاختصاصات اللازمة لتحقيق أغراضها ولها على الأخص ما يأتي:

- أ. إصدار وتجديد التراخيص اللازمة لمزاولة أنشطة خدمات التوقيع الإلكتروني وغيرها في مجال المعاملات الإلكترونية وصناعة تكنولوجيا المعلومات، وذلك وفقاً لأحكام القوانين واللوائح المنظمة لها.
- ب. تحديد معايير منظومة التوقيع الإلكتروني بما يؤدي إلى ضبط مواصفاتها الفنية.
- ت. تلقي الشكاوى المتعلقة بأنشطة التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية وتكنولوجيا المعلومات واتخاذ ما يلزم في شأنها.

وسلك المشرع التونسي نفس المسلك^(١)، وكذلك المشرع الإماراتي^(٢).

ثانياً: جهات التصديق الكتروني:

تجري العديد من المعاملات القانونية التجارية، والإدارية حالياً بصورة الكترونية بواسطة أجهزة التقنية الحديثة، وقد واجهت هذه المعاملات صعوبات قانونية بخصوص إثباتها، وتحديد مضمونها، الأمر الذي فرض الحصول على شهادة تصديق الكتروني تنسب البيانات والتوقيعات الممضاة عليها إلى صاحبها دون تحريف، أو تعديل في محتواها، وهذه الشهادة تقوم بها جهات متخصصة يطلق عليها (جهات التصديق الكتروني) التي يقع على عاتقها التحري حول سلامة المحرر والتوقيع الإلكتروني، وتنسبه إلى ممضيه، وتصدر بذلك شهادة تصديق تشهد فيها بهذه السلامة والصحة، ويتم الاعتماد عليها في الإثبات^(٣)، فيا ترى ماهي جهات التصديق الإلكتروني؟ وما النشاط الذي تقوم به هذه الجهة لخدمة الجمهور؟

١. تعريف جهات التصديق الإلكتروني في القوانين الوطنية:

لم يعرف القانون اليمني^(٤) جهات التصديق الإلكتروني بصريح العبارة، لكنه قام بتعريف الجهة المختصة في المادة (٢) بأنها: «هي كل شخص قانوني مصرح له من

- ث. تقييم الجهات العاملة في مجال أنشطة تكنولوجيا المعلومات، وتحديد مستوياتها الفنية بحسب نتائج هذا التقييم.
- ج. تقديم المشورة الفنية بشأن المنازعات التي تنشأ بين الأطراف المعنية بأنشطة التوقيع الإلكتروني، والمعاملات الإلكترونية وتكنولوجيا المعلومات.
- ح. تقديم المشورة الفنية إلى الجهات العاملة في مجال أنشطة تكنولوجيا المعلومات، وتدريب العاملين فيها.
- خ. إقامة المعارض والمؤتمرات والندوات المتخصصة في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات داخلياً وخارجياً.
- د. إنشاء الشركات التي تساعد على تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، أو المساهمة فيها.
- ذ. إيداع وقيد وتسجيل النسخ الأصلية لبرامج الحاسب الآلي وقواعد البيانات التي تتقدم بها للجهات أو الأفراد الناشرين والطابعين والمنتجين للمحافظة على حقوق الملكية الفكرية وغيرها من الحقوق».

- (١) أطلق قانون المبادلات التونسي على جهات الترخيص، اسم (الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية) في الباب الثالث، وحدد اختصاصاتها في الفصل الثامن والتاسع.
- (٢) أطلق قانون المعاملات الإلكتروني الإماراتي الاتحادي في المادة (١/٢٣) على جهات الترخيص اسم (مراقب خدمات التصديق الكتروني).
- (٣) إياد محمد عارف عطا: مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، ٢٠٠٩م، ص ١١٥.
- (٤) قانون أنظمة الدفع اليمني.

قبل الجهة المسؤولة في الدولة، يقوم بتسليم شهادات توثيق للجمهور، أو يقدم خدمات مرتبطة بالتوقيعات الإلكترونية».

يتضح مما سبق أن القانون اليمني لم يعرف جهات التصديق الإلكترونية بصريح العبارة، وهو عوار قانوني ينبغي تداركه، لكننا نستشف التعريف من تعريف الجهة المختصة، حيث يجد المتأمل في النص، أن المشرع أراد بذلك تعريف جهة التصديق الإلكترونية، لكن القراءة الأولية للفظ الجهة المختصة نجد أن الجهة المختصة هي تلك الجهة الرسمية من قبل الدولة التي يناط بها منح سلطة التراخيص لجهات التصديق الإلكترونية التي تتقدم للعمل في حقل التصديق الإلكتروني، وهو ما ينبغي على المشرع الوقوف على سياق اللفظ قبل وضع التعريف له.

لم يعرف القانون المصري جهة التصديق الإلكترونية لكنه اكتفى بتنظيم الهيئة التي تتولى حق منح التراخيص لجهات التصديق الإلكترونية.

٢. تعريف جهات تصديق التوقيع الإلكتروني وفقاً للمواثيق الدولية:

عرف قانون الأونستيرال جهات التصديق الإلكتروني في المادة (٢/هـ) بأنها: (تعني شخصاً يصدر الشهادات، ويجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات الأخرى)، والملاحظ على هذا التعريف أنه لم يحدد فيه الشخص، هل يصح أن يكون شخصاً طبيعياً، أو معنوياً وهو لفظ مبهم يحتاج إلى توضيح أضف إلى أن التعريف لم يسند إلى الجهات الرسمية للدولة حق منح تراخيص مزاولة النشاط.

ويذهب الباحث إذا جاز له ذلك إلى تعريف جهات التصديق الإلكتروني بأنها: «كل شخص طبيعي، أو معنوي عام، أو خاص مرخص له من السلطات الرسمية بموجب القوانين، واللوائح النافذة بإصدار شهادات تؤكد حقيقة التوقيع الإلكتروني، ونسبته للموقع، وتضمن حمايته الكترونياً، وتضع لمستخدمه مفتاحاً خاصاً».

أسباب اختيارنا لهذا التعريف هو:

أن القيام بعمل التصديق الإلكتروني هو حق لكل من توافرت فيه الشروط لممارسة هذا العمل، سواء كان شخصاً طبيعياً، أم معنوياً، لكن ما يميز هذا التعريف أننا اعترفنا للشخص الخاص بحق ممارسة المهنة سواء كان شخصاً طبيعياً، أم معنوياً، طالما توافرت الشروط القانونية على عكس الشخص العام، الذي لا بد من أن يكون شخصاً معنوياً، وليس طبيعياً؛ لأنه من ناحية الضمانات والآثار المترتبة سيكون هناك عواقب وخيمة إذا تم الاعتراف للشخص العام الطبيعي لأنه يعمل لحساب الغير، عكس التعاريف السابقة

التي اعترفت لكل شخص بحق إصدار الشهادات، طالما توافرت فيه الشروط القانونية.

ثالثاً: الدور الذي تمارسه جهات التصديق الإلكتروني في حماية المحرر الإلكتروني:

تمارس جهات التصديق الإلكتروني دوراً هاماً يتمثل في إصدار شهادات التصديق الإلكتروني التي تثبت فيها سلامة وصحة البيانات المدونة إلكترونياً، وتؤكد أن صاحب الشهادة هو الشخص نفسه صاحب المفتاح العام، وتوفر الشهادة مجموعة من المعلومات التي تثبت هوية الشخص الموقع^(١)، وهوية سلطة التصديق التي أصدرت هذه الشهادة، وتاريخ إصدارها، وانتهاء صلاحيتها، وحدود مسئولية مصدرها، ومعلومات أخرى بحسب مستوى الشهادة، والغرض من إصدارها.

ذهبت التشريعات المقارنة إلى تعريف شهادة التصديق الإلكتروني، حيث عرفها القانون اليمني في المادة (٢) بأنها: (الشهادة الصادرة عن الجهة المختصة لإثبات نسبة توقيع الإلكتروني إلى شخص معين استناداً إلى إجراءات توثيق معتمدة)، وعرفها القانون المصري في المادة (٦/١) التي نصت على أنها: (الشهادة التي تصدر من الجهة المرخص لها التصديق، وتثبت الارتباط بين الموقع، وبيانات إنشاء التوقيع)، وعرفها قانون الأونيسترال في المادة (٢/ب) بأن الشهادة: «تعني رسالة بيانات أو سجلاً آخر يؤكدان الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع».

رابعاً: البيانات التي تشتمل عليها شهادة التصديق الإلكتروني:

تحتوي شهادة التصديق الإلكتروني على بيانات، منها ما يكون على سبيل الإلزام، ومنها ما يكون على سبيل الاختيار، وتتمثل هذه البيانات بالآتي:

١- البيانات الإلزامية التي يجب أن تحتوي عليها هذه الشهادة:

(أ) رقم تسلسل الشهادة^(٢).

(ب) هوية مُصدر الشهادة^(٣) (أي هوية سلطة المصادقة).

(١) وذلك ببيان اسمه، وعمره، وجنسيته، وعمله، ومحل إقامته، والاسم التجاري، واسم الشهرة.

(٢) المادة (٨/٢٠) من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري.

(٣) نصت المادة (١٢) قانون الأونيسترال تحت عنوان: (الاعترافات بالشهادات والتوقيعات الإلكترونية الأجنبية) لدى تقرير ما إذا كانت الشهادة أو التوقيع الإلكتروني ساري المفعول قانونياً، أو مدى كونهما كذلك، لا يولي أي اعتبار لما يلي:

(أ) الموضع الجغرافي الذي تصدر فيه الشهادة أو يُنشأ أو يستخدم فيه التوقيع الإلكتروني.

(ب) الموضع الجغرافي لمكان عمل المُصدر أو الموقع.

والمادة (٣/٢٠) من اللائحة التنفيذية للقانون المصري والمادة (١/١٨) من القانون البحريني، كذلك

- (ج) عنوان الشركة، المركز الرئيس، بالدولة المانحة للترخيص^(١).
- (د) رقم الترخيص الصادر للمرخص له من سلطة الإدارة وفترة سريانه^(٢).
- (هـ) تاريخ الإصدار وتاريخ انتهاء فترة الصلاحية^(٣).
- (و) هوية حاملها^(٤) أي من صدرت لمصلحته، وذلك ببيان اسمه^(٥)، وعمره، وجنسيته، وعمله، ومحل إقامته، والاسم التجاري، واسم الشهرة إن وجد.
- (ي) بيان أسباب وقف العمل بالشهادة أو إلغاؤها^(٦).
٢. البيانات الاختيارية:
- (أ) الغرض من استخدام الشهادة.
- (ب) حد قيمة التعاملات المسموح بها.
- (ج) مجالات استخدام الشهادة.

أما القانون اليمني فقد خلا من التنصيص على تلك البيانات حيث نصت المادة (٣٦) على أن: «تحدد اللائحة إجراءات التوثيق، والبيانات التي يجب أن تحتويها شهادة التوثيق الصادرة عن الجهة المختصة»، وهو مأخذ على المشرع اليمني الذي كان يجب عليه

المادة (٢١/ثالثاً/أ) المنضوية تحت الفصل السادس، من القانون الاتحادي الإماراتي، والمادة (١/٢٤)

ج (١) من قانون إمارة دبي.

(١) المادة (٣/٢٠) من اللائحة التنفيذية للقانون المصري.

(٢) المادة (١/٢٠) من اللائحة التنفيذية للقانون المصري.

(٣) المادة (٧/٢٠) من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري، والمادة (٢١/ثالثاً/ج) المنضوية تحت الفصل السادس، من القانون الاتحادي للإمارات العربية المتحدة.

(٤) المادة (٤/٢٠) من اللائحة التنفيذية للقانون المصري.

(٥) البيانات التي يتم الإدلاء بها أمام سلطة المصادقة تختلف من الشخص الطبيعي عن الشخص الاعتباري، فعلى سبيل المثال إذا كان الطالب شخصاً طبيعياً تعين عليه إجراء مقابلة شخصية مع سلطة المصادقة، وعليه أن يقدم ما يثبت هويته، كإبراز البطاقة الشخصية، أو جواز السفر، أو رخصة القيادة، أو غيرها من الأدلة المادية المقبولة قانوناً، وقد يطلب من صاحب الشهادة تقديم ما يثبت أنه عضو في اتحاد مهني معين، أو عضو في الغرفة التجارية، أما بالنسبة للأشخاص الاعتباريين، فإن إثبات الهوية يتطلب دليلاً على التأسيس القانوني لهذه الشخصية، مثل: شهادة تأسيس شركة أموال مسجلة، أو صك المشاركة لشركة أشخاص، أو رخصة مزاوله العمل بالإضافة إلى إثبات هوية الشخص الطبيعي الذي يمثل الشركة، وذلك على ضوء أحكام قوانين الوكالة السارية في الدولة التي ترخص لجهات المصادقة لكي يتمكن من التوقيع نيابة عن الشخص الاعتباري الذي يمثلها، انظر: محمد جستينة: مرجع سابق، ص ٢٤٨ وما بعدها.

(٦) المادة (١٠/٢٠) من اللائحة التنفيذية للقانون المصري، ويتم إيقاف الشهادة، أو إلغاؤها، بناء على طلب العميل، أو بسبب الموت، أو فقدان الأهلية، أو إفلاس التاجر، أو بسبب إدلاء ببيات مغلوطة عن شخص العميل.

تحديد البيانات الأساسية ضمن نصوص القانون، ويقوم بتعدادها على سبيل الحصر هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن اللائحة لم تجد طريقها إلى النور حتى يومنا هذا، وهو ما يجعلنا ندور في حلقة مفرغة.

أما القانون المصري فقد أحال في المادة (٢٠) بأن تحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون البيانات التي يجب أن تشتمل عليها شهادة التصديق الإلكتروني، وهو مأخذ على المشرع المصري، والذي كان ينبغي عليه النص على البيانات الإلزامية في نصوص القانون، ويترك لللائحة حق تنظيم البيانات الاختيارية، لكن لعل المشرع تنبه للمستجدات التي تطرأ في عالم التقنيات الإلكترونية، وبالتالي ترك حق تنظيم هذه البيانات لللائحة آخذاً في حسبانها سهولة تعديلها إذا ما استجدت بيانات حديثة على الساحة الإلكترونية.

خامساً: التنظيم القانوني للاعتراف بإصدار شهادة التصديق الإلكتروني الوطنية والأجنبية:

اعترف المشرع اليمني للجهات التي تزاوِل نشاط إصدار شهادة التصديق الإلكتروني الوطنية والأجنبية، في المادة (٣٥) التي تنص على أن: «تكون شهادة التوثيق التي تبين رمز التعريف معتمدة إذا كانت:

- ١- صادرة عن جهة مرخصة أو معتمدة.
 - ٢- صادرة عن جهة مرخصة من سلطة مختصة في دولة أخرى ومُعترف بها.
 - ٣- صادرة عن جهة وافق أطراف المعاملة على اعتمادها).
- أما وفقاً للمواثيق الدولية فقد اعترف قانون الإونيسترال^(١) حق إصدار شهادة التصديق الإلكترونية، وذلك في المادة (١٢) التي تنص:
١. لدى تقرير ما إذا كانت الشهادة، أو التوقيع الإلكتروني ساري المفعول قانوناً، أو مدى كونهما كذلك لا يولي أي اعتبار لما يلي:

- (أ) الموضع الجغرافي الذي تصدر فيه الشهادة أو يُنشأ أو يستخدم فيه التوقيع الإلكتروني.
- (ب) الموضع الجغرافي لمكان عمل المُصدر أو الموقع.
١. يكون للشهادة التي تصدر خارج الدولة المشتربة المفعول القانوني نفسه في الدولة

(١) المادة (١٢) من قانون الأونيسترال تحت عنوان: (الاعترافات بالشهادات والتوقيعات الإلكترونية الأجنبية).

المشترعة الذي للشهادة التي تصدر في الدولة المشترعة إذا كانت تتيح مستوى مكافئاً جوهرياً من قابلية التعويل.

٢. يكون للتوقيع الإلكتروني الذي ينشأ، أو يستخدم خارج الدولة المشترعة المفعول القانوني نفسه في الدولة المشترعة الذي للتوقيع الإلكتروني الذي ينشأ، أو يستخدم في الدولة المشترعة إذا كان يتيح مستوى مكافئاً جوهرياً من قابلية التعويل.

٣. لدى تقرير ما إذا كانت الشهادة أو التوقيع الإلكتروني يتيحان مستوى مكافئاً جوهرياً من قابلية التعويل لأغراض الفقرة (٢) أو الفقرة (٣) يولي الاعتبار للمعايير الدولية المعترف بها ولأي عوامل أخرى ذات صلة».

الخاتمة

بعد أن تم الانتهاء بفضل من الله من كتابة هذا البحث وتم بذل الجهد المستطاع حاولنا أن نخلص إلى النتائج والتوصيات التالية:

أولاً: النتائج:

١) كشفت الدراسة إلى أن هناك تقارباً في صياغة القوانين النازمة للتوقيع الإلكتروني والمحركات الإلكترونية، لكن اتضح الاختلاف الطفيف بين القوانين الوطنية نظراً لحداثة هذه الوسيلة، وتطورها على الساحة القانونية، مما أدى إلى عدم المقدرة في مسابقة هذا التطور، ومواكبته تشريعياً.

٢) أن مفهوم المحركات الإلكترونية أشمل وأوسع مما تحدثت عنه القوانين الوطنية، فیدخل فيه المحركات الرسمية الإلكترونية، والمحركات العرفية الإلكترونية، والمحركات والقرارات الصادرة عن جهة الإدارة.

٣) توصلت الدراسة إلى أن هناك بوادر للمجتمع اليمني الاتجاه نحو التعامل عبر المحركات الرقمية، كبديل عن المعاملات التقليدية، كون الأولى تتسم بالسرعة الفائقة.

٤) تبينت الدراسة إلى أن المشرع اليمني لم يضع ضوابط قانونية صارمة لجهات المصادقة الإلكترونية.

٥) خلصت الدارسة إلى أن المشرع اليمني بحاجة إلى إعادة النظر في التشريعات القائمة بما يتواءم والعصر الإلكتروني الحديث.

ثانياً: التوصيات؛

- ١) نوصي المشرع اليمني القيام بتعديل شامل لقانون أنظمة الدفع النافذ، وإصدار قانون خاص بالتوقيع الإلكتروني وإصدار لائحة تنفيذية، وكذا إعادة الصياغة لقانون الإثبات النافذ والأخذ في الحسبان المستجدات الرقمية وطرق إثباتها.
- ٢) نوصي المشرع اليمني القيام بإسناد الاختصاص للرقابة الكترونية لوزارة الاتصالات وتقنية المعلومات بدلاً عن البنك المركزي اليمني كونها الأقدر على الرقابة الإلكترونية.
- ٣) نوصي المشرع اليمني رسم إطار قانوني خاص بالتجارة الإلكترونية وإصدار قانون أو تعديل القانون التجارية وتضمينها فيه.
- ٤) نوصي وزارة الداخلية أن تستحدث إدارة خاصة للخبرة الإلكترونية، بحيث يتكون أعضاؤها من فريق متخصص فنياً في التقنية المعلوماتية.
- ٥) نوصي الجامعات اليمنية العمل على إعادة النظر في المناهج الدراسية في كليات الشريعة والقانون، وضرورة تضمينها مادة الحاسب الآلي والشبكات المعلوماتية، والتجارة الإلكترونية.
- ٦) نوصي المشرع اليمني إعادة تعديل قانون المرافعات اليمني وتضمينه مواد إجرائية خاصة بالمعاملات الإلكترونية، والتوقيع الإلكتروني.
- ٧) نوصي السلطة القضائية أن تتبنى خطة واسعة لتدريب قضاة المحاكم والنيابات، وتزويدهم بالمعارف المعلوماتية الحديثة، ورفع مستوى الكفاءة المعلوماتية في القطاع الوظيفي للسلطة.
- ٨) نوصي جامعة الدول العربية المضي قدماً في عقد اتفاقيات دولية وإقليمية عربية للتعاون على مكافحة الجرائم المعلوماتية على المستوى التشريعي، والتنسيق فيما بين الدول على تبادل البيانات، والمعلومات، بل وتبادل الخبرات، والمهارات اللازمة للحد من القرصنة الإلكترونية.
- ٩) نوصي وزارة الاتصالات وتقنية المعلومات العمل على تفعيل الوعي المجتمعي لإدراك مخاطر القرصنة الإلكترونية المتمثلة في العبث بسرية المعلومات وتشويه الثقة، والأمان بين المتعاملين بالتجارة الإلكترونية، وذلك من خلال عقد ورش عمل للأشخاص والجهات العاملة في مجال النشاطات التكنولوجية، بما فيها النشاطات المتعلقة بتقديم خدمات التوقيع الإلكتروني.

قائمة المراجع

أ. الكتب العامة:

١. د. ثروت عبد الحميد: التوقيع الإلكتروني، ماهيته، مخاطره، وكيفية مواجهته، مدى حجيته في الإثبات، دارالجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧م.
٢. د. خالد مصطفى فهمي: النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية، دارالجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧م.
٣. د. سحر البكباش: التوقيع الإلكتروني، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٩م.
٤. عمر حسن المؤمني: التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية دراسة قانونية، وتحليلية، مقارنة، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٣م.
٥. د. عيسى غسان راضي: القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، دار الثقافة للنشر، عمان، ٢٠٠٩م.
٦. د. علي صالح القعيطي: الإثبات في الكتابة المدنية والتجارية، مركز الصادق للنشر، صنعاء، الطبعة الثانية، ٢٠١٠م.

ب - الرسائل المتخصصة:

١. إياد محمد عارف عطا: مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، ٢٠٠٩م.
٢. صلاح عبد الحكيم المصري: متطلبات استخدام التوقيع الإلكتروني في إدارة مراكز تكنولوجيا المعلومات في الجامعات الفلسطينية في قطاع غزة، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير، كلية التجارة، قسم إدارة أعمال، الجامعة الإسلامية، غزة، ٢٠٠٧م.
٣. محمد أحمد نور جستنية: مدى حجية التوقيع الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، القاهرة، ٢٠٠٥م.

ج - المجلات والدوريات:

- د. أحمد فرج: إطار عام لتطبيق استخدام منظومة التوقيع الإلكتروني في مؤسسات المعلومات، دراسة للإطار التقني والتنظيمي، والبنية التحتية، بحث منشور في

- مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود، ٢٠٠٨م، العدد الأول.
- حنان مليكة: النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني السوري رقم ٤/١ الصادر بتاريخ ٢٠٠٩م، دراسة قانونية مقارنة، كلية الحقوق، جامعة دمشق، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٦، العدد الثاني، ٢٠١٠م.
 - د. عبد الله مسفر الحيان ود. حسن عبد الله عباس: التوقيع الإلكتروني، دراسة نقدية لمشروع التجارة والصناعة الكويتية، مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية، المجلد ١٩، العدد ١، يونيو ٢٠٠٣م.
 - ناهي يوسف: دراسة وتصميم خوارزمية تشفير للبيانات المنقولة عبر شبكة الإنترنت، رسالة ماجستير، كلية الهندسة، جامعة دمشق، بحث منشور بمجلة دمشق للعلوم الهندسية، المجلد ٢٠، العدد ٢.
 - د. هاني دويدار: حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، محاضرات أقيمت في إطار برنامج وزارة العدل اليمنية بالتعاون مع المنظمة الدولية للقانون والتنمية، والمنعقدة بالمعهد العالي للقضاء من تاريخ ٩-١٩ فبراير ٢٠١٤م، صنعاء.

د- المراجع عبر المواقع الإلكترونية:

هـ- القوانين والمصادر الرسمية:

- القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية مع دليل الاشتراع ٢٠٠١م، صادر عن الأمم المتحدة، نيويورك ٢٠٠٢م.
- قانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤م بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني المصري الجديدة الرسمية العدد ١٧.
- قانون رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٦م بشأن أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الإلكترونية اليمني، الجديدة الرسمية، العدد الرابع والعشرون، الصادر بتاريخ ١١ ذي الحجة ١٤٢٧هـ الموافق ٣١/١٢/٢٠٠٦م.
- قانون الإثبات اليمني.
- قانون الخدمة المدنية.