



مجلة

البحوث والدراسات القضائية والقانونية يصدرها المكتب الفني بوزارة العدل وحقوق الإنسان

مجلة فصلية تعنى بالبحوث والدراسات القضائية والقانونية يصدرها المكتب الفني بوزارة العدل وحقوق الإنسان

- الإقرار لا يتجزأ على صاحبه
- القاضي. الدكتور/ عبد المؤمن شجاع الدين
- موقف المشرع اليمني في التشريعات المتعلقة بمجال الصحة
- الأستاذ. الدكتور/ عبد الرحمن عبدالله شمسان
- الأداة المستخدمة في ارتكاب الجريمة الإلكترونية
- الأستاذ. الدكتور/ عبد الخالق صالح معزب
- المسؤولية الجنائية للمجنون ومن في حكمه
- "دراسة تحليلية تطبيقية للقانون والواقع اليمني"
- القاضي. الدكتور/ صالح عبدالله المرفدي
- بطلان الإجراء الجزائي في القانون اليمني "دراسة مقارنة"
- الأستاذ. الدكتور/ منير محمد علي الجوبي
- طرق تحريك الدعوى الجنائية أمام المحكمة الجنائية الدولية
- الدكتور/ عمرو يحيى الأحرمي
- جريمة الرشوة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية "دراسة مقارنة"
- القاضي. الدكتور/ محمد شرف أحمد الوريث
- الانعدام الإجرائي في القانون اليمني
- المحامي. الدكتور/ هشام قائد عبد السلام الشميري
- قواعد وأحكام الدفاع الشرعي في التشريع اليمني
- الباحث / طاهر محمد الجنيدي



مجلة

البحوث والدراسات القضائية والقانونية يصدرها المكتب الفني بوزارة العدل وحقوق الإنسان

مجلة فصلية تعنى بالبحوث والدراسات القضائية والقانونية يصدرها المكتب الفني بوزارة العدل وحقوق الإنسان

العدد (11) محرم - ربيع الأول 1446هـ

الإشراف العام

القاضي / مجاهد أحمد عبد الله علي
وزير العدل وحقوق الإنسان

لا تعبر البحوث المنشورة عن رأي المجلة وإنما عن رأي كاتبها

رقم الإيداع: 2022 / 1444 / 460

الهيئة الاستشارية

الأستاذ. الدكتور/ عبدالمؤمن شجاع الدين

القاضي. الدكتور/ عصام عبدالوهاب السماوي

القاضي/ سعد أحمد هادي

القاضي/ عبدالعزيز ضياء الدين البغدادي

الأستاذ. الدكتور/ محمد حسين الشامي

الأستاذ/ عبدالله محمد راجح

الأستاذ. الدكتور/ محمد سعد نجاد

الدكتور/ محمد عبدالملك المحبشي

هيئة التحرير

رئيس التحرير - رئيس المكتب الفني
القاضي / خالد عبدالعزيز البغدادي

مدير التحرير
الأستاذ / إبراهيم محمد أحمد زايد

سكرتير التحرير
معتصم عبدالرحمن شرف الدين

المدير الفني (إخراج)
عابد عبدالله سالم عزان

قواعد النشر في المجلة

تقبل مجلة البحوث والدراسات القضائية والقانونية نشر البحوث والدراسات باللغة العربية وفقاً للقواعد والشروط التالية:

١- أن يكون البحث أو الدراسة ذات صلة بالقضاء والقانون والإدارة القضائية، وأن يتناول المشاكل التي تتعلق بالشأن القضائي والقانوني، ويشمل هذا النوع من الإنتاج العلمي الآراء والمناقشات، وعروض الكتب وملخصات الرسائل العلمية، وتقارير المؤتمرات والندوات العلمية.

٢- أن يكون البحث مكتوباً بلغة سليمة ومطبوعاً وخالياً من الأخطاء اللغوية والطباعة.

٣- ألا تزيد صفحات البحث عن (٣٠) صفحة بما فيها هوامش البحث ومراجعته.

٤- أن يكون البحث ملتزماً بدقة التوثيق وحسن استخدام المصادر والمراجع.

٥- تحتفظ المجلة بحقها في إخراج البحث وإبراز عناوينه بما يتناسب وأسلوبها في الإخراج والنشر.

٦- الأبحاث التي لم تتم الموافقة على نشرها لا تعاد إلى الباحثين.

٧- تؤول جميع حقوق النشر للمجلة بالنسبة للأبحاث والدراسات التي تنشرها.

٨- يحصل المشارك في النشر على ثلاث نسخ من العدد الورقي الذي نشر فيه إنتاجه العلمي، أو يتم تزويده بنسخة إلكترونية من المجلة.

٩- تعبر المواد المنشورة في المجلة عن رأي مؤلفيها ولا تعبر بالضرورة عن رأي المجلة.

إرشادات متعلقة بالطباعة

- ١- أن يكون البحث مطبوعاً بخط: (Simplified Arabic)، وبنط الخط (١٤) بالنسبة للمتن، وبالنسبة للهوامش يكون بنط الخط (١٢)، وبنط العناوين (١٨) غامق (B).
- ٢- لصاق علامات الترقيم بالكلمة التي قبلها، مثل: الفاصلة (،) / الفاصلة المنقوطة (:،) / النقطة (.) / علامة الاستفهام (؟) / علامة التعجب (!) / نقطتا القول (:)، وتترك المسافة بعد علامة الترقيم.
- ٣- تلصق الكلمات التي بين الأقواس بالأقواس نفسها، نقول: (بيت)، وليس (بيت)، "صواب"، وليس " صواب ".
- ٤- عدم وضع مسافة بين الواو العاطفة والكلمة، مثل: والبيت، وليس والبيت.
- ٥- وضع العلامة للفاصلة العربية (،) والعلامة للفاصلة الأجنبية (،).
- ٦- لا تترك بين الكلمة والكلمة أكثر من مسافة واحدة.
- ترسل البحوث والدراسات إلى مجلة البحوث والدراسات القضائية والقانونية على العنوان الآتي: الجمهورية اليمنية- صنعاء- وزارة العدل- المكتب الفني - مجلة البحوث والدراسات القضائية والقانونية.

البريد الإلكتروني: jjlrs@moj.gov.ye

موقع المجلة الإلكتروني:

<https://mjalh.albuhuth.com/>

محتويات العدد

٦	كلمة معالي وزير العدل وحقوق الإنسان القاضي / مجاهد أحمد عبد الله
٧	افتتاحية العدد رئيس التحرير
٩	الإقرار لا يتجزأ على صاحبه القاضي. الدكتور/ عبد المؤمن شجاع الدين
٢٧	موقف المشنع اليمني في التشريعات المتعلقة بمجال الصحة الأستاذ. الدكتور/ عبد الرحمن عبد الله شمسان
٦٩	الأداة المستخدمة في ارتكاب الجريمة الإلكترونية الأستاذ. الدكتور/ عبد الخالق صالح معزب
٨٥	المسؤولية الجنائية للمجنون ومن في حكمه "دراسة تحليلية تطبيقية للقانون والواقع اليمني" القاضي. الدكتور/ صالح عبدالله المرفدي
١٠٩	بطلان الإجراء الجزائي في القانون اليمني "دراسة مقارنة" الأستاذ. الدكتور/ منير محمد علي الجوبي
١٤٧	طرق تحريك الدعوى الجنائية أمام المحكمة الجنائية الدولية الدكتور/ عمرو يحيى الأحمري
١٨٥	جريمة الرشوة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية "دراسة مقارنة" القاضي. الدكتور/ محمد شرف أحمد الوريث
٢٣٩	الانعدام الإجرائي في القانون اليمني المحامي. الدكتور/ هشام قائد عبد السلام الشميري
٢٥٧	قواعد وأحكام الدفاع الشرعي في التشريع اليمني الباحث / طاهر محمد الجنيد

كلمة معالي وزير العدل وحقوق الإنسان القاضي / مجاهد أحمد عبد الله

تحتل التوعية القضائية والقانونية أهمية كبيرة في برنامج حكومة التغيير والبناء، التي تولي أجهزة العدالة اهتماماً خاصاً باعتبارها من أهم ركائز الدولة وعاملاً أساسياً من عوامل الاستقرار وتحقيق التنمية، وتعزيز العدالة وحقوق الإنسان.

ويأتي إصدار مجلة البحوث والدراسات القضائية والقانونية المتخصصة؛ ترجمة حقيقية لهذا التوجه من خلال نشر المعرفة والثقافة القضائية القانونية في أوساط القضاة والمحامين والمتقاضين، والمهتمين بالشأن القضائي والقانوني، والدور الكبير والإيجابي الذي يمكن أن يحققه هذا الإصدار، من خلال تسليط الضوء على ما يواجهه القضاء من إشكالات ووضع الحلول لها، سواءً في جانب الإدارة القضائية أم في جانب القوانين ودراساتها وتعديلها وتطويرها، وبما يواكب التطور الذي يشهده العصر الحديث، ويتوافق مع الشريعة الإسلامية السمحة، والوسيلة لتحقيق ذلك من خلال ما سيتم نشره في المجلة من أبحاث ودراسات متخصصة في مجال القضاء والقانون وحقوق الإنسان، التي يشرف عليها هيئة استشارية من كوكبة متميزة من المتخصصين والأكاديميين والقيادات القضائية والقانونية. وبذلك يسرني أن أوجه الدعوة للأكاديميين والمتخصصين في مجال القضاء والقانون وحقوق الإنسان والقادرين على البحث والدراسة للمساهمة في رفد المجلة بأعمال تثري محتواها، وبما يمكن أن يساعد في البناء المعرفي والارتقاء بالعمل القضائي والقانوني، لينعكس ذلك بدوره على أداء العاملين في السلك القضائي والقانوني والحقوقي على حد سواء، لتحقيق العدالة وتيسير الوصول إليها. متمنياً لهيئة تحريرها والعاملين فيها التوفيق والسداد والنجاح.

والله الموفق،،،

افتتاحية العدد

رئيس التحرير

يتزامن إصدار هذا العدد الحادي عشر من مجلة البحوث والدراسات القضائية والقانونية مع ما تشهده الساحة القضائية والقانونية من تطورات في بنيتها التنظيمية والتشريعية، تحت شعار: التغيير والبناء، الذي تبنته القيادة السياسية والثورية الحكيمة، ويشمل كل مفاصل الدولة، ومؤسساتها، ولعل ما يهمنا هنا هو تلك التغييرات ذات الصلة بالشأن القضائي والقانوني التي تصب في مصلحة العدالة وتقريبها لطالبيها، والتي نرجو أن تؤتي أكلها، وأن تحقق هدف التغيير والبناء الذي يخدم الوطن والمواطن على حد سواء، ولأن العدل أساس الحكم، وركن من أركان الدولة لا يمكن أن تقوم بدونه أو تستقيم أحوال الناس بغيره، كان من اللازم تحديث وتطوير البنية القضائية والتشريعية؛ بناء على رؤية واضحة وتخطيط مسبق، وفهم لحقيقة وطبيعة العمل القضائي، وقد حرصت مجلة البحوث والدراسات القضائية والقانونية أن تكون جزءاً من هذه التطورات والتحديثات، من خلال ما يتم نشره من أبحاث ودراسات تهدف إلى تحقيق مستوى راق من التوعية والثقافة والمعرفة القانونية المتميزة.

ويسرنا في هذا العدد أن نقدم للقارئ الكريم باقة من البحوث والدراسات القضائية والقانونية المتنوعة، أولها بحث بعنوان: (الإقرار لا يتجزأ على صاحبه) لفضيلة القاضي الدكتور عبد المؤمن شجاع الدين، أستاذ الفقه المقارن، تناول فيه ماهية الإقرار الذي لا يتجزأ على صاحبه، وأنواع الإقرار ونطاق تطبيق مبدأ عدم تجزئة الإقرار عليها، وكذلك شروط تطبيق مبدأ عدم تجزئة الإقرار، والحالات الاستثنائية التي يتجزأ فيها الإقرار.

أما البحث الثاني فقد جاء بعنوان: (موقف المشرع اليمني في التشريعات المتعلقة بمجال الصحة) لفضيلة الدكتور عبد الرحمن عبد الله شمسان أستاذ ورئيس قسم القانون التجاري جامعة صنعاء، استعرض فيه التشريعات المتعلقة بمجال الصحة، والمراحل التي مرت بها هذه التشريعات والتعديلات التي أجريت عليها، وهي قانون مزاوله المهن الطبية والصيدلانية، وقانون المجلس الطبي اليمني، وقانون المنشآت الطبية والصحية. والثالثة دراسة بعنوان: (الأداة المستخدمة في ارتكاب الجريمة الإلكترونية)

فضيلة الدكتور عبد الخالق معزب، أستاذ القانون التجاري، تناول فيها تعريف الجريمة الإلكترونية وخصائصها، وأنواعها، والتكييف القانوني للجرائم الإلكترونية، والأدوات المستخدمة في ارتكاب تلك الجرائم.

ورابعها دراسة بعنوان: (المسؤولية الجنائية للمجنون ومن في حكمه) " دراسة تحليلية تطبيقية للقانون والواقع اليمني " لفضيلة القاضي الدكتور صالح المرفدي، القاضي بمحكمة النقض العليا، استعرض فيها ماهية وأنواع الأمراض العقلية والنفسية المانعة والمخفضة للعقوبة، والتحليل القانوني والطبي للنص اليمني المتعلق بتلك الأمراض، وتأثيرها على الدعوى الجزائية، وإشكالات التطبيق القضائي.

أما الخامسة فهي "دراسة مقارنة" بعنوان: (بطلان الإجراء الجزائي في القانون اليمني) لفضيلة الدكتور منير محمد الجوبي، أستاذ القانون الجنائي، تناول فيها ماهية البطلان، وأنواعه، وآثاره. ومذهب البطلان.

أما الدراسة السادسة فقد جاءت بعنوان: (طرق تحريك الدعوى الجنائية أمام المحكمة الجنائية الدولية) لفضيلة الدكتور عمرو الأحرمي، تضمنت مقارنة للنصوص الجنائية متمثلة في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، والقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات. وفي "دراسة مقارنة" تناول فضيلة القاضي الدكتور محمد شرف الوريث جريمة الرشوة تحت عنوان: (جريمة الرشوة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية)، استعرض فيها ماهية الرشوة، والأحكام الموضوعية لجريمة الرشوة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية.

وعن (الانعدام الإجرائي في القانون اليمني)، جاءت الدراسة الثامنة لفضيلة المحامي الدكتور هشام الشميري بين فيها موقف القضاء والفقهاء اليمني من الانعدام الإجرائي.

أما البحث التاسع فهو بعنوان: (قواعد وأحكام الدفاع الشرعي في التشريع اليمني) للباحث طاهر محمد الجنيد، تناول فيه تعريف الدفاع الشرعي، والأساس الشرعي للدفاع، وقواعد الدفاع الشرعي في التشريع، وشروط الدفاع الشرعي.

وبعد هذا العرض الموجز لأبحاث ودراسات هذا العدد، نرجو أن نكون قد وفقنا في اختيار هذه الأبحاث والدراسات لنيل رضا القارئ الكريم، وفي سبيل نشر التوعية والمعرفة القضائية والقانونية.



البحوث والأبحاث القضائية والقانونية

مجلة

البحوث والأبحاث
القضائية والقانونية

الإقرار لا يتجزأ على صاحبه

القاضي. الدكتور/ عبد المؤمن شجاع الدين

رئيس مجلس القضاء الأعلى

الأستاذ بكلية الشريعة والقانون - جامعة صنعاء

مقدمة

نصت المادة (٩٥) من قانون الإثبات اليمني على أنه (لا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا تستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى)، وقد تضمنت القوانين العربية والأجنبية نصوصاً مماثلة لهذا النص، وقد استخلص الفقه العربي من هذا النص مبدأ عدم تجزئة الإقرار على صاحبه، فمبدأ عدم جواز تجزئة الإقرار على صاحبه يعني: أنه لا يجوز أن يستدل بجزء من إقرار الشخص وي طرح بقية ما ورد في الإقرار طالما أن الإقرار متعلق بواقعة واحدة أو بوقائع مترابطة ترابطاً لا يقبل التجزئة، فلا يضار المقر بإقراره على أساس أن جميع أجزاء الإقرار القضائي متساوية في الإثبات، ولذلك فالإقرار لا يتجزأ.

وسوف نعرض هذا الموضوع في المباحث الآتية:

المبحث الأول: ماهية الإقرار لا يتجزأ على صاحبه.

المبحث الثاني: أنواع الإقرار ونطاق تطبيق مبدأ عدم تجزئة الإقرار عليها.

المبحث الثالث: شروط تطبيق مبدأ عدم تجزئة الإقرار.

المبحث الرابع: الحالات الاستثنائية التي يتجزأ فيها الإقرار.

المبحث الأول

ماهية (الإقرار لا يتجزأ على صاحبه)

معنى أن الإقرار لا يتجزأ على صاحبه: أن الشخص إذا أقر بواقعة معينة أو بوقائع مترابطة مع بعضها، فلا يجوز أن يستدل عليه ببعض ما ورد في إقراره أو بجزء من إقراره دون بقية ما ورد في إقراره طالما أن محل الإقرار واقعة معينة أو وقائع مترابطة ترابطاً لا يقبل التجزئة، فلا يضار المقر بإقراره، على أساس أن جميع أجزاء الإقرار القضائي متساوية في الإثبات، فليس للمقر له أن يأخذ من الإقرار ما يفيد ويترك ما هو في غير صالحه، فعندما يقر الخصم بالحق أو بواقعة فلا يحق للمقر له أن يجزئ هذا الإقرار فيستدل بالجزء الذي لصالحه ويترك الجزء الذي ليس في مصلحته.

والهدف من عدم جواز تجزئة الإقرار تلافياً لتغيير مركز المتقاضين في الدعوى فيما يتعلق بعبء الإثبات، فلو جاز تجزئة الإقرار فإنه ينبغي أن يتم تكليف المقر بإثبات

الإضافات والتعديلات الواردة في إقراره على ما ورد في دعوى المدعي لأن إقراره لم يطابق دعوى المدعي، ومؤدى ذلك تحميل المقر المدعى عليه عبء الإثبات من غير حق، لأن الإقرار وهو الدليل على المدعى به لم يصدر من خصم المقر وإنما صدر من المقر واحتج خصمه به عليه لذا يجب أن لا نعتبر ما قاله المقر فيما لا يطابق المدعى به دفعاً يطلب منه إثباته وإلا نكون قد جافينا العدل (د. آدم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في الإثبات، ط١، الدار العربية، بغداد، ١٩٧٦م ص ٢٢٠).

وأصل مبدأ عدم تجزئة الإقرار على صاحبه هو الفقه الإسلامي الذي يطلق على مسألة عدم تجزئة الإقرار بمسألة تعقيب الإقرار بما يُنافيه، وتعرض هكذا: هل يلتزم بالحاصل من مجموع كلام المقر أم تجعل عبارة الإقرار كلاماً، والعبارة المنافية له كلاماً آخر، ويسوقها بعض الفقهاء بتعبير آخر: إن الإقرار المتعقب بالمنافي هل يُعدُّ إقراراً تاماً قبل التعقيب ليكون حجة ويمتنع الرجوع عنه أم لا يُعدُّ كذلك فلا يكون حجة، ولا يعتبر تعقيقه رجوعاً (حجية الإقرار القضائي في الإثبات المدني، د. طارق عبد الرزاق الحمامي، ص ١٢٢-١٣٨).

المبحث الثاني

أنواع الإقرار ونطاق تطبيق مبدأ عدم تجزئة الإقرار عليها

نصت المادة (٩٥) من قانون الإثبات اليمني على أنه (لا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى)، وهذا يعني أن عدم جواز تجزئة الإقرار يتعلق بمحل الإقرار ونوعه مما يستلزم عرض صور الإقرار البسيط والإقرار الموصوف والإقرار المركب ثم نبين كيفية تطبيق مبدأ عدم التجزئة في أنواع الإقرار المختلفة:

أولاً: أنواع الإقرار

النوع الأول: الإقرار البسيط

هو الإقرار الذي يتعلق بواقعة محددة أو بوقائع مترابطة مع بعضها، مثل أن يدعي شخص على آخر أمام المحكمة بأن المدعى عليه مدين له بخمسين مليون ريال يمني، فيُجيب المدعى عليه ويقر بأنه مدين للمدعي بالمبلغ المذكور من دون أن يضيف شيئاً،

أو يدعي عليه بذلك وبأنه مؤجل إلى سنتين فيقر المدعى عليه بالدين وبأجله الذي ذكره المدعى، أو يدعي عليه ذلك ويذكر بأن المدعى عليه وفي منها خمسة وعشرين مليوناً وبقي في ذمته خمسة وعشرون مليون ريال، فيقر المدعى عليه بذلك وبأنه سبق أن سدد نصف مبلغ الدين المدعى به كما ذكر المدعي في دعواه. ففي كل الأمثلة أعلاه نرى أن إقرار المدعى عليه جاء مطابقاً لما يدعيه المدعي دون أي تعديل أو إضافة سواء أكان المدعى به - محل الإقرار- واقعة واحدة مجردة، وسواء كانت تلك الواقعة موصوفة، أو غير مقترنة بوصف، وسواء كان المدعى به يتضمن واقعة واحدة أو أكثر من واقعة، مما يعني أنه اعترف بكل الحق المدعى به أو به وبملاحظاته، وهذا الإقرار هو الذي يعرف بالإقرار البسيط، ويُراد به مجرد تسليم المدعى عليه بدعوى المدعي كما هي، فهو يصادقه في جميع ما ادعاه دون أن يجري تغييراً أو تعديلاً أو يُضيف وصفاً أو واقعةً جديدة غير ما طلبه المدعي.

النوع الثاني: الإقرار الموصوف

عندما يدعي شخص على خصمه بأنه مدين له بمبلغ معين وأنه مستحق في تاريخ معين فيقر المدعى عليه بالدين ولكن دون تاريخ استحقاق الدين، أو يدعي على خصمه بعقد مقرون بالشروط الجزائي فيقر الخصم بالعقد ولكن دون الشرط الجزائي، أو يدعي الدائن أنه أقرض المدعى عليه مبلغاً معيناً من المال ويطلبه برد القرض فيقر المدعى عليه بواقعة القرض ولكن يذكر في إقراره أن هذا القرض كان لمدة ثلاث سنوات، أي التزامه بالرد مؤجلاً والأجل لم يحل بعد، أو يدعي الدائن أن المدعى عليه تعهد له بعمل معين فيقر المدعى عليه بواقعة التعهد ولكن يذكر في إقراره أن تعهده كان معلقاً على شرط والشرط لم يتحقق بعد. ففي الأمثلة المذكورة نرى أن إقرار المدعى عليه لم يأت مطابقاً لدعوى المدعي وإنما جاء معدلاً بالمدعى به بحذف بيان أو قيد منه أو تغييره أو مضيفاً بياناً جديداً أو وصفاً لم يرد في دعوى المدعي، وهذا الإقرار هو الذي يعرف بالإقرار الموصوف الذي أشار إليه الحكم محل تعليقنا، ويُراد به أن المدعى عليه وإن أقر بالمدعى به، ولكن لا على الوجه الذي ذكره المدعي، فالمدعى عليه لم يعترف بالطلب المدعى به كما هو وإنما جاء إقراره مغيّراً أو معدلاً فيه حذفاً منه أو إضافةً، وهكذا يظهر أن الإقرار الموصوف ليس فقط ما يضيفه المقر من وصف كالأجل والشرط عند إقراره بالمدعى به، وإنما هو الإقرار الذي يعترف بالمدعى به مع تعديله كما تقدم، والأمر المهم الذي يجب أن يلاحظ في هذا الإقرار أن التعديل أو التغيير أو الإضافة أو الوصف الذي ذكره المقر للواقعة الأصلية، كان معاصراً لنشوء هذه الواقعة، لا أنه حادث حصل بعد الواقعة

الأصلية). (د. عصمت عبد المجيد، شرح قانون الإثبات، ط ٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٦م، ص ١٢٢).

فيجب لاعتبار الإقرار موصوفاً أن ينصب على وصف اقترن بالدين - مثلاً - من وقت نشوئه كالأجل والشرط، لا على وصف يحدث بعد ذلك كتتمديد الأجل أو إضافة شرط لاحق أو الاتفاق - فيما بعد - على تقسيط المديونية. هذا ولا شك بأن من شأن ما فعله المقر عند إقراره بالمدعى به يؤثر على الأحكام والنتائج القانونية للواقعة الأصلية بما هو في صالحه. وقد بين المشرع اللبناني - من دون بقية التشريعات - متى يكون الإقرار موصوفاً فنص على أنه (يسمى الإقرار موصوفاً عندما يقتصر على الواقعة التي صرح بها الخصم الآخر إلا أنه يفسد نتائجها القانونية بما يشتمل عليه من البيانات الإضافية...) (حجية الإقرار القضائي في الإثبات المدني، د. طارق عبد الرزاق الحمامي، ص ١٢٢ - ١٣٨).

النوع الثالث: الإقرار المركب

عندما يدعي شخص على آخر بدين معين فيقر الخصم بالدين كما ذكره المدعى إلا أنه يدعي أيضاً أنه قد أوفى هذا الدين كاملاً، أو أنه أوفى جزءاً منه، أو يدعي عليه بقرض معين فيقر المدعى عليه بالقرض المذكور ولكنه يقول بأن هذا القرض قد انقضى بالإبراء. ففي هاتين الصورتين نرى أن إقرار المدعى عليه لم يأت مطابقاً لدعوى المدعى وإنما جاء مُعدلاً به بذكر واقعة جديدة فضلاً عن الواقعة الأصلية كواقعة الوفاء أو الإبراء ولم يحصل التعديل على ذات الواقعة الأصلية. وهذا الإقرار هو الذي يُعرف بالإقرار المركب، ويُراد به الاعتراف بالواقعة القانونية المدعى بها كما هي إلا أن المقر يلحق بإقراره واقعة أخرى من شأنها أن تؤثر في نتائج الواقعة الأصلية تأثيراً مهماً قد يصل إلى إسقاط مقتضى وجودها بما يؤدي إلى انقضائها كما في صورة ادعاء وفاء الدين كاملاً.

وهكذا يظهر - مما تقدم - أن الإقرار الموصوف والمركب يشتركان في أن كليهما اعتراف بالواقعة المدعى بها مع إضافة عنصر آخر إليها من شأنه أن يؤثر في نتائجها القانونية، ويختلفان في العنصر المضاف إلى تلك الواقعة، إذ هو في الإقرار الموصوف يتصل بالواقعة الأصلية منذ نشوئها في حين أنه في الإقرار المركب يلحق بالواقعة الأصلية بعد حدوثها.

وجاء في الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري بهذا الصدد أنه (قد يقر المدعى عليه بالدين ويدعى أنه معلق أو مضاف إلى أجل ويسمى هذا الإقرار موصوفاً

في اصطلاح الفقه لأن الشيء المضاف معاصر للواقعة القانونية، وقد يقر المدعى عليه بوجود القرض ويدعي الوفاء فيكون الشقُّ المضاف غير معاصر للواقعة القانونية).

وبيّن المشرّع اللبناني من دون بقية التشريعات أيضاً متى يكون الإقرار مركباً، فنص على أنه (يسمى الإقرار مركباً عندما يكون منصباً... على الواقعة الأصلية وعلى واقعة أخرى...).

ثانياً: نطاق تطبيق مبدأ عدم تجزئة الإقرار على أنواع الإقرار

من خلال عرض أنواع الإقرار على النحو السابق بيانه، فإن مبدأ عدم تجزئة الإقرار لا محل للنظر فيه بالنسبة للإقرار البسيط، إذ لم يأت المقر بشيء يختلف عما ادعاه المقر له، فالوقائع المدعاة قد أقر المدعى عليه بها جميعاً، والإقرار بجميع أجزائه هو في صالح المقر له فليس له مصلحة تدعوه إلى تجزئة هذا الإقرار، لذا جاء في الأعمال التحضيرية للقانون المصري أنّ الإقرار البسيط: (لا تعرض بشأنه أية صعوبة لأن إشكال عدم التجزئة ممتنع بطبعه). وأن مجال تطبيق مبدأ عدم التجزئة هو الإقرار الموصوف والمركب، ففي الأمثلة والصور المتقدمة ليس للمدعي أن يعدّ الدين ثابتاً في ذمة المقر ويهمل الأجل الذي ذكره المقر في إقراره ويطلب منه إثباته، أو يعدّ الواقعة الأصلية ثابتة ويطلب من المقر إثبات الواقعة المضافة. ويلاحظ أن مبدأ عدم التجزئة الذي يطبق على الإقرار القضائي الموصوف أو المركب لا يفرق فيهما سواء أدلى المقر بأحدهما شفويّاً أو كتابياً، «فإذا قدّم المدعى عليه سنداً خطياً يحتوي على إقرار بموضوع الدعوى يُعدّ هذا الإقرار غير قابل للتجزئة...». ولكنّ المشرّع العراقي في أعماله التحضيرية للقانون المدني خصّ مجال تطبيق المبدأ في الإقرار الشفوي إذ جاء فيها أنّ عدم تجزئة الإقرار تحصل عندما (... يكون إقراراً شفويّاً أمام المحكمة. أما الإقرار المكتوب فهذا سند كتابي له حكمه). وهذا القول محل نظر، لأنّ للمقر أن يعبر عن إرادته للإقرار أثناء نظر الدعوى بصورة شفوية أو خطية ويعدّ إقراره بالمدعى به في كلا الصورتين إقراراً قضائياً. ويلاحظ - أيضاً - أن مبدأ عدم التجزئة كما يلزم به المقر له فإنه يجب على القاضي تطبيقه أيضاً، فليس من صلاحية القاضي أن يطرح جزءاً من الإقرار الواقع أمامه ويأخذ بجزء آخر منه (حجية الإقرار القضائي في الإثبات المدني، د. طارق عبد الرزاق الحمّامي، ص ١٢٢ - ١٣٨).

المبحث الثالث

شروط تطبيق مبدأ عدم تجزئة الإقرار

سبق أن ذكرنا في الوجه الأول أن مجال تطبيق مبدأ عدم التجزئة هو الإقرار الموصوف والإقرار المركب، ومع ذلك فيجب أن تتوفر في الإقرار الموصوف أو المركب أربعة شروط، هي:

الشرط الأول: أن يوجد تلازم بين العنصر المضاف والواقعة الأصلية

يشترط لتطبيق مبدأ عدم تجزئة الإقرار أن يكون هناك تلازم بين العنصر المضاف من بيان أو وصف أو واقعة أخرى مع الواقعة الأصلية. وهذا التلازم أمر طبيعي بالنسبة للإقرار الموصوف لأن ما عدله أو أضافه المقر مقترن بالواقعة الأصلية المدعى بها من حين نشوئها، وكذا في الإقرار المركب فلا بد من أن يوجد هذا التلازم بحيث لا يمكن تصور وجود الواقعة المضافة من دون وجود الواقعة الأصلية، فلا يمكن أن نتصور الوفاء دون وجود الدين الأصلي، وكذا بالنسبة للإبراء والتجديد. إذن لابد من أن يكون العنصر المضاف في الإقرار الموصوف أو المركب على نحو لا يمكن معه أن يتجزأ عن الواقعة الأصلية، وهذا هو الرأي الراجح لدى الفقهاء. ويذهب أكثرُ شراح القانون الفرنسيين إلى اشتراط هذا الشرط وأن تكون الواقعة المضافة مرتبطة ارتباطاً وثيقاً من حيث محلها وطبيعتها بالواقعة الأصلية، بحيث يكون حصول الواقعة المضافة يتطلب حتماً سبق الواقعة الأصلية، فعندئذ لا يتجزأ الإقرار القضائي، ولذا فإن الإقرار بالدين مع إضافة الوفاء لا يتجزأ، لأن الوفاء يفترض وجود الدين أولاً ولأن محله هو ذات محل الدين، ويذهب الفقهاء أو يرى وروفي هذا الشرط إلى أن الإقرار المركب يكون اعترافاً غير قابل للتجزئة كلما كان الاعتراف بالواقعة المضافة باعتباره نتيجة للواقعة الأصلية من شأنه أن يفقد الاعتراف بالواقعة الأصلية آثاره القانونية أو يحد من هذه الآثار، وذهب فريقٌ من الفقهاء - فيما يتعلق بهذا الشرط - إلى أن مبدأ عدم التجزئة لا يكفي - لتطبيقه - مجرد التلازم، بل يجب أن يكون هذا التلازم على نحو معه تقابل تام بين الواقعتين، فإذا كانت الواقعة المضافة تقابل تماماً الواقعة الأصلية كالوفاء يقابل وجود الدين فعندئذ يطبق المبدأ، أما لو أضاف المقر إلى واقعة الدين واقعة الإبراء أو التجديد فعندئذ لا يوجد تقابل تام بين الواقعتين وبالتالي لا يطبق مبدأ عدم التجزئة في هذه الحالة (د. توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مؤسسة الثقافة الجامعية، ١٩٨٢م - ص ١٦٧).

وخلافاً للرأي الراجح ذهب بعض الفقهاء إلى أن مبدأ عدم التجزئة يطبق في جميع الصور- وإن لم يكن هناك تلازم بين ما أضافه المقر والواقعة الأصلية- فطالما أن الإقرار موصوف أو مركب فإنه لا يسوغ تجزئة الإقرار القضائي لأن هذا الإقرار عمل قانوني إرادي، فمن أقر لم يتجه قصده فقط إلى اعتبار المدعى به ثابتاً في ذمته دون بقية ما ذكره في إقراره، وهذا يعني أن منشأ المبدأ- لدى هؤلاء الفقهاء- يعود إلى قصد المقر، فالإقرار لا يتجزأ على أساس ارتباط أجزائه في قصد المقر، وأنه لو جزأناه نكون عندئذ خالفنا شرطاً من شروط حجية الإقرار الذي يجب أن يتوافر في المقر، لأن هذا الإقرار حينما صدر عن المقر اتجه قصده إلى اعتباره حجة بكامله بما تضمن من وصف أو واقعة مضافة، وبناءً على ما ذهب إليه الرأي الراجح فإن منشأ هذا المبدأ نص قانوني، فالمشرع هو الذي يمنع التجزئة مع وجود الترابط الحتمي بين الواقعة الأصلية والواقعة المضافة «ومبناه في ذلك الصلة المنطقية في الذهن الإنساني بين وقائع معينة، فإذا كانت الواقعة المضافة يفترض وجودها وجود الواقعة الأصلية... فإنه لا يجوز للمقر له أن يُجزئ الإقرار على المقر»، ويرد هؤلاء على أصحاب الاتجاه القسدي أن الأمر لو كان كما تزعمون لكان ليس في وسع المقر له عند تمسكه بالإقرار أن يدحض الوصف أو الواقعة المضافة بينما من المسلم به- فقهاً وقضاً- أن مبدأ عدم التجزئة لا يمنع من ذلك، وأما على الصعيد التشريعي، فقد نصت المادة (٩٥) من قانون الإثبات اليمني على أنه (لا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى) وكذا نصّ المشرع العراقي على أنه (لا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى)، ويتضح من النصين السابقين أن الأصل عدم تجزئة الإقرار القضائي، ويفهم منه أن شرط تطبيق هذا الأصل أن يكون هناك تلازم بين الوقائع الواردة في الإقرار الواحد، وهذا النص كان وارداً بلفظه في القانون المدني العراقي، وقد ناقشته لجنة مشروع هذا القانون وقالت: (الإقرار الذي لا يتجزأ فهو أن يقر المدين بالدين أمام المحكمة ويضيف أنه وفي به... والسبب أنه لا يتجزأ في هذه الحالة لأن المدين أقر بواقعتين: ١. واقعة المديونية، ٢. واقعة الوفاء، وواقعة الوفاء تستلزم حتماً واقعة المديونية) وعلى هذا الأساس فإن القانون اليمني والقانون العراقي يأخذان بالرأي الراجح في الفقه القانوني. ونصّ المشرع المصري بما يتطابق مع نصّ المشرع العراقي (٢٨)، فلا بد لتطبيق مبدأ عدم التجزئة أن يوجد تلازم حتمي بين الواقعة المضافة والواقعة الأصلية، ولكن لأنحة المحاكم الشرعية المصرية ذهبت إلى عدم التجزئة مطلقاً حيث نصت على أنه (لا يتجزأ الإقرار الصادر من المدعى عليه بمجلس القضاء فلا يؤخذ منه الضارُّ به ويترك الصالح له، بل يؤخذ

جملة واحدة ويعتبر إنكاراً للدعوى)، وقد اتجه واضعو مشروع تنقيح القانون المدني المصري أول الأمر إلى هذا الاتجاه، ولكنهم عدلوا عنه إلى الرأي الراجح فقهاً في المشروع التمهيدي للقانون المدني، وكان المشروع الأولي استنوت - وهو مشروع القاضي - الذي سبق المشروع التمهيدي يأخذ بقاعدة عدم التجزئة مطلقاً أيضاً إذ نصَّ على أن (الإقرار لا يتجزأ على صاحبه *Laveu ne peut etre divise contre celui qui la Fait*)، وقد ورد في المذكرة الإيضاحية تعليقاً على ما جاء في المشروع التمهيدي - الذي تبناه المشرع المصري في القانون المدني ثم نقله إلى قانون الإثبات - على أنه (تعرض مسألة عدم التجزئة بالنسبة للإقرار المركب أي مسألة معرفة ما إذا كان يجوز لمن وجه الإقرار إليه أن يأخذ منه ما يرى فيه مصلحة له وأن يهمل الشقَّ المضاف إلا أن من المقرر أن الشق المضاف يعتبر غير منفكاً من جملة الإقرار موصوفاً كان الإقرار أو غير موصوف إذ لولاه لما صدر الاعتراف ثم أن الإقرار بأسره هو الذي يعتبر حجة لا جزء منه فحسب، ويترتب على ذلك أن الإقرار المركب لا يتجزأ موصوفاً كان أو غير موصوف بل يتعين على من يتمسك به بصفته هذه أن يعتد به بأسره).

الواقع أننا إذا أمعنا النظر في هذا التعليق وجدناه لا يستقيم مع نص المشروع التمهيدي ونص القانون المدني وإنما يُناسب مع ما جاء في المشروع الأولي للقاضي أستنوت، ولا تفسير لذلك سوى أنه نُقل خطأً من المذكرة الإيضاحية التي وضعها القاضي أستنوت إلى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فلم يلتفت عند النقل إلى اختلاف النص المعلق عليه، لأن المشروع التمهيدي لم يأخذ بما في المشروع الأولي كما هو ملاحظ مما تقدم، ويتعين إزاء ذلك عدم التعويل مطلقاً على ما جاء بهذه المذكرة والاعتماد على نص القانون.

أما القانون الفرنسي فقد نص على أن (الإقرار حجة... على من صدر منه ولا يجزأ عليه...)، وهذا يدل على أنه أخذ بالرأي الآخر الذي يرى أن الإقرار لا يتجزأ في جميع الصور، ولم ينصَّ المشرع الأردني على مبدأ عدم التجزئة، ولكن يذهب فقهاء وشراح قانون البيئات الأردنية إلى الأخذ بهذا المبدأ في ظل التشريع الأردني شريطة أن يكون هناك ارتباط وثيق بين الوقائع المقربها من حيث طبيعتها، ويؤيد هذا المذهب أن المشرع أخذ بمبدأ عدم التجزئة فيما ورد من إقرار خطي للتاجر في دفاتره الإيجابية، ويضاف إلى ذلك أن المنطق يقضي بأن من أقر بشيء وليس عليه بيّنة فالقول ما قاله لأن إقراره دليل على صدقه.

وأما بقية القوانين فقد نصت على ما يتفق مع النص اليمني والعراقي والمصري عدا

المشرع الليبي فإنه « اقتصر على بيان عناصر الإقرار غير المجزأ وتحديد أثره في حالة واحدة هي عدم اعتراض المقر له على صحة البيانات الإضافية حيث يُشكّل عندئذ بينة تامة اما في حالة الخلاف فيعود تقدير تجزئة الإقرار وعدم تجزئته إلى القاضي»، لذا نص على أنه (إذا اقترن الإقرار الصادر من أحد الطرفين عن وقائع ليست لصالحه بالتصريح بوقائع أخرى أو بظروف يراد منها الحد من أثر الواقعة المقرب بها أو تغييرها أو إزالة آثارها فلكمال الإقرار وما اقترن به قوة البيّنة الكاملة إذا لم يطعن الطرف الآخر في صحة ما أُضيف من وقائع أو ظروف، ويترك للقاضي عند الاختلاف تقدير قوة الإقرار كبيّنة).

ويبدو أن المشرع الليبي يأخذ بمبدأ عدم التجزئة مطلقاً في حالة عدم اعتراض المقر له على الإقرار الموصوف أو المركب الصادر عن المقر. وعلى الصعيد القضائي فقد جرى القضاء اليمني على تطبيق مبدأ عدم التجزئة حسبما هو ثابت في أحكام عدة صدرت عن المحكمة العليا في اليمن (محكمة النقض) فقد أخذ القضاء اليمني بالرأي الراجح وما نصّ عليه القانون اليمني، وفي هذا الاتجاه ذهب القضاء العراقي فقد قضت محكمة التمييز العراقية إلى أن (إقرار المدعى عليه بالدين المثبت بالكمبيالة وبأنه عن كفالة مصرفية هو إقرار غير قابل للتجزئة لتوافر الارتباط بين واقعة تحرير الكمبيالة والكفالة المصرفية التي لم تتم والتي يؤثر عدم اتمامها على كيان الكمبيالة)، وذهبت المحكمة ذاتها إلى أن (المدعى عليه أقر بالمدعى به وادعى الوفاء، فواقعة الوفاء، وإن كانت منفصلة عن الواقعة الأصلية وهي الإقرار إلا أنها مرتبطة بحيث تؤثر على كيانها ووجودها القانوني لذا فالإقرار هذا لا يتجزأ...). وفي هذا الاتجاه أيضاً ذهب القضاء المصري، فقد جاء في قرار لمحكمة النقض (إن المطعون ضده قد أقر أمام المحكمة أن العملية محل الخلاف رست عليه ولكنه لم يتم بتنفيذها وإنما تنازل عنها لآخر، وهو من قبيل الإقرار المركب وذلك لتوافر الارتباط بين الواقعة الأصلية - وهي رسو العملية محل الخلاف على المطعون ضده - والواقعة المصاحبة لها وهي عدم قيامه بتنفيذها وتنازله عنها لآخر، وهذا الارتباط يؤثر على كيان الواقعة الأولى ووجودها القانوني ومن ثم فهو لا يقبل التجزئة). وفي قرار آخر لمحكمة النقض المصرية قضت بأن (إقرار المستفيد بأنه لم يتسلم قيمة الشيكات ليكون مديناً بها أو لينفقها على شؤون نفسه وإنما استعملها لينفق منها على أعمال والده - الساحب -... أنه لا يقبل التجزئة لتوافر الارتباط بين الواقعة الأصلية وهي قبض الشيكات والواقعة المصاحبة لها وهي القصد من القبض، وهذا الارتباط يؤثر على كيان الواقعة الأولى ووجودها القانوني). وأما في نطاق الفقه الإسلامي؛ فهناك اتجاه في هذا الفقه يذهب إلى عدم تجزئة الإقرار إذا عقب المقر إقراره بوصف أو بواقعة معينة مضادة لذلك الإقرار - أي مؤثرة في نتائجه سلباً - على اعتبار أن الإقرار كلام واحد متصل

لا يؤخذ بعضه ويترك بعضه الآخر فهو لا ينعقد له ظهور حتى ينتهي المتكلم منه، وأن الكلام- بحسب القاعدة- تتقوم إفادته للمعنى بمجموع أجزائه، وأنا لو جزأنا الكلام لكان في ذلك ضرر على المقر، وأن الضرر منفي في الشريعة الإسلامية، ويبدو أن هذا الاتجاه يوافق الرأي الآخر الذي ذهب إليه بعض فقهاء القانون وبعض التشريعات كما تقدم. ويرى بعضهم أن الكلام مع تعقيبه بما ينافيه لابد من الرجوع في تشخيصه وتعيين كونه إقراراً أو ليس بإقرار إلى العرف فمتى حكم العرف بكونه إقراراً أخذ به- أي يكون حجة بجميع أجزائه- وإذا حكم العرف بأنه لا ينطبق عليه عنوان الإقرار فعندئذ لا يكون ملزماً للمقر، وللقاضي إهماله (حجية الإقرار القضائي في الإثبات المدني، د. طارق عبد الرزاق الحمامي، ص ١٢٢-١٣٨).

الشرط الثاني: لتطبيق مبدأ عدم تجزئة الإقرار يجب أن يكون الإدلاء بالعنصر المضاف والواقعة الأصلية في آن واحد

يشترط لتطبيق مبدأ عدم تجزئة الإقرار أن يدلي المقر بالواقعة الأصلية وما يريد تعديله فيها أو إضافته إليها في آن واحد، فلو أقرب بالواقعة الأصلية أولاً ثم أضاف في فرصة تالية واقعة أخرى تُعدّل من أثر الواقعة الأصلية ففي هذه الصورة يكون الإقرار بسيطاً يترتب عليه ثبوت الواقعة الأصلية وأما ما أدلى به لاحقاً فلا يُعدّ إقراراً أصلاً إنما هو مجرد ادعاء، يقتصر إلى إثبات من جانبه، فيجب على المقر أن يذكر ما يريد تعديله أو يضيفه في ذات الإقرار لا بعده، وعليه فإذا أقر المدعى عليه بالدين وسكت، ثم جاء في جلسة أخرى وادعى أنه سبق منه وفاء هذا الدين المدعى به، فإنه في هذه الحالة يلزم بالدين ويكلف بإثبات الوفاء (وقد أشار المشرع اللبناني إلى هذا الشرط عند نصه على الإقرار المركب فقال: (يسمى الإقرار مركباً عندما يكون منصباً في وقت واحد على الواقعة الأصلية وعلى واقعة أخرى...)). (المرجع السابق، ص ١٤٢).

الشرط الثالث: لتطبيق مبدأ عدم تجزئة الإقرار يشترط ألا يكون للمدعي دليل سوى الإقرار

إن مبدأ عدم التجزئة يشترط لتطبيقه على الإقرار القضائي الصادر في الدعوى، ألا يكون للمدعي دليل آخر على دعواه غير الإقرار الموصوف أو المركب الصادر عن خصمه، فإذا تمسك المقر له بهذا الإقرار لإثبات دعواه فعليه أن يقبل به بجميع أجزائه، وعندئذ

تعتبر الواقعة الأصلية ثابتة بصفة قاطعة، وما إضافه المقر عليها يعتبر ثابتاً لمصلحته ويُعفى من إقامة الدليل عليه، ولكن للمقر له أن يُثبت عدم صحة هذه الإضافة وفقاً للقواعد العامة في الإثبات، وبنفس الطرق التي كان يمكن بها إثبات الواقعة الأصلية، وإذا توصل المقر له إلى دحض ذلك فإن الإقرار يعود - في الواقع - بسيطاً وبالتالي يكون حجة على المقر، وإذا لم يتمكن المقر له من دحض ما إضافه المقر، فهل يجوز توجيه اليمين إلى المقر عن أحد شطري الإقرار؟ فيه خلاف فهناك من يذهب إلى عدم الجواز باعتبار أن الإقرار القضائي لا يصح تجزئته بأي طريق من طرق الإثبات حتى لو باليمين الحاسمة، بينما يرى بعضهم لا مانع من ذلك، ففي وسع الدائن - مثلاً - أن يوجه اليمين إلى المقر عن واقعة الوفاء التي قرن بها إقراره بالدين. أما إذا كان للمدعى دليل آخر غير الإقرار فله أن يثبت دعواه الأصلية به، وعلى المدعى عليه (المقر) أن يثبت ما ادعاه من إضافة أو وصف أو دعوى أخرى ذكرها مع إقراره بالدعوى الأصلية، طبقاً للقواعد العامة في الإثبات. وللمدعي - في هذه الحال -، إذا كان دليله يحتاج إلى ما يعزّزه أو يجعله جائز القبول - كالقرائن والبيئة في الأحوال التي يجب فيها الكتابة - يجوز له التمسك بأقوال المقر لا باعتبارها إقراراً قانونياً وإنما باعتبارها مبدأً ثبوت بالكتابة، وحينئذ لا تطبق قواعد الإقرار بما فيها مبدأ عدم التجزئة، لأن تطبيق هذا المبدأ مقيد إذا لم يكن للمدعي دليل سوى الإقرار كما تقدم، فضلاً عن أن تمسك المدعي بذلك لا يكونه إقراراً. ولا يُقال - هنا - إن الإقرار كتصرف قانوني بالإرادة المنفردة ينتج أثره دون توقف على قبول المقر له، لأن حجية الإقرار القضائي وإن لم تتوقف على قبول المقر له ولكن بشرط أن لا يرده، فالمقر له إذا وجد مصلحته في غير الإقرار رده، وتولى إثبات دعواه بدليل آخر.

وجاء في الأعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي في ما يخص هذا الشرط أن عدم تجزئة الإقرار يراد به الإقرار باعتباره الدليل الوحيد على الحق... ويترتب على ذلك أن الدائن إذا قدم سنداً مكتوباً إثباتاً لحقه وأقر المدين بالدين وادعى وفاءه فليس هذا هو الإقرار الذي لا يتجزأ لأن الدائن اعتمد في إثبات حقه لا على إقرار المدين، بل على السند الكتابي فيكلف المدين في هذه الحالة بإثبات الوفاء. أما الإقرار الذي لا يتجزأ فهو أن يقر المدين بالدين أمام المحكمة ويضيف أنه أوفى به ولا دليل للدائن غير إقرار المدين، وجاء في الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري بأنه إذا كان الإقرار هو الدليل الوحيد على الواقعة المدعى بها وأن (من يقع عليه عبء الإثبات... اعترم أن ينتفع من الإقرار بوصفه هذا في هذه الحالة يكون الإقرار غير قابل للتجزئة)، أما إذا كان لديه دليل آخر (فإن الخصم لا يتمسك في هذه الحالة بالإقرار كطريق من طرق الإثبات، ولذلك لا تطبق بشأنه الأحكام العامة، ولا يكون غير قابل للتجزئة، بل يجوز الانتفاع من أي عنصر من عناصره بأيّة صفة

قانونية أخرى)، ومن ثمّ يمكن للمدعي أن يعدّ (الإقرار المركب مبدأً ثبوت بالكتابة يبيح الإثبات بالبينة أو مبدأً ثبوت يجيز توجيه اليمين المتممة، وفقاً للقواعد العامة في الإثبات). وجاء عن المشرع اللبناني - من دون بقية التشريعات ايضاً - فيما إذا كان الإقرار الموصوف أو المركب هو دليل المدعي على دعواه أن (... هذا الإقرار يفيد الثبوت التام فيما يختص بالواقعة الأصلية، أما البيانات الإضافية فتعدّ ثابتة إلى أن يثبت عكسها)، فإذا اعترف المدين (... بأنه اقترض المبلغ المدعى به ولكنه يزيد على اعترافه أنه أوفاه فيما بعد، فالمحكمة تعتبر فعل الاقتراض ثابتاً على وجه نهائي، أما الإيفاء فيعدّ ثابتاً إلى أن يُثبت عكسه) وأما ما ورد من تطبيقات قضائية بشأن هذا الشرط وما يتعلق به، فقد ذهبت محكمة التمييز العراقية إلى أن الدعوى إذا (أصبحت مقصورة على مجرد الإقرار في هذه الحالة لا يمكن تجزئة هذا الإقرار، فإما أن يقبل الدفع بالتسديد برمته عن كافة المبلغ المدعى بعدم تسديده أو تكلف المدعية بالإثبات فإن عجزت كان لها حق طلب تحليف المدعى عليه اليمين، وهذا هو حكم الإقرار المركب)، وقضت هذه المحكمة - فيما إذا أراد المدعي أن يثبت دعواه بالبينة - أن (الإقرار المركب الوارد بدليل كتابي الذي لا يجوز تجزئته يُعتبر مبدأً ثبوت بالكتابة مما يصح معه استماع الشهادة لإثبات التصرف القانوني)، وذهبت محكمة النقض المصرية بصدد هذا الشرط إلى أنه (من المقرر - على ما جرى به قضاء النقض - أن عدم تجزئة الإقرار الموصوف أو المركب المتخذ كدليل في الدعوى محله ألا يكون فيها دليل غيره أما إذا وجد دليل آخر كالبينة أو أريد اتخاذ الإقرار كمقدمة دليل كتابي فإنه يكون من الجائز تجزئته والأخذ ببعضه دون بعضه الآخر واعتبار ما اجتزئ منه مبدأً ثبوت بالكتابة)، وقضت هذه المحكمة بأنه (لا يمنع المقر له ... من التمسك بما هو في صالحه من الإقرار على أن يتحمل عبء نفي الواقعة المرتبطة إذا كان الإقرار غير قابل للتجزئة). (المرجع السابق، ص ١٣٧)

الشرط الرابع: أمن شروط تطبيق مبدأ عدم تجزئة الإقرار أن تتوفر في العنصر

المضاف شروط الحجية

يجب أن يكون ما أضافه المقرر إلى واقعة الإقرار الأصلية عند الإدلاء بإقراره أن تتوفر في هذه الإضافة الشروط العامة والخاصة لحجية الإقرار القضائي - كما تقدم - فيجب - مثلاً - أن تكون الواقعة الأخرى المضافة إلى الواقعة الأصلية غير مكذبة بظاهر الحال، فلو ثبت لدى القاضي ما يفيد تكديباً لإحدى الوقائع المرتبطة فيجب على القاضي أن يهملها، ويبقى الإقرار حجة في الواقعة الأصلية، فلو أقر المدعى عليه بواقعة تسلمه مبلغ

المال المدعى به ولكنه أضاف أنه اشترى به عقاراً للمدعي، ثم تبين أن العقار المذكور لم يكن باسم المقر له وإنما باسم شخص آخر، ففي هذه الحالة يكون الإقرار حجة في واقعة التسلم وأما ما أضافه فلا حجية له، وكذلك الحال لو تناقضت أقوال المقر في الواقعة المضافة مما يلزم منه عدم تصديقها فعندئذ يستبعدا القاضي ويعتني بالإقرار المنصب على الواقعة الأصلية فقط لاقتصار الحجية عليه ويلزم المقر بما أقر به، ففي هذه الحالات لا يطبق مبدأ عدم التجزئة وذلك لتخلف أحد شروط حجية الإقرار القضائي في الواقعة المضافة. ولهذا ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن (الأصل في الإقرار المركب أنه لا تجوز تجزئته إلا أنه يجب أن تكون الواقعة الأخرى المرتبطة مع الواقعة الأصلية المعترف بها ثابتة لا يدل ظاهر الحال على عدم صحتها). (المرجع السابق، ص ١٣٨).

المبحث الرابع الحالات الاستثنائية التي يتجزأ فيها الإقرار

أشارت بعض القوانين كالقانون اليمني وكذا ذكر شراح القانون ثلاث حالات يتجزأ فيها الإقرار القضائي استثناءً من مبدأ عدم تجزئة الإقرار، وهذه الحالات هي:

الحالة الأولى: إذا لم تكن الوقائع الواردة في الإقرار متلازمة

أشار قانون الإثبات اليمني إلى هذه الحالة فقد نصت المادة (٩٥) من هذا القانون على أنه (لا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى)، فإذا لم يكن هناك تلازم بين الواقعتين بحيث يمكن تصور الواقعة المضافة دون الواقعة الأصلية، والمثل المألوف لهذه الحالة هو أن المدعى عليه يقر بالدين المدعى به ويطلب المقاصة لأن المدعي أيضاً مدين له بدين آخر، فيلاحظ هنا أن واقعة الدين الأخرى مستقلة عن واقعة الدين الأصلية فيمكن أن تقوم ولو بدونها، فوجود أحد الدينين لا يستلزم وجود الدين الآخر، ومن ثم فالفصل بينهما ممكن، ففي هذه الحالة يجزئ الإقرار على المدعى عليه، فيعد الإقرار قائماً فقط في الواقعة الأصلية التي هي ضد مصلحة المقر، أما دعواه الأخرى فلا يؤخذ بها ولا ينتقل عبء إثباتها على المدعي، فعلى المقر أن يثبت أن له ديناً في ذمة المدعي كان سبباً في وقوع المقاصة، فإن عجز عن ذلك يبقى الإقرار قائماً في إثبات الدين المدعى به. ويقول

الأستاذ حسين المؤمن في هذه الصورة «إن الأخذ بجميع أجزاء الإقرار إخلال بالقواعد القانونية إذ بعد أن ثبتت مشغولية ذمة المدعى عليه بالدين فيجب عليه أن يقيم هو الدليل على مشغولية ذمة خصمه بالدين الآخر الذي يدعيه، إذ لو قبلنا بخلاف ذلك فنكون قد حكمنا على المدعي بدون دليل بل قد يجرننا ذلك إلى الحكم للمدعى عليه لا للمدعي، كما لو ادعى المدعى عليه بدين يزيد على دين المدعي، وعلى ذلك فلو أخذنا هنا أيضاً بعدم تجزئة الإقرار لترتب على مجرد أقوال المدعى عليه الحكم له بالتفاوت الحاصل بين الدينين، وهذا ما لا يأتلف مع أصول القانون ولا يستقيم مع العدالة»، ونظير ما تقدم لو أقر المدعى عليه بالعمل غير المشروع الذي صدر عنه ولكنه يقول إنما صدر ذلك عنه دفاعاً عن نفسه، فعندئذ للمدعي أن يتمسك بثبوت المدعى به على أساس هذا الإقرار، وعلى المدعى عليه أن يثبت أنه كان في حالة الدفاع الشرعي ليعفيه من المسؤولية المدنية. وهذه الحالة عدّها القانون اليمني والعراقي والمصري والسوري واللبناني والكويتي والجزائري استثناءً من مبدأ عدم تجزئة الإقرار على ما يدل عليه سياق النص الذي قرر أن الأصل هو مبدأ عدم التجزئة، ويتفق القانون البحريني مع القوانين المشار إليها إلا أنه في صياغته للنص لم يستعمل أسلوب الاستثناء. ويلاحظ الدكتور سليمان مرقس على النص في صدد الاستثناء الوارد فيه أن «هذا النص قد جاوز قصد المشرع إذ أن اكتفاءه في إجازة تجزئة الإقرار المركب بأن تكون إحدى الوقائع المتعددة لا تستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى يسمح بالقول بجواز التجزئة سواء في الحالة التي تكون فيها الواقعة الأصلية لا تستلزم حتماً الواقعة المضافة ومثلها الإقرار بالدين وبالوفاء أو في الحالة التي تكون فيها الواقعة المضافة لا تستلزم حتماً وجود الواقعة الأصلية ومثلها الإقرار بالدين وبالمقاصة، حيث أن المقاصة تقتضي نشوء دين آخر لصالح المقر في ذمة المقر له، وهذه الواقعة لا تستلزم حتماً وجود الواقعة الأصلية مصدر الدين المدعى به أصلاً في حين أن الثابت أن المشرع لم يقصد بعدوله عن نص المشروع الأولي إلى نص المشروع التمهيدي الذي استقر في القانون سوى العدول من رأي القلة من الشراح إلى رأي الكثرة وهو أن تكون الواقعة المضافة لا تستلزم حتماً وجود الواقعة الأصلية أي قصر الاستثناء الخاص بتجزئة الإقرار على الحالة التي تكون فيها الواقعة المضافة لا تستلزم حتماً وجود الواقعة الأصلية» (أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، المجلد الأول، الأدلة المطلقة، د. سليمان مرقس ط ٥، القاهرة، ١٩٩١م، ص ٦٦٦).

والذهن قد ينصرف إلى أن مراد القانون البحريني من هذا الاستثناء حالة تعدد الوقائع الذي يقابله تعدد الإقرارات كما سيأتي في الحالة الثانية، في حين أن المشرع لم يقصد هذه الحالة وإنما قصد حالة إذا لم يكن هناك تلازم بين الواقعة المضافة والواقعة

الأصلية فعندئذ لا يطبق مبدأ عدم التجزئة لذا نرى الأولى أن تكون صياغة النص على النحو التالي: (لا يُجزأ الإقرار على المقر إذا كانت الواقعة المضافة تستلزم الواقعة الأصلية) لأن المشرع يريد أن يؤكد أن مبدأ عدم التجزئة لا يطبق في جميع صور الإقرار الموصوف والمركب وإنما فقط في وجود حالة الملازمة. ونجد هذه الحالة في تطبيقات القضاء فقد ذهبت محكمة التمييز العراقية إلى (أن إقرار الخصم بالبيع وادعاءه الإقالة هو إقرار يقبل التجزئة لكونه انصب على واقعتين كان وجود أحدهما لا يستلزم حتماً وجود الأخرى)، وذهبت المحكمة ذاتها في قرار آخر لها إلى أن (الإقرار قد انصب على وقائع متعددة هي الإقرار بعقد الإيجار وبالأشغال وبتسديد الأجرة وأن وجود واقعة منها وهي الأشغال لا تستلزم حتماً وجود الواقعة الأخرى وهي تسديد البدل ولذلك فإن مثل هذا الإقرار يتجزأ). ويلاحظ على هذه القرارات أنها تطبق تجزئة الإقرار في جميع صور عدم التلازم بين الوقائع ولكن الذي ينبغي هو أن التجزئة ترد على الإقرار الذي فيه الواقعة المضافة لا تستلزم الواقعة الأصلية. وذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن (الإقرار القضائي المركب لا يقبل التجزئة إلا إذا انصبَّ على وقائع لا ارتباط بينها).

وأما في الفقه الإسلامي؛ فهناك اتجاه مخالفٌ للاتجاه المتقدم ذكره، يرى أن الإقرار القضائي يُجزأ مطلقاً، فالمقر يؤخذ بإقراره وأما التعقيب الذي لحق إقراره فهذه دعوى منه تحتاج إلى بيّنة، فيلزم المقر بالجزء الذي يطابق الدعوى ويعتبر مدعياً بالجزء الذي عقب به إقراره فعليه يقع عبء إثباته، أي أن المقر من جهة أنهى النزاع لما يدعيه المدعي ولكنه من جهة أخرى أحدث نزاعاً جديداً عندما عقب كلامه بما ينافي الإقرار منه، وهذا النزاع الجديد يخضع لقواعد المرافعة والإثبات، وذلك باعتبار تعقيب الإقرار بما ينافية يعدُّ بمثابة رجوع عن الإقرار وهو غير جائز بحسب ما تقتضيه القاعدة في الإقرار، وعليه يلغى هذا المنافي ويبقى ما قاله أول كلامه تاماً له الحجية الشرعية لأن هذه الحجية انعقدت لهذا الإقرار قبل إتيان المقر بالمنافي. (حجية الإقرار القضائي في الإثبات المدني، د. طارق عبد الرزاق الحمامي، ص ١٤٠ - ١٤٦).

الحالة الثانية: تضمن المدعى به عدة وقائع على نحو الاستقلال

ويذكر الفقهاء حالة ثانية يتجزأ الإقرار فيها أيضاً، ذلك أنه قد يحصل في أثناء استجواب معين للمدعى عليه حول موضوع الدعوى يتضمن دعاوى متعددة، فيقر المدعى عليه ببعضها وينكر بعضها الآخر أو يقر بجميعها. ففي هذه الحالة فيمكن للمقر له أن يتمسك بجميع ما أقر به المقر أو يتمسك ببعض ما أقر به من وقائع دون بعضها

الأخر ومثال ذلك كما لو ادعى شخصٌ على آخر بمبلغ دين وبمبلغ عن بدل إيجار وبمبلغ عن بدل بيع سيارة فيقر المدعى عليه بالواقعتين الأولى والثانية دون الثالثة أو يقر بجميع هذه الوقائع الثلاث التي تضمنها ادعاء المدعي. وعليه فالإقرار يقبل التجزئة عندئذ على اعتبار كل واقعة مستقلة عن الأخرى ولا يلزم المقر له بالأخذ بجميع الوقائع الثلاث، ومن نظير هذه الحالة كما لو قدم الوكيلُ كشفاً عن وكالته فإن كل بند من بنود هذا الحساب يعدُّ إقراراً قائماً بذاته فيجوز لذي الشأن أن يُسلمَ ببعض البنود ويُناقش بعضها الآخر دون أن يكون للوكيل التمسك بعدم تجزئة الحساب (العلامة الدكتور. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ٢، ط ٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠م، هامش (٢) ص ٥٠٩، والأستاذ الدكتور. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة في الإثبات، ١٩٩٩م، ص ٢٣).

الحالة الثالثة: إذا ثبت كذب أو استحالة الواقعة المضافة

يعدُّ الفقهاء هذه الحالة من الحالات التي يتجزأ فيها الإقرار، فإذا ثبت كذب الواقعة المضافة فالمقر له أن يتمسك بالإقرار فيما يخص الواقعة الأصلية فقط، وكذا الحال إذا كانت مستحيلة.

تعليق لطيف للدكتور طارق الحمامي عن الحالات المستثناة من تطبيق مبدأ عدم تجزئة الإقرار:

قال الدكتور طارق الحمامي: الواقع أن الحالات الثلاث المتقدمة التي ذكرها غالبية الفقهاء وتصدوا لها عند بحثهم عن إمكانية تجزئة الإقرار القضائي. والواقع أننا إذا أمعنا النظر فيها لم نجد استثناءات من مبدأ عدم التجزئة وإنما يبدو أن الإقرار القضائي يتجزأ فيها، بسبب تخلف شرط من شروط تطبيق المبدأ المتقدمة، ففي الحالة الأولى إذ أمكنت التجزئة لأن الواقعة المضافة لا تستلزم الواقعة الأصلية، وهذا يعني تخلف شرط التلازم لتطبيق مبدأ عدم التجزئة على الرأي الراجح ذلك لأن حجية الواقعة المضافة لم تكن لمجرد اقترانها بالواقعة الأصلية وإنما حجيتها التي جعلتها متساوية مع بقية أجزاء الإقرار هو صلتها وتلازمها مع الواقعة الأصلية وعليه إذا انتفى هذا التلازم انتفت حجية الواقعة المضافة، وأما الحالة الثانية؛ فنجد أن هناك وقائع قانونية مختلفة صدرت بشأنها إقرارات متعددة، ولكن صدورها في استجواب معين واحد قد يُوهم وكأنها إقرار واحد تضمن عدة وقائع، فقبول التجزئة في هذه الحالة إنما جازت؛ لأن هناك وقائع منفصل بعضها عن الآخر ومتباينة في موضوعها وحدثها، وبالتالي تعدد الوقائع

استوجب بالمقابل تعدد الإقرارات، فنحن أمام حالة فرز وفصل كل إقرار على حدة وليس في حالة تجزئة وقائع إقرار واحد، وهذه الإقرارات بعد فصلها يعتبر كل منها إقراراً مستقلاً لا يقبل التجزئة من حيث المبدأ.

أما في الحالة الثالثة؛ نرى - واقعاً - أن الذي حصل هو تخلف شرط من شروط صحة وحجية الإقرار القضائي في الواقعة المضافة، ففي هذه الحالة يبقى الإقرار قائماً فقط في الواقعة الأصلية بما لها من حجية قاطعة ولا يعد ذلك تجزئة للإقرار، بل لعدم كون بعض ما اشتمل عليه الإقرار القضائي حجة.

ويضيف بعض الفقهاء والشرح حالات أخرى إلى الحالات الثلاثة المتقدمة يكون الإقرار فيها يقبل التجزئة، منها: حالة إذا لم يكن الإقرار هو الدليل الوحيد في الدعوى، وحالة إذا اتخذ المدعي إقرار الخصم مبدأً ثبوت بالكتابة... ونحن نعتقد أن هذه الحالات فضلاً عما يرد عليها ما أوردناه على الحالات الثلاث المتقدمة ليس فيها تمسك بالإقرار أصلاً حتى يُقال إنه يقبل التجزئة أو لا يقبلها، إذ مع وجود دليل غير الإقرار في الدعوى يكون هذا الدليل هو مستند المدعي لإثبات دعواه لا الإقرار الصادر من خصمه. أما في حالة إذا أُحْتَجَّ بالإقرار كمبدأً ثبوت بالكتابة يكون ذلك الاستناد إليه بهذا الاعتبار أيضاً لا باعتباره إقراراً قضائياً حسبما هو مبين في شروط تطبيق مبدأ عدم تجزئة الإقرار السابق ذكرها.

ونخلص من ذلك إلى القول: أن مبدأ عدم تجزئة الإقرار القضائي مبدأ مطلق لم يرد عليه استثناء طالما توفرت شروط تطبيقه كافة. هذا ومع كل ما تقدم نحن نرجح تجزئة الإقرار القضائي مطلقاً لأن الإقرار القضائي إذا تضمن وقائع هي في صالح المقر، عندئذ نكون ناقضين ما تتوقف عليه حقيقة الإقرار القضائي. (حجية الإقرار القضائي في الإثبات المدني، د. طارق عبد الرزاق الحماوي، ص ١٤٠-١٤٦).



البحر والدرر
البحر والدرر
البحر والدرر

موقف المشرع اليمني من التشريعات المتعلقة بمجال الصحة

الأستاذ. الدكتور / عبد الرحمن عبد الله شمسان
أستاذ ورئيس قسم القانون التجاري - جامعة صنعاء

مجلة
البحر والدرر
البحر والدرر
البحر والدرر

المخلص:

أصدر المشرع اليمني القانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٢م. بشأن مزاولة المهن الطبية والصيدلانية. وكان قد أصدر القانون رقم (٦٠) لسنة ١٩٩٩م بشأن المنشآت الطبية الصحية الخاصة، ثم أصدر القانون رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٠م بشأن المجلس الطبي.

• وقد قُسم قانون مزاولة المهن الطبية والصيدلانية: إلى سبعة فصول:

- ١- التسمية والتعريف.
- ٢- أهداف هذا القانون.
- ٣- التراخيص وشروط مزاولة المهنة.
- ٤- أحكام (الحقوق والواجبات) والمحظورات على المشمولين بأحكام هذا القانون.
- ٥- شروط وضوابط إجراء العمليات الجراحية.....
- ٦- أحكام العقوبات المقررة على مخالفة أحكام هذا القانون.
- ٧- أحكام عامة.

• أما قانون إنشاء المجلس الطبي: فقد قُسم إلى ستة فصول:

- ١- التسمية والتعريف والأهداف.
- ٢- تشكيل واختصاصات المجلس الطبي.
- ٣- أحكام اجتماعات المجلس الطبي.
- ٤- النظام المالي للمجلس الطبي.
- ٥- المساءلة والعقوبات.
- ٦- أحكام ختامية.

• أما قانون المنشآت الطبية والصحية الخاصة: فقد قُسم إلى سبعة فصول:

- ١- التسمية والتعريف.
- ٢- أهداف قانون المنشآت الطبية الخاصة.
- ٣- إنشاء وتشكيل اللجنة المعنية بالمنشآت الطبية الخاصة.
- ٤- شروط تأسيس او تشغيل المنشآت الطبية الخاصة.
- ٥- الشروط الفنية للمنشآت الطبية الخاصة.

٦- أحكام التفتيش والعقوبات.

٧- أحكام عامة.

- هذه هي الأحكام التي تناولها المشرع اليمني في القوانين المتعلقة بمجال الصحة.
- الكلمات المفتاحية: قانون-مزاولة المهن الطبية والصيدلانية-المجلس الطبي-المنشآت الطبية الخاصة.

Yemeni Legislator's View on Legislations Related to Health Field

Abstract

Yemeni legislator issued Law No. (26) of the year 2002 concerning the practice of medical and pharmaceutical professions, and previously had issued Law No. (60) of the year 1999 concerning private medical and health institutions, and then issued Law No. (28) of the year 2000 concerning the Medical Council.

- The law concerning the practice of medical and pharmaceutical professions was divided into seven Chapters: 1) Title and Definitions, 2) Objectives of this Law, 3) Licenses and Conditions for Practicing the Profession, 4) Provisions of Rights and Obligations as well as Prohibitions Applicable to Healthcare Professionals, 5) Conditions and Controls for Performing Surgical Operations, 6) Provisions of the Penalties Prescribed for Violating this Law's Provisions, and 7) General Provisions.
- The law of establishing the Medical Council was divided into six Chapters: 1) Title, Definitions and Objectives, 2) Formation and Competencies of the Medical Council, 3) Provisions of the Medical Council Meetings, 4) The Financial System of the Medical Council, 5) Accountability and Penalties, and 6) Final Provisions.

- The law of private medical and health institutions was divided into seven Chapters: 1) Title and Definitions, 2) Objectives of the Law of Private Medical Institutions, 3) Establishment and Formation of the Committee Concerned with Private Medical Institutions, 4) Conditions for Establishing or Operating Private Medical Institutions, 5) Technical Conditions for Private Medical Institutions, 6) Provisions of Inspection and Penalties, and 7) General Provisions.

These are the provisions that the Yemeni legislator dealt with in the laws related to the health sector.

Keywords: Law, the practice of medical and pharmaceutical professions, Medical Council, Private medical institutions.

تمهيد:

أصدر المشرع اليمني - بعد الوحدة^(١) اليمنية - أولاً القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٢م بشأن مزاوله المهن الصحية^(٢). والذي عدل^(٣) (وألغي)^(٤) وحل محله القانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٢م بشأن مزاوله المهن الطبية والصيدلانية. إلا أن المشرع وقبل إصدار هذا القانون الأخير كان قد أصدر القانون رقم (٦٠) لسنة ١٩٩٩م بشأن المنشآت الطبية الصحية الخاصة، ثم أصدر القانون رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٠م بشأن المجلس الطبي.

وعلى ذلك تتناول التشريعات المتعلقة بمجال الصحة في ثلاثة مباحث. في المبحث الأول: في قانون مزاوله المهن الطبية والصيدلانية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٢م. وفي المبحث الثاني: قانون المجلس الطبي اليمني رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٠م. وفي المبحث الثالث: قانون المنشآت الطبية والصحية الخاصة رقم (٦٠) لسنة ١٩٩٩م.

(١) كان المشرع اليمني قد أصدر - قبل الوحدة اليمنية المباركة - عدة قرارات وقوانين: ألغيت بموجب المادة (٤٧) من القرار الجمهوري رقم (٣٢) لسنة ١٩٩٢م. فنصت المادة (٤٧) من هذا القرار على أنه: «... يلغى قرار مجلس القيادة بالقانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٧٥م «بشأن مزاوله مهنة الطب البشري»... وقرار مجلس القيادة بالقانون رقم (٢٦) لسنة ١٩٧٥م «بشأن مزاوله مهنة الطب وجراحة الأسنان»... وقرار مجلس القيادة بالقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٧٥م. «بشأن مزاوله الصيدلة»... وكانت قد صدرت القرارات الثلاثة في صنعاء بتاريخ ١٣ شعبان ١٣٩٥هـ الموافق ٢٠ أغسطس ١٩٧٥م. بصنعاء... كما ألغى القانون رقم (١٠) لعام ١٩٩٠م «بشأن مزاوله المهن الطبية والصيدلانية» الصادر (بعدن) بتاريخ ٢٢ شوال ١٤١٠هـ الموافق ١٧ مايو ١٩٩٠م يعدن».

(٢) والحقيقة أن القرار الجمهوري بالقانون رقم (٣٢) لسنة ١٩٩٢م وإن كان قد اشتمل وتضمن في الفصل الخامس منه على أحكام «شروط فتح وتشغيل المنشآت الصحية الخاصة» في المواد من ١١-٢١) كما تضمن واشتغل في الفصل السابع منه على أحكام «المجلس الطبي اليمني» في المواد (من ٣١-٤٠) كما أن القرار الجمهوري بالقانون رقم (٣٢) لسنة ١٩٩٢م - وبعد الموافقة عليه من مجلس النواب بقراره رقم ١٧-٨) لسنة ١٩٩٦م - أصبح له قوة القانون فإن المشرع اليمني (مجلس النواب) كان قد أصدر القانون رقم (٦٠) لسنة ١٩٩٩م بشأن المنشآت الطبية والصحية الخاصة كما أصدر القانون رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٠م بشأن المجلس الطبي.

(٣) عدل أولاً بإصدار قانون المنشآت الطبية والصحية الخاصة رقم (٦٠) لسنة ١٩٩٩م وإصدار قانون المجلس الطبي رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٠م.

(٤) ثم ألغى هذا القرار الجمهوري بالقانون رقم (٣٢) لسنة ١٩٩٢م والذي أصبحت له قوة القانون كاملاً بإصدار قانون مزاوله المهن الطبية والصيدلانية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٢م.

المبحث الأول

قانون مزاولة المهن الطبية والصيدلانية - رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٢م

- تناول المشرع اليمني تنظيم أحكام وقواعد مزاولة المهن الطبية والصيدلانية بالقانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٢م. بعد إلغائه القانون السابق^(١) قانون المهن الصحية. وقد قُسم هذا القانون الجديد إلى سبعة فصول: الفصل الأول^(٢): في التسمية والتعاريف (في المواد ١-٢). (كما صدر القرار الجمهوري رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٣م بشأن إعادة تنظيم المجلس اليمني للاختصاصات الطبية).
- حيث نصّت المادة (١) من هذا القانون على أنه: «يُسمّى هذا القانون قانون مزاولة المهن الطبية والصيدلانية».
- كما نصّت المادة (٢) من ذات القانون على أنه: «لأغراض تطبيق هذا القانون يكون للألفاظ والعبارات الواردة أدناه المعاني المبينة أمام كل منها ما لم يقتضى سياق النص معنى آخر. (نتناول أهمها):
- المجلس: المجلس الطبي.
- النقابة: نقابة الأطباء وأطباء الأسنان والصيدلة.
- الطبيب: الشخص الحاصل على شهادة إنهاء الدراسة الجامعية في الطب البشري أو طب الأسنان.
- الصيدلاني: الشخص الحاصل على إنهاء الدراسة الجامعية في علوم الصيدلة.
- الإخصائي: الشخص الحاصل على شهادة اختصاص (دبلوم- ماجستير) أو ما يعادلها بعد البكالوريوس.

(١) نصّت المادة (٤٢) من القانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٢م على أنه: «تُلغى الأحكام المتعلقة بمزاولة المهن الصحية (والصيدلانية) المنصوص عليها في القرار الجمهوري بالقانون رقم (٣٢) لسنة ١٩٩٢م بشأن مزاولة المهن الصحية. «وأي حكم يتعارض مع هذا القانون». وانظر (٤٧م) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (٣٢) لسنة ١٩٩٢م.

(٢) أما الفصل الثاني: فقد تناول: أهداف القانون (٣م). والفصل الثالث: في الترخيص وشروط مزاولة المهنة (في المواد من ٤-١١). والفصل الرابع: في الحقوق والواجبات (في المواد من ١٢-٢٣). وتناول في الفصل الخامس: شروط وضوابط إجراء العمليات الجراحية ونقل وزرع الأعضاء والأنسجة وأخذ العينات والفحوصات (في المواد من ٢٤-٣٢). والفصل السادس: في العقوبات (في المواد من ٣٣-٣٧). وفي الفصل السابع: والأخير: أحكام عامة (في المواد ٣٨-٤٣).

- الاستشاري: الشخص الحاصل على درجة الدكتوراه أو ما يعادلها.
- المهنة: مهنة الطب البشري وطب الأسنان والصيدلة.
- الترخيص: هو الوثيقة الصادرة طبقاً لأحكام هذا القانون والتي بموجبها تمارس المهنة.
- اللائحة: اللائحة التنفيذية لهذا القانون.
- وتناول قانون مزاولة المهن الطبية والصيدلانية في الفصل الثاني: أهداف هذا القانون (في المادة الثالثة منه):
- حيث نصّت المادة (٣) من هذا القانون على أنه: «يهدف هذا القانون إلى: أ- وضع الأسس القانونية لممارسة المهن الطبية والصيدلانية بما يؤمن الارتقاء بها ويحقق أفضل الخدمات الطبية والصيدلانية للمواطنين. ب- وضع الأسس والمعايير اللازمة للحد من الممارسات المضرة والمخلة بأداب وأخلاقيات المهنة. ج- العمل على رفع مستويات مزاولي المهنة علمياً ومعنوياً ومادياً».
- كما تناول قانون مزاولة المهن الطبية والصيدلانية في الفصل الثالث: التراخيص وشروط مزاولة المهنة. (في المواد من ٤-١١ منه).
- ضرورة الحصول على ترخيص من المجلس الطبي لمزاولة المهن الطبية والصيدلانية:
- فنصّت المادة (٤) من هذا القانون على أنه: «يحظر (يمنع) مزاولة المهنة إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من المجلس (الطبي). ويسرى هذا الحكم أيضاً على الأطباء المستقدمين والزائرين قبل مباشرتهم العمل في المنشآت (الطبية) الحكومية والخاصة».
- شروط الحصول على ترخيص مزاولة المهن الطبية والصيدلانية:
- فنصّت المادة (٥) من ذات القانون على أنه: «يشترط للحصول على ترخيص مزاولة المهنة ما يلي:-
- ١- أن يكون حاصلاً على شهادة بكالوريوس في الطب البشري أو طب الأسنان أو الصيدلة من إحدى الجامعات اليمنية المعتمدة أو ما يعادلها من إحدى كليات الطب البشري أو الأسنان أو الصيدلة الخارجية والمعترف بها على أن تكون مجازة من قبل المجلس (الطبي).
- ٢- أن يكون قد قضى فترة التدريب الإجباري (الامتياز).

- ٣- أن يكون قد أدى القسم الطبي .
- ٤- أن يكون قد أدى خدمة الريف الإلزامية المحددة في القانون.
- ٥- أن يكون اسمه مقيّداً في سجلات المجلس (الطبي).
- ٦- أن يكون مسجلاً بسجلات النقابة .
- ٧- أن لا يكون قد صدر ضده حكم قضائي بات في قضية مخلة بالشرف أو الأمانة مالم يُرد إليه اعتباره» .
- وألّزمت المادة (٦) من ذات القانون: «على مزاولي المهنة:
 - أ- تقديم طلب كتابي للحصول على الترخيص وملء النماذج المخصصة لذلك .
 - ب- تقديم كافة الوثائق المطلوبة وسداد الرسوم المقررة قانوناً .
 - ج- حضور أي اختبار أو مقابلة لغرض منح الترخيص» .
 - منع المجلس (الطبي) ترخيص (مؤقت - ورسمي) لمزاولة المهن الطبية والصيدلانية:
 - نصّت المادة (٧) من ذات القانون على أنه: «يمنح المجلس الطبي ترخيصاً مؤقتاً للملزمين بأداء الخدمة الريفيه المحددة وفقاً لهذا القانون، ولا يحق له منح أي ترخيص رسمي لمزاولة المهنة.. إلا بعد حصولهم على شهادة إنهاء الخدمة الريفيه معمّدة من الجهة - المختصة بالوزارة» .
 - وألّزمت المادة (٨) من ذات القانون: «على كل من مُنح ترخيص بمزاولة المهنة، موافاة المجلس (الطبي) بكتاب يُسجّل فيه عنوان المنشأة الطبية التي يعمل بها خلال شهر من مباشرته للعمل. وموافاة المجلس (الطبي) كذلك عند تغيير مقر عمله السابق خلال شهرين من تاريخ تركه للعمل» .
 - كما نصّت المادة (٩) من ذات القانون على أنه: «لا يجوز لأي طبيب ممارسة العمل كإحضائي إلا بعد الحصول على شهادة اختصاص (دبلوم - ماجستير) أو ما يعادلها بعد البكالوريوس مجازة من المجلس (الطبي) .
 - ونصّت المادة (١٠) من ذات القانون على أنه: «يلغى ترخيص مزاولة المهنة في الحالات التالية:
- ١- عدم تجديد الترخيص .

٢- وفاة صاحب الترخيص .

٣- إلغاء الترخيص مؤقتاً أو نهائياً بقرار مسبب من المجلس (الطبي)».

- أخيراً نصّت المادة (١١) من ذات القانون على أنه: «على كل طبيب أن يحتفظ في عيادته بسجل يقيّد فيه البيانات الخاصة بالمرضى المترددين على عيادته وتشمل البيانات الاسم، والعمر، والعنوان، وتاريخ الزيارة، وتشخيص الحالة والعلاج وأية بيانات أخرى ذات صلة».
- كما تناول قانون مزاوله المهن الطبية والصيدلانية في الفصل الرابع: منه أحكام (الحقوق والواجبات) والمحظورات على المشمولين بأحكام هذا القانون الحاصلين على تراخيص مزاوله المهنة (في المواد من ١٢-٣٢) منه^(١) تناول أهمها.
- نصّت المادة (١٧) من ذات القانون على: أداء خدمة ريفية الزامية لمدة لا تزيد عن سنتين ولا تقل عن سنة، والاستثناءات الواردة عليها.
- كما نصّت المادة (١٨) من ذات القانون على أنه: «لا يجوز بأي حال من الأحوال إنها حياة أي مريض ولو كان ميئوساً من شفائه حتى لو طلب ذلك».
- ونصّت المادة (١٩) من ذات القانون على أنه: «على مزاولي المهنة التقيد بأداب وسلوك المهنة».

(١) فنصّت المادة (١٢) على أنه: «يتمتع المشمولون بهذا القانون والحاصلون على ترخيص مزاوله المهنة بكامل الحقوق التي تكفلها التشريعات النافذة لهم وعلى وجه الخصوص ممارسة الحقوق التالية: أ- مزاول المهنة كل في مجال اختصاصه ووفقاً للترخيص الممنوح له المجلس. ب- التنافس الشريف في فرص التدريب والتأهيل وفق القواعد المبينة في اللائحة. ج- القيام بإجراء الأبحاث العلمية وفقاً للقواعد من المجلس. د- الحصول على البدلات والتعويض المادي عن الاخطار التي يتعرضون لها نتيجة خدماتهم ومن الجهة التي يعملون بها. هـ- المشاركة في ابداء الرأي والنصح لتطوير الخدمات الطبية والصيدلانية والصحية في مجال تخصصهم وبما لا يسيء إلى الخدمات الصحية والعاملين بها».

ونصّت المادة (١٣) من ذات القانون على أنه: «يمنح العاملون في القطاع الصحي إضافة إلى العلاوات السنوية والبدلات العامة المشمولة بقانون الخدمة المدنية بدل ريف بنسبة (٥٠-٣٠٪) من بداية وبط الفئة للعاملين في المناطق الريفية وتنظم اللائحة ذلك».

كما نصّت المادة (١٤) من ذات القانون على أنه: «يمنح الملزمون بأداء الخدمة الريفية من مزاولي المهنة غير الموظفين مكافأة تقدر ب(٥٠-١٥٠٪) من بداية ربط الفئة لأمثاله كل حسب مؤهلة، وتنظم اللائحة ذلك».

أما المادة (١٥) من ذات القانون تنص على أنه: «في حالة تعرض أي من مزاولي المهنة أو أحد أقاربه من الدرجة الأولى لمرض تعذر علاجه في الداخل، تتحمل الدولة تكاليف علاجه وفقاً لللائحة العلاج الطبي في الخارج».

أما المادة (١٦) فنصّت على أنه: «كل المشمولين في هذا القانون ملزمون في حالة الطوارئ والكوارث لتلبية الاستدعاء أو النداء دون إبطاء حتى وإن كانوا خارج النوبة أو في إجازتهم».

أما المواد (٢٠-٢١) من ذات القانون فقد حظرتنا (منعتنا) على الطبيب ومزاولي المهنة القيام^(١) بالأعمال المنصوص عليها المذكورة فيهما.

• أما المادة (٢٢) من ذات القانون فقد نصّت على أنه: «يجب الحصول على موافقة

(١) حيث نصّت المادة (٢٠) من قانون مزاوله المهن الطبية والصيدلانية على أنه: «يحظر (يمنع) الطبيب من الآتي:

أ- منح تقرير جنائي إلا بعد إجراء الكشف الطبي والمعاينة الدقيقة للحالة الجنائية.
ب- منح شهادة وفاة إلا بعد التأكيد من سبب الوفاء الفعلي طبقاً لتعريف الوفاء المقر من المجلس (الطبي)». • كما نصّت المادة (٢١) من ذات القانون على أنه: «يحظر (يمنع) على مزاولي المهنة كل في مجال اختصاصه ما يلي:

أ- رفض معالجة أي مريض ما لم تكن حالته خارج اختصاصهم إلا إذا توافرت لديهم أسباب فنية أو اعتبارات مهنية باستثناء الحالات الطارئة فيجب على الطبيب بذل العناية اللازمة أيأ 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. (لم تصدر اللائحة التنفيذية).

ب- مزاوله أي عمل لنفسه أو مع الغير بأجر أو بدون أجر أثناء الدوام الرسمي.

ج- استعمال الأساليب التالية في التشخيص أو العلاج:

١- تلك التي فقدت قيمتها وفعاليتها مع تطور العلوم الطبية والصيدلانية وتم الإعلان عن إلغائها.

٢- (وتلك) التي تتعارض مع القوانين السارية.

٣- إذا كانت قدرة أحدهم أو خبرته لا توهله القيام بذلك.

د- استخدام غير المرخص لهم من ذوي المهنة أو المهن الفنية والصحية المقابلة.

هـ- إجهاض النساء الحوامل إلا إذا اقتضت الضرورة ذلك لإنقاذ الأم الحامل بعد أخذ موافقة كتابية من الحامل والزوج أو ولي أمرها شريطة أن تجرى العملية في المنشأة الصحية التي تتوفر فيها الإمكانيات الضرورية لذلك على أن يكون تقرير إجراء عملية الإجهاض من قبل لجنة مكونه من طبيبين على الأقل من ذوي تخصصات مختلفة متعلقة بحالة المريضة وفقاً للقواعد المقررة من قبل المجلس وبما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

و- القيام بالدعاية أو الإعلان عن تخصصاتهم ومهارتهم الفنية بصورة تتنافى مع آداب وسلوك المهنة.

ز- على الصيدلاني عدم تغيير كميات أو جرعات الأدوية الواردة في الوصفة الطبية أو استبدالها بأدوية أخرى إلا بعد الموافقة من الطبيب المعالج.

ح- وصف أو صرف أدوية تحتوي على مخدرات إلا بمقتضى لائحة تنظم ذلك.

ط- نشر إعلانات عن أدوية أو مستحضرات خاصة تمس الآداب العامة أو تضلل الجمهور.

ي- تقديم المساعدة لأي شخص يمارس الطب أو الصيدلة بصورة غير مشروعة.

ك- بيع أدوية بصورة شخصية أو عينات أو مستحضرات صيدلانية مجانية أو حكومية للمرض.

ل- صرف أدوية بدون وصفة طبية رسمية من قبل طبيب مرخص له من المجلس (الطبي) ولا تكرر صرف تلك الأدوية إلا بوصفة جديدة.

م- منح وثيقة طبية تسهل للمريض الحصول على أي مردود مادي أو معنوي بصورة غير قانونية.

ن- إيواء المرضى في أماكن غير معدة صحياً إلا في الحالات الإسعافية الضرورية.

س- الكيد لزملائهم أو الانتقاص من مكانتهم العملية أو الأدبية أو ترديد الإشاعات التي تسيء إليهم.

ع- ادعاء أو اكتشاف علمي زوراً أو نسب أعمال الغير إليهم».

- المريض أو وليّ أمره قبل إجراء أي تدخل طبي إلّا في الحالات الطارئة».
- كما نصّت المادة (٢٣) من ذات القانون على أنه: «على مزاولي المهنة المحافظة على أسرار المهنة وعدم إفشاء أسرار مرضاهم إلّا للمريض أو أحد أقاربه من الدرجة الأولى إذا اقتضت الضرورة. ويُستثنى من ذلك الحالات التالية:
 - أ- عند صدور أمر من النيابة العامة أو المحكمة.
 - ب- إذا كان الإفشاء بقصد الإبلاغ عن جريمة أو منع حدوثها أو بهدف التبليغ عن مرض مُعدٍ متفشٍ إلى الجهة المختصة.
 - ج- عند طلب الجهة الرسمية لمعلومات للمصلحة العامة وفقاً للقوانين والقرارات النافذة.
 - د- في حالة الدفع عن تهمة منسوبة للطبيب المعالج، ويكون ذلك أمام الجهات المعنية».
 - وتناول في الفصل الخامس من قانون مزاولة المهن الطبية والصيدلانية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٢م شروط وضوابط إجراء العمليات الجراحية ونقل وزرع الأعضاء والأنسجة وأخذ العينات والفحوصات: (في المواد ٢٤-٣٢).
 - فنصّت المادة (٢٤) من ذات القانون على أنه: «يتم إجراء العمليات الجراحية للمريض بعد إعطائه المعلومات الضرورية عنها وأخذ موافقته كتابياً. أمّا إذا كان المريض فاقد الوعي أو ناقص الأهلية أو كان مُصاباً بعاهة تمنعه من التعبير عن إرادته، فتؤخذ موافقة وليّ أمره».
 - كما نصّت المادة (٢٥) من ذات القانون على أنه: «يُسَمَح للطبيب بإجراء العمليات الجراحية دون أخذ موافقة المريض أو وليّ أمره إذا كانت العملية بهدف إنقاذ حياة المريض أو إذا استدعت الضرورة إجراء تدخل آخر أثناء إجراء العملية الأساسية».
 - ونصّت المادة (٢٦) من ذات القانون على أنه: «لا يُسَمَح بإجراء الفحوصات التي تعتبر كعمليات، وكذا الفحوصات والأساليب العلاجية الخطيرة إلّا داخل المنشآت الحكومية أو الخاصة المصرح لها بذلك ومن قبل المختصين فقط، وتحدد اللائحة^(١) تفاصيل ذلك».
 - وتناولت المواد (٢٧-٢٨-٢٩-٣٠-٣١) من ذات القانون أحكام السماح لزراعة ونقل

(١) لم تصدر اللائحة التنفيذية لقانون مزاولة المهن الطبية والصيدلانية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٢م!!!

الأعضاء البشرية من جسم إنسان لآخر^(١).

- أما المادة (٣٢) من ذات القانون، فقد تناولت أحكام السماح بنقل الدم من شخص لآخر عند الضرورة: فنصت على أنه: «يُسمَح بنقل الدم من شخص لآخر عند الضرورة ويجب أن يتم طبقاً للأسس العلمية. على أن يكون المتبرع خالياً من الأمراض التي تُنقل عبر الدم. وفي الحالات الطارئة يُلزم بنك الدم بتزويد المريض بما يحتاجه من دم وفقاً لتعليمات الطبيب بدون تأخير».

- (١) فنصت المادة (٢٧) من قانون مزاوله المهن الطبية والصيدلانية على أنه: «يُسمَح للطبيب المختص المصرح له من المركز الطبي لزراعة الأعضاء أو المستشفى المرجعي بنقل وزراعة الأعضاء من جسم إنسان لآخر بهدف العلاج مع الالتزام بما يلي:
- ١- شروط زراعة العضو متوافرة.
 - ٢- حالة المريض تتطلب ضرورة زراعة العضو.
 - ٣- أن يتم اختيار المتبرع من أقاربه من الدرجة الأولى أو الثانية وأن لا يقل عمره عن عشرين عاماً إن أمكن.
 - ٤- أن تسمح الحالة الصحية للشخص المتبرع لذلك دون أن يتأثر صحياً.
 - ٥- أن يكون العضو المنقول سليماً.
- ب- أن يكون الطبيب المختص قد شرح للمتبرع بالعضو كل الأخطار المترتبة على العملية ونقل العضو وكذا النتائج السلبية المحتملة.
- ج- أن يُوقَّع المتبرع بالعضو على سجل خاص بعد اطلاعه على كل المعلومات أنه وبرغبته وبدون أي تأثير يوافق على نقل العضو من جسمه.
- د- أن لا ينطوي على عملية نقل وزراعة الأعضاء أية أغراض تتعارض مع إنسانية المهنة وأخلاقياتها كاستغلال والمتاجرة بالأعضاء.
- ونصت المادة (٢٨) من ذات القانون على أنه: «يمنع للمتبرع بالعضو أن يسحب موافقته في أي وقت يشاء قبل إجراء عملية نقل العضو. كما يحق للطبيب التوقف عن إجراء العملية إذا حدثت مستجدات تتعلق بالعضو المطلوب نقله».
 - كما نصت المادة (٢٩) من ذات القانون على أنه: «يمنع نقل أعضاء من فاقدى وناقصي الأهلية أو المصابين بعاهة تمنعهم من التعبير عن إرادتهم زراعتها في جسم آخر، أما نقل وزراعة الأعضاء لهم فيتم بعد الموافقة الكتابية من أولياء أمورهم».
 - ونصت المادة (٣٠) من ذات القانون على أنه: «يجوز نقل وزراعة عمليات الأنسجة كما يجوز نقل قرنية العين من الشخص المتوفى حديثاً وزرعها لشخص آخر بوصية من المتوفى أو بموافقة أهله على أن تنظم اللائحة ذلك»... (ولم تصدر اللائحة التنفيذية لهذا القانون).
 - وأخيراً نصت المادة (٣١) من ذات القانون على أنه: «لا يُسمَح بإجراء عمليات نقل وزراعة الأعضاء والأنسجة إلا في المستشفيات المتخصصة المصرح لها بذلك والتي تتوافر فيها الإمكانيات اللازمة ومن قبل الاختصاصيين المؤهلين».

وتناول قانون المهن الطبية والصيدلانية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٢م: في الفصل السادس منه أحكام العقوبات المقررة على مخالفة أحكامه في المواد (٣٣-٣٧) فيرجع^(١) إليها. في الهامش (١)«.

- كما تناول قانون المهن الطبية والصيدلانية: رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٢م: في الفصل السابع: أحكاماً عامة في المواد (٣٨-٤٢).
- فنصّت المادة (٣٨) من ذات القانون على أنه: «يُمنَح المشمولون بأحكام هذا القانون غير الحاصلين على تراخيص مزاولة المهنة مُهَلَّة سنة من تاريخ صدوره لتصحيح أوضاعهم وفقاً لهذا القانون والقوانين النافذة».
- كما نصّت المادة (٣٩) من ذات القانون على أنه: «يكون للموظفين المكلفين بتنفيذ

(١) فنصّت المادة (٣٣) من قانون المهن الطبية والصيدلانية على أنه: «مع مراعاة ما ورد في قانون إنشاء المجلس الطبي ومع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد تنص عليها القوانين الأخرى النافذة، تطبق على المخالف لأحكام هذا القانون العقوبات التالية:

- أ- غرامة مالية مقدارها عشرة آلاف ريال لمن خالف أحكام المادتين (٨ - ١٩) من هذا القانون.
- ب- غرامة مالية لا تزيد على خمسين ألف ريال لمن خالف حكم المادة (١١) من هذا القانون.
- ج- عقوبة الحبس لمدة لا تزيد على شهر أو بغرامة لا تزيد على مائة ألف ريال لمن خالف أحكام المواد (١٦، ٢٢، ٢٣). من هذا القانون.
- د- عقوبة الحبس لمدة لا تتجاوز ستة أشهر أو بغرامة لا تزيد على مائة ألف ريال لكل من خالف أحكام المواد (٤، ٩، ٢١) من هذا القانون.
- هـ- عقوبة الحبس لمدة لا تزيد على سنة، أو بغرامة لا تزيد على خمسمائة ألف ريال لكل من خالف أحكام المواد (٢٤، ٣٢) الواردة ضمن الفصل الخامس من هذا القانون، مع مراعاة أحكام المادة (٢٥) من الفصل المذكور.
- و- إذا كان المخالف يعمل لحساب منشأة طبية أو صحية فإنهما يسألان مسؤولية مباشرة كل عن مخالفته وتطبق العقوبة على أحدها أو كليهما كل بحسب مسؤوليته وفقاً لأحكام هذا القانون».
- ونصّت المادة (٣٤) من ذات القانون على أنه: «كل من ادعى أو أعلن أو مارس مهنة الطب (علاجياً أو جراحياً) أو مهنة الصيدلة من غير ذوي المهنة يعاقب بالحبس لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات أو بغرامة لا تقل عن سبعمائة ألف ريال».
- كما نصّت المادة (٣٥) من ذات القانون على أنه: «تتعدد العقوبة بتعدد المخالفة وفي حالة العود تضاعف العقوبة، مع عدم الإخلال بجواز إلغاء الترخيص أو شطب اسم المخالف من سجلات المجلس أو حرمانه من ممارسة أي نشاط أو عمل متعلق بمهنة الطب أو إغلاق المنشأة بصورة مؤقتة أو نهائياً وفقاً لخطورة وجسامته المخالفة حسبما تنص عليه التشريعات النافذة أو تفدره المحكمة».
- أما المادة (٣٦) فقد نصّت على أنه: «لا تحول مسألة ومعاينة المخالف وفقاً لأحكام هذا القانون عن مساءلته جنائياً إذا ترتب على مخالفته حدوث فعل أو أفعال تعد جريمة معاقباً عليها وفقاً لقانون الجرائم والعقوبات أو التشريعات الأخرى النافذة ومراعاة تعويض كل من لحقه ضرر طبقاً للقانون».
- ونصّت المادة (٣٧) على أنه: «يرحل خارج الجمهورية (اليمنية) كل من لا يحمل جنسيتها إذا خالف حكماً من أحكام هذا القانون، مع عدم الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في هذا القانون أو التشريعات الأخرى النافذة».

أحكام هذا القانون صفة مأموري الضبط القضائي، على أن يصدر بهم قرار من وزير العدل بناءً على عرض الوزير (وزير الصحة)».

- ونصّت المادة (٤٠) من ذات القانون على أنه: «على الحكومة تقديم مشروع قانون بشأن تحديد كادر خاص لمزاولي المهنة، وذلك خلال فترة أقصاها ستة أشهر من تاريخ صدور هذا القانون».
- كما نصّت المادة (٤١) من ذات القانون على أنه: «تصدر اللائحة التنفيذية لهذا القانون بقرار من رئيس مجلس الوزراء بناءً على عرض من الوزير (وزير الصحة) وبالتنسيق مع المجلس (الطبي)». (ولم تصدر اللائحة التنفيذية لهذا القانون).
- كما نصّت المادة (٤٢) من ذات القانون على أنه: «تُلغى الأحكام المتعلقة بمزاولة المهن الطبية والصيدلانية المنصوص عليها في القرار الجمهوري رقم (٣٢) لسنة ١٩٩٢م. بشأن مزاولة المهن الصحية، وأي حكم يتعارض مع أحكام هذا القانون».
- وأخيراً نصّت المادة (٤٣) من ذات القانون على أنه: «يُعمَل بهذا القانون من تاريخ صدوره ويُنشر في الجريدة الرسمية».

هذه هي الأحكام التفصيلية لقانون مزاولة المهن الطبية والصيدلانية... وقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٢م. والذي بيّن فيه أهدافه، والترخيص وشروط مزاولة المهنة، وحقوق وواجبات مزاولي المهنة، وشروط وضوابط إجراء العمليات الجراحية، ونقل وزرع الأعضاء والأنسجة، وأخذ العينات والفحوصات، وأحكام العقوبات المخالفة لأحكام هذا القانون، وأحكاماً عامة. ونرى ضرورة إصدار اللوائح التنفيذية لهذا القانون، وقانون المجلس الطبي.

وننتقل بدورنا إلى الأحكام القانونية للمجلس الطبي الصادر بالقانون رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٠م.

ثم إلى الأحكام القانونية للمنشآت الطبية والصحية الخاصة الصادرة بالقانون رقم (٦٠) لسنة ١٩٩٠م.

المبحث الثاني قانون إنشاء المجلس الطبي - رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٠م

- تناول المشرع اليمني تنظيم أحكام قانون إنشاء المجلس الطبي رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٠م في ستة فصول: شملت اثنتين وثلاثين مادة^(١). كما صدر القرار الجمهوري رقم (١٥٣) لسنة ٢٠٠٩م بتشكيل المجلس الطبي (في مادتين) ومن ١٦ عضواً.
- تناول في الفصل الأول^(٢): منه التسمية والتعاريف والأهداف (في المواد (١-٣) منه.
- حيث نصّت المادة (١) من قانون إنشاء المجلس الطبي على أنه: «يسمى هذا القانون قانون المجلس الطبي».
- كما نصّت المادة (٢) من هذا القانون على أنه: «لأغراض تطبيق هذا القانون يكون للألفاظ والعبارات الواردة أدناه المعاني المبينة أمام كل منهما ما لم يقتض سياق النص معنى آخر:
- الجمهورية: الجمهورية اليمنية.
- الوزارة: وزارة الصحة العامة.
- الوزير: وزير الصحة العامة.
- المجلس: المجلس الطبي.
- النقابة: نقابة الأطباء والصيدلة.
- المهنة: مهنة الطب البشري وطب الأسنان والصيدلة.

(١) كان القرار الجمهوري رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٢م قد تناول في الفصل السابع منه أحكام «المجلس الطبي اليمني» في المواد ٣١-٤٠ منه، ثم ألغيت هذه المواد بمقتضى نص المادة (٣١) من قانون المجلس الطبي رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٠م.

(٢) وفي الفصل الثاني: تشكيل واختصاصات المجلس (الطبي) (في المواد ٤-١٠) وفي الفصل الثالث: اجتماعات المجلس الطبي. (في المواد ١١-١٣) وفي الفصل الرابع: تناول النظام المالي للمجلس (الطبي) (في المواد ١٤-١٩) وفي الفصل الخامس: المساءلة والعقوبات (في المواد ٢٠-٢٤) وفي الفصل السادس: والأخير أحكام ختامية (في المواد ٢٥-٣٢) كما صدر القرار الجمهوري رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٣م بشأن إعادة تنظيم المجلس اليمني للاختصاصات الطبية (في مادة ٢٤).

مزاوول المهنة: كل شخص حاصل على شهادة بكالوريوس من كلية الطب البشري أو طب الأسنان أو (كلية) الصيدلة.

المنشأة الطبية: هي كل مكان مُعدّ للكشف على المرضى أو علاجهم أو ترميضمهم أو لإجراء الفحوصات أو صرف أو تحضير المستحضرات الصيدلانية وكذا المساهمة في تقديم خدمات الرعاية الصحية الأولية.»

• ونصت المادة (٣) من ذات القانون على (أهداف هذا القانون) بأنه: «يهدف هذا القانون إلى:

- ١- حماية حقوق المرضى.
- ٢- النهوض بالمهن الطبية.
- ٣- تنظيم ومراقبة أداء مزاوولي المهنة.»
- وتناول قانون المجلس الطبي في الفصل الثاني: تشكيل واختصاصات المجلس (في المواد من ٤-١٠).
- حيث نصّت المادة (٤) من هذا القانون على أنه: «أ- يشكل المجلس (الطبي) على النحو التالي على أن يصدره قرار جمهوري:

 - ١- خمسة من مزاوولي المهنة يُرشحهم الوزير (وزير الصحة العامة) من ذوي التخصصات المختلفة.
 - ٢- ثلاثة أطباء يُرشحهم المكتب التنفيذي للنقابة من غير أعضائه من ذوي التخصصات المختلفة.
 - ٣- اثنان من الصيادلة يُرشحهما المكتب التنفيذي من غير أعضائه. ومن تخصصين مختلفين.
 - ٤- واحد من أطباء الأسنان يُرشحه المكتب التنفيذي للنقابة من غير أعضائه.
 - ٥- نقيب الأطباء والصيدلة.
 - ٦- عميدان من عمداء كليات الطب والعلوم الصحية الحكومية يتم ترشيحهما بالتناوب حسب أقدمية الكلية.
 - ٧- شخصية عامة يختارها رئيس مجلس الوزراء. ب- يكون للمجلس مستشار قانوني يُرشحه وزير العدل.»

- ونصّت المادة (٥) من ذات القانون على أنه: «أ- ينتخب المجلس (الطبي) في أول اجتماع له رئيساً ونائباً للرئيس من بين أعضائه من مزاولي المهن.
- ب- يقوم رئيس المجلس بتمثيل المجلس أمام الغير ويحل محله نائبه في حاله غيابه على أن تحدد اللائحة الداخلية للمجلس اختصاصاتهما.
- ج- يُعيّن المجلس أميناً عاماً متفرغاً من أعضائه بناءً على ترشيح من رئيس المجلس، وتحدد اللائحة^(١) الداخلية للمجلس مهامه واختصاصاته.»
- مدة وشروط العضوية في المجلس الطبي:
- كما نصّت المادة (٦) من ذات القانون على أنه: «أ- مُدّة العضوية في المجلس (الطبي) أربع سنوات. ب- يُشترط لعضوية المجلس من مزاولي المهنة ما يلي:
 - ١- أن يكون من حملة المؤهلات العليا، مع خبرة لا تقل عن سبع سنوات.
 - ٢- أن يكون مشهوداً له بالنزاهة والأمانة.
 - ٣- أن يكون مُسجلاً في المجلس (الطبي).»
- مسؤولية المجلس الطبي:
- ونصّت المادة (٧) من قانون المجلس الطبي على أنه: «يكون المجلس (الطبي) مسؤولاً أمام رئيس مجلس الوزراء عن أداء واجباته وتنفيذ اختصاصاته وممارسة سلطاته المحددة في هذا القانون وقانون مزاولة المهن الطبية والصحية والقوانين النافذة.»
- تمتع المجلس الطبي بالشخصية الاعتبارية:
- كما نصّت المادة (٨) من ذات القانون على أنه: «١- يتمتع المجلس (الطبي) بالشخصية الاعتبارية، وتكون له ذمّة مالية مستقلة. ٢- يكون المقر للرئيسي للمجلس (الطبي) أمانة العاصمة صنعاء ويجوز للمجلس أن ينشئ له فروعاً في أي من محافظات الجمهورية.»
- نهاية العضوية في المجلس الطبي: تنص المادة (٩) من قانون المجلس (الطبي) على أنه: «تنتهي العضوية للأسباب التالية:

(١) هل اللائحة الداخلية للمجلس (الطبي) تقوم مقام اللائحة التنفيذية لقانون المجلس الطبي؟ ومن أصدرها؟

- بانتهاء مدة العضوية.
- الوفاة.
- الاستقالة.
- فُقدان الأهلية.
- التغيب عن اجتماعات المجلس ثلاث جلسات اعتيادية بدون عُذر مقبول.
- إذا صدر ضده حكم قضائي بات في قضية مُخلّة بالشرف أو الأمانة مالم يُردّ إليه اعتباره».
- اختصاصات المجلس الطبي: تنص المادة (١٠) من ذات القانون على أنه: «للمجلس (الطبي) في سبيل تحقيق أهداف هذا القانون ممارسة الاختصاصات التالية:-
 - أ- العمل على متابعة ومراقبة تنفيذ القوانين المرتبطة بالمهن الطبية واللوائح المنفذة لها.
 - ب- وضع شروط موازلة المهن للتخصصات المختلفة بالتنسيق مع الجهات ذات العلاقة وبما لا يتعارض مع القوانين النافذة، مع تقييم ذوي المهن الطبية.
 - ج- الإسهام في إعداد وإقرار مناهج التعليم الطبي الجامعي والعالي والمستمر، وكذا إجراء التقييم الدوري لمزاولي المهنة.
 - د- وضع الشروط والمواصفات الأكاديمية والعلمية للكليات الطبية الخاصة وذلك بالتنسيق مع المجلس الأعلى للجامعات.
 - هـ- تحديد المؤهلات والخبرات اللازمة للحصول على الشهادات التخصصية والاستشارية لمزاولي المهنة.
 - و- إجراء تقييم مستوى خريجي ذوي المهن من الجامعات الطبية المختلفة.
 - ز- معادلة المؤهلات العلمية لخريجي الجامعات الطبية الحكومية والأجنبية والأهلية وبالتنسيق مع الجهات ذات العلاقة.
 - ح- وضع الشروط والمواصفات لاعتماد المستشفيات التعليمية والعامّة كمراكز لتدريب طلاب ذوي المهنة من دراسات جامعية وعليا، ولا يعتمد التدريب في أية منشأة طبية إلا إذا اعتمدت لهذا الغرض ومُنحت تراخيص التدريب من قبل المجلس (الطبي).

- ط- يتولى المجلس (الطبي) التسجيل وإصدار التراخيص لمزاولة المهنة على أن يتم البت في التسجيل وإصدار التراخيص خلال شهر من تاريخ تقديم الطلب. ويشترط أن يكون مسجلاً في سجلات النقابة.
- ي- العمل على توفير فرص التعليم المستمر لمزاولي المهنة في كافة المستويات.
- ك- وضع قواعد لآداب وسلوكيات المهنة بالتنسيق مع النقابة.
- ل- تطوير المهنة وممارستها من خلال تشجيع البحوث والدراسات العلمية والدورات التنشيطية والندوات والنشرات التثقيفية.
- م- وضع اللوائح^(١). الداخلية المنظمة لأعمال اللجان الخاصة المشكلة من قبل المجلس (الطبي).
- ن- فتح سجلات تتضمن الأسماء والمؤهلات وتراخيص مزاولة المهنة لمزاولي المهنة في الجمهورية (اليمنية) بالتعاون مع الوزارة ومكاتب الشؤون الصحية بالمحافظات.
- س- يحدد المجلس (الطبي) إجراءات إعادة القيد والتراخيص والمدة اللازمة لإعادة القيد.
- ع- تشكيل اللجان العلمية والرقابية المتخصصة بما فيها لجنة التحقيق، على أن تنظم اللوائح^(٢) الداخلية للمجلس إجراءات سير أعمالها. ويقدم المجلس (الطبي) التقارير الفنية التي يطلبها القضاء أو جهات التحقيق حول الأخطاء والمخالفات المهنية التي تحدث من مزاولي المهنة.
- ف- التحقيق في الشكاوى والمخالفات المرفوعة إليه والبت فيها وتوقيع العقوبة الواردة في المادة (٢٤) من هذا القانون أو إحالتها إلى النيابة العامة إذا رأت لجنة التحقيق أن موضوع الشكاوى يتعلق بجريمه من الجرائم التي تخص النيابة برفع الدعوى فيها.
- ص- ترشيح ممثل للمجلس (الطبي) في كل من مجالس كليات الطب».

(١) إذا اللوائح الداخلية يضعها المجلس الطبي نفسه. على عكس اللوائح التنفيذية تصدر من سلطة أعلى (بقرار جمهوري أو قرار من مجلس الوزراء أو من الوزير المختص).

(٢) اللوائح الداخلية - رئيس لوائح تنفيذية.

- كما تناول قانون إنشاء المجلس الطبي في الفصل الثالث منه: أحكام اجتماعات المجلس (في المواد ١١-١٣).
- حيث نصّت المادة (١١) من هذا القانون على أنه: «أ-يجتمع المجلس مرة كل شهر. ويجوز له الاجتماع في الحالات الاستثنائية بدعوة من رئيس المجلس أو بناءً على طلب من ثلثي أعضاء المجلس. ب-لا يكون اجتماع المجلس قانونياً إلا بحضور أغلبية أعضاء المجلس ويرأس رئيس المجلس اجتماعاته، وفي حالة غيابه يتولى نائب الرئيس رئاسة الاجتماع».
- كما نصّت المادة (١٢) من ذات القانون على أنه: «تتخذ قرارات المجلس بأغلبية الأعضاء الحاضرين. وإذا تساوت الأصوات يُرَجَّح الجانب الذي فيه الرئيس. وفي حالة التصويت على قرار بالعقوبة يُتَّخَذُ القرار بأغلبية الأعضاء. ويبيّن العضو المعارض على القرار المتخذ اعتراضه في المحضر».
- ونصّت المادة (١٣) من ذات القانون على أنه: «أ-تُحدد رسوم التسجيل وإعادة القيد ورسوم قرار التراخيص وتجديدها وكذا رسوم معادلات الشهادات وتقييم الخريجين وفقاً للجدول التالي: (نحاول عرضها كما حددت بالجدول):
 - ١- رسوم تسجيل الأطباء والصيدالّة وأطباء الأسنان:
 - أ-الدكتوراه (خمسة آلاف ريال) لمرة واحدة.
 - ب-ماجستير (أربعة آلاف ريال) لمرة واحدة.
 - ج-دبلوم بعد البكالوريوس (ثلاثة آلاف ريال) لمرة واحدة.
 - د-بكالوريوس (ألف ريال) لمرة واحدة.
 - ٢- رسوم إعادة قيد للأطباء والصيدالّة وأطباء الأسنان:
 - أ-الدكتوراه (ألف ريال).
 - ب-ماجستير (ألف وخمسمائة ريال).
 - ج-دبلوم بعد البكالوريوس (ألف ريال).
 - د-بكالوريوس (خمسمائة ريال).
 - ٣- رسوم تراخيص مزاولة المهنة للأطباء والصيدالّة وأطباء الأسنان:
 - أ-الدكتوراه (ثلاثة آلاف ريال كل سنتين).

- ب- ماجستير (ألف وخمسمائة ريال كل سنتين).
- ج- دبلوم بعد البكالوريوس (ألف ريال كل سنتين).
- د- بكالوريوس (خمسمائة ريال كل سنتين).
- ٤- رسوم معادلة شهادات الطب والصيدلة وأطباء الأسنان:
أ- الدكتوراه (ثلاثة آلاف ريال لمرة واحدة).
ب- ماجستير (ألف ريال لمرة واحدة).
ج- دبلوم بعد البكالوريوس (ألف ريال لمرة واحدة).
د- بكالوريوس (خمسمائة ريال لمرة واحدة).
- ٥- رسوم تقييم المستوى لخريجي كليات الطب من الجامعة المختلفة بكل مستوياتهم وتخصصاتهم: (ألف ريال لمرة واحدة).
- ٦- رسوم تسجيل وترخيص مزاولة مهنة للأطباء غير اليمنيين:
أ- الدكتوراه (مائتا دولار سنوياً).
ب- ماجستير (ثلاثمائة دولار سنوياً).
ج- دبلوم بعد البكالوريوس (خمسمائة دولار سنوياً).
د- بكالوريوس (خمسمائة دولار سنوياً).
- ٧- رسوم زيارة الأطباء الاستشاريين والاختصاصيين غير اليمنيين: (ثلاثمائة دولار لكل زيارة).
ب- يُعفى من رسوم تجديد تراخيص مزاولة المهنة المتفرغون للدراسات العليا خلال فترة الدراسة، وكذا المنقطعون عن مزاولة المهنة شريطة إبلاغ المجلس (الطبي) خطياً بذلك.
ج- يُعفى الحاصلون على تراخيص مزاولة المهنة قبل صدور هذا القانون من الرسوم الواردة في البند (أ) باستثناء رسوم التسجيل والترخيص. وفي حالة حصول مزاوِل المهنة على مؤهل أعلى لم يُعادِل يُلزم بدفع رسوم معادلة الشهادة والتقييم.
د- تحدد اللائحة (١) الداخلية رسوم المهن الصحية الفنية وبما لا يتجاوز (٥٠٪) من الرسوم الواردة في البند (أ) من هذه المادة».

(١) اللائحة الداخلية.... وليس اللائحة التنفيذية.

- وتناول قانون إنشاء المجلس الطبي في الفصل الرابع: النظام المالي للمجلس: (في المواد من ١٤-١٩) منه.
- فنصّت المادة (١٤) من هذا القانون على أنه: «يكون للمجلس حساب خاص يتم تمويله من الموارد التالية:
 - ١- الرسوم المحددة في الفقرة (أ) من المادة (١٣) من هذا القانون.
 - ٢- الغرامات المحددة في القانون.
 - ٣- الهبات والتبرعات التي تقدم للمجلس من الأفراد والهيئات والمنظمات.
 - ٤- أية موارد أخرى يوافق عليها المجلس. ولا يجوز أن تتضمن تلك الموارد أية مبالغ تُجبي من المواطنين أو من خلال الموازنات العامة المختلفة تحت أي مُسمّى».
- ونصّت المادة (١٥) من ذات القانون على أنه: «لا يجوز صرف أموال المجلس خارج نطاق أهداف القانون واختصاصات المجلس المبيّنة في المادتين (١٠-٣) من هذا القانون.
- كما نصّت المادة (١٦) من ذات القانون على أنه: «تخضع أموال المجلس للنظام المحاسبي المتبع في الحكومة وبما يتناسب مع خصوصيته المبيّنة في أحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية^(١). ويخضع لرقابة الجهاز المركزي للرقابة والمحاسبة».
- ونصّت المادة (١٧) من ذات القانون على أنه: «تودع إيرادات المجلس مباشرة في حساب خاص في البنك المركزي اليمني، وتُحدّد اللائحة التنفيذية لهذا القانون قواعد وإجراءات التحصيل والصرف وحدود سلطات المصريح لهم من قبل المجلس بالصرف والتوقيع على الشيكات».
- ونصّت المادة (١٨) من ذات القانون على أنه: «السّنة المالية لحساب المجلس (الطبي) هي السّنة المالية المتبّعة في الدولة».
- كما نصّت المادة (١٩) من ذات القانون على أنه: «أ- لا يجوز تحميل حسابات المجلس (الطبي) في سنة ما إلا بما تم إنفاقه فعلاً خلال تلك السنة، كما لا يحسب في الإيرادات إلا ما يتم تحصيله فعلاً خلالها. ب- لا يجوز سحب أي وفورات مالية للمجلس (الطبي) من أية جهة كانت».

(١) لم تصدر اللائحة التنفيذية لقانون المجلس الطبي رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٠م، رغم إشارة نصوص هذا القانون إلى اللائحة التنفيذية.

- وتناول قانون إنشاء المجلس الطبي في الفصل الخامس: المساءلة والعقوبات. (في المواد من ٢٠ - ٢٤).

- المساءلة:

- فنصّت المادة (٢٠) من هذا القانون على أنه: «يجوز للمجلس (الطبي) تشكيل لجان خاصة للنظر في الشكاوى المرفوعة عن المخالفات المهنية المقدمة إليه ضد مزاولي المهنة».
- كما نصّت المادة (٢١) من ذات القانون على أنه: «أ- على أية جهة تتولى التحقيق في شكاوى مهنية ضد مزاولي المهنة أن تستطلع رأي المجلس (الطبي) فنياً وعلمياً قبل السير في إجراءات التحقيق ما لم تكن الشكاوى محوّلة أصلاً من المجلس طبقاً للفقرة (ف) من المادة (١٠) من هذا القانون. ب- على المجلس أن يبت في الشكاوى المرفوعة والمحالة إليه خلال مُدّة أقصاها عشرة أيام».
- ونصّت المادة (٢٢) من ذات القانون على أنه: «يجوز لمن صدر ضده قرار من المجلس (الطبي) التظلم كتابياً خلال شهر من تاريخ إخطاره بالقرار، وعلى رئيس المجلس (الطبي) إحالة التظلم إلى لجنة خاصة بالتظلمات، وترفع هذه اللجنة توصياتها إلى المجلس، ويكون قرار المجلس إلزامياً. ويحق للمتظلم اللجوء إلى القضاء».
- أمّا المادة (٢٣) من ذات القانون فقد نصّت على أنه: «تنظم اللائحة^(١) التنفيذية لهذا القانون إجراءات التحقيق في شأن المخالفات المهنية المنسوبة لمزاولي المهنة».

- العقوبات:

- نصّت المادة (٢٤) من ذات القانون على أنه: «مع عدم الإخلال بأحكام المسؤولية الجزائية والمدنية يكون مزاول المهنة محلاً للمساءلة التأديبية إذا أخل بإحدى واجباته المهنية أو خالف أصول المهنة وأداها. وفي هذه الحالة يحق للمجلس (الطبي) أن يطبق إحدى العقوبات التأديبية التالية:

(١) لم تصدر اللائحة التنفيذية لقانون المجلس الطبي رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٠م، رغم إشارة نصوص هذا القانون إلى اللائحة التنفيذية.

- ١- لفت نظر.
 - ٢- الإنذار.
 - ٣- غرامة مالية لا تتجاوز خمسين ألف ريال.
 - ٤- السحب المؤقت لترخيص مزاولة المهنة لمدة لا تزيد على ستة أشهر، وتنظم اللائحة^(١). الداخلية تفاصيل ذلك.
 - ٥- شطب الاسم من سجلات المجلس وإلغاء ترخيص مزاولة المهنة».
- وتناول قانون إنشاء المجلس الطبي في الفصل السادس: أحكاماً ختامية: (في المواد من ٢٥ - ٣٢) منه .
 - فنصّت المادة (٢٥) من هذا القانون على أنه: «أ- على كافة مزاولي المهنة من غير الحاصلين على ترخيص بذلك من المجلس (الطبي) التقدم بطلب الحصول على ترخيص من المجلس خلال عام من تاريخ صدور هذا القانون. ب- على الحاصلين على تراخيص مزاولة المهنة قبل صدور هذا القانون تصحيح أوضاعهم بما يتفق وأحكام هذا القانون خلال عام من تاريخ صدوره».
 - ونصت المادة (٢٦) من ذات القانون على أنه: «يكون للموظفين المكلفين بتنفيذ أحكام هذا القانون صفة مأموري الضبط القضائي، على أن يصدر بهم قرار من وزير العدل بناءً على عرض الوزير (وزير الصحة العامة)».
 - كما نصّت المادة (٢٧) من ذات القانون على أنه: «يكون لأعضاء المجلس (الطبي) واللجان التابعة له مكافآت تحددها اللائحة^(٢) مقابل قيامهم بأداء مهامهم. ولا يجوز أن تكون من الغرامات».
 - ونصت المادة (٢٨) من ذات القانون على أنه: «يقوم المجلس (الطبي) بممارسة المهام المنوطة به بمزاولي المهنة الصحية والفنية المقابلة إلى حين صدور قانون ينظم ذلك». وقد صدر القانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٢م «بشأن مزاولة المهن الطبية والصيدلانية».
 - كما نصّت المادة (٢٩) من ذات القانون على أنه: «تنظيم اللائحة^(٣) التنفيذية لهذا

(١) اللائحة الداخلية... وليس اللائحة التنفيذية... رغم أهمية أحكام المسؤولية الجزائية والمدنية.

(٢) نص المادة (٢٧) لم يحدد اللائحة التنفيذية أم اللائحة الداخلية التي نجدها مكافآت أعضاء المجلس الطبي واللجان التابعة له.

(٣) لم تصدر اللائحة التنفيذية لقانون المجلس الطبي... وتصدر بقرار من رئيس مجلس الوزراء.

القانون جميع الأحكام والقواعد والإجراءات المنفذة لأحكامه وتصدر بقرار من رئيس الوزراء».

- نصّت المادة (٣٠) من هذا القانون على أنه: «تصدر اللائحة الداخلية^(١) للمجلس (الطبي) بقرار من رئيس الوزراء بناءً على عرض المجلس».
- أمّا المادة (٣١) من ذات القانون فقد نصّت على أنه: «تُلغى الأحكام المتعلقة بالمجلس الطبي الواردة بالقرار الجمهوري بالقانون رقم (٣٢) لسنة ١٩٩٢م بشأن مزاولة المهن الصحية» والتي كانت تشمل (المواد من ٣١-٤٠) تحت عنوان الفصل السابع المجلس الطبي اليمني».
- أمّا المادة (٣٢) من ذات القانون وهي الأخيرة، فقد نصّت على أنه: «يُعْمَل بهذا القانون من تاريخ صدوره ويُنشر في الجريدة الرسمية».

هذه هي الأحكام التفصيلية لقانون إنشاء المجلس الطبي (اليمني) رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٠م.

والتي بيّنت أهدافه، وتشكيل واختصاصات المجلس، وكيفية اجتماعات المجلس، وتحديد الرسوم، والنظام المالي للمجلس، وأحكام المساءلة والعقوبات، والأحكام الختامية.

ونرى ضرورة إصدار اللائحة التنفيذية لقانون المجلس الطبي، واللائحة الداخلية للمجلس الطبي.

(١) تصدر اللائحة الداخلية للمجلس الطبي بقرار من رئيس الوزراء.... (لم تحدها بين نصوص مجموعة التشريعات المتعلقة بالصحة العامة، الصادرة عن وزارة الشئون القانونية، ط٢ مارس ٢٠١٣م.
- رغم أن الفقرة (م) من المادة (١٠) أعطت للمجلس (الطبي) وضع اللوائح الداخلية المنظمة لأعمال اللجان الخاصة المشكلة من قبل المجلس «الطبي»».

المبحث الثالث

قانون المنشآت الطبية والصحية الخاصة - رقم (٦٠) لسنة ١٩٩٩م

- تناول المشرّع اليمني بالتنظيم لأحكام قانون المنشآت الطبية والصحية الخاصة رقم (٦٠) لسنة ١٩٩٩م في سبعة فصول، شملت ثلاثة وأربعين مادة^(١).

- فتناول في الفصل الأول^(٢): منه (التسمية والتعاريف) في المواد (١ - ٢) فيه.
- فنصّت المادة (١) من هذا القانون على أنه: «يُسمّى هذا القانون قانون المنشآت الطبية والصحية الخاصة».
- ونصّت المادة (٢) من ذات القانون على أنه: «تكون للألفاظ والعبارات التالية المعاني الواردة أمام كل منها ما لم تدل القرينة على خلاف ذلك:

الجمهورية: الجمهورية اليمنية.

الوزارة: وزارة الصحة العامة.

اللائحة: اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

المهنة: مهنة الطب البشري وطب الأسنان والصيدلة والمهن الفنية الصحية المقابلة.

اللجنة: اللجنة المشكلة وفقاً لهذا القانون والمعنية بالمنشآت الطبية والصحية الخاصة.

الإدارة المختصة: هي الإدارة العامة للمنشآت الطبية والصحية الخاصة في الوزارة وفروعها في المحافظات وأمانة العاصمة.

النقابة المعنية: نقابة الأطباء والصيدلة، ونقابة المهن الفنية الصحية المقابلة.

(١) وإن كان القرار الجمهوري رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٢م قد تناول في الفصل الخامس منه أحكام «شروط فتح وتشغيل المنشآت الصحية الخاصة» (في المواد ١١-٢١ منه) ثم أُلغيت هذه المواد في المادة (٤٢) من قانون المنشآت الصحية الخاصة رقم (٦٠) لسنة ١٩٩٩م.

(٢) في الفصل الثاني: الأهداف (٣م). وفي الفصل الثالث: إنشاء وتشكيل اللجنة المعنية بالمنشآت الطبية والصحية الخاصة (في المواد من ٤-٦) منه. وفي الفصل الرابع: شروط تأسيس أو تشغيل المنشآت الطبية والصحية الخاصة (في المواد من ٧ - ١٧) وفي الفصل الخامس: الشروط الفنية للمنشآت الطبية والصحية الخاصة (في المواد ١٨ - ٣٠) وفي الفصل السادس: التفتيش والعقوبات (في المواد من ٣١ - ٣٩) وفي الفصل السابع: أحكام عامة (في المواد ٣٧ - ٤٣).

المنشأة الطبية والصحية: هي كل مكان مُعدّ للكشف على المرضى: أو علاجهم أو ترميضهم، أو لإجراء الفحوصات، أو صرف أو تحضير المستحضرات الصيدلانية. وكذا المساهمة في تقديم خدمات الرعاية الصحية الأولية: وتشمل:

- ١- المستشفيات.
- ٢- المستوصفات.
- ٣- المراكز الطبية.
- ٤- مراكز الأشعة.
- ٥- المختبرات الطبية.
- ٦- مراكز الطب الرياضي.
- ٧- مراكز السمعيات والبصريات الطبية.
- ٨- مراكز العلاج الطبيعي وإعادة التأهيل.
- ٩- معامل الأسنان.
- ١٠- العيادات الطبية.
- ١١- الصيدليات.
- ١٢- المنشآت الفنية الصحية المقابلة (عيادات القبالة والتوليد الطبيعي- عيادات الإسعافات الأهلية- مخازن الأدوية وغيرها).

الترخيص: هو الوثيقة الصادرة من الإدارة المختصة لتأسيس وتشغيل المنشأة الطبية أو الصحية الخاصة».

• وتناول قانون المنشآت الطبية والصحية الخاصة في الفصل الثاني: (في المادة ٣) أهداف القانون.

• فنصّت المادة (٣) على أنه: «يهدف هذا القانون إلى:

- ١- تنظيم خدمات المنشآت الطبية والصحية الخاصة وفق ضوابط ومعايير علمية وفنية حديثة، وبما يكفل الارتقاء بطبيعة ونوعية تلك الخدمات الإنسانية.
- ٢- تشجيع عملية استثمار القطاع الخاص في مجال الخدمات الطبية والصحية وبشكل خاص الخدمات الطبية الصحية التخصصية.
- ٣- تنظيم وتعزيز الرقابة والكشف الدوري على طبيعة ودور كل منشأة طبية وصحية

خاصة، للتأكد من ممارسة نشاطها المحدد وفق هذا القانون واللائحة المنظمة له.

٤- نشر الخدمات الطبية والصحية الخاصة في المدن والأرياف وبما يُمكن المرضى من الحصول على تلك الخدمات بسهولة ويسر وبتكلفة معقولة تتناسب مع كرامة المهنة ونوعية الخدمات المقدمة.

٥- الحد من الممارسات والسلوكيات التي تتنافى وأدبيات وأخلاقيات المهنة.

٦- الأسهام في عملية التوعية والوعي الصحي وتقديم خدمات الرعاية الصحية الأولية».

- وتناول ذات القانون في الفصل الثالث: إنشاء وتشكيل اللجنة المعنية بالمنشآت الطبية والصحية الخاصة (في المواد من ٤-٦).
- فنصّت المادة (٤) من هذا القانون على أنه: «تتشأ لجنة معنية بالمنشآت الطبية والصحية الخاصة في كل مكتب من مكاتب الشؤون الصحية في أمانة العاصمة والمحافظات وتُشكّل على النحو التالي:-

١- مدير عام مكتب الشؤون الصحية بالمحافظة - رئيساً.

٢- مدير إدارة المنشآت الطبية والصحية الخاصة - مقررأ.

٣- مدير إدارة الخدمات الطبية - عضواً.

٤- مدير إدارة الهندسة والتشغيل - عضواً.

٥- ممثل عن المنشآت الطبية الخاصة - عضواً.

٦- ممثلان عن النقابة المعنية - عضواً».

- ونصّت المادة (٥) من ذات القانون على أن: «تتولى اللجنة المهام التالية:

١- دراسة الطلبات المقدمة بشأن تراخيص المنشآت الطبية والصحية الخاصة والبت فيها.

٢- النظر في تقارير التفيتش الدوري ورفع مقترحاتها إلى الإدارة المختصة بأية إجراءات أو عقوبات ترى اتخاذها ضد المخالفين.

٣- تشكيل لجان التحقيق بالتنسيق مع الإدارة المختصة للنظر في الشكاوى والتظلمات المقدمة أو المحاالة إليها واتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة بذلك

وفقاً لللائحة (التنفيذية) المنظمة لهذا القانون .

٤- اقتراح ما تراه ضرورياً لتطوير وتفعيل مهامها وتقديمها للإدارة المختصة .

٥- منح تراخيص للمنشآت التالية:

أ-العيادات الطبية .

ب-مراكز العلاج الطبيعي وإعادة التأهيل .

ج-معامل الأسنان .

د-مراكز الطب الرياضي .

هـ-مراكز السمعيات والبصريات الطبية .

و-الصيدليات .

ز-المنشآت الفنية الصحية المقابلة، على أن يمهر الترخيص بتوقيع مدير عام مكتب الشؤون الصحية .

٦- رفع طلبات تراخيص المستشفيات والمستوصفات والمراكز الطبية ومراكز الأشعة والمختبرات إلى الإدارة المختصة بالوزارة مشفوعة برأي اللجنة، على أن تمنح تراخيص تلك المنشآت من قبل الإدارة المختصة بالوزارة ممهورة بتوقيع الوزير» .

- كما نصّت المادة (٦) من ذات القانون على أنه: «أ-للجنة الحق في دعوة من ترى الاستعانة به من ذوى الاختصاص لحضور جلساتها دون أن يكون لهم حق التصويت .
- ب-تبيّن اللائحة (التنفيذية) نظام أعمال اللجنة» .
- وتناول ذات القانون في الفصل الرابع: شروط تأسيس أو تشغيل المنشآت الطبية والصحية الخاصة: (في المواد من ٧-١٧):
- فنصّت المادة (٧) من هذا القانون على أنه: «يُشترط في من يؤسس أو يُشغّل منشأة طبية أو صحية خاصة أن يكون حاصلاً على للترخيص من الإدارة المختصة وفقاً للشروط والإجراءات الواردة في هذا القانون واللائحة التنفيذية^(١)» .

(١) صدرت اللائحة التنفيذية القانون رقم (٦٠) لسنة ١٩٩٩م بشأن المنشآت الطبية والصحية الخاصة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٣٢) لسنة ٢٠٠٤م. انظر ص ٥٠٧ من مجموعة التشريعات المتعلقة بالصحة العامة .

- ونصّت المادة (٨) من ذات القانون على أنه: «على المتقدم بطلب ترخيص لتأسيس أو تشغيل منشأة طبية استثمارية^(١) استيفاء النماذج الخاصة التي تُعدّها الإدارة المختصة مع بيان الآتي:
- ١- اسم طالب الترخيص.
- ٢- نوعية المنشأة.
- ٣- التخصصات الطبية التي تمارس فيها.
- ٤- كما يجب إرفاق مخطط الأرض المراد إقامة المنشأة فيها والرسومات الهندسية للمبنى، إلى جانب عقد الإيجار أو وثيقة الملكية للمبنى المراد استخدامه».
- تحديد أجور الإقامة والخدمات الطبية في كل منشأة طبية خاصة:
- فنصّت المادة (١٠) من ذات القانون على أنه: «تحديد كل منشأة أجور الإقامة والخدمات الطبية التي تقدمها. ويتم الإعلان عن هذه الأجور بقوائم معتمدة من اللجنة في أماكن بارزة يسهل على العاملين والمرضى الاطلاع عليها. وعلى المنشأة الالتزام بهذه الأجور وعدم إدخال أية تعديلات عليها إلا بموافقة اللجنة».
- ونصّت المادة (١١) من ذات القانون على أنه: «على المنشأة الطبية والصحية الخاصة- مستشفى- مستوصف- مركز طبي- الإسهام الفعال لتقديم خدمات الرعاية الصحية الأولية بما فيها رعاية الأم والطفل والتثقيف الصحي والرفع من مستوى الكادر الطبي والصحي لديها».
- منح نقل ملكية أي ترخيص لمنشأة صحية خاصة إلى شخص آخر:
- نصّت المادة (١٢) من قانون المنشآت الصحية الخاصة على أنه: «يُحظر (يُمنع) نقل ملكية أي ترخيص لمنشأة إلى شخص آخر إلا بعد موافق كتابية من الإدارة المختصة

(١) ونصّت المادة (٩) من ذات القانون على أنه: «أ-على المتقدم بطلب ترخيص منشأة طبية استثمارية التقدم إلى الإدارة المختصة بطلبه مستوفياً نموذج في المادة (٨) والحصول على موافقة اللجنة قبل التقدم إلى الهيئة العامة للاستثمار للحصول على الترخيص بتأسيس أو تشغيل المنشأة وعلى اللجنة إبداء رأيها في الطلب خلال شهر من (تاريخ) استلامها للمستندات كاملة وعلى الهيئة العامة للاستثمار التأكد من موافقة اللجنة قبل النظر في منح الترخيص المطلوب. ب-إذا تقدم طالب الترخيص المنشأة استثمارية إلى الهيئة العامة للاستثمار قبل الحصول على موافقة اللجنة، فيتعين على الهيئة العامة للاستثمار إرسال الطلب مع المستندات كاملة إلى اللجنة للبت فيها خلال شهر من تاريخ تقديم الطلب: ج-على الإدارة المختصة رفع الطلبات المقدمة إليها لمنح ترخيص إنشاء أو تشغيل منشأة إلى اللجنة للبت فيها خلال مدة أقصاها أسبوعان من تاريخ تقديم الطلب».

- وفي حالة وفاة المرخص له تؤول ملكية المنشأة المعتمدة من المحكمة إلى الورثة الشرعيين، وعليهم تقديم طلب إلى الإدارة المختصة لتحويل الترخيص إليهم».
- عدم جواز تشغيل ذوي المهن الطبية إلا بعد حصولهم على تراخيص مزاولة المهنة:
- نصّت المادة (١٣) من قانون المنشأة الصحية الخاصة على أنه:
 - «أ- لا يجوز لأية منشأة طبية أو صحية تشغيل ذوي المهن إلا بعد حصولهم على ترخيص مزاولة المهنة، وعليهم إفادة الإدارة المختصة بمن يتم تشغيلهم ورقم وتاريخ ترخيص كل منهم، كما تخطرأ بأي تغيير يطرأ على العاملين بها.
 - ب- على المنشأة الخاصة التقيّد بقانون العمل ولائحته، وكذا التشريعات المنظمة للنسب المحددة في توظيف العمالة اليمنية والأجنبية.
 - ج- على المنشأة الطبية الخاصة تحرير عقود عمل مع العاملين لديها وإفادة الإدارة المختصة بصورة من تلك العقود».
- التزام المنشأة الطبية الخاصة بنظام الإحصائيات والتبليغات:
- نصّت المادة (١٤) من ذات القانون على أنه: «على المنشأة الطبية والصحية الخاصة الالتزام بنظام الإحصائيات والتبليغات طبقاً للنماذج المعدة من قبل الوزارة شهرياً وسنوياً. وعليها إبلاغ الإدارة المختصة عن أية حالة مرضية وبائية وفقاً لقائمة الأمراض البوائية المقررة، أو أية حالة وفاة وبائية في المستشفى خلال ٢٤ ساعة من اكتشافها أو حدوثها، وكذا تبليغ الجهات الأمنية المختصة في حالة استقبال أية حالة جنائية أو مشتبه فيها».
- عدم جواز تغيير مكان أو نشاط المنشأة الطبية الخاصة إلا بموافقة الجهات المختصة:
- نصّت المادة (١٥) من ذات القانون على أنه: «لا يجوز تغيير أو نقل مكان أو نشاط المنشأة إلا بموافقة كتابية من الإدارة المختصة، عدا العيادات الطبية- معامل الأسنان- المراكز السمعية والبصرية- مراكز العلاج الطبيعي وإعادة التأهيل- مراكز الطب الرياضي- المنشأة الفنية الصحية المقابلة. وعليهم إشعار الإدارة المختصة، شريطة توافر نفس الشروط الفنية الخاصة بالمنشأة الجديدة، وإبلاغ الإدارة المختصة بالموقع الجديد».
- كما نصّت المادة (١٦) من ذات القانون على أنه: «على المنشأة الطبية والصحية

- الخاصة بالالتزام بالقواعد المنظمة للدعاية والإعلان المنصوص عليها في اللائحة».
- ونصّت المادة (١٧) من ذات القانون على أنه: «يُجَدّد ترخيص المنشأة كل سنتين من الإدارة المختصة».
 - وتناول قانون المنشأة الطبية الخاصة في الفصل الخامس: الشروط الفنية للمنشأة الطبية والصحة الخاصة (في المواد من ١٨-٣٠).
 - فنصّت المادة (١٨) من هذا القانون على أنه: «يُشترط في المبنى الذي يُستخدم أو يعد كمنشأة أن يستوفي الشروط والمواصفات الصحية المطلوبة فيه حسب نوع وطبيعة المنشأة مثل: توافر وسائل التخلص السليم والأمن من النفايات والمخلفات الخطرة، وكذا المواصفات الهندسية وغيرها من الشروط المبينة في هذا القانون ولأئحته».
 - أمّا المادة (١٩) من قانون المنشأة الطبية الخاصة: فقد تناولت الشروط الواجب توافرها في المستشفى العام والمستشفى التخصصي: فنصّت على أن: «المستشفى: أ-المستشفى العام: يجب أن يحتوى على الإمكانات والتجهيزات والكوادر اللازمة لتقديم الخدمات التشخيصية والعلاجية للمرضى. على أن لا يقل عدد الأسرة فيه عن ثلاثين سريراً متوفراً فيه فروع الطلب الأساسية (جراحة عامة- جراحة نساء وولادة- أمراض باطنية- أمراض أطفال) كحد أدنى، وأن تتوفر فيه الشروط التالية:
- ١-المبنى.
 - ٢-الإدارة والكوادر.
 - ٣-المختبر وبنك الدم.
 - ٤-الأشعة.
 - ٥-التخدير.
 - ٦-الصيدلية.
 - ٧-التمريض).
- ١- المبنى: أن يكون بناءً مستقلاً له مدخل واسع، وعدة مخارج، مع توفر حديقة لتنزه المرضى، مزوداً بإنارة إضافية وتكييف أو تدفئة مع توفر مصاعد كافية للعاملين

والمرضى، وكذا متطلبات السلامة لمكافحة الحريق وغيرها من الشروط والمواصفات الفنية والهندسية المنصوص عليها في اللائحة، وان يحتوى المستشفى العام على الأقسام والخدمات التالية:

أ- قسم الاستقبال والعيادات الخارجية والإسعاف والطواري، والعناية المركزة والعمليات وأقسام الرقود شريطة أن تكون أقسام رقود النساء منفصلة عن الرجال.

ب- قسم الخدمات التشخيصية العامة، كالمختبرات وبنك الدم والأشعة وغيرها من الوسائل التشخيصية.

ج- الصيدلية الداخلية.

د- ثلاجة لحفظ الموتى وغير ذلك من المرافق الخدمية الملحقة والمنصوص عليها في اللائحة.

٢- الإدارة والكوادر: مدير المستشفى: يُشترط في من يدير المستشفى فنياً أن يكون طبيباً اختصاصياً، طبيباً ممارساً لا تقل خبرته عن خمس سنوات. ويشترط في رؤساء الأقسام^(١).... [انظر هامش (١)].

ب- المستشفى التخصصي: يجب أن يحتوى على الإمكانيات والتجهيزات التشخيصية والعلاجية والكادر التخصصي لتخصص واحد فقط، على أن لا يقل عدد الأسرة فيه عن (٢٠) عشرين سريراً، ويجوز لأي من المستشفيات الاستثمارية ذات الطابع التخصصي النوعي أن تضم أكثر من تخصص وتطبق عليها نفس الاشتراطات الفنية والصحية الأخرى الواردة في الفقرة (أ) من هذه المادة. وتحدد اللائحة تفاصيل ذلك». (انظر م ٢٤ من اللائحة التنفيذية).

(١) ١- الأقسام العلاجية: أن يكونوا أطباء متخصصين مع خبرة لا تقل عن ثلاث سنوات، أو أطباء ممارسين في نفس التخصصات ولمدة لا تقل عن خمس سنوات. ٢- المختبر وبنك الدم: أن يكون حاصلاً على مؤهل البكالوريوس في المختبرات الطبية مع خبرة لا تقل عن سنتين. ٣- قسم الأشعة: أن يكون اختصاصياً في التشخيص مع خبر لا تقل عن ثلاث سنوات أو طبيباً ممارساً في الأشعة لمدة لا تقل عن خمس سنوات. ٤- قسم التخدير: أن يكون اختصاصياً مع خبرة لا تقل عن ثلاث سنوات أو طبيباً ممارساً في التخدير لمدة لا تقل عن خمس سنوات. ٥- قسم الصيدلة: أن يكون صيدلانياً مع خبرة لا تقل عن سنتين. ٦- قسم التمريض: أن يكون ممرضاً أو ممرضة خالصاً أو حاصلة على بكالوريوس تمريض مع خبر لا تقل عن سنة، أو دبلوم تمريض مع خبر لا تقل عن ثلاث سنوات، وأن تتوفر هيئة تمريض تتناسب مع خدمات المستشفى، وتنظم اللائحة الشروط الأخرى الواجب توافرها. (انظر م ٢٣ من اللائحة التنفيذية لقانون المنشآت الطبية الخاصة. المستشفى العام).

- أما المادة (٢٠) من ذات القانون فقد حددت شروط المستوصف فنصت على أن: «المستوصف: يجب أن يقوم بتقديم الخدمات التشخيصية والعلاجية، ولا يقل عدد الأسرة فيه عن عشرة أسرة، وأن يديره فنياً طبيب اختصاصي أو طبيب ممارس، وأن يكون مستوفياً لكافة الشروط الفنية والصحية المحددة في اللائحة، وأن يقتصر انتشارها على الأرياف أو المدن التي لا تتوفر فيها مستشفيات». (وانظر م٢٥ من اللائحة التنفيذية).
- أما المادة (٢١) من ذات القانون فقد تناولت المركز الطبي ونصت على أن: «المركز الطبي: يجب أن يقدم الخدمات التشخيصية والعلاجية، ولا يحتوي على أسرة لإيواء المرضى، وأن لا يقوم بإجراء العمليات (الجراحية) ويجب أن يديره فنياً طبيب اختصاصي أو طبيب ممارس، على أن تتوفر فيه الاشتراطات الفنية والصحية والمعدات اللازمة المحددة في اللائحة».
- وتناولت المواد (٢٢-٢٣) الأحكام القانونية للمختبر الطبي، ومراكز الأشعة^(١). (وانظر المواد ٢٦، ٢٧، ٢٨، ٢٩، ٣٠ من اللائحة).
- أما المادة (٢٤) من ذات القانون تناولت الصيدلية ونصت على أن: «الصيدلية: تقوم بتحضير الوصفات الطبية وصرف الأدوية وفقاً لوصفة طبية، ويبيع المستلزمات الطبية، ومواد التجميل، وأغذية وحليب الأطفال، ويعمل فيها ويديرها صيدلاني حاصل على ترخيص مزاولة المهنة». (انظر م٣٣ من اللائحة).
- وتناولت المواد (٢٥-٣٠) من ذات القانون أحكام القانون: للعيادات الطبية^(٢) (عيادة طب يشري- وعيادة الفم والأسنان^(٣) (م٢٥) ومعامل الأسنان (م٢٦). ومراكز

(١) المختبر الطبي:

نصت المادة (٢٢) من قانون المنشآت الطبية الخاصة على أن: «المختبر الطبي: يقوم بإجراء الفحوصات المخبرية للمرضى، وتتوفر فيه الأجهزة والمعدات المخصصة لذلك، ويديره فنياً من ذوي التخصصات في مجال المختبرات مصرح له بمزاولة المهنة، وتنظم اللائحة نشاط ونوعية المختبرات والفحوصات المسموح له القيام بها».

مراكز الأشعة:

نصت المادة (٢٣) من ذات القانون على أن: «مراكز الأشعة: تجرى فيها الفحوصات أو العلاج بالأشعة، ويجب أن يكون المبنى والتجهيزات المخصصة لذلك مستوفية للشروط الفنية والصحية والهندسية (الحماية وغيرها)، ويعمل فيها ويديرها اختصاصيون في مجال الأشعة التشخيصية أو العلاجية مصرح لهم بمزاولة المهنة».

(٢) انظر م٣٢ من اللائحة.

(٣) انظر م٣٧ من اللائحة.

البصريّات^(١) والسمعيات (م ٢٧). ومراكز العلاج الطبيعي^(٢) وإعادة التأهيل (م ٢٨). ومراكز الطب الرياضي (م ٢٩). وأحكام المنشآت الفنية الصحية المقابلة (م ٣٠) فيرجع إليها.

• وتناول قانون المنشآت الطبية الخاصة في الفصل السادس: أحكام التفتيش والعقوبات (في المواد من ٣١-٣٦).

• فنصّت المادة (٣١) من هذا القانون على أنه: «مع مراعاة أحكام المادة (٥) من هذا القانون تُشكّل لجان رقابة وتفتيش في كل محافظة من محافظات الجمهورية وأمانة العاصمة بقرار من الوزير بناءً على توصيات اللجنة وبالتنسيق مع الإدارة المختصة، يتم اختيارها من ذوي الكفاءة والخبرة في المجال الصحي للتأكد من سلامة تطبيق ومدى التزام المنشآت بالشروط الواردة في هذا القانون ولأنحته، وعليها موافاة اللجنة والإدارة المختصة بتقارير دورية عن مهامها. وتبين اللائحة إجراءات الرقابة والتفتيش وكذا الإجراءات الواجب اتخاذها بشأن المنشآت المخالفة». (انظر المواد من ٤٠ - ٥٠) من اللائحة التنفيذية).

• ونصّت المادة (٣٢) من ذات القانون على أنه: يعاقب كل من خالف أحكام المادتين (١٣-١٨) من هذا القانون بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بغرامة مالية لا تزيد على (٥٠٠,٠٠٠) خمسمائة ألف ريال، وفي حالة العودة تضاعف العقوبة».

• ونصّت المادة (٣٣) من ذات القانون على أنه: «مع مراعاة حكم المادة السابقة يُعاقب كل من خالف أحكام هذا القانون، بغرامة (٥٠,٠٠٠) خمسين ألف ريال».

سحب التراخيص:

• نصّت المادة (٣٤) من ذات القانون على أنه: «يُسحب ترخيص تأسيس أو تشغيل المنشآت الطبية والصحية الخاصة في حالات التالية:

١- الإخلال بمادة أو أكثر من هذا القانون.

٢- عدم التقيد باللوائح المنظمة لهذا القانون.

٣- سقوط شرط أو أكثر من شروط الحصول على الترخيص».

(١) انظر المواد ٣٥ - ٣٦ من اللائحة.

(٢) انظر م ٣٤ من اللائحة.

عقوبات أخرى:

- نصّت المادة (٣٥) من ذات القانون على أنه: «لا تلغى العقوبات الواردة أعلاه بأية عقوبة أخرى أشدّ منصوص عليها في قانون آخر».

لجوء المتضرر القضاء:

- نصّت المادة (٣٦) من ذات القانون على أنه: «للمتضرر من الإجراءات الواردة في المادتين (٣١ - ٣٤) من هذا القانون اللجوء إلى القضاء».

- وتناول قانون المنشآت الطبية الخاصة في الفصل السابع والأخير، أحكاماً عامة (في المواد من ٣٧ - ٤٨) منه.

- فنصّت المادة (٣٧) من هذا القانون على أنه: «على المنشآت الطبية والصحية الخاصة القائمة والمشمولة بأحكام هذا القانون تعديل أوضاعها بما يتفق مع أحكام هذا القانون فنياً خلال سنة، وهندسياً خلال ثلاث سنوات من تاريخ صدوره».

- ونصّت المادة (٣٨) من ذات القانون على أنه: «بما لا يخل بأحكام هذا القانون تحدد اللائحة الشروط والمعايير والتجهيزات المطلوبة لكل منشأة طبية وصحية خاصة على جِدّة، وذلك على النحو التالي:

أ- مواصفات ونوعية المواد والتجهيزات والمستلزمات الطبية لكل منشأة طبية وصحية على جِدّة وفقاً للتخصص.

ب- الاشتراط والمواصفات: الخاصة بالخدمات الطبية وعُرف المرضى وغيرها.

ج- عدد ونوعية الأطباء الأخصائيين والعموم وذوى المهن الصحية والفنية.

د- نوعية الخدمات الصحية والطبية المقدمة.

هـ- اشتراطات جمع وتخزين وتوزيع الدم في حالة وجود بنك للدم بالمنشأة.

و- أية اشتراطات خاصة بوجود أجهزة للتشخيص أو العلاج بالأشعة». (وانظر المواد من ٥١-٦١ من اللائحة التنفيذية).

- وتناولت المادة (٣٩) من ذات القانون: تحديد رسوم تراخيص (تأثيث - التشغيل - التجديد) المنشآت الطبية والصحية الخاصة، فنصّت على أن: «رسوم تراخيص (تأثيث - التشغيل - التجديد) المنشآت الطبية الخاصة:

- أ- تحدد رسوم تراخيص المنشآت الطبية والصحية الخاصة وفقاً للجدول التالي:
(سنحاول التعبير عن الجدول).
- ١- (رسوم) مستشفى عام: رسوم تأثيث عشرون ألف ريال. التشغيل عشرون ألف ريال. رسوم تجديد عشرون ألف ريال.
 - ٢- (رسوم) مستشفى تخصصي: رسوم تأثيث خمسة عشر ألف ريال. التشغيل خمسة عشر ألف ريال. رسوم تجديد خمسة عشر ألف ريال.
 - ٣- (رسوم) مستوصف عام: رسوم تأثيث عشرة آلاف ريال. التشغيل عشرة آلاف ريال. رسوم تجديد عشرة آلاف ريال.
 - ٤- (رسوم) مركز طبي: رسوم تأثيث ثمانية آلاف ريال. التشغيل ثمانية آلاف ريال. رسوم تجديد ثمانية آلاف ريال.
 - ٥- (رسوم) مركز أشعة تخصصي أو علاجي: رسوم تأثيث ثمانية آلاف ريال. التشغيل ثمانية آلاف ريال. رسوم تجديد ثمانية آلاف ريال.
 - ٦- (رسوم) مختبر تخصصي: رسوم تأثيث ثمانية آلاف ريال. التشغيل ثمانية آلاف ريال. رسوم تجديد ثمانية آلاف ريال.
 - ٧- (رسوم) مختبر عام: رسوم تأثيث خمسة آلاف ريال. التشغيل خمسة آلاف ريال. رسوم تجديد خمسة آلاف ريال.
 - ٨- (رسوم) مختبر أساسي: رسوم تأثيث ثلاثة آلاف ريال. التشغيل ثلاثة آلاف ريال. رسوم تجديد ثلاثة آلاف ريال.
 - ٩- (رسوم) مركز الطب الرياضي: رسوم تأثيث خمسة آلاف ريال. التشغيل خمسة آلاف ريال. رسوم تجديد خمسة آلاف ريال.
 - ١٠- (رسوم) مركز السمعيات والبصريات: رسوم تأثيث خمسة آلاف ريال. التشغيل خمسة آلاف ريال. رسوم تجديد خمسة آلاف ريال.
 - ١١- (رسوم) مركز العلاج الطبيعي: رسوم تأثيث خمسة آلاف ريال. التشغيل خمسة آلاف ريال. رسوم تجديد خمسة آلاف ريال.
 - ١٢- (رسوم) معمل أسنان: رسوم تأثيث ستة آلاف ريال. التشغيل ستة آلاف ريال. رسوم تجديد ستة آلاف ريال.

١٣- (رسوم) عيادة طبيب أخصائي: رسوم تأثيث أربعة آلاف ريال. التشغيل أربعة آلاف ريال. رسوم تجديد أربعة آلاف ريال.

١٤- (رسوم) عيادة طبيب عام: رسوم تأثيث ثلاثة آلاف ريال. التشغيل ثلاثة آلاف ريال. رسوم تجديد ثلاثة آلاف ريال.

١٥- (رسوم) عيادة الفم والأسنان: رسوم تأثيث خمسة آلاف ريال. التشغيل خمسة آلاف ريال. رسوم تجديد خمسة آلاف ريال.

١٦- (رسوم) عيادة أشعة تشخيصية: رسوم تأثيث خمسة آلاف ريال. التشغيل خمسة آلاف ريال. رسوم تجديد خمسة آلاف ريال.

١٧- (رسوم) عيادة موجات فوق صوتية: رسوم تأثيث خمسة آلاف ريال. التشغيل خمسة آلاف ريال. رسوم تجديد خمسة آلاف ريال.

١٨- (رسوم) صيدلية: رسوم تأثيث عشرة آلاف ريال. التشغيل عشرة آلاف ريال. رسوم تجديد عشرة آلاف ريال.

١٩- (رسوم) مخزن أدوية: رسوم تأثيث خمسة آلاف ريال. التشغيل خمسة آلاف ريال. رسوم تجديد خمسة آلاف ريال.

٢٠- (رسوم) عيادة القبالة والتوليد: رسوم تأثيث ألف ريال. التشغيل ألف ريال. رسوم تجديد ألف ريال.

٢١- (رسوم) عيادة إسعافات أولية: رسوم تأثيث ألف ريال. التشغيل ألف ريال. رسوم تجديد ألف ريال.

ب- يضاف مبلغ (٥٠٠) خمسمائة ريال رسوم على كل سرير إضافي إذا تجاوز الحد الأدنى المشار إليه في القانون.

ج- تُخفّض تلك الرسوم في المدن الثانوية للمحافظات بنسبة (٢٥٪)، وفي الأرياف بنسبة (٥٠٪).

د- تُحدّد نسبة (١٠٪) رسوم للعاملين على تنفيذ هذا القانون في الوزارة، وتنظم اللائحة ذلك.

• ونصّت المادة (٤٠) من قانون المنشأة الطبية الخاصة على أن: «يكون للموظفين المكلفين بتنفيذ أحكام هذا القانون في ممارستهم لذلك صفة مأموري الضبط القضائي، على أن يصدر بهم قرار من وزير العدل بناءً على عرض من الوزير (وزير الصحة).

- كما نصّت المادة (٤١) من ذات القانون على أنه: «تصدر اللائحة التنفيذية بقرار من رئيس مجلس الوزراء بناءً على عرض من الوزير (وزير الصحة)».
 - ونصّت المادة (٤٢) من ذات القانون على أنه: «يلغى كل نص سابق يتعارض مع أحكام هذا القانون^(١)».
 - وأخيراً نصّت المادة (٤٣) وهي الأخيرة على أن: «يُعمل بهذا القانون من تاريخ صدوره ويُنشر في الجريدة الرسمية».
- هذه هي الأحكام التفصيلية لقانون المنشآت الطبية والصحية الخاصة رقم (٦٠) لسنة ١٩٩٩م. وفيه، أهدافه، وإنشاء وتشكيل اللجنة المعنية بالمنشآت الطبية والصحية الخاصة، وشروط تأسيس أو تشغيل المنشآت الطبية والصحية الخاصة، والشروط الفنية لهذه المنشآت، وأحكام التفتيش والعقوبات، وأحكام عامة.
- وقد صدرت اللائحة التنفيذية لقانون المنشآت الطبية والصحية الخاصة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم (١٣٢) لسنة ٢٠٠٤م.

(١) ويقصد بهذا النص إلغاء (الفصل الخامس) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (٣٢) لسنة ١٩٩٢م «بشأن مزاولة المهن الصحية» تحت مُسمّى (شروط فتح وتشغيل المنشآت الصحية الخاصة) (في المواد من ١١ - ٢١).

الخاتمة:

بحمد الله ويتوفيقه تناولت في هذا البحث التشريعات اليمنية المتعلقة، بمجال الصحة في اليمن. فتناولت في المبحث الأول: قانون المهن الطبية والصيدلانية: رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٢م والأحكام المنظمة له في سبعة فصول: (التسمية والتعاريف - وأهداف هذا القانون - والتراخيص وشروط مزاوله المهنة - والحقوق والواجبات والمحظورات على المشمولين بأحكام هذا القانون والحاصلين على ترخيص مزاوله المهنة - وشروط وضوابط إجراء العمليات الجراحية، ونقل وزراعة الأعضاء والأنسجة وأخذ العينات - والعقوبات المقررة على مخالفة أحكامه - وأحكام عامة).

- وفي المبحث الثاني: قانون إنشاء المجلس الطبي: رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٠م والأحكام المنظمة له في ستة فصول: (التسمية والتعاريف والأهداف - وتشكيل واختصاصات المجلس - واجتماعات المجلس - والنظام المالي للمجلس - والمساءلة والعقوبات - وأحكام ختامية).

- وتناولت في المبحث الثالث: قانون المنشآت الطبية والصحية الخاصة: رقم (٦٠) لسنة ١٩٩٩م. والأحكام المنظمة له في سبعة فصول: (التسمية والتعاريف - وأهداف هذا القانون - وتشكيل لجنة معنية بالمنشآت الطبية والصحية الخاصة وتحديد مهامها - وشروط تأسيس وتشغيل المنشآت الطبية والصحية الخاصة - والشروط الفنية للمنشآت الطبية والصحية الخاصة - وأحكام التفتيش والعقوبات - وأحكام عامة).

وخرج البحث بالنتائج والتوصيات الآتية:

أولاً: النتائج

١- إن مزاوله المهن الطبية والصيدلانية لابد أن يسبقها إصدار تراخيص بمزاوله هذه المهن الطبية من المجلس الطبي.

٢- إن مزاوله المنشآت الطبية والصحية الخاصة لابد أن تسبقها الموافقة على إنشائها من اللجنة المختصة بهذه المنشآت الطبية الخاصة، وحصول الكادر العامل فيها على تراخيص بمزاوله المهن الطبية....

٣- إعطاء المجلس الطبي سلطة إصدار تراخيص لمزاوله المهن الطبية (رسمية -

ومؤقته)، والنظر في الشكاوى والمخالفات من مزاولي المهن الطبية أو المنشآت الطبية الصحية الخاصة.

ثانياً: التوصيات

- ١- يوصي الباحث بضرورة إصدار لوائح تنفيذية للقوانين المتعلقة بالصحة، والتي لم تصدر لها لوائح تنفيذية.
- ٢- التفرقة بين اللوائح الداخلية: لممارسة ومزاولة المهن الطبية أو الصيدلانية، أو أعمال المجلس الطبي، أو المنشآت الطبية الخاصة، واللوائح التنفيذية: للقوانين المتعلقة بالصحة والتي تُفسّر نصوص هذه القوانين.
- ٣- الاستفادة من التشريعات المتعلقة بمجال الصحة في الدول المتقدمة، وإدخال نظام التأمين عن الأخطار المهنية الطبية والصحية.

المراجع:

- ١- قانون مزاولة المهن الطبية والصيدلانية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٢م.
- ٢- قانون إنشاء المجلس الطبي رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٠م. والقرار الجمهوري رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٣م بشأن إعادة تنظيم المجلس اليمني للاختصاصات الطبية (في ٢٤ مادة). كما صدر القرار الجمهوري رقم (١٥٣) لسنة ٢٠٠٩م بتشكيل المجلس الطبي (في مادتين) ومن (١٦) عضواً.
- ٣- قانون المنشآت الطبية والصحية الخاصة رقم (٦٠) لسنة ١٩٩٩م.
- ٤- صدرت اللائحة التنفيذية لقانون المنشآت الطبية والصحية الخاصة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم (١٧٣) لسنة ٢٠٠٤م.
- ٥- مجموعة التشريعات المتعلقة بالصحة - في اليمن (الصادرة عن وزارة الشؤون القانونية) ط٢ مارس ٢٠١٣م.



البحر والدراسات القضائية والقانونية

الأداة المستخدمة في ارتكاب الجريمة الإلكترونية

الأستاذ. الدكتور / عبد الخالق صالح معزب
أستاذ القانون التجاري المشارك - جامعة صنعاء

مجلة
البحر والدراسات
القانونية والقضائية

مقدمة:

الجرائم الإلكترونية من الجرائم الوليدة التي ظهرت حديثاً مصاحبة للأنشطة والمعاملات الإلكترونية فأصبحت تهدد معاملات البشر في شتى مجالات الحياة لما تشكله هذه الجرائم من خطورة على المعلومات والبيانات ومعالجتها أو الاستفادة منها بطرق غير قانونية، وعلى الرغم من تعدد صور ارتكاب الجريمة الإلكترونية التي قد ترتكب ضد قواعد البيانات الخاصة بإحدى المؤسسات أو الشركات أو ترتكب ضد الشخص فتؤذيه في نفسه وعرضه كجريمة الإرهاب والقذف الإلكترونية وغيرها من الجرائم، على الرغم من ذلك إلا أن هذه الجرائم تعتبر أكثر المهددات لمستقبل التجارة الإلكترونية الوطنية أو حتى الدولية، خاصة وأن انتشار وتطور هذه الجرائم يزيد بسرعة كبيرة تفوق سرعة تطور وسائل مكافحتها والحد منها، كما أن هذه الجرائم تكبد المجتمعات خسائر فادحة تزيد يوماً بعد يوم بأضعاف كبيرة، وذلك - حتماً - يؤثر في مستوى الإقبال على هذا النوع من الأنشطة التجارية ويزيد من مخاوف الأطراف أثناء التعاملات والتعاقدات الإلكترونية، إضافة إلى أن الجرائم الإلكترونية تتسم بخصائص تميزها عن الجرائم التقليدية فيزيد ذلك من صعوبة مكافحتها وملاحقة مرتكبيها، حيث وبمقارنة بسيطة نجد أنه خلال عشرين عاماً انتشرت الجرائم الإلكترونية بصورة كبيرة، ففي الوقت الذي يشير تقرير مركز شكاوى احتيال الإنترنت الأمريكي أن عدد الشكاوى التي تلقاها المركز في العام ٢٠٠٢م قد بلغت (٦٠٨٧) شكوى، منها (٥٢٧٣) شكوى تتعلق باختراق الكمبيوتر عبر الإنترنت، و(٨١٤) شكوى تتعلق بوسائل الدخول والاقترام الأخرى كالدخول عبر الهاتف أو الدخول المباشر إلى النظام^(١)، بشكل مادي، وسجلت تلك الجرائم خسائر متصلة بهذه الشكاوى بلغت ما يقارب (٦،٤) ملايين دولار. منها (٢٢٪) نجمت عن شراء منتجات عبر الإنترنت دون أن يتم تسليم البضاعة فعلياً للمشتريين، و(٥٪) منها نشأت عن احتيال بطاقات الائتمان^(٢)، بينما بلغ عدد الشكاوى التي قدمت للمركز في العام ٢٠١٠م (٣١٤٢٤٦) شكوى، ارتفعت في العام ٢٠١١م بنسبة (٤،٣٪) فبلغت أكثر من (٣٢٤٩٣٠) شكوى^(٣)، وهو رقم يزيد عن عدد الشكاوى التي قدمت في العام ٢٠٠٢م بأكثر من (٥٣)

(١) النظام هو: عبارة عن جهاز أو مجموعة من الأجهزة أو الأجزاء المرتبطة أو المتصلة مع بعضها أو ذات علاقة، والتي يقوم واحد منها أو أكثر وفقاً لبرنامج معين بوظيفة المعالجة الآلية للبيانات. الاتفاقية العالمية (الأوروبية) لجرائم الكمبيوتر لعام ٢٠٠١م، المادة (١).

(٢) عرب، يونس. جرائم الكمبيوتر والإنترنت، ورقة عمل قدمت إلى مؤتمر الأمن العربي ٢٠٠٢م - تنظيم المركز العربي للدراسات والبحوث الجنائية - أبوظبي ١٠-١٢/٢/٢٠٠٢م، ص ٢.

(٣) الاحتيال الإلكتروني كلف الأمريكيين (٤٨٥) مليون دولار في ٢٠١١م، مقال نشره تلفزيون الشرق على موقعه في شبكة الإنترنت (www.alsharqiya.com) بتاريخ ١٩/٥/٢٠١٢م.

ضعفًا، أيضاً تتزايد معدلات الخسارة بسبب هذه الشكاوى بشكل كبير فبلغت عام ٢٠٠٨م مبلغ (٢٧٩,٥) ملايين دولار، وزادت الخسارة إلى الضعف في عام ٢٠٠٩م فبلغت (٥٥٩) مليون دولار^(١) أي بمعدل يزيد عليها في العام ٢٠٠٢م بأكثر من (١٢٤) ضعفاً، وبمقارنة ذلك بحجم الجرائم الإلكترونية التي سجلت في أمريكا في العام ٢٠٢٢م (٥٣) مليون جريمة بزيادة على العام ٢٠١٩ بنسبة (٣٥٨٪) وبلغت خسائر الجرائم الإلكترونية حول العالم (٧٨٧٦٧١) دولاراً في الساعة الواحدة، وهي أرقام تعكس مدى خطورة هذه الجرائم على العالم بأسره، خاصة وأن أغلب دول العالم لا تمتلك التقدم التكنولوجي الذي يمكنها من حماية التعاملات الإلكترونية فيها وتأمين المعلومات ليعمل على تقليل الخسائر وذلك كله يزيد من خطورة الجرائم الإلكترونية على أمن التعاملات الإلكترونية والتجارة الإلكترونية على وجه الخصوص، وحتى على مستوى الدول الغنية حيث تشير إحصائية سعودية - على سبيل المثال - إلى أن (١٣٨٦٦) جريمة إلكترونية قد رصدت من قبل السلطات في العام ٢٠٢٢م، كان أبرزها ابتزاز الكتروني، واحتيال إلكتروني، وسرقة إلكترونية، واختراق، وتضاعفت في الأردن بقدر (٦) أضعاف عنها في العام ٢٠١٥م لتصبح في العام المنصرم ٢٠٢٣م أكثر من (١٦) ألف جريمة إلكترونية، وتشير بعض الدراسات إلى أن خسائر الجرائم الإلكترونية سوف تكون في العام ٢٠٢٥ أكثر من (١٠) تريليون دولار وأن هذه الجرائم تزداد بنسبة (١٥٪) سنوياً، وهذه أرقام مخيفة خاصة وأن المجرم يستطيع ارتكاب جريمته عن بعد وذلك يشكل صعوبة في ملاحقته أمنياً، وهو الأمر الذي جعلنا نسلط الضوء في دراستنا هذه على هذا النوع من الجرائم والتي سوف نفضلها في هذه الدراسة من خلال تقسيم الدراسة إلى مطلبين، نخصص المطلب الأول للحديث عن تعريف الجريمة الإلكترونية وخصائصها، ونتحدث في المطلب الثاني عن الأداة المستخدمة في ارتكاب الجريمة الإلكترونية.

(١) (٥٥٩) مليون دولار تكبدها الأمريكيون في ٢٠٠٩م بسبب جرائم الاحتيال عبر الانترنت، نقلًا عن سان فرانسيسكو الألمانية مقال منشور على شبكة الإنترنت (www.swalif.net) بتاريخ ٦ / ٤ / ٢٠١٠م.

المطلب الأول

تعريف الجريمة الإلكترونية وخصائصها

تعريف الجريمة الإلكترونية؛

لا يخرج مفهوم الجريمة الإلكترونية^(١) بشكل عام عن وصف الجريمة التقليدية إذ أن كل فعل يرتكب بالمخالفة للقانون يعتبر جريمة، وبذا فإن الجرائم الإلكترونية هي أفعال ترتكب بالمخالفة للقوانين المتعلقة بتجريم بعض الأفعال الإلكترونية. لكن الاختلاف بين الجريمة التقليدية والجريمة الإلكترونية يتمثل في اختلاف أداة تنفيذ هذه الأخيرة، فبينما يستخدم الجاني لتنفيذ الجرائم العادية أو الجرائم التقليدية أدوات صناعية تساعد على ارتكاب الجريمة كالأسلحة وأدوات فتح الأبواب والخزائن وغيرها، فإن الجاني في الجريمة الإلكترونية يستخدم أدوات ليست بالمعاول ولا بالأسلحة أو المفكات، بل أدوات إلكترونية تقترب في صفاتها من صفات المعلومات والبيانات والمواقع الإلكترونية.

كما تختلف الجرائم الإلكترونية عن الجرائم التقليدية في أن الجرائم الإلكترونية تعدد نتائجها مع اتحاد موضوعها بعكس الجرائم التقليدية التي تتنوع نتائجها بتنوع موضوعاتها، فبينما نجد أن الجرائم التقليدية تتركز نتائجها على مواضيع متعلقة بتلك النتائج مثل السرقة تتعلق بموضوع المال والقتل ويتعلق بموضوع النفس البشرية وما دون النفس، ويتعلق موضوع السرقة بمحلها وهو المال، وموضوع القتل بمحلها وهي النفس، وغيرها من الجرائم التقليدية، نجد في الجرائم الإلكترونية تعدد النتائج وصور الجرائم إلى جرائم عديدة منها ما يتعلق بالشرف ومنها ما يتعلق بالمال ومنها ما يتعلق بالإرهاب وغيره بينما موضوع هذه الجرائم كاملة مرده واحد وهو التلاعب بالمعلومات فقط.

(١) يطلق عليها البعض اسم جرائم التقنية العالية أو جرائم تقنية المعلومات (Cyber Crime) كما في قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي رقم ٢ لسنة ٢٠٠٦م، ويطلق عليها البعض تسمية جرائم أصحاب الياقات البيضاء (White Collar) www.alsharq.net.sa. كما يسميها آخرون بجرائم الكمبيوتر والإنترنت www.f-law.net، كما أطلق عليها مصطلح جرائم الإنترنت (Internet Crimes) في مؤتمر جرائم الإنترنت الذي انعقد في استراليا للفترة من ١٦ - ١٧/٢/١٩٩٨م. إلا أن مصطلح الجرائم الإلكترونية يعد أكثر شمولاً من مصطلح جرائم الإنترنت لأن في بعض الحالات قد ترتكب جرائم واقعة على المعلومات الرقمية أو الإلكترونية دون استخدام شبكة الإنترنت، كسرقة وتدمير بعض المعلومات من جهاز الكمبيوتر، أو وقوع جريمة إلكترونية عبر شبكة ربط واتصال داخلية (local area network) كشبكة الـ«الإنترنت» أو باستخدام بعض أجهزة الاتصال المحمولة التي تستطيع الاتصال مع بعضها بدون رابط شبكي يربط بعضها البعض عن طريق إحدى شركات الاتصال وغيرها.

لم يرد في غالب القوانين^(١) تعريف محدد لوصف الجريمة الإلكترونية لكن الفقه بدوره قد وضع ماهية هذا النوع من الجرائم وفي ذلك عرف الفقيه الألماني «تيدمان» (Tiedemann) الجريمة الإلكترونية أو جريمة المعلوماتية على أنها تشمل كل أشكال السلوك غير المشروع الذي يرتكب باستخدام الحاسب الآلي (الكمبيوتر)^(٢).

كما عرفها الفقيه الفرنسي (Leslie D. Ball) على أنها: كل فعل إجرامي يستخدم الحاسوب فيه كأداة رئيسية.

أما الفقيه (Totty et hardcastle) فيعرفها على أنها تلك الجرائم التي يكون قد وقع في مراحل ارتكابها بعض العمليات الفعلية داخل نظام الحاسب، وبعبارة أخرى هي الجرائم تلك الجرائم التي يكون دور الحاسب فيها إيجابياً أكثر منه سلبياً^(٣).

كما أن غالب الفقه العربي يعرف هذه الجرائم على أنها: تلك الجرائم التي لا تعرف الحدود الجغرافية والتي يتم ارتكابها بأداة هي الحاسب الآلي (computer) عن طريق شبكة الإنترنت وعن طريق شخص على دراية فائقة بها^(٤).

غير أننا نلاحظ على هذا التعريف ما يلي:

١. أنه تضمن وصفاً للجريمة الإلكترونية أكثر من تضمنه تحديداً واضحاً لمفهومها، فمن المعروف أن الجريمة لا ترتبط أو تتقيد بحدود ومساحات جغرافية لبلد معين، إذ أنها جرائم لا وجود مادي لها، لكن التعريف لم يبين ماهية الجريمة الإلكترونية، وما هو الفعل الذي يمكن أن يوصف ارتكابه بالجريمة الإلكترونية.

٢. اشترط التعريف السابق لقيام جريمة الإنترنت ارتكاب الجريمة بواسطة شخص يتمتع بدراية فائقة بالإنترنت والكمبيوتر، وذلك يضيق من وصف جريمة الإنترنت إذ أنه

(١) أوردت بعض القوانين تعريفاً لمعنى الجريمة الإلكترونية مثل القانون السعودي الذي أورد في المادة الأولى من المرسوم الملكي رقم م/١٧ لسنة ١٤٢٨ هـ بشأن نظام مكافحة جرائم المعلوماتية تعريفاً للجريمة الإلكترونية تحت مسمى جريمة المعلوماتية يعرفها على أنها: (أي فعل يرتكب متضمناً استخدام الحاسب الآلي أو الشبكة المعلوماتية بالمخالفة لأحكام هذا النظام)، ونلاحظ أن القانون السابق لم يخرج عن قول الفقهاء في تعريفه لجريمة المعلوماتية أو الجريمة الإلكترونية في اعتبار الحاسب الآلي (الكمبيوتر) أداة رئيسة لارتكاب مثل هذه الجرائم.

(٢) قارة، آمال. الجريمة المعلوماتية، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة الجزائر، الجزائر، ٢٠٠٢م، ص ١٨.

(٣) المرجع السابق، ص ١٨.

(٤) الجنبيهي، منير محمد. الجنبيهي، ممدوح محمد، جرائم الإنترنت والحاسب الآلي ووسائل مكافحتها، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٦م، ص ١٣.

من حيث الأصل ينفي الجريمة عن الشخص الذي ارتكبها بالصدفة، أو كان على غير دراية بالشبكة أو ارتكبها بواسطة شخص آخر له دراية بالإنترنت أو الكمبيوتر في حين أن كافة التشريعات تتفق على عدم اشتراط الخبرة لوصف الفعل بالجريمة إذا توافرت كافة أركان قيامها من الركن المادي والركن المعنوي والنص المجرم للفعل، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى أنه أصبح بالإمكان الاتصال بشبكة الإنترنت بواسطة أجهزة أخرى غير الحاسوب مثل أجهزة التلفزيونات والهواتف السيارة^(١)، كما أن الجريمة قد ترتكب من غير وجود شبكة الإنترنت كالاعتداء على ممتلكات الغير المخزنة في جهاز الحاسوب الشخصي الخاص به، وبالتالي فإن وجود مثل هذا الشرط في التعريف يضيق من نطاق وصف الفعل المرتكب عبر شبكة الإنترنت بالجريمة حتى وإن توافرت أركان قيام الجريمة الثلاثة المذكورة سابقاً.

التكييف القانوني للجرائم الإلكترونية:

انقسم الفقه بشأن التكييف القانوني للجرائم الإلكترونية إلى قسمين:

القسم الأول: يرى فقهاء هذا القسم^(٢) أن المعلومات والبرامج الموجودة على جهاز الحاسوب ما هي إلا عبارة عن طاقة كهربائية، وبالتالي فإن تنظيمها يدخل ضمن الأحكام التي تنظم الطاقة الكهربائية، ويتم التعامل معها على هذا التصنيف بصفقتها أموالاً منقولة، فتسري عليها أحكام القوانين الجنائية وقوانين العقوبات الخاصة بالأموال المنقولة، وتشمل الطاقة الكهربائية الإشعاعات والبرامج والمعلومات الموجودة داخل جهاز الحاسوب، ومن هذه القوانين القانون العراقي والأردني والليبي الذي نص هذا الأخير في المادة (٤٤٤) عقوبات على أنه: (يعد في حكم المنقولات في قانون العقوبات الطاقة الكهربائية وجميع أنواع الطاقة ذات القيمة الاقتصادية)^(٣).

(١) سارعت بعض التشريعات إلى تلافي هذه الثغرة فعرفت جهاز الحاسوب تعريفاً واسعاً ليشمل أي جهاز إلكتروني يمكنه أن يؤدي وظائف إلكترونية مثل التشريع السعودي الذي أورد تعريف الحاسب الآلي على أنه: أي جهاز إلكتروني ثابت أو منقول، سلكي أو لا سلكي، يحتوي على نظام معالجة البيانات أو تخزينها، أو إرسالها، أو استقبالها، أو تصفحها يؤدي وظائف محددة بحسب الأوامر والبرامج المعطاة له. المرسوم الملكي السعودي رقم م/١٧ لسنة ١٤٢٨هـ بشأن نظام مكافحة جرائم المعلوماتية، المادة (٦/١).

(٢) الهيتي، محمد حماد مدهج. الصعوبات التي تعترض تطبيق نصوص جريمة السرقة على برامج الحاسب الآلي، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد ٢٠، ذي القعدة ١٤٢٤هـ، يناير ٢٠٠٤م، ص ٨٩.

(٣) قانون العقوبات الليبي لسنة ٢٠٠٨م، المادة (٤٤٤).

القسم الثاني: يرى أن هذه الجرائم تتميز بالحدثة وبالتالي لا يمكن تصنيفها على أنها أموال منقولة، إذ أنها أقرب ما تكون إلى الحقوق الفكرية والذهنية منها إلى الأموال المنقولة، وقد أيدت كثير من التشريعات هذا الرأي ودرجت على أفراد قوانين خاصة لتنظيم هذه الجرائم، مثل القانون المصري والإماراتي والسوداني وغيرها.

ولعل ما ذهب إليه القسم الثاني هو الأرجح، فقد ظهرت الجرائم الإلكترونية بكيانها المستقل عن جرائم الأموال ومميزاته الخاصة التي جعلت المشرعين يضعون ذلك في حساباتهم عند وضع القواعد المنظمة لأحكام هذه الجرائم باعتبارها جرائم مستقلة لها محيطها الخاص وقالبها القانوني الخاص.

خصائص الجريمة الإلكترونية:

تتمتع جرائم الإنترنت أو الجريمة الإلكترونية بعدة خصائص تميزها عن الجرائم العادية تجعلها تحتاج بالضرورة لتنظيم خاص يتوافق مع سمات هذه الخصائص، ومن أهم خصائص الجرائم الإلكترونية التالي:

١. من الجرائم الذكية: فلا يمكن للشخص العادي الذي لا يمتلك الخبرات والمهارات في استعمال والتعامل مع أجهزة الحواسيب وشبكة الإنترنت أن يقوم بارتكاب هذه الجرائم، ولكن نلاحظ أن هذه الخاصية لا تنفي الجريمة عن الشخص الذي يفتقر إلى الخبرة في التعامل مع جهاز الحاسوب والشبكة إذا توافرت أركان قيام الجريمة، إنما قد تكون نوعاً من أنواع الحماية الذاتية للتعاملات الإلكترونية بين الأطراف.
٢. جرائم حديثة: فوجودها نتيجة لتطور تكنولوجيا المعلومات ومرتبطة بها إذ أن الجريمة الإلكترونية لا تقع على أشياء مادية ولا يكون موضوعها إلحاق الضرر بالموجودات الفيزيائية، إنما تعتبر البرامج الإلكترونية وأنظمة المعلومات والبرامج الحاسوبية وشبكة الإنترنت هي مسرح هذه الجرائم، كما أنها جرائم متنوعة عديدة لا يمكن حصرها وإن كانت بعض التشريعات قد أدرجت تسميات لبعض الجرائم الإلكترونية، إلا أنه لا يمكن في الواقع حصر هذه الجرائم والسبب في ذلك كما ذكرنا يعود إلى ارتباط هذه الجرائم بتكنولوجيا المعلومات وتطور الاتصالات التي لا يكاد يمر بعض الزمن حتى نسمع بتكنولوجيا حديثة ظهرت للبشرية.
٣. جرائم الحاسوب والإنترنت من الجرائم الخطيرة: ونقصد بذلك مدى عواقب هذه الجرائم وتناجها ليس على المجني عليه أو الشخص المتضرر جراء ارتكاب هذه

الجرائم فحسب، بل على المجتمع ككل خاصة مع ازدياد توجه الدول بكافة مؤسساتها للتعامل الإلكتروني واعتمادها الكلي على شبكة الإنترنت لتسيير مرافق الحياة فيها، وبالتالي فإن الجرائم الإلكترونية تشكل تهديداً لكافة مرافق الحياة بالدولة، فقد أظهرت نتائج الإحصائيات التي أجرتها الجمعية الأمريكية للأمن الصناعي الأمريكي الخسائر التي قد تسببها جرائم الحاسب الآلي للصناعات الأمريكية قد وصلت إلى ثلاثة وستين بليون (٦٣,٠٠٠,٠٠٠,٠٠٠) دولار أمريكي في العام ١٩٩٨م، وأن ما يمكن تقدير نسبته ب(٢٥٪) من الشركات الأمريكية تتضرر من جرائم الحاسب الآلي، وأظهرت دراسة أخرى أجرتها منظمة (Business Software Alliance) أن خسائر المملكة العربية السعودية التي تسببت فيها الجرائم الإلكترونية أو جرائم الإنترنت بلغت في العام ١٩٩٨م ثلاثين مليون (٣٠,٠٠٠,٠٠٠) دولار^(١).

٤. جرائم بعيدة عن المراقبة الأمنية: ونقصد بذلك قصور الأجهزة الأمنية في توفير الحماية اللازمة للمعلومات الإلكترونية، وهذا القصور يرجع لعوامل عديدة كطبيعة شبكة الإنترنت التي تعتبر منطقة بلا قانون من جهة، ومتطلبات الخبرة والمهارة اللازمتين لدى أجهزة الدولة لحماية المعلومات من جهة أخرى، خاصة وأن الجرائم الإلكترونية من الجرائم التي لا تترك أي أثر مادي وراءها يستدل به على مرتكبها، أضف لذلك أن الجرائم الإلكترونية جرائم لا يمكن التنبؤ بها (can't be predicted) وذلك يجعل من مهمة وضع التدابير الاحترازية لحماية المعلومات والتعاملات الإلكترونية أمراً في غاية الصعوبة، فكثيراً ما نسمع عن خسائر كبيرة تكبدتها الدول العظمى جراء الجرائم الإلكترونية رغم التقدم التكنولوجي الذي تعيشه هذه الدول، كما أن الجرائم الإلكترونية توفر لمرتكبها الأمان من ناحيتين، الأولى: عدم الحاجة لاستخدام القوة أو العنف والمخاطرة أو الانتقال إلى مسرح الجريمة لإتمامها، فيمكن ارتكاب جريمة إلكترونية في الولايات المتحدة الأمريكية بواسطة شخص يوجد في روسيا دون الحاجة لانتقال الجاني لأراضي الولايات المتحدة الأمريكية، وهذا ما يشكل صعوبة حقيقية في ملاحقة الجاني. الثانية: تتمثل في الفارق الزمني المناسب الذي يحصل عليه الجاني بين ارتكاب جريمته وبدء ملاحقته، فالكثير من الجرائم الإلكترونية لا يتم اكتشافها إلا عن طريق الصدفة لعدم معرفة الأطراف والجهات ذات العلاقة

(١) الجنبيهي، ممدوح. والجنبيهي، منير. مرجع سابق، ص، ١٩. أيضاً: جرائم الانترنت من منظور شرعي وقانوني، بحث منشور على شبكة الإنترنت على الرابط: www.adawy.baVr.org/t819-topic، فبراير، ٢٠١١م.

كالأجهزة الأمنية وغيرها بوقوع الجريمة، أو لعدم معرفة الجاني أو المجني عليه، أو بعد مدة زمنية من ارتكابها، يكون الجاني خلالها قد استفاد منها في ارتكاب جرائم أخرى أو تأمين نفسه من الملاحقة الأمنية^(١).

٥. جرائم متنوعة: فلا تتخذ الجرائم الإلكترونية مسلكاً معيناً ليتم تصنيفها على أساسه^(٢)، بل تتنوع هذه الجرائم فمنها ما يقع على الشخص كالقذف والسب والتشهير والتهديد والاستدراج وغيرها، ومنها ما يقع على الأموال كالسرقة والاختلاس وتزوير المستندات، ومنها ما يقع على المجتمع كالمساس بالنظام العام والقيم أو المعتقدات الدينية أو الإرهاب الإلكتروني أو الترويج للبغياء وغيرها. كما أن الجرائم الإلكترونية تعتبر جرائم متنوعة الدوافع أيضاً فقد ترتكب هذه الجرائم لدوافع شخصية كإحساس مرتكبها بالقوة وبقدرة الذات على اختراق المواقع وتدميرها أو العبث بمحتوياتها رغبة في تحقيق الذات والقدرات الذهنية، أو الحقد والكراهية أو الانتقام أو غيرها من الدوافع، أو كمحاولة لكسب المال، أو لدوافع خارجية كالرغبة في الانتقام أو التهديد أو غيرها، كما أن هذه الجرائم تتنوع في صورها أيضاً كالدخول غير المشروع والسرقة أو الإتلاف أو التجسس أو الاحتيال أو تدمير البيانات أو نقلها وغيرها.

(١) في كثير من الجرائم الإلكترونية لا يتم التعرف على الجاني، وبالتالي تصبح إمكانية ملاحقته قضائياً أمراً صعباً مثل ما يحدث في القنوات الفضائية التجارية التي نسمع كثيراً عن إعلانها بوجود تشويش متعمد على باقاتها بقصد قطع الإرسال أو تقليل جودته من دون أن يتم التعرف على الجاني ولا تحديد موقعه.

(٢) فالجرائم الإلكترونية كما ذكرنا تتنوع لجرائم ضد الأشخاص وجرائم ضد الحكومات وجرائم ضد الأموال والنوع الأخير هو ما يهمننا في دراستنا هذه التي تعتبر مع الجرائم الإلكترونية من أهم معوقات ومهددات قيام التجارة الإلكترونية وازدهارها، ذلك لأن الجرائم الإلكترونية المتعلقة بالأموال تهدد رؤوس أموال التجار والمتعاقدين، كما تهدد اقتصاديات البلدان بشكل عام، ومن أمثلة هذه الجرائم: سرقة معلومات الحاسب، قرصنة البرامج وسرقتها، سرقة أدوات التعريف والهوية عبر انتحال هذه الصفات أو المعلومات داخل الحاسب، تزوير البريد الإلكتروني أو الوثائق والسجلات والهوية، جرائم المقامرة، تملك وإدارة مشروع مقامرة على الانترنت، الحيازة غير المشروعة للمعلومات، إفشاء كلمة سر الغير، إساءة استخدام المعلومات، نقل معلومات خاطئة، أنشطة اقتحام أو الدخول أو التوصل غير المصرح به مع نظام الحاسب أو الشبكة، خلق البرمجيات الخبيثة والضارة ونقلها عبر النظم والشبكات، استخدام اسم النطاق أو العلامة التجارية أو اسم الغير دون ترخيص، إدخال معطيات خاطئة أو مزورة إلى نظام حاسب، التعديل غير المصرح به في الكمبيوتر أو مهام نظم الحاسب الأدينية، أنشطة إنكار الخدمة أو تعطيل أو اعتراض عمل النظام أو الخدمات، أنشطة الاعتداء على الخصوصية، استخدام الحاسب للحصول على البطاقات المالية أو استخدامها للغير دون ترخيص أو تدميرها، الاختلاس عبر الحاسب أو بواسطته، استخدام الانترنت لترويج الكحول ومواد الإدمان للقصر. وغيرها من الجرائم التي لا حصر لها وتعتمد بصفة أساسية على الذكاء أو الخبرة في مجال المعلوماتية في ارتكابها ودراية التعامل مع الكمبيوتر أو الإنترنت. العادلي، محمود صالح. الفراغ التشريعي في مجال مكافحة الجريمة الإلكترونية، جامعة الأزهر الشريف، القاهرة، ٢٠٠٩م، ص ٧.

المطلب الثاني

الأداة المستخدمة في ارتكاب الجريمة الإلكترونية

من خلال التعريف المذكور في المطلب الأول وجدنا أن أيضاً كالدخول غير المشروع والسرققة أو الإتلاف أو التجسس أو الاحتيال أو تدمير البيانات أو نقلها وغيرها.

٣. كما أن التعريف السابق - يسانده آخرون^(١) - يذهب إلى القول بأن الجناة الإلكترونيين - إن جاز التعبير - يعتمدون على الأجهزة الإلكترونية عند ارتكاب جرائمهم، وبناء عليه فإن جهاز الحاسوب يعتبر أداة تنفيذ الجرائم الإلكترونية أو جرائم المعلوماتية، ولكن نلاحظ على هذا القول الآتي:

١. إن الجرائم الإلكترونية تعتبر من الجرائم «اللامادية» أو الافتراضية وبالتالي لا يتطابق استخدام أدوات مادية لتنفيذ هذه الجرائم.

٢. لا بد لتنفيذ الجريمة الإلكترونية من الارتباط بشبكة الإنترنت بحسب التعريف السابق، وبالتالي فإن الأداة هنا تصبح الشبكة أو الاتصال بالشبكة وليس الحاسوب.

٣. القول بأن الحاسوب أداة ارتكاب الجرائم الإلكترونية يخل بتعريف الجرائم الإلكترونية نفسها؛ إذ أن الحاسوب قد يستخدم لارتكاب جرائم أخرى ليست جرائم إلكترونية مثل جريمة التزوير التقليدية المنصوص عليها في القوانين الوطنية التي تختلف عن جريمة التزوير المعلوماتية أو الإلكترونية، فعلى الرغم من أن الحاسوب يستعمل في تنفيذ كل من هاتين الجريمتين، إلا أن جريمة التزوير المعلوماتية لا تتم أو تقوم إلا إذا تعلق بإدخال أو إتلاف أو محو أو تحوير المعطيات أو المعلومات والبيانات أو البرامج الإلكترونية أو برامج الحاسوب وأثرت على المجرى الطبيعي لمعالجة البيانات والإعدادت من قبيل جرائم التزوير التي نصت عليها القوانين الجنائية الوطنية كتزوير البطاقة الشخصية أو جوازات السفر حتى وإن استخدم الحاسوب أداة لتنفيذها.

(١) الرزو، حسن مظفر. المفاهيم المعلوماتية لجرائم الفضاء الافتراضي بالحاسوب، مجلة الشريعة والقانون، جامعه الإمارات العربية المتحدة، العدد ١٦ شوال ١٤٢٢هـ، يناير ٢٠٠٢م. ص ٢٤٢. وذهب البعض في تعريف الجريمة الإلكترونية إلى جعل الحاسوب مرتكزاً لقيامها فعرّفها على أنها: فعل إجرامي يستخدم الكمبيوتر في ارتكابه كأداة رئيسية. خالد، بوكثير. الجرائم المعلوماتية، مذكرة نهاية تدريب، المنظمة الجهوية للمحامين، سطيف، ٢٠٠٦م، ص ٦٥.

٤. إشارة مؤتمر الأمم المتحدة الثامن لمنع الجريمة ومعاملة السجناء إلى أن جهاز الكمبيوتر يستعمل لتخزين بيانات قد تكون في غاية الأهمية السياسية أو الاقتصادية أو الشخصية أو غيرها، وإلى أن الاعتداء على جهاز الكمبيوتر بالنفوذ إلى نظامه وبياناته أو برامجه ومن ثم استعمالها أو مراقبتها أو التدخل فيها بأي شكل بدون إذن يعد سلوكاً إجرامياً، ومن ذلك فإن جهاز الحاسوب يعتبر بمثابة الحرز الذي يفصل بين تكييف وتصنيف الأفعال الواقعة على محتوياته وتجريمها من عدمه.

٥. ما ذكره البعض^(١) بشأن مواصفات مرتكبي جرائم تكنولوجيا المعلومات بضرورة توافر ثلاثة شروط أساسية في الشخص المرتكب للجريمة الإلكترونية، وهذه الشروط هي:

أ. المعرفة (Knowledge): بأن يكون الشخص على علم ودراية كاملة باستخدام الحاسوب وتفاصيل برامجه ولاسيما نقاط الضعف في الأنظمة المطبقة والبرامج المثبتة عليه.

ب. القدرة على اختراق وسائل التخزين (Access): لاسيما تلك التي لا تحتوي على أنظمة حماية كتشفير لبياناتها أو إخفاء أو نحوه.

ج. القابلية على استخدام الوسائل (Resources): كوسائل الاتصال وأدوات التشفير وفك التشفير وغيرها.

ومما سبق نخلص إلى أن الحاسوب لا يعتبر أداة تنفيذ الجرائم الإلكترونية بيد أنه يعتبر أداة اتصال بشبكة الإنترنت، وبالتالي فإن أداة ارتكاب الجرائم الإلكترونية تعتبر افتراضية كالجريمة نفسها وتتمثل بالمهارات والخبرات ولذلك نجد أن هذه الجرائم لا ترتكب إلا من أصحاب المهارات وذوي الخبرات العالية في التعامل مع الشبكة وأجهزة الحواسيب، إذ وعلى عكس ما هو الحال عليه في ارتكاب الجرائم التقليدية التي تصبح ممكنة إذا توافرت نية الجاني للإجرام وأداة التنفيذ والضحية أو المجني عليه، على عكس ذلك لا تسلم شبكة الإنترنت من المستخدمين والمتصفحين الذين تولدت لديهم نية الإجرام بالدخول إلى المواقع المملوكة للغير بطرق غير قانونية أو اختراق^(٢) المواقع

(١) الطائي، جعفر حسن جاسم. جرائم تكنولوجيا المعلومات، رؤية جديدة للجريمة الحديثة، الطبعة الأولى، دار البداية، ٢٠٠٧م، عمان، ص ١٥١، ١٥٢.

(٢) الاختراق: قيام شخص أو أكثر بمحاولة الوصول إلى جهاز خاص أو شبكة خاصة عن طريق شبكة الإنترنت باستخدام برامج متخصصة لفك الرموز والكلمات السرية وكسر حواجز الحماية الأمنية، واستكشاف

المالية وسرقة الأموال، وغيرها من الأفعال المجرمة، وعلى افتراض القول السابق أن الحاسوب هو أداة لتنفيذ الجريمة فنجد أنه وعلى الرغم من وجود نية الإجرام وتوافر أداة التنفيذ وهي الحاسوب إلا أن الجاني لا يستطيع ارتكاب أي جريمة معلوماتية افتراضية إذا انعدمت الأداة الحقيقية لتنفيذ الجريمة وهي الخبرة أو المهارة اللازمة لكسر حماية المواقع أو اختراقها، ومن ثم القرصنة عليها^(١).

ونخلص مما سبق إلى إمكانية تعريف الجريمة الإلكترونية على أنها: ارتكاب فعل بالمخالفة للقانون عن طريق موقع إلكتروني أو نظام معلوماتي.

والموقع الإلكتروني هو: مكان إتاحة المعلومات على الشبكة المعلوماتية^(٢)، والمعلومات الإلكترونية هي: كل ما يمكن تخزينه ومعالجته وتوليده ونقله بوسائل تقنية المعلومات وبوجه خاص الكتابة والصور والأصوات والأرقام والحروف والرموز والإشارات وغيرها^(٣)، أما النظام المعلوماتي (Information system) فهو عبارة عن: مجموعة

مواصفات ضعف الجهاز، أو الشبكة، من خلال بوابات عبور للوصول إلى الملفات أو البرامج، وعند اختراق أجهزة الحواسيب الخاصة يظهر ذلك عليها بعلامات تؤثر على تشغيلها أو أداؤها مثل: عرض صور مفاجئة على الشاشة أو تغيير إعدادات الشاشة نفسها، فتح وغلق باب مشغل القرص المضغوط (CD-Room)، توقف حركة معينة أو تغيير شكل معين أو الحركة العشوائية لمؤشر الفأرة (Mouse)، عرض رسائل أو نوافذ على الشاشة أو إغلاق رسائل أو نوافذ مفتوحة، تغيير إعدادات التحكم بالصوت، حركة القرص الصلب (HardDisk) لرفع ملفات إلى الشبكة أو لتنزيل ملفات إليه من الشبكة (Upload or download data and files) أو حذف ملفات من القرص نفسه. بسيوني، عبد الحميد. طرق وبرامج الهاكرز وقرصنة المعلومات، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٤م. ص ٢٩-٣١.

(١) ولهذا السبب يقول خبراء مكافحة الجرائم الإلكترونية أن أفضل وسيلة للتعرف على الأشخاص ذوي الميول الإجرامية هي تحليل وتقييم مهاراتهم ومعرفتهم وخبراتهم الفريدة في مجال علوم الحاسوب وتكنولوجيا المعلومات، والتي يتميز معها مقترفو جرائم الحاسوب أو الجرائم الإلكترونية عن باقي المجرمين التقليديين. الطائي، جعفر حسن جاسم، مرجع سابق، ص ١٥٢.

(٢) القانون الاتحادي الإماراتي في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات رقم ١ لسنة ٢٠٠٦م، المادة (١)، وقانون جرائم المعلوماتية السوداني لسنة ٢٠٠٧م، المادة (٣). إلا أن القانون السوداني قد أضاف إلى التعريف السابق عبارة: (من خلال موقع محدد)، ولعل المشرع السوداني بذلك يشترط سوء النية في الجاني وقصد ارتكاب الفعل المخالف للقانون، وعلى الرغم من ذلك فالقانون السوداني لم يورد توضيحاً يفسر معنى عبارة (من خلال عنوان محدد) فإذا كان القصد من ذلك اشتراط وجود عنوان محدد للمجني عليه في شبكة الإنترنت، فإنه - أي القانون - قد ضيق من تجريم الأفعال التي ترتكب على شبكة الإنترنت ويمكن أن تلحق ضرراً بالآخرين لمجرد أن الجاني لم يدخل عناوين هؤلاء الأشخاص، وأنه لا يوجد لديهم عنوان محدد على شبكة الإنترنت، أما إن كان القصد غير ذلك بمعنى أن الفعل يعد جريمة إن ارتكب بالمخالفة للقانون على أي عنوان داخل شبكة الإنترنت، حتى ولو لم يكن هذا العنوان يتعلق بالشخص المضروب أو يتبع له، فإن هذه العبارة لا تحقق أي قيمة قانونية والسبب أنه لا يمكن ارتكاب الجريمة الإلكترونية على أحد المواقع الإلكترونية إلا من خلال عنوان إلكتروني معين.

(٣) إبراهيم، حسني عبد السمیع، الجرائم المستحدثة عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١م، ص ٦١.

برامج وأدوات معدة لمعالجة وإدارة البيانات أو المعلومات أو الرسائل الإلكترونية ورسائل البيانات^(١) أو غير ذلك^(٢). والتعريف السابق يشمل تجريم الأفعال التي ترتكب بالمخالفة للقانون على شبكة الإنترنت، كما يتضمن أيضاً أي فعل مخالف للقانون يضر بنظام معلوماتي معين سواء كان على شبكة الإنترنت أو على جهاز إلكتروني حتى وإن لم يكن مرتبطاً بالشبكة، كالدخول غير المشروع لأجهزة الكمبيوتر المملوكة للغير أو كسر أنظمة حمايتها وتغيير أو تعديل أو سرقة المعلومات المخزنة عليها أو تدميرها، وغير ذلك من الجرائم المرتبطة بالبرامج والمعلومات الرقمية.

مسؤولية متعهد الوصول أو مزود الخدمة:

متعهد الوصول أو مزود الخدمة هو شخص طبيعي أو معنوي يقوم بدور فني لتوصيل المستخدمين (الجمهور) إلى شبكة الإنترنت بمقتضى عقود اشتراك تضمن توصيل العميل للمواقع التي يريدها^(٣).

كما تعرف اتفاقية «بودابست» بشأن الجريمة الإلكترونية مزود الخدمة بأنه: (أي هيئة عامة أو خاصة تقوم بتزويد المستخدمين بخدمه الاتصال عن طريق أنظمة الكمبيوتر أو أي هيئة تقوم بمعالجة أو تخزين بيانات الكمبيوتر نيابة عن خدمة الاتصال هذه أو مستخدم هذه الخدمة)^(٤).

(١) عرف القانون اليمني رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٦م بشأن أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الإلكترونية في المادة الثانية منه رسائل البيانات على أنها: (مجموعة من الأوامر والأرقام التي تحتاج إلى معالجة وتنظيم، أو إعادة تنظيم لكي تتحول إلى معلومات، وقد تأخذ شكل نص الاتفاقية أو أرقام أو أشكال أو رسومات أو صوراً أو تسجيل أو أي مزيج من هذه العناصر).

(٢) القانون الاتحادي الإماراتي في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات رقم ١ لسنة ٢٠٠٦م، والمادة (١) من قانون جرائم المعلوماتية السوداني لسنة ٢٠٠٧م، والمادة (٣). ويشمل النظام المعلوماتي كل وسيلة مخصصة لصناعة المعلومات أو لمعالجتها أو لتخزينها أو لعرضها أو لإتلافها، يتطلب تشغيلها الاستعانة بشكل أو آخر بالوسائل الإلكترونية، كما يعني أيضاً المعدات والألات المعلوماتية والحاسبات الآلية والبرامج وقواعد وبنوك المعلومات والملققات ومواقع الويب ومنتديات المناقشة والمجموعات الإخبارية وكل وسيلة معلوماتية أخرى مخصصة لصناعة أو لمعالجة أو تخزين أو لاسترجاع أو لعرض أو لنقل أو لتبادل المعلومات. عبد المطلب، ممدوح عبد الحميد. استخدام بروتوكول TCP/IP في بحث وتحقيق الجرائم على الكمبيوتر، الدليل الإلكتروني للقانون العربي (www.arablawninfo.com)، ص ٥.

(٣) إبراهيم، حسني عبد السميع. مرجع سابق، ص ٦٠.

(٤) any public or private entity that provides to users of its service the ability to communicate by means of computers system, and any other entity that processes or stores computer data on behalf of such communication service or users of such service. Convention on cybercrime .Budapest, 23 - 11-2001, article 1

وقد دار جدل فقهي حول مسؤولية مزود الخدمة عن الجرائم التي ترتكب على شبكة الإنترنت، فذهب رأي من الفقه إلى عدم تحمل مزود الخدمة لأية مسؤولية عما يجري على الشبكة، لقيامه فقط بدور فني يقتصر على توصيل الزبائن والعملاء بالشبكة، ويذهب رأي آخر إلى تحمل مزود الخدمة للمسؤولية القانونية على أساس قواعد المسؤولية المفترضة أو التوجيهية، إذ يتوجب عليه محو المعلومات أو البيانات غير المشروع تداولها وحماية المعلومات على الشبكة خاصة مع استطاعته مراقبة كل ما يجري على الشبكة عن طريقه وسهولة حجب المواقع التي يريد حجبها^(١)، وتدقيق النظر في هذا الأمر يجعل من متعهد الوصول أو مزود الخدمة بمنأى عن تحمل أي مسؤولية وذلك لعدم ارتكابه أي فعل مجرم قانوناً إذ لا تقوم جريمة دون ركنها المعنوي المتمثل بقصد الإضرار وارتكاب الفعل، ومجرد تسهيل مزود الخدمة لعملية وصول الجاني للإنترنت وربطه بالشبكة دون نية إضرار أو اتفاق جنائي لا يعد جريمة، فصانع الأسلحة لا يتحمل مسؤولية استخدامها غير القانوني، وشركات الاتصالات غير مسؤولة عن المكالمات التي يجريها عملاؤها، وإن المساءلة القانونية لمزود الخدمة عن مساعدته للجاني في ارتكاب الجريمة الإلكترونية ليس بصفته مزود خدمة أو متعهد وصول إنما بصفته شخصاً مشتركاً في الجريمة أو متفقا فيها.

الخاتمة:

في خاتمة هذه الدراسة توصلنا إلى عدة نتائج وتوصية نوصي بها المشرع اليمني كما يلي:

أولاً: النتائج

- ١- الجرائم الإلكترونية من الجرائم الوليدة والحديثة تسبب في وجودها وتطورها تطور وانتشار استخدام المعاملات الإلكترونية.
- ٢- تشكل الجرائم الإلكترونية خطورة على المعلومات والبيانات ومعالجتها أو الاستفادة منها بطرق غير قانونية.
- ٣- تعدد صور ارتكاب الجريمة الإلكترونية، ويصعب ملاحقة مرتكبيها أمنياً.
- ٤- تختلف الأداة المستخدمة في الجريمة الإلكترونية عن الأدوات التي يمكن أن تستخدم في الجرائم التقليدية.

(١) المرجع السابق، ص ٦١-٦٣.

ثانياً: توصية

من خلال مطالب ونتائج هذه الدراسة فإننا نوصي المشرع اليمني بسرعة سن قانون خاص بتجريم الأفعال الإلكترونية التي تسبب للغير ضرراً مادياً على نفسه أو ماله أو ضرراً أدبياً في سمعته أو غيره، حيث وأن المعاملات الإلكترونية باتت تشغل حيزاً كبيراً في المعاملات اليومية للأفراد سواء كانت تلك المعاملات تتعلق بشؤون المواطنين المدنية أو الإدارية أو التجارية.

قائمة المراجع:

أ. كتب ومؤلفات قانونية:

١. إبراهيم، حسني عبد السميع. الجرائم المستحدثة عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١م.
٢. الجنبهيه، منير محمد. الجنبهيه، ممدوح محمد، جرائم الإنترنت والحاسب الآلي ووسائل مكافحتها، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٦م.
٣. الرزق، حسن مظفر. المفاهيم المعلوماتية لجرائم الفضاء الافتراضي بالحاسوب، مجلة الشريعة والقانون، جامعه الإمارات العربية المتحدة، العدد ١٦ شوال ١٤٢٢هـ، يناير ٢٠٠٢م.
٤. العادلي، محمود صالح. الفراغ التشريعي في مجال مكافحة الجريمة الإلكترونية، جامعة الأزهر الشريف، القاهرة، ٢٠٠٩م.
٥. الطائي، جعفر حسن جاسم. جرائم تكنولوجيا المعلومات، رؤية جديدة للجريمة الحديثة، الطبعة الأولى، دار البداية، عمان، ٢٠٠٧م.
٦. الهيتي، محمد حماد مدهج. الصعوبات التي تعترض تطبيق نصوص جريمة السرقة على برامج الحاسب الآلي، مجلة الشريعة والقانون، جامعه الإمارات العربية المتحدة، العدد ٢٠، ذي القعدة ١٤٢٤هـ، يناير ٢٠٠٤م.
٧. بسيوني، عبد الحميد، طرق وبرامج الهاكرز وقرصنة المعلومات، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٤م.

٨. جرائم الانترنت من منظور شرعي وقانوني، بحث منشور على شبكة الإنترنت على الرابط: topic-www.adawy.bavv.org/t۱۹ (، فبراير، ۲۰۱۱م).
٩. خالد، بو كثير. الجرائم المعلوماتية، مذكرة نهاية تدريب، المنظمة الجهوية للمحامين، سطيف، ۲۰۰۶م.
١٠. عبد المطلب، ممدوح عبد الحميد. استخدام بروتوكول TCP/IP في بحث وتحقيق الجرائم على الكمبيوتر، الدليل الإلكتروني للقانون العربي (www.arablawinfo.com).
١١. قارة، آمال. الجريمة المعلوماتية، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة الجزائر، الجزائر، ۲۰۰۲م.

ب. قوانين واتفاقيات:

١٢. Convention on cybercrime Budapest, ٢٣-١١-٢٠٠١.
١٣. القانون اليمني رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٦م بشأن أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الإلكترونية.
١٤. المرسوم الملكي السعودي رقم م/١٧ لسنة ١٤٢٨هـ بشأن نظام مكافحة جرائم المعلوماتية.
١٥. القانون الاتحادي الإماراتي في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات رقم ١ لسنة ٢٠٠٦م.
١٦. قانون جرائم المعلوماتية السوداني لسنة ٢٠٠٧م.
١٧. القانون الاتحادي الإماراتي في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات رقم ١ لسنة ٢٠٠٦م.
١٨. قانون العقوبات الليبي لسنة ٢٠٠٨م.



البحر والدراسات القضائية والقانونية

المسؤولية الجنائية للمجنون ومن في حكمه (دراسة تحليلية تطبيقية للقانون والواقع اليمني))

القاضي. الدكتور/ صالح عبدالله المرفدي
قاض بمحكمة النقض

مجلة
البحر والدراسات
القانونية والقانونية

مقدمة

الأصل في القانون الجنائي، أن كل شخص سليم العقل قادر على التمييز، يُعدّ مسؤولاً شخصياً عن الجرائم التي ارتكبها. وهذا ما نادى به المدرسة التقليدية، التي قالت بحرية الاختيار كأساس للمسؤولية الجنائية، أي أن الشخص لا يسأل إلا عن الأفعال التي أتاها عن بينة واختيار، فمناطق المسؤولية الجنائية هو القدرة على التمييز، ومعنى ذلك، أن كل شخص قادر على التمييز، يُعدّ مسؤولاً شخصياً عن الجرائم التي ارتكبها، والشخص لا يمكن أن يكون قادراً على التمييز، إلا إذا كان سليم العقل خالياً من أي اضطراب قد يؤثر على وجدانه أو أحاسيسه أو أفكاره أو سلوكه.

ولقد لوحظ في الفترة الأخيرة انتشار ارتكاب بعض الجرائم - أبرزها القتل - الذي يشتهر فيها بإصابة بعض المتهمين بالأمراض العقلية أو النفسية أو العصبية، فبدءاً من جريمة القتل في مركز توب سنتر التجاري (بالمقصود)، ومروراً بجريمة الشروع في قتل طالبة بالقرب من كلية الآداب بمدينة (خورمكسر)، وانتهاءً باختطاف طفلة لا تتجاوز السنين في مدينة (كريتر)، حيث ثارت بعض الإشكاليات في هذه الجرائم، حول موضوع شبهة إصابة الجناة بالأمراض العقلية أو النفسية أو العصبية. ومن هذا المنطلق، فإن مدلول المسؤولية الجنائية يدلّ على صلاحية الشخص على أن يتحمل تبعات سلوكه الذي قد يشكّل جريمة، وأساس المسؤولية الجنائية لدى الفكر الجنائي الحديث، هي حرية الإنسان في الاختيار، فقد كان في وسعه أن يكون خيراً، ولكنه تخلى عن الطريق السوي وسلك الطريق المعوج، فحق عليه العقاب، وبالتالي لا تنتفى المسؤولية عنه، إلا إذا فقد الشخص قدرته على الإدراك والاختيار.

أهمية الدراسة؛

في هذا الإطار، تكمن أهمية دراسة المسؤولية الجنائية للمجنون ومن في حكمه من المصابين بالأمراض العقلية أو النفسية أو العصبية. وعلى حد علمي المتواضع، لم يتم بحث هذا الموضوع الخاص وبشكل دقيق ومعتمّق في كتب وشروحات القانون اليمني، وإنما جاء التطرق له في مؤلفات عامة وبشكل مقتضب، دون أن تتم الإحاطة بأهم المشكلات التشريعية والعملية التي تثيرها على أرض الواقع، بحيث لم يتم تحليل النصوص القانونية المتعلقة بالمسؤولية الجزائية للمجنون ومن في حكمه، ولمعرفة أهم العيوب والشغرات والقصور في تلك النصوص، وبيان عللها وصولاً لوضع المقترحات المناسبة لمعالجتها.

تساؤلات الدراسة:

واستناداً لما سبق ذكره، وعند ارتكاب الجرائم الوحشية أو البشعة، دائماً ما تثور التساؤلات وأبرزها: هل هذا الجاني مجنون أم مريض نفسي أم عصبي؟! وهل جميع الأمراض العقلية والنفسية والعصبية مانعة للمسؤولية الجنائية أم مخففة للعقاب؟ وهل الضابط والمعيار لمنع المسؤولية الجنائية أو تخفيف العقاب راجع لنوع المرض نفسه، أم لدرجة تأثيره على الوعي والإدراك للأفعال والسلوكيات؟ وكيف يتم التعامل مع الجاني المصاب بشبهة المرض العقلي أو النفسي أو العصبي أثناء إجراءات التحقيق والمحاكمة وتنفيذ الحكم؟؟ وما هو موقف المشرع اليمني لكل ما تقدم من أسئلة واستفسارات؟

خطة الدراسة:

وفي هذا المقام، وللإجابة على جميع ما تقدم من استفسارات وتساؤلات، ندرس موضوع المسؤولية الجنائية للمجنون ومن في حكمه عن الجريمة في القانون اليمني، وذلك في أربعة محاور: نتناول في الأول ماهية وأنواع الأمراض المانعة والمخففة للعقاب، ونستعرض في المحور الثاني التحليل القانوني والطبي للنص التشريعي اليمني، وتحدث في الثالث عن مدى تأثير المصاب بالجنون ومن في حكمه على مراحل نظر الدعوى الجزائية، ونخصص المحور الرابع لإشكالات التطبيق القضائي لموضوع البحث، ونختم الدراسة بوضع بعض المقترحات والتوصيات المتواضعة قدر الإمكان.

المحور الأول

ماهية وأنواع الأمراض المانعة والمخفضة للعقوبة

ولدراسة هذا المحور بشكل مفصل نقسمه إلى فرعين: نتناول في الأول الأمراض المانعة للمسؤولية الجنائية أو المانعة للعقاب، ونخصص الفرع الثاني للأمراض التي تقام فيها المسؤولية الجنائية، ويجاز فيها تخفيف العقوبة.

الفرع الأول

الأمراض المانعة للعقوبة

- أولاً: الخلل العقلي (الجنون) madness

ويقصد به المرض العقلي، والأمراض العقلية عديدة ومتنوعة، وللجنون درجات، فهو ليس على درجة واحدة، فيختلف من شخص إلى آخر، فقد يكون مطبقاً مستمراً، وقد يكون دورياً متقطعاً، وقد يكون جنوناً جزئياً. ومن الواضح من خلال نص المادة (٣٣- عقوبات)، أن المشرع اليمني لم يضع تعريفاً للجنون، ولو نظرنا للتعريف الطبية للجنون بمعناه العام فهو: «زوال العقل أو ضعفه، بحيث يصعب التمييز بين الأفعال والأقوال، فيصبح الشخص عاجزاً عن التحكم في تصرفاته بصورة سليمة»، وبتعبير أدق وبعبارة بسيطة ومفهومة: «هو عدم قدرة الشخص على الانسجام والشعور بما يحيط به».

وفي الإجمال، مهما اختلفت التسميات بين الطب والقانون وبين النصوص التشريعية فيما بينها، إلا أن مصطلح الجنون واسع جداً في علم القانون أكثر منه في علم الطب؛ فكلمة الجنون في علم الطب تعني الزوال الكامل للقوى العقلية الناجم عن مرض ما، أما في القانون فيعني الاختلال العقلي بكل أنواعه وأشكاله، والتي قد تصيب الجاني لحظة ارتكابه للجريمة، وتجعله فاقداً للإدراك والوعي في تصرفاته وسلوكه وأفعاله. ومن الملاحظ أن المشرع اليمني ومن خلال نص المادة السابق (٣٣)، أضاف إلى لفظ الجنون عبارة (أو العاهة العقلية)، وبالعودة إلى علم الطب، نجد أن هذه العبارة ذات مدلول واسع جداً، فيشمل كل الآفات العقلية التي تصيب وظيفة العقل.. الأمر الذي يقودنا إلى تساؤل مفاده: هل يعني هذا أن جميع المصابين بالعاهات العقلية تمتنع عنهم المسؤولية الجزائية كالمعتوه والأبله، وهي أمراض تفقد بعض العقل والبعض الآخر لا يفقد ولا يزيل

العقل تمامًا؟ مع التنويه إلى أننا سنجيب على هذا التساؤل في البند التالي.

- ثانياً: الاضطرابات العقلية المستقرة (العاهة العقلية)

وهي تلك الاضطرابات الدائمة المصاحبة للشخص منذ ولادته، ويطلق عليها بالتخلف العقلي: «وهي حالة تصاحب الشخص منذ ولادته، فتوقف ملكاته الذهنية عند حد معين دون مستوى النضج الطبيعي للعقل»، وللتخلف العقلي عدة تسميات منها النقص العقلي والقصور العقلي، وكل هذه التسميات صحيحة من حيث توجهها إلى وصف معين من التخلف العقلي؛ وقد صنّف التخلف العقلي في القانون إلى نوعين:

١ - أمراض العته: idiocy

ويتعلق بالأشخاص الذين لهم ذكاء الجنون، ويقصد به أيضاً عدم تكامل نمو القوى العقلية، سواءً كان ملازماً للشخص منذ ولادته، أم توقف نمو إدراكه في سن معينة، فلا يظهر على المعتوه أية قدرة على التفكير أو تقبل المعرفة، فيتعلم الكلام أو المشي متأخراً، وقد لا يتعلم إطلاقاً.

٢ - أمراض البله: imbecility

ويعتبر البله أشد درجة من درجات التخلف العقلي ولكنه أقل درجة من المعتوه، وقد يتراوح ذكاء الشخص المصاب بالبله ما بين ٢٥ و٥٠ درجة، وعمره العقلي أقل من ٣ سنوات عن الطبيعي، ويستطيع المصاب بالبله أن يتعلم الكلام، إلا أن نطقه متعسر، لذلك يعد تخلفه من النوع المتوسط، ولكنه لا يستطيع العيش بمفرده، وقد يظهر عليه حب الاستطلاع، ودائماً ما تكون انفعالاته غير ناضجة.

ومن خلال ما سبق ذكره، يمكن القول أن المصاب بالعتة أو البله لا يتصور غالباً وجود خطورة إجرامية بداخله، وذلك لقصوره العقلي عن ارتكاب الجريمة، ومع ذلك فهما مصنفان بالأمراض المانعة للعقاب التي تقتضي ابتداء عدم مساءلتهما جنائياً. ويجب الأخذ بالحسبان، أن مدلول ومفهوم العاهة العقلية لا يقتصر على الأمراض الوارد ذكرها سابقاً، بل يشمل كل مرض يؤثر في حالة المخ أو الجهاز العصبي بعد نموه نموًا طبيعيًا، وعلى وظيفتيهما تأثيرًا يصل إلى حد فقدان أو النقص في ملكة الإدراك والوعي عند الشخص، بحيث لا يستطيع السيطرة على أفعاله بصورة دائمة أو مؤقتة، ووفقاً لهذا

المفهوم، قد يشمل ذلك بعض الأمراض العصبية، كالصرع، أو الهستيريا، أو اليقظة النومية، أو التنويم المغناطيسي... كما سيأتي تفصيل ذلك في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

الأمراض المخففة للعقوبة

وتعتبر هذه الأمراض غير مانعة للمسؤولية الجنائية، فيساءل على أساسها الجاني، لكن التشريعات العقابية، توجب تخفيف العقوبة في بعض الأمراض، وتجزئ تخفيفها في البعض الآخر من الأمراض، وهذه الأمراض هي:

- أولاً: الاضطرابات الذهانية النفسية

ويكون تأثيرها أعمق وأكثر خطورة على الشخصية، حيث يصاب فيها الشخص باضطرابات حادة في كافة الوظائف والعمليات العقلية، كالتفكير والإدراك، وأبرزها:

١ - أمراض الفصام: schizophrenia

وهي أمراض مرض ذهانية، تؤدي إلى عدم انتظام الشخصية وإلى تدهورها التدريجي، وبالرغم من أنه تندرج ضمن الأمراض النفسية، إلا أن بعضها قد يؤدي إلى تمزيق العقل وإصابة الشخص بالتصدع، فيختل في السيطرة على تصرفاته وأفعاله وسلوكه، ويطلق عليه علمياً (الخلل المبكر أو جنون المراهقة)؛ لارتباط هذا المرض بسن المراهقة. وأشهر أمراض الفصام هي (فصام المطاردة)، فيتخيل المصاب بأن شخصاً يطارده في حياته، وقد يضطر أحياناً إلى ارتكاب جريمة اعتداء أو قتل بحقة!

٢ - أمراض الاكتئاب والهوس: bipolar disorder

وهذه الأمراض هي ذهان انفعالي، فتنتاب الشخص مجموعة من نوبات الهوس، وكذا الاكتئاب في فترات مختلفة، وقد يؤدي بالشخص بالإسراع في إظهار غضبه على أبسط الاحتكاكات والانفعالات، وأخطرها مرض (الاكتئاب السودوي)، والذي يؤدي إلى انفصال الشخص عن الواقع، كأن يسمع أصواتاً ويرى صوراً في مخيلته تطارده، كما قد تؤدي الإصابة بالاكتئاب والهوس إلى العزلة، وفقدان الاهتمام بالحياة، وتزايد احتمال الانتحار!

٣ - أمراض جنون الارتياب: paranoia

وهي أنواع من الاضطرابات، يحتفظ فيها المصاب بقوة تفكيره وإرادته وقدرته على العمل، فهو شخص لا تنتابه الهلاوس، ولكن تعترضه مجموعة من حالات الهذيان المنظمة بشكل بطيء، فيصبح الشخص متمسكاً بمعتقدات وهمية ثابتة، تنحصر بموضوع معين مع احتفاظه بحالته الطبيعية، وتوازن تفكيره في النواحي الأخرى. وهناك نوع يطلق عليه (بارانويا الذهان الاضطهادي)، فيشعر فيه المصاب بأنه مضطهد من طرف الغير، وأن هناك خططاً لقتله؛ ولأجل ذلك يضطر المصاب لارتكاب جريمة في بعض الأحيان.

- ثانياً؛ الاضطرابات العصائية

وهي اضطرابات وظيفية تعتري الشخصية، وتبدو في صورة أعراض جسمية، وتشمل الآتي:

١ - أمراض الصرع epilepsy:

وهي مجموعة من النوبات التي تفقد المريض رشده، فيفقد السيطرة على جسمه، ويكون أخطر عندما يكون المصاب به مشوش الأفكار، مما قد يؤدي إلى قيامه بارتكاب أشياء خطيرة حتى على نفسه، لكن عندما يستيقظ المصاب لا يتذكر شيئاً مما حدث. وقد يأتي الصرع في أي وقت وفي أي سن، فيفقد الشخص الشعور والاختيار، وبالتالي يمكنه ارتكاب سلوكيات إجرامية خارجاً عن إرادته، وبالذات عند المصابين بمرض (الصرع العام)، الذي يؤثر على الدماغ ويفقد المصاب فيه الوعي بالكامل.

٢ - أمراض الهرع hysteria:

وهي اضطرابات عصائية تفقد الشخص السيطرة على تصرفاته؛ إلا أنها لا تعدم الشعور نهائياً، فهي تعتبر ثورة عاطفية، إلا أن هذا النوع من الاضطرابات لا يحول دون قيام المسؤولية الجزائية، فقد أجاز القانون اليمني تخفيف العقوبة طبقاً لنص المادة (١٠٩) بصراحة عبارة «ظرف تقدير البواعث على ارتكاب الجريمة»، كما أوجب اعتباره عذراً مخففاً للعقوبة في جريمة «قتل الزوج لزوجته حال تلبسها بالزنا».

٣- أمراض اليقظة النومية والتنويم المغناطيسي: sleep myoclonus + hypnosis

ويكون فيها الشخص المصاب في حالة نوم عميق، لكنه يقوم بأفعال لا يشعر بها، وقد يصل الأمر فيها إلى أن يترك المصاب قرب فراشه أشياء خطيرة، كالسلاح؛ ليكون باستطاعته ارتكاب أي جريمة، في حين أن هذه الحالة إذا كانت مفتعلة بالتنويم المغناطيسي، فإن النائم يخضع لإرادة المنوم، ويوصف فعل المنوم في هذه الحالة (بفاعل الواسطة)، والنائم نفسه تعدم مسؤوليته جنائياً؛ شريطة أن تكون إرادته واختياره مقيدة بإرادة واختيار المنوم فيها.

- ثالثاً: عدم التوازن النفسي (الشخصية السيكوباتية)

وهي شخصية شاذة في تكوينها النفسي وغير متلائمة مع المجتمع، فالمصابون بها مدركون لما يحيط بهم، وما يصدر عنهم على النحو العادي المألوف، ولكن ما في الأمر أن موضوع الشذوذ في هذه الشخصية، هو انحراف أو اختلال العاطفة، ثم فساد القيم الاجتماعية التي تسيطر عليهم. والجدير بالإشارة، أن الشخصية السيكوباتية ليست عاهة في العقل بالمعنى العام؛ لأن التمييز فيها متوفر؛ وإرادة صاحبها صحيحة، وفي وسعه أن يسيطر عليها، فالاضطراب السيكوباتي ليس المصاب به شخصية مريضة لا نفسياً ولا عصبياً، وان كانت عاهة عقلية خاصة سببها انحراف أخلاقي واجتماعي في الشخص نفسه، بالرغم من توافر حرية الإرادة والاختيار فيها وبشكل كامل، وهما مناط قيام المسؤولية الجزائية.

واستخلاصاً لما سبق، فإن أغلب التشريعات العقابية، توجب المساءلة الجنائية على الأمراض النفسية والعصبية، لكنها بالمقابل تجيز فيها للقاضي تخفيف العقوبة، ويعود ضابط الإجازة في ذلك؛ إلى وجود نقصان أو اختلال أو ضعف في الوعي والإدراك للأفعال والتصرفات، لكن هذا لا يمنع انعدام المسؤولية في بعض الأمراض النفسية والعصبية؛ شريطة أن يكون هذا المرض قد أفقد الوعي والإدراك تماماً، وأزال حرية الإرادة والاختيار لدى المصاب أثناء أو لحظة ارتكابه للجريمة!!

المحور الثاني التحليل القانوني والطبي للنص اليمني

وقبل الحديث عن هذا المحور بشكل مفصل، نسرد النص القانوني للمادة (٣٣) - عقوبات)، ثم نقسم هذا المحور إلى ثلاثة فروع: نتناول في الأول التحليل القانوني للنص اليمني، وتتطرق في الفرع الثاني للتحليل الطبي للنص اليمني، ثم نخصص الثالث لطرح رأينا المتواضع.

النص القانوني:

تنص المادة (٣٣) من قانون العقوبات على الآتي: «لا يسأل من يكون وقت ارتكاب الفعل، عاجزاً عن إدراك طبيعته ونتائجه؛ بسبب: الجنون الدائم أو المؤقت، أو العاهة العقلية». كما تنص الفقرتان العاشرة والحادية عشرة من المادة (٢) من قانون الإجراءات الجزائية على الآتي: «عاهة عقلية: هي علة تؤدي إلى زوال العقل أو اختلاله أو ضعفه»، «فاقد الأهلية: هو الصغير الذي لم يبلغ سن التمييز أو فقد أهليته بسبب عاهة عقلية».

الفرع الأول

التحليل القانوني للنص

يتضح من خلال نص المادة (٣٣) - عقوبات) ما يلي:

- أولاً: استعمل المشرع لفظ (عاجزاً)، والمشتقة من لفظ (العجز) والذي يعني لغوياً: (الضعف وعدم القدرة على القيام بعمل أو وظيفة معينه). ونرى أن هذا اللفظ غير مُعبّر للمعنى المراد إيصاله، وكان من المستحسن اختيار ألقاظ أكثر مرونة، وتناسب قصد المشرع من صياغة المادة، كلفظ فاقداً أو مختلاً أو ناقصاً، ونحو ذلك من ألقاظ تناسب سياق النص القانوني.
- ثانياً: لفظ (العجز) الوارد ذكره، لفظ قاصر ومبهم وغير صريح، وقد يكون عرضة لأكثر من تفسير، فقد يفهم منه الاكتفاء بالعجز النسبي أو غير الدائم؛ لإعفاء المجنون من المسؤولية الجنائية، وقد يفسر أن العجز يفترض أن يكون مطلقاً ودائماً؛ للإعفاء من المسؤولية؛ ذلك لأن تحديد العجز، إن كان (مطلقاً أو نسبياً)؛

يبنى عليه مدى تحديد المسؤولية الجنائية لفعل المختل عقلياً، سواءً كان مصاباً بمرض (عقلي أو نفسي أو عصبي)، فيتربط على أن المصاب بالعجز المطلق أو المختل بالكامل أو الفاقد للإدراك والوعي هو منع المسؤوليه الجنائية، بينما المصاب بعجز نسبي أو ناقص الإدراك أو الوعي يتحمل المسؤولية الجنائية، لكن بالمقابل يجاز أن تخفف عنه العقوبة. وهذا الأمر أوضحته أغلبية التشريعات العقابية العربية، حيث فرقت بين فقدان العقل ونقصان العقل، وعلى ضوء ذلك، رفعت المسؤولية الجنائية عن المختل عقلياً (فاقد الإدراك)، وأوقعت المسؤولية عن المختل عقلياً (ناقص الإدراك)، لكنها بالمقابل أجازت تخفيف العقوبة.

الفرع الثاني

التحليل الطبي للنص

يمكن إبراز تحليل النص القانوني من الناحية الطبية وفق النقاط الآتية:

- أولاً: حصر المشرع اليمني الأمراض في النص المذكور بمرض الجنون والعاهة العقلية، والمعلوم طبيًا، أن الجنون الدائم هو أخطر الأمراض العقلية، لاسيما الجنون المطبق، ويدخل في ذلك حكم الجنون المؤقت؛ شريطة أن يكون متوافقاً لحظة ارتكاب الجريمة. أما قول المشرع «أو العاهة العقلية»، فتعني وفق نص المادة (٢٠١) «العاهة العقلية» أو العاهة العقلية، معنى أوسع من مرض الجنون، كما فصلنا ذكره في الفرع الأول من المحور الأول من هذه الدراسة، وإن كان الأخير أكثر تأثيراً على الإدراك والوعي.
- ثانياً: لم يذكر المشرع المرض العصبي والمرض النفسي صراحة، على الرغم أن مسمى عبارة «العاهة العقلية» معنى عام لاختلال العقل، ولا يشترط فيه فقدان العقل تماماً، فيكفي ضعفه أو اختلاله، لذلك، ووفقاً لتعريف النص الوارد في قانون الإجراءات، قد تشمل بعض الأمراض النفسية والعصبية حكم العاهة العقلية، وكما تعرفنا سابقاً في الفرع الأول، أن هناك العديد من الأمراض العصبية، قد تفقد الشخص وعيه وإدراكه تماماً، كمرض الصرع والهستيريا، كما أن هناك أمراضاً نفسية تشابه أعراض المرض العقلي تماماً، وأبرزها مرضاً (الفصام الذي يمزق

العقل والاكْتئاب الذهاني أو السوداوي)، وأعراضهما تصل إلى حد الاضطرابات، كالهلوسات، والأوهام، وأهمها هلوسات الفقر، والمرض، وأوهام القهر والحرمان وغيرها... وقد تدفع المريض أحياناً لقتل نفسه، أو أحد المقربين، كما توصلت من خلال البحث، أن المريض في هذين المرضين غالباً ما يخفي حقيقة مرضه، خشية أن يوصف بالجنون، فيبقى متصلاً بمجتمعه متفاعلاً معه، ويكون قادراً على مواصلة عمله، (وهنا خطورة الأمر!!)، بخلاف المريض عقلياً الذي يعيش في عالم خاص به، وتنقطع صلته بمجتمعه ولا يتفاعل معهم، ولا يكون قادراً على ممارسة أي عمل؛ لعدم إدراكه ووعيه بما يدور حوله.. وفي كل الأحوال، إن من يصاب بمرض الفصام أو الاكْتئاب، قد تنتابه لحظات جنون طارئة وليست دائمة؛ لأنه لا يعاني من فقدان الإدراك بالكامل، وإنما اختلال ونقص في الإدراك والوعي، وهذا في (عُرف القانون وأغلب التشريعات العقابية العربية)، يتحمل المسؤولية الجنائية، لكن تخفف عنه العقوبة.

الفرع الثالث

رأينا في الموضوع

يثور التساؤل كما تقدم في التمهيد لهذه الدراسة، فهل منع المسؤولية الجنائية أو تخفيف العقاب راجع لنوع المرض أم لدرجة تأثيره على الإدراك والوعي؟؟ أغلب التشريعات العربية أخذت بمعيار درجة تأثير المرض على الوعي والإدراك، سواءً كان هذا المرض عقلياً أم نفسياً أم عصبياً، وعلى هذا الأساس منعت المسؤولية الجنائية عن فاقد الوعي والإدراك، وأقرت المسؤولية عن ناقص الوعي والإدراك، لكنها أجازت تخفيف العقوبة. بينما اتجه المشرع اليمني اتجاهها آخر فمنع المسؤولية الجنائية تبعاً لنوع المرض، وحصرتها بالأمراض العقلية ومنها العاهة العقلية، في الوقت الذي ثبت طبيياً أن بعض المصابين بالعاهة العقلية لا يفقدون الإدراك، وإنما يصابون بضعف أو اختلال في العقل (كالمعتوه)، فالأخير صحيح أنه مريض عقلياً لكنه قد يكون ناقص الإدراك لا فاقداً له تماماً، فهل يمنع عنه المسؤولية الجنائية؟ وبالمقابل، فإن المريض نفسياً بمرض (الاكْتئاب الذهاني السودوي أو مرض الفصام) الذي تصل حالته إلى تمزيق العقل، قد تنتابه أحياناً لحظات من تصرفات الجنون المؤقت، كما أن المصاب بمرض عصبي (كالصرع أو الهستيريا)، أحياناً يمكن أن تنتابه لحظة فقدان للإدراك، فكيف سيتم التعامل مع هذه الحالات؟ هل سيتم مساءلتها جنائياً وفقاً لمنظور المشرع

اليمني، باعتبار حصره للمرض العقلي أو العاهة العقلية كمانع للمسؤولية!؟

وفي الإجمال، وللإجابة على هذه التساؤلات، فإن جميع الأمراض أيًا كانت عقلية أو نفسية أو عصبية لا تتساوى في درجة تأثيرها على عقل الإنسان، فمنها من تجعله عاجزًا كليًا عن الإدراك والوعي، وفي هذا الإطار بالتحديد، بين أحد الأحكام الصادرة من المحكمة العليا اليمنية بصنعاء - تناوله أستاذنا الدكتور/ عبدالمؤمن شجاع الدين في أحد تعليقاته - ومفاده: «أن المرض النفسي لا يمنع المسؤولية الجزائية». ومعنى هذا أن المحكمة العليا استندت لنوع المرض في تقرير المساءلة الجنائية، ولم تستند لدرجة تأثير المرض على الإدراك والوعي، ومع تقديرنا لعلمائنا الأجلاء مصدري الحكم، فإنني أميل (وبكل تواضع) إلى ترجيح أن منع المسؤولية الجنائية لا يكون بحسب نوع المرض، وإنما في درجة تأثير المرض على تصرفات وأفعال وسلوكيات الشخص لحظة ارتكابه للجريمة، فمن الأمراض كما ذكرنا سلفًا تجعل الشخص ناقصًا للإدراك والوعي، ومنها ما تجعله فاقداً للإدراك والوعي، وحكم ذلك، أن الأول يساءل جنائياً، ويجوز تخفيف العقوبة عنه، بينما تمنع المسؤولية الجنائية عن الثاني، وهذا بعكس ما استخدمه المشرع اليمني من لفظ (عاجزًا)، فالعجز مصطلح طبي مطاطي وفضفاض، فقد يكون الجاني مصاباً بعجز نسبي في الإدراك أثناء ارتكابه للجريمة، فلا يمنع هذا الأمر من مساءلته جنائياً، وإن كان يجوز تخفيف العقاب عنه، بعكس من كان مصاباً بعجز مطلق في الإدراك، فمن باب أولى منع مساءلته جنائياً، وفي المحصلة، كان ينبغي على المشرع اليمني التفرقة في درجة المسؤولية الجنائية، كما هو معمول في التشريعات العربية، وذلك باستخدام مصطلح (فاقد الإدراك) الذي يمنع المسؤولية، ومصطلح (ناقص الإدراك) الذي يقرّ بالمسؤولية ويجيز تخفيف العقوبة، على الرغم أن المشرع اليمني ذكر معياري فقدان الإدراك ونقصانه في المادة (١٠٥ عقوبات)، حيث أكدت صراحة على أن (فقدان الإدراك) لمرض عقلي، يقتضي إدخال المريض في أحد المحال الحكومية المعدة لعلاج الأمراض العقلية، كما أجازت للقاضي الحكم بعقوبة مخففة (لناقص الإدراك).

المحور الثالث

تأثير مراحل الجنون على الدعوى الجزائية

من المعلوم أن أمراض الجنون وما في حكمها، قد تصيب الشخص في مرحله غير محددة، سواءً كانت سابقة على ارتكابه للجريمة، أو أثناء ارتكابها، كما قد يصاب الجاني بالجنون في مراحل سابقة أو لاحقة على المحاكمة، ولكل مرحلة من هذه المراحل حكمها الخاص، وفقاً لما يأتي:

الفرع الأول

المرحلة السابقة والطارئة للجريمة

- أولاً: المرحلة السابقة للجريمة

ويكون المتهم فيها مصاباً بالمرض قبل ارتكابه للجريمة، بمعنى أن له تاريخاً مرضياً سابقاً على ارتكاب الجريمة، وهذه الحالة يسهل على الطبيب المختص بيان رأيه للمحكمة؛ باعتبار أن هناك معرفة سابقة بتاريخ المرض، ومراحل تطوره، ودرجة خطورته، وهل مرضه متقطع أم مستمر، وعلاقة مرضه بالجريمة المرتكبة... وصولاً لتحديد مدى عجزه عن إدراك أفعاله وتصرفاته من عدمه لحظة ارتكابه للجريمة. وفي هذه الحالة، إذا كان المتهم مصاباً بحالة جنون، أو أي عاهة عقلية لحظة ارتكابه للجريمة، انتفت المسؤولية الجزائية عنه، وعلى هذا الأساس، فإن مانع المسؤولية الجزائية لا ينتج أثره، إلا إذا كان محققاً وقت ارتكاب الجريمة، لا بما كانت عليه قبل ذلك، وهذا ما نستخلصه من عبارة النص الواردة في المادة (٣٣ - عقوبات) بقولها: «لا يسأل من يكون (وقت) ارتكاب الفعل عاجزاً عن إدراك...».

- ثانياً: المرحلة الطارئة للجريمة

وفيها لا يكون المتهم مصاباً بأي مرض عقلي، كالجنون أو نحوه... ولا بأي عاهة عقلية قبل ارتكاب الجريمة، لكنه قد يصاب بجنون طارئ، أو عاهة عقلية طارئة، تفقد أو تنقص وعيه وإدراكه، وتدفعه إلى القيام بارتكاب جريمة، وهذه النوع يصعب على الطبيب تحديد حالة المتهم لحظة ارتكابه للجريمة، كما أشرنا إليه سابقاً.

ومن نافلة القول، أن حالة الحرب المتواصلة التي تشهدها اليمن وفي جميع المجالات العسكرية والاقتصادية والاجتماعية والخدماتية والمعيشية، وكذا عدم الاهتمام بإمكانيات الطب العقلي والنفسي والعصبي في اليمن، ولعدم التعامل الطبي الصحيح مع هذه الحالات، ونتيجة لإهمال بعض الأسر والأهل بحالة مرضاهم، ولجوء البعض منهم إلى الشعوذة والدجل في محاولات يائسة لعلاج مرضاهم! وقد يصل الأمر أحياناً إلى حالة حبس مرضاهم وتقييدهم؛ مما يؤدي إلى تدهور حالتهم الصحية، فيتحول بعضهم من مرضى نفسيين إلى مرضى عقليين، فيصعب السيطرة عليهم، لذلك، نراهم منطلقين بشكل ملحوظ في الشوارع والمدن، وإلى درجة وصول المصابين بالأمراض النفسية والعقلية إلى ربع سكان اليمن، وهذا بحسب تقرير منظمة الصحة العالمية أكتوبر ٢٠٢٣م، فكل هذه العوامل من الأسباب الرئيسية التي تواجه فيها النيابات والمحاكم، صعوبة بالغة في تقرير الحالة الصحية للمتهم المشتبه بإصابته بمرض عقلي أو نفسي أو عصبي.

الفرع الثاني

المرحلة السابقة واللاحقة للحكم

- أولاً: المرحلة السابقة على الحكم

ونعني هنا إصابته بجنون طارئ بعد ارتكاب الجريمة وقبل صدور الحكم، وبالتأكيد سيؤدي ذلك إلى توقف بعض إجراءات التحقيق لحين شفائه، وفي هذا الخصوص، نظم المشرع اليمني إجراءات التحقيق ومحاكمة المتهمين الذين يشتبه إصابتهم بمرض عقلي أو عاهة عقلية من المواد من (٢٧٩ وحتى المادة ٢٨٢ إجراءات جزائية)، حيث أكدت المادة (٢٧٩) في حال دعا الأمر فحص حالة المتهم العقلية، فيجوز للنيابة أو المحكمة، أن تأمر بوضع المتهم تحت الملاحظة في أحد المستشفيات المخصصة ولمدة لا تزيد على ٤٥ يوماً، كما بينت المادتان (٢٨٠ و ٢٨٣) نفس الحكم في التعامل مع المتهم المريض عقلياً، والذي يتعين في حال استمرار حالته المرضية بعد مرور الفترة الزمنية المذكورة سابقاً دون علاج، فيجب على النيابة أو المحكمة أن تحدد موقفها، إما بإصدار قرار بالأوجه لإقامة الدعوى من النيابة، أو الحكم ببراءة المتهم لانعدام المسؤولية، سيما إذا كان المتهم على درجة عالية من الخطورة، أو كانت الجريمة جسيمة كارتكابه جريمة قتل، فعلياً أن تقرر، إما استمرار حجز المتهم في المؤسسة العلاجية؛ إذا ما اتضح لها أن

حالته ستتحسن صحياً، أو تسلمه لأحد أقاربه أو أصدقائه إن وجدوا، شرط أن يتعهدوا برعايته ومنعه من الإضرار بنفسه أو بالغير، وعلى أن يتم إحضاره عند الطلب في حال شفائه قبل الحكم عليه.

ومما تجدر الإشارة بالقول، أن المشرع اليمني قرر أن تستمر الإجراءات الأخرى التي ليس لها تأثير على حالة المتهم المصاب بالمرض، كسماع الشهود، أو المعاينة، أو تفتيش منزله، ونحو ذلك طبقاً لنص المادة (٢٨١) من نفس القانون). كما صرّحت المادة (٢٨٢) على خصم المدة التي يقضيها المتهم تحت الملاحظة في الحجز من مدة العقوبة، والتي من الممكن أن يحكم بها عليه. كما أكّدت المادة (٣٧٧) من نفس القانون) على أنه، في حال اتضح للمحكمة، أن المتهم عند ارتكابه للفعل المسند إليه، كان في حالة من حالات انعدام المسؤولية أو موانع العقاب، فيتعين على المحكمة إنهاء القضية وإخلاء سبيل المتهم فوراً.

- ثانياً: المرحلة اللاحقة على الحكم

ونعني هنا في حال ما إذا أصيب المحكوم عليه بالجنون بعد النطق بالحكم وقبل تنفيذ العقوبة، فيطبق عليه حكم المادة (٤٩٩ إجراءات)، حيث أكّدت على عدم جواز تطبيق العقوبة عليه، ويجب على النيابة حينئذ تأجيلها لحين براءته من المرض، وذلك بالإحالة للمصحة للعلاج إلى حين شفائه، وإن ينس الأمر ولم يرح شفاؤه بناءً على تقارير طبية رسمية، وكانت العقوبة المقررة عليه بدنية، «كالقصاص أو الجلد أو الرجم ونحو ذلك...»، فتقرر المحكمة تأجيل العقاب عليه إلى حين شفائه أو يتداركه الموت، إلا إذا تنازل من له الحق بالقصاص، أو صدر أمر بالعفو من ولي الأمر في عقوبة الحد.

وفيما يتعلق بإصابة المحكوم عليه بمرض عقلي أو عاهة عقلية خلال تنفيذ عقوبة الحبس، فتقرر المحكمة وضعه تحت الحراسة في إحدى المؤسسات العلاجية حتى تنتهي مدة عقوبة الحبس، وفي حال شفائه قبل انتهاء مدة العقوبة، يعاد إلى السجن لاستكمال ما تبقى من العقوبة، كل ذلك إعمالاً لحكم المادة (٤٧١) فقرة ٣ إجراءات)، على أن يستثنى من ذلك، العقوبات المالية، كالديات أو الأروش، وكذا الغرامات المقررة لخزينة الدولة، أو المصادرة، كما يشمل ذلك، عدم سقوط حق المجني عليه أو المتضرر من الجريمة من رفع دعوى التعويض من الجريمة، مع التنويه بفرض التعويض على ماله إن كان له مال، ما لم فعاقلته (أقاربه من جهة الأب) تضمن الأضرار بسبب الجريمة، وهذا بالاستناد للأحكام الواردة في المادة (٣٤) عقوبات).

المحور الرابع إشكالات التطبيق القضائي

ونقسم هذا المحور إلى فرعين: نتناول في الأول مسألة إثارة فحص المتهم عقلياً أو نفسياً أو عصبياً، وكيفية التصرف فيه من قبل المحكمة، وتنتظر في الفرع الثاني لتقرير الخبير الطبي المختص عن حالة المتهم العقلية أو النفسية أو العصبية، ومدى حجيته على المحكمة.

الفرع الأول

إثارة طلب فحص المتهم والتقرير بشأنه

- أولاً: إثارة طلب فحص المتهم

من الطبيعي أن يتم إثارة فحص المتهم من قبل أطراف الدعوى الجزائية، سواء من النيابة، أو من المحكمة نفسها، أو من المتهم بناءً على طلب من محاميه، حيث نصت المادة (٢٠٨ إجراءات) على أن يكون طلب تقرير الخبير وجوبياً في الأحوال الآتية: وذكرت الفقرة (ب) من نفس المادة، الحالة النفسية للمتهم عندما يثور شك أثناء القضية، حول قدرته على إدراك ماهية أفعاله وإدارتها. وعلى الرغم أن القانون لم يحدد الجهة التي ينبغي لها أو يجوز لها إثارة هذا الطلب، إلا أن الغالب الأعم، أن يثار هذا الطلب من قبل (محامي المتهم)؛ باعتبار أن ذلك من مصلحة المتهم، ولا يعني هذا أنه لا يجوز للنيابة أن تثير هذا الطلب، سواء في مرحلة التحقيقات أو في مرحلة المحاكمة، فالنيابة (خصم شريف) ينبغي عليها مراعاة حسن تطبيق القانون، سواءً كان ذلك في مصلحة المتهم أو ضده، ومن باب أولى، يجب على المحكمة التصدي لهذا الطلب وإحالة المتهم للفحص؛ إذا ثار «مُجرّد شك» عن حالته النفسية أو العقلية أثناء المحاكمة، وهو ما نصت عليه المادة (٢٦٩ من نفس القانون فقره ج)، على وجوب أن تبت المحكمة في شأن تأجيل الجلسة؛ إذا تطلب الأمر إحالة المتهم إلى أحد المستشفيات الرسمية للفحص عليه وعلاجه، كما أكد ذلك نص الفقرة (د) من نفس المادة، على أنه في حال إصابة المتهم بمرض عقلي أثناء سير إجراءات المحاكمة، تقرر المحكمة عدم إمكانية مثوله وعدم قدرته على الدفاع عن نفسه.

ولا مناص من القول، بأن على القضاة الجنائيين بوجه خاص، استعمال مهارات عالية جداً في التعامل مع المتهمين، حتى يستطيعوا التمييز بين المتهم السوي والمتهم الذي يعاني اضطرابات ذهنية، وهذه الخبرة يكتسبونها بالممارسة، ومن خلال المناقشات مع العديد من المتهمين بالجلسة، فعليهم التركيز على تصرفات المتهم المائل أمامهم، وكيف يتجاوب مع المحكمة؟ وأين ينظر؟ وكيف يحرك جسمه أو يديه؟ وكيف يرد على أسئلة المحكمة أو النيابة العامة أو الدفاع أو الضحية؟ وهل هو يتقيد بالسؤال أم يخرج عن نطاق هذا الأخير؟ وهل هو يجيب عن الأسئلة بكل طلاقة؟ أم يجيب وهو في حالة من القلق والانفعال؟ وغيرها من أنواع السلوك التي تعطي صورة أو انطباعاً عن الحالة الذهنية للشخص الصادرة عنه... وهذا ما يجعلهم ينجحون عادة في التمييز بين المتهم السوي والمتهم غير السوي.

- ثانياً: قرار المحكمة بالإحالة للطبيب

فيما يتعلق بمسألة قبول طلب فحص المتهم المقدم من محاميه أو من النيابة أثناء المحاكمة، فإن قبول هذا الطلب يعود لتقدير سلطة المحكمة! ويختلف الأمر في حال رفض الطلب عن حال قبوله، ففي الحالة الأولى يجب على المحكمة أن تسبب تسبباً سائغاً ومنطقياً عن أسباب رفضها لطلب فحص المتهم قبل الحكم في القضية برمتها، بعكس ما إذا تراءى لها قبول الطلب، فيكفي قناعتها بالتصريح بالشك عن حالة المتهم النفسية أو العقلية أثناء المحاكمة، وإن كنا نرجح أن توافر الشك ليس أمراً ضرورياً بحد ذاته، فيكفي (توافر مجرد الشك!!)، فحينئذ ينبغي على المحكمة إحالة المتهم للفحص؛ ذلك أن مجرد قبول طلب الفحص لا يعني التقرير بانعدام المسؤولية! بل إن الطلب يمر بمراحل: الأولى / قبوله من حيث الشكل، والثانية / إجراء الفحص، والثالثة / إظهار نتيجة الفحص على المحكمة، والرابعة وهي الأهم / قبول هذه النتيجة من عدمها. وتأسيساً على ذلك، قد تكون نتيجة الفحص أن المتهم كان غير مدرك لأفعاله لحظة ارتكاب الجريمة، ولا يعني هذا أن نتيجة الفحص ملزمة للمحكمة؛ لأنها الخبير الأكبر، فلها في سبيل ذلك، الأخذ بما جاء في التقرير أو تركه، مع التسبب المنطقي في حال ترك نتيجة التقرير...

وفي هذا السياق، وفي حكم حديث ومشهور (لمحكمة النقض المصرية) في الطعن رقم ٢٧١٥٨ لسنة ٢٠١٨م، وفي القضية الجنائية المرفوعة من نيابة شمال القاهرة، أرسى مبدأ قضائياً يتلخص في حيثياته بالآتي: «ولئن كان من المقرر أن تقدير حالة المتهم

الفعلية أو النفسية من المسائل الموضوعية التي تختص محكمة الموضوع بالفصل فيها، إلا أنه لسلامة الحكم يقيناً إذا تمسك به المتهم، أن تجري تحقيقاً في شأنه بلوغاً كفاية الأمر فيه، ويجب عليها تعيين خبير للبت في هذه الحالة اثباتاً أو نفياً، أو أن تطرح هذا الدفاع بما يسوغ، ولما كان ذلك، وكان ما رده الحكم على دفاع الطاعن في هذا الشأن لا يسوغ به اطراحه، بخلو الأوراق مما يفيد على وجه قاطع، أن المتهم كان يعاني وقت ارتكاب الجريمة من اضطراب نفسى أو عقلي؛ لأن البداية يتضمن الدعوة إلى تحقيقه، مما يصم الحكم بالقصور في التسبب والفساد في الاستدلال، ولما كان ذلك، فإنه يتعين نقض الحكم والإعادة دون حاجة إلى بحث باقي أوجه الطعن». وبدورنا فإننا نميل إلى ما اتجهت إليه محكمة النقض المصرية، في أن مسألة قبول فحص المتهم، يكون للمحكمة فيه (خط رجعة)؛ لتقرير الحكم بقبول نتيجة الفحص من عدمه، بعكس رفض طلب الفحص ابتداءً، فإنه قد يعرض الحكم للبطالان؛ باعتبار أن رفض هذا الطلب، قد يُعدّ إخلالاً لطلبات الدفاع الجوهرية ابتداءً.

الفرع الثاني

حجية تقرير الخبير والحكم به

- أولاً: حجية تقرير الطبيب

في بعض الأحيان يواجه بعض القضاة صعوبة في التعرف على حالة المتهم العقلية أو النفسية أو العصبية، فعلى - سبيل المثال لا الحصر - في بعض قضايا القتل العمد، قد يكون فيها المتهم مُختلاً عقلياً، سواءً كان مصاباً بجنون مطبق، أو مصاباً بنقص في العقل أو الوعي، وما يزيد الطين بله، أن بعض التقارير الطبية، تحدد حالة المتهم حين عرضه على الطبيب المختص، وأحياناً تتحدث عن خلاصة موجزة لتاريخه المرضي - إن كان قديماً -، فيما تترك الأهم، وهو عدم تحدد طبيعة حالته الصحية لحظة ارتكابه للجريمة، فنجد أن نتيجتها النهائية غير حاسمة، وتنتهي بعض التقارير الطبية أحياناً بعبارة: «إن حالته غير معلومة!». وحرصاً على ذلك، نرى - ومن وجهة نظرنا - أن تشخيص حالة المتهم يجب أن تتم في العيادة أو المستشفى الخاص بعلاج الاضطرابات الذهنية، حتى يمكن للطبيب أن يجري معه عدة مقابلات، وقد يستعين بالطاقم المكلف بتتبعه؛ لجمع أكبر قدر ممكن من المعلومات حول سلوكه داخل المؤسسة العلاجية. كما يسمح وجود المتهم بمستشفى علاج الاضطرابات الذهنية، بإمكانية إخضاعه لعدة عمليات

تشخيصية، ويسمح كذلك للخبير بأخذ رأي باقي الأطباء المختصين بنفس المؤسسة الصحية، وهو ما يساعد الخبير على فهم حالة المتهم بشكل دقيق، فيحسم مسألة إصابته باضطراب ذهني من عدمه.

وحري بنا التطرق إلى مواجهة احتمالات، أن ينجح المتهم في تضليل الطبيب الخبير بتمويهه بحركات أو سلوكيات معينة؛ من أجل التملص من المسؤولية الجنائية، فيصوّر نفسه أمامه على أنه مصاب باضطراب ذهني، والحال أنه لا يعاني من أي اضطراب من هذا القبيل، أو يمتنع عن الإجابة على أسئلة الطبيب الخبير فتتعد مهمة هذا الأخير... ولتفادي كل هذه الإشكالات، فعلى القاضي الجنائي عندما يأمر بإجراء خبرة طبية على متهم، عليه أن يأذن بإحالة هذا الأخير على مستشفى لعلاج الاضطرابات الذهنية؛ من أجل عرضه على الخبير الذي عينه للقيام بالخبرة، كما يجب عليه ألا يقيد هذا الأخير بأجل قصير من أجل إنجاز الخبرة المذكورة؛ لأن تشخيص الحالة المرضية مرتبط بدراسة سلوك المتهم، وهذه الدراسة لا تتأني إلا إذا كان سلوك هذا الأخير تحت ملاحظة ومراقبة المختصين داخل المؤسسة الصحية، كما نرى بأنه يجب أن تكون الخبرة الطبية ثلاثية خاصة في قضايا الجنايات، لأنه كلما ازداد عدد الأطباء المكلفين بتشخيص حالة المتهم المرضية كلما تقلص هامش الخطأ في الخبرة الطبية، وحتى يمكن الاطمئنان إليها أكثر في تقرير المسؤولية الجنائية للمتهم.

- ثانياً: الحكم على تقرير الطبيب

إن دراسة حالة المتهم لحظة ارتكابه للجريمة، تحتاج لتفصيلات كثيرة من التدقيق والفحص والتخصيصية، وكذا إجراء التجارب التقييمية، ويجب أن نكون صريحين، بأننا مازلنا في (اليمن) نسير بخطى بطيئة ومتخلفة، في إزالة الوصمة عن الأمراض العقلية والنفسية والعصبية من جانب، والخلط بين التخصصات النفسية، كتخصص الطبيب النفسي والأخصائي النفسي، ودور كل منهما، وحدود إمكانياتهما التخصصية. وفي هذا الشأن، يضطر بعض القضاة وفي بعض القضايا، إلى إهمال تقارير الخبراء الطبية غير الوافية عن حالة المتهم (المشتبه به صحياً)، فيلجأ البعض منهم للبحث عن ظروف وملابسات الجريمة، كأسلوب ارتكابها، وزمن ومكان ارتكابها، وبواعث ودوافع ارتكابها، وماضي المتهم الإجرامي إن وجد، وعلاقته بالمجني عليه؛ وتصرفه السابق أو اللاحق لارتكاب الجريمة؛ لعلمهم يجدون إجابة شافية، يمكن أن تحدد حالة المتهم العقلية والنفسية والعصبية لحظة ارتكابه للجريمة.

ومما لاشك فيه، أن القاضي الجنائي كأصل عام، يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في موازنة وسائل الإثبات، وهذه السلطة لا يجب تقييدها بأي قيد إجرائي أو موضوعي، ولو كان الأمر يتعلق بمسائل فنية؛ لأن المسؤولية الجنائية للمتهم، وإن كانت مسألة متصلة بالجناني فقط، فإن مناقشة عناصرها وشروطها لا يتم بمعزل عن الواقعة القانونية المحالة بها الدعوى الجنائية، وفي هذا الموضوع بالتحديد، القاضي هو من يبرز تزامن إصابة المتهم باضطراب ذهني مع زمن ارتكابه للجريمة، وهو من يتحقق من قانونية الخبرة الطبية، وهو من يقارنها مع باقي أدلة الإثبات المعروضة عليه، وله في هذا الإطار مجموعة من الصلاحيات... وعليه، نرى بأن مسألة تقدير حالة المتهم الذهنية، تدخل في نطاق السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، شريطة استعانته بخبرة طبية تساعد من أجل الحسم في مسألة إصابة المتهم باضطراب ذهني من عدمه، وكذا مسألة درجة تأثير هذا الاضطراب على إرادة أو إدراك هذا الأخير، حتى يستطيع الحسم في مسؤوليته الجنائية.

واستناداً إلى ما سبق ذكره، نرى بأن الخبرة في هذه الحالة يمكن أن تكون جديفة وضرورية وشبه حاسمة، وعلى القاضي الجنائي أن يأمر بها ليس بتوافر الشك بحالة المتهم الذهنية فحسب، بل بمجرد توافر الشك؛ لتعلق الأمر بمسألة طبية فنية اختصاصية، يصعب عليه فهمها في غياب تقرير طبيب مختص، والذي يعتبر من العناصر الضرورية التي يبني عليها القاضي الجنائي اقتناعه الصميم، ومن خلال مقارنة مضمون باقي وسائل الإثبات التي يتضمنها ملف القضية، وما دار أمامه بالجلسة من مناقشات مع المتهم المتابع، وما جاء في تصريحات أطراف الدعوى، وظروف وملابسات القضية المعروضة عليه... وخلاصة القول، يكون تقدير حالة المتهم الذهنية من المسائل الموضوعية التي تستقل محكمة الموضوع بتقديرها، يجب أن يبقى هو الأصل لانسجامه مع فلسفة المشرع الجنائية، التي تعطي للقاضي الجنائي سلطة واسعة في تقدير وسائل الإثبات؛ حتى يستطيع تكوين اقتناعه بكل حرية وتجرد، غير أن ذلك لا يعني بأن القاضي الجنائي مخير في اللجوء إلى خبرة طبية، بل يجب عليه أن يأمر بإجرائها تلقائياً أو بناء على طلب؛ إذا كانت متعلقة بتحديد الحالة الذهنية للمتهم وبمجرد توافر الشك؛ ولتعلق الأمر بمسألة طبية صرفة بعيدة عن مجال اختصاصه القانوني، وذلك حتى يستطيع فهم الحالة المرضية للمتهم التي على ضوءها يقرر في مسؤوليته الجنائية.

خاتمة النتائج والمقترحات

- أولاً: النتائج

المتأمل لواقع المعيشة في حياتنا، يجد أن الكثير من الأمراض منتشرة كثيراً في مجتمعنا اليمني، وبالذات الأمراض النفسية، وأبرزها كما ذكرنا مرضاً (الفصام والاكْتئاب السودوي الذهاني)، بحيث يضطر بعض المصابين القيام بارتكاب جرائم شنيعة، كالقتل أو الاغتصاب أو السرقة بإكراه ولو على الأقارب.. والغريب أن بعض أحكام الإعدام قد تصدر بحقهم وهم ناقصو الإدراك والوعي تماماً؛ تحت حجج ومبررات أن هذه جرائم وحشية وبشعة وعنيفة، وبضغط شديد من الرأي العام، ممثلاً بالصحافة، ووسائل التواصل الاجتماعي، ويكون ذلك أحياناً في جلسة أو جلستين قضائية على الأكثر، وأحياناً يمكن أن يكون دون حضور محامين عنهم؛ مما يجعل الأحكام الصادرة بشأنهم، محل شك وتندرج تحت طائلة «البطلان المتعلق بالنظام العام»؛ لعدم تحقيق وسائل حقوق الدفاع الجوهرية، كحق أصيل وركن أساسي لإجراء المحاكمات العادلة.

ولعله من المفيد التأكيد، والنصح لزملائنا السادة القضاة الجدد وحديثي العهد، بأن يبذلوا الجهد، ويستفرغوا الوسع في دراسة القضية من كافة جوانبها، وأن يبينوا أسباب ارتكاب الجريمة، وظروفها، وشخصية الفاعل كشرط أولي؛ لتحديد مسؤليته الجزائية، بغية الوصول إلى حكم عادل.. ولا يثنى عليهم مبرر، أن المشرع اليمني لم يترك لهم فرصة؛ لتخفيف العقاب في الجرائم التي يقدم متهموها بشبهة فقدان الوعي، أو نقصان الإدراك، ولهم في سبيل ذلك، تطبيق مبادئ تفريد العقاب المذكورة بصريح المادة (١٠٩) عقوبات، وأهمها مراعاة درجة المسؤولية الجنائية، التي تصنف جرائم المجنون والمختل عقلياً أو نفسياً أو عصبياً إلى: مسؤولية (كاملة) والتي تنطبق على الأصحاء، ومسؤولية (ناقصة) وتنطبق على ذوي العجز النسبي أو ناقصي الإدراك، ومسؤولية (منعدمة) وتنطبق على المصابين بعجز كامل أو فقدان كلي للإدراك والوعي... وهذه من المخارج القانونية، التي من الممكن أن يستندوا إليها، كأساس متين لحيثيات وأسباب أحكامهم بشكل صائب..

- ثانياً: التوصيات والمقترحات

١- نقترح على المشرع اليمني، تحديد نوع العجز ودرجته وحكمه، والمذكور في نص المادة (٣٣- عقوبات)، فإن كان عجزاً كلياً، يكون فيه الشخص فاقداً للإدراك

والوعي والتمييز لأفعاله وتصرفاته، ترفع عنه المسؤولية الجنائية. وإن كان عجزاً نسبياً، يكون فيه الشخص ناقص الإدراك والوعي والتمييز لأفعاله، يجاز أن تخفف عنه العقوبة.

٢- نرى من المناسب توحيد المصطلحات باستخدام عبارة (اضطرابات ذهنية)، بدل باقي العبارات المتعددة من قبيل (خلل في القوى العقلية) و(الأمراض العقلية والنفسية والعصبية) و«العاهة العقلية) وغيرها، وذلك تماشياً مع التصنيف الدولي للاضطرابات الذهنية (ICD) وتوحيد العمل بالتصنيفات الدولية للاضطرابات الذهنية من قبل الأطباء المختصين في معالجة الاضطرابات الذهنية.

٣- نشدد على الاهتمام والعناية اللازمة، لإنشاء لجان طبية متخصصة؛ لتقييم حالات المتهمين والمحكوم عليهم، والمشتبه بإصابتهم بأمراض عقلية أو عصبية أو نفسية. والنص صراحة على أن الخبرة تجريها لجنة خبراء من ثلاثة اختصاصيين بمستشفى لعلاج للاضطرابات الذهنية، وبإذن من القاضي الجنائي الذي يأمر بها، ويسمح من خلاله بنقل المتهم المحبوس من المؤسسة السجنية إلى مؤسسة لعلاج الاضطرابات الذهنية، ووضعه رهن إشارة الخبراء؛ من أجل إنجاز الخبرة في ظروف مناسبة تضمن الحصول على نتائج دقيقة، لا سيما في القضايا التي تكون عقوبتها الإعدام!!

٤- نهيب بأهالي المرضى المختلين عقلياً، بأن المسؤولية الشرعية والقانونية تقع على عاتقهم، إما بإدخال أقاربهم بالمصحة، أو إبقائهم لديهم تحت عناية ومراقبة شديدة؛ حتى لا يتضرر شخص أو تسلب روح، كانت ضحية شخص غير مسؤول عن تصرفاته؛ لأن ذلك قد يعرض الشخص المسؤول عن هذا المريض للمساءلة القانونية، متى ثبت تقصيره عن الرقابة على من يتولى مسؤوليته إذا ارتكب جريمة.. وأدعو في هذا الخصوص، أن يتدخل المشرع، بقرارات رادعة لتنظيم مثل هذه الأمور؛ حماية للأرواح وللمرضى أنفسهم.

٥- ننصح زملاءنا السادة القضاة وأعضاء النيابة، بالاهتمام بمسألة تقدير حالة المتهم العقلية أو النفسية أو العصبية، فيتعين عليهم إذا تمسك به المتهم وأصر عليه، أن يجروا تحقيقاً كافياً، ولا ضير عليهم إن عيّنوا خبيراً للإثبات أو النفي، ولو خلت أوراق الملف بما يفيد أن المتهم كان يعاني من اضطراب نفسي أو عقلي أو عصبي وقت ارتكاب الجريمة.

٦- وبالمقابل، نوصي المشرع بمعاقبة من يثبت أنه أدعى الجنون بعد ارتكابه للجريمة؛ للإفلات من العقوبة، واعتبار ذلك ظرفاً مشدداً، وإن كان هذا الادعاء والفضل، يتشابه إلى حد ما مع الأركان المادية لجريمة تضليل العدالة!
هذا والله أعلم، وهو الموفق للصواب.

قائمة بأهم المؤلفات والمراجع

- ١- علي عبدالقادر القهوجي، علم الإجرام والعقاب، دار المطبوعات، الإسكندرية، ٢٠٠٩م.
- ٢- عوض محمد، شرح قانون العقوبات المصري (القسم العام)، دار المطبوعات، الإسكندرية، ١٩٩٨م.
- ٣- عبدالقادر عوده، التشريع الجنائي الإسلامي، ط دار التراث، القاهرة، ٢٠٠٣م.
- ٤- عبدالمؤمن شجاع الدين، التعليقات على أحكام المحكمة العليا اليمنية.
- ٥- سمير إسحاق بنات، الجنون كمانع من موانع المسؤولية الجزائية، بحث مقدم لجامعة القدس، فلسطين، ٢٠١٤م.
- ٦- لطفي الشرييني، الطب النفسي والعقلي، أحكام وتشريعات الأمراض النفسية والعقلية، ط دار مصر للنشر، ٢٠٠١م.
- ٧- ياسر خلف الصافي، الاضطرابات النفسية وأثرها على المسؤولية الجزائية، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١٩م.
- ٨- ضاري خليل محمود، أثار العاهة العقلية في المسؤولية الجزائية، ط مركز البحوث، بغداد، ١٩٨٢م.
- ٩- وجيه محمد خيال، أثار الشذوذ العقلي والعصبي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ١٩٨٣م.
- ١٠- محمد السيد عبدالرحمن، علم الأمراض النفسية والعقلية والعصبية، ط مكتبة زهراء الشرق، القاهرة، ٢٠١٤م.
- ١١- محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٩م.
- ١٢- مجلي حسن علي، المسؤولية الجزائية في القانون والقضاء والفقهاء اليمني، طبعة سلسلة القانون والقضاء والفقهاء اليمني، ٢٠٠٥م.
- ١٣- قانون الإجراءات الجزائية اليمني النافذ، رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م.
- ١٤- قانون الجرائم والعقوبات اليمني النافذ، رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م.



البحر في الفقه الإسلامي

مجلة

بطلان الإجراء الجزائي في القانون اليمني (دراسة مقارنة)

الأستاذ. الدكتور / منير محمد علي الجوبي

أستاذ القانون الجنائي المشارك

البحر في الفقه الإسلامي

قال تعالى:

﴿ذَلِكَ بِأَنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا اتَّبَعُوا الْبَاطِلَ وَأَنَّ الَّذِينَ آمَنُوا اتَّبَعُوا
الْحَقَّ مِنْ رَبِّهِمْ كَذَلِكَ يَضْرِبُ اللَّهُ لِلنَّاسِ أَمْثَالَهُمْ﴾.

سورة محمد، الآية (٣)

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَلَا تُبْطِلُوا
أَعْمَالَكُمْ﴾.

سورة محمد، الآية (٣٣)

﴿وَقُلْ جَاءَ الْحَقُّ وَزَهَقَ الْبَاطِلُ إِنَّ الْبَاطِلَ كَانَ زَهُوقًا﴾.

سورة الإسراء، الآية (٨١)

صدق الله العلي العظيم

المقدمة

تهدف الإجراءات الجنائية إلى معرفة الحقيقة عن الجريمة لتوقيع الجزاء على مرتكبيها أو الحكم ببراءة البريء، ومن ثم يجب اتباعها وفقاً لما نظمته المشرع تحقيقاً للغرض منها، ولكن قد يسلك الأشخاص المعهود إليهم ممارسة الإجراءات الجنائية أثناء قيامهم بأعمالهم مسلكاً يكونون قد أغفلوا وخالفوا ما رسمته القواعد الإجرائية، مما يجب معه وضع جزاء يترتب على مخالفة القاعدة الإجرائية يتمثل في حرمان من باشر الإجراء المخالف من بلوغ الغاية التي يستهدفها الإجراء، وذلك بإهدار الأثر القانوني للعمل الذي تم مخالفاً للقاعدة الإجرائية^(١).

ويترتب على تقرير البطلان آثار هامة، منها ما يتعلق بالإجراء الباطل ذاته، ومنها ما يتعلق بالإجراءات المتصلة به، سواءً كانت سابقة أم لاحقة، فمتى تقرر بطلان إجراء معين وجب استبعاد الدليل المستمد منه، كما أن من المتفق عليه أن الدليل اللاحق لهذا الإجراء يتأثر بالبطلان إذا كان مترتباً مباشرة من الدليل الناجم عن الإجراء الباطل، فينهار هو الآخر ويتعين إهداره.

لذا، تقرر غالبية التشريعات عدد من الجزاءات في مواجهة الإجراءات غير المشروعة، التي يباشرها ممثلو السلطة ضد الحرية الشخصية للمتهم، فهناك الجزاء التأديبي كالتنبيه والإنذار ولفت النظر، والجزاء المدني كالتعويض والرد والمصادرة، والجزاء الجنائي الذي يتمثل في فرض العقوبة الجنائية على الموظف الذي يحقق في

(١) فتقرير بطلان اعتراف غير إرادي مثلاً يؤدي إلى منع رجال الشرطة والمحققين من التماذي في إساءة استعمال سلطاتهم، فعندما يتبينون أن مجهوداتهم التي بذلت للتأثير على المتهم لحمله على الاعتراف قد ذهبت هباءً بعدم قبول المحكمة لهذا الاعتراف، فإن ذلك يدفعهم إلى عدم تكرار هذا التصرف، وإلى اتخاذ الإجراءات القانونية السليمة والمشروعة. د/ حسن محمد ربيع: حماية حقوق الإنسان والوسائل المستحدثة للتحقيق الجنائي، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، ١٩٨٥م، ص ٥٥٥.

وقد تفاوتت الأنظمة القانونية في النص على البطلان كجزاء إجرائي لمخالفة أحكام قانون الإجراءات الجزائية بوجه عام، واختلفت بصفة خاصة بالنسبة لتقرير البطلان وسريانه عند مخالفة مأمور الضبط القضائي لقواعد قانون الإجراءات الجزائية وانقسمت إلى اتجاهين، الاتجاه الأول يمثلته النظام الأنجلوسكسوني، ويرى الاكتفاء بتقرير مسؤولية مأمور الضبط القضائي الجنائية والمدنية والتأديبية لحماية حريات الأفراد دون حاجة إلى تقرير بطلان الإجراءات غير المشروعة المتخذة منهم، واستبعاد ما أنتجته من أدلة تكفي لإثبات الجريمة، أما الاتجاه الثاني فيمثلته بصفة أساسية النظام اللاتيني، ويرى أن المسؤولية الجنائية والتأديبية والمدنية التي نصت عليها القوانين المختلفة ليست كافية للحفاظ على حريات الأفراد أو الحد من تجاوزات مأموري الضبط القضائي المتكررة، وأن قواعد الإجراءات الجنائية وضعت لتحترم، ولا جدوى منها إذا لم يترتب جزاء بطلان لمخالفة قواعد الأساسية. د/ أسامة عبدالله قايد: حقوق وضمانات المشتبه فيه في مرحلة الاستدلال، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨م، ص ٣٠٤. د/ محمد عودة الجبور: الاختصاص القضائي لمأمور الضبط، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨١م، ص ٥٢٤، ٥٢٣.

تصرفه النموذج القانوني لجريمة من الجرائم المنصوص عليها في القانون العقابي، والجزاء الإجرائي من أهم أنواع الجزاءات المقررة لمخالفة شرعية الإجراءات الجزائية، وأهم صور هذا الجزاء هو البطلان.

ويلاحظ أن الجزاء الإجرائي يختلف عن غيره من الأنواع الأخرى من الجزاءات في أمرين:

الأول: أن الجزاء الإجرائي موضوعي الأثر، بمعنى أنه لا ينال من شخص من باشر الإجراء، وإنما يرد على العمل.

الثاني: أن الجزاء الإجرائي يؤدي إلى سلب العمل الإجرائي المعيب آثاره القانونية، ويرد على المخالف قصده من المخالفة، بخلاف الجزاءات الأخرى التي تنطوي على عنصر الألم أو التعويض.

وليس من شك أن العمل الإجرائي المخالف قد تصيبه جزاءات أخرى غير البطلان، كالانعدام، أو السقوط، أو عدم القبول، وإن كان البطلان هو أهم هذه الجزاءات الإجرائية، ولذلك سيكون حديثنا منصباً عليه.

وإذا كان البطلان جزءاً إجرائياً عرفته التشريعات ذوات الأصل اللاتيني، وأفردت له نظرية ساهم في تأصيلها الفقه والقضاء، فإن التشريعات ذوات الأصل الأنجلوسكسوني لم تكن كثيراً ما ييجاد نظرية محددة المعالم للبطلان كجزاء إجرائي، وعرفت ما يسمى بقاعدة الاستبعاد، وهذه القاعدة وجدت أساساً لها في قواعد القانون العام ونصوص التشريع.

أولاً: مشكلة البحث

إن نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجزائية من النظريات الهامة، والتي اختلف الفقه حول أساسها وتباينت أحكام القضاء فيها أحياناً؛ لأنها تمس حقوق وحرريات الأفراد.

فأعمال القبض والتفتيش وحبس المشتبه به وغير ذلك تنتقص من حقوق وحرريات الأفراد، حيث أن الأصل في المتهم البراءة حتى تثبت إدانته، والبطلان جزء لكل إجراء يأتي على خلاف القانون، بما يمس هذه الحقوق والحرريات بكافة صورها.

وتبرز مشكلة الدراسة أيضاً في وجود ثغرات إجرائية في قانون الإجراءات الجزائية سنحاول من خلال دراستنا سد هذه الثغرات، وحيث يتضح أن خطاب البطلان موجه من

المشرع، والذي بدوره يقوم بالصياغة القانونية للإجراءات بصورة دقيقة وتجنب الصياغة التي فيها لبس في توصيف الإجراءات، وهذا أمر على قدر كبير من الأهمية.

كما تظهر مشكلة البحث في وجود جزاءات إجرائية أخرى تتشابه مع البطلان، فكيف يتم التمييز بين البطلان وغيره من الجزاءات الإجرائية الأخرى، كالانعدام، والسقوط، وعدم القبول، ولهذا يجب وضع معايير وضوابط قانونية للتفرقة بين البطلان كجزاء إجرائي وغيره من الجزاءات الأخرى، لاسيما أنها تتشابه كثيراً، حتى تكاد أن تكون متداخلة مع بعضها البعض، أو تكون كل واحدة من هذه الجزاءات مكملة للأخرى، إلا أن البطلان هو الجزء الإجرائي الأكثر شيوعاً، كما أن هناك صعوبة تتجلى على الصعيد التشريعي، وهي صعوبة الأخذ بإحدى نظريتي البطلان القانوني أو الجوهري (الذاتي)، وكذلك غموض معايير تمييز الإجراء الجوهري، ومن أبرز هذه المعايير: معيار الغاية من الإجراء، ومعيار المصلحة العامة، ومعيار حقوق الخصوم، وهذه المعايير متداخلة مع بعضها البعض، وليس لها تحديد تشريعي.

ثانياً: أهمية البحث

تظهر أهمية البحث في النقاط الآتية:

- البطلان جزء إجرائي لكنه ليس الجزاء الإجرائي الوحيد، ومن هنا تبدو أهميته وإشكالية تمييزه عن غيره من صور الجزاءات الأخرى.
- البطلان يلحق كل إجراء معيب، والعيب الإجرائي هو نتيجة عدم المطابقة بين الإجراء الواقع وبين نموذج الموصوف قانوناً، وهو أمر مهم، إذ أن القواعد القانونية قاطبة ما وضعت إلا لكي تطبق على النحو المنصوص عليه قانوناً.
- أن البطلان يجرّد الإجراء المعيب من آثاره القانونية، ولكن اعتبارات تفعيل العدالة قد تقضي تارة بوجوب إعادة الإجراء المعيب، وتارة أخرى بجواز تصحيحه، ونحن في الحالتين أمام ترشيد الإجراءات الجزائية، وهو أمر مقبول.
- القائمون على تنفيذ وتطبيق النصوص الإجرائية مطالبون بدورهم بتنفيذ صارم وأمين وتطبيق وإع لهذه النصوص، ولعل الإلمام بحالات البطلان وأسبابه يفيد هؤلاء في حسن إجراء عملية المطابقة بين الإجراء مثلما تتم مباشرته وبين نموذج المرسوم قانوناً، وبهذا يتم ترشيد الإجراءات ودفعها على نحو سليم إلى غايتها.

- البطلان لا يعني إنهاء الحكم وتبرئة المتهم وتفويت حق المجتمع في العقوبة فحسب، بل قد يؤدي إلى إعادة مباشرة الإجراء وتصحيحه.
- تتسم الإجراءات الجزائية بكونها في الغالب استعمال لوسائل القهر والإكراه من جانب سلطة عامة في مواجهة الأفراد، وتحمل هذه السمة مخاطر الافتئات على الحقوق والحريات الفردية، ولهذا تبدو أحد مظاهر أهمية موضوع البطلان في أنه جزء إجرائي ضامن لهذه الحقوق والحريات، فأعمال القبض وتفتيش المنازل وضبط المراسلات والتنصت الهاتفية وحبس المشتبه فيه، ولو لم يحكم عليه نهائياً تمثل في حقيقتها إهداراً لحرية الشخص في التنقل وحرمة حياته الخاصة وحقه في افتراض براءته، من هنا يبدو من الأهمية بمكان تقييد هذه الإجراءات، وإحاطتها بضمانات، ولن يكفل احترام تلك القيود والضمانات سوى تقرير بطلان كل إجراء يتم بالمخالفة لها.

ثالثاً: أهداف البحث

- يرمي الباحث من خلال دراسته إلى تحقيق الأهداف الآتية:
- بيان المقصود بالبطلان ومذاهبه وأنواعه.
- التمييز بين البطلان والجزاءات الإجرائية الأخرى (الانعدام، السقوط، عدم القبول).
- إظهار أسباب بطلان الإجراء الجزائي.
- استقراء دور القضاء في تحديد أسباب البطلان.
- تحديد المعايير التي تميز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي.
- معرفة الآثار المترتبة على بطلان الإجراءات.
- إظهار القيمة العلمية لقواعد قانون الإجراءات الجزائية بتحويل هذه القواعد القانونية من قواعد نظرية إلى قواعد إجرائية لها دور في سير الدعوى حتى تنتهي بصدور حكم بأن يفصل في الموضوع.

رابعاً: تساؤلات البحث

تثير الدراسة السؤال الرئيس الآتي:

هل كل مخالفة إجرائية تجيز أو توجب تعييب الإجراء وتستدعي تقرير بطلانه؟

ويتفرع عن هذا السؤال الأسئلة الفرعية الآتية:

- ما المقصود بالبطلان؟ وما مذاهبه؟ وأنواعه؟
- ما الفرق بين البطلان المطلق والبطلان النسبي؟
- ما معايير التمييز بين البطلان القانوني والبطلان الذاتي؟
- ما الآثار المترتبة على بطلان الإجراء المخالف؟
- كيف يمكن الحد من الإجراءات المعيبة؟

خامساً: منهج البحث

سوف اتبع في إعداد هذا البحث المنهج الوصفي والتحليلي والمقارن من خلال استخلاص الأفكار المتعلقة بموضوعه من المؤلفات العامة، والرسائل العلمية، والأبحاث والمقالات والدوريات المتخصصة من جهة، وتجميع النصوص القانونية ومقارنتها بالتشريع المصري لمعرفة الأحكام التشريعية لمواضيع البحث المختلفة من جهة أخرى، بالإضافة إلى الرجوع إلى أحكام القضاء لاستخلاص الاتجاه القضائي من جهة ثالثة.

سادساً: خطة البحث

قسم الباحث دراسته إلى ثلاثة مباحث كالتالي:

- المبحث الأول: ماهية البطلان.
- المطلب الأول: المقصود بالبطلان.
- المطلب الثاني: مذاهب البطلان.
- المطلب الثالث: التمييز بين البطلان والجزاءات الإجرائية الأخرى.
- المبحث الثاني: أنواع البطلان.

- المطلب الأول: البطلان المتعلق بالنظام العام (البطلان المطلق).
- المطلب الثاني: البطلان المتعلق بمصلحة الخصوم (البطلان النسبي).
- المبحث الثالث: آثار البطلان.
- المطلب الأول: أثر البطلان على الإجراء المخالف.
- المطلب الثاني: أثر البطلان على الإجراءات السابقة.
- المطلب الثالث: أثر البطلان على الإجراءات اللاحقة.
- المطلب الرابع: الحد من آثار البطلان.

المبحث الأول ماهية البطلان

تمهيد وتقسيم:

الدعوى الجزائية هي مجموعة الأعمال الإجرائية التي تهدف إلى التحقق من وقوع الجريمة ونسبتها إلى فاعلها، وهي بذلك تشمل جميع الإجراءات التي تباشر منذ أول عمل من أعمال التحقيق حتى صدور حكم بات، والعمل الإجرائي لكي يكون صحيحاً لأبد من توافر شروط موضوعية تتعلق بالإرادة والأهلية الإجرائية، وما يتطلبه القانون من شروط خاصة بالمحل المنصب عليه العمل وسبب القيام به وشروط شكلية تتعلق بالشكل الذي يجب أن يصاغ فيه العمل الإجرائي.

وإذا توافر في العمل الإجرائي الشروط القانونية المتعلقة به سواءً من الناحية الموضوعية أو من الناحية الشكلية كان صحيحاً ومنتجاً لآثاره القانونية، أما إذا تخلف عن العمل الإجرائي شرط من الشروط القانونية فإنه يعد مخالفاً للقانون، ويسمى الجراء الإجرائي (البطلان).

وسنقوم ببحث هذا الموضوع في ثلاثة مطالب، نبين في الأول المقصود بالبطلان، ونوضح في الثاني مذاهب البطلان، ونخصص الثالث لتمييز البطلان عن غيره.

المطلب الأول

المقصود بالبطلان

سنوضح في هذا المطلب تعريف البطلان في الفقه القانوني والشرعي في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

تعريف البطلان في الفقه القانوني

البطلان هو «جزاء لتخلف كل أو بعض شروط صحة الإجراء الجنائي، ويترتب عليه عدم إنتاج الإجراء آثاره والمعطاة في القانون»^(١).

(١) د/ محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥م، ص ٣٥٨.

كما عُرف بأنه: «جزء إجرائي يستهدف كل عمل إجرائي لا يتوافر فيه عنصر أو أكثر من العناصر الجوهرية التي يستلزمها فيه القانون، ويترتب عليه عدم إنتاجه الآثار القانونية التي ترتبها القاعدة الإجرائية عليه إذا كان كاملاً، ولذلك فهو يعد أبلغ الجزاءات الإجرائية أثراً، إذ به يعدم العمل الإجرائي المعيب ويصبح كأن لم يكن، كما أنه الوسيلة العملية في التشريعات الحديثة لتحقيق سلامة العدالة أو هيبته في جميع مراحل الدعوى»^(١).

كما عرفه البعض بأنه: «إحدى صور الجزاءات التي تلحق بالإجراء المعيب، أي العمل الإجرائي الذي يتخذ في إطار الخصومة الجنائية، وفي المرحلة السابقة عليها والممهدة لها، وهي مرحلة الاستدلال، متى افتقر هذا العمل إلى أحد مقوماته الموضوعية، أو تجرد من أحد شروطه الشكلية، ويترتب على بطلانه الحيلولة دون ترتيب الآثار القانونية التي كان يمكن ترتيبها فيما لو وقع صحيحاً»^(٢).

ويُعرف البطلان بأنه: «جزء مخالفة المطابقة بين الإجراء الواقع وبين الإجراء المرسوم قانوناً، ويعد الوسيلة العملية لتحقيق سلامة العدالة وهيبته في جميع مراحل الدعوى الجنائية»^(٣).

ويتضح من هذه التعريفات أن البطلان يعد أثراً يترتب على عدم توافر شروط صحة الإجراء الجنائي، وهو بهذا المعنى يوصف بأنه جزء إجرائي تمييزاً له عن الجزاءات غير الإجرائية المتمثلة في العقوبات الجنائية، أو المدنية، أو التأديبية، غير أنه من ناحية أخرى يجب ألا يؤدي تقرير البطلان إلى تعقيد الإجراءات وتأخير سير الدعوى الجزائية دون جدوى، لذلك حرص قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠م على تأكيد أن البطلان يترتب على عدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة بأي إجراء جوهري (المادة ٣٣١) ويقابل ذلك نص المادة (٣٩٦) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م^(٤).

فالبطلان جزء إجرائي يقرره قانون الإجراءات الجزائية كأثر لتخلف كل أو بعض القواعد الجوهرية التي يتطلبها المشرع لصحة العمل الإجرائي سواءً من ناحية الشكل أم من ناحية

(١) د/ أحمد فتحي سرور: نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٥٩م، ص ١٢، ١١.

(٢) د/ سليمان عبد المنعم: بطلان الإجراء الجنائي، دار الجامعة الحديثة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٩م، ص ١٧.

(٣) د/ إبراهيم حامد طنطاوي: سلطات مأمور الضبط القضائي، ناس للطباعة، القاهرة، ط ٢، ١٩٩٧م، ص ٩٣١.

(٤) تنص المادة (٣٣١) إ.ج مصري على أنه: «يترتب البطلان على عدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة بأي إجراء جوهري»، وتنص المادة (٣٩٦) إ.ج يمني على أنه: «يقع باطلاً كل إجراء جاء مخالفاً لأحكام هذا القانون، إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا كان هذا الإجراء الذي خولف أو أغفل جوهرياً».

الموضوع والجوهر، أما القواعد غير الجوهرية فلا يترتب على مخالفتها البطلان^(١).

الفرع الثاني

تعريف البطلان في الفقه الإسلامي

لقد وردت في القرآن الكريم آيات تضمنت لفظ البطلان ومشتقاته من ذلك قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾^(٢)، وقوله عز وجل: ﴿ذَلِكَ بِأَنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا اتَّبَعُوا الْبَاطِلَ وَأَنَّ الَّذِينَ آمَنُوا اتَّبَعُوا الْحَقَّ مِنْ رَبِّهِمْ﴾^(٣)، وقال سبحانه وتعالى: ﴿وَقُلْ جَاءَ الْحَقُّ وَزَهَقَ الْبَاطِلُ إِنَّ الْبَاطِلَ كَانَ زَهُوقًا﴾^(٤)، تلك الآيات وغيرها جاء بها لفظ الباطل في جانب يغلب عليه معنى العقيدة والعبادات وما يتعلق بها، وهناك آيات أخرى جاءت خاصة بالشطر الذي يغلب على التعامل^(٥)، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿فَبَطَّلُوا مِنْ الَّذِينَ هَادُوا حَرَمًا عَلَيْهِمْ طَبِيبَاتٍ أُجِلَّتْ لَهُمْ وَبِصَدِّهِمْ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ كَثِيرًا (١٦٠) وَأَخَذَهُمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ وَأَكْلِهِمْ أَمْوَالَ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ...﴾^(٦).

ولا يختلف تعريف البطلان^(٧) في الشريعة عما عليه في القانون، فقد جاء في تبيين الحقائق معنى الباطل في معرض الكلام عن البيع: «البيع أربعة أقسام، صحيح وهو المشروع بأصله ووصفه ومعتبر الحكم بنفسه، وباطل وهو غير مشروع أصلاً»^(٨).

وهذا النص يفيد أن الباطل هو ذلك الأمر غير المشروع والوارد على صورة غير مطابقة لما أمر به الشارع، فهو غير مشروع بأصله ومن ثم فإنه مضمحل من أساسه ولا ينتج أثراً، وهو أيضاً ذلك الأمر الذي جاء على صورة مخالفة للصورة الشرعية الصحيحة وكان مخالفاً لها في الأصل والوصف جميعاً^(٩).

(١) د/ محمد عبد الغريب: شرح قانون الإجراءات الجنائية، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، ١٩٩٧م، ص ٦٨٥.

(٢) سورة محمد، الآية (٣٣).

(٣) سورة محمد، الآية (٣).

(٤) سورة الإسراء، الآية (٨١).

(٥) د/ محمد محمد شجاع: شرح قانون الإجراءات الجزائية، مركز الصادق، صنعاء، ٢٠٠٥م، ص ٥٥٣.

(٦) سورة النساء، الآيتان (١٦٠، ١٦١).

(٧) (بطل) بَطَلًا وبَطُولًا وبَطْلَانًا، ذهب ضياعاً، أبطلهن والباطل ضد الحق، (القاموس المحيط للفيروز آبادي،

ج ٣، شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي وأولاده، ط ٢، مصر، ١٣٧١هـ، ص ٢٥٢).

(٨) تبيين الحقائق في شرح كنز الدقائق للزيلعي، ج ٤، ص ٤٤.

(٩) د/ عادل عبدالعال خراشي: ضوابط التحري والاستدلال عن الجرائم، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي

والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، ٢٠٠٢م، ص ٥٥٦، د/ محمد محمد شجاع، مرجع

سابق، ص ٥٥٥.

ومما سبق يمكن تعريف البطلان بأنه: «جزاء إجرائي يترتب على عدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة بأي إجراء جوهري، ويستوي في هذا أن تكون هذه الأحكام خاصة بمضمون وجوه الإجراء أو بالشكل الذي يصاغ فيه».

المطلب الثاني

مذاهب البطلان

تعددت النظريات الفقهية التي قيل بها بشأن تقدير صحة وبطلان الإجراءات عند المخالفة وفقاً لتباين السياسة التشريعية للدول، فالمذهب الأول يحدد فيه المشرع حالات البطلان، ويسمى بالبطلان القانوني، أما المذهب الثاني فيقرر البطلان كجزاء لمخالفة القواعد الإجرائية الجوهرية، وهو ما يعرف بمذهب البطلان الذاتي، وسوف نبين مضمون هذه المذاهب مع بيان موقف القانون اليمني والقانون المصري من هذه المذاهب في الفروع الآتية:

الفرع الأول

مذهب البطلان القانوني^(١)

بمقتضى هذا المذهب لا يجوز الحكم بالبطلان دون نص صريح يقرر البطلان عند مخالفة الإجراء أو إغفاله، فالمشرع هو الذي يتولى بنفسه تحديد حالات البطلان^(٢)، بحيث لا يجوز للقاضي أن يقرر البطلان في غير هذه الحالات، ويترتب على ذلك نتيجتان، أولاهما: أن القاضي لا يستطيع أن يقرر البطلان كجزاء لمخالفة قاعدة لم يقرر لها المشرع البطلان، ثانيهما: أن القاضي لا يملك سلطة تقديرية في تقرير البطلان، فلا يملك القضاء به إذا كان المشرع لم ينص عليه، كما لا يملك إغفال القضاء به إذا كان المشرع قد نص على توقيعه صراحة^(٣)، وميزة هذا المذهب أنه يحول دون تحكم القاضي وتعسفه في

(١) يقوم هذا المذهب على مبدأ «لا بطلان بغير نص»، ويحدد المشرع حالاته، فيورد القواعد التي يرد البطلان جزاء لمخالفتها بالنص على ذلك صراحة، (د/ مطهر علي أنقع: شرح قانون الإجراءات الجزائية، مركز الصادق، صنعاء، ٢٠٠٦م، ص ٢٩).

(٢) د/ محمد عيد الغريب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ١٦٨٧، د/ حسن علي السمني: شرعية الأدلة المستمدة من الوسائل العلمية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٣م، ص ١٧٩.

(٣) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٣٦٠. د/ أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥م، ص ٤٢١. د/ جلال ثروت: نظم الإجراءات الجنائية، ط ١٩٩٧م، ص ٥٦٤.

تحديد أحوال البطلان، وبذلك يتأكد مبدأ الشرعية الإجرائية، إلا أنه من ناحية أخرى من المتعذر على المشرع أن يحصر مقدماً أحوال البطلان، فهناك حالات يتعين فيها ترتيب البطلان على مخالفتها على الرغم من عدم اقترانها بهذا الجزء^(١).

الفرع الثاني مذهب البطلان الذاتي

مضمون هذا المذهب أن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية في تحديد القواعد التي يترتب على مخالفتها البطلان، وتلك التي لا يؤدي مخالفتها إلى هذا الأثر بدلاً من تقيده بنصوص جامعة، فهناك حالات يتعين فيها ترتيب البطلان على مخالفتها على الرغم من عدم النص على هذا البطلان^(٢).

ومن مزايا هذا المذهب أنه يقر بعدم إمكان حصر جميع حالات البطلان مقدماً في قواعد تشريعية محددة، ولذلك يترك الأمر لتقدير القضاة بالنسبة للإجراءات الجوهرية التي يجازى على مخالفتها بالبطلان، فهو مذهب يتصف بالمرونة، وعيب هذا المذهب أنه يواجه مشكلة التمييز بين القواعد الإجرائية الجوهرية وغير الجوهرية، فالمشرع لم يضع لذلك معياراً محدداً وإنما ترك الأمر للقضاء والفقهاء، بالبحث عن الغاية من النص وأهميته، وكان من شأن ذلك صعوبة تحديد المقصود بالبطلان الذاتي، وهو ما يرجع إلى غموض تحديد جوهرية بعض القواعد، فيتترك بذلك مجالاً للخلاف في الآراء وتضارب الأحكام^(٣).

الفرع الثالث

موقف المشرعين المصري واليمني من مذاهب البطلان

وضع المشرع الإجمالي المصري في ظل قانون الإجراءات الجنائية الحالي رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠م نظرية عامة للبطلان ضمنها المواد (٣٣١-٣٣٧) وأخذ فيها بمذهب البطلان

(١) د/ محمد عيد الغريب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ١٦٨٧. د/ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص ٤٢١.

(٢) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٣٦٠. د/ محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص ١٦٨٨.

(٣) إلا أنه يهون من هذا العيب أن الخلاف القانوني سيبقى ما بقي الفكر القانوني، د/ أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ٤٢١. د/ محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص ١٦٨٨. د/ محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣٦٠.

الذاتي عند مخالفة القواعد الأساسية أو الجوهرية، وقد قرر ذلك في المادة (٣٣١) إ.ج والتي تنص على أنه: «يترتب البطلان على عدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة بأي إجراء جوهري»، كما ميز المشرع بين البطلان المطلق مادة (٣٣٢)، والبطلان النسبي المادة (٣٣٣)، وأقام ضابط التمييز بينها على اتصال الأول بالنظام العام وتعلق الثاني بمصالح أطراف الدعوى^(١).

بينما عالج قانون الإجراءات الجزائية اليمني رقم (١٣) ١٩٩٤م موضوع البطلان في المواد (٣٩٦-٤٠٤) واعتنق مذهبي البطلان الذاتي والقانوني، وقد قرر ذلك في المادة (٣٩٦) التي نصت على أنه: «يقع باطلاً كل إجراء جاء مخالفاً لأحكام هذا القانون، إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا كان الإجراء الذي خولف أو أُغفل جوهرياً».

فنستطيع القول أن المشرع اليمني أخذ بالمذهب المختلط الذي يجمع بين كل من البطلان القانوني والبطلان الذاتي محاولاً تلافي الانتقادات التي وجهت إلى كل منهما.

وبناءً على ما سبق، يمكن القول بأن كل إجراء يقوم به مأمور الضبط القضائي أو عضو النيابة أو القاضي، ويُعد انتهاكاً للقواعد الإجرائية التي تمس حقوق الأفراد وحررياتهم أو حرمة حياتهم الخاصة، ومساساً بسلامتهم الجسدية، يترتب عليه البطلان بقوة القانون كجزء على مخالفة القواعد الإجرائية، وكذلك الإجراءات التي يتخذها وتُعد مخالفة للنصوص الدستورية التي تحمي الحرية الشخصية وحقوق الأفراد وحرمة حياتهم الخاصة^(٢).

كما أن جميع الإجراءات والأعمال التي يجريها مأمور الضبط القضائي خارج نطاق الاختصاص المكاني أو النوعي أو تكون غايتها غير مشروعة وتتعلق بحريات الأفراد وحقوقهم، وتُعد انتهاكاً لقواعد جوهرية في قانون الإجراءات، ومثال ذلك القبض أو تفتيش المنازل دون إذن قضائي، كما يترتب على ما سبق بطلان استخدام الوسائل العلمية الحديثة، وكذلك التقليدية في جميع مراحل الدعوى الجزائية، بسبب ما تحمله هذه الأساليب والوسائل بين طياتها من تعد على السلامة الجسدية والضمير الإنساني وحق الفرد في خصوصياته^(٣).

(١) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٣٦١.

(٢) نص الدستور اليمني الصادر في ١٩٩٠م على العديد من الحقوق الشخصية في المواد (٤٧-٥٣).

(٣) ومن ناحية أخرى إذا كان القانون قد اعتبر القواعد المتعلقة بحقوق الدفاع في مرحلتي التحقيق والمحاكمة من القواعد الجوهرية التي يترتب على مخالفتها البطلان، فإنه يمكن القول بأن حرمان مأمور الضبط القضائي للمتهمين من حق الاستعانة بمحام يُعد من القواعد الجوهرية التي يترتب على مخالفتها البطلان، حيث قرر قانون الإجراءات الجنائية المصري أن للمتهم في مرحلة التحقيق الحق في الاستعانة بمحام في

وخلاصة القول، أن أي إجراء يقوم به مأمور الضبط القضائي أو عضو النيابة أو القاضي وفيه انتهاك لحقوق الأفراد وحياتهم، ومساس بسلامتهم الجسدية أو انتهاك لحرمة حياتهم الخاصة أو حرمان من حقوق الدفاع فإنه يعد إخلالاً بقاعدة جوهرية يترتب عليه البطلان^(١).

المطلب الثالث

التمييز بين البطلان وغيره من الجزاءات الإجرائية

إذا كان البطلان من أهم الجزاءات الإجرائية، إلا أنه ليس الجزاء الإجرائي الوحيد، وإنما هناك جزاءات إجرائية أخرى هي الانعدام، والسقوط، وعدم القبول، ولذلك تعين علينا التمييز بينهما وبين البطلان في الفروع الآتية:

الفرع الأول

البطلان والانعدام

أولاً: تعريف الانعدام^(٢).

الانعدام هو جزاء عدم توافر أركان العمل القانوني، فيكون هذا العمل غير قائم أصلاً^(٣)، ولا ينتج العمل المنعدم أثراً قانونياً لأنه غير موجود، ولا يتوقف تحديده على نص تشريعي، وقد قيل في سبب ذلك أن القانون لا ينص على ما هو غير موجود، فهو لا يعني إلا بتنظيم الأعمال التي تنتج أثراً قانونية، أما الأعمال المعدومة فهي لا تحتاج إلى تقرير^(٤).

المادة (٧٧) يقابلها المادة (٧٣) يمني، كما أوجبت المادة (٦٧) من الدستور المصري والمادة (٤٨) من الدستور اليمني أن يكون كل متهم في جناية محام يدافع عنه، وقاعدة حضور مدافع مع المتهم بجناية متعلق بالنظام العام.

(١) د/ عادل خراشي، مرجع سابق، ص ٥٧٠.

(٢) الانعدام هو: «تخلف أحد عناصر الإجراءات الجوهرية، أي أحد مقوماته الأساسية التي لا يقوم إلا بها، بخلاف البطلان الذي يقتصر على انتفاء أحد شروط صحة الإجراء، وبذلك يتضح أن الانعدام أشد جسامة من البطلان». (د/ علي حسن كلداري: البطلان في الإجراءات الجنائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٢م، ص ٢٥).

(٣) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٣٥٦.

(٤) د/ عبد الحميد الشواربي: البطلان الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ١٨.

والعمل الإجرائي يعد منعدياً إذا شابه عيب يمس وجوده القانوني والإجرائي، وذلك بسبب الإخلال بمصدره القانوني، وإذا تمت مباشرته دون أن تنشأ الخصومة الجنائية فيفقد بذلك العمل الإجرائي جوهره القانوني^(١).

ثانياً: التمييز بين البطلان والانعدام.

يتميز البطلان عن الانعدام في النقاط الآتية:

- لم ينظم القانون الانعدام كجزاء لتخلف جوهر العمل الإجرائي أو مصدره القانوني، وإنما نص على البطلان كجزاء يترتب على مخالفة القواعد الخاصة بالإجراءات الجوهرية، وذلك يرجع إلى أن الانعدام لا يحتاج إلى تنظيم المشرع؛ لأنه تقرير للواقع لا يحتاج إلى النص عليه، هذا بخلاف البطلان فهو يتوقف على تنظيم المشرع كجزاء إجرائي يترتب على مخالفة القواعد الخاصة التي يقوم عليها العمل الإجرائي ذاته^(٢).
- الانعدام يعنى بحكم طبيعته أن العمل غير موجود، وبالتالي فلا أثر له، أما البطلان فإنه يعني أنه لا يتجرد العمل من آثاره القانونية إلا بناءً على أمر القضاء^(٣)، وأن الانعدام يفترض عيباً يصل إلى حد نفي أحد مقومات العمل الإجرائي الذي يعطي وجوداً قانونياً، بينما البطلان يقتصر على نفي أحد شروط صحة العمل الإجرائي دون أن يصل الأمر إلى المساس بوجود العمل الإجرائي^(٤).
- يفترض البطلان نشوء الخصومة الجنائية صحيحة، وأن هناك إجراء بوشري في نطاقها لم تراعى بشأنه القواعد الجوهرية المنصوص عليها، أما الانعدام فهو يفترض دعوى لم تتوافر بالنسبة لها مقومات نشوء الخصومة الجنائية صحيحة، وبالتالي فهو لا ينصرف إلى إجراء بعينه، وإنما ينصرف إلى الخصومة الجنائية بأكملها أو مرحلة من مراحلها^(٥).
- يترتب الانعدام بقوة القانون، بينما لا يتقرر البطلان إلا بحكم من القضاء، ولهذا فإن الحكم المنعدم لا يكتسب في جميع الأحوال حجية ما، ولا يكون من صدر ضده

(١) د/ محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص ١٧١٦.

(٢) د/ محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص ١٧١٦.

(٣) د/ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٤٣٢.

(٤) د/ محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص ١٧١٧.

(٥) د/ مأمون سلامة: الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٨م، ص ٣٦٠.

بحاجة إلى الطعن فيه بطرق الطعن المقررة في القانون، ويكفيه أن يستشكل في تنفيذه إذا ما شرع فيه، أما الحكم الباطل فيكتسب الحجية بتفويت مواعيد الطعن فيه، فيكون لزاماً على المحكوم عليه إذا أراد أن يجرده من آثاره القانونية أن يطعن فيه في الميعاد، وفضلاً عن ذلك، فإن الإجراء الباطل باعتباره إجراء يعترف القانون بوجوده يقبل التصحيح في حدود معينة، وهذا بخلاف الإجراء المنعدم فهو بالنظر إلى عدم وجوده قانوناً لا يحتمل تصحيحه بأي وجه من الوجوه^(١).

ثالثاً: أهمية التفرقة بين البطلان والانعدام^(٢).

- يترتب الانعدام بقوة القانون والبطلان يحتاج في تقريره إلى قرار من القضاء.
- الانعدام لا يقبل التصحيح، فهو شيء غير موجود لا يقبل الافتراض، هذا بخلاف البطلان، فإن مقتضيات الاستقرار القانوني قد تسمح بالتغاضي عنه، وافتراض صحة العمل القانوني.
- يجوز لكل ذي مصلحة التمسك بالبطلان، وعلى القاضي أن يقرره من تلقاء نفسه.

الفرع الثاني

البطلان والسقوط

سنبين في هذا الفرع المقصود بالسقوط وخصائصه ومعايير التمييز بينه وبين البطلان كالآتي:

أولاً: المقصود بالسقوط.

السقوط جزء إجرائي يترتب على عدم ممارسة الحق في مباشرة عمل إجرائي معين خلال المهلة التي حددها القانون، وتحدد هذه المهلة إما بميعاد معين أو بواقعة معينة^(٣). فالقانون يحدد وقتاً لمباشرة عمل إجرائي معين، فإذا لم يباشر هذا العمل خلال هذا

(١) د/ عمر السعيد رمضان: مبادئ قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥م، ص ٤٩، ٤٨.

(٢) د/ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٤٣٣. د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٣٥٦. د/ محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص ١٧١٨. د/ عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص ١٨. د/ حسن يوسف مصطفى مقابلة: الشرعية في الإجراءات الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٣م، ص ٢٠٥. د/ مطهر أنقع، مرجع سابق، ص ٢٥.

(٣) د/ حسن يوسف مصطفى مقابله، مرجع سابق، ص ٢٠٠.

الوقت سقط الحق في مباشرته، ولذلك فالسقوط جزاء إجرائي يترتب على عدم ممارسة الحق في مباشرة عمل إجرائي معين لانقضاء الوقت المحدد لذلك قانوناً^(١).

ثانياً: خصائص السقوط.

يتميز السقوط بالخصائص الآتية^(٢):

١. يرد على الحق في مباشرة عمل إجرائي معين، وليس على العمل ذاته.
٢. يقتصر على الحق في مباشرة الأعمال الإجرائية التي يقوم بها الخصوم دون القاضي، فإذا حدد القانون للقاضي ميعداً معيناً للفصل في الدعوى فإن فوات هذا الميعاد لا يمنع المحكمة من وجوب الحكم في الدعوى، وعلّة ذلك أن القانون لا يتوخى من هذا الميعاد أكثر من حسن سير العدالة لا سلب سلطة القاضي في الحكم بعد فوات هذا الميعاد، لأن الفصل في الدعوى واجب فرضه القانون على القاضي، وامتناعه عن أدائه يكون جريمة الامتناع عن القضاء.
٣. حدد القانون أسباب السقوط على سبيل الحصر لا على سبيل المثال.
٤. هو جزاء إجرائي ولا يعد تنازلاً ضمناً عن مباشرة الحق، ومن ثم فلا محل للتحقق من علم الشخص بالحق الذي سقط أو سبب هذا السقوط، واستثناءً من ذلك فقد أجاز القانون مد مواعيد الطعن بسبب المسافة، أو بسبب العذر القهري، في هذه الحالة يمتد حق الشخص فترة أخرى.

ثالثاً: التمييز بين البطلان والسقوط.

(١) وقد يتحدد هذا الوقت بميعاد معين أو بواقعة معينة، ومثال الميعاد: حق الطعن في الحكم، وحق النائب العام في إلغاء الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية خلال ثلاثة شهور (المادة ٢١١) إ.ج. مصري، وأربعة شهور (المادة ٢٢٠) إ.ج. يمني، وحق النيابة العامة في تنفيذ أوامر الضبط والإحضار والحبس الاحتياطي في خلال ستة أشهر من تاريخ صدورها (المادة ٢/١٣٩) إ.ج. مصري والمادة (١٨٩) إ.ج. يمني، فإذا انقضى الميعاد قانوناً سقط الحق في مباشرة العمل الإجرائي، أما الواقعة التي يتحدد بها وقت مباشرة الإجراء فقد تكون إيجابية أو سلبية، ومثال الواقعة الإيجابية تعليق حق الاستئناف على التقدم للتنفيذ قبل يوم الجلسة (المادة ٤١٢) إ.ج. مصري، (المادة ٤٢٥) إ.ج. يمني، ومثال الواقعة السلبية تعليق حق المدعي المدني في الالتجاء إلى الطريق الجنائي على عدم التجائه إلى القضاء المدني، ففي هذه الأحوال يسقط الحق في مباشرة الإجراء إذا لم تحدث هذه الواقعة السلبية أو الإيجابية، د/ محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص ١٧١٩. د/ أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥م، ص ٣٦٦، ٣٥٥. د/ أحمد فتحي سرور الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٤٥٥.

(٢) د/ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٤٥٦. د/ حسن السمنى، مرجع سابق، ص ٩٤٤. د/ حسن علي كلداري، مرجع سابق، ص ٣٥.

- ينحصر الخلاف بين السقوط والبطلان فيما يأتي^(١):
- البطلان يفترض وجود عيب في الإجراء يمس صحته الإجرائية، أما السقوط فلا يفترض وجود عيب، وإنما يفترض أن الإجراء الذي سقط الحق في مباشرته إجراء صحيح في الغالب.
 - السقوط يرد على الحق في مباشرة العمل الإجرائي، بينما البطلان على العمل الإجرائي ذاته.
 - يتقرر البطلان لمخالفة العمل الإجرائي القواعد الخاصة بالإجراءات الجوهرية، بينما السقوط جزاءً لمخالفة قاعدة تقرر وقتاً معيناً لمباشرة العمل الإجرائي.
 - يجوز تجديد الإجراء الباطل، أما السقوط فإنه يفترض انقضاء الحق في مباشرة العمل، مما يتعذر معه تجديده.
 - لا ينتج البطلان أثره إلا إذا تقرر بحكم، في حين أن السقوط يتم بقوة القانون، ولا محل للتحقق من علم الشخص بالحق الذي سقط، أو بسبب هذا السقوط.

الفرع الثالث

البطلان وعدم القبول

سنوضح في هذا الفرع المقصود بعدم القبول ومعايير التمييز بينه وبين البطلان كالاتي:

أولاً: تعريف عدم القبول.

عدم القبول هو جزاء إجرائي يرد على الدعوى الجزائية أو غيرها من طلبات الخصوم إذا لم تستوف أحد شروط تحريكها واستعمالها في بداية كل مرحلة من مراحل الخصومة، فإذا لم يستوف أحد تلك الشروط تعين الحكم بعدم القبول، وبناءً على ذلك فإن عدم القبول ليس جزاءً إجرائياً ينصب على إجراء معين، وإنما هو بمثابة رفض الفصل في موضوع الطلب أو الدعوى، ولذلك لا يرد على إجراء معين وإنما يرد في الغالب على

(١) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٣٧٥. د/ محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص ١٧٢٠، ١٧١٩. د/ أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص ٣٦٩. د/ عبدالحميد الشواربي، مرجع سابق، ص ١٤. د/ حسن يوسف مصطفى مقابله، مرجع سابق، ص ٢٠١.

الدعوى الجزائية ككل أو مرحلة من مراحلها^(١).

ثانياً: التمييز بين عدم القبول والبطلان والسقوط^(٢).

يتميز عدم القبول عن غيره من الجزاءات الأخرى بما يأتي^(٣):

- يرد البطلان على العمل الإجرائي، أما السقوط فيرد على الحق في مباشرة العمل الإجرائي، بينما عدم القبول يفترض رفض الفصل في موضوع الطلب أو الدعوى لعدم توافر الشروط التي يتطلبها المشرع لذلك الفصل، إذاً فعدم القبول يرد على الدعوى أو الطلب، ولا يرد على إجراء معين.
- يتعلق عدم القبول بالنظام العام لاتصاله بولاية القاضي للحكم في موضوع الدعوى ولذلك فإنه يجب أن تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، كما أنه يجوز التمسك به من قبل الخصوم في أية مرحلة من مراحل الدعوى، بل ويجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض بشرط ألا يتطلب تحقيقاً موضوعياً لا يجوز لمحكمة النقض مباشرته.

(١) لا يعني عدم قبول الإجراء أنه معيب، وإنما يعني انتفاء أحد المفترضات الإجرائية التي يطلبها القانون لجواز اتخاذه، فالإجراء غير المقبول هو في ذاته إجراء صحيح، ولكن لم تتوافر واقعة مستقلة عنه وسابقة عليه يعلق القانون عليها جواز اتخاذه، أي يضع المشرع شروط لقبول الإجراء، وهذه الشروط تتمثل في الحق في استعمال الدعوى، وورودها على محل صحيح، واستيفاء الإشكال أو معرفة التي أوجبها القانون عند استعمال الدعوى، ومثال تخلف الحق في استعمال الدعوى أن يتم ذلك قبل صدور الشكوى أو الإذن أو الطلب في الأحوال التي اشترط فيها القانون تقديمها أو تحريك الدعوى من أحد أعضاء النيابة العامة التي لا يملك فيها تحريكها قانوناً كما إذا كانت من الجرائم الواقعة من موظف أثناء تأديته وظيفته أو بسببها، ومثال عدم ورود الاستعمال على محل صحيح الطعن بالنقض في حكم لا يجوز الطعن فيه، ومثال عدم استيفاء الأشكال الجوهرية أن ترفع الدعوى الجنائية على المتهم بإعلان باطل لعيوب في بياناته الجوهرية. د/ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٤٥٧. د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٣٥٨، ٣٥٧. د/ محمد عيد الغريب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ١٧٢. د/ عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص ١٦.

(٢) قد يقترن البطلان مع عدم القبول، فهو يقترن مع البطلان مثلاً إذا كانت الدعوى الجزائية غير مقبولة ولم تحكم المحكمة بعدم قبولها، وفي هذه الحالة تكون باطلة كافة الإجراءات الجنائية التي تتم في الدعوى، مما يتعين معه الحكم ببطلانها بواسطة المحكمة الأعلى درجة، ويقترن عدم القبول مع السقوط إذا كان سبب عدم القبول هو سقوط الحق في مباشرة الطلب (كالطعن بعد الميعاد القانوني)، د/ أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص ٣٦٨، ٣٦٧.

(٣) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٣٥٨. د/ أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص ٣٦٨. د/ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٤٦٠. د/ محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص ١٧٢٣، ١٧٢٢. حسن يوسف مصطفى مقابله، مرجع سابق، ص ٢٠٣.

- القضاء بعدم القبول لا يحول دون تجديد الدعوى على نحو يتلافى العيب الذي شاب الإجراء إذا توافرت الشروط التي كانت منتفية وكان الحق في اتخاذ الإجراء مازال قائماً^(١).

المبحث الثاني أنواع البطلان

تمهيد وتقسيم:

جرى الرأي في نطاق البطلان على التمييز بين نوعين هما: البطلان المطلق والبطلان النسبي، كما جرى الفقه والقضاء على إطلاق وصف المطلق على البطلان المتعلق بالنظام العام، والنسبي على ذلك المتعلق بمصلحة الخصوم، وهذا الإطلاق غير دقيق في الواقع. ولقد قسم المشرعان المصري واليمني أنواع البطلان إلى نوعين، أولهما: البطلان المتعلق بالنظام العام، وثانيهما: البطلان المتعلق بمصلحة الخصوم، ويسمى البطلان في الحالة الأولى بالبطلان المطلق، وفي الحالة الثانية بالبطلان النسبي، وهو ما سنوضحه في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول البطلان المتعلق بالنظام العام (البطلان المطلق)

سنوضح في هذا المطلب المقصود بالبطلان المطلق ومعاييره وأحكامه في الفروع الآتية:

(١) كما لو قضى بعدم قبول الدعوى لعدم تقديم الشكوى ثم قدمت الشكوى في خلال الميعاد المحدد قانوناً، فإن الدعوى تكون بعد ذلك مقبولة، ومثال ذلك أيضاً: الحكم بعدم قبول الدعوى الجزائية لرفعها من وكيل نيابة على موظف عام لجريمة ارتكبها أثناء تأدية وظيفته لا يحول دون تجديد رفع هذه الدعوى بمعرفة رئيس النيابة. للمزيد انظر: د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٣٥٨، ٣٥٧.

الفرع الأول

المقصود بالبطلان المطلق

البطلان المطلق هو «البطلان المتعلق بالنظام العام، وهو البطلان الذي يتقرر جزاء لمخالفة قاعدة إجرائية تتعلق بالنظام العام، أي تستهدف بالدرجة الأولى تحقيق مصلحة عامة»^(١).

فالبطلان المطلق هو الذي يترتب على مخالفة القواعد الخاصة بالإجراءات الجوهرية المتعلقة بالنظام العام^(٢)، وقد نصت عليه وحددت حالاته وبينت خصائصه وأحكامه المادة (٣٣٢) إ.ج مصري، والمادة (٣٩٧) إ.ج يمني، وللتان تحدثنا عن بعض أنواع القواعد المتعلقة بالنظام العام^(٣)، كما أضاف النصان السابقان عبارة «أو يعتبر ذلك مما هو متعلق بالنظام العام»، وهذا يدل على أن الأحوال التي ذكرت على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، ولذلك أضافت إليها المذكرة الإيضاحية لقانون الإجراءات الجنائية المصري أمثلة أخرى، وأشارت إلى مخالفة الأحكام المتعلقة بعلانية الجلسات، وتسبب الأحكام، وحرية الدفاع، وحضور مدافع عن المتهم بجناية، وأخذ رأي المفتي عند الحكم بالإعدام، وإجراءات الطعن في الأحكام، وهذه الحالات التي أشارت إليها المذكرة الإيضاحية ليست سوى بعض الحالات المتعلقة بالنظام العام، إذ ليس في مقدور الشارع أن يحصر هذه الحالات، ولذلك ترك للقاضي استنباط غيرها وتمييز ما يعتبر منها من النظام العام، وما هو من قبيل المصالح الخاصة^(٤).

(١) فالعبرة في تحديد نوع البطلان ليس بنوع المصلحة التي تحميها القاعدة الإجرائية مصلحة متعلقة بالنظام العام أو مصلحة متعلقة بالخصوم، وإنما العبرة بأهمية المصلحة المحمية، ذلك أن أغلب قواعد الإجراءات الجنائية تستهدف في ذات الوقت تحقيق كل من المصلحتين - المصلحة العامة ومصلحة الخصوم - ولذلك يتعذر عندئذ تحديد ما إذا كانت مخالفة القاعدة الإجرائية ترتب البطلان المطلق أو البطلان النسبي، أما إذا كان الضابط في تحديد نوع البطلان هو أهمية المصلحة المحمية، فإنه يكون من اليسير أن نقرر أن البطلان يكون مطلقاً إذا كانت القاعدة تستهدف بالدرجة الأولى المصلحة العامة، ويكون نسبياً إذا كان هدفها الأول تحقيق مصلحة الخصوم (للمزيد انظر: د/ فوزية عبدالستار: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦م، ص ٣٥).

(٢) د/ عبدالحميد الشواربي، مرجع سابق، ص ٣٤.

(٣) وذلك على سبيل المثال كالقواعد المتعلقة بتشكيل المحكمة، أو بولايتها بالحكم في الدعوى، أو باختصاصها من حيث نوع الجريمة المعروضة عليها، وتركت القواعد الأخرى لاستنباط الفقه والقضاء. د/ عبدالحميد الشواربي، المرجع السابق، ص ٣٤.

(٤) د/ محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص ١٦٩٨.

الفرع الثاني معيار البطلان المتعلق بالنظام العام

فكرة النظام العام هي من الأفكار السائدة في جميع فروع القانون، وتلعب دوراً مهماً في النظام القانوني، والاعتقاد السائد أن نظرية النظام العام تنطوي على فكرة عامة مجردة قد تترتب عليها نتائج بالغة الخطورة.

وقد كانت فكرة النظام العام محل تعريفات عديدة لم تفلح إحداها في الوصول إلى الغرض المنشود^(١).

فذهب البعض إلى أن هذا المعيار يكمن في أهمية المصلحة المحمية بالقاعدة الإجرائية لا بنوعها، وقاضي الموضوع هو الذي يناط به تحديد هذه الأهمية، فالقاعدة التي تحمي مصلحة قدر القاضي أهميتها يترتب على مخالفتها البطلان المطلق، ويستوي أن تكون مصلحة عامة في تنظيم القضاء وحسن سيره أو مصلحة مهمة للمتهم أو غيره من الخصوم^(٢).

ويذهب رأي آخر في الفقه المصري إلى أن القواعد التي توفر الضمانات لحرية المتهم الشخصية بناءً على قرينة البراءة، وتلك التي تكفل الإشراف القضائي على الإجراءات الجنائية، هي قواعد تتعلق بالنظام العام، والبطلان المترتب على عدم مراعاتها بطلان مطلق^(٣).

والواقع من الأمر أنه إذا كان من العسير وضع معيار محدد للنظام العام، إلا أن النظر إلى أهمية المصلحة التي تحميها القاعدة الإجرائية يكون الأقرب إلى الصحة، ذلك لأن من القواعد المتعلقة بمصلحة الخصوم ما يعد متعلقاً بالنظام العام ويترتب على مخالفتها البطلان^(٤).

(١) د/ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٤٤١.

(٢) ويمكن القول إجمالاً بأن القواعد المتعلقة بتشكيل القضاء، وولاياته واختصاصه النوعي والمكاني، والصفة في تحريك الدعوى، وقيود تحريكها، وحالات عدم صلاحية القاضي للحكم في الدعوى، وحقوق الدفاع الأساسية، وقرينة البراءة، وكفالة الكرامة البشرية للمتهم، وهي قواعد مهمة ويترتب على مخالفتها البطلان المطلق، وغني عن البيان أن القواعد الجوهرية قد تتصل بإجراءات التحقيق الابتدائي أو المحاكمة على السواء. د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٣٦١.

(٣) د/ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٤٤٢.

(٤) مثال ذلك: حضور مدافع عن المتهم في مواد الجنائيات، فهذا الضمان يتعلق بحق الدفاع الذي يتوقف استعماله إلى حد كبير على تقدير المتهم، إلا أن المشرع رأى في هذه الحالة أن حق الدفاع لا يجب أن يترك

الفرع الثالث أحكام البطلان المطلق

يتميز البطلان المطلق بالأحكام الآتية^(١):

- ١- جواز التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض، ولكن يشترط في هذه الحالة الأخيرة ألا يحتاج الفصل في الدفع بالبطلان إلى تحقيق موضوعي لأنه أمر يخرج عن اختصاص محكمة النقض.
- ٢- لا يجوز التنازل عن البطلان المطلق بأي صورة من الصور، سواءً كان هذا التنازل صريحاً أم ضمناً، وإذا تنازل الخصم جاز له أن يعاود الاحتجاج به.
- ٣- أما من حيث صاحب المصلحة في التمسك بالبطلان فيجوز التمسك والدفع به من قبل أي خصم، ودون اشتراط توافر المصلحة كشرط للدفع، أي يجوز للخصم الدفع به ولو لم يكن له مصلحة مباشرة في تقرير البطلان، وذلك باعتبار أن مراعاة القواعد المتعلقة بالنظام العام إنما تقرر للمصالح العام، ومن ثم يجوز التمسك بالبطلان من أي خصم في الدعوى.
- ٤- تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها دون حاجة إلى طلب من الخصوم.
- ٥- عدم قابليته للتصحيح عن طريق رضا الخصم الصريح أو الضمني بالإجراء الباطل غير أن البطلان المطلق رغم ذلك يصحح إذا كان الإجراء الباطل قد حقق الغرض المقصود منه رغم عدم مراعاة أحكامه.
- ٦- لا يجوز الدفع بالبطلان المطلق إذا كان سبب البطلان راجعاً إلى خطأ الخصم أو كان قد ساهم فيه، فلا يجوز للمتهم أن يدفع بالإخلال بحقه في الدفاع لعدم

تقديره للمتهم، وإنما يتعين كفالته قانونياً حتى رغم إرادة المتهم، لأن هذا الضمان يتحدد اتصاله بحق الدفاع إلا أنه يتعلق بحسن أداء القضاء، وكذلك القواعد التي تتعلق بالقبض، والتفتيش، والاستجواب، والحبس الاحتياطي، ومراقبة المكالمات التليفونية، وتسجيل الأحاديث الشخصية، وضبط الخطابات، فهذه القواعد إن كانت تحمي مصلحة المتهم إلا أنها من ناحية أخرى تتعلق بالمصلحة العامة التي يضرها إهدار حقوق الدفاع أو هدم قرينة البراءة. كما يعد من القواعد الإجرائية التي تحمي مصلحة مهمة تلك التي تحظر مباشرة إجراءات تمس سلامة الجسم، مثل: تعذيب المتهم أو إرهاقه عمداً أثناء الاستجواب، أو استخدام الوسائل العلمية الماسة بجسده، وكذلك الشأن أيضاً بالنسبة إلى تفتيش أنثى من غير أنثى مثلها. (للمزيد انظر: د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٣٦٦، د/ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٤٤٢، د/ محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص ١٦٩٩).

(١) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٣٦٧، ٣٦٦، د/ أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص ٣٨٧، ٣٨٦، د/ عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص ٤٠، ٣٩.

استجوابه قبل الحبس الاحتياطي إذا كان هو قد امتنع عن الإجابة على الأسئلة التي وجهها إليه المحقق عند استجوابه.

المطلب الثاني

البطلان المتعلق بمصلحة الخصوم (البطلان النسبي)

سنتناول في هذا المطلب المقصود بالبطلان النسبي مع بيان أحكامه في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

المقصود بالبطلان النسبي

البطلان النسبي هو جزاء عدم مراعاة القواعد الجوهرية التي لا تتعلق بالنظام العام، وإنما تتصل بمصلحة الخصوم^(١)، أي أن البطلان النسبي هو كل بطلان ليس مطلقاً، ومن هذه الفكرة يستخلص الضابط في البطلان النسبي وهو أن البطلان الذي ينال الإجراء المخالف لقاعدة تحمي مصلحة يقدر القضاء أنها أقل أهمية من أن تبرر البطلان المطلق، ويعني ذلك أن ضابط أهمية المصلحة هو الذي يحدد بدوره حالات البطلان النسبي^(٢).

ولقد أشار الشارع إلى البطلان المتعلق بمصلحة الخصوم في المادة (٣٣٣) إ.ج. مصري التي تنص على أنه: «... يسقط الحق في الدفع ببطلان الإجراءات الخاصة بجمع الاستدلالات أو التحقيق الابتدائي أو التحقيق بالجلسة في الجرح والجنايات إذا كان للمتهم محامٍ أو حصل الإجراء بحضوره بدون اعتراض منه...»، والمادة (٣٩٨) إ.ج. يمني التي تنص على أنه: «في غير أحوال البطلان المتعلقة بالنظام العام، يسقط حق الخصم في الدفع ببطلان الإجراء الخاصة بجمع الاستدلالات أو التحقيق الذي تجرّيه النيابة العامة أو المحكمة إذا كان له محامٍ وحصل الإجراء بحضوره بغير اعتراض منه، ويسقط حق الدفع بالبطلان بالنسبة للنيابة العامة إذا لم تتمسك به في حينه».

ويتبين لنا من النصين السابقين أن البطلان النسبي هو الذي لا يتعلق بالنظام العام، وبعبارة أخرى هو عدم مراعاة قاعدة إجرائية جوهرية للمتهم أو للخصوم، ويكون ذلك عند

(١) د/ محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص ١٧٠١، ١٧٠٠. د/ حسني السمني، مرجع سابق، ص ٩١١-٩١٣. د.

حسن ربيع، مرجع سابق، ص ٥٦٥.

(٢) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٣٦٧.

عدم مراعاة الضمانات التي أوجبها القانون لحماية الحرية الشخصية، خلاف الضمانات المعتبرة من النظام العام^(١).

وقد أشارت المذكرة الإيضاحية لقانون الإجراءات الجنائية المصري إلى أن البطلان يكون نسبياً إذا كان الإجراء الجوهري متعلقاً بمصلحة المتهم أو الخصوم، وهذا القول على إطلاقه محل نظر، فقد يتعلق البطلان المطلق بمصلحة المتهم أو الخصوم إذا كانت هذه المصلحة من الأهمية على نحو تعني معه المجتمع، وقاضي الموضوع هو الذي يناط به الفصل في أهمية المصلحة التي تحميها القاعدة الإجرائية، ونوع البطلان الذي يترتب على مخالفتها^(٢).

الفرع الثاني

أحكام البطلان المتعلق بمصلحة الخصوم

تختلف أحكام البطلان النسبي عن تلك المتعلقة بالبطلان المطلق نظراً لاختلاف طبيعة المصلحة المحمية في كل منهما، فإذا كانت حماية المصلحة العامة والنظام العام هي هدف فكرة البطلان المطلق فإن مصلحة الخصوم هي غاية البطلان النسبي، الأمر الذي جعل هذا الأخير يتميز بأحكام خاصة تتمثل في الآتي^(٣):

- لا يجوز أن يتمسك بهذا البطلان إلا من قرر لمصلحته، بمعنى أن يكون الخصم الذي يدفع به له مصلحة مباشرة في مراعاة القواعد المنصوص عليها بالنسبة للإجراء الباطل لعدم مراعاتها، أي أن تكون القواعد التي خولفت قد وضعت من أجل حماية مصلحته.

(١) ومثال ذلك: ضمان حقوق الدفاع، التي تمكن المتهم من الدفاع عن نفسه، لذلك ترك المشرع للمتهم تقدير مدى حاجته لهذا الضمان ومدى أثر دفاعه بحرمانه منه، فالمصلحة المراد تحقيقها هي مصلحة خاصة للمتهم، ومن ثم جاز له ألا يتمسك ببطلان الإجراء المترتب على الإخلال بحق الدفاع، وذلك عدا الحالة التي أوجب المشرع فيها تعيين مدافع للمتهم في جنائية أمام محكمة الجنايات، فالبطلان المترتب على مخالفتها بطلان متعلق بالنظام العام سواء رضي المتهم بذلك أم لم يرض، د/ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٤٤٥. د/ محمد عبد الغريب، مرجع سابق، ص ١٧٠١.

(٢) وقد أوردت المذكرة الإيضاحية بعض الأمثلة للبطلان الناشئ على مخالفة إجراءات اعتبرتها مما يتعلق بمصلحة الخصوم، وهي: التفتيش، والقبض، والحبس، والاستجواب، والاختصاص من حيث المكان، وهذا القول غير دقيق، فقد يتصل البطلان في الحالات السابقة بالنظام العام. د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٣٦٨.

(٣) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٣٦٩. د/ محمد عبد الغريب، مرجع سابق، ص ١٧٠٣، ١٧٠٢. د/ حسن السمني، مرجع سابق، ص ٩١٨. د/ عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص ٤١.

- لا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض، بل لأبد من إثارته أمام محكمة الموضوع قبل إقفال المرافعة، فإذا أثير فعلاً أمام محكمة الموضوع على الوجه المطلوب فإن سلطة محكمة النقض تكون مقصورة على مراقبة خطة محكمة الموضوع في رفض الدفع بالبطلان أو قبوله بأسباب صحيحة لها سند من أوراق الدعوى^(١).
- إذا لم يتمسك صاحب الشأن بالبطلان ولم يتنازل عنه صراحة أو ضمناً، ولم يسقط حقه في التمسك به، جاز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها في حدود سلطتها التقديرية في الاقتناع بأدلة الإثبات.
- ومن أهم أحكام البطلان النسبي إمكانية تصحيحه على عكس البطلان المطلق^(٢).
- لا يجوز لأحد من الخصوم التمسك بالبطلان إذا كان هو السبب في وقوعه، فلا يجوز التمسك بالبطلان إذا كان الشخص قد ساهم فيه، ويستوي أن تكون مساهمته عن قصد أو كانت بإهماله^(٣).
- يجوز لمن شرع البطلان لمصلحته أن يتنازل عن التمسك به صراحة أو ضمناً، وقد ذكرت المادة (٣٣٣) إ.ج مصري والمادة (٣٩٨) إ.ج يمني عدة صوراعتبرتها نزولاً ضمناً عن التمسك بالبطلان، وعبرتنا عنها بسقوط حق الدفع بالبطلان المتعلق بإجراء جوهري.

(١) والحكمة من ذلك أنه لو أبيع التمسك بالبطلان النسبي حتى أمام محكمة النقض؛ لكان في ذلك ما يغري المدافع عن كل متهم بالسكوت عن الدفع بالبطلان حتى يصل الأمر إلى محكمة النقض، فيتمسك عندئذ بالبطلان ليقوض كافة ما تم ذلك، فضلاً عن كونه مضیعة للوقت على حساب العدالة. د/ عبدالحميد الشواربي، مرجع سابق، ص ٤١.

(٢) وذلك بالطرق الآتية: الأول: القبول الصريح أو الضمني من قبل من تقرر البطلان لمصلحته، ويعد القبول في هذه الحالات بمثابة التنازل عن التمسك بالبطلان بشرط أن يكون هذا التنازل حراً صحيحاً صدر من صاحب الصفة فيه (المادة ٣٣٣) إ.ج مصري (المادة ٣٩٨) إ.ج يمني، الثاني: تحقيق الغرض من الإجراءات الباطلة، ويتم ذلك عن طريق التصرف والقيام بإجراء لاحق من شأنه أن يعدم أثر البطلان في الإجراء. الثالث: تدخل القاضي لتصحيح البطلان ولو من تلقاء نفسه، وذلك بنص المادة (٣٣٥) إ.ج مصري التي تنص على أنه: «يجوز للقاضي أن يصحح ولو من تلقاء نفسه كل إجراء يتبين له بطلانه»، والمادة (٤٠١) إ.ج يمني التي تنص على أنه: «يجوز للنيابة العامة والمحكمة أن تصحح من تلقاء نفسها كل إجراء يتبين لها بطلانه»، ويستوي في ذلك كل من البطلان المطلق والنسبي. د/ حسن السمني، مرجع سابق، ص ٩١٩، ٩١٨.

(٣) مثال ذلك: أنه لا يجوز للمتهم أن يدفع ببطلان في إعلانه بمحل إقامته إذا كان هو الذي أعطى بياناً غير صحيح عن هذا العنوان، ولا يجوز للمتهم في جنائية أن يدفع ببطلان استجوابه بسبب عدم دعوة محاميه للحضور إذا كان لم يذكر للمحقق اسم محاميه رغم سؤاله عنه أو أخطأ في ذكر اسمه. د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٣٦٩.

المبحث الثالث آثار البطلان

تمهيد وتقسيم:

إذا كانت الإجراءات معيبة لخروجها على القواعد القانونية فإن هذا وحده ليس بكافٍ لاعتبارها باطلة وتجريدها من كل قيمة إقناعية، بل لابد من حكم قضائي يقضى به حتى يمكن أن يكون للبطلان أثر^(١).

ويترتب على التقرير بالبطلان آثار مهمة، منها ما يتعلق بالإجراء الباطل ذاته، ومنها ما يتعلق بالإجراءات المتصلة به سواءً كانت سابقة أم لاحقة، فمتى تقرر بطلان إجراء معين وجب استبعاد الدليل المستمد منه وإلا أضحت الضمانات التي يقرها القانون للحفاظ على الحريات عديمة الجدوى^(٢).

ودراسة آثار البطلان تقتضي تحديد هذه الآثار بالنسبة للإجراء الباطل ثم بالنسبة لسائر إجراءات الدعوى السابقة عليه واللاحقة له، ويتعين بعد ذلك البحث في نظرية تحول الإجراء الباطل، ومدى جواز تصحيح الإجراء الباطل، وسنوضح ذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول

أثر البطلان على الإجراء المخالف

إذا تقرر^(٣) بطلان أي إجراء من الإجراءات، فإنه يفقد قيمته القانونية، ويصبح كأن لم يكن، ومن ثم تزول عنه آثاره القانونية، ويستوي في ذلك أن يكون البطلان متعلقاً بالنظام العام أم متعلقاً بمصلحة جوهرية للخصوم، وأياً كانت طبيعة الإجراء أو نوعيته، وعلى ذلك فإنه لا يترتب عليه قطع التقادم، إذ أن هذا الأثر القانوني لا يترتب إلا على الإجراء

(١) د/ ممدوح إبراهيم السبكي: حدود سلطات مأمور الضبط القضائي في التحقيق، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة المصرية، ١٩٩٨م، ص ٥١٨.

(٢) من المقرر أن لسلطة الحكم أن تراقب سلطة التحقيق للتحقق من مراعاة الإجراءات للضمانات التي كفلها القانون للحرية الشخصية والمقصود بمراقبة القضاء لسلطة التحقيق أن محكمة الموضوع تبحث في صحة إجراءات التحقيق الابتدائي أو عدم صحتها. د/ محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص ١٧٠٦.

(٣) القاعدة أن بطلان الإجراء لا يتقرر بقوة القانون، وإنما يتعين أن يقرره القضاء. فإذا قرر القضاء بطلان إجراء، فإن تحديد أثر البطلان بالنسبة لهذا الإجراء لا تثير صعوبة فهو في الأصل إهدار القيمة القانونية لهذا الإجراء فكأنه لم يباشر، ولا يترتب عليه أثر قانوني. د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٣٧١.

الصحيح، ويتعين كذلك إهدار الدليل المستمد منه، فإذا تقرر بطلان التفتيش، فلا يجوز الاستناد إليه في نسبة الأشياء المضبوطة إلى المتهم، وبطلان الاعتراف لا يجوز الاستناد إليه في الإدانة^(١).

فيراعى في هذا المجال أن البطلان لا يؤثر في صحة الأدلة المنفصلة عن الإجراء الباطل، فإذا ثبت أن اعتراف المتهم مستقل عن واقعة التفتيش الباطل فلا يوجد ما يحول دون أخذ القاضي بهذا الدليل المستقل^(٢).

وقد استثنى المشرع من القاعدة السابقة حالة الحكم بعدم اختصاص سلطة التحقيق بالتحقيق الذي قطع شوطاً أمام جهة غير مختصة، إذ أن المادة (١٦٣) إ.ج. مصري والمادة (٢٢٥) إ.ج. يمني بعد أن نصتا على أن لجميع الخصوم أن يستأنفوا الأوامر المتعلقة بمسائل الاختصاص، فنصت المادة (١٦٣) مصري على أنه: «لجميع الخصوم أن يستأنفوا الأوامر المتعلقة بمسائل الاختصاص، ولا يوقف الاستئناف سير التحقيق، ولا يترتب على القضاء بعدم الاختصاص بطلان إجراءات التحقيق»، ونصت المادة (٢٢٥) يمني على أنه: «للمتهم أن يطعن في الأوامر الصادرة بحبسه احتياطياً ولجميع الخصوم أن يطعنوا في الأوامر المتعلقة بمسائل الاختصاص، ولا يوقف الطعن سير التحقيق ولا يترتب على القضاء بعدم الاختصاص بطلان إجراءات التحقيق»، وبناءً على ذلك فإنه بالرغم من تقرير بطلان الأمر المتعلق بالاختصاص فإنه ينتج أثره، غير أنه يشترط لذلك أن يكون المحقق غير مختص بإجراء التحقيق برمته، أما إذا كان المحقق مختصاً بتحقيق الدعوى ولكنه يباشر إجراء لا يدخل في اختصاصه، فإن هذا الإجراء يكون باطلاً ولا ينتج أثره القانوني^(٣).

المطلب الثاني

أثر البطلان على الإجراءات السابقة

القاعدة أن البطلان لا ينسحب إلا إلى الإجراء المخالف والأعمال التالية والمترتبة عليه، كما أنه لا يترتب على بطلان الإجراء بطلان الإجراءات السابقة والمعاصرة له، ذلك أن هذه الإجراءات قد تمت صحيحة قانوناً، دون أن تتأثر في وجودها بالإجراء الذي تقرر

(١) د/ محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص ١٧٠٨.

(٢) د/ حسن السمني، مرجع سابق، ص ٩٢٦.

(٣) د/ محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص ١٧٠٩، ١٧٠٨.

بطلانه، ومن ثم تبقى منتجة لجميع آثارها القانونية^(١)، ويستوي في ذلك أن يكون الإجراء متعلقاً بالنظام العام أو بمصلحة جوهرية لأحد الخصوم^(٢).

فإذا لحق إجراء التفتيش عيب يبطله فكل ما يقتضيه ذلك هو استبعاد الأدلة المستمدة منه، فإذا كانت المحكمة قد أقامت الدليل على وقوع الجريمة من أدلة أخرى لا شأن للتفتيش الباطل بها، وكان الإثبات بمقتضاها صحيحاً لا شائبة فيه فلا بطلان^(٣).

غير أنه إذا توافر نوع من الارتباط بين الإجراءات السابقة والإجراء الباطل فقد يمتد البطلان إلى تلك الإجراءات السابقة^(٤).

المطلب الثالث

أثر البطلان على الإجراءات اللاحقة

أما بالنسبة للإجراءات اللاحقة فإن الحكم ببطلان إجراء يترتب عليه جميع الآثار التي ترتبت عليه مباشرة، وهذا ما نصت عليه المادة (٣٣٦) إ.ج مصري^(٥)، والتي أوضحت صراحةً أن البطلان يمتد إلى جميع الآثار التي تترتب عليه مباشرة تأسيساً على قاعدة «ما بني على الباطل فهو باطل»، وتحديد الصلة بين الإجراء الباطل والإجراءات التالية عليه، والقول بأنها أثر مباشر له بحيث ينبغي كذلك تقرير بطلانها هو من شأن قاضي الموضوع^(٦).

والمادة السابقة تقرر قاعدة منطقية، فمتى كان الإجراء باطلاً استتبع بطلان كل ما

(١) نقض مصري: ١٥/٣/١٩٥٦م، س٧، رقم ١٠٧، ص ٣٦١.

(٢) وبناءً على ذلك، إذا قضت المحكمة الاستئنافية ببطلان الحكم الابتدائي لعدم توقيعه في بحر ثلاثين يوماً فإنها لا تكون ملزمة عندئذٍ بأن تسمع الشهود الذين سمعتهم محكمة أول درجة من جديد، ذلك أن بطلان الحكم ينسحب إليه وحده ولا يتعدى إلى إجراءات المحاكمة التي تمت وفقاً للقانون، نقض مصري: ١٣/١٢/١٩٥١م، س٣، رقم ١٣١، ص ٢٤٤.

(٣) نقض مصري: ٥/١/١٩٧٦م، س٢٧، رقم ٣، ص ٢٦، وكذلك بطلان الحكم لعدم التسيب لا يترتب عليه بطلان إجراءات نظر الدعوى والمرافعة التي وقعت صحيحة قبل الإجراء الباطل ودون التأثير به، كذلك إذا نقض الحكم لا يترتب عليه أثر بالنسبة إلى الأحكام السابقة التي قضت بها محكمة الموضوع استقلاً، فلا يجوز لمحكمة الإحالة إثارتها من جديد. نقض مصري: ٧/٤/١٩٥٦م، س٧، رقم ١٧١، ص ٦١٤.

(٤) مثال ذلك: بطلان ورقة التكليف بالحضور يترتب عليه بطلان الإعلان. د/ محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص ١٧٠٩.

(٥) تنص المادة (٣٣٦) إ.ج مصري على أنه: «إذا تقرر بطلان أي إجراء فإنه يتناول جميع الآثار التي تترتب عليه مباشرة ولزم إعادته متى أمكن ذلك»، وهذا النص يقابل نص المادة (٤٠٢) إ.ج يمني، التي نصت على أن «التقرير ببطلان أي إجراء يشمل كل الآثار المباشرة له...».

(٦) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٣٧٢.

بني عليه، ولو لم تصرح المحكمة ببطلان الدليل المستمد من الإجراء الباطل، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن بطلان القبض لعدم مشروعيته يبني عليه عدم التعويل في الإدانة على أي دليل يكون مترتباً عليه أو مستمداً منه، وتقرير الصلة بين القبض الباطل والدليل الذي تستند إليه سلطة الاتهام أياً ما كان نوعه من المسائل الموضوعية التي يتصل فيها قاضي الموضوع بغير معقب ما دام التدليل عليها سائغاً ومقبولاً^(١).

ويشترط في الإجراء الباطل حتى يؤثر في الإجراءات اللاحقة له أن يكون جوهرياً، بمعنى أن يكون الإجراء الباطل شكلاً جوهرياً لصحة الإجراء التالي له، وأنه المنشئ له بحيث لولا الإجراء الباطل لما وقع الإجراء اللاحق له، ويستوي في ذلك أن يكون الإجراء الباطل متعلقاً بالنظام العام أو بمصلحة جوهرية لأحد الخصوم، فكل منهما له ذات الأثر على الإجراءات المترتبة عليه، وبناءً عليه فإن بطلان استجواب المتهم يترتب عليه بطلان حبسه احتياطياً^(٢).

ولقد استثنى المشرع من هذه القاعدة الحالات التي تقضي فيها بعدم اختصاص المحقق بالتحقيق برمته إعمالاً بنص المادتين (١٦٣) إ.ج مصري و(٢٢٥) إ.ج يمني، وهذا الاستثناء قاصر على إجراءات التحقيق الابتدائي، كما لا يمتد إلى حالات خروج المحقق المختص عن حدود اختصاصه المكاني أو النوعي بمناسبة القيام بإجراء أو أكثر من إجراءات التحقيق، وبناءً على ذلك فالقضاء بعدم اختصاص المحقق بإجراء التحقيق برمته لا يترتب عليه بطلان الإجراءات التي تمت، والعلة في هذا الاستثناء هي الرغبة في عدم تعطيل سير التحقيق، لاسيما وأن من بين الإجراءات لا تيسر إعادته^(٣).

المطلب الرابع الحد من آثار البطلان

رخص المشرع للقاضي أن يصحح الإجراء المعيب، أو إعادته إلى صحته متى أمكن ذلك، فالمشرع بقدر ما يحرص على تكريس الضمانات الإجرائية للخصوم، بقدر ما يهتم

(١) نقض مصري: ١٩٧٣/٤/٩م، ص ٢٤، رقم ١٠٥، ص ٥٠٦. كما قضت كذلك بأن «بطلان التفتيش مقتضاه قانوناً عدم التعويل في الحكم بالإدانة على أي دليل يكون مستمداً منه، وبالتالي فلا يعتد بشهادة من قام بهذا الإجراء الباطل». نقض مصري: ١٩٨٤/٤/١٨م، ص ٣٥، رقم ٩٧، ص ٤٣٨.

(٢) د/ محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص ١٧١٠.

(٣) د/ محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص ١٧١١.

ويأخذ في الاعتبار أهمية تفعيل القاعدة الإجرائية، وتحقيق غاياتها^(١).

أولاً/ إعادة الإجراء الباطل

نصت المادة (٣٣٦) إ.ج مصري على أنه: «إذا تقرر بطلان أي إجراء فإنه يتناول جميع الآثار التي تترتب عليه مباشرة ولزم إعادته متى أمكن ذلك»^(٢).

والعلة في إعادة الإجراء هي الرغبة في عدم إهدار الدليل المستمد من الإجراء الباطل، وعدم تأثير الدليل الباطل في الإجراءات التالية، فيفرض ذلك إلى تعطيل سير الدعوى، فيستحيل بلوغها غايتها المتمثلة في الحكم البات الفاصل في موضوعها، والمختص بإعادة الإجراء هو صاحب السلطة في اتخاذ ابتداءً^(٣).

وإعادة الإجراء الباطل تكون باستبعاده، وفي هذه الحالة يحل الإجراء الجديد محل الإجراء الأول الباطل، ويشترط لإعادة الإجراء الباطل أن تكون الإعادة ممكنة، وينتفي هذا الالتزام في الحالات التي لا يمكن فيها إعادة الإجراء^(٤)، كما يشترط أن تكون الإعادة ضرورية فقد ترى المحكمة أن إعادة الإجراء الباطل رغم أنها ممكنة، لم يعد لها فائدة في الدعوى، كما لوم كانت النتيجة المرجو تحقيقها من الإجراء قد تحققت من إجراء آخر صحيح، فلا تلتزم المحكمة بإعادة الإجراء الباطل^(٥).

ثانياً/ تصحيح الإجراء الباطل

نصت المادة (٤٠١) إ.ج يماني على أنه: «يجوز للنيابة العامة والمحكمة أن تصحح من تلقاء نفسها كل إجراء يتبين لها بطلانه»، وهذا النص يقابل نص المادة (٣٣٥) إ.ج المصري التي نصت على أنه: «يجوز للقاضي أن يصحح من تلقاء نفسه كل إجراء يتعين له بطلانه»، وتصحيح الإجراء يكون بإعادته مع تلافي العيب الذي كان قد لحقه وأدى

(١) د/ حفيظ بن عامر الشنفرى: دور الشرطة في الدعوى الجنائية في التشريع العماني والتشريعات المقارنة، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة المصرية، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص ٥١٦.

(٢) يقابل ذلك نص المادة (٤٠٢) إ.ج يماني التي نصت على أن: «التقرير ببطلان أي إجراء يشمل بطلان كل الآثار المباشرة له، ويتعين تصحيح هذا البطلان متى كان ذلك ممكناً من آخر إجراء تم صحيحاً».

(٣) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٣٧٣.

(٤) مثال ذلك: استحالة إعادة الإجراء بسبب قانوني كانهاء الميعاد المحدد لمباشرة الإجراء أو لسبب مادي كوفاة الشاهد الذي يراد سماع أقواله، أو تغيير معالم مكان الحادث الذي يراد إعادة معاينته. د/ محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص ١٧١.

(٥) د/ محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص ١٧١. د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٣٧٣.

إلى بطلانه، وليس للتصحيح أثر رجعي، فالإجراء الجديد لا ينتج أثراً حالاً إلا من تاريخ نفاذه، وتصحيح الإجراء الباطل يختلف عن التزام المحكمة بإعادة الإجراء المنصوص عليه في المادة (٣٣٦) إ.ج مصري والمادة (٤٠٢) إ.ج يمني، فالتصحيح جوازي للمحكمة قبل التقرير بالبطلان، وقبل أن يدفع الخصوم بالبطلان، بينما تكون إعادة الإجراء وفقاً للمادتين السابقتين، وجوبية بعد التقرير بالبطلان متى أمكن ذلك^(١).

ثالثاً/ تحول الإجراء الباطل

فكرة تحول الإجراء الباطل إلى إجراء صحيح، لم ينص عليها قانون الإجراءات الجزائية، وإنما وجدت لها موضعاً في قانون المرافعات، إذ تنص المادة (٢٤) من قانون المرافعات المصري على أنه: «إذا كان الإجراء باطلاً وتوافرت فيه عناصر إجراء آخر فإنه يكون صحيحاً باعتباره الإجراء الذي توفرت عناصره»، وعلى الرغم من أن قانون الإجراءات الجزائية لم يصرح بتبنيه هذه النظرية، فإنه لاشك عندنا في أنه قد أقرها، ذلك أن لها سند من المنطق القانوني^(٢).

ويُقصد بتحول الإجراء الباطل الاعتداد بالقيمة القانونية للعناصر التي تتواجد في الإجراء الباطل والتي تصح في تكوين إجراء آخر، مما ينبني عليه بالضرورة بوجود هذا الإجراء الأخير، فالإجراء الباطل رغم تضمنه عناصر ثبت بطلانها إلا أنه تضمن عناصر أخرى يتعين توافرها في إجراء آخر، وهو ما يمكن الاعتداد بآثارها القانونية دون الإجراء الأصلي الباطل^(٣).

ولذلك لا يتحول الإجراء الباطل إلى إجراء آخر صحيح إلا إذا توافر شرطان، أولهما: أن يكون الإجراء الأصلي باطلاً لعدم فاعليته لتحقيق الآثار القانونية التي يرتبها القانون على مباشرته، وثانيهما: أن يتضمن الإجراء الباطل عناصر إجراء آخر صحيح وأن يستوفي كافة الشروط الشكلية والموضوعية الواجب توافرها لترتيب آثار قانونية تتعلق بالإجراء الآخر^(٤).

(١) والعلة في تحويل القاضي سلطة تصحيح الإجراء الباطل هي الحد من آثار بطلان الإجراء، فيستبدل بالإجراء الباطل إجراءً صحيحاً حتى يستقيم سير الدعوى ويستوي أن يكون البطلان متعلقاً بالنظام أو متعلقاً بمصلحة جوهرية للخصوم. د/ محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص ١٧١٣. د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٣٧٤.

(٢) د/ محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣٧٤.

(٣) د/ محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص ١٧١٢.

(٤) ومن أمثلة تحول الإجراء الباطل إلى إجراء آخر صحيح، بطلان التحقيق الابتدائي المباشر بمعرفة النيابة العامة لعدم تحرير المحضر بمعرفة كاتب، فإنه يتحول إلى محضر جمع استدلالات صحيح، وكذلك بالنسبة للخبير إذا أدى مهمته دون حلف يمين فإن عمله يبقى صحيحاً بوصفه عملاً من أعمال الاستدلال لا التحقيق. د/ محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص ١٧١٢.

الخاتمة

﴿رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا﴾ (سورة البقرة، الآية ٢٦٨)

خلص الباحث من خلال دراسته إلى عدد من النتائج والتوصيات، نوضحها كالآتي:

أولاً: النتائج

انتهى الباحث إلى عدد من النتائج، أهمها:

- ١) أن الجزاء الإجرائي يهدف للحيلولة بين العمل الإجرائي الذي لم تراع فيه المقومات التي حددها القانون وبيّن تحقيقه لآثاره القانونية.
- ٢) أن الحكمة من رفض الدليل الناتج عن الإجراءات الباطلة تكمن في كون هذه الإجراءات قد انتهكت حقوق المتهمين، وحرّياتهم الفردية وحرّيات مساكنهم وكرامتهم الشخصية وسلامتهم الجسدية، التي أحاطها القانون بضمانات ثابتة وحرصت كل الدساتير بالنص عليها لأن انتهاك حرية الناس وكرامتهم وحقوقهم يُعد في نظر القانون جريمة يجب اجتنابها، فلا يجوز أن تحارب الجريمة بارتكاب جريمة أشد.
- ٣) أكد الفقه على استبعاد الدليل الناتج عن إجراء غير مشروع، ويقرر أن مخالفة القواعد الإجرائية التي تُعد ضماناً لحرّيات الأفراد للحصول على الدليل يترتب عليه إهدار هذا الدليل الذي تحصل عليه بطريق مشروع.
- ٤) تعددت النظريات الفقهية بشأن صحة البطلان الإجرائي إلى مذهبين، الأول: يحدد المقنن حالات البطلان ويسمى بالبطلان القانوني، والثاني: يقرر البطلان كجزاء لمخالفة القواعد الإجرائية الجوهرية، ويعرف بالبطلان الذاتي، ولقد أخذ القانون اليمني بالبطلان القانوني والذاتي.
- ٥) البطلان ليس هو الجزاء الإجرائي الوحيد، ولكنه الأكثر شيوعاً، وتوجد جزاءات إجرائية أخرى تتشابه معه في بعض النواحي وتختلف عنه في نواحٍ أخرى، وهي عدم القبول، والسقوط، والانعدام.
- ٦) تختلف أحكام البطلان النسبي عن تلك المتعلقة بالبطلان المطلق نظراً لاختلاف طبيعة المصلحة المحمية في كل منهما، فإذا كانت حماية المصلحة العامة والنظام

العام هي هدف فكرة البطلان المطلق فإن مصلحة الخصوم هي غاية البطلان النسبي. (٧) لم يضع المشرع اليمني نصوص قانونية توضح أحكام الجزاءات الإجرائية الأخرى كالسقوط والانعدام وعدم القبول ويحدد معايير التمييز بينها.

ثانياً: التوصيات

- خلص الباحث من خلال دراسته إلى عدد من التوصيات، أهمها:
- (١) نوصي المشرع اليمني بتعريف مصطلحات الجزاءات الإجرائية: البطلان، والانعدام، والسقوط، وعدم القبول، في المادة الثانية من قانون الإجراءات الجزائية كونها مصطلحات إجرائية تهم جميع منتسبي أجهزة العدالة الجنائية.
 - (٢) نوصي المشرع اليمني بالأخذ بنظرية البطلان الذاتي كونها نظرية منطقية وأكثر عقلانية من نظرية البطلان القانوني، لأنه من غير الممكن أن يحصر المشرع كافة صور المخالفات الإجرائية سلفاً.
 - (٣) نوصي المشرع اليمني بتنظيم الأحكام القانونية لبقية الجزاءات الإجرائية (السقوط، الانعدام، عدم القبول) بوضع نصوص قانونية تحدد أحكامها وتوضح المعايير التي تميز بين هذه الجزاءات الإجرائية المختلفة ليستفيد منها القضاة في وضع الجزاءات الإجرائية المناسبة للمخالفة.
 - (٤) لمحكمة النقض دور كبير في الكشف عن العيوب الإجرائية وعدم التردد في إبطال الإجراءات المشوبة، ولهذا يجب على الجهات المختصة جمع أحكام محكمة النقض وإصدارها في كتيبات بصورة دورية وتوزيعها على المحاكم بمختلف درجاتها للاسترشاد بها كون السوابق القضائية تعد من الأسانيد التي يلجأ إليها القضاة في حالة عدم وجود نصوص قانونية.
 - (٥) نوصي الجهات المعنية بعقد دورات قانونية لجميع منتسبي أجهزة العدالة الجنائية، من مأموري الضبط القضائي وأعضاء النيابة العامة والقضاة لاستيعاب النصوص القانونية المنظمة لأعمال أجهزة العدالة، وبالأخص قانون الإجراءات الجزائية، وبيان الضوابط القانونية التي يجب أن يلتزم بها منتسبي هذه الأجهزة حتى لا تتعرض إجراءاتهم للبطلان أو الجزاءات الإجرائية الأخرى، من أجل تحقيق العدالة وتوفير الوقت والمال والجهد.

قائمة المراجع

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: كتب اللغة.

- القاموس المحيط للفيروزآبادي، ج ٣، شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي وأولاده، ط ٢، مصر، ١٣٧١هـ.

ثالثاً: كتب الفقه الإسلامي.

- تبين الحقائق في شرح كنز الدقائق للزيلعي، ج ٤، بدون دار وبدون تاريخ.

رابعاً: الكتب القانونية.

- د/ إبراهيم حامد طنطاوي: سلطات مأمور الضبط القضائي، ناس للطباعة، القاهرة، ط ٢، ١٩٩٧م.

- د/ أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥م.

- —، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥م.

- د/ أسامة عبدالله قايد: حقوق وضمانات المشتبه فيه في مرحلة الاستدلال، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨م.

- د/ جلال ثروت: نظم الإجراءات الجنائية، ط ١٩٩٧م.

- د/ حسن يوسف مصطفى مقابلة: الشرعية في الإجراءات الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٣م.

- د/ سليمان عبدالمنعم: بطلان الإجراء الجنائي، دار الجامعة الحديثة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٩م.

- د/ عبدالحميد الشواربي: البطلان الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية.

- د/ عمر السعيد رمضان: مبادئ قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥م.

- د/ فوزية عبدالستار: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦م.
- د/ مأمون سلامة: الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٨م.
- د/ محمد عيد الغريب: شرح قانون الإجراءات الجنائية، النسرالذهبي للطباعة، القاهرة، ١٩٩٧م.
- د/ محمد محمد شجاع: شرح قانون الإجراءات الجزائية، مركز الصادق، صنعاء، ٢٠٠٥م.
- د/ محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥م.
- د/ مطهر علي أنقع: شرح قانون الإجراءات الجزائية، مركز الصادق، صنعاء، ٢٠٠٦م.

خامساً: الرسائل العلمية.

- د/ أحمد فتحي سرور: نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٥٩م.
- د/ حسن علي السمني: شرعية الأدلة المستمدة من الوسائل العلمية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٣م.
- د/ حسن محمد ربيع: حماية حقوق الإنسان والوسائل المستحدثة للتحقيق الجنائي، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، ١٩٨٥م.
- د/ حفيظ بن عامر الشنفرى: دور الشرطة في الدعوى الجنائية في التشريع العماني والتشريعات المقارنة، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة المصرية، القاهرة، ٢٠٠٠م.
- د/ عادل عبدالعال خراشي: ضوابط التحري والاستدلال عن الجرائم، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، ٢٠٠٢م.

- د / علي حسن كلداري: البطلان في الإجراءات الجنائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٢م.
- د / محمد عودة الجبور: الاختصاص القضائي لمأمور الضبط، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨١م
- د / ممدوح إبراهيم السبكي: حدود سلطات مأمور الضبط القضائي في التحقيق، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة المصرية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨م.

سادساً: التشريعات.

- دستور الجمهورية اليمنية الصادر في ١٩٩١م والمعدل في ١٩٩٤م و٢٠٠١م.
- قانون الإجراءات الجزائية اليمني رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م.
- قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥) لسنة ١٩٥٠م.

سابعاً: الأحكام القضائية.

- أحكام محكمة النقض المصرية.



المجلة
البحوث والبحوث
القانونية

طرق تحريك الدعوى الجنائية أمام المحكمة الجنائية الدولية

الدكتور/ عمرو يحيى الأحرمي

دكتوراه في القانون الجنائي

مجلة
البحوث والبحوث
القانونية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿قَالُوا سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ﴾

(البقرة: ٣٢)

إهداء

إلى من حبه في صدري كفيض جماله ، قد فاض من قلبي وغطى معصمي .

إلى روح ابني الشهيد يحيى بن عمرو بن يحيى الأحرمي

المقدمة

إن معرفة الحقيقة هي الشرط الأول للعدالة، وبدون الحقيقة لا توجد عدالة، وبدون عدالة لا يوجد أمن ولا نظام. ومن هنا كان هدف الإجراءات الجنائية هو الوصول إلى الحقيقة القضائية التي يبني عليها الحكم الجنائي سواء بالبراءة أو بالإدانة. والحقيقة لا تكتشف فوراً وبسهولة، إنما تنقى وتصفى من الشوائب عبر الدورة الإجرائية التي تمر بها الخصومة الجنائية^(١).

ولتحقيق العدالة الجنائية، لا بد من إجراءات محددة وواضحة وكفيلة بالوصول إلى الحقيقة بعيداً عن التأثيرات السياسية، التي غالباً ما يكون لها تأثير في إقصاء الإجراءات المؤثرة التي من شأنها كشف الحقائق.

وتُعد إجراءات سير الدعوى ودرجات التقاضي ضمانات مهمة جداً للوصول إلى الحقيقة، في سبيل إصدار حكم قضائي معبر عن الحقيقة والعدالة. لذلك كان اختيار موضوع هذه الدراسة ليتناول طرق تحريك الدعوى الجنائية أمام المحكمة الجنائية الدولية ودورها في تحقيق العدالة الجنائية الدولية التي هي في النهاية الغاية التي إن تحققت فستؤدي إلى ثقة المجتمع الدولي بأحكام المحكمة، وإلى النظر بعين الرضا للقضاء الجنائي الدولي.

ولأنه يتعين على المحكمة الجنائية الدولية أن تختار بصورة انتقائية القضايا التي تحقق فيها، إذ إن الاختصاص القضائي لهذه المحكمة ليس تلقائياً أو محدداً سلفاً. ويحدد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ثلاث طرق يمكن من خلالها بحث الاختصاص القضائي للمحكمة. أولاً: يمكن للدولة الطرف في النظام الأساسي أن تحيل ملف الحالة إلى المحكمة متى كان يتعلق بجرائم ارتكبتها أحد مواطنيها، أو تم ارتكابها على أراضي هذه الدولة، كما يمكن للدولة غير الطرف في النظام الأساسي أن تحيل ملف الحالة إلى المحكمة متى قبلت اختصاص المحكمة بنظر هذه الجرائم وفق شروط محددة. ثانياً: يمكن لمجلس الأمن إحالة ملف الحالة إلى مدعي عام المحكمة الجنائية الدولية، حتى وإن لم تكن الدولة طرفاً في النظام الأساسي للمحكمة، وذلك من أجل مصلحة الأمن والسلم الدوليين. وأخيراً: ويمكن لمدعي عام المحكمة فتح تحقيق من تلقاء نفسه بشأن الجرائم التي تدخل الاختصاص القضائي للمحكمة الجنائية الدولية^(٢).

(١) د. هلاي عبد اللاه أحمد، الحقيقة بين الفلسفة العامة والإسلامية وفلسفة الإثبات الجنائي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٨٧م، ص ٥٤١ وما بعدها.

(2) Novak, A., the International criminal court, An Introduction, Springer, 2015 P.51

وسنقوم في هذا البحث بدراسة طرق تحريك الدعوى الجنائية أمام المحكمة الجنائية الدولية، فوفقاً لأحكام النظام الأساسي للمحكمة وفي المادة (١٣) منه، فإن هذه الجهات التي وردت على سبيل الحصر يحق لها إحالة حالة إلى المدعي العام تمهيداً لبدء إجراءات التحقيق الابتدائي، فإذا ما انتهى المدعي العام بعد إجراء التحقيقات اللازمة إلى وجود أسباب جوهريّة تدعو للاعتقاد بأن الشخص قد ارتكب الجريمة المنسوبة إليه، فإن له أن يتقدم بطلب إلى الدائرة التمهيدية (دائرة ما قبل المحاكمة) بالقبض على الشخص المعني أو بإصدار أمر حضور، وعلى هذه الدائرة أن تصدر هذا الأمر بعد التحقق من جدية أسبابه^(١). ثم تبدأ الدائرة التمهيدية في عقد جلسة لاعتماد التهم، تحيل المتهم بعدها إلى الدائرة الابتدائية التي تبدأ في محاكمته على التهم المسندة إليه^(٢)، وبذلك تكون المحكمة قد اتصلت بالدعوى اتصالاً صحيحاً^(٣).

وتعد طرق إحالة الحالة إلى المدعي العام بمثابة دعوة المحكمة لمباشرة اختصاصها بنظر الجرائم التي تدخل في اختصاصها عن طريق شكوى تقدمها دولة طرف في النظام الأساسي إلى المحكمة، أو بطلب يحيله مجلس الأمن إلى المحكمة وفقاً للفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، أو بقيام المدعي العام من تلقاء نفسه بمباشرة التحقيق في جريمة من الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة، بناء على المعلومات المتوفرة لديه والمتصلة بهذه الجريمة^(٤).

وقبل الخوض في كيفية إحالة الدعوى من قبل كل جهة من هذه الجهات الثلاث إلى المحكمة، تجدر الإشارة إلى أن لفظ (حالة) يقصد به: النص الفعلي العام الذي يعتقد بموجبه أن جريمة داخلية في اختصاص المحكمة - المنصوص عليها في المادة (٥) - قد تم ارتكابها. كما أن المعنى المقصود للفظ (الحالة) سوف يكون مختلفاً من واقعة إلى أخرى، ولكن يجب أن يتم تعريفه من قبل المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية. وبالتالي يخضع للمراجعة القانونية من قبل دائرة مكونة من ثلاثة قضاة^(٥)، ومراجعة

(١) المادة (٥٨) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(٢) المادة (٦١) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(٣) د. علا عزت عبدالمحسن، اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٧م، ص ٢٥٤.

(٤) المواد (١٣، ١٤، ١٥) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية. كذلك د. السيد مصطفى أبو الخير، النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات وأركان الجرائم الدولية، الطبعة الأولى، إيتراك للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٥م، ص ٥٢.

(٥) المادة (٦١) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

نهائية من دائرة الاستئناف^(١). وبذلك تكون هذه المراجعة على درجتين تتكونان في مجملهما من ثمانية قضاة لضمان تكامل العملية القانونية^(٢).

أهمية الدراسة

ترجع أهمية هذه الدراسة إلى أن المحكمة الجنائية الدولية تختص بمحاكمة الأشخاص المرتكبين لأشد الجرائم خطورة على المجتمع الدولي، ولتقديم متورط ما أمام المحكمة الجنائية الدولية يستلزم أن تمر الدعوى بمراحل تحقيق ومحاكمة.

وتقوم هذه الدراسة بتوضيح طرق تحريك الدعوى الجنائية أمام المحكمة الجنائية الدولية، خاصة أن هذه المحكمة أنشئت حديثاً نسبياً ولم تأخذ هذه الإجراءات حقها في الدراسة والتحليل من قبل الباحثين والأكاديميين.

بالإضافة إلى أن هذا البحث سيقوم بمحاولة دراسة طرق تحريك الدعوى الجنائية أمام المحكمة الجنائية الدولية في تجربة لإنتاج مرجع للمهتمين بالدعوى أمام المحكمة الجنائية الدولية، خاصة في هذه المرحلة التي يتعرض فيه بلدنا لعدوان ظالم وغاشم من قبل دول التحالف بقيادة المملكة العربية السعودية والإمارات ومن ورائهم تقف أمريكا وبريطانيا ومعهما الكيان الإسرائيلي، ولما نتج عن ذلك من جرائم وفظائع يُعد بعضها من أشد الجرائم خطورة على المجتمع الدولي والإنساني بوجه عام. بالتالي فإن هذه الدراسة ستقوم بإنتاج تراكم ثقافي في موضوعها؛ خدمة للقارئ والباحث الوطني والعربي، والذي سيكون في أمس الحاجة إلى مثل هذه الدراسات.

مشكلة الدراسة

تطرح هذه الدراسة بالدرجة الأساسية تساؤلاً حول ما إذا وقعت جريمة دولية موضع اهتمام المجتمع الدولي، فما هي الإجراءات التي تحرك الدعوى أمام المحكمة الجنائية الدولية؟

(١) المادة (٨٢) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(٢) د. محمود شريف بسيوني، المحكمة الجنائية الدولية - نشأتها ونظامها الأساسي، مع دراسة لتاريخ لجان التحقيق الدولية والمحاكم الجنائية الدولية السابقة، الطبعة الثالثة، مطابع روز اليوسف الجديدة، القاهرة، ٢٠٠٢م ص ١٦٦.

أهداف الدراسة

- تهدف هذه الدراسة للوصول إلى بعض الأهداف، منها:
- تحليل الإجراءات الجنائية التي تحكم الدعوى الجنائية في مرحلة تحريكها أمام المحكمة الجنائية الدولية.
 - تحليل دور مدعي عام المحكمة الجنائية الدولية في الدعوى في مرحلة تحريكها أمام المحكمة الجنائية الدولية.

منهج الدراسة

اقتضت طبيعة هذا البحث اتباع منهج تحليلي مقارنة للنصوص الجنائية متمثلة في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، والقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات، وذلك من خلال إلقاء الضوء عليها بشكل أوسع بهدف استجلاء حقيقتها، وتوضيح تباينها.

نطاق الدراسة

يتحدد نطاق الدراسة في هذا البحث بدراسة طرق تحريك الدعوى الجنائية أمام المحكمة الجنائية الدولية، وبيان أحكامها ضمن الإطار القانوني لها في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

خطة الدراسة

لدراسة موضوع طرق تحريك الدعوى الجنائية أمام المحكمة الجنائية الدولية وجدت من المناسب تقسيم خطة بحث هذا الموضوع إلى ثلاثة مطالب على النحو الآتي:

المطلب الأول الإحالة من قبل دولة طرف.

المطلب الثاني الإحالة من قبل مجلس الأمن.

المطلب الثالث سلطة المدعي العام في مباشرة التحقيقات من تلقاء نفسه.

وسأختم هذا البحث بأهم ما توصلت إليه من نتائج، مع الإشارة إلى بعض التوصيات والمقترحات بناء على تلك النتائج.

المطلب الأول الإحالة من قبل دولة طرف

يمكن للدولة الطرف في النظام الأساسي أن تحيل إلى مدعي عام المحكمة للتحقيق في الجرائم التي تم ارتكابها على أراضيها أو بواسطة أحد رعاياها. ويعتقد معارضو النظام الأساسي للمحكمة أن أنظمة ما بعد الحروب والصراعات سوف تعارض الدخول في النظام الأساسي للمحكمة، أو تقبل الاختصاص القضائي للمحكمة، ويطلق على هذا النمط من الإحالة إلى المحكمة الإحالة الذاتية self-referral وإن كانت هذه الإحالة هي إحالة أحادية الجانب ضد قادة التمرد فقط وليس ضد المسؤولين في الحكومة، وهو ما أثار مخاوف الناشطين في مجال حقوق الإنسان. وأحد نتائج الإحالة الذاتية هو ضمان أن الموقف سوف يتم متابعته من قبل المحكمة أكثر من تحويل مدعي عام المحكمة سلطة تقديرية لفتح تحقيق في هذه الجرائم^(١).

وعلى كل حال فإنه يجب أن يكون قرار الإحالة مكتوباً، وأن يحدد - بقدر الإمكان - الظروف والملابسات ذات الصلة، وأن يكون مصحوباً بتوثيق تقدمه الدولة المحيلة. ولا يكون هناك حاجة للإحالة متى باشر القضاء الوطني إجراءات التحقيق والمحاكمة عن هذه الجرائم. وإذا قرر المدعي العام أن هناك سبباً كافياً للشروع في التحقيق يمكنه إخطار الدول المعنية بذلك، وربما بصورة سرية من أجل منع ضياع الأدلة ومنع هروب الأفراد^(٢).

وتعد هذه الطريقة عبارة عن إبلاغ من الدولة الطرف للمدعي العام عن حالة معينة، شأن الطريقة المعمول بها في الأنظمة الداخلية، حيث قد يبلغ المواطن الشرطة أو النيابة العامة أنه يعتقد أن جريمة معينة قد وقعت، ولا يشترط في هذه الحالة أن يقوم المبلغ بتحديد شخص مرتكب هذه الجريمة^(٣).

وإذا أخطرت الدولة ذات القضاء الوطني مدعي عام المحكمة الجنائية الدولية خلال شهر من نيتها بدء التحقيق في الجريمة وفقاً للمادة (٢/١٨) من النظام الأساسي للمحكمة، فإنه يجب على مدعي عام المحكمة تأجيل التحقيق مع إخطار الدائرة التمهيديّة للإذن له ببدء التحقيق متى كانت تحقيقات هذه الدولة غير جادة. ويمكن أن يطلب المدعي العام

(١) Novak, A., op. cit, P 51.

(٢) Elsea, J., International Criminal Court :overview and selected legal issues ,Report for congress ,June ,2002 ,5 P.23

(٣) د. علازت عبد المحسن، مرجع سابق، ص ٢٥٧.

من هذه الدولة تقديم تقارير دورية بالتحقيقات. وتقرر الدائرة التمهيدية ما إذا كانت الدولة غير راغبة أو غير قادرة على إجراء التحقيق. ويجب إخطار الدولة بأن المدعي العام يميل إلى الاعتراض على قدرة الدولة في التحقيق، وإعطائها وقتاً كافياً لتقديم الأدلة عن هذه الجرائم إلى المحكمة^(١).

ويمكن للدولة أن تقدم الدليل على أن محاكمها قد استوفت المعايير المعترف بها دولياً بخصوص المحاكمات النزيهة والمستقلة، ويمكن أن تعترض بعد ذلك على قبول الدعوى بموجب المادة (١٩) من النظام الأساسي، بشرط أن يكون هناك وقائع إضافية، وأن يكون هناك تغير جوهري قد طرأ في الظروف، وبعد ذلك يجوز للدائرة التمهيدية أن تبحث عوامل قواعد الدعوى المبينة في المادة (١٧) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية^(٢).

وعلى ذلك فإنه يجب توافر شرطين شكليين يتعين مراعاتهما قبل أن تتقدم الدولة الطرف إلى المدعي العام للإبلاغ حول حالة محددة، وهذا بهدف ضمان عدم إعاقة عمل المحكمة بتوجيه ادعاءات مجهولة أو كيدية أمام المدعي العام، وهذان الشرطان هما: أولاً: أن يكون ذلك الإبلاغ في صورة مذكرة مكتوبة، أو أن يكون بطلب خطي^(٣). وثانياً: أن تشفع هذه المذكرة أو ذلك الطلب بالمستندات التي تؤكد وقوع جرائم دولية ينعقد بمناسبتها الاختصاص النوعي والشخصي للمحكمة الجنائية الدولية.

وبحسب نص المادة (١٤) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، نجد أن للدولة الطرف الحق في أن تحيل إلى المدعي العام للمحكمة أية حالة يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من الجرائم الواقعة في اختصاصها قد ارتكبت وذلك بطريقتين^(٤) (هما: الطريقة الأولى: أن تتقدم الدولة الطرف ببلاغ إلى المدعي العام تطلب فيه التحقيق في حالة معينة بغرض البت فيما إذا كان يتعين توجيه الاتهام لشخص أو أكثر بارتكاب جريمة. الطريقة الثانية: أن تحدد الدولة الطرف الحالة، وفي هذه الحالة يكون على الدولة أن

(١) Elsea, J. op. cit, P 23.

(٢) Barnett, L., the International criminal court: History and Role, library of parliament publication, no-2002-11. E, 2013, P.9

(٣) القاعدة رقم (٤٥) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات.

(٤) نصت المادة (١٤) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أن: (١- يجوز لدولة طرف أن تحيل إلى المدعي العام أية حالة يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من الجرائم الداخلة في اختصاص المحكمة قد ارتكبت، وأن تطلب إلى المدعي العام التحقيق في حالة بغرض البت فيما إذا كان يتعين توجيه الاتهام لشخص معين أو أكثر بارتكاب تلك الجرائم. ٢- تحدد الحالة قدر المستطاع، الظروف ذات الصلة وتكون مشفوعة بما هو في متناول الدولة المحيلة من مستندات مؤيدة).

تتقدم عند الإحالة ببلاغ مكتوب تحدد فيه تلك الحالة قدر المستطاع، على أن يكون هذا الطلب مشفوعاً بما في متناولها من مستندات مؤيدة.

وقد تبني مكتب المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية في تحقيقاته سياسة تركز على هؤلاء الذين يتحملون أكبر مسؤولية عن ارتكاب الجرائم التي تقع في نطاق اختصاص المحكمة. والهدف من هذه السياسة هو تعظيم الاستفادة من الموارد المتاحة لإجراء التحقيقات والمحاكمة، كما أن هذه السياسة تهدف إلى الردع. ويحقق مكتب المدعي العام للمحكمة في حالات من أوغندا، والكونغو، وإفريقيا الوسطى وكينيا، وذلك بناء على إحالات من قبل الحكومات المعنية، وهي دول أطراف في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية^(١).

فالقضية الأولى: وهي قضية أوغندا، وتتلخص وقائعها في أن رئيس جمهورية أوغندا قرر في عام ٢٠٠٣م إحالة الوضع المتعلق بجيش المقاومة الأوغندية، أو ما يسمى بـ "جيش الرب للمقاومة"، إلى مدعي عام المحكمة الجنائية الدولية، مع العلم أنه لم يتم اعتقال أي من المتهمين حتى الآن^(٢).

والقضية الثانية: قضية الكونغو الديمقراطية: فقد أحالت الكونغو في مارس ٢٠٠٤م حالة تتضمن ارتكاب جرائم تقع في نطاق اختصاص المحكمة الجنائية الدولية إلى المدعي العام. وقد تم فتح التحقيق عام ٢٠٠٤م، وتم تحديد الجرائم التي تقع في نطاق اختصاص هذه المحكمة، فضلاً عن تحديد أخطر هذه الجرائم، وقد ركز المدعي العام على تحقيقاته الأولية على منطقة Ituri^(٣).

والقضية الثالثة: قضية جمهورية أفريقيا الوسطى فقد أرسلت حكومة هذه الدولة طلباً إلى مدعي عام المحكمة الجنائية الدولية في ديسمبر ٢٠٠٤م تطلب فيه التحقيق والمحاكمة في الجرائم التي ارتكبت فيها؛ لأن الجهاز القضائي الوطني غير قادر على الاضطلاع بأعمال التحقيق والمقاضاة في الجرائم المزعومة^(٤). وأعلن المدعي العام للمحكمة بدء التحقيق في مايو ٢٠٠٧م.

(١) Gentile, L., Understanding the International Criminal Court, in African Centre issues, 2010, P.107

(٢) د. محمد الشبلي العتوم، تعاون الدول مع المحكمة الجنائية الدولية وأثره في فعاليتها، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، ٢٠١٥م، ص ١٨٢.

(٣) Gentile, L., op. cit., P 108.

(٤) د. محمد الشبلي العتوم، مرجع سابق، ص ١٨٦.

والقضية الرابعة: قضية كينيا حيث اتجه وفد من الحكومة الكينية إلى المحكمة الجنائية الدولية لإحالة دعوى بالجرائم التي زعم ارتكابها بعد الانتخابات الكينية لعام ٢٠٠٧م، ولكون كينيا طرفاً في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية واستناداً إلى مبدأ التكامل فإن القضية يجب أن تباشر من قبل الجهاز القضائي الوطني الكيني وتم عقد اتفاق حول ذلك^(١). ومسألة التكامل هي مسألة قد تم إثارتها في الواقع العملي مرات عديدة، وأهمها خلال تحقيقات المحكمة الجنائية الدولية في كينيا^(٢).

وفي حالة ما إذا قرر مدعي عام المحكمة عدم البدء في التحقيق، فإن الدولة المحيلة يمكن أن تطلب مراجعة أمام الدائرة التمهيدية، والتي يمكن أن تطلب من مدعي عام المحكمة إعادة بحث القرار خلال ٩٠ يوماً من إخطاره. ويمكن أن تجري الدائرة التمهيدية مراجعة لقرار مدعي عام المحكمة إذا كان قراره قائماً على أن المحاكمة لن تفيد العدالة وفقاً لما هو منصوص عليه في المادة (٥٣) من النظام الأساسي للمحكمة. ويكون قرار الدائرة التمهيدية في هذه القضية هو بمثابة رقابة. وإذا ظهرت معلومات جديدة أو أدلة جديدة بعد قرار مدعي المحكمة بعدم التحقيق، أو إذا كانت الدائرة التمهيدية لم تأذن بإجراء التحقيق، فإن مدعي عام المحكمة يمكن أن يبدأ التحقيق من جديد وذلك وفقاً للمواد (١٥، ٥٣/٤) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية^(٣).

وتخضع الحالة المحالة من قبل الدولة الطرف إلى المدعي العام لكافة الشروط المتطلبية لانعقاد الاختصاص المنصوص عليها في النظام الأساسي بما في ذلك المادة (١٢) منه، على أن تكون مستوفية أيضاً لشروط القبول المنصوص عليها في المادة (١٧) من النظام ذاته^(٤).

وكانت المادة (١٢) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، قد حددت الشروط المسبقة لممارسة المحكمة لاختصاصها، وحددت أيضاً الدول الأطراف التي يمكنها أن تحيل حالة ما إلى المحكمة بأنها الدولة التي يكون وقع في إقليمها السلوك الإجرامي محل البحث، أو دولة تسجيل السفينة أو الطائرة، في حالة ما إذا كانت الجريمة قد ارتكبت على أي منهما أو الدولة التي يحمل جنسيتها الشخص المتهم بارتكاب هذه الجريمة أو هذا السلوك الإجرامي^(٥).

(١) المرجع نفسه، ص ١٨٧.

(٢) Barnett, L., op. cit, P 7.

(٣) Elsea, J., op. cit, P 23.

(٤) د. علازت عبد المحسن، مرجع سابق، ص ٢٥٨.

(٥) المادة (١٢/٢) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

وعلى ذلك فإنه لكي يبدأ المدعي العام في اتخاذ إجراءات التحقيق في بلاغ تم تقديمه من قبل دولة طرف، فعليه أن ينظر فيما إذا كانت الشروط المسبقة التي يشترطها النظام الأساسي لقبول الدعوى متوافرة أم لا. وقد قمنا بدراسة هذه الشروط ونحن بصدد دراسة إسناد الاختصاص إلى المحكمة في الباب الأول من هذه الدراسة.

على ذلك فإن على المدعي العام أن ينظر فيما إذا كانت جهة التحقيق في القضاء الوطني قد بدأت في اتخاذ إجراءات التحقيق فيما يتعلق بالجريمة أو الجرائم موضوع تلك الحالة، فإن صح ذلك فلن يستطيع المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية بدء إجراءات التحقيق إزاء ذات الجريمة إلا في حالة أن تتنازل تلك الدولة التي بدأت إجراءات التحقيق عن حقها في اتخاذ إجراء التحقيق والمحاكمة على هذه الجريمة، أو أن تكون طرفاً في النظام الأساسي، وتقرر المحكمة أن هذه الدولة غير راغبة أو غير قادرة على مباشرة التحقيق والمقاضاة في هذه الجريمة وفقاً للأحكام ذات الصلة من المادة (١٧/٢، ٣) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية^(١).

إضافةً إلى ذلك فإنه وبموجب المادة (١٢) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، يمكن لدولة غير طرف في النظام الأساسي، أن تقبل اختصاص المحكمة بخصوص إحدى الجرائم، التي وقعت على إقليمها، أو إذا كانت هذه الدولة هي الدولة المسجل بها السفينة أو الطائرة، في حالة ما إذا كانت الجريمة قيد البحث قد ارتكبت على متن أي منهما، أو كانت الدولة غير الطرف هي دولة جنسية الشخص المتهم بارتكاب هذه الجريمة. ويشترط في هذه الحالة أن تكون هذه الدولة قد أعلنت قبولها ممارسة المحكمة لاختصاصها بخصوص الجريمة محل البحث، وذلك بموجب إعلان تودعه هذه الدولة لدى مسجل المحكمة، وأن تتعاون هذه الدولة مع المحكمة دون تأخير أو استثناء، ووفقاً لما هو مقرر في الباب التاسع من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية^(٢)، فالأصل أنه لا يحق للدولة التي ليست طرفاً في النظام الأساسي أن تحيل حالة، أو أن تتقدم بشكوى إلى المحكمة الجنائية الدولية، إلا أنه يجوز لها ذلك استثناءً، إذا قبلت اختصاص المحكمة بنظر الحالة قيد البحث، وذلك طبقاً للمادة (١٢/٣) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية^(٣).

(١) Gentile, L., op. cit., P 113.

(٢) د. عادل عبد الله المسدي، المحكمة الجنائية الدولية (الاختصاص وقواعد الإحالة)، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤م، ص ٢٩٢ وما بعدها.

(٣) د. أبو الخير أحمد عطية، المحكمة الجنائية الدولية الدائمة - دراسة للنظام الأساسي للمحكمة وللجرائم التي تختص المحكمة بالنظر فيها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م، ص ٥٢.

وما يستفاد من المادة (٣/١٢) من النظام الأساسي للمحكمة هو توسيع نطاق النظام الأساسي للمحكمة من خلال إتاحة الفرصة للدول التي ليست أعضاء في النظام الأساسي أن تقبل الاختصاص القضائي للمحكمة الجنائية الدولية بدون الضغط على تلك الدول التي ليست طرفاً في النظام الأساسي من أجل التوقيع على هذه الاتفاقية. وعلى أية حال، وعلى خلاف الإحالة الذاتية من قبل الدولة الطرف، فإن تقديم الإعلان المنصوص عليه في المادة (٣/١٢) لا يفرض التزاماً على مدعي عام المحكمة لمتابعة القضية، فتقديم الإعلان هو شرط مسبق لممارسة المحكمة الاختصاص القضائي على هذه الجرائم، وأن هذا الإعلان في حد ذاته ليس محفزاً للتحقيق^(١).

ويرى الباحث أن مسألة قبول الدولة غير الطرف في النظام الأساسي لاختصاص المحكمة بنظر أي من الجرائم الداخلة في اختصاصها لا يمكن تصوره إلا عندما تكون الحالة مرتبطة مع قضية أحيلت إلى المحكمة بأي من الطرق الثلاث المنصوص عليها على سبيل الحصر في المادة (١٣) من النظام الأساسي للمحكمة، وذلك في حالة ما إذا وقعت الجريمة في إقليم هذه الدولة الغير طرف أو كانت السفينة أو الطائرة تحمل علمها أو كان المتهم ينتمي بجنسيته إلى هذه الدولة. وبمعنى آخر، لا يحق لأي دولة غير طرف أن تحيل حالة ما إلى المحكمة مباشرة، ولكن يقتصر حقها في قبول اختصاص المحكمة إذا قامت دولة طرف بإحالة الحالة إلى المحكمة وتبين إن الدولة غير الطرف إحدى أطراف النزاع أو لها علاقة بالحالة قيد البحث، فللدولة الأخيرة أن تقبل اختصاص المحكمة بعد أن تعلن قبولها بممارسة اختصاص المحكمة عليها وتودع إعلاناً بذلك لدى مسجل المحكمة وتتعاون هذه الدولة مع المحكمة دون تأخير أو استثناء.

فمن وجهة نظر الباحث أنه يقتصر دور الدولة غير الطرف في النظام الأساسي على قبول اختصاص المحكمة وليس لها الحق في أن تحيل حالة إلى المحكمة الجنائية الدولية، وهذا ما يفهم من نصي المادتين (١٢، ١٣) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

وتجدر الإشارة إلى أنه ووفقاً لنص المادة (١٢٤) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية فإنه يجوز للدول التي تصبح طرفاً في النظام الأساسي، أن تعلن عدم قبولها اختصاص المحكمة لمدة سبع سنوات، تبدأ من بدء سريان العمل بالنظام الأساسي بالنسبة لها، وذلك فيما يتعلق بفضة جرائم الحرب المنصوص عليها في المادة (٨) من النظام الأساسي للمحكمة، وذلك في حالة الادعاء بأن مواطنين من تلك الدولة

(١) Novak, A., op. cit, P 51.

قد ارتكبوا جريمة من تلك الجرائم أو أن الجريمة قد ارتكبت في إقليمها، ومن حق هذه الدولة أن تسحب هذا الإعلان بعد ذلك في أي وقت تشاء^(١).

وقد انتقدت منظمة العفو الدولية تضمين المادة (١٢٤) في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، والتي أطلقت عليها المنظمة مصطلح (رخصة للقتل)، وتشير المنظمة إلى أن دولتين طرفين فقط، وهما فرنسا وكولومبيا، أصدرتا في النهاية إعلانات بموجب المادة (١٢٤) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، وقد ألغت فرنسا إعلانها قبل انتهاء فترة السنوات السبع، بينما انتهت مدة سريان مفعول إعلان كولومبيا في عام ٢٠٠٩م^(٢). وليس ثمة من أساس يسوّغ الإبقاء على المادة (١٢٤) في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية. ولم تكن هذه المادة ضرورية لتشجيع الدول على التصديق على النظام الأساسي. وفي الحقيقة هناك عدة دول منخرطة في نزاعات وطنية أو دولية، ولكنها صدّقت على النظام الأساسي من دون إصدار مثل هذا الإعلان^(٣).

وأخيراً فإنه إذا قرر المدعي العام أن هناك أساساً معقولاً لبدء تحقيق أو بإشراف المدعي العام التحقيق، فإن عليه مراعاة القواعد المنصوص عليها في المادة (١٨) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، والتي تقضي بإشعار جميع الدول الأطراف والدول التي يرى أن لها علاقة بالتحقيق، في ضوء المعلومات وبما يخدم إجراءات التحقيق في القضية محل البحث^(٤).

(١) المادة (١٢٤) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(٢) منظمة العفو الدولية، المحكمة الجنائية الدولية، اتخاذ الخيارات الصحيحة في مؤتمر المراجعة، رقم الوثيقة: (٤٠ IOR / ٠٠٨ / ٢٠١٠)، الطبعة الأولى، مطبوعات منظمة العفو الدولية، الأمانة الدولية، المملكة المتحدة، أبريل ٢٠١٠م، ص ١٢.

(٣) منظمة العفو الدولية، المحكمة الجنائية الدولية، اتخاذ الخيارات الصحيحة في مؤتمر المراجعة، مرجع سابق، ص ١٣.

(٤) Barnett ,L ,.op .cit, P.9.

المطلب الثاني الإحالة من قبل مجلس الأمن

إن الطريقة الثانية لتحريك مباشرة الاختصاص القضائي للمحكمة الجنائية الدولية هو من خلال الإحالة بموجب قرار من مجلس الأمن. ويتكون مجلس الأمن من ١٥ عضواً، منهم خمسة أعضاء دائمي العضوية وعشرة أعضاء يتم اختيارهم من الجمعية العامة لمدة عامين. ويتطلب اتخاذ القرار ٩ أصوات بدون ممارسة إحدى الدول دائمة العضوية الفيتو على القرار. وبموجب اتفاق بين الأمم المتحدة والمحكمة الجنائية الدولية على أن يحيل مجلس الأمن القضايا التي لا تقع في نطاق اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، مثل الجرائم التي تم ارتكابها قبل الأول من يوليو ٢٠٠٢م^(١).

وخلال المناقشات في مؤتمر روما، كانت الولايات المتحدة الأمريكية تطالب بأن يكون لمجلس الأمن وحده سلطة الإحالة إلى المحكمة الجنائية الدولية. ولكن الدول الأخرى الدائمة العضوية في مجلس الأمن ارتأت أن يشترك المجلس في ذلك مع الدول الأطراف في النظام الأساسي والمدعي العام للمحكمة، على الرغم من أن موقف غالبية الدول المشاركة في مؤتمر روما أنها لا تؤيد تحويل مجلس الأمن سلطة واسعة تجاه المحكمة. ويرجع بعض^(٢) الفقه السبب في عدم تحويل مجلس الأمن سلطة واسعة هو الرغبة في تأكيد استقلالية المحكمة الجنائية الدولية، وتفادي أن تتحول المحكمة إلى مجرد جهاز سياسي تابع لمجلس الأمن، وكذلك الخشية من أن يؤدي تمتع الدول الدائمة العضوية بحق الاعتراض (حق الفيتو) إلى تعطيل مهمة المحكمة في تحقيق العدالة في حالات بذاتها. وبالتالي سينتقص هذا من دور المحكمة المنشود في تحقيق العدالة الجنائية الدولية، مما سيكون له أثر كبير في النيل من إرادة الدول المعنية وسيادتها^(٣).

وعلى كل حال، فقد أقر النظام الأساسي الاتجاه القائل بتحويل مجلس الأمن سلطة الإحالة إلى المحكمة الجنائية الدولية، بالإضافة إلى الدول الأطراف في النظام الأساسي

(١) Novak, A., op. cit, P 52.

(٢) د. أحمد عبد الظاهر، دور مجلس الأمن في النظام الجنائي الدولي، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١٣م، ص ١٥١. كذلك د. خالد حسين محمد، محكمة الجنايات الدولية وتجربة العدالة الجنائية الدولية، دار الكتب القانونية، ٢٠١٥م، ص ٢٤٣ وما بعدها. وكذلك بوعزة عبد الهادي، مجلس الأمن والمحكمة الجنائية الدولية في عالم متغير، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٣م، ص ٦٦ وما بعدها.

(٣) د. أحمد محمد عبد اللطيف صالح، المحكمة الجنائية الدولية نشأتها ونظامها الأساسي، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ٢٠١٣م، ص ٥٨١.

والمدعي العام للمحكمة^(١). وعليه فإن للمحكمة الجنائية الدولية أن تمارس اختصاصها فيما يتعلق بجريمة من الجرائم المنصوص عليها في المادة الخامسة من النظام الأساسي، إذا أحوال مجلس الأمن، متصرفاً بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، حالة إلى المدعي العام يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من هذه الجرائم قد ارتكبت^(٢).

وتطبيقاً لسلطة مجلس الأمن الإحالة إلى المحكمة الجنائية الدولية، وفي دارفور (السودان)، حيث صدر قرار مجلس الأمن يتضمن إرسال لجنة تحقيق دولية، للتحقيق بالتقارير التي تزعم ارتكاب انتهاكات حقوق الإنسان وارتكاب جرائم حرب وإبادة جماعية وجرائم ضد الإنسانية في الإقليم، وبالنسبة للسودان، وكانت سياستها تقوم على تجاهل المحكمة تماماً^(٣)، وقد أشار قرار مجلس الأمن^(٤) إلى أن الوضع في دارفور يشكل تهديداً للسلم والأمن الدوليين، وهو ما يتناغم مع ما تطلبه المادة (١٣/ب) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية^(٥)، بالإضافة إلى تضمين القرار إشارة إلى تقرير لجنة التحقيق الدولية، في دارفور الذي استند إلى توصياتها بشأن إحالة النزاع إلى المحكمة^(٦).

وفي ٣١ مارس ٢٠٠٥م، ووفقاً لقرار مجلس الأمن رقم ١٥٩٣م لسنة ٢٠٠٥م، أحوال مجلس الأمن ملف دارفور إلى المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية، وهذه هي أول قضية يحيلها مجلس الأمن إلى مدعي عام المحكمة الجنائية الدولية. كما أن للقرار ١٥٩٣ أهميته في أنه يؤكد على الحاجة لوجود حل شامل في دارفور، ويعترف بضرورة دعم مؤسسات القضاء الوطني. وتشجع الفقرة الرابعة من القرار المحكمة التعاون مع الجهود الوطنية من أجل أعمال قواعد القانون وحماية حقوق الإنسان ومكافحة الإفلات

(١) د. أحمد عبد الظاهر، مرجع سابق، ص ١٥١..

(٢) المادة (١٣) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(٣) Schabas, William A., Genocide In International Law, Cambridge University Press, 2000P.192

(٤) تقرير لجنة التحقيق الدولية بشأن دارفور إلى الأمم المتحدة الأمين العام عملاً بقرار مجلس الأمن رقم ١٥٦٤ المؤرخ في ١٩/٩/٢٠٠٤م، الفقرة ٦٤٧، متوفر على الرابط:

<http://www.icc-cpi.int/library/cases/reporttounondarfor.pdf>

(٥) نصت المادة (١٣/ب) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أنه: (للمحكمة أن تمارس اختصاصها فيما يتعلق بجريمة مشار إليها في المادة ٥ وفقاً لأحكام هذا النظام الأساسي في الأحوال التالية... ب إذا أحوال مجلس الأمن، متصرفاً بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، حالة إلى المدعي العام يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من هذه الجرائم قد ارتكبت.)

(٦) لؤي محمد حسين الناييف، العلاقة التكاملية بين المحكمة الجنائية الدولية والقضاء الوطني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٧، العدد الثالث، ٢٠١١م، ص ٥٤٢.

من العقاب الموجود في دارفور^(١).

ولأن المحكمة الجنائية الدولية ليست أحد أجهزة الأمم المتحدة، فإن النظام الأساسي للمحكمة ينص على أن تدفع الأمم المتحدة المصروفات المرتبطة بالقضايا التي يحيلها مجلس الأمن إلى المحكمة^(٢). وعلى أية حال، عندما أحال مجلس الأمن ملف الجرائم في دارفور في السودان إلى المحكمة الجنائية بدون موافقة الولايات المتحدة، فقد رفضت الولايات المتحدة أن تسمح للأمم المتحدة بدفع مصروفات المحكمة الجنائية الدولية. وبدلاً من ذلك، فإن نص قرار إحالة ملف دارفور إلى المحكمة الجنائية الدولية (القرار الصادر من مجلس الأمن رقم ١٥٩٣) قد تطلب من الدول الأعضاء وغيرها من الدول الأخرى التي أسهمت طواعية في دفع مصروفات المحكمة. وعلى أية حال، فإن قرار مجلس الأمن بالإحالة إلى مدعي عام المحكمة غير ملزم له ببدء التحقيق والمحاكمة إذا لم توجد أدلة كافية^(٣).

ومع ذلك، فقد استمر الجدل الفقهي حول مدى ملاءمة منح مجلس الأمن سلطة الإحالة. وقد انقسم الفقهاء إلى قسمين أحدهما مؤيد، والآخر رافض.

وقد ذهب القسم الأول من المؤيدين لتحويل مجلس الأمن هذه السلطة؛ بحجة أن مجلس الأمن كان قد درج على إنشاء محاكم جنائية خاصة في كل من يوغسلافيا السابقة ورواندا، ولا شك في أن إعطاء مجلس الأمن سلطة الإحالة إلى المحكمة الجنائية الدولية، من شأنه أن لا يكون المجلس مضطراً إلى إنشاء محاكم جنائية خاصة، الأمر الذي يدعم دور المحكمة الجنائية الدولية^(٤).

ويرى بعض^(٥) الفقه أنه على الرغم من أن مجرد منح مجلس الأمن سلطة الإحالة سيعني بشكلٍ من الأشكال تسييس المحكمة، إلا أنه من الناحية العملية قد يحمل مزية تتمثل بكونه اعترافاً من مجلس الأمن بأهمية دور المحكمة، مما يعني ضمان تعاونه في مراحل لاحقة.

(١) Gentile, L., op. cit, P 109.

(٢) Sur, S., La cour pénale internationale, Rev. Gén. Dr. Int. Pub., Vol., 1999, (1) 103 . P.44

(٣) Novak, A., op. cit, P 52.

(٤) د. عادل عبد الله المسدي، مرجع سابق، ص ٣٠٤ وما بعدها. وكذلك د. هشام مصطفى محمد إبراهيم، التحقيق والمحاكمة أمام المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، دارالمطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٥م، ص ١٤٣.

(٥) د. سوسن تمرخان بكة، الجرائم ضد الإنسانية في ضوء أحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦م، ص ١٢٣.

ويضيف جانب من الفقه^(١) أن العلاقة بين المحكمة الجنائية الدولية ومجلس الأمن ما هي إلا تطبيق لسلطة مجلس الأمن كما هي محددة في ميثاق الأمم المتحدة، وخاصة الفصل السابع، والذي يعطي للمجلس سلطة سياسية مطلقة فيما يتعلق بالأمور التي تنطوي على حفظ للأمن والسلم الدوليين، ويعطي أيضًا الفصل السابع (مادة ٣٩) من ميثاق الأمم المتحدة للمجلس سلطة فرض العقوبات لحفظ السلام وبقائه^(٢)، ونتيجة لذلك فإن لمجلس الأمن الحق في أن يحيل حالة للمحكمة الجنائية الدولية للتحقيق فيها، بل والأكثر من ذلك، يجوز لمدعي عام المحكمة الجنائية التقدم بطلب إلى مجلس الأمن الدولي؛ لإصدار قرار للدول بإصدار مذكرة اعتقال بحق الرؤساء والقادة الذين يمتنعون عن تقديم الرؤساء والقادة المتورطين في ارتكاب جرائم واقعة في نطاق اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، وقبلت الدائرة التمهيدية في المحكمة الجنائية الدولية الدعوى، وذلك إعمالاً لأحكام المواد (٧/٨٧) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية^(٣).

ومن المعلوم أن سلطات مجلس الأمن بتكليف واقعة تؤدي إلى أعمال سلطاته وفقاً للفصل السابع فإن ميثاق الأمم المتحدة لم يحدد على سبيل الحصر الحالات التي تستدعي توقيع الجزاءات الدولية وأطرها، في أطر عامة هي تقدير مجلس الأمن لوجود تهديد للسلم والأمن الدوليين، أو الإخلال بهما أو وجود حالة عدوان، والذي له أن يعالج هذه الحالات - عن طريق تقديراته - سواء من خلال توصياته، أو بفرض الجزاءات التي يراها مناسبة، حيث تعد المادة (٣٩) من ميثاق الأمم المتحدة المدخل القانوني لسلطة مجلس الأمن في التكليف، ومن ثم أعمال التدابير المنصوص عليها في الفصل السابع من الميثاق^(٤).

ويرى جانب من الفقه^(٥) أن سلطة الإحالة تستند إلى المادة (٤٠) من ميثاق الأمم

(١) د. محمود شريف بسيوني، المحكمة الجنائية الدولية، نشأتها ونظامها الأساسي، مرجع سابق، ص ١٩٧.
(٢) تنص المادة (٣٩) في الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة على أنه: (يقرر مجلس الأمن ما إذا كان قد وقع تهديد للسلم أو إخلال به، أو كان ما وقع عمل من أعمال العدوان، ويقدم في ذلك توصياته أو يقرر ما يجب اتخاذه من التدابير طبقاً لأحكام المادتين ٤١ و٤٢ لحفظ السلم والأمن الدولي أو إعادته إلى نصابه).
(٣) Ndiaye, S., Cour pénale internationale, chambre préliminaire 1, décisions des 12, 13 déc. 2011 sur l'inexécution par Malawi et le Tchad des mandats d'arrêt contre Omar Al-Bashir, Rev. Gén. Dr. Int. Pub., Vol. 116 (1), 2012., P 185.
(٤) د. علي ناجي صالح الأعوج، الجزاءات الدولية في الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٤م، ص ١٩٤ وما بعدها.
(٥) د. سعيد عبد اللطيف حسن، المحكمة الجنائية الدولية (إنشاء المحكمة نظامها الأساسي اختصاصها التشريعي والقضائي)، وتطبيقات القضاء الجنائي الدولي الحديث والمعاصر، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤م، ص ٢٩١.

المتحدة، والتي تهتم بوقوع حالات تهدد الأمن والسلم الدوليين والإخلال بهما، ووقوع عدوان. وتنص المادة السالفة الذكر على إنه: (منعاً لتفاقم الموقف، لمجلس الأمن، قبل تقديم توصيات أو اتخاذ التدابير المنصوص عليها في المادة ٣٩، أن يدعو المتنازعين للأخذ بما يراه ضرورياً أو مستحسناً من تدابير مؤقتة، ولا تخل هذه التدابير المؤقتة بحقوق المتنازعين ومطالبهم أو بمركزهم، وعلى مجلس الأمن أن يحسب لعدم أخذ المتنازعين بهذه التدابير المؤقتة حسابه).

فإذا كان مجلس الأمن قد أنشأ محاكم جنائية خاصة - مستنداً في ذلك إلى سلطاته طبقاً للفصل السابع - طالما رأى أن إنشاء مثل هذه المحاكم يعد أحد التدابير اللازمة لحفظ السلم والأمن الدوليين، فإن القائمين على وضع النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية قد قاموا بمنح مجلس الأمن سلطة إحالة حالة إلى المدعي العام، إذا تبين له أن من شأن هذه الحالة أن تهدد السلم والأمن الدوليين، وبذلك فإن عمل مجلس الأمن في هذا الإطار يجد أساسه القانوني في نصوص ميثاق الأمم المتحدة في المواد (٣٩، ٤١) منه^(١)، بالإضافة لنص المادة (١٣) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية^(٢).

بينما يذهب القسم الثاني الراض لتحويل مجلس الأمن سلطة الإحالة، مستنداً في ذلك إلى إن تمتع المجلس بسلطة الإحالة يمكن أن يؤثر على استقلال المحكمة وحيادها، حيث ستصبح أكثر عرضة للضغط السياسي من جانب الدول الكبرى المهيمنة على مجلس الأمن^(٣). ويستند أنصار هذا الرأي إلى الحجة التي تقضي بأنه لا ينبغي لهيئة سياسية والمتمثلة بمجلس الأمن أن تقرر ما ينبغي أن تفعله هيئة قضائية والمتمثلة في المحكمة الجنائية الدولية^(٤).

ويضيف بعض^(٥) الفقه أنه وبرغم ما يمكن أن يمثله إعطاء مجلس الأمن سلطة

(١) نصت المادة (٤١) من ميثاق الأمم المتحدة على أن (لمجلس الأمن أن يقرر ما يجب اتخاذه من التدابير التي لا تتطلب استخدام القوات المسلحة لتنفيذ قراراته، وله أن يطلب إلى أعضاء «الأمم المتحدة» تطبيق هذه التدابير، ويجوز أن يكون من بينها وقف الصّلات الاقتصادية والمواصلات الحديدية والبحرية والجوية والبريدية والبرقية واللاسلكية وغيرها من وسائل المواصلات وقفاً جزئياً أو كلياً وقطع العلاقات الدبلوماسية).

(٢) د. عادل عبد الله المسدي، مرجع سابق، ص ٣٠٥.

(٣) د. سوسن تمرخان بكة، مرجع سابق، ص ١٢٣.

(٤) د. أحمد عبد الظاهر، مرجع سابق، ص ١٥٤.

(٥) د. هشام مصطفى محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص ١٤٤. وكذلك د. أحمد محمد عبد اللطيف صالح، مرجع سابق، ص ٥٨٣.

الإحالة من مساهمة في حفظ السلم والأمن الدوليين واستتبابهما، إلا أن ذلك يعد توسعاً في السلطات الممنوحة له، حيث يمكن أن تتحكم فيه الظروف السياسية. فقرار مجلس الأمن بخصوص إحالة حالة معينة إلى المحكمة الجنائية الدولية يعد من المسائل الموضوعية، وبالتالي لا بد أن يحصل قرار المجلس بالإحالة على موافقة تسعة أعضاء من بين الدول الخمسة عشر الأعضاء في مجلس الأمن الدولي، شريطة ألا تصوت ضد القرار واحدة أو أكثر من الدول الخمس الدائمة العضوية، ومن ثم ممارسة مجلس الأمن لسلطة الإحالة قد يتوقف من الناحية العملية على مدى تعاون ومؤازرة الدول الأعضاء التي تملك حق الفيتو، والتي يمكنها أن تحول دون قيامه بهذه المهمة كلما كان ذلك في غير صالحها أو صالح الدول الموالية لها.

وبعبارة أخرى: لن يستطيع مجلس الأمن أن يحيل حالة ما من تلك الداخلة في اختصاص المحكمة إلى المدعي العام، إذا كانت هذه الحالة قد اتهم بها أحد رعايا إحدى الدول الدائمة العضوية في مجلس الأمن أو بخصوص الجرائم التي ارتكبت على إقليمها، في حين أن هذا الوضع المتميز لن يكون متوافراً بالنسبة للدول الأخرى^(١).

فضلاً عن ذلك، يؤكد بعض^(٢) الفقه أن سلطة الإحالة المخولة لمجلس الأمن لا تجد لها معيناً من سلطات واختصاصات مجلس الأمن وفقاً لميثاق الأمم المتحدة، وخاصة الفصل السابع منه. حيث يؤكد هذا الفريق أنه لا يرى في نص المادة (٤٠) من ميثاق الأمم المتحدة ما يخول مجلس الأمن سلطة إحالة حالة إلى المحكمة الجنائية الدولية، إذ تنص هذه المادة على أنه: (منعاً لتفاقم الموقف، لمجلس الأمن، قبل أن يقدم توصياته أو يتخذ التدابير المنصوص عليها في المادة ٣٩، أن يدعو المتنازعين للأخذ بما يراه ضرورياً أو مستحسنًا من تدابير مؤقتة، ولا تخل هذه التدابير المؤقتة بحقوق المتنازعين ومطالبهم أو بمركزهم، وعلى مجلس الأمن أن يحسب لعدم أخذ المتنازعين بهذه التدابير المؤقتة حسابه).

ويخول هذا النص لمجلس الأمن سلطة اتخاذ «تدابير مؤقتة» قبل اللجوء إلى التدابير الواردة في نص المادة (٣٩) من ميثاق الأمم المتحدة.

ومن ثم يطرح التساؤل التالي: إذا افترضنا أن إحالة حالة إلى المحكمة الجنائية الدولية تقع ضمن التدابير التي يجوز لمجلس الأمن اتخاذها بموجب هذه المادة، فكيف يوصف هذا التدبير بأنه مؤقت، وأنه لن يؤثر في المراكز القانونية للمتنازعين ومطالبهم؟

(١) د. عادل عبد الله المسدي، مرجع سابق، ص ٣٠٦.

(٢) د. علازت عبد المحسن، مرجع سابق، ص ٢٥٩ وما بعدها.

هذا بالإضافة إلى إنه من المسلم به أن اصطلاح «المتنازعين» في المادة المذكورة جاء منصرفاً إلى الدول وليس إلى الأفراد الطبيعيين. وغني عن البيان أن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية يقتصر على الجرائم المرتكبة من الأفراد الطبيعيين^(١).

ويرجح الباحث الاتجاه المؤيد لتحويل مجلس الأمن سلطة الإحالة؛ ذلك للحجج التي أوردها أنصار هذا الرأي، وأهمها الحجة الخاصة بأن تحويل مجلس الأمن سلطة الإحالة يغني عن اللجوء إلى إنشاء محاكم جنائية دولية خاصة، حيث إن إنشاء هذه المحاكم الخاصة من قبل مجلس الأمن تؤدي بطبيعة الحال إلى إضعاف المحكمة الجنائية الدولية. بالإضافة إلى أن مجلس الأمن له من الأجهزة والإمكانات العملية أكثر من ما تتوفر لدى المحكمة الجنائية الدولية، في معرفة إذا ما ارتكبت جريمة ما، وفي جمع البيانات والمعلومات الأولية، وكذا الحصول على الأدلة بوجه أسرع من المحكمة الجنائية الدولية.

كما أن إعطاء مجلس الأمن سلطة الإحالة سيترتب عليه بالضرورة الحد من سلطته في إنشاء محاكم جنائية دولية مؤقتة، والتي يواجه إنشاؤها ومباشرتها لعملها الكثير من الصعوبات في إطار مجلس الأمن. في حين إنه سيكون من الممكن لمجلس الأمن أن ينشأ محاكم جنائية دولية مؤقتة بشأن الجرائم الدولية التي لا تدخل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية مثل جرائم الإرهاب، والمخدرات وغيرها من الجرائم التي تخل بالسلم والأمن الدوليين.

وكذلك فإنه وعلى الرغم من الخشية من تعسف مجلس الأمن في التطبيق لسلطة إحالة حالة إلى المحكمة الجنائية الدولية، إلا أنه لا ينبغي أن يجعلنا ذلك أن نلغي المبدأ ذاته، خاصة أن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية يحتوي على بعض الآليات التي تكفل الرقابة على سلطة الإحالة سواء أحييت من مجلس الأمن أو بطريقة من الطرق الأخرى، حيث إن المدعي العام يملك سلطة تقدير جدية الحالة (بحسب المادة ٥٣ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية). كما أن المدعي العام يخضع بدوره إلى رقابة الدائرة التمهيدية (بحسب المادة ٦١ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية)، ورقابة من درجة أعلى وهي دائرة الاستئناف (بحسب المادة ٨٢ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية).

ومما تجدر الإشارة إليه، أنه إذا تمت الإحالة بإحدى الطرق الثلاث، سواء أكان من

(١) د. علازت عبد المحسن، مرجع سابق، ص ٢٦٣.

مجلس الأمن، أو إحالة من دولة طرف، أو باشر المدعي العام من تلقاء نفسه، فإنها تكون بمستوى واحد، ولا تمثل الإحالة من مجلس الأمن أي التزام إضافي، ولا تمثل أي التزام على المدعي العام للمحكمة بمباشرة إجراءات التحقيق في الجريمة أو الجرائم موضوع الإحالة، فالأمر لا يعدو أن يكون بلاغاً في شكل بيان سياسي موجه إلى المدعي العام يطلب فيه مجلس الأمن التحقيق في حالة معينة بغرض البت فيما إذا كان يتعين توجيه الاتهام إلى شخص أو أكثر بارتكاب جريمة من تلك الجرائم الداخلة في اختصاص المحكمة، ويحتفظ المدعي العام بسلطته في تقدير البدء في هذه الإجراءات من عدمه. أي إن المدعي العام للمحكمة لا يقوم بمباشرة التحقيقات إلا عند التأكد من وجود أسباب معقولة للسير في الإجراءات وفقاً للنظام الأساسي للمحكمة^(١).

وبهذا فإن المدعي العام ليس ملزماً بإجراء المتابعات، ولو كانت محالة إليه من مجلس الأمن، إلا أنه يجب على المدعي العام أن يبلغ المجلس بالنتائج التي انتهى إليها، وبالأسباب التي استند إليها^(٢). ولمجلس الأمن أن يطلب من الدائرة التمهيديّة مراجعة هذا القرار والطلب من المدعي العام إعادة النظر في قراره، وفي المقابل من الممكن أن يقوم المدعي العام بإعادة النظر في قراره، وله مع الدائرة التمهيديّة السلطة التقديرية في إجابة هذا الطلب أو رفضه^(٣).

وتجدر الإشارة أيضاً إلى أن عمل مجلس الأمن بخصوص إحالة حالة للمحكمة الجنائية الدولية، يجب أن يكون محكوماً بمبدأ الاختصاص التكميلي لهذه المحكمة، أي إن الاختصاص بنظر الحالة موضوع الإحالة ينعقد أولاً للقضاء الوطني، فلا يجوز لمجلس الأمن البدء في اتخاذ إجراءات الإحالة إلى المدعي العام للمحكمة بشأن هذه الحالة إلا إذا تبين له عدم رغبة الدول المعنية أو عدم قدرتها على التحقيق والمحاكمة، وفقاً لما نصت عليه المادة (١٧) من النظام الأساسي وإلا جاز الطعن أمام المحكمة بعدم قبول الدعوى بشأن الحالة موضوع النظر^(٤).

ويمكننا القول: إنه يتضح من نص الفقرة الثانية من المادة (١٣) من النظام الأساسي أن لمجلس الأمن إذا رأى أن هناك جريمة أو أكثر من الجرائم الداخلة في اختصاص المحكمة تم ارتكابها، ومن شأنها تهديد الأمن والسلم الدوليين، فله أن يحيل هذه الحالة

(١) د. علازت عبد المحسن، مرجع سابق، ص ٢٦٢ وما بعدها.

(٢) د. خالد محمد إبراهيم صالح، إجراءات التقاضي أمام المحكمة الجنائية الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠٩م، ص ١٥٥.

(٣) نص المادتين (١٣/ب)، (٣/٥٣) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(٤) د. عادل عبد الله المسدي، مرجع سابق، ص ٣٠٧ وما بعدها.

إلى المحكمة الجنائية الدولية، إذا رأى أن من شأن اتخاذ هذا الإجراء المساهمة في حفظ السلم والأمن الدوليين والعمل على إعادتهما لنصابهما، وبذلك فإن عمل مجلس الأمن في هذا الإطار يجد أساسه القانوني في نصوص ميثاق الأمم المتحدة، بالإضافة لنص المادة (١٣) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، وذلك كما أوضحنا سابقاً.

ويتضح من هنا أن أية جريمة يحيل بشأنها مجلس الأمن إلى المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية، يشترط فيها أن تنطوي على تهديد للسلم والأمن الدوليين^(١). كما أنه يجب على مجلس الأمن وهو بصدد مباشرته لقرار الإحالة، أن يراعي القواعد المتعلقة بأولوية الاختصاص التكميلي للمحكمة مع الأنظمة الوطنية.

ولا تثار مسألة اختصاص المحكمة الجنائية الدولية في نظر القضايا التي أحد أطرافها دولة طرف في النظام الأساسي، أو أنها ليست طرفاً في النظام الأساسي ولكنها أعلنت قبولها لممارسة المحكمة لاختصاصها، فقد حُسمت هذه المسألة في نص المادة (١٢) من النظام الأساسي للمحكمة. أما ما يثير التساؤل فهو تلك الحالة التي يكون فيها أحد أطراف القضية دولة ليست طرفاً في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية؟

والرأي الراجح^(٢) أن مجلس الأمن يمكنه أن يحيل إلى المدعي العام، أية حالة يبدو فيها أن جريمة أو أكثر قد ارتكبت، سواء أكانت هذه الجريمة أو تلك الجرائم وقعت في إقليم دولة طرف في النظام الأساسي للمحكمة، أم كانت ارتكبت في إقليم دولة ليست طرفاً في هذا النظام. فالمعيار الذي يحكم عمل المجلس في هذا الإطار يتمثل في ما إذا كان ارتكاب الجريمة أو الجرائم موضوع الإحالة يشكل تهديداً للسلم والأمن الدوليين من عدمه، ومن ثم يحق لمجلس الأمن أن يحيل هذه الحالة إلى المدعي العام للمحكمة، بصرف النظر عما إذا كانت الجريمة قد ارتكبت على إقليم دولة طرف أو ارتكبت على متن سفينة أو طائرة مسجلة باسمها، وسواء أكان المتهم يحمل جنسية دولة طرف أم لا، أو كان الأمر يتعلق بدولة ليست طرفاً في النظام الأساسي، سواء قبلت اختصاص المحكمة بالحالة المعروضة من عدمه.

فضلاً عن ذلك، وبموجب المادة (١٣) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية فإنه يمكن لمجلس الأمن إحالة القضية إلى المحكمة الجنائية الدولية، وتمكين المحكمة الجنائية الدولية من ممارسة اختصاصها القضائي على أحد النزاعات، حتى وإن

(١) د. محمود شريف بسيوني، المحكمة الجنائية الدولية، نشأتها ونظامها الأساسي، مرجع سابق، ص ١٦٥.
(٢) د. عادل عبد الله المسدي، مرجع سابق، ص ٣٠٤. وكذلك د. أحمد محمد عبد اللطيف صالح، مرجع سابق، ص ٥٨٢ وما بعدها.

كانت الدولة المتورطة في النزاع لم تقبل اختصاص المحكمة الجنائية الدولية^(١).

فالإحالة من قِبَل مجلس الأمن لا تخضع للقواعد ذاتها التي تنظم الإحالة من قِبَل دولة طرف في النظام الأساسي أو قيام مدعي عام المحكمة بمباشرة التحقيقات في الدعوى من تلقاء نفسه، فسلطات مجلس الأمن تأتي من خلال ما يمكن أن تمثله الحالة من تهديد للسلم والأمن الدوليين، دون أي اعتبار لمكان وقوعها أو جنسية مرتكبها.

وتجدر الإشارة إلى أن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية قد حوّل مجلس الأمن الدولي، إلى جانب سلطة الإحالة إلى المحكمة، سلطة أخرى ذات طبيعة سلبية، وهي سلطة إرجاء التحقيق أو المقاضاة، والتي تتمثل في إمكانية إيقاف عمل المحكمة بخصوص البدء أو المضي في تحقيق أو محاكمة لمدة اثني عشر شهرًا قابلة للتجديد، وذلك بناء على طلب مجلس الأمن استنادًا إلى السلطات الممنوحة له بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة^(٢). حيث نصت المادة (١٦) من النظام الأساسي على أنه: (لا يجوز البدء أو المضي في تحقيق أو مقاضاة بموجب هذا النظام الأساسي لمدة اثني عشر شهرًا، بناء على طلب مجلس الأمن إلى المحكمة بهذا المعنى يتضمنه قرار يصدر عن المجلس بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، ويجوز للمجلس تجديد هذا الطلب بالشروط ذاتها).

ويذهب جانب من الفقه^(٣) وبحق إلى القول بأن هذا النص يصل إلى أقصى مدى ممكن من الإساءة إلى هيبة المحكمة الجنائية الدولية واستقلالها وفعاليتها، لأن هذا النص يمنح مجلس الأمن سلطة تعطيل البدء أو المضي في أي تحقيق أو محاكمة أمام المحكمة الجنائية الدولية في أي لحظة، وفي أي مرحلة قد تكون عليها الدعوى أو التحقيق، ودون أي سقف زمني محدد.

وهذا لا يعني مجرد تعليق أو إيقاف وإنما اعتراض سبيل نشاط المحكمة وسد الطريق أمامها، ويعني أيضًا تبعية هيئة قضائية جنائية تبعية خطيرة لولاية هيئة سياسية متمثلة في مجلس الأمن الذي تهيمن عليه الدول دائمة العضوية فيه^(٤).

(١) Stein, M., the security council, the international criminal court and the crime of aggression: How the exclusive is the security council's power to determine aggression?, Ind. Int. law compar. L. Rev., vol. 16(1), 2005, P2.

(٢) د. أحمد محمد عبد اللطيف صالح، مرجع سابق، ص ٥٨٥.

(٣) د. علاء عبد المحسن، مرجع سابق، ص ٢٠٨ وما بعدها.

(٤) د. سعيد عبد اللطيف حسن، مرجع سابق، ص ٣٠٢.

ومن هنا يمكن أن يكون عمل المحكمة تابعاً أو موجهاً في بعض الحالات، بما يتوافق مع إرادة مجلس الأمن، أو بمعنى آخر لإرادة الدول دائمة العضوية في هذا المجلس، ولا شك أن هذا التدخل - الذي يكون لاعتبارات سياسية - لكبح عمل الهيئة القضائية من شأنه تقويض الطابع العالمي للعدالة الجنائية الدولية، ويحول دون تقدم المحكمة الجنائية الدولية إلى الأمام لمباشرتها لمهامها واختصاصاتها^(١).

كذلك يتضح من خلال نص المادة (١٦) السالفة الذكر بأنها لم تورد أية قيود فيما يتعلق بمرات الإجراء أو التأجيل وبالتالي فإنه يمكن من الناحية النظرية أن يكون الإجراء لفترات غير محدودة، وهذا يتعارض مع الهدف أو الغرض من المادة (١٦)، فهذه المادة تنص بوضوح على أن الإجراء يكون وفقاً لقرار مجلس الأمن استناداً للفصل السابع من الميثاق، وهو ما يعني ضمناً أن يكون هناك تهديد للسلم والأمن الدوليين الذي يستوجب الإجراء من قبل المحكمة، وهذا الإجراء أو التأجيل التلقائي في القرار يتعارض مع التزام مفروض على مجلس الأمن، وهو بحث ما إذا كان الوضع يمثل تهديداً للسلم والأمن الدوليين^(٢).

كما أن استخدام المجلس لسلطة الإجراء الممنوحة له وتعطيل الإجراءات أمام المحكمة يؤدي إلى ضياع الأدلة وفقدان الشهود وهذه أمور مهمة لحسن سير إجراءات الدعوى أمام المحكمة. وكان أجدد بالنظام الأساسي أن ينص على أنه في حالة طلب مجلس الأمن الإجراء يحق للمدعي العام بعد استئذان الدائرة التمهيدية أن يجري التحقيقات اللازمة للحصول على الشهادات المهمة والمحافظة على الأدلة مع عدم الإخلال بنص المادة (٧٢) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بحماية المعلومات المتعلقة بالأمن القومي^(٣).

وفي حقيقة الأمر فإن سلطة الإجراء التي منحها النظام الأساسي لمجلس الأمن تمثل قيوداً خطيراً على اختصاص المحكمة، حيث إنها تغل يد المحكمة في أية مرحلة كانت عليه الدعوى بدءاً من التحقيقات حتى مرحلة المقاضاة، وهذا القيد يستمر إلى ما لا نهاية طالما كان في سلطة المجلس تجديده دونما تحديد لعدد مرات هذا التجديد. وقد أعرب بعض المراقبين عن القلق من أن عملية التأجيل هذه سوف تقضي على استقلال

(١) د. أحمد محمد عبد اللطيف صالح، مرجع سابق، ص ٥٨٦.

(٢) Neha Jain ,A separate law for peace keepers :the clash between the security council and the ICC, European journal of international law, vol: 16, April 2005, P5.

(٣) د. أحمد ثابت عبد الرحيم، المحكمة الجنائية الدولية دراسة موضوعية إجرائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٢م، ص ٧٨.

المحكمة وتسمح للدول الخمس دائمة العضوية في مجلس الأمن بمنع التحقيق مع رعاياها^(١).

ويرى الباحث أنه كان الأجدر على المشرع الدولي أن يُخضع حالة التجديد في الإجراء للعرض على الجمعية العامة للأمم المتحدة للتصويت على تجديد الإجراء من عدمه، كنوع من الرقابة على مسألة تجديد الإجراء حتى تنضبط المسألة، ولا يستمر الإجراء إلى ما لا نهاية، وذلك بعد ١٢ شهراً من تاريخ قرار الإجراء لأول مرة من قبل مجلس وبما يتوافق مع نص المادة (١٦) من النظام الأساسي للمحكمة السالفة الذكر. وبهذا لا يخل بصلاحيات مجلس الأمن في الإجراء ولكنه يضعها للرقابة في حالة الإجراء لفترة ١٢ شهراً جديدة.

(١) Barnett, L., op. cit., P 8.

المطلب الثالث

سلطة المدعي العام في مباشرة التحقيقات من تلقاء نفسه

يُعد مكتب المدعي العام من أجهزة النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، ويعمل بصفة مستقلة بوصفه جهازاً منفصلاً من أجهزة المحكمة، ويكون المكتب مسؤولاً عن تلقي الإحالات وأية معلومات موثقة عن جرائم تدخل في اختصاص المحكمة، ويتم انتخابه بالاقتراع السري بالأغلبية المطلقة لأعضاء جمعية الدول الأطراف، ويتولى هو ونوابه مناصبهم لمدة تسع سنوات، ما لم يتقرر لهم وقت اختيارهم مدة أقصر، ولا يجوز إعادة انتخابهم^(١).

وقد أعطى النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في نص المادة (١٣/ج)، للمدعي العام سلطة القيام بمباشرة التحقيق من تلقاء نفسه، إذا أحيط علمًا بجريمة تدخل في اختصاص المحكمة، فلا بد أن تكون الحالة المعروضة أمامه قد حدثت على إقليم دولة طرف، أو كان مرتكبها أحد رعايا دولة طرف^(٢).

والمدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية يقوم بمباشرة التحقيقات في هذه الحالة من تلقاء نفسه، بناء على ما يتلقاه من معلومات بخصوص أي من هذه الجرائم، دون أية حاجة لأن يكون هناك إحالة من قبل إحدى الدول الأطراف أو من قبل مجلس الأمن^(٣)، ويباشر المدعي العام دراسة الحالة من حيث جديتها ومن حيث ملاءمتها في عرضها على المحكمة للفصل فيها.

وهذه السمة الرئيسية في استهلال أو استفتاح الدعوى الجنائية بإجراءات يقوم بها المدعي العام من تلقاء نفسه، بسبب معلومات تلقاها من كل مصدر بما في ذلك الدول وأجهزة الأمم المتحدة والمنظمات الحكومية وغير الحكومية وربما أفراد^(٤)؛ وذلك تعزيراً لاستقلالية الادعاء ونزاهة المحكمة، حيث تبدو أهمية دور المدعي العام في هذه الحالة أنه يتيح للمحكمة ممارسة اختصاصها إذا امتنعت الدول الأطراف في النظام الأساسي،

(١) المادة (٤٢) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(٢) د. حازم محمد عتلم، «نظم الادعاء أمام المحكمة الجنائية الدولية»، بحث مقدم إلى الندوة العلمية بعنوان المحكمة الجنائية الدولية تحدى للحصانة، المنظمة من كلية الحقوق جامعة دمشق واللجنة الدولية للصليب الأحمر، سوريا، ٣-٤، ٢٠١١م، ص ٥٩.

(٣) المادة (١٣) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(٤) المادة (٢/١٥) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

أو مجلس الأمن عن الإحالة إلى المحكمة^(١).

وخلافاً للمحاكم الجنائية الدولية السابقة، فإنه يتعين على مدعي عام المحكمة الجنائية الدولية الحصول على الإذن من الدائرة التمهيدية للمحكمة قبل بدء التحقيقات الجنائية من تلقاء نفسه. وخلال هذه الطريقة، وبرغم أن لمدعي عام المحكمة سلطة تقديرية واسعة في اختيار المواقف، فإن سلطته في بدء التحقيق أكثر تعرضاً للاختبار، مقارنة بالمدعين العامين في محاكم يوغسلافيا السابقة ورواندا. وإذا وجد مدعي عام المحكمة أن هناك أسباباً معقولة لمواصلة التحقيق فإنه يتعين عليه أن يقدم إلى الدائرة التمهيدية طلباً للإذن له ببدء التحقيقات^(٢).

وقد ثارت خلافات حادة خلال مؤتمر روما حول تحريك الدعوى مباشرة من قبل المدعي العام، وإن كانت النتيجة قد جاءت في النهاية لصالحه، وقد جاء ذلك متمشيًا مع وجهة نظر غالبية الدول المشاركة في هذا المؤتمر، فضلًا عن دعم وتأييد كل المنظمات غير الحكومية لصالح هذا الرأي بالرغم من معارضة عدة دول أخرى وعلى رأسها الولايات المتحدة الأمريكية التي رفضت منح مثل هذه الصلاحيات للمدعي العام بحجة الخشية من إساءة استعمال صلاحياته، بحيث تجعل تسييس المدعي العام أمرًا سهلاً، ومن جهة أخرى فإن هذه المحكمة قد تجعله كأداة العابثة والماسة لسيادات الدول بسبب تلقيه للشكاوى الطائشة والكيدية، أو عديمة الأساس الواقعي^(٣).

وقد استقر الأمر على الإبقاء على هذه السلطة للمدعي العام مع وضع بعض القيود على ممارستها لتبديد المخاوف من إساءة استخدام هذه السلطة، وتتمثل هذه القيود بما يلي:

١- إذا خلص المدعي العام إلى أن هناك من الأسباب ما يدعوه إلى البدء في التحقيق، وجب عليه الرجوع إلى الدائرة التمهيدية بتقديم طلب كتابي؛ كي تآذن له بإجراء التحقيق، مشفوعاً بأية مستندات مؤيدة يجمعها. ولهذه الدائرة أن تمنحه الإذن أو ترفضه، وللمدعي العام في الحالة الأخيرة تجديد الطلب بناء على وقائع جديدة^(٤). وعلى المدعي العام في حالة استنتاج أن المعلومات المقدمة لا تشكل

(١) د. أحمد محمد عبد اللطيف صالح، مرجع سابق، ص ٥٨٧.

(٢) Novak, A., op. cit, P 53.

(٣) د. عادل عبد الله المسدي، مرجع سابق، ص ٣١٥.

(٤) المادة (١٥/٤، ٥) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

أساسًا معقولًا لإجراء التحقيق، أن يبلغ مقدمي المعلومات بذلك^(١).

٢- في حالة الإذن بالتحقيق وإجرائه بمعرفة المدعي العام، فإن قرار الاتهام يجب أن يصدر من الدائرة التمهيدية التي تُعد في هذه الحالة بمثابة غرفة للاتهام^(٢).

وفي ضمانات أخرى لنزاهة مدعي عام المحكمة واستقلاله، فإن المدعي العام يمكن عزله من منصبه وإخضاعه لإجراءات التأديبية متى ثبت سوء سلوكه أو انتهاكه الجسيم لواجبه، وفي حالة مخالفة المدعي العام لواجباته، يمكن تقديم شكاوى ضده إلى رئاسة المحكمة والتي تبدأ إجراءات سحب الثقة منه. ويشتمل سلوك المدعي العام المعاقب عليه على أي تصرف يخالف مهامه الوظيفية أو يضر بحسن سير العدالة أمام المحكمة^(٣).

وعلى الأقل من الناحية النظرية، فإن المدعي الذي يبدأ التحقيقات لدوافع سياسية، فإن الدائرة التمهيدية يمكن أن ترفض هذه التحقيقات. وفي معظم المواقف فليس للمحكمة سلطة قانونية لفرض إجراء هذه التحقيقات، متى وجد المدعي أنه ليس هناك ضرورة لإجرائها. وعلى أية حال فهناك موقف مختلف إذا قرر المدعي العام عدم مواصلة التحقيق اعتمادًا على عدم جسامته الجرائم، ومصالح المجني عليه، وأنه ليس هناك أسباب جوهريّة للاعتقاد بأن التحقيق لن يخدم مصالح العدالة. وفي هذه الحالة يجب إحالة الملف إلى الدائرة التمهيدية، ويجب تأكيد قرار المدعي العام بأغلبية أصوات قضاة الدائرة التمهيدية. وإذا رفضت الدائرة التمهيدية قرار المدعي العام بعدم مواصلة التحقيق، فيجب على المدعي العام مواصلة إجراءات التحقيق والمحاكمة^(٤).

ومما تجدر الإشارة إليه، أن الصلاحية الممنوحة للمدعي العام أمام المحكمة الجنائية الدولية تتفق والصلاحية الممنوحة للمدعي العام في الأنظمة القانونية الوطنية، وتحريك الدعوى الجنائية في الأنظمة القانونية الوطنية يعني اتخاذ أول إجراء من إجراءات استعمال الدعوى أمام جهات التحقيق أو الحكم، كانتداب النيابة أحد أعضاء الضبط القضائي لإجراء بعض التحقيقات، أو طلبها من رئيس المحكمة ندب قاضٍ لإجراء التحقيق، أو قرارها بالقيام بالتحقيق بنفسها^(٥). في حين أن صلاحية المدعي

(١) المادة (٦/١٥) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(٢) د. علي يوسف الشكري، القضاء الجنائي الدولي في عالم متغير، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١م، ص ١٩٤.

(٣) Barnett, L., op. cit., P 8.

(٤) Ibid, P 8.

(٥) يختلف تحريك الدعوى عن استعمال الدعوى في القوانين الوطنية، فاستعمال الدعوى معنى عام يشمل تحريك الدعوى ومباشرتها باتخاذ جميع الإجراءات اللاحقة واللازمة للوصول إلى حكم بات فيها. فيعتبر

العام أمام المحكمة الجنائية الدولية تتحدد بالجرائم المنصوص عليها في المادة (٥) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية تحديداً وعلى سبيل الحصر. وهو يمارس هذه الصلاحية على أساس المعلومات التي يتلقاها من كل مصدر- كما ذكرنا ذلك سابقاً- أو من أي مصدر موثوق به بالنسبة إليه^(١).

فإذا رأت الدائرة التمهيدية بعد دراستها للطلب وللمواد المؤيدة، أن هناك أساساً معقولاً للشروع في إجراء تحقيق، وأن الدعوى تقع على ما يبدو في إطار اختصاص المحكمة، كان عليها أن تأذن بالبدء في إجراء التحقيق، وذلك دون المساس بما تقرره المحكمة فيما بعد بشأن الاختصاص ومقبولية الدعوى^(٢). لكن إذا قامت الدائرة التمهيدية برفض الإذن لإجراء التحقيق، فذلك لا يحول دون قيام المدعي العام بتقديم طلب لاحق يستند إلى وقائع أو أدلة جديدة تتعلق بالحالة ذاتها^(٣).

ومن التطبيقات العملية على سلطة الدائرة التمهيدية في عدم التقيد بقرار الإحالة من قبل مجلس الأمن، أو بمثول المتهم طواعية أمام المحكمة الجنائية الدولية ما قرره الدائرة التمهيدية بعدم تأكيد الاتهامات الموجهة إلى المتهم «Bahar Idriss Abu Garda» بعد توجيه اتهام له في ٧ من مايو ٢٠٠٩م بالهجوم على قوات حفظ السلام في دارفور، والتابعة للاتحاد الأفريقي وقتل أحد الجنود، وقد مثل المتهم طواعية أمام الدائرة التمهيدية في ٣٠ من أكتوبر ٢٠٠٩م، إلا أن الدائرة التمهيدية، وللمرة الأولى في تاريخها ترفض تأكيد الاتهامات الموجهة عملاً بأحكام المادة (٦١/٧/ب) من النظام الأساسي للمحكمة، وذلك لضعف الأدلة المحالة إليها من قبل مدعي عام المحكمة الجنائية الدولية، كما أن ماديات الواقعة قاصرة عن بلوغ الركن المادي الذي تقوم به الجرائم

من إجراءات استعمال الدعوى إبداء الطلبات أمام المحكمة والطعن في الحكم الصادر بشأنها. ولما كانت الجريمة تقع مساساً بأمن المجتمع وطمأنينته، وكانت الدعوى العامة تهدف إلى اقتضاء حق المجتمع في معاقبة الجاني، فإنه يرجع إلى المجتمع في معاقبة الجاني، فإنه يرجع إلى المجتمع وحده استعمال هذه الدعوى ويتم ذلك عن طريق السلطة الممثلة له وهي النيابة العامة. د. فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦م، ص ٤٨. وقد نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون الإجراءات الجنائية المصرية الصادر بالقانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠م. بقولها: (تختص النيابة العامة دون غيرها برفع الدعوى الجنائية ومباشرتها ولا ترفع من غيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون). ونصت المادة (٢١) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م بقولها: إن (النيابة العامة هي صاحبة الولاية في تحريك الدعوى الجزائية ورفعها ومباشرتها أمام المحاكم ولا ترفع من غيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون).

(١) د. علي يوسف الشكري، مرجع سابق، ص ١٩٣.

(٢) نص المادة (٤/١٥) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(٣) نص المادة (٥/١٥) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

الواقعة في نطاق اختصاص المحكمة الجنائية الدولية^(١).

وفي كل الأحوال، يجوز لمدعي عام المحكمة الجنائية الدولية استئناف القرار الصادر من الدائرة التمهيدية بسبب تجاوز سلطاته، أو لعدم إجرائها تحليلاً متعمقاً للأدلة المحالة إليها^(٢)، وتأسيساً على ذلك، فقد رفضت الدائرة التمهيدية الاستئناف المرفوع من قبل مدعي عام المحكمة الجنائية الدولية في قضية «بحر إدريس Bahar Idriss Abu Garda».

ومما تجدر الإشارة إليه أن الإحالة - سواء التي تتم من دولة طرف، أو من مجلس الأمن - لا تمثل التزاماً على المدعي العام بضرورة مباشرة إجراءات المحاكمة، فهي مجرد لفت انتباه للمدعي العام، إلى الوقائع التي تستلزم إجراء التحقيق بشأنها، وفي ضوء ما يسفر عنه التحقيق من أدلة كافية وأسباب معقولة، يمكن للمدعي العام استكمال إجراءات السير فيها وفقاً للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية^(٣).

وخلاصة ما سبق يمكننا القول: إن الادعاء أمام المحكمة، سواء أكان بإحالة من دولة طرف، أم من مجلس الأمن، أم عن طريق تبليغات وشكاوى تم إيداعها من قبل منظمات، أو أفراد، لا يعني ذلك تحريك الدعوى الجنائية بشأن الحالة محل الشكوى، أو البلاغ أو الإحالة، إنما هي عبارة عن إحاطة علم المدعي العام بحالة ما، قد تدخل في اختصاص المحكمة، وقد لا تدخل وقد تتصل الدعوى بالمحكمة وتقبل، وقد لا تقبل، فهذه المسائل لا يمكن تقريرها إلا إذا مارس المدعي العام مرحلة إجرائية، تسبق مرحلة التحقيق، الهدف منها هو التأكد من صحة ومدى جدية، وموثوقية وواقعية الإحالة أو الشكوى أو البلاغ، لتبقى سلطته التقديرية في تقدير مدى إمكانية السير والمضي في الإجراءات بخصوصها، من عدمه، وفقاً لما حصل عليه من أدلة خلال المرحلة التي تسبق التحقيقات^(٤).

(١) Brrn ,G ,.op .cit, P 962.

(٢) Ibid, P 963

(٣) د. خالد محمد إبراهيم صالح، مرجع سابق، ص ١٥٨.

(٤) Novak ,A ,.op .cit, P 52.

الخاتمة

تناول البحث موضوع «طرق تحريك الدعوى الجنائية أمام المحكمة الجنائية الدولية، وتبيّن للباحث أن الدعوى أمام المحكمة الجنائية الدولية تسير وفق عدة مراحل حددها النظام الأساسي للمحكمة وبيّن الأسس التي يستند عليها المدعي العام لدى اتخاذ قرار بالشروع في التحقيق.

وفي ضوء ذلك انتهت الدراسة إلى عدد من النتائج والتوصيات نوجزها فيما يأتي:

أولاً النتائج

١. توصلت الدراسة إلى أن النظام الأساسي للمحكمة أورد قيداً على سلطات الجهات المختصة بالإحالة ومنح صلاحية لمجلس الأمن في إجراء التحقيق بناء على قرار يصدره بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، ولم يورد أية قيود فيما يتعلق بمرات الإجراء أو التأجيل.
٢. توصلت الدراسة إلى أن الادعاء أمام المحكمة الجنائية الدولية، سواء أكان بإحالة من دولة طرف، أم من مجلس الأمن، أم عن طريق تبليغات وشكاوى تم إيداعها من قبل منظمات أو أفراد، لا يعني ذلك تحريك الدعوى الجنائية بشأن الحالة محل الشكوى، أو البلاغ أو الإحالة، إنما هي عبارة عن إحاطة علم المدعي العام بحالة ما، قد تدخل في اختصاص المحكمة وقد لا تدخل، وقد تتصل الدعوى بالمحكمة وتقبل، وقد لا تقبل، فهذه المسائل لا يمكن تقريرها إلا إذا مارس المدعي العام مرحلة إجرائية تسبق مرحلة التحقيق، الهدف منها هو التأكد من صحة ومدى جدية وموثوقية وواقعية الإحالة أو الشكوى أو البلاغ، لتبقى سلطته التقديرية في تقدير مدى إمكانية السير والمضي في الإجراءات بخصوصها من عدمه، وفقاً لما يتحصل عليه من أدلة خلال المرحلة التي تسبق التحقيقات.
٣. توصلت الدراسة إلى أن الإحالة إلى التحقيق أمام المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية تتم عن طريق إحدى الجهات الثلاث الواردة على سبيل الحصر في المادة (١٣) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، وبعد أن يشرع المدعي العام في التحقيق وبناء على طلبه تصدر الدائرة التمهيدية أمراً بالقبض أو أمر حضور للشخص المعني، بعد فحص الطلب المقدم من المدعي العام والمعلومات المؤيدة له، إلا أن

الدعوى لن تدخل في حوزة المحكمة إلا بالإحالة إلى المحاكمة (أو المقاضاة) التي تتم بعد عقد جلسة استماع لاعتماد التهم التي يرى المدعي العام أنها موجبة للمحاكمة، ولعل المشرع الدولي يسعى من خلال ذلك إلى إقامة التوازن بين ضمانات الحرية الشخصية وعدم المساس بها، إلا في نطاق مشروع ومحدد وبين قيام السلطة العامة المخولة بالقيام بإجراءات القبض القانونية في إطار أداء وظائفها أو واجباتها بشكل سليم وقانوني، حيث يعد هذا التوازن من أفضل سمات الأنظمة الإجرائية المتبعة، وهذا ما سار عليه النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

ثانياً التوصيات

١. يوصي الباحث المشرع الدولي القيام بإلغاء الحكم الوارد في المادة (٢٤) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، الذي يجيز للدولة عندما تصبح طرفاً في هذا النظام، أن تعلن عدم قبولها اختصاص المحكمة لمدة سبع سنوات من بدء سريان هذا النظام عليها فيما يتعلق بجرائم الحرب المرتكبة من مواطنيها أو على إقليمها، حيث إن هذا الحكم يمثل انتقاصاً للعدالة المنشودة من إنشاء المحكمة الجنائية الدولية.

٢. يوصي الباحث المشرع الدولي عند قيامه بتعديل النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية أن يعدل في نص المادة (١٦)، بحيث يُخضع حالة التجديد في الإجراء للعرض على الجمعية العامة للأمم المتحدة للتصويت، على تجديد الإجراء من عدمه، كنوع من الرقابة على مسألة تجديد الإجراء حتى تنضبط المسألة، ولا يستمر الإجراء إلى ما لا نهاية، وذلك بعد ١٢ شهراً من تاريخ قرار الإجراء لأول مرة من قبل مجلس الأمن.

هذا وأسأل الله عز وجل بمنه وكرمه أن يجعل ما كتبته خالصاً لوجهه، وأن ينفع به، وأن يجعله حجة لي، لا حجة علي، إنه على كل شيء قدير، وبالإجابة جدير، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وسلم تسليماً كثيراً.

قائمة المراجع

أولاً المراجع العربية

أالكتب

- د. أحمد عبد الظاهر، دور مجلس الأمن في النظام الجنائي الدولي، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١٣م.
- د. أحمد محمد عبد اللطيف صالح، المحكمة الجنائية الدولية نشأتها ونظامها الأساسي، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ٢٠١٣م.
- د. خالد حسين محمد، محكمة الجنايات الدولية وتجربة العدالة الجنائية الدولية، دارالكتب القانونية، ٢٠١٥م.
- د. أبو الخير أحمد عطية، المحكمة الجنائية الدولية الدائمة - دراسة للنظام الأساسي للمحكمة وللجرائم التي تختص المحكمة بالنظر فيها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م.
- د. سعيد عبد اللطيف حسن، المحكمة الجنائية الدولية (إنشاء المحكمة نظامها الأساسي اختصاصها التشريعي والقضائي)، وتطبيقات القضاء الجنائي الدولي الحديث والمعاصر، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤م.
- د. سوسن تمرخان بكة، الجرائم ضد الإنسانية في ضوء أحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦م.
- د. السيد مصطفى أبو الخير، النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات وأركان الجرائم الدولية، الطبعة الأولى، إيتراك للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٥م.
- د. عادل عبد الله المسدي، المحكمة الجنائية الدولية (الاختصاص وقواعد الإحالة)، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤م.
- د. علي يوسف الشكري، القضاء الجنائي الدولي في عالم متغير، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١م.

- د. فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦م.
- د. محمد الشبلي العتوم، تعاون الدول مع المحكمة الجنائية الدولية وأثره في فعاليتها، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، ٢٠١٥م.
- د. محمود شريف بسيوني، المحكمة الجنائية الدولية نشأتها ونظامها الأساسي، مع دراسة لتاريخ لجان التحقيق الدولية والمحاكم الجنائية الدولية السابقة، الطبعة الثالثة، مطابع روز اليوسف الجديدة، القاهرة، ٢٠٠٢م.
- د. هشام مصطفى محمد إبراهيم، التحقيق والمحاكمة أمام المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، دارالمطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٥م.
- د. هلاي عبد الله أحمد، الحقيقة بين الفلسفة العامة والإسلامية وفلسفة الإثبات الجنائي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٨٧م.

ب الرسائل العلمية

- د. أحمد ثابت عبد الرحيم، المحكمة الجنائية الدولية دراسة موضوعية إجرائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٢م.
- د. خالد محمد إبراهيم صالح، إجراءات التقاضي أمام المحكمة الجنائية الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠٩م.
- د. علا عزت عبدالمحسن، اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٧م.
- د. علي ناجي صالح الأعوج، الجزاءات الدولية في الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٤م.

ج البحوث والمقالات

- لؤي محمد حسين الناييف، العلاقة التكاملية بين المحكمة الجنائية الدولية والقضاء الوطني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٧، العدد الثالث، ٢٠١١م.
- منظمة العفو الدولية، المحكمة الجنائية الدولية، اتخاذ الخيارات الصحيحة في مؤتمر المراجعة، رقم الوثيقة: (٤٠ IOR / ٠٠٨ / ٢٠١٠)، الطبعة الأولى، مطبوعات

منظمة العفو الدولية، الأمانة الدولية، المملكة المتحدة، أبريل ٢٠١٠م.

د الندوات والمؤتمرات

- د. حازم محمد عتلم، نظم الادعاء أمام المحكمة الجنائية الدولية، بحث مقدم إلى الندوة العلمية بعنوان: المحكمة الجنائية الدولية تحدى للحصانة، المنظمة من كلية الحقوق، جامعة دمشق واللجنة الدولية للصليب الأحمر، سوريا، ٣-٤، ٢٠١١م.

ثانياً المراجع باللغة الأجنبية

أالمراجع الإنجليزية

Books

- Novak, A., the International criminal court, An Introduction, Springer 2015.
- Schabas, William A., Genocide In International Law, Cambridge University Press, 2000.

Articles

- Gentile, L., Understanding the International Criminal Court, in African Centre issues, 2010.
- Neha Jain, A separate law for peace keepers: the clash between the Security Council and the ICC, European Journal of International Law, Vol, 16, April 2005.
- Stein, M., the security council, the international criminal court and the crime of aggression: How the exclusive is the security council`s power to determine aggression?, Ind. Int. law compar. L. Rev., vol. 16(1), 2005.

Reports

- Barnett, L., the International criminal court: History and Role, library

of parliament publication, no. 200211--E, 2013.

- Elsea, J., International Criminal Court: overview and selected legal issues, Report for congress, June 5, 2002.

ب المراجع الفرنسية

Articles

- Ndiaye, S., Cour pénale internationale, chambre préliminaire 1, décès des 12, 13 déc. 2011 sur l' inexecution par Malawi et le Tchad des mandats d' arrêt contre Omar Al- Bashir, Rev. Gén. Dr. Int. Pub., Vol. 116 (1), 2012.
- Sur, S., La cour pénale internationale, Rev. Gén. Dr. Int. Pub., Vol. 103 (1), 1999.

ثالثاً: الأحكام القضائية والقرارات والوثائق الصادرة من المحاكم الجنائية الدولية والمحاكم الوطنية

- Katanga et al. (ICC07/01–04/01–), Reasons for the Oral Decision on the Motion Challenging the Admissibility of the Case (Article 19 of the Statute), 16 June 2009; Katanga et al. (ICC07/01–04/01–OA 8), Judgment on the Appeal of Mr Germain Katanga Against the Oral Decision of Trial by Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, 25 September 2009.
- Prosecutor v. Dusko Tadic A/K/A Dule – Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, Trial chamber of ICTY, 1995.
- Prosecutor v. Tadic, AC, note 12, para 251; Prosecutor v. Mladen Naletilic, TC case IT 9834-, March 31, 2003.
- The prosecutor v. Dusko Tadic, IT-941--A, Para.80.
- Prosecutor v. Kunaracetal. IT-9623-T, Feb. 22, 2001.
- Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, TC Judgment May 21,

- 1999, case ICTR-951--T, Para 270.
- The prosecutor v. ZejnilDelalic and others, IT-9621- T, Para. 201,76.
 - Nicar. v. U.S.A, Merits 1986, I.C.J, 14 Juin, 1986.
 - The prosecutor v. DragoljubKunarac and others, IT-9623- IT-96-1-/23A, Para 58.
 - وثيقة صادرة عن المحكمة الجنائية الدولية برقم (ICC-01/02-09/11-983) بتاريخ ٥/١٢/٢٠١٤م.
 - وثيقة صادرة عن المحكمة الجنائية الدولية برقم (ICC-01/02-09/11-985) بتاريخ ٩/١٢/٢٠١٤م.
 - وثيقة صادرة عن المحكمة الجنائية الدولية برقم (ICC-01/02-09/11-945) بتاريخ ١٠/٩/٢٠١٤م.
 - وثيقة قرار الدائرة التمهيدية الأولى للمحكمة الجنائية الدولية في القضية برقم ICC-02/05-01-09.
 - الأمم المتحدة, مجلس الأمن, قرار رقم ١٩٩٤/٩٥٥.
 - قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (٣٣١٤).
 - الموسوعة الماسية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية (منذ إنشائها عام ١٩٣١م وحتى ٢٠٠٥م)، عبد المنعم حسني، الإصدار الجنائي، الجزء الثاني، مركز حسني للدراسات والاستشارات القانونية والمحاماة.

رابعاً الاتفاقيات والإعلانات والمواثيق الدولية

- اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩م.
- اتفاقيات جنيف الأربع ١٢ من أغسطس ١٩٤٩م.
- قانون الإجراءات الجزائية اليمني رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م.
- قانون الجرائم والعقوبات اليمني رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م.
- ميثاق الأمم المتحدة صدر بمدينة سان فرانسيسكو ٢٦ من يونيو ١٩٤٥م.
- النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.

خامساً المواقع الإلكترونية

www.un.org

www.lcc-cpi.int

www.hrw.org/ar

www1.umn.edu/humanrts/arab/

b001.html

<https://www.hrw.org/ar/world-re->

report/2017/country-chapters/298316

الأمم المتحدة

المحكمة الجنائية الدولية

هيومن رايتس ووتش

مكتبة حقوق الإنسان، جامعة مينيسوتا

موقع تقرير هيومن رايتس ووتش عن اليمن

٢٠١٧



البحوث والأبحاث القضائية
مجلة

جريمة الرشوة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية (دراسة مقارنة)

القاضي. الدكتور/
محمد شرف أحمد الوريث

مجلة
البحوث والأبحاث
القضائية
مجلة

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد بن عبدالله وعلى آله الطيبين الطاهرين، وأصحابه الغر الميامين، والحمد لله على نعمة الإسلام وشريعته الغراء التي جاءت منظمة لحياة الناس وبينت أحكام الحلال والحرام والحق والباطل لإقامة العدل بين الناس والحفاظ على أنفسهم وأموالهم وأعراضهم ودينهم وصيانتها من أي اعتداء يقع عليها.

إن الرشوة تعد آفة تفتك بكيان الأفراد ونظام المجتمعات، وتؤدي إلى ضياع القيم والمبادئ والأخلاق والحقوق وسلب الأموال، وقلة الإنتاج، وإضعاف الكفاءات، وتعطيل القوانين، ولا شك أن الرشوة هي المدخل للفساد والإفساد الذي يؤدي إلى الإخلال بسير الأعمال والخدمات في المرافق والمؤسسات الحكومية والخاصة بشكل يؤثر على نزاهة الوظيفة العامة، ويضعف مصداقيتها والثقة بها.

وتعتبر جريمة الرشوة من أخطر المفاصد التي أصيبت بها المجتمعات القديمة والحديثة نتيجة تفاعل عدد من الأسباب والعوامل الاجتماعية والاقتصادية والثقافية المحيطة بالمجتمعات، فهي جريمة عرفت البشرية منذ القدم ووضعت لها عقوبات بالغة الشدة في مختلف التشريعات عبر العصور^(١)، بهدف دفع الضرر الذي قد يصيب الفرد والمجتمع من هذه الجريمة.

وقد حرمت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية الرشوة، واتفقت جميعاً على محاربتها بكافة صورها، وقررت العقوبات الرادعة والزاجرة على مرتكبيها، وتميزت الشريعة الإسلامية بفرض عقوبة أخروية على ارتكاب جريمة الرشوة وهي اللعن الذي هو الطرد من رحمة الله تعالى.

أهداف البحث:

يسعى هذا البحث إلى تحقيق الأهداف التالية:

١. بيان ماهية الرشوة.
٢. توضيح أحكام جريمة الرشوة في الشريعة الإسلامية.
٣. بيان أحكام جريمة الرشوة في القوانين الوضعية.

(١) د/ أحمد فتحي سرور- الوسيط في قانون العقوبات - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٧٢م - ص ١١٤.

تقسيم البحث:

- المبحث الأول: ماهية الرشوة.
- المبحث الثاني: الأحكام الموضوعية لجريمة الرشوة.

المبحث الأول ماهية الرشوة

سنتحدث في هذا المبحث عن ماهية الرشوة، من خلال توضيح معنى الرشوة في اللغة والاصطلاح وبيان مفهوم الرشوة في القانون، وسوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب على النحو الآتي:

المطلب الأول

معنى الرشوة في اللغة

- الرشوة مثلثة الرءاء - بالضم والفتح والكسر - وَالْجَمْعُ رُشَىٌّ وَرِشَىٌّ، وأكثر العرب يَقُولُ: رِشَىٌّ، وَرِشَاهُ، يَرِشُوهُ رِشْوًا، والمراشاة: المحاباة^(١).
- والرشوة: هي الوصلة إلى الحاجة بالمصانعة، بأن تصنع له شيئاً ليصنع لك شيئاً آخر، وأصلها في اللغة من الرشا، وهو الحبل الذي يربط في الدلو لكي يتوصل به إلى الماء، والجمع أرشية، وأرشي الدلو: جعل لها رشاءً أي حبلًا، والرشوة مأخوذة من رشا الفرخ إذا مد رأسه إلى أمه لتزقّه: أي تطعمه وهذا التشبيه يوضح مدى ضعف شخصية المرتشي وعدم اعتماده على نفسه^(٢).
- والراشي: من يعطي الذي يعينه على الباطل، والمرتشي: الآخذ، والرائش: الذي يسعى بينهما ليستزيد لهذا ويستنقص لهذا^(٣).

(١) أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور- لسان العرب- المجلد الخامس فصل الرءاء- صفحة ٢٢٣- دار إحياء التراث العربي- بيروت- (ط. ٣) ١٩٩٩م.

(٢) الإمام مجد الدين أبو السعادات بن محمد الجزري بن الأثير- النهاية في غريب الحديث والأثر- الجزء الثاني- حرف الرءاء باب الرءاء مع الرئين- دار إحياء التراث العربي- بيروت- ٢٠٠١م- ص ٥٢٢.

(٣) الإمام مجد الدين أبو السعادات بن محمد الجزري بن الأثير.

- والرشوة: شيء ما يعطى لقضاء مصلحة أو ما يعطى لإحقاق باطل أو إبطال حق، وراشاه: حاباه، صانعه، وظاهره، واسترشى: طلب الرشوة ويقال: استرشى في حكمه أي طلب الرشوة عليه^(١).
- والرشوة تأتي بمعنى: الجعل، وهو ما يعطيه الشخص لحاكم أو غيره ليحكم له أو يحمله على ما يريد^(٢)، وعرف الجرجاني^(٣) الرشوة بأنها: «ما يعطى لإبطال حق أو لإحقاق باطل»^(٤).

مما سبق نجد أن الرشوة في اللغة تأتي لعدة معان أهمها:

١. المحاباة: ومعناها: حابي الرجل: أي مال إليه، وحابي القاضي في الحكم، ما إليه منحرفاً عن العدل^(٥).

٢. الجعل: والرشوة بمعنى الجعل، هي ما يعطيه الشخص لحاكم وغيره ليحكم له أو يحمله على ما يريده، وجاعله: رشاه وأعطاه^(٦)، والجعل في كتب اللغة يعني الأجر، والذي قد يكون حراماً إذا ما كان على فعل معصية، أو أجراً للقاضي نفسه ليحكم له، وجعل بمعنى صنع، نحو: جعل الله الظلمات، وبمعنى أخذ وشرع نحو: جعل يكتب، وبمعنى أعطى، كقوله تعالى: (واجعل لي لسان صدق في الآخرين)^(٧) والجعل بالضم ما جعل للإنسان من شيء على فعل كذا وكذا وبالتالي يشمل ما كان بحق^(٨).

٣. المصانعة: وهي التوصل إلى الحاجة بالمصانعة والمدارة، وأصله من الرشاء الذي يتوصل به إلى الماء، وهو حبل الدلو الذي يستخرج به الماء من البئر بمعونة الحبل.

وبهذا فإن معاني الرشوة في اللغة، ترجع كلها بشكل عام إلى معنى التوصل والامتداد، فهي اسم للمال الذي يقصد به التوصل إلى المهدي إليه، لأن باذل المال كما يقول الإمام

(١) المنجد - باب الرءاء - الطبعة السابعة والعشرون - دار المشرق - بيروت (بدون تاريخ) - ص ٢٦٢
 (٢) ابن منظور - لسان العرب - ص ٢٢٤ - المرجع السابق.
 (٣) علي بن محمد الجرجاني، ولد في تكاوا عام ٧٤٠هـ ودرس في شيراز وتوفي عام ٨١٦هـ.
 (٤) الجرجاني علي بن محمد - التعريفات - الجزء الأول - دار الكتب العلمية - بيروت - سنة ١٤٠٣هـ - ص ١١.
 (٥) المنجد في اللغة - ص ١١٥، مرجع سابق.
 (٦) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي - القاموس المحيط - باب الواو والياء - فصل الرءاء - مؤسسة الرسالة - بيروت - ١٩٨٦م - ص ١٦٦٤.
 (٧) سورة الشعراء آية (٨٤).
 (٨) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي - المصدر السابق - ص ١٦٦٤.

الغزالي رحمه الله^(١) (لا يبذله إلا لغرض، والغرض إما أجل كالثواب، وإما عاجل، والعاجل إما مال وإما فعل وإعانة على مقصود معين)^(٢).

ونجد أن المعاني السابقة صحيحة وأن كلاً منها يشير إلى صفة من صفات الرشوة فهي تشملها جميعاً.

المطلب الثاني

معنى الرشوة في الاصطلاح

إن اختلاف التعريفات في اللغة انعكس أثره عند الفقهاء في تعريفاتهم للرشوة، لذلك فإن فقهاء الشريعة الإسلامية قد عرفوا الرشوة بألفاظ مختلفة لكنها متفقة في مضمونها، ونجد أن بعض التعريفات تتضمن الجانب العملي للرشوة كأخذ والإعطاء والطلب، ومنها ما تتركز على صفة المرتشي، وبعضها تبين الغرض من الرشوة، وعلى ذلك يمكن تقسيم الاتجاهات الفقهية في تعريف الرشوة إلى خمسة اتجاهات على النحو التالي:

- الاتجاه الأول:

يعرف الرشوة بأنها (ما يعطيه الشخص للحاكم وغيره ليحكم له، أو يحمله على ما يريد)^(٣) وأصحاب هذا الاتجاه لم يقصروا الرشوة على ما يعطى للحاكم فقط، وإنما قالوا: وغيره ليحكم له، فدخل بذلك كل من يرجى عنده قضاء مصلحة الراشي سواء كان قاضياً أو غيره من ولاة الدولة، وموظفيها.

- الاتجاه الثاني:

يعرف الرشوة بأنها (ما أعطيت لتحقيق باطل أو لإبطال حق)^(٤) وأصحاب هذا الاتجاه لم يقصروا الرشوة على الحكم، ويرون أن بذل المال للوصول إلى الحق ليس من قبيل

(١) الإمام محمد بن محمد الغزالي، فيلسوف متصوف، له نحو مائتي مصنف، ولد عام ٤٥٠هـ في الطابران بخرسان، وتوفي فيها عام ٥٠٥م.

(٢) محمد بن محمد الحسيني الزبيدي - إتحاف السادة المتقين بشرح أحياء علوم الدين - دار إحياء التراث العربي - ١٤١٤هـ - الجزء السادس - ص ٥٩.

(٣) ابن عابدين - محمد أمين بن عمر الشهير بابن عابدين - رد المحتار على الدر المختار - الجزء السادس - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤١٥هـ - ص ٢٨٥.

(٤) الدكتور/ حسين مذكور - الرشوة في الفقه الإسلامي - الطبعة الأولى - دار النهضة - القاهرة - ١٩٨٤م - ص ٨٨.

الرشوة، وإنما هو من باب ما لا يتوصل للواجب إلا به، وإن إعطاء المال للحكم بالحق جائز للمعطي ويأثم الآخذ، ومسألة دفع الرشوة للوصول إلى الحق مسألة خلافية بين الفقهاء كما سنذكرها لاحقاً.

- الاتجاه الثالث؛

يعرف الرشوة بأنها (ما يعطى بعد طلبه ويحرم بذلها من الراشي ليحكم بباطل أو يدفع عنه الحق)^(١)، وأصحاب هذا الاتجاه قيدوا الرشوة بطلب، ويرون أن الراشي إذا رشاه ليحكم له بباطل أو يدفع عنه حقاً فهو ملعون، وإن رشاه ليدفع ظلمه ويجزيه على واجبه فلا بأس أن يصانع عن نفسه^(٢).

- الاتجاه الرابع؛

يعرف الرشوة بأنها (ما أعطى المرء ليحكم له بباطل، أو ليولى ولاية، أو ليظلم إنسان)^(٣)، وأصحاب هذا الاتجاه وسعوا معنى الرشوة، ليشمل ما أعطي عما وجب على الشخص، سواءً كان واجباً على العين، كما في القاضي وأمثاله، أو على الكفاية كما في شخص يقدر على رفع الظلم، أو استخلاص حق أحد من يد ظالم^(٤)، وأيضاً كل ما يتوصل به إلى نيل ما لا يستحق، أو تولى القضاء، أو أذية مسلم، أو ظلم إنسان أو نحو ذلك، وسواءً كان الآخذ حاكماً أو غيره^(٥).

- الاتجاه الخامس؛

يعرف الرشوة بأنها (ما يبذل للقاضي ليحكم بغير الحق أو ليمتنع عن الحكم بالحق)^(٦)، وأصحاب هذا الاتجاه قصرُوا الرشوة على القاضي وعلى الحكم، وأن الغرض منها إبطال الحق أو إحقاق الباطل.

(١) منصور يونس بن إدريس البهوتي- كشاف القناع على متن الإقناع- الجزء السادس- ص ٢٥٤- بيروت- عالم الكتب ١٤٠٣هـ.

(٢) عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي- المغني- كتاب القضاء- عالم الكتب- بيروت- الجزء التاسع- بدون تاريخ- ص ٧٧.

(٣) علي بن أحمد سعيد بن حزم الظاهري- المحلى- الجزء التاسع- دار الكتب العلمية- بيروت- ١٩٨٨م- ص ١٥٧.

(٤) محمد علي التهانوي- كشاف اصطلاحات الفنون- الجزء الثالث- دار الفكر- بيروت- ١٤٠٤هـ- ص ٨٦- ٨٧.

(٥) علي بن ممد العجري- مفتاح السعادة- الطبعة الأولى- المجلد الخامس- مؤسسة الإمام زيد بن علي الثقافية- ٢٠٠٣م- ص ٥٢٥٨.

(٦) إبراهيم بن محمد البيجوري الشافعي- حاشية البيجوري- الجزء الثاني- ص ٢٥٤- مؤسسة الحلبي مصر- ١٣٤٣هـ.

خلاصة التعاريف:

عند التأمل والمقارنة بين التعريفات السابقة، نلاحظ أن كل تعريف منها يقدم جانباً من جوانب الرشوة، سواءً بالنسبة لذاتية الرشوة، أو لأطرافها والغرض منها، ومن المعلوم على وجه العموم أن ضبط المعنى الاصطلاحي للرشوة كان ولا يزال محلاً لتزاحم الآراء واختلافها رغم وصولها إلى نتيجة واحدة وهي الحرمة، ولا تتنوع عادة آراء العلماء إلا حيث تدق المسائل.

ومن وجهة نظرنا فإن أدق تعريف يوضح معنى الرشوة من الناحية الموضوعية، هو تعريف الاتجاه الأول بأنها (ما يعطيه الشخص لحاكم أو غيره ليحكم له أو يحمله على ما يريد)^(١).

فهذا التعريف قد وسع معنى الرشوة، بحيث يشمل ما يعطيه الشخص للحاكم أو غيره، وهو أعم من أن يكون مالاً أو منفعة يقدمها الراشي للمرتشي أو يقضيها له، والمراد بالحاكم القاضي، والمراد بغيره كل من يرجى عنده قضاء مصلحة الراشي، سواءً كان من ولاة الدولة وموظفيها أو القائمين بأعمال خاصة كوكلاء التجار ونحوهم، والمراد بالحكم له أو أن يحمله على ما يريد، أي تحقيق رغبة الراشي ومقصده سواءً كان ذلك حقاً أو باطلاً، فهذا التعريف يمثل جوهر عملية الرشوة، ومن ثم يعد تعريفاً شاملاً لجميع أوجه الرشوة المحرمة شرعاً، فنرجح هذا التعريف.

(١) محمد أمين بن عمر الشهير بابن عابدين - رد المختار على الدر المختار - الجزء السادس ص ٢٨٥ - مرجع سابق.

المطلب الثالث

مفهوم الرشوة في القانون

سنتناول في هذا المطلب تعريف الرشوة لدى فقهاء القانون، ونوضح التكييف القانوني لجريمة الرشوة، ثم نبين تعريفها في القانون اليمني والقانون المصري، وذلك على النحو التالي:

أولاً: تعريف الرشوة في الفقه القانوني

لم تضع التشريعات الجنائية المختلفة تعريفاً محدداً لمعنى الرشوة، ولكنها تعرف الرشوة باعتبارها الفعل الصادر من المرتشي، فالرشوة وفقاً للقانون هي اتجار الموظف العام بوظيفته واستغلاله لها^(١)، لذلك قام فقهاء القانون بوضع عدد من التعريفات لجريمة الرشوة، تتناول بعضاً منها كالآتي:

١. عرف بعض فقهاء القانون الرشوة بأنها: (اتفاق بين شخص موظف عام أو من في حكمه، على جعل أو فائدة مقابل أداء عمل أو الامتناع عن عمل يدخل في نطاق وظيفته أو دائرة اختصاصه)^(٢).
٢. ومنهم من عرفها بأنها: (اتفاق بين موظف عام أو من في حكمه وبين صاحب حاجة، بمقتضاه يحصل الموظف على فائدة أو مجرد وعد بها نظير أدائه لعمل من أعمال وظيفته أو امتناعه عن أدائه، وهذا الاتفاق ينبغي أن يكون سابقاً على قيام الموظف بالعمل أو الامتناع المطلوب منه)^(٣).
٣. والبعض عرف الرشوة بمعناها العام بأنها: (اتفاق بين شخصين يعرض أحدهما على الآخر جعلاً أو فائدة ما فيقبلها لأداء عمل أو الامتناع عن عمل يدخل في وظيفة المرتشي أو مأموريته)^(٤).

(١) الدكتور/ حسن عبد الباقي مغيب- جرائم الرشوة والاعتداء على المال العام- الطبعة الأولى- المكتبة القانونية- القاهرة- ١٩٨٧م- ص ١٢.

(٢) الدكتور/ أحمد فتحي بهنسي- الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي- الجزء الثالث- دار النهضة العربية بيروت- ١٩٩١م- ص ١٣٥.

(٣) الدكتور/ إبراهيم حامد طنطاوي- جرائم الاعتداء على (الوظيفة، والمال العام، الرشوة والتربح) الطبعة الأولى- ٢٠٠٠م- المكتبة القانونية- ص ١٣، ١٤.

(٤) جندي عبد الملك- الموسوعة الجنائية- الجزء الرابع- دار إحياء التراث العربي- بيروت- لبنان- بدون تاريخ- ص ٣.

٤. وقد عرفها آخرون بأنها: (اتجار الموظف في أعمال وظيفته وذلك بتقاضيه أو قبوله أو طلبته مقابلاً نظير قيامه بعمل من أعمال وظيفته أو امتناعه عنه)^(١).

ويتضح من التعريفات السابقة أن الرشوة هي: اتجار الموظف العام بأعمال الوظيفة أو الخدمة التي يعهد إليه بالقيام بها للمصالح العام، وذلك لتحقيق مصلحة خاصة له، ويقصد بها انحراف الموظف في أدائه لأعمال وظيفته عن الغرض المستهدف وهو المصلحة العامة، من أجل تحقيق مصلحة شخصية له، وهي الكسب غير المشروع من الوظيفة^(٢)، ويقتضي تعريف الرشوة لدى فقهاء القانون وجود شخص رئيسي في هذه الجريمة هو المرثي الذي يأخذ أو يقبل عطية أو مقابل أو وعد بها أو يطلب شيئاً من ذلك نظير أداء عمل من أعمال وظيفته أو الامتناع عنه أو الإخلال بواجباته^(٣).

ثانياً: التكييف القانوني لجريمة الرشوة

اختلف الرأي في الفكر القانوني بشأن تكييف الرشوة وطبيعتها، وانقسمت التشريعات القانونية في تكييف طبيعة الرشوة إلى اتجاهين، على النحو التالي:

الاتجاه الأول: نظام وحدة الجريمة

يذهب هذا النظام إلى اعتبار الرشوة جريمة واحدة تنسب للمرثي باعتباره سيد المشروع الإجرامي، وهو وحده المسؤول عن جريمة الرشوة، ويعتبر أن المرثي (الموظف العام) هو الأصل فيها، أما الراشي فهو مساهم معه فيها بوصفه شريكاً له بالاتفاق أو التحريض، ويستمد صفته الإجرامية من إجرام الفاعل الأصلي عن جريمة الرشوة، وعلّة اعتبار الرشوة جريمة واحدة لدى هذا الاتجاه هو طبيعة الرشوة وعلّة تجريمها والتي تتمثل في حماية الوظيفة والمصلحة العامة، باعتبار أن أساس الجريمة ينحصر في الاتجار بأعمال الوظيفة، وهذا العمل يقع من جانب الموظف مما يقتضي اعتباره فاعلاً أصلياً، أما الغير فلا يعتبرون إلا مساهمين بالتبعية في جريمة واحدة يرتبط

(١) الدكتور/ محمود نجيب حسني- شرح قانون العقوبات- القسم الخاص- دار النهضة العربية- القاهرة- ١٩٩٤م- ص١٤.

(٢) الدكتور/ رمسيس بهنام- الجرائم المضرة بالمصلحة العمومية- دار المعارف- الإسكندرية- بدون تاريخ- ص٧.

(٣) الدكتور/ فتوح عبدالله الشاذلي- الجرائم المضرة بالمصلحة العامة- دار المطبوعات الجامعية- الإسكندرية- ١٩٩٣م- ص٢٥.

جميع أطرافها برابطة معنوية مشتركة هي القصد الجنائي المشترك^(١)، ولكن يؤخذ على هذا النظام (وحدة الرشوة) أمران:

الأول: أنه ربط إدانة الراشي بالمرتشي، مما يؤدي إلى إفلات الراشي (صاحب المصلحة) من العقاب والمسئولية إذا اقتصر نشاطه على عرض الرشوة على موظف عام كمقابل لأداء عمل من أعمال وظيفته أو الامتناع عنه متى صادق هذا العرض رفضاً من الموظف العام^(٢).

الثاني: جعل جريمة الرشوة تقف عند مرحلة الشروع، إذا رفض الراشي (صاحب الحاجة) طلب الموظف العام إعطائه مقابلاً لأداء عمل من أعمال وظيفته أو الامتناع، وبالتالي لا يمكن معاقبة الموظف المرتشي بمجرد طلب الرشوة^(٣).

لكن هذين العيبين في نظام وحدة الرشوة يسهل علاجهما عن طريق تمييز جريمة الرشوة بنصوص خاصة تخرج على القواعد العامة، حيث عمدت التشريعات التي تأخذ بنظام وحدة الرشوة إلى معاقبة صاحب المصلحة (الراشي) باعتباره فاعلاً أصلياً في جريمة خاصة به هي جريمة (عرض الرشوة)، حين يعرض الرشوة على الموظف العام فيرفض الأخير عرضه، وكذا معاقبة الموظف العام على مجرد طلب الرشوة واعتبار فعله جريمة رشوة تامة، وقد أخذ بهذا النظام القانونان اليمني والمصري^(٤).

الاتجاه الثاني: ثنائية جريمة الرشوة

يعتبر هذا الاتجاه أن الرشوة مشتملة على جريمتين منفصلتين فينظر إلى الرشوة باعتبارها جريمة مزدوجة^(٥):

الأولى: الجريمة السلبية: وتسمى بالارتشاء، وتتحقق بطلب الموظف العام أو بأخذه الرشوة أو بقبول الوعد بها، فهي تمثل فعل المرتشي، وتسمى الرشوة السلبية.

(١) الأستاذ/ جندي عبدالملك - الموسوعة الجنائية - الجزء الرابع - ص ٦، مرجع سابق، وكذلك د/ أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون العقوبات - القسم الخاص - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٧٢م - ص ١١.

(٢) الدكتور/ إبراهيم حامد طنطاوي - جرائم الاعتداء على (الوظيفة العامة - الرشوة والتهريب) ص ١٦ - مرجع سابق.

(٣) الدكتور/ محمود صالح العادلي - الموسوعة الشاملة في شرح قانون العقوبات - الطبعة الأولى - النجم للتوزيع والنشر ٢٠٠٠م - ص ٣٢.

(٤) الدكتور/ فتوح عبدالله الشاذلي - الجرائم المضرة بالمصلحة العمومية - ص ٣٠ - مرجع سابق.

(٥) الأستاذ/ جندي عبدالملك - الموسوعة الجنائية - الجزء الرابع - ص ٦، مرجع سابق.

الثانية: الجريمة الإيجابية: وتسمى الرشوة الإيجابية، وتكون بفعل الراشي الذي يعطي الموظف العام الرشوة أو يعده بها أو يعرضها عليه.

وطبقاً لهذا النظام فإن كل جريمة من الجريمتين مستقلة عن الأخرى في المسؤولية والعقاب، بحيث يمكن تصور وجود إحداها بدون الأخرى، وينتج عن هذا التكييف أثران: الأول: إن سلوك الراشي يعتبر سلوكاً أصلياً في جريمة تامة هي الرشوة الإيجابية، ومن ثم فعرض الرشوة من جانبه يكفي لمساءلته عن جريمة تامة حتى ولو رفض المرتشي (الموظف العام) هذا العرض، ومؤدى ذلك أنه من الممكن مقاضاة الراشي ومعاقبته دون أن يستلزم ذلك عقاب المرتشي.

الثاني: أن المرتشي يُسأل عن جريمة الرشوة إذا طلب المقابل ولو رفض صاحب الحاجة الاستجابة إلى طلبه، حيث تتحقق الرشوة السلبية كاملة في حق المرتشي رغم عدم استجابة الراشي لطلبه^(١).

وقد أخذ القانون الفرنسي بهذا النظام الذي يعتبر الرشوة جريمة مزدوجة، وخصص لكل من الرشوة السلبية والرشوة الإيجابية أحكاماً ومواد مستقلة بها، وقد انتقد شرح القانون الفرنسي هذا الاتجاه وقالوا أنه لا يتفق مع المنطق ولا المبادئ القانونية، وأنه نهج غير طبيعي يؤدي إلى تجزئة واقعة واحدة إلى جريمتين منفصلتين، حيث أن الأصل من يعرض الرشوة ومن يقبلها هما طرفان في جريمة واحدة ويكون عقابهما واحداً، وبذلك لا يمكن القول بوجود جريمتين مستقلتين، وإنما وجود جريمة واحدة لا تتم إلا بفعل شخصين هما الراشي والمرتشي^(٢).

ثالثاً: تعريف الرشوة في القانون اليمني والقانون المصري

١- تعريف الرشوة في القانون اليمني: نظم القانون اليمني أحكام جريمة الرشوة أخذاً بمبدأ وحدة جريمة الرشوة، حيث أن المشرع اليمني لم يقسم جريمة الرشوة إلى جريمتين منفصلتين سلبية وإيجابية، ويتضح ذلك من خلال ما ورد في قانون الجرائم والعقوبات اليمني^(٣)، حيث جاء تعريف المرتشي في نص المادة (١٥١) بأنه: (كل

(١) د/حسين مذكور- الرشوة في الفقه الإسلامي- ص ١٠٨- مرجع سابق. وكذلك د/ فتوح الشاذلي- الجرائم المضرة بالمصلحة العمومية- ص ٢٨، مرجع سابق.

(٢) د/إبراهيم طنطاوي- جرائم الاعتداء على الوظيفة- ص ١٧، مرجع سابق.

(٣) القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م بشأن الجرائم والعقوبات، مجموعة القوانين الجزائية والموضوعية والإجرائية - الطبعة الأولى - الكتاب الرابع - ص ٥٦، ٥٧، ٥٨.

موظف عام طلب أو قبل عطية، أو مزية من أي نوع أو وعداً بها لأداء عمل أو الامتناع عن عمل، إخلالاً بواجبات وظيفته)، وقد ساوى النص بين أخذ المقابل وطلبه من قبل الموظف العام واعتبر مجرد الطلب كافياً لقيام الجريمة^(١).

وعرفت المادة (١٥٥) الرائش بأنه: (كل من عمل وسيطاً بين الراشي والمرتشي وعاونهما بأية طريقة كانت على ارتكاب جريمة الرشوة وكان عالماً بها)، وقد سمى القانون الرائش وسيطاً، أي ممثلاً لمن كلفه بالوساطة وهو رسول أحد الطرفين إلى الآخر وقد يكون رسولاً مشتركاً بينهما، ويُعد شريكاً في جريمة الرشوة^(٢).

٢- تعريف الرشوة في القانون المصري: استفاد المشرع المصري من انتقادات الفقهاء الفرنسيين لقانونهم، فلم يفصل بين الموظف وصاحب الحاجة، ولم يضع لكل من الراشي والمرتشي أحكاماً خاصة^(٣)، وإنما تصور الرشوة ووضعها في القانون على أنها عمل واحد يصدر من الموظف العام، ويتبين ذلك من خلال نصوص المواد (١٠٣) إلى (١١١) من قانون العقوبات المصري^(٤)، حيث تضمنت ما يفيد أن الرشوة نوع من الاتجار غير المشروع بأعمال الوظيفة العامة أو الخدمة أو انتهاز معين يتصل بها من سلطة أو عمل للاستفادة بغير حق^(٥).

ويمكن استنتاج معنى الرشوة في القانون المصري من نص المادة (١٠٣) من قانون العقوبات المصري، عندما عرفت الموظف المرتشي بأنه: (كل موظف عمومي طلب لنفسه أو لغيره أو قبل أو أخذ وعداً وعطية لأداء عمل من أعمال وظيفته يعد مرتشياً)^(٦)، وقد أخذ القانون المصري بمذهب توفيقى، يجمع بين النظامين وحدة الرشوة وثنائيتها، فقد اعتبر المشرع المصري الرشوة جريمة واحدة هي جريمة الموظف العام، نظراً لأنه يقع على عاتقه التزام بالإخلاص تجاه الوظيفة العامة، وأن الراشي والوسيط شريكان في الجريمة، ويؤكد ذلك نص المادة (١٠٧) التي أفصحت أن عقوبة الراشي والوسيط تكون نفس العقوبة المقررة للمرتشي^(٧).

(١) د/ حسن علي مجلي- جرائم الموظفين في القانون والقضاء اليمني- مركز عبادي للدراسات والنشر- صنعاء ٢٠٠٧م- ص ٣٤.

(٢) حسين محمد المهدي (القاضي)- الجرائم الماسة بالوظيفة العامة- ص ٥٤، مرجع سابق.

(٣) الأستاذ/ جندي عبد الملك- الموسوعة الجنائية- الجزء الرابع- ص ٧، مرجع سابق.

(٤) قانون العقوبات المصري رقم (٦٩) لسنة ١٩٥٣م.

(٥) د/ حسين مدكور- الرشوة في الفقه الإسلامي- ص ٩٧، مرجع سابق.

(٦) قانون العقوبات المصري رقم (٦٩) لسنة ١٩٥٣م.

(٧) د/ محمود العادلي- الموسوعة الشاملة في شرح قانون العقوبات- ص ٣٣، مرجع سابق.

المبحث الثاني الأحكام الموضوعية لجريمة الرشوة

سأتناول في هذا المبحث الأحكام الموضوعية لجريمة الرشوة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، من حيث أركان جريمة الرشوة وعقوبتها في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، وسوف أقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول

أحكام جريمة الرشوة في الشريعة الإسلامية

سأتناول في هذا المطلب حكم الرشوة، وأدلة تحريمها، وأركان جريمة الرشوة وعقوبتها في الشريعة الإسلامية، وقد قسمت هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، وسوف أبين في الفرع الأول حكم الرشوة وأدلة تحريمها، وأوضح في الفرع الثاني أركان جريمة الرشوة، والفرع الأخير أتناول فيه عقوبة جريمة الرشوة، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول

حكم الرشوة وأدلة تحريمها في الشريعة الإسلامية

أولاً: حكم الرشوة في الشريعة الإسلامية:

حرم الإسلام الكثير من العادات الباطلة التي كانت موجودة قبل الإسلام، سواءً بنصوص القرآن الكريم أو عن طريق السنة النبوية، وبين الإسلام حكم الكثير من هذه العادات والظواهر فما كان موافقاً للشريعة أقره، وما كان منافياً للشريعة والفطرة حرمه، وقد وضحت الشريعة الإسلامية الحلال والحرام، وبينت للناس ما يصون أموالهم وأعراضهم، وأوجبت إقامة العدل بين الناس وتوفير الأمن لهم، فكل ما يعرض دماء الناس وأموالهم وأعراضهم للتلف والضرر فهو حرام^(١).

وبذلك فإن الشريعة الإسلامية جاءت أمرة بالمحافظة على الضرورات الخمس، (الدين، والنفس، والعقل، والعرض، والمال)، لأنها مدار بقاء واستمرار حياة الفرد

(١) د/ حسين مذكور- الرشوة في الفقه الإسلامي- الطبعة الأولى، دار النهضة العربية- القاهرة- ١٩٨٤م- ص ٣٧٠.

والمجتمع، حيث دارت أحكامها معتمدة على تحقيق المصالح ودرء المفسد، بهدف قيام المجتمع الإسلامي الفاضل، والرشوة في الجملة تُعد صورة من صور أكل أموال الناس بالباطل واستحلال كل ما هو باطل بغير حق، فكانت منهيًا عنها والنهي يدل على التحريم، فحكم الرشوة شرعاً أنها محرمة لأنها أكل أموال الناس بالباطل^(١).

ثانياً : أدلة تحريم الرشوة في الشريعة الإسلامية:

سبق القول بأن حكم الرشوة في الشريعة الإسلامية هو التحريم، وسوف أتناول أدلة هذا الحكم من القرآن الكريم، والسنة النبوية، وإجماع الفقهاء، وذلك على النحو الآتي:

١. أدلة تحريم الرشوة في القرآن الكريم:

حرمت الشريعة الإسلامية الغراء الرشوة باعتبارها كسباً غير مشروع، وأكلاً لأموال الناس بالباطل وأداة للفساد في المجتمع، وقد ورد في القرآن الكريم الكثير من الآيات الكريمة التي تحرم الرشوة، فمن هذه الآيات ما هو صريح في التحريم ومنها ما هو ضمني يدل على التحريم، ومن تلك الآيات ما يلي:

- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾^(٢)، وجاء في تفسير هذه الآية: أن المعنى: لا تجمعوا بين أكل المال بالباطل وبين الإدلاء إلى الحكام بالحجج الباطلة، أي لا تصانعوا بأموالكم الحكام وترشوهم ليقضوا لكم على أكثر منها، وهذا القول يترجح لأن الحكام مظنة الرشا إلا من عصم وهو الأقل، وأيضاً فإن اللفظين متناسبان: تدلوا من إرسال الدلو والرشوة من الرشاء، كأن يمد بها ليقضي الحاجة.

وأيضاً جاء في تفسير هذه الآية: إذا ارتشى الحاكم فحكم له بغير الحق فإنه أكل أموال الناس بالباطل^(٣)، ووجه الدلالة في الآية أن الله تعالى نهى عن أكل أموال الناس بالباطل، والرشوة بالمعنى العام أكل للأموال بالباطل فكانت منهيًا عنها والنهي يدل على حرمتها، وكذلك قوله تعالى: ﴿وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ﴾ إشارة صريحة إلى تحريم رشوة الحكام لأكل أموال الناس بالباطل.

(١) الإمام محمد بن علي الشوكاني - نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار - الطبعة الأولى - الجزء الثامن - دار احياء التراث العربي - بيروت - ٢٠٠١م - ص ٢٩٦.

(٢) سورة البقرة آية (١٨٨).

(٣) محمد بن علي محمد الشوكاني - فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير - الجزء الأول - دار ابن كثير دمشق - بيروت - ١٩٩٤م - ص ٢١٧.

- قوله تعالى: ﴿سَمَاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَّالُونَ لِلسُّخْتِ﴾^(١)، نزلت هذه الآية في ذم اليهود، حيث ذمهم الله تعالى لسماعهم الكذب وأكلهم السحت، والذم لا يكون إلا لمن ارتكب شيئاً محرماً يستلزم التحريم.

والسحت: بضم السين وسكون الحاء، وهو المال الحرام، وأصله الهلاك والشدة قال تعالى: ﴿فَيُسْحِتْكُمْ بِعَذَابٍ﴾^(٢)، ويقال للحالق: أسحت أي استأصل، وسمي المال الحرام سحتاً لأنه يسحت الطاعات أي يذهبها ويستأصلها، وإنما قيل للرشوة: السحت، تشبيهاً بذلك، كأن المرتشي من الشراهة إلى أخذ ما يعطى من ذلك، وقال ابن مسعود^(٣): السحت الرشأ^(٤)، وعن علي بن أبي طالب عليه السلام وكرم الله وجهه أنه قال: السحت الرشوة وحلوان الكاهن^(٥) واستعجال^(٦) في القضية^(٧).

وعن قتادة^(٨) في قوله تعالى: ﴿سَمَاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَّالُونَ لِلسُّخْتِ﴾ قال: كان هذا في حكام اليهود، كانوا يسمعون الكذب ويقبلون الرشأ وعن مجاهد^(٩) في قوله تعالى: ﴿أَكَّالُونَ لِلسُّخْتِ﴾ قال: الرشوة في الحكم وهم اليهود، وعن الضحاك^(١٠) قال: السحت: الرشوة في الحكم، وعن مسروق وعلقمة^(١١)، أنهما سألا ابن مسعود عن الرشوة، فقال: هي السحت، فقالا: في الحكم؟ قال: ذاك الكفر ثم تلى هذه الآية^(١٢): ﴿وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾^(١٣)، وتدل الآية على تحريم الرشوة في الشريعة الإسلامية وفي الشرائع التي قبل الإسلام حيث نزلت في ذم اليهود الذين كانوا يأكلون السحت وهي الرشوة.

- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً

(١) سورة المائدة آية (٤٢).

(٢) سورة طه آية (٦٢).

(٣) عبدالله بن مسعود الهذلي، صحابي من أكابرهم فضلاً وعقلاً وقرباً من رسول الله ﷺ وهو من أهل مكة ومن السابقين إلى الإسلام، توفي عام ٣٢هـ - ٦٥٣م.

(٤) أبي جعفر محمد بن جرير الطبري - جامع البيان في تفسير القرآن - المجلد الرابع - دار الفكر - بيروت - ١٩٨٤م - ص ٢٣٩.

(٥) حلوان الكاهن: ما يعطى على الكهانة.

(٦) استعجال القضية: الاستعجال في المعصية.

(٧) محمد بن أحمد القرطبي - الجامع لأحكام القرآن - الجزء السادس - ص ١٨٣ - مرجع سابق.

(٨) قتادة بن دعامة البصري، مفسر وأحفظ أهل البصرة، ولد عام ٥٦١هـ وتوفي عام ١١٨هـ.

(٩) مجاهد بن جبير، مفسر أهل مكة، ولد عام ٢١هـ، وتوفي عام ١٠٤هـ.

(١٠) الضحاك بن مزاحم الخرساني، مفسر، توفي عام ١٠٥هـ.

(١١) مسروق بن الأجدع الهمداني، من أهل اليمن، توفي عام ٦٣هـ، وعلقمة بن قيس النخعي كان فقيه العراق، توفي بالكوفة عام ٦٤هـ.

(١٢) سورة المائدة آية (٤٤)

(١٣) أبو جعفر بن جرير الطبري - جامع البيان في تفسير القرآن - المجلد الرابع - ص ٢٣٩ - مرجع سابق.

عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ^(١)، وتفسير قوله تعالى بالباطل، أي بما لم تبحه الشريعة من أفعال كالسرقة، والغصب، وعقود الربا، والرشوة، وكل ما يؤدي إلى الكسب الحرام^(٢)، فقد نهى الله تعالى عباده المؤمنين أن يأكلوا أموال بعضهم بعضاً بالباطل أي بأنواع الكسب غير المشروع كأنواع الربا والقمار وما جرى مجرى ذلك من سائر صنوف الحيل كالرشوة.

- قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾^(٣)، تعد هذه الآية من الآيات الدالة على تحريم الرشوة ضمناً، لأنها نزلت في ولاة الأمور، تأمرهم أن يؤدوا الأمانات إلى أهلها، وإذا حكموا بين الناس أن يحكموا بالعدل، فينبغي على من ولي أمر المسلمين، أن يولي على كل عمل من أعمال المسلمين أصلح من يجده لذلك العمل، فإن عدل عن ذلك لأجل قرابة أو ولاء أو صداقة أو مذهب أو طريقة أو الرشوة يأخذها من مال أو منفعة، فقد خان الله ورسوله والمؤمنين.

٢. أدلة تحريم الرشوة في السنة النبوية:

إن الأحاديث النبوية الدالة على تحريم الرشوة كثيرة، وباستقراءها، نجد أنها على ثلاثة أنواع، النوع الأول جاء باللفظ الصريح في تحريم الرشوة، والنوع الثاني في الكسب الحرام، والنوع الثالث ما كان بصفة الهدية، وكلها تؤدي إلى تحريم الرشوة، وسوف نبينها على النحو الآتي:

أ- أدلة تحريم الرشوة صراحة في السنة:

عن عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما، قال: قال رسول الله ﷺ: (لعنة الله على الراشي والمرتشي)^(٤)، والراشي: هو المعطي للرشوة، والمرتشي هو الأخذ لها، والرشوة بالكسر والضم وهي الوصلة إلى الحاجة.

وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: (لعن رسول الله ﷺ الراشي والمرتشي)^(٥). وفي

(١) سورة النساء آية (٢٩).

(٢) أبو القاسم جار الله محمود بن عمر الزمخشري - الكشاف - الجزء الأول - دار الفكر للطباعة والنشر - ١٩٩٧م - ص ٥٢٣.

(٣) سورة النساء آية (٥٨).

(٤) أخرجه أبو عبدالله محمد بن يزيد القزويني - سنن ابن ماجه - دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان - بدون تاريخ - الجزء الثاني - ص ٧٧٥. (رقم الحديث [٢٣١٣]، وقال: حديث صحيح).

(٥) أخرجه أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي - الجماع الصحيح سنن الترمذي - دار إحياء التراث

رواية عن ثوبان رضي الله عنه، قال: (لعن رسول الله ﷺ الراشي والمرتشي والرائش)^(١)، والرائش: هو الذي يمشي بينهما، وفي رواية قال: (لعن رسول الله ﷺ الراشي والمرتشي في الحكم)^(٢)، وهذا الحديث دليل على تحريم الرشوة في الحكم أي رشوة القاضي ليحكم بغير الحق، ويتضح أن الأحاديث السابقة تدل على تحريم الرشوة صراحةً، وتتفق هذه الأحاديث أن الراشي والمرتشي والرائش هم محور الرشوة مشمولون بالعنة من الشارع الحكيم، واللعن هو الطرد من رحمة الله تعالى وعاقبة من لعنه الله النار، ولا يكون الطرد من رحمة الله إلا في معصية كبيرة فدل ذلك على تحريم الرشوة وأنها كبيرة من الكبائر.

ب- أدلة تحريم هدايا العمال في السنة:

العامل هو كل شخص استعملته الدولة في ولاية أو في أمر من أمور المسلمين، ومنهم أمراء الولايات والوالي على الإقليم، والعمال على الصدقات، والعمال على الخراج، وصاحب الشرطة والقضاة وأعاونهم، ومن في حكمهم.

الدليل الأول: يأتي في مقدمة الأحاديث الدالة على تحريم هدايا العمال حديث ابن اللتبية^(٣)، عن أبي حميد الساعدي رضي الله عنه قال: أن النبي ﷺ استعمل عبدالله بن اللتبية على الصدقات، فلما جاء إلى رسول الله ﷺ قال: هذا لكم وهذا أهدي إليّ، فقام النبي ﷺ فصعد المنبر فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: (ما بال العامل نبعته، فيأتي فيقول: هذا لكم وهذا أهدي لي، فهلا جلس في بيت أبيه وأمه فينظر أيهدى إليه أم لا؟ والذي نفسي بيده لا يأتي بشيء إلا جاء به يوم القيامة يحمله على رقبتة إن كان بغيراً له رغاء^(٤) أو بقرة لها خوار^(٥) أو شاة تبعر^(٦))، ثم رفع يديه حتى رأينا عفرتي إبطيه^(٧) ثم

العربي- بيروت- ص ٣٨٦. (رقم الحديث (١٣٣٧)، وقال: حديث حسن صحيح)- كما ذكر هذا الحديث سليمان بن الأشعث السجستاني- سنن أبي داود- مؤسسة الكتب الثقافية- ١٩٨٨م- الجزء الثاني برقم (٣٥٨٠)- ص ٣٢٤.

(١) أخرجه الإمام أحمد بن حنبل- المسند- برقم (٢٢٧٦٢)- الجزء السابع- عالم الكتب- بيروت- ط ١- ١٩٨٨م- ص ٤٥٨.

(٢) أخرجه محمد بن عيسى الترمذي- عارضة الأحوذى- دار إحياء التراث العربي- بيروت- لبنان- ١٩٩٥م- الجزء السادس- ص ٨١- (رقم الحديث (١٣٤٠)، وقال: حسن صحيح)

(٣) ابن اللتبية- هو عبدالله بن اللتبية الأزدي- استعمله النبي ﷺ على الصدقات.

(٤) رغاء: صوت البعير.

(٥) خوار: صوت البقر.

(٦) تعير: تصيح واليعار صوت الشاة.

(٧) عفرتا إبطيه: بضم العين هي البياض ليس بناصع بل فيه شيء كلون الأرض وهو مأخوذ من عفر الأرض وهو وجهها.

قال: اللهم بلغت ثلاثاً^(١)، وهذا الحديث يدل على تحريم مطلق للهدايا وما في حكمها كالرشوة للعمال أو الولاة، وأن الهدية تأتي بسبب الولاية، والمعنى أن من أخذ شيئاً يأتي يوم القيامة حاملاً له ليفتضح به على رؤوس الأشهاد.

الدليل الثاني: عن أبي أمامة قال: قال رسول الله ﷺ: (من شفع لأحد شفاعة فأهدي له هدية، فقبلها فقد أتى باباً عظيماً من أبواب الربا)^(٢)، وهذا الحديث يدل على تحريم قبول مطلق الهدية على الحاكم وغيره من الأمراء، والشفاعة، هي السؤال في التجاوز عن الذنوب والجرائم يقال: شفع يشفع شفاعة، وهي إظهار لمنزلة الشفيع عند المشفع وإيصال منفعة إلى المشفع له^(٣).

وتُعرف الشفاعة لدى العامة بالوساطة، فالوساطة قرينة الشفاعة، وفيه دليل على تحريم الهدية في مقابل الشفاعة وتسميتها ربا من باب الاستعارة، ولعل المراد إذا كانت الشفاعة في واجب كالشفاعة عند السلطان في إنقاذ مظلوم من يد الظالم فإن أخذ الهدية في مقابلها محرم، وإذا كانت الشفاعة في محذور كالشفاعة عند السلطان في تولية ظالم على الرعية، فقبضها محذور، وإذا كانت الشفاعة في أمر مباح فعلة جاز أخذ الهدية لأنها مكافأة على إحسان غير واجب، ويحتمل أنها تحرم لأن الشفاعة شيء لا تؤخذ عليه مكافأة^(٤).

الدليل الثالث: ما أخرجه أبو داود من حديث بريدة رضي الله عنه، عن النبي ﷺ أنه قال: (من استعملناه على عمل فرزقناه رزقاً، فما أخذه بعد ذلك فهو غلول)^(٥)، والغلول هو الخيانة في المغنم، والسرقعة من الغنيمة قبل قسمتها، يقال: يغل غلواً فهو غال، وكل من خان في شيء خفية فقد غل وسميت غلواً لأن الأيدي فيها مغلولة أي ممنوعة مجعول فيها غل وهو الحديدية التي تجمع يد الأسير إلى عنقه^(٦).

الدليل الرابع: عن أبي حميد الساعدي رضي الله عنه، أن رسول الله ﷺ قال: (هدايا العمال غلول) وفي لفظ: (هدايا الأمراء غلول)، وعن عبدالله بن مسعود عن النبي ﷺ

(١) أخرجه محمد بن إسماعيل البخاري - صحيح البخاري - كتاب الأحكام - باب هدايا العمال - رقم الحديث (٧١٧٤) دار صادر - بيروت - الطبعة الأولى - ٢٠٠٤م - ص ١٢٦٦.

(٢) أخرجه الإمام أحمد بن حنبل - المسند - برقم (٢٢٦٠٦) - الجزء السابع - ص ٤١٧.

(٣) الإمام محمد بن علي الشوكاني - نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار - الجزء الثامن - ص ٢٩٦ - مرجع سابق.

(٤) محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني - سبل السلام شرح بلوغ المرام - الجزء الثالث - ص ٦٦ - مرجع سابق.

(٥) أخرجه أبو داود - سليمان بن الأشعث السجستاني - سنن أبي داود - الجزء الثاني - حديث رقم (٣٥٨٠) - ص ٣٢٤.

(٦) مجد الدين محمد الجزري بن الأثير - النهاية في غريب الحديث والأثر - الجزء الثالث - ص ٣٨٠ - مرجع سابق.

أنه قال: (هدايا العمال سحت وغلول)^(١).

وهذا الأحاديث تحرم قبول الهدايا لأهل الولايات والعمال، وكل من تولى ولاية عامة أو خاصة كونها غلولاً وسحتاً، لأن الهدية غالباً ما يقصد بها استمالة المهدي إليه ومحاباته فيميل مع المهدي في حاجته، والعلة أنها تؤول إلى الرشوة إما في الحكم أو في شيء مما يجب قيام الأمراء به، ولذلك لم يجز قبولها كالرشوة^(٢)، ويحرم أخذها.

ج. تحريم الكسب الحرام في السنة:

نورد بعضاً من الأدلة التي تحرم أكل السحت باعتباره ضرباً من ضروب الرشوة، على النحو الآتي:

الدليل الأول: عن أبي بكر^(٣) رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: (كل جسد نبت من سحت فالنار أولى به)^(٤).

الدليل الثاني: عن الإمام علي بن أبي طالب^(٥) كرم الله وجهه قال: (السحت: الرشوة، وحلوان الكاهن، والاستعجال في القضية)^(٦).

الدليل الثالث: سئل عبدالله بن مسعود رضي الله عنه عن الرشوة قال: (الرشوة في الحكم الكفر وبين الناس السحت)^(٧)، ثم تلا قوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾^(٨)، وعنه أنه قال: (أن يقضي الرجل لأخيه حاجة فيهدي إليه هدية فيقبلها).

ثالثاً: تحريم الرشوة بالإجماع:

أجمع فقهاء المسلمين على تحريم الرشوة أخذاً وعطاءً وتوسطاً^(٩)، فقد روي عن الإمام

(١) أخرجه الإمام أحمد بن حنبل في مسنده - برقم (٢٣٩٩٩) - الجزء السابع - ص ٧٩٠.

(٢) الإمام عبدالله بن أحمد بن قدامه - المغني - الجزء التاسع - ص ٧٧ - مرجع سابق.

(٣) أبو بكر الصديق: هو عبدالله بن عثمان بن عامر بن عمر بن كعب بن سعد بن تيم - وهو الخليفة الأول لرسول الله ﷺ ولد عام (٥٧٣م) وتوفي عام (٦٣٤م).

(٤) رواه الإمام أحمد في مسنده برقم (١٤٤٢٤) وصححه الألباني في صحيح الجامع الصغير - الجزء الثاني - ص ٨٣١ برقم (٤٣١٩) وذكره في الجامع لأحكام القرآن - الجزء الرابع - ص ٧١١.

(٥) علي بن أبي طالب عليه السلام ابن عم رسول الله ﷺ وزوج ابنته الزهراء - رابع الخلفاء الراشدين - وأحد العشرة المبشرين بالجنة - كنيته (أبو طالب) توفي عام (٤٠هـ).

(٦) القرطبي - الجامع لأحكام القرآن - الجزء السادس - ص ١٨٣ - مرجع سابق.

(٧) رواه البيهقي - السنن الكبرى - الجزء العاشر - ص ١٣٩.

(٨) سورة المائدة - الآية رقم (٤٤).

(٩) الإمام محمد بن علي الشوكاني - نيل الأوطار - ص ٤١٤ - مرجع سابق.

علي عليه السلام، وعن عمرو بن عثمان، وابن عباس، ومجاهد، رضي الله عنهم جميعاً، في تفسير قوله تعالى: ﴿سَمَاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكْأَلُونَ لِمَسْحَتِ﴾^(١)، أن السحت: الرشوة في الحكم، وقال ابن قدامه: (فأما الرشوة في الحكم ورشوة العامل فحرام بلا خلاف)^(٢)، ولم ينقل عن أحد من الصحابة أو الفقهاء ما يدل على خلاف ذلك، فكان إجماعاً على تحريم الرشوة، وهو الإجماع الذي نقله ابن نجيم المصري بقوله: (والرشوة حرام بالكتاب والسنة والإجماع)^(٣).

الفرع الثاني

أركان جريمة الرشوة في الشريعة الإسلامية

سنتناول في هذا الفرع أركان جريمة الرشوة في الشريعة الإسلامية، وذلك على النحو التالي:

١- ركن الصفة في جريمة الرشوة: تعد جريمة الرشوة في الشريعة الإسلامية من الجرائم ذات الصفة العامة، وهذه الصفة هي أن يكون لدى مرتكب الرشوة قدرة من التسلط والنفوذ يستخدمه على غيره من الناس، وقد يكون أحد عمال الدولة أو من المنتسبين إليها، أو يكون ممن يتمتعون بسلطة ما أو جاه أو منزلة، ثم يسعى لإعمال هذه المكانة وتسخيرها لأخذ أموال الناس بالباطل ظلماً بغير وجه حق على سبيل الرشوة.

ومن خلال التعريفات الاصطلاحية لدى فقهاء الشريعة الإسلامية السابق ذكرها لمعنى الرشوة، تبين أن أهم شخص في هذه الجريمة هو المرتشي لأنه الشخص الذي يأخذ الرشوة، ليحكم بغير الحق أو ليووقف الحق عن صاحبه، مستغلاً في ذلك سلطته أو جباهته، ويعتبر المرتشي الركن الأساس في جريمة الرشوة، كون فعله في إبطال الحق، أو منع الحق عن صاحبه، أو إيقاع الظلم، يشكل أحد عناصر الضرر والعلّة في تحريم الرشوة^(٤).

(١) سورة المائدة - الآية رقم (٤١).

(٢) ابن قدامه - المغني - الجزء التاسع - كتاب القضاء - ص ٧٨ - مرجع سابق.

(٣) زين العابدين إبراهيم بن نجيم المصري - رسائل ابن نجيم - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٩٨٠م - الرسالة الحادية عشرة - ص ١١١.

(٤) عبدالرحمن محمد قاسم العاصمي النجدي - حاشية الروض شرح زاد المتقن - الطبعة الثانية - ١٤١٩هـ - الجزء السابع - ص ٥٢٩.

وقد جاء في كلام الفقهاء عنه في باب القضاء، لأن القضاء هو جهة الحكم التي يتحقق بها إحقاق الحق أو إبطال الباطل، ولذلك قال ابن عابدين في تعريف الرشوة، أنها ما يعطيه الشخص لحاكم أو غيره ليحكم له أو يحمله على ما يريد، والمراد بالحاكم القاضي^(١)، وإذا كان فقهاء الشريعة الإسلامية قد اهتموا بهذه الصفة وهي صفة القضاء، فذلك لأن القضاء من المناصب الجليلة في الشريعة الإسلامية، لأنه منصب لإقامة العدل بين الناس ورعاية الحرمات وحفظ الحقوق، وقد أجمع المسلمون على مشروعية نصب القضاة والحكم بين الناس، وكان رسول الله ﷺ يتولى القضاء بين الناس ويبعث القضاة إلى الأمصار فقد بعث علياً عليه السلام قاضياً إلى اليمن، وبعث معاذ بن جبل أيضاً وبعث عمر بن الخطاب شريحاً على قضاء الكوفة^(٢).

ولكن صفة المرتشي في الرشوة لا تقتصر على القاضي فحسب، لأن مفهوم القاضي يتسع ليصبح اسماً لكل من قضى بين اثنين وحكم بينهما سواءً أكان خليفة أو سلطاناً أو نائباً أو والياً، أو كان منصوباً ليقضي بالشرع أو نائباً له حتى من يحكم بين الصبيان في الخطوط إذا تغايروا، وقد ورد ما يفيد أن المرتشي هو من يأخذ الهدايا من أجل جاهه بولاية تولاهها من قضاء أو عمل، أو ولاية صدقة، أو جباية مال، أو غيره من الأعمال السلطانية، حتى ولاية الأوقاف^(٣).

لذلك تنطبق صفة المرتشي على كل عمال الدولة الإسلامية من أمراء وقضاة وأعوانهم وغيرهم ممن يتولون شيئاً من أمر المسلمين، بل إن الشريعة الإسلامية تعتبر كل شخص له تسلط ونفوذ على غيره من الناس، بحيث تكون له مهابة وخشية، تدفعهم إلى إهدائه أو إعطائه أو محاباته فإنه يكون محلاً لارتكاب جريمة الرشوة ولو كان من آحاد الناس، ويستدل على ذلك بأن رسول الله ﷺ لعن الراشي والمرتشي عامة، دون تحديد المرتشي بصفة معينة، فشمّل بذلك الحاكم والعامل والوالي والقاضي^(٤)، فصفة المرتشي تشمل كل شخص ارتكب الرشوة، سواءً كان من عمال الدولة أو من آحاد الناس، وهذا يدل أن الشريعة الإسلامية تعتبر أن كل من أخذ ما لاً أو شيئاً بغير حق يسمى مرتشياً، دون تحديد بحاكم أو قاض أو وال، أي بصرف النظر عن عمله الذي يقوم به، وبذلك تكون الشريعة الإسلامية قد توسعت في مفهوم المرتشي.

(١) محمد أمين بن عابدين - رد المحتار على الدر المختار - الجزء السادس - ص ٣٠٨ - مرجع سابق.

(٢) ابن قدامه - المغني - الجزء التاسع - ص ٣٨ - مرجع سابق.

(٣) الإمام أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، إحياء علوم الدين، الجزء الثاني، الباب الخامس، الطبعة (بدون) دار إحياء التراث العربي - بيروت - بدون تاريخ - ص ١٣٥، ١٤١ وكذلك د. حسين مدكور، المرجع السابق ص ١٦٦.

(٤) ابن عابدين - رد المحتار على الدر المختار - الجزء الثامن - ص ٤٨ - مرجع سابق.

٢- **الركن المادي لجريمة الرشوة في الشريعة الإسلامية:** الركن المادي للرشوة يقصد به: الفعل الذي ورد النهي عنه ويترتب عليه أثر محرم لآحاد الناس أو فساد في المجتمع، والأصل في الشريعة الإسلامية أنه لا عقاب على ما يكون في النفس ولا يخرج إلى حيز الوجود، وقد وردت أدلة تثبت أنه لا عقاب عما تؤسس به النفس، فقد ورد أن النبي ﷺ قال: (من هم بحسنة فلم يعملها كتبها الله عنده حسنة كاملة، ومن هم بسينة فلم يعملها كتبها الله عنده عشراً، إلى سبعمائة إلى أضعاف كثيرة، ومن هم بسينة فلم يعملها كتبها الله عنده حسنة كاملة، وإن هم بها فعملها كتبها الله سيئة واحدة)^(١)، والشريعة الإسلامية تؤكد أن العبرة في الفعل بما ظهر، أما ما يدور في النفوس فهو متروك لله العالم بالسرائر، فلا يجوز للقاضي أن يحكم على النوايا وإنما يقضي على ما ظهر ويترك لله ما بطن^(٢)، وفي هذا المقام يقول الإمام الشافعي رضي الله عنه: إن الله عز وجل ظاهر عليهم الحجة فيما جعل إليهم من الحكم في الدنيا بألا يحكموا إلا بما ظهر من المحكوم عليه وأن لا يجاوزوا أحسن ظاهره^(٣)، وبناءً على ما سبق من تعريفات للرشوة لدى الفقهاء أنها (ما يعطى بعد طلبه ويحرم بذلها من الراشي ليحكم بباطل أو يدفع عنه الحق)^(٤)، يتضح أن الفعل المادي لجريمة الرشوة في الشريعة الإسلامية، يكون بإعطاء الراشي الرشوة للمرتشي، بناءً على طلب المرتشي أو قيام المرتشي بأخذها أو قبولها منه، وقد يكون عن طريق أي وسيلة أخرى، كعرض الرشوة على المرتشي أو وعده بها، ويعتبر الفعل هو وسيلة الشخص إلى الجريمة، أي وسيلة تنفيذها لكونها لا تقع إلا به، وقد تحدث الفقهاء عن الوسائل بقولهم: «إن الوسائل إلى الحرام حرام»، وقال أحد الفقهاء: «الوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل، وإلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل»^(٥).

ومن القواعد الكلية في الفقه الإسلامي قاعدة (ما حرم أخذه حرم إعطاؤه)، وهذه القاعدة تبين إن إعطاء الحرام للغير أو أخذه من الغير متساوية في الحرمة لأن المطلوب

- (١) أخرجه الإمام أحمد بن حنبل في مسنده - برقم (٢٥١٩) - الجزء الأول - ص ٧٢٢.
- (٢) أحمد موافق - الفقه الجنائي المقارن بين الشريعة والقانون - الكتاب الثاني - مطبوعات المجلس الأعلى للشئون الإسلامية - ص ٦٥.
- (٣) الإمام محمد بن إدريس الشافعي - كتاب الأم - الجزء السابع - دار إحياء التراث العربي - بيروت - ص ٢٦٨.
- (٤) منصور يونس بن إدريس البهوتي - كشاف القناع على متن الإقناع - الجزء السادس - ص ٢٥٤ - بيروت - عالم الكتب - ١٤٠٣ هـ.
- (٥) أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي - الأحكام السلطانية والولايات الدينية - دار الكتب العلمية - بيروت - بدون تاريخ - ص ٦، ٧.

شرعاً إزالة المنكر والفساد، فإذا عجز الإنسان عن المساهمة في إزالة هذه المفسد فعلى الأقل أن يمتنع عن المساهمة في زيادتها والمعاونة على وقوعها، وعلى هذا لا يجوز إعطاء الرشوة كما لا يجوز أخذها^(١)، لما جاء في الحديث عن النبي ﷺ أنه قال: (لعن الله الراشي والمرتشي)، فاللعنة التي اتصف بها كل من الراشي والمرتشي والرائش على قدم المساواة لدليل على أن أفعالهم لإتمام جريمة الرشوة متساوية وأنهم شركاء في جريمة الرشوة ومسئولون عنها، لأنها في النهاية معصية لله تعالى وفعل محرم سواءً أكانت من المرتشي لأكله أموال الغير بالباطل دون وجه حق، أو من الراشي الذي يقوم بالبذل في نظير ما ليس يحق له، أو سواءً كان من الرائش لأنه رسول أحد طرفي الرشوة، فإن كان رسولاً للمرتشي فهو آثم معه لمعاونته على أكل أموال الناس بالباطل وإن كان رسول الراشي فهو آثم لإعانتته على أخذ ما ليس بحق له فهو آثم مع الراشي^(٢). وإذا كانت الرشوة كما سبق تعريفها أنها ما يعطيه الشخص للحاكم أو غيره ليحكم له أو أن يحمله على ما يريد^(٣)، يتضح أنه لا يكفي لقيام الرشوة أن يأخذ المرتشي المال أو المنفعة التي يقدمها الراشي صاحب الحاجة، وإنما ينبغي أن يكون لهذه الرشوة مقابل وأثر معين وهو قضاء حاجة الراشي سواءً كانت حقاً أو باطلاً. ويمكن القول أن الركن المادي لجريمة الرشوة في الشريعة الإسلامية يتحقق بالآتي: أن يطلب المرتشي أو يأخذ أو يقبل الرشوة التي يقدمها أو يعطيها الراشي، سواءً كانت الرشوة في صورة مال أو ذهب أو فضة أو نقود أو عقار وكل شيء مادي، أو كانت في صورة منفعة كقضاء مصلحة أو الحصول على منفعة، وذلك في مقابل قيام المرتشي بتحقيق أثر معين هو قضاء حاجة الراشي وتحقيق رغبته ومبتغاه سواءً كانت حقاً أو باطلاً.

٣- الركن المعنوي لجريمة الرشوة في الشريعة الإسلامية: الركن المعنوي للرشوة المراد به القصد وهو: اتجاه نية الفاعل إلى إتيان الفعل أو تركه مع علمه بأن الشارع يحرم الفعل أو يوجبه، وقد عرف الفقهاء النية بأنها: قصد الشيء مقترناً بفعله، ومن هنا قال الفقهاء: (الأمر بمقاصدها)، وقد استنبط الفقهاء هذه القاعدة من قول رسول الله ﷺ: (إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى)^(٤)، والنية محلها القلب ومعناها القصد، وتطبيقاً لقاعدة اقتران الأعمال بالنيات، فإن الشريعة لا تنظر للفعل المحرم

(١) د. عبد الكريم زيدان - المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية - ص ٨١.

(٢) حسين مدكور - مرجع سابق - ص ٢٩٣ وما بعدها.

(٣) ابن عابدين - محمد أمين بن عمر الشهير بابن عابدين - رد المختار على الدر المختار - الجزء السادس - ص ٢٨٥.

(٤) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه - الحديث رقم (١) - الطبعة الرابعة - عالم الكتب - بيروت - ١٩٨٥م.

وحده، وإنما تنظر إلى الفعل أولاً وإلى قصد الفاعل ثانياً، وعلى أساس ذلك ترتب العقوبة^(١)، وقد تحدث فقهاء الشريعة الإسلامية عن القصد في الجرائم العمدية، إذا اتجهت إرادة الشخص إلى تحقيق أثر محرم، وقسم بعض الفقهاء الجنايات إلى قسمين: عمد، وخطأ، ومنهم من قسمها إلى ثلاثة أقسام: عمد، وخطأ، وشبه عمد، والبعض أضاف قسماً رابعاً: وهو ما يجري مجرى الخطأ، وكان التركيز في ذلك عند حديثهم عن الجرائم الواقعة على الإنسان ومنها القتل^(٢). فقصد العمد يتحقق إذا ضرب بسيف أو سكين أو رمح وهو يقصد من الضرب قتله، ففي هذا الفعل يتوافر قصد العمد، فجعل بعض الفقهاء نوع الآلة المستخدمة في الفعل دليلاً على توافر القصد العمد فاشتروا أن يكون سلاحاً أو شيئاً حاداً أو مما يقتل غالباً^(٣)، وبعضهم لم يشترط ذلك وقالوا بتوافر القصد إذا دلت عليه القرائن^(٤). وأساس القصد هو حرية الإرادة والاختيار للفعل مع العلم والإدراك بالنتائج، وعلى ذلك فالقصد عبارة عن اتجاه الإرادة بحرية واختيار إلى ارتكاب الفعل وتحقيق النتيجة، فإذا لم يتوافر القصد فلا جريمة وإن كان ذلك لا يعفي الجاني من كامل المسؤولية حيث يمكن أن يسأل الجاني على أساس الخطأ^(٥).

وتطبيقاً لذلك فإن أخذ المرتشي للرشوة سواء بالطلب أو القبول أو الأخذ محرم لذاته فيكفي مجرد القصد إليها في ذاتها، ولا أهمية لنية تحقيق أو عدم تحقيق العمل أو الامتناع المطلوب، وحديث رسول الله ﷺ عندما استعمل ابن اللببية على صدقات بني مسلم قال، (فهاذا جلس في بيت أبيه وأمه فينظر هل يهدى إليه أم لا؟)^(٦)، يستدل منه على تحريم أخذ المال أو الهدايا من قبل العمال أو أهل الولايات دون النظر إلى نيتهم في القيام بعمل أو الامتناع عنه، ويرى بعض الفقهاء المعاصرين أنه لا بد من أن تنصرف إرادة المرتشي من طلبه أو قبوله أو أخذه الرشوة إلى القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، مع علمه بأن هذا العمل أو الامتناع محرم شرعاً أو مخالف لواجباته وأمانته^(٧).

(١) د. عبد القادر عودة - التشريع الجنائي الإسلامي - مرجع سابق - الجزء الثاني - ص ٣٥٠.

(٢) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكسائي - بدائع الصنائع - الجزء السابع - دار الفكر - بيروت - لبنان - ١٩٩٦م - ص ٣١٥.

(٣) ابن قدامة - المغني - الجزء التاسع - ص ٣٨.

(٤) ابن حزم - المحلى - الجزء العاشر - ص ١٥٩ - مرجع سابق.

(٥) محمد أمين بان عابدين - رد المحتار على الدر المختار - مرجع سابق - ص ٣٠٨.

(٦) محمد بن إسماعيل البخاري - صحيح البخاري - باب هدايا العمال - رقم (٧١٧٤) - ص ١٢٦٦.

(٧) د. حسين مدكور - الرشوة في الفقه الإسلامي - ص ٢٨٢ وما بعدها - مرجع سابق.

الفرع الثالث

عقوبة مرتكب جريمة الرشوة في الشريعة الإسلامية

إن الشريعة الإسلامية لم تحرم من الأفعال إلا ما يضر بمصالح الأفراد والجماعة ويهدد نظامها، وما تفرضه من عقوبات يكمن أساسه في حماية مصالح الجماعة ومصالح أفرادها المشروعة، وإذا حرمت بعض الأفعال حفاظاً على مصلحة الجماعة، فإن العقوبة تتقرر عليها باعتبارها وسيلة لحماية الجماعة من كل ما يضر بمصالحها أو يعرضها للخطر، وتمهيداً لمعرفة عقوبة الرشوة في الشريعة الإسلامية نتطرق لموقع جريمة الرشوة في التقسيم الثلاثي للجرائم في الفقه الإسلامي، ونوضح ذلك على النحو الآتي:

العقوبة في اللغة: هي الأثر المترتب على الفعل، باعتباره يأتي في عقبه، فهو يعقبه في الوقوع^(١)، وفي الاصطلاح: هي الجزاء الذي يقع على من يخالف أمر الله سبحانه المتعلق بالتحريم، والعقوبات هي موانع قبل الفعل زواج بعده، أي أن العلم بشريعيتها يمنع الإقدام على الفعل وإيقاعها بعده يمنع العودة إليه، والعقوبات على اختلاف أنواعها هي تأديب واستصلاح وزجر وتختلف بحسب نوع وقدر الذنب^(٢).

الجرائم في الشريعة الإسلامية: عبارة عن (محظورات شرعية زجر الله عنها بحد أو تعزير)^(٣)، وتنقسم الجرائم في الشريعة الإسلامية باعتبار نوع العقوبة المقررة لها إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: جرائم الحدود: والحد في اللغة: المنع ولذا سمي البواب حداً لمنعه الناس عند الدخول، والحد لمنعه المعاصي، وفي الشرع: عقوبة مقدرة لأجل حق من حقوق الله تعالى^(٤)، وعلى ذلك يتوافر في جرائم الحدود صفتان: الأولى: كون عقوبتها كحق خالص لله تعالى، لأن النظر فيها لم يتجه إلى جانب الأفراد، بل اتجه إلى الجانب الذي يتصل بالمجتمع، والثانية كون عقوبتها محددة ومقدرة من الشارع الحكيم فلا تقبل التخفيف أو العفو^(٥).

(١) ابن منظور- لسان العرب- ص ٣٠٢- مرجع سابق.

(٢) عبدالقادر عودة- التشريع الجنائي الإسلامي- الجزء الأول- ص ٥٢٤- مرجع سابق.

(٣) أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي- الأحكام السلطانية والولايات الدينية- ص ١٣٧- مرجع سابق.

(٤) أحمد بن يحيى المرتضى- البحر الزخار- الجزء الخامس- دار الحكمة اليمانية- ص ٤٣، صنعاء- ١٩٨٨م- ص ١٣٩.

(٥) الإمام محمد أبو زهرة- الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي- العقوبة- ص ٤٣، ٥١- مرجع سابق.

وجرائم الحدود المعاقب عليها بحد مقدر هي (الزنا، والسرقه، وشرب الخمر، والبغي، والحرابة، والردة) وسميت العقوبات في هذه الجرائم حدوداً لأنها محددة ومقدرة من الله تعالى، وكأن الجرائم التي تكون عقوبتها حدوداً تعتبر ثغوراً تهاجم المجتمع من جانبها، والعقوبات هي الحدود التي تسد بها هذه الثغور، وسميت حدوداً لكونها مانعة لأنها تمنع عن التخطي إلى ما وراءها^(١)، بدليل قوله تعالى: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾^(٢).

النوع الثاني: جرائم القصاص: وهي الجرائم المعاقب عليها بقصاص، والقصاص في اللغة: مأخوذ من مصدر قص وهو القطع واتباع الأثر، وعند الفقهاء: هو أن ينزل بالجاني من العقوبة المادية مثل ما أنزل بالمجني عليه فيقتل إن كان قد ارتكب جريمة القتل، وتفقأ عينه إن كانت جريمته فقء عين، والدليل على ذلك قال الله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾^(٣)، والجرائم التي يعاقب عليها بالقصاص هي جرائم القتل العمد، وجرائم قطع الأعضاء والجرح عمداً، وتتميز جرائم القصاص بأن عقوبتها محددة ومقدرة في الشريعة الإسلامية، وأنها تجب حقاً للعباد أي أن للمجني عليه أو وليه حق طلب استيفائها أو العفو عنها^(٤).

النوع الثالث: جرائم التعزير: والتعزير لغة: المنع، ومنه التعزير بمعنى النصرة، لأنه منع لعدوه من أذاه، ثم اشتهر معنى التعزير في التأديب والإهانة دون الحد، لأنه يمنع الجاني من معاودة الذنب، وفي الاصطلاح: هي العقوبة المشروعة على معصية أو جنائية لا حد فيها ولا كفارة، فارتكاب جنائية ليس لها حد مقدر في الشرع، وسواءً كانت الجنائية على حق الله تعالى، كالأكل في نهار رمضان بغير عذر أو ترك الصلاة والصوم ونحو ذلك، أو على حق العباد بأن أذى مسلماً بغير حق بفعل أو قول^(٥)، وجرائم التعزير هي الجرائم المعاقب عليها بعقوبة أو أكثر من عقوبات التعزير، والتعزير هو العقوبات التي لم يرد نص من الشارع ببيان مقدارها، وترك تقديرها لولي الأمر الذي فوضته الشريعة في تقدير

(١) وهبه الزحيلي - الفقه الإسلامي وأدلته - ص ٥٢٤٧.

(٢) سورة البقرة آية (٢٢٩).

(٣) سورة المائدة آية (٤٥).

(٤) الإمام محمد أبو زهرة - الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي - الجريمة - ص ٧٨ - مرجع سابق.

(٥) الإمام علاء الدين أبي بكر الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - الجزء السابع - ص ٩٤ - مرجع سابق.

العقوبات لكل فعل حُرْمَ شرعاً دون أن تكون له عقوبة مقدرة^(١)، كالربا، وخيانة الأمانة والسب والرشوة وشهادة الزور ونحوها، وصفة التعزير يكون بالقول مثل التوبيخ والزجر والوعظ، ويكون بالفعل حسب ما يقتضيه الحال، كما يكون بالضرب والحبس والعزل والنفي وبأخذ المال^(٢).

ومن هذه التقسيمات السابقة يتضح لنا أن جريمة الرشوة في الشريعة الإسلامية تدخل ضمن فئة الجرائم التعزيرية، كون الرشوة جريمة ليست لها عقوبة محددة أو مقدرة في الشريعة الإسلامية، لذلك فإن التعزير هنا هو العقوبة المناسبة لجريمة الرشوة، ومن العقوبات التعزيرية التي يمكن إيقاعها على مرتكب جريمة الرشوة في الشريعة الإسلامية سواءً كان المرتشي أم الراشي أم الرئاش، هي العقوبات التالية:

أولاً: عقوبة الحبس: تعاقب الشريعة الإسلامية بالحبس على جرائم التعزير، وأقل مدة الحبس يوم واحد، أما حده الأعلى فغير متفق عليه، فيرى البعض أن لا تزيد على ستة أشهر، ويرى البعض أن لا يصل إلى سنة كاملة، والبعض الآخر يترك تقدير حده الأعلى لولي الأمر^(٣)، ويشترط في الحبس كما يشترط في غيره من عقوبات التعزير أن يؤدي غالباً إلى إصلاح الجاني وتأديبه وهي عقوبة اختيارية للقاضي أن يعاقب بها أو يتركها، فإذا رأى أن الحبس عقوبة مناسبة وراعية لمرتكب الرشوة - المرتشي أو الراشي أو الرئاش - فله أن يطبقها عليه ولا حرج^(٤).

ثانياً: عقوبة العزل من الوظيفة: انصبت أقوال الفقهاء في الشريعة الإسلامية حول عزل القاضي إذا أخذ الرشوة، وذلك لما لهذا المنصب من أهمية، فقيل: «إذا أخذ القاضي الرشوة استحق العزل فيعزله الإمام»، وقيل: «ينعزل لأن العدالة شرط أهلية القضاء وقد زالت بذلك»^(٥)، وما ينطبق على القاضي ينطبق على كل موظف يعمل بالدولة، أخذ مما لا يحل له أخذه من الرشوة وغيرها، مما يقدره الوالي الحاكم إلى عقوبته بالفصل، تطهيراً لأجهزة الدولة، وضماناً لحسن سير الأداة الحكومية، وحفاظاً على المصلحة العامة من خطر سريان الفساد إلى جميع العاملين، والتعزير بالعزل من الولاية كان يفعله

(١) د. وهبة الزحيلي - الفقه الإسلامي وأدلته - الجزء السابع - ص ٥٣١ - مرجع سابق.

(٢) السيد سابق - فقه السنة - الجزء الثاني - ص ٤٩٨.

(٣) د. وهبة الزحيلي - الفقه الإسلامي وأدلته - الجزء السابع - ص ٥٥٩ - مرجع سابق.

(٤) الشيخ محمد عرفة الدسوقي - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - المجلد الرابع - دار الفكر - بدون مكان نشر (بدون تاريخ) ص ٣٥٥.

(٥) الكاساني - بدائع الصنائع - ج ٦ - ص ٢٤ - مرجع سابق.

الرسول ﷺ وأصحابه من بعده إذ كانوا يعزرون بذلك^(١).

ثالثاً: عقوبة المصادرة: وهذا النوع من العقوبات يُعد من أنواع التعزير على اختلاف أقوال الفقهاء، كون الرشوة اكتساباً غير مشروع حرمتها الشريعة الإسلامية وهذه العقوبة متروكة لتقدير ولي الأمر^(٢)، فقد قال بعض الفقهاء: «إن ارتشى الحاكم أو قبل هدية ليس له قبولها فعليه ردها على أربابها، لأنه أخذها بغير حق فأشبهه المأخوذ بعقد فاسد ويحتمل أن يجعلها في بيت المال»^(٣)، وقال آخرون: «يأخذ الإمام من قضاة وعماله ما وجدته في أيديهم زائداً على ما ارتزقوه من بيت المال»، وقيل: «الرشوة يجب ردها ولا تملك»^(٤)، وكان النبي ﷺ إذا رأى من عماله أو ولاته حرصاً على جمع المال كأمثال ابن اللتبية الذي قبل الهدية وجمعها، فإنه يأمر بمصادرتها ومنعه منها لأنها غير جائزة، وكذلك فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه فكان يحصي على عماله عند توليتهم أو انتهاءهم من العمل ويقوم بمشاطرتهم أموالهم إن زادت ومصادرتها ووضعها في بيت مال المسلمين^(٥).

ويجب أن يكون التعزير في جميع الأحوال على قدر الجنابة وعلى قدر الجريمة بحسب ما تقتضيه المصلحة، ويرجع تقديرها إلى ولي الأمر أو الحاكم فهي تدخل ضمن سلطة الحاكم في قدرها ونوعها باختلاف شخص الجاني وعظم الجرم.

(١) الإمام تقي الدين أحمد بن تيمية - المرجع السابق - ص ١١٢ وما بعدها، الدكتور عبدالعزيز عامر - التعزير في الشريعة الإسلامية - الطبعة الرابعة - دار الفكر العربي - القاهرة - بدون تاريخ - ص ٣٦٠.
 (٢) أحمد فتحي بهنسي - الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي - الجزء الأول - ص ٣٣٦ وما بعدها، أيضاً عبد القادر عوده - التشريع الجنائي الإسلامي - الجزء الثاني - ص ٦٠٩، مرجع سابق.
 (٣) ابن قدامه - المغني - ج ٩ - ص ٧٨ - مرجع سابق.
 (٤) ابن عابدين - حاشية بن عابدين - ج ٥ - ص ٢٧٦ - مرجع سابق.
 (٥) د. غالب عبدالكافي القرشي - أوليات الفاروق السياسية - دار الوفاء للطباعة والنشر - المنصورة - ١٩٩٠م - ص ١٥٧ وما بعدها.

المطلب الثاني

أحكام جريمة الرشوة في القوانين الوضعية

تقوم الدولة عادةً بإدارة شئونها وتقديم خدماتها العامة عن طريق مجموعة من المرافق المتعددة، كمرافق الصحة والتعليم والأمن والقضاء وغيرها، ويقوم بإدارة هذه المرافق وتسيير أعمالها مجموعة من الأشخاص يطلق عليهم (الموظفون العموميون)، وحتى تضمن الدولة قيام هؤلاء الموظفين بواجباتهم في إدارة هذه المرافق بما يحقق أهدافها في التنمية والرخاء والاستقرار وخدمة المواطنين والمصلحة العامة، فقد قررت جزاءات إدارية في القانون الإداري تطبق على الموظفين في حالة الإخلال بواجباتهم.

إلا أن المشرع القانوني لاحظ عدم كفاية هذه الجزاءات في تحقيق الحماية الكافية التي تضمن سير الأعمال في تلك المرافق العامة بشكل طبيعي، لذلك قرر المشرع حماية جنائية للوظيفة العامة، خاصة بالنسبة للأفعال التي يرتكبها الموظف العام ومن في حكمه والتي تشكل إضراراً بالمصلحة العامة، وتمس نزاهة الوظيفة العامة وتكون عقبة أمام تحقيق أهداف الدولة من وراء إنشاء المرافق العامة، لذلك عاقب المشرع القانوني على كل فعل يضر بالمصلحة العامة أو يضر بالمشروعات الخاصة.

وحيث أن الموظف العام يحصل على مرتب من الدولة مقابل قيامه بأعمال الوظيفة التي يشغلها، فيجب عليه أن يكون أميناً ونزيهاً عند مباشرته لواجباته الوظيفية بما يخدم الأفراد والمجتمع ويحفظ المصلحة العامة، فلا يجوز للموظف أن يستعمل سلطات وظيفية لتحقيق مصلحة شخصية، أو أن يحصل على مقابل نظير للعمل الذي يقوم به، لذلك فقد جرم القانون الرشوة بكافة صورها حماية لنزاهة الوظيفة العامة، وصيانة للإدارة الحكومية، مما يمكن أن يلحق بها من خلل وفساد نتيجة الاتجار في أعمال الوظيفة العامة^(١).

وتعد الرشوة من أخطر الجرائم المخلة بحسن سير الإدارة الحكومية، لما يترتب عليها من إخلال الثقة بين الحكام والمحكومين، وعدم المساواة بين المواطنين أمام المرافق العامة، كما أنها تمثل انحرافاً من الموظف العام بالوظيفة عن الغرض المستهدف من أدائها وهو المصلحة العامة لتحقيق مصالح شخصية بحتة، والإثراء دون سبب مشروع على حساب أفراد يحتاجون إلى الخدمات العامة التي عهد إليه تقديمها لهم دون التزام بأداء مقابل لذلك.

(١) د. حمدي رجب عطية - جرائم الموظفين - ٢٠٠٦م - ص ١.

وستتناول في هذا المطلب تجريم الرشوة في قانون الجرائم والعقوبات اليمني وبعض التشريعات الجنائية العربية، ثم نتناول أركان جريمة الرشوة المتمثلة في الصفة المفترضة في مرتكب الجريمة وركنيها المادي والمعنوي، وأخيراً نوضح العقوبات المقررة على مرتكب جريمة الرشوة، وذلك من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول

تجريم الرشوة في القانون اليمني وبعض القوانين العربية

١. في قانون الجرائم والعقوبات اليمني:

تناول قانون الجرائم والعقوبات اليمني رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م جريمة الرشوة في الباب الرابع أحكام الجرائم الماسة بالوظيفة العامة، وجاء في الفصل الأول تحت عنوان: (جرائم الموظفين العمامين ومن في حكمهم)، الفرع الأول الخاص بإحكام الرشوة، حيث نصت المادة (١٥١) على أن: (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على عشر سنوات كل موظف عام طلب أو قبل عطية أو الامتناع عن عمل إخلالاً بواجبات وظيفته، وتكون العقوبة الحبس الذي لا تزيد مدته على ثلاث سنوات إذا كان العمل أو الامتناع حقاً ويعفى الشريك من العقوبة إذا بادر بإبلاغ السلطة القضائية والإدارية بالجريمة أو اعترف بها قبل قفل التحقيق الابتدائي).

٢. في قانون العقوبات المصري:

نصت المادة (١٠٣) منه على أن: (كل موظف عمومي طلب لنفسه أو لغيره أو قبل أو أخذ وعداً أو عطية لأداء عمل من أعمال وظيفته، يعد مرتشياً ويعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة وبغرامة لا تقل عن ألف جنية ولا تزيد على ما أعطى أو وعد به)، كما نصت المادة (١٠٤) منه على أن: (كل موظف عمومي طلب لنفسه أو لغيره أو قبل أو أخذ وعداً أو عطية للامتناع عن عمل من أعمال وظيفته أو للإخلال بواجباتها أو لمكافأته على ما وقع منه من ذلك يعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة وضعف الغرامة المذكورة في المادة (١٠٣) من هذا القانون)^(١).

(١) قانون العقوبات المصري رقم (٦٩) لسنة ١٩٥٣م.

٣. قانون العقوبات القطري:

أورد المشرع القطري جريمة الرشوة في المادة (١٤٠) والتي نصت على أن: (كل موظف عام طلب أو قبل لنفسه أو لغيره مالاً أو منفعة أو مجرد وعد بشيء من ذلك مقابل القيام أو الامتناع عن عمل من أعمال وظيفته يعد مرتكباً ويعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز عشر سنوات وبالغرامة التي لا تزيد على ما أعطى له أو وعد به على ألا تقل عن خمسة آلاف ريال)^(١).

٤. في قانون الجزاء العماني:

نصت المادة (١٥٥) على أن: (كل موظف قبل رشوة لنفسه أو لغيره مالاً أو هدية أو وعداً أو أي منفعة أخرى ليقوم بعمل شرعي أو أعمال وظيفته أو ليمتنع عنه أو ليؤخره يعاقب بالسجن من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة تساوي على الأقل ما أعطي له أو وعد به وبغزله من الوظيفة مدة يقدرها القاضي ويعض الراشي أو الوسيط إذا أخبر السلطة قبل الحكم بالدعوى)^(٢).

٥. في قانون العقوبات السوداني:

نصت الفقرة (١) من المادة (٨٨) على أنه: (يعد مرتكباً جريمة الرشوة: أ- من يعطي موظفاً عاماً أو مستخدماً لدى شخص آخر أو وكيلاً عنه أو يعرض عليه أي جزاء من أي نوع، لحمله على أداء خدمة له مصلحة فيها أو إلحاق أي ضرر بأي شخص آخر بما يخل بواجبات وظيفته أو أي عطية أو مزية في ظروف يكون فيها ذلك التأثير، على الموظف العام أو المستخدم أو الوكيل نتيجة راجحة، ب- الموظف العام أو المستخدم أو الوكيل الذي يقبل أو يطلب لنفسه أو لغيره جزاء على الوجه المبين في الفقرة (أ)^(٣).

٦. في قانون العقوبات العراقي:

نصت المادة (٣٠٧) منه على أن: (كل موظف أو مكلف بخدمة عامة طلب أو قبل لنفسه أو لغيره عطية أو منفعة أو ميزة أو وعداً بشيء من ذلك لأداء عمل من أعمال وظيفته أو الامتناع عنه أو الإخلال بواجبات الوظيفة يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنين أو بالحبس والغرامة على أن لا تقل عما طلب أو أعطي أو وعد به ولا تزيد بأي حال من الأحوال على خمسمائة دينار)^(٤).

(١) قانون العقوبات القطري رقم (١١) لسنة ٢٠٠٤م.

(٢) قانون العقوبات العماني رقم (٧) لسنة ١٩٧٤م.

(٣) قانون العقوبات السوداني لسنة ١٩٩١م.

(٤) قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩م.

٧. جريمة الرشوة في قانون العقوبات الأردني:

نصت المادة (١٧٠) منه على أن: (كل موظف وكل شخص ندب إلى خدمة عامة سواءً بالانتخابات أو بالتعيين وكل شخص كلف بمهمة رسمية كالحكم والخبير والسنديك طلب أو قبل لنفسه أو لغيره هدية أو وعداً، عوقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين وبغرامة تعادل قيمة ما طلب أو قبل من نقد أو عين)، ونصت المادة (١٧١) منه على أن: (كل شخص من الأشخاص المذكورين في المادة السابقة طلب أو قبل لنفسه أو لغيره هدية أو وعداً أو أية منفعة أخرى ليعمل عملاً غير حق أو ليمتنع عن عمل كان يجب أن يقوم به بحكم وظيفته عوقب بالأشغال الشاقة المؤقتة وبغرامة تعادل قيمة ما طلب أو قبل من نقد أو عين)^(١).

الفرع الثاني

أركان جريمة الرشوة في القوانين الوضعية

جريمة الرشوة تتكون من ثلاثة أركان رئيسية، الركن الأول يتمثل في الصفة المفترضة في المرتشي وهي صفة الموظف العام ومن في حكمه، والركن الثاني يتمثل في الركن المادي لجريمة الرشوة، ويحتوي على ثلاثة عناصر، الأول النشاط والسلوك الإجرامي وله ثلاث صور (الطلب، القبول، الأخذ)، والعنصر الثاني موضوع النشاط الإجرامي، والعنصر الثالث مقابل الفائدة وهو القيام بأداء عمل أو الامتناع عن عمل من أعمال الوظيفة والإخلال بواجبات الوظيفة، والركن الثالث هو الركن المعنوي لجريمة الرشوة، وسنتناول هذه الأركان على النحو الآتي:

الركن الأول: الصفة المفترضة في المرتشي

الرشوة يقصد بها: اتجار الموظف العام بأعمال الوظيفة أو الخدمة التي يعهد إليه القيام بها للصالح العام وذلك لتحقيق مصلحة خاصة له^(٢)، فالرشوة هي جريمة موظف عام^(٣)، ويفترض التشريع القانوني في مرتكب جريمة الرشوة أن يكون موظفاً عاماً أو من في حكمه، فجريمة الرشوة تنتمي إلى الجرائم ذات الصلة الخاصة، وهي فئة من الجرائم تخضع لأحكام خاصة ويشترط لقيامها صفة خاصة في من يرتكبها، بحيث لا يتصور أن

(١) قانون العقوبات الأردني رقم (١٥) لسنة ١٩٦٠م.

(٢) د. فتوح عبدالله الشاذلي - الجرائم المضرة بالمصلحة العامة - ص ٢٥ - مرجع سابق.

(٣) أ. جندي عبد الملك - الموسوعة الجنائية - الجزء الرابع - ص ٥ - مرجع سابق.

يُعد فاعلاً لها إلا من تتوفر فيه الصفة التي يتطلبها المشرع^(١)، والصفة المطلوبة هنا هي: كون المرتشي موظفاً عاماً ومختصاً بالعمل الذي تلقى المقابل من أجل القيام به، وبهذين العنصرين تتحقق صفة المرتشي اللازمة لقيام جريمة الرشوة^(٢).

تحديد معنى الموظف العام:

لما كانت الرشوة تقوم على فكرة الاتجار بالوظيفة العامة أو استغلالها فهي تفترض في مرتكبها أن يكون موظفاً عاماً^(٣)، وتحديد معنى الموظف العام يُعد من الموضوعات التي تتناولها مؤلفات فقهاء القانون الإداري والقانون الجنائي، وهنا لا بد من توضيح الفرق بين معنى الموظف العام في القانون الإداري ومعناه في القانون الجنائي^(٤).

التعريف الإداري للموظف العام: يلاحظ أن العديد من القوانين التي تنظم الوظيفة العامة لم تضع تعريفاً محدداً للموظف العام يتسم بالعمومية والشمول، الأمر الذي ترك المجال مفتوحاً لاجتهادات الفقه والقضاء للبحث عن تعريف ملائم للموظف العام في مجال القانون الإداري^(٥)، لذلك فقد عرف فقهاء القانون الإداري الموظف العام بأنه: (كل شخص يعهد إليه من سلطة مختصة بأداء عمل دائم في خدمة مرفق عام يدار بأسلوب الاستغلال المباشر)^(٦).

بينما يعرفه البعض بأنه: (كل من تناط به إحدى وظائف الدولة العامة في نطاق وظيفة إحدى السلطات الثلاث سواء كان مستخدماً حكومياً أو غير مستخدم براتب أو بغير راتب)^(٧)، وعرفه آخرون بأنه: (كل شخص يؤدي عملاً يتميز بصفة الدوام وبأنه في خدمة مرفق عام أو مصلحة أو مؤسسة عامة)^(٨)، ومن خلال هذه التعريفات يمكن القول بأنه يشترط لاعتبار الشخص موظفاً عاماً في فقه القانون الإداري توافر ثلاثة شروط^(٩):

الأول: أن يقوم الشخص بعمل في خدمة مرفق عام تديره الدولة مباشرة أو عن طريق

(١) د. إبراهيم طنطاوي - جرائم الاعتداء على الوظيفة (المال العام) - الرشوة والترح - ص ٦ - مرجع سابق.

(٢) د. فتوح الشاذلي - المصدر السابق - ص ٣٢، ٣٣.

(٣) د. عمر السعيد رمضان - شرح قانون العقوبات، القسم الخاص - ص ١١ - مرجع سابق.

(٤) د. إبراهيم طنطاوي - جرائم الاعتداء على الوظيفة (المال العام) - الرشوة والترح - ص ٢٧ - مرجع سابق.

(٥) د. محمود العدلي - الموسوعة الشاملة في شرح قانون العقوبات - ص ٣٧ - مرجع سابق.

(٦) د. فتوح عبدالله الشاذلي - الجرائم المضرة بالمصلحة العامة - ص ٣٣ - مرجع سابق.

(٧) محكمة القضاء الإداري العليا المصرية في القضية ١٤٧٠ الصادرة في عام ١٩٥٧م.

(٨) د. رمسيس بهنام - الجرائم المضرة بالمصلحة العمومية - ص ١٤ - مرجع سابق.

(٩) د. محمود العدلي - المصدر السابق - ص ٣٧.

أحد أشخاص القانون العام، مثل المحافظات والمؤسسات والهيئات العامة عن طريق الاستغلال المباشر.

الثاني: أن يكون التحاق الشخص بالعمل في إدارة المرفق العام قد تم عن طريق التعيين بالوجه القانون الصحيح، وعلى ذلك فمجرد الترشح لشغل إحدى الوظائف أو استيفاء المسوغات اللازمة للتعين لا تكسب الشخص صفة الموظف العام.

الثالث: أن يقوم الشخص بالعمل ويشغل الوظيفة بصفة دائمة، فيجب أن تكون علاقة الموظف بالدولة لها صفة الاستقرار والدوام.

فإذا توافرت الشروط الثلاثة السابقة اكتسب الشخص صفة الموظف العام، بصرف النظر عن نوع المرفق العام الذي يعمل به إدارياً أو صناعياً، كما أنه لا أهمية لنوع العمل الذي يمارسه الموظف فنياً أو يدوياً، ولا لدرجة الموظف في السلم الإداري، فمعنى الموظف العمومي في جريمة الرشوة يشمل كل موظف يدخل في السلم الإداري^(١).

التعريف الجنائي للموظف العام: لم يقف المشرع الجنائي عند حدود المعنى الإداري للموظف العام، بل تجاوز ذلك فوسع من دائرة الموظف العام، بهدف الحد من هذه الظاهرة الإجرامية التي تمس الوظيفة العامة والوصول بالجريمة إلى أقصى مستوى، فاتجه المشرع الجنائي إلى التوسع في تحديد معنى الموظف العام في مجال جرائم الرشوة^(٢)، كون المعنى الإداري للموظف العام لا يشمل جميع الأشخاص الذين يتصدون لأداء خدمات عامة للجمهور، لذلك اعتبر المشرع الجنائي بعض الطوائف والفئات من العاملين في حكم الموظفين العموميين في تطبيق أحكام الرشوة، على الرغم من أنهم لا يعدون كذلك وفقاً للمعنى الإداري للموظف العام^(٣)، لذلك يعد في حكم الموظفين وفقاً للتشريع الجنائي كل من أعضاء المجالس النيابية العامة أو المحلية والمحامين والخبراء وأعضاء مجالس الإدارات ومديري ومستخدمي المؤسسات والشركات والجمعيات والمنظمات إذا كانت الدولة أو إحدى الهيئات العامة مساهمة فيها وكل شخص مكلف بخدمة عامة.

وعلى ذلك فإن النظرية الجنائية للموظف العام في جرائم الرشوة تشمل النظرية الإدارية للموظف العام دون أن تقف عندها، فالمشرع الجنائي يعتنق مفهومين للموظف العام الأول ضيق ويقصد به الموظف العام في القانون الإداري والثاني واسع ويعني به

(١) د. فتوح عبدالله الشاذلي - الجرائم المضرة بالمصلحة العامة - ص ٣٤ - مرجع سابق.

(٢) د. محمود العدلي - الموسوعة الشاملة في شرح قانون العقوبات - ص ٤٢ - مرجع سابق.

(٣) د. فتوح الشاذلي - الجرائم المضرة بالمصلحة العامة - ص ٣٧ - مرجع سابق.

من اعتبرهم في حكم الموظف العام^(١)، وعلّة اختلاف الفكرة الجنائية للموظف العام عن الفكرة الإدارية تتمثل في أن الفكرة الإدارية للموظف تركز على الوضع القانوني للموظف في داخل جهازه الإداري، وما يهتم القانون الإداري أنه يهدف إلى تحديد العلاقة القانونية التي تربط بين الموظف والدولة، وما يترتب عليها من حقوق وواجبات، لذلك فإن التعريف الإداري للموظف العام يشترط أن يكون تعيينه صحيحاً وفقاً للقانون أو اللوائح حتى تنشأ هذه العلاقة وتنتج آثارها، وقد عرف قانون الخدمة المدنية اليمني الموظف العام في نص المادة (٢) بأنه: (الشخص المعين بقرار من السلطة المختصة للقيام بعمل مهني أو ذهني أو حرفي أو غيره، تنظمه وظيفة مصنفة، أو معتمدة في الموازنة العامة للدولة، والذي يعتبر بمجرد تعيينه في مركز نظامي سواء كانت الوظيفة دائمة أو مؤقتة بموجب هذا القانون)^(٢)، ويلاحظ أن ديمومة الوظيفة ليست شرطاً لازماً في جميع الأحوال، ذلك أنه قد تنشأ وظائف مؤقتة تُحدثها وزارات وأجهزة الدولة للقيام بعمل مؤقت ينتهي في زمن محدد أو غير محدد، ومع ذلك يعد شاغلوها موظفين عموميين^(٣).

أما الفكرة الجنائية للموظف فتقوم على أساس حماية نزاهة الوظيفة العامة، باعتبار الموظف يواجه الناس في تصرفاته وقراراته التي تمس مصالحهم باسم إحدى جهات الدولة، أي أنه يكون معبراً لإرادتها ويمثلها أمام الغير، فأى انحراف في ممارسة اختصاصاته قد يهز ثقة الناس في مرافق ومصالح الدولة، ونتيجة لذلك فإن صفة الموظف لا تتأثر بالعيوب التي يمكن أن تشوب علاقته بالدولة، طالما أنها لا تجرده في نظر الناس من صفته كعامل باسم الدولة، وهذا يعني أن الفكرة الجنائية للموظف العام تهتم بالعلاقة بين الدولة وجمهور الناس بما يصون هذه العلاقة^(٤)، ويعرف الموظف في الفقه الجنائي بأنه: (كل شخص يعمل في مواجهة الأفراد باسم الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة، ويمارس إزاءهم في صورة طبيعية تستدعي ثقتهم أحد الاختصاصات التي خولها القانون لمرفق عام تديره الدولة أو الشخص المعنوي العام إدارة مباشرة)^(٥)، وقد عرف قانون الجرائم والعقوبات اليمني الموظف العام ومن في حكمه في المادة (١) والتي نصت على: (يعد وفقاً لأحكام هذا القانون موظفاً عاماً رئيس الجمهورية ونائب الرئيس ورئيس وأعضاء مجلس الوزراء وكل من تولى أعباء وظيفة عامة بمقابل أو بغير

(١) د. إبراهيم طنطاوي - جرائم الاعتداء على الوظيفة - ص ٢٨.

(٢) قانون الخدمة المدنية اليمني رقم (١٩) لسنة ١٩٩١م.

(٣) د. حسن مجلي - جرائم الموظفين في القانون والقضاء اليمني - ص ١٨ - مرجع سابق.

(٤) د. كامل السعيد - شرح قانون العقوبات - الجرائم المضرة بالمصلحة العامة - ص ٤١٨ - الطبعة الأولى - دار

الثقافة للنشر والتوزيع - ٢٠٠٨م - مرجع سابق.

(٥) د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات القسم الخاص - ص ١٩ - مرجع سابق.

مقابل بصرف النظر عن صحة قرار تعيينه فيها ويشمل أعضاء السلطة القضائية وأفراد القوات المسلحة والشرطة وأعضاء الهيئات العامة وأعضاء المجالس النيابية العامة أو المحلية المنتخبين منهم والمعينين والمحكمين والخبراء والعدول والوكلاء والمحامين والحراس القضائيين الذين تعدل لديهم الأموال وأعضاء مجالس إدارة الشركات والبنوك وموظفيها التي تسهم الدولة في رأس مالها^(١)، يتضح أن المشرع اليمني يعتبر كل شخص مهما كانت صفته إذا عهد إليه في حدود معينة مباشرة وظيفة أو مهمة بأجر أو بدونه وساهم في خدمة الدولة أو المصالح العمومية أو الهيئات أو المؤسسات أو مصلحة ذات نفع عام فإنه يعتبر موظفاً عاماً^(٢)، كما أن الشخص الذي يزاول عملاً دون أن يصدر قرار بتعيينه أو صدر قرار التعيين باطلاً فإنه يعتبر موظفاً عاماً عند تطبيق قواعد القانون الجنائي، ومن أمثلة ذلك الموظف الذي يتم تعيينه في وظيفة يشترط فيها بلوغ سن معينة، ويتبين أنه لم يبلغ هذه السن^(٣).

الركن الثاني: الركن المادي في جريمة الرشوة

يتحقق الركن المادي في جريمة الرشوة بارتكاب المرتشي نشاطاً إجرامياً معيناً لتحقيق غرض معين عن طريق الاتجار بالوظيفة أو استغلالها، بمعنى أن قوام الركن المادي في جريمة الرشوة يتمثل في قيام الموظف بأخذ أو قبول أو طلب فائدة أو عطية أو وعداً بها من صاحب المصلحة، وذلك في مقابل أدائه عملاً من أعمال وظيفته أو الامتناع عنه أو الإخلال بواجباتها، أو يزعم الموظف أو يعتقد خطأ اختصاصه به^(٤)، ويستلزم لقيام الركن المادي في جريمة الرشوة توافر ثلاثة عناصر أساسية وهي على النحو الآتي^(٥):

العنصر الأول: النشاط الإجرامي الذي يقوم به المرتشي:

النشاط الإجرامي هو السلوك الذي يصدر من الموظف العام باعتباره الفاعل الأصلي في جريمة الرشوة، ويتحقق قيام السلوك الإجرامي في جريمة الرشوة بارتكاب الجاني لأي

(١) المادة (١) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م بشأن الجرائم والعقوبات.

(٢) حسين محمد المهدي (القاضي) - الجرائم الماسة بالوظيفة العامة - ص ٢٠ - مرجع سابق.

(٣) د. حسن مجلس - جرائم الموظفين في القانون والقضاء اليمني - ص ١٦، ١٨ - مرجع سابق.

(٤) د. أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون العقوبات - القسم الخاص - الجرائم المضرة بالمصلحة العامة - ص ١٣٠ - مصدر سابق.

(٥) د. عمر السعيد رمضان - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - ص ١٥ - مصدر سابق.

فعل من الأفعال المجرمة قانوناً، والمتمثلة في الطلب والأخذ والقبول^(١)، وسنتناول هذه الأفعال على النحو الآتي:

أ- الطلب: هو المبادرة من الموظف يعبر فيها عن إرادته لصاحب المصلحة في الحصول لنفسه أو لغيره على مقابل نظير أداء العمل الوظيفي أو الامتناع عن أدائه أو الإخلال بواجبات وظيفته، ويكفي لتوافر النشاط الإجرامي وقيام جريمة الرشوة بطلب الجاني للرشوة، ويُعد فعل الطلب إيجاباً صادراً من الموظف العام، حتى ولو رفض صاحب المصلحة الاستجابة لهذا الطلب، فالرشوة هي سلوك الموظف ومن ثم تتحقق الجريمة كاملة بارتكاب فعل الطلب بصرف النظر عن موقف صاحب المصلحة^(٢)، وهذا التشديد إزاء جريمة الرشوة يرجع إلى رغبة المشرع اليمني في الإحاطة بكل أفعال الجريمة وصورها، للحد من أيدي العابثين بالوظيفة العامة، وبالرغم أن ذلك يُعد خروجاً عن القواعد العامة التي بمقتضاها يعتبر فعل الطلب المرتكب من قبل الموظف نظير ما يقدمه من خدمة يُعد شروعاً في ارتكاب جريمة الرشوة إذا لم يستجاب لطلبه، غير أن هذا الخروج تبرره الطبيعة الخاصة لجريمة الرشوة ودرجة خطورتها^(٣)، كما أنه لا يشترط في الطلب من الموظف أن يكون في شكل معين، فيستوي أن يكون الطلب قد صدر عنه كتابة أو شفاهة، كما يجوز أن يصدر الطلب في عبارات صريحة أو مستفاداً ضمناً من سلوك الموظف المرتشي، كما لو قام بفتح درج مكتبه ثم أوماً برأسه لصاحب المصلحة كتعبير عن رغبته في الحصول على مقابل نظير القيام بالعمل^(٤)، وغيرها من التصرفات التي لا تدع مجالاً للشك في دلالتها عن إرادته في طلب المقابل أو الوعد به، وليس بلازم أن يطلب الموظف العطية أو الوعد بها لنفسه، بل قد يطلب ذلك لغيره، طالما والطلب صادر منه إلى صاحب المصلحة مباشرة أو عن طريق وسيط، وفي جميع الأحوال لا يتحقق الطلب قانوناً إلا بوصله إلى علم صاحب المصلحة^(٥).

ب- القبول: ويقصد به اتجاه إرادة الموظف إلى تلقي المقابل في المستقبل نظير قيامه بالعمل الوظيفي أو الامتناع عنه، ويطلق على هذه الصورة بجريمة الرشوة المؤجلة^(٦)، ويفترض القبول كصورة للركن المادي في جريمة الرشوة أن هناك إيجاباً صادراً من صاحب

(١) د. فتوح عبدالله الشاذلي - الجرائم المضرة بالمصلحة العامة - ص ٥٨ - مصدر سابق.

(٢) د. فتوح عبدالله الشاذلي - الجرائم المضرة بالمصلحة العامة - ص ٥٩ - مصدر سابق.

(٣) د. فتوح عبدالله الشاذلي - المصدر السابق - ص ٦٠.

(٤) د. إبراهيم طنطاوي - جرائم الاعتداء على الوظيفة - مرجع سابق - ص ٩٧.

(٥) د. محمود محمد صالح العدلي - الموسوعة الشاملة في شرح قانون العقوبات - ص ٥٢ - مرجع سابق.

(٦) د. أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون العقوبات - القسم الخاص - ص ١٢٣ - مرجع سابق.

المصلحة يتضمن عرض الوعد بالرشوة إذا ما أتم الموظف المرتشي العمل أو الامتناع عن العمل المطلوب منه، ويتمثل سلوك الموظف في هذه الصورة في قبول الوعد الصادر من صاحب المصلحة وموافقته على تلقي مقابل لأداء العمل الوظيفي في المستقبل^(١)، وتبلاقي قبول الموظف المرتشي بإيجاب صاحب المصلحة الراشي انعقد الاتفاق بمعناه الصحيح^(٢)، فجوهر القبول هو اتجاه إرادة المرتشي إلى قبول الوعد بالعطية أو المزية سواءً تم عرض الوعد تلقائياً من جانب الراشي أو استجابة للطلب من جانب المرتشي وبقبول الموظف للوعد بالعطية أو المزية تتحقق جريمة الرشوة^(٣)، سواءً قام الراشي بتنفيذ الوعد أو نكل عن تنفيذه أي حصل الموظف بعد ذلك على ما وعد به أم لم يحصل عليه^(٤)، إذ أن الموظف بمجرد قبوله للعرض يكون قد استغل وظيفته وتاجر بها فعلاً.

ولا يشترط في القبول أن يكون في صورة معينة فيستوي أن يصدر شفاهة أو إشارة أو كتابة، صراحة أو ضمناً، لكن لا يكفي لاعتبار الموظف قد قبل الوعد مجرد سكوته عن الرد على عرض صاحب المصلحة أو حتى قيامه بأداء العمل الوظيفي المطلوب بعد علمه بالعرض لأن السكوت يثير الشك، فقد يكون دليلاً على الرفض أو عدم الاكتراث أو التردد، وعلى كل حال فسلوك الموظف اللاحق على أداء العمل في هذا الفرض هو الذي يحدد نيته الحقيقية عندما سكت تجاه العرض الموجه إليه، وينبغي التأكد من أن قيام الموظف بالعمل أو سكوته يدل قطعاً على قبوله الوعد^(٥)، كما يشترط في القبول أن يكون جدياً وحقيقياً، بمعنى أن تكون إرادة الموظف جادة في قبوله الوعد، فلا يعد مرتشياً من يتظاهر بالقبول بقصد الإيقاع بعراض الرشوة وضبطه متلبساً بتقديمها، وفي المقابل يجب أن يكون الراشي جاداً في عرض الرشوة، فيشترط في العرض أن يكون جدياً في ظاهره على الأقل، فإذا كان العرض غير جدي في ظاهره فلا يمكن أن ينصرف إليه القبول، وإذا حدث وقبله الموظف بالفعل فلا يسأل عن رشوة، مثال ذلك قول صاحب المصلحة للموظف بأنه سوف يكون مبسوطاً أو سوف يعطيه كل ما يملك، فكل هذه الوعود إما أنها هزلية أو غير ممكنة التحقق، أما إذا كان العرض جدياً في ظاهره وقبله الموظف فإنه يسأل عن رشوة تامة والعبرة في اعتبار العرض جدياً هو باعتقاد الموظف لا اعتقاد سواه^(٦).

(١) د. فتوح عبدالله الشاذلي - الجرائم المضرة بالمصلحة العامة - ص ٦٢ - مرجع سابق.

(٢) د. إبراهيم طنطاوي - المصدر السابق - ص ١٠١.

(٣) د. إبراهيم طنطاوي - المصدر السابق - ص ١٠١.

(٤) د. أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون العقوبات - القسم الخاص - ص ١٣٤ - مرجع سابق.

(٥) د. عوض محمد - الجرائم المضرة بالمصلحة العامة - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - ١٩٩٨م - ص ١٥.

(٦) د. إبراهيم طنطاوي - جرائم الاعتداء على الوظيفة - ص ١٠٣ - مرجع سابق.

ج- الأخذ: يمثل الأخذ الصورة الغالبة التي تتحقق بها جريمة الموظف المرتشي، ويعبر عنه (بالرشوة المعجلة) ^(١)، أي دخول الفائدة في حوزة الموظف أو في ذمته بفعل إرادي من جانبه، ويقصد بفعل الأخذ تسليم المقابل للمرتشي أي نقل حيازته إليه بأي طريقة كانت ^(٢)، وحصول الموظف فعلاً على الفائدة أو العطية، وتتميز هذه الصورة من صور الركن المادي بأنها ترد مباشرة على العطية أو الفائدة، سواءً سبقها وعد الإعطاء أو لم يسبقها هذا الوعد، وتعتبر أخطر صور الرشوة حيث يكون الموظف قد قبض فعلاً ثمن اتجاره بوظيفته أو استغلالها ^(٣)، ونلاحظ أن القانون المصري قد نص صراحةً على الأخذ في نص المادة (١٠٣) من قانون العقوبات، خلافاً للقانون اليمني الذي لم ينص على فعل الأخذ صراحةً في المادة (١٥١) من قانون الجرائم والعقوبات، ولكنها واردة ضمناً كما سبق وأن بينا ذلك، ولا يشترط أن يكون تسليم العطية أو المقابل مباشرة من الراشي إلى الموظف المرتشي، فقد يتم التسليم عن طريق شخص حسن النية لا يعلم بالغرض من التسليم أو شخص سيئ النية يعلم بالغرض من التسليم، وقد يرسل عن طريق البريد أو غيره، وتحقق المسؤولية الجنائية للموظف بمجرد علمه بالغرض من التسليم أو الإرسال وإرادته أخذ العطية أو المقابل وقبضه ^(٤).

ويستوي أن يكون التسليم وأخذ مقابل الرشوة حقيقياً، كأن يستلم الموظف مبلغاً من النقود أو يكون التسليم رمزياً، كأن يقوم الراشي بتسليم المرتشي مفتاح سيارة أو مفتاح البيت هذا في حالة أن يكون مقابل الرشوة مادياً، ويمكن أن يكون مقابل الرشوة فائدة أو منفعة معنوية، وفي هذه الحالة يتحقق الأخذ بحصول المرتشي على الفائدة أو المنفعة، كإلحاق ابنه بالعمل في إحدى الجهات الحكومية مقابل إنجاز الموظف أعمالاً معينة أو حصول الموظف على ترقية ^(٥)، ويتحقق الأخذ سواءً أخذ الموظف العطية لنفسه أو لغيره، ولا صعوبة في إثبات أخذ الموظف للرشوة بنفسه، فيثبت هذا الأمر بكافة طرق الإثبات باعتبار الأخذ واقعة مادية إذ يصعب على المرتشي تقديم سبب مشروع يبرر حيازة المقابل ^(٦).

(١) د. أحمد فتحي سرور- الوسيط في قانون العقوبات- القسم الخاص- ص ١٣٤.

(٢) د. فتوح عبدالله الشاذلي- الجرائم المضرة بالمصلحة العامة - ص ٦٥ - مرجع سابق.

(٣) د. أحمد فتحي سرور- الوسيط في قانون العقوبات- القسم الخاص - ص ١٣٥- مرجع سابق.

(٤) د. أحمد فتحي سرور- المصدر السابق- ص ١٣٥.

(٥) د. محمود نجيب حسني- شرح قانون العقوبات- القسم الخاص- ص ٣٧- مرجع سابق.

(٦) د. فتوح عبدالله الشاذلي- الجرائم المضرة بالمصلحة العامة- ص ٦٦- مرجع سابق.

العنصر الثاني: موضوع النشاط الإجرامي:

ينبغي أن ينصب السلوك الإجرامي للرشوة والتمثل في الطلب أو القبول أو الأخذ على فائدة أو عطية أو وعد بها، ولا عبرة بنوع هذه الفائدة أو قيمتها أو الصورة التي تقدم فيها، سواءً كانت عاجلة أو آجلة وسواءً كانت ظاهرة أو خفية وسواءً كانت مادية أو معنوية^(١)، يقصد بالفائدة كل ما يشبع حاجة النفس، وتنصرف الفائدة في جريمة الرشوة إلى أوسع معانيها فهي تعني مطلق المنفعة، وتعد الفائدة هي موضوع النشاط الإجرامي الذي يقترفه المرتشي عند ارتكابه للسلوك المادي الذي يتمثل في الأخذ أو القبول أو الطلب^(٢)، وقد توسع المشرع اليمني في تحديد موضوع النشاط الإجرامي، حيث نصت المادة (١٥١) من قانون الجرائم والعقوبات على أن: (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على عشر سنوات كل موظف عام طلب أو قبل عطية أو الامتناع عن عمل إخلالاً بواجبات وظيفته، وتكون العقوبة الحبس الذي لا تزيد مدته على ثلاث سنوات إذا كان العمل أو الامتناع حقاً ويعفى الشريك من العقوبة إذا بادر بإبلاغ السلطة القضائية والإدارية بالجريمة أو اعترف بها قبل قفل التحقيق الابتدائي)، وكذا نصت المادة (١٥٣) منه على أن: (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سبع سنوات كل موظف عام أدى عملاً أو امتنع عن أداء عمل إخلالاً بواجبات وظيفته ثم طالب أو قبل مالاً أو منفعة ملحوظاً فيها أنها مكافأة أو هدية له في مقابل ذلك ولو لم يكن هناك اتفاق سابق)^(٣).

وتتنوع أشكال الفائدة فقد تكون شيئاً مادياً مثل النقود أو الشيكات، أو المجوهرات أو الملابس أو فتح حساب في أحد البنوك لمصلحة المرتشي أو سداد دين عليه، وكل ما يمكن تقويمه بالنقود، وقد تكون الفائدة ذات طبيعة معنوية، وهنا تتسع لتشمل جميع الحالات التي يصير فيها وضع المرتشي أفضل من ذي قبل نتيجة لسعي الراشي، ومن ذلك حصول الموظف على ترقية أو على وظيفة لأحد أقاربه وقد تتمثل في منفعة كإعارة سيارة أو تأجير مكان بأجر رمزي^(٤)، ولا يشترط القانون تناسباً بين قيمة مقابل الرشوة وأهمية العمل الوظيفي، فيستوي أن تكون الفائدة التي يحصل عليها الموظف كبيرة أو قليلة، فضالة قيمة الفائدة وعدم تناسبها مع العمل أو الامتناع المطلوب من الموظف لا يحول دون قيام جريمة الرشوة^(٥)، ولكن يشترط في المقابل أن يكون مرتبطاً بالعمل

(١) د. عمر السعيد رمضان - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - ص ١٧ - مرجع سابق.

(٢) د. عوض محمد - الجرائم المضرة بالمصلحة العامة - ص ١٩، كذلك د. إبراهيم طنطاوي - ص ١٠٩ - مصدران سابقان.

(٣) القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م بشأن الجرائم والعقوبات.

(٤) د. فتوح عبدالله الشاذلي - الجرائم المضرة بالمصلحة العامة - ص ٦٦ - مرجع سابق.

(٥) د. محمد نجيب حسني - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - ص ٤١ - مرجع سابق.

الوظيفي بمعنى أن يكون حصول الموظف على الفائدة أو الوعد بها غاية أداء العمل الوظيفي أو الامتناع عنه^(١)، ويقصد بالتناسب الحد الأدنى الذي يتفق مع طبيعة الرشوة وكونها اتجاراً بأعمال الوظيفة، ويساوي القانون بين الحالة التي يحصل فيها المرتشي على الفائدة مباشرة بنفسه، وبين الحالة التي يحصل فيها على الفائدة بواسطة شخص آخر عينه المرتشي أو علم به ووافق عليه^(٢).

وتقوم جريمة الرشوة وإن كان مقابل الرشوة قد حصل عليه الراشي بطريقة غير مشروعة فمن يسرق أشياء مملوكة لشخص آخر ويقدمها للموظف للقيام بعمل، ويقبلها الموظف يعتبر مرتشياً، وبالمثل لو كان المال المقدم إلى الموظف قد تم اختلاسه من أموال الدولة أو متحصلاً من جريمة خيانة أمانة أو نصب، فلا عبرة بمصدر الفائدة المعطاة أو اسمها أو صورتها مادام الثابت أن الموظف قد طلبها أو قبلها أو أخذها لأداء عمل أو الامتناع عن عمل من أعمال وظيفته^(٣).

العنصر الثالث: مقابل الفائدة:

لا يكفي لقيام الركن المادي لجريمة الرشوة طلب الموظف أو أخذه أو قبول فائدة أو عطية أو وعد بها، وإنما يلزم فوق ذلك أن يكون لهذه الفائدة مقابل، يتمثل في قيام الموظف بأداء عمل من أعمال وظيفته أو الامتناع عن أدائه أو الإخلال بواجبات وظيفته^(٤)، وقد حددت المادة (١٥١) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني النافذ صور الأفعال التي يقوم به الموظف نظير حصوله على الفائدة أو العطية أو الوعد بها^(٥)، وتتمثل في الآتي.

الصورة الأولى: أداء عمل حق من أعمال الوظيفة أو الامتناع عن أدائه: تقتضي الوظيفة أداء الموظف للأعمال المنوطة به عندما يكون مختصاً بها، وهذا الأداء لأعمال الوظيفة من جانب الموظف يقتضي أن يقوم به من تلقاء نفسه دون أن يتوقف ذلك على مقابل أو فائدة يحصل عليها، ويقصد بأعمال الوظيفة تلك الأعمال التي تتطلبها المباشرة الطبيعية الاعتيادية للوظيفة سواءً تمثلت في أعمال قانونية أو تصرفات مادية، وتحدد القوانين واللوائح والأنظمة والتعليمات والأوامر الصادرة من الرؤساء الإداريين أعمال كل

(١) د. إبراهيم طنطاوي - جرائم الاعتداء على الوظيفة والمال - الرشوة والترفح - ص ١١٥ - مرجع سابق.

(٢) د. فتوح عبدالله الشاذلي - الجرائم المضرة بالمصلحة العامة - ص ٦٦ - مرجع سابق، وكذلك د. عبدالناصر الزنداني - شرح قانون الجرائم والعقوبات - القسم الخاص - ص ٧٣ - مرجع سابق.

(٣) د. عبدالناصر الزنداني - مرجع سابق - ص ٧٤.

(٤) د. رمسيس بهنم - الجرائم المضرة بالمصلحة العمومية - الباب الأول - ص ٢٤ - مرجع سابق.

(٥) د. عبدالناصر الزنداني - شرح قانون الجرائم والعقوبات - القسم الخاص - ص ٧٥ - مرجع سابق.

وظيفة^(١)، واختصاص الموظف بالعمل هو أن يكون لدى الموظف سلطة مباشرة على العمل الذي وقع الارتشاء مقابل تحقيقه أو الامتناع عنه، ولا يشترط في العمل المراد من الموظف أدائه أن يكون نهائياً فتقع الجريمة ولو كان خاضعاً للمراجعة والتمحيص، كما يستوي أن يكون العمل محل الامتناع قولاً أو فعلاً تنفيذياً وسواءً كان كلياً أو جزئياً^(٢).

الصورة الثانية: قيام بعمل أو الامتناع عن عمل إخلالاً بواجبات الوظيفة: يتسع مدلول الإخلال بواجبات الوظيفة بحيث يشمل كل عبث بالأعمال الوظيفية أو الانحراف عن أي واجب من واجبات الوظيفة، فجوهر الإخلال أن التصرف الصادر من الموظف يتعارض ويتنافى مع الواجبات العامة التي تفرضها الوظيفة والقانون^(٣)، فيتحقق الإخلال بواجبات الوظيفة مثلاً عند مخالفة الشروط الشكلية أو الموضوعية للعمل أو الانحراف في استعمال السلطة المخولة للموظف، كأن يقوم رئيس مصلحة بتعيين أحد المرشحين للوظيفة مقابل مبلغ مالي، أو منح أحد موظفيه ترقية أو مكافأة مالية لا يستحقها، ويتحقق الإخلال بواجبات الوظيفة إذا كان المطلوب من الموظف الامتناع عن أداء عمل من أعمال وظيفته كامتناع كاتب المحكمة من تحرير بعض الطلبات التي يبيدها أحد الخصوم أثناء الجلسة مقابل مبلغ مالي تسلمه من الراشي^(٤)، ومتى كان الموظف مخللاً بواجبات وظيفته امتنع البحث في اختصاصه أو عدمه لأنه لا محل للتحدث عن الاختصاص في مقام مخالفة القانون^(٥).

ثالثاً: الركن المعنوي في جريمة الرشوة

يتخذ الركن المعنوي في جريمة الرشوة لدى فقهاء القانون صورة القصد الجنائي، فالرشوة من الجرائم العمدية التي لا بد لقيامها من توافر القصد الجنائي، فلا بد أن يكون المرتشي أثناء ارتكابه لجريمة الرشوة بإحدى صورها قاصداً ارتكابها وتحقيق النتيجة الإجرامية^(٦)، والقصد الجنائي المتطلب لقيام جريمة الرشوة ينبغي توافره لدى المرتشي أي الموظف العام أو من في حكمه، أما القصد الذي ينبغي توافره بالنسبة للراشي والرائش هو قصد الاشتراك في جريمة الرشوة إذ يُعد كل واحد منهما شريكاً في جريمة الرشوة^(٧).

(١) د. إبراهيم طنطاوي - جرائم الاعتداء على الوظيفة - ص ٦٢ - مرجع سابق.

(٢) د. مأمون سلامة - الجرائم المضرة بالمصلحة العامة - الجزء الأول - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٨م - ص ١٦٣.

(٣) د. محمد إبراهيم الدسوقي - الجرائم الوظيفية - ص ١٠٠ - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٧م.

(٤) د. عبدالناصر الزنداني - شرح قانون الجرائم والعقوبات - القسم الخاص - ص ٧٩، ٨٠ - مرجع سابق.

(٥) د. كامل السعيد - شرح قانون العقوبات والجرائم المضرة بالمصلحة العامة - ص ٤٤٣ - مرجع سابق.

(٦) د. فتوح عبدالله الشاذلي - الجرائم المضرة بالمصلحة العامة - ص ٨٠ - مرجع سابق.

(٧) د. محمد نجيب حسني - شرح قانون العقوبات القسم الخاص - ص ٤٧ بند ٥٩ - مرجع سابق.

والقصد المتطلب توافره لدى المرتشي يقوم على عنصرين: العنصر الأول: العلم بكافة العناصر التي يتضمنها النموذج القانوني للجريمة، فيجب أن يكون عالماً بصفته أنه موظف عام أو من في حكمه، وأنه مختص بالعمل المطلوب، ويجب أن يعلم أثناء قبوله أو أخذه أو طلبه للفائدة أنها تقدم له مقابل قيامه بعمل من أعمال الوظيفة أو الامتناع عنه أو الإخلال بواجباتها^(١)، وترتيباً على ذلك إذا جهل الموظف العام ذلك انتفى لديه القصد الجنائي^(٢)، والعنصر الثاني: هو الإرادة والاختيار في إتيان السلوك الإجرامي، فلا يكفي توافر العلم بمعناه السابق لقيام جريمة الرشوة، وإنما يجب أن تتجه إرادة المرتشي إلى تحقق السلوك الذي يشكل ماديات الجريمة^(٣)، فيتعين أن تتجه إرادة الجاني إلى ارتكاب ماديات الجريمة والمتمثلة في الأخذ أو القبول أو الطلب للعطية أو الوعد بها بغية أداء عمل من أعمال الوظيفة أو الامتناع عنه أو الإخلال بواجباتها، ويلزم كذلك أن تتجه إرادة الجاني إلى أخذ العطية سواءً بنية التملك أو الانتفاع والاستفادة منها، وسواءً كانت استفادته شخصية أو لغيره^(٤).

والإرادة التي يتحقق بها القصد الجنائي ينبغي أن تكون حرة مختارة، فإذا ثبت أن الموظف الذي طلب أو قبل الرشوة كان واقعاً تحت ضغط أو إكراه مادي أو معنوي انتفى القصد الجنائي لديه^(٥)، وعليه إذا لم تتجه إرادة الموظف إلى ذلك فإن القصد الجنائي لا يكون متوافراً في حقه، ولا تلحق بالموظف المسؤولية عن جريمة الرشوة إذا كانت إرادته غير جادة في طلب العطية أو قبول الوعد بها أو إذا اتجهت إرادته إلى رفض العطية ويحدث هذا إذا وضع صاحب الحاجة العطية في جيب الموظف أو أسقطها في درج مكتبه لكنه سارع بعد اكتشاف وجودها إلى رفضها وإبلاغ السلطات بأمرها^(٦)، ومتى توافر العلم والإرادة على النحو السابق تحقق القصد الجنائي لجريمة الرشوة، ولو اتجهت إرادة الموظف إلى عدم القيام بعمل أو الامتناع عن القيام به التي قدمت العطية أو المزية مقابل القيام به^(٧).

- (١) د. محمود صالح العدلي - الموسوعة الشاملة في شرح قانون العقوبات - ص ٧٠ - مرجع سابق.
 (٢) كانتفاء علم المتهم بأنه موظف حيث صدر القرار بتعيينه ولكنه لم يبلغ، أو اعتقد أنه غير مختص بالعمل وأنه من اختصاص موظف آخر، أو انتفى علمه بالغرض من تقديم المقابل إليه كما لو اعتقد أنها تمثل الرسوم المفروضة قانوناً لأداء العمل، ففي هذه الحالات لا يعد القصد متوفراً لدى الموظف المتهم بالرشوة..
 (٣) د. فتوح عبدالله الشاذلي - الجرائم المضرة بالمصلحة العامة - ص ٨٨ - مرجع سابق.
 (٤) د. أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون العقوبات - القسم الخاص - ص ٢٥٩ - بند ٩٦ - مرجع سابق.
 (٥) د. فتوح عبدالله الشاذلي - المصدر السابق - ص ٨٩.
 (٦) د. عمر السيد رمضان - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - ص ٢٥ - مرجع سابق.
 (٧) د. عبدالناصر الزنادي - شرح قانون الجرائم والعقوبات - القسم الخاص - ص ٨٧ - مرجع سابق.

ويثار التساؤل في الفقه القانوني عن القصد الجنائي في جريمة الرشوة هل هو قصد عام أو قصد خاص، وقد انقسم الفقه في ذلك إلى اتجاهين:

- الاتجاه الأول: ذهب إلى اشتراط القصد الخاص في جريمة الرشوة، ويتمثل في نية الاتجار بأعمال الوظيفة أو نية استغلال الوظيفة^(١)، فلا يكفي مجرد العلم والإرادة المنصرفين إلى أركان الجريمة، بل لابد أن يصاحب ذلك نية إجرامية خاصة، هي قصد المرتشي الاتجار بالوظيفة العامة أو استغلالها، وترتيباً على ذلك فإن جريمة الرشوة لا تقوم إذا تظاهر الموظف بقبول الرشوة المقدمة إليه بغرض تمكين السلطات من القبض على الراشي، لانتفاء نية الاتجار لديه ونية الاستغلال للوظيفة وبالتالي انتفاء القصد الجنائي الخاص^(٢).
- الاتجاه الثاني: ذهب إلى أن القصد الجنائي الذي يجب توافره لدى المرتشي لقيام جريمة الرشوة هو القصد الجنائي العام^(٣)، الذي يقوم على العلم والإرادة المنصرفين إلى تحقيق أركان الجريمة، وتوافر القصد العام وحده كاف لقيام جريمة الرشوة، ومن ثم لا يلزم توافر قصد خاص في هذه الجريمة، كون نية الاتجار بالوظيفة واستغلالها لا تدخل في البنيان والتكوين القانوني للجريمة، بدليل أن جريمة الرشوة تقوم ولو كانت إرادة المرتشي متجهة منذ البداية إلى عدم تنفيذ العمل الذي تلقى الفائدة كمقابل له^(٤).

وقد أخذ المشرع اليمني بالاتجاه الثاني، حيث نصت المادة (٩) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني على: (توافر القصد إذا ارتكب الجاني الفعل بإرادته وعلمه وبنية إحداث النتيجة المعاقب عليها ولا عبرة في توافر القصد بالدافع إلى ارتكاب الجريمة أو الغرض منها إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك، ويتحقق القصد كذلك إذا توقع الجاني نتيجة إجرامية لفعله فأقدم عليه قابلاً حدوث هذه النتيجة)، كما نصت المادة (٨) من القانون اليمني على أنه: (لا يسأل شخص عن جريمة إلا إذا ارتكبها قصداً (عمداً) أو بإهمال)، ويظهر من النصين السابقين أن القانون اليمني قد نص على ضرورة توافر القصد العام عند ارتكاب الجريمة، المتمثل في العلم والإرادة، بحيث تتجه إرادة الموظف إلى طلب أو قبول أو أخذ العطية أو الوعد بها، وأن يكون على علم بأن تلك العطية مقابل

(١) د. أحمد فتحي سرور- الوسيط في قانون العقوبات - القسم الخاص - ص ١٥٩ - مرجع سابق.

(٢) د. إبراهيم طنطاوي- جرائم الاعتداء على الوظيفة - المال العام - الرشوة والتربح - ص ١٢٠ - مرجع سابق..

(٣) د. فتوح عبدالله الشاذلي- المصدر السابق - ص ٨٢.

(٤) د. مأمون سلامة- قانون العقوبات القسم الخاص - ص ١٨١ - مرجع سابق.

الاتجار بالوظيفة واستغلالها، وهو بذلك يتفق مع القانون المصري طبقاً لنص المادتين (١٠٣، ١٠٤مكرر) من قانون العقوبات المصري.

الفرع الثالث

عقوبة مرتكب جريمة الرشوة في القانون اليمني والمصري

عرف فقهاء القانون العقوبة بأنها: جزاء جنائي يتضمن إيلاماً مقصوداً يقرره القانون ويوقعه القضاء على من يثبت مسؤليته عن الجريمة، وعرفها آخرون بأنها: جزاء يوقع باسم المجتمع تنفيذاً لحكم قضائي على من تثبت مسؤليته عن الجريمة^(١)، وعقوبة الرشوة المنصوص عليها في القانون اليمني وبعض القوانين العربية هي عقوبة محددة، وبالرجوع إلى نص المادة (١٥١) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني، نجد أن العقوبة المقررة على ارتكاب جريمة الرشوة تنقسم إلى نوعين من العقوبات، عقوبة أصلية وعقوبة تكميلية وجوبية، على النحو الآتي^(٢):

أ- **العقوبة الأصلية:** وهي عقوبة الحبس حيث نصت المادة (١٥١) على عقوبة الموظف العام المرشحي بالحبس مدة لا تزيد على عشر سنوات، وذلك عند طلب الموظف العام أو قبوله عطية أو مزية من أي نوع أو وعد بها، مقابل قيامه بأداء عمل أو الامتناع عن عمل إخلالاً بواجبات الوظيفة، والظرف المشدد للعقوبة في هذه الحالة هي كون الموظف قد أخل بواجبات وظيفته، وتعتبر الجريمة في هذه الحالة جريمة جسيمة وفقاً للقانون^(٣)، أما إذا كان العمل المطلوب أداؤه أو الامتناع عنه حقاً أي مطابقاً لواجبات الوظيفة قانوناً، فإن العقوبة تكون أخف شدة من الأولى وهي الحبس الذي لا تزيد مدته على ثلاث سنوات، وتعتبر الجريمة في هذه الحالة جريمة غير جسيمة وفقاً للقانون^(٤).

(١) د. محمود محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات القسم العام - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٤م - ص ٥٥٥.

(٢) القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م بشأن الجرائم والعقوبات.

(٣) وقد قسم المشرع اليمني الجرائم من حيث جسامته الفعل الإجرامي إلى نوعين جرائم جسيمة وجرائم غير جسيمة، أخذاً بالتقسيم الثنائي للجريمة، حيث نصت المادة (١٥) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني على أن تنقسم الجرائم من حيث جسامتها إلى نوعين: جرائم جسيمة وجرائم غير جسيمة) وكل نوع من هذه الجرائم قرر القانون لها عقوبة مستقلة عن الأخرى، والجرائم الجسيمة هي: ما عوقب عليها بحد مطلقاً أو بالقصاص بالنفس أو بإبانة طرف أو أطراف وكذلك كل جريمة يعزر عليها بالإعدام أو بالحبس مدة تزيد على ثلاث سنوات طبقاً لنص المادة (١٦) منه.

(٤) الجرائم غير الجسيمة هي: التي يعاقب عليها أصلاً بالدية أو بالأرث أو بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات أو بالغرامة طبقاً لنص المادة (١٧) من ذات القانون.

ب- العقوبة التكميلية: والعقوبة التكميلية هي المصادرة، حيث نصت المادة (١٦١) من قانون الجرائم والعقوبات على أنه (يحكم في جميع الأحوال بمصادرة ما تحصل أو عرض من الرشوة أو استغلال النفوذ)، والمصادرة يقصد بها الضم القسري أو الجبري لما تم استعماله في الجريمة أو جرى تحصيله منها إلى الملكية العامة دون تعويض^(١)، أي الاستيلاء على أموال المحكوم عليه وانتقال ملكيتها إلى الدولة بدون عوض، فالمصادرة هي تجريد الشخص من ملكية مال أو حيازة شيء معين له صلة بجريمة وقعت أو يخشى وقوعها، وإضافة ملكيتها إلى الدولة قهراً عن صاحبها بلا مقابل بناءً على حكم قضائي^(٢)، وتعد المصادرة عقوبة تكميلية وجوبية في جريمة الرشوة، يلزم على القاضي الحكم بها والنص عليها من تلقاء نفسه، وموضوع المصادرة في جرائم الرشوة ويشمل جميع الأموال والمنقولات المتحصلة من الجريمة^(٣)، وتخضع المصادرة لأحكام القواعد العامة من حيث أنها لا ترد إلا على الأشياء المادية التي أخذها المرتشي فعلاً سواءً كانت نقدية أو عينية أو منقولة أو ثابتة، فلا محل للمصادرة إذا اقتضت الرشوة على وعد أو طلب، ويشترط لصحة الحكم بالمصادرة أن ترد على مال تم ضبطه من قبل السلطات^(٤)، ولا يجوز أن تمس المصادرة بحقوق الغير حسن النية، ويقصد بحسن النية أن يكون بعيداً عن جريمة الرشوة ولم يسهم فيها بأي وجه من الوجوه، فلا يجوز الحكم بمصادرة العطية إذا كان مالها حسن النية قد أجزها للراشي أو أعاره إياها أو رهنها لديه أو كانت قد سرقت منه^(٥).

أما عقوبة جريمة الرشوة في القانون المصري فقد نصت المادة (١٠٣) من قانون العقوبات المصري على أن: (كل موظف عمومي طلب لنفسه أو لغيره أو قبل أو أخذ وعداً أو عطية لأداء عمل من أعمال وظيفته يعد مرتشياً ويعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة ويغرامة لا تقل عن ألف جنية ولا تزيد على ما أعطي أو وعد به)، ونصت المادة (١٠٤) منه على أن: (كل موظف عمومي طلب لنفسه أو لغيره أو قبل أو أخذ وعداً أو عطية للامتناع

(١) د. حسن علي مجلي- جرائم الموظفين في القانون والقضاء اليمني- ص ٦٣- مرجع سابق.

(٢) د. عوض محمد- قانون العقوبات القسم العام- ص ٥٧٤- مرجع سابق.

(٣) د. فتوح عبدالله الشاذلي- الجرائم المضرة بالمصلحة العامة- ص ٩٩، وكذلك د. حسن علي مجلي- جرائم الموظفين في القانون والقضاء اليمني- ص ٦٣، ٦٤- مرجع سابق.

(٤) د. محمود نجيب حسني- شرع قانون العقوبات- القسم العام- ص ٥٠، وكذلك د. فتوح عبدالله الشاذلي- الجرائم المضرة بالمصلحة العامة- ص ١٠٠، ٩٩، كذلك د. عوض محمد- الجرائم المضرة بالمصلحة العامة- ص ٣٦- مراجع سابقة.

(٥) د. محمد عوض- الجرائم المضرة بالمصلحة العامة- ص ٣٦- مرجع سابق.

عن عمل من أعمال وظيفته أو للإخلال بواجباتها أو لمكافأته على ما وقع منه من ذلك يعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة وضعف الغرامة المذكورة في المادة (١٠٣) من هذا القانون)، يتضح من خلال النصين أن المشرع المصري قد عاقب مرتكب جريمة الرشوة بالأشغال الشاقة المؤبدة كعقوبة أصلية، وبغرامة مالية لا تقل عن ألف جنية ولا تزيد على ما أعطي أو وعد به كعقوبة تكميلية.

الخاتمة

توصلت في نهاية هذه الدراسة إلى عدد من النتائج والتوصيات أتناولها على النحو الآتي:

أولاً: النتائج

١. أن الرشوة جريمة محرمة ومعاقب عليها في كل من الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، لما تنطوي عليه من أضرار جسيمة وآثار خطيرة على الفرد والمجتمع، وأن للرشوة تعريفات متعددة، قد تختلف في الألفاظ ولكنها تتفق في المضمون.
٢. وجود المرتشي ركن أساسي لقيام جريمة الرشوة، ويشترط فيه صفة معينة وهو أن يكون من موظفي الدولة ومن في حكمهم، فلا يمكن القول بوجود الراشي أو الرائش إلا إذا وجد المرتشي في حين أنه يمكن القول بوجود مرتش دون أن يوجد راش أو رائش.
٣. الركن المادي لجريمة الرشوة يتمثل في سلوك أو نشاط صادر من المرتشي في صورة طلب العطية أو الفائدة أو أخذها أو قبولها، يعبر بهذا السلوك عن رغبته في الارتشاء أو الارتزاق من أعمال وظيفته، أما الركن المعنوي لها فهو اتجاه نية المرتشي إلى إتيان الفعل مع علمه بأنه محرم.
٤. عاقبت الشريعة الإسلامية على جريمة الرشوة بعقوبات تعزيرية مختلفة، وتركت للقاضي سلطة واسعة في تقدير العقوبة الملائمة بالنظر إلى المجرم والجريمة بما يحقق الإصلاح والردع والزجر العام، أما القوانين الوضعية فقد عاقبت على جريمة الرشوة بعقوبات أصلية هي (الحبس أو الغرامة) وأخرى تكميلية مثل (المصادرة) وتطبق هذه العقوبات على كل الجناة في جريمة الرشوة.

٥. أن قانون الجرائم والعقوبات اليمني لم ينص على عقوبة العزل من الوظيفة صراحة في العقوبات المحددة لجريمة الرشوة.

ثانياً: التوصيات

يرى الباحث إعادة النظر في صياغة بعض نصوص قانون الجرائم والعقوبات اليمني المتعلقة بجريمة الرشوة، على النحو الآتي:

١. تقسيم المادة رقم (١٥٣) منه والخاصة بـ (الارتشاء اللاحق) إلى مادتين تكون إحداها خاصة بالارتشاء اللاحق، وتكون الأخرى خاصة بالمكافأة اللاحقة، وذلك على غرار المشرع المصري.

٢. النص على عقوبة عزل الموظف وإدراجها صراحة في العقوبة المقررة على ارتكاب جريمة الرشوة.

١. تفعيل دور المؤسسات التعليمية والدينية المختلفة (المدرسة- الجامعة- المسجد- الأسرة) بما يحقق نشر وغرس المبادئ والقيم الدينية والأخلاقية السلمية لدى أفراد المجتمع، واتباع سياسة إعلامية هادفة تؤدي إلى غرس القيم الاجتماعية والدينية الفاضلة.

٢. تحقيق توازن فعلي في مستويات المرتبات والأجور للعاملين والموظفين في القطاعين العام والخاص يتناسب مع مستوى المعيشة ويواكب التغيرات الاقتصادية، والأخذ بمعيار الكفاءة والخبرة والنزاهة والأمانة عند التعيين في الوظائف العامة بالإضافة إلى المؤهلات العلمية الجيدة، مع تطبيق مبدأ الثواب والعقاب.

٣. عدم التهاون في تطبيق العقوبات القانونية بحزم ومصداقية على كل من يثبت ارتكابه لجريمة الرشوة، دون تفرقة بين موظف وآخر بما يحقق الردع والزجر ويساعد على مكافحة هذه الجريمة.

٤. تفعيل ودعم دور الأجهزة الرقابية المختلفة وتوسيع صلاحيتها وتنظيم العلاقة فيما بينها بما يحقق القيام بالأعمال المنوطة بها ويساعد على مكافحة هذه الجرائم والحد منها.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع اللغوية

١. جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور- لسان العرب - دار إحياء التراث العربي- بيروت - (ط. ٣) - ١٩٩٩م.
٢. سليمان بن أحمد الطبراني- المعجم الكبير- مكتبة العلوم- الموصل- ١٩٨٣م.
٣. علي بن محمد الجرجاني - التعريفات - دار الكتب العلمية - بيروت - سنة ١٤٠٣هـ.
٤. الإمام مجد الدين أبو السعادات بن محمد الجزري بن الأثير - النهاية في غريب الحديث والأثر- دار إحياء التراث العربي - بيروت - ٢٠٠١م.
٥. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي - القاموس المحيط - مؤسسة الرسالة - بيروت - ١٩٨٦م.
٦. محمد بن أبو بكر الرازي - مختار الصحاح - مكتبة لبنان - بيروت - ١٩٨٦م.
٧. محمد علي التهانوي- كشاف اصطلاحات الفنون - دار الفكر - بيروت - ١٤٠٤هـ.

ثانياً: المراجع الشرعية والفقهية

١. عبدالله بن محمد أحمد الأنصاري القرطبي - الجامع لأحكام القرآن - الطبعة الأولى - دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان - ١٩٩٥م.
٢. جار الله محمود بن عمر الزمخشري - الكشاف - دار الفكر للطباعة والنشر - ١٩٩٧م.
٣. محمد بن جرير الطبري - جامع البيان في تفسير القرآن - دار الفكر - بيروت - ١٩٨٤م.
٤. محمد علي محمد الشوكاني - فتح القدير - الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير - دار ابن كثير - دمشق - ١٩٩٤م.
٥. الحديث الشريف:
٦. أحمد بن حجر العسقلاني - فتح الباري بشرح صحيح البخاري - دار الفكر - القاهرة - ١٤١٥هـ.
٧. أحمد بن حنبل - المسند - عالم الكتب - بيروت - ط. ١ - ١٩٩٨م.

٨. سليمان بن الأشعث السجستاني - سنن أبي داود - مؤسسة الكتب الثقافية - ١٩٨٨م.
٩. محمد شمس الحق أبادي - عون المعبود بشرح سنن أبو داود - دار الكتاب العربي - بيروت - بدون تاريخ.
١٠. محمد بن عيسى الترمذي - سنن الترمذي - دار إحياء التراث العربي - بيروت - بدون تاريخ.
١١. محمد بن يزيد القزويني - سنن ابن ماجه - دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان.
١٢. محمد بن علي الشوكاني - نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار - دار إحياء التراث العربي - بيروت - الطبعة الأولى - ٢٠٠١م.
١٣. محمد بن إسماعيل البخاري - صحيح البخاري - الطبعة الأولى - دار صادر - بيروت - ٢٠٠٤م.
١٤. الصنعاني محمد بن إسماعيل الأمير - سبل السلام شرح بلوغ المرام - دار الغد الجديد - مصر - الطبعة الأولى - ٢٠٠٥م.
١٥. أحمد بن مفتاح المرتضى - شرح الأزهار - دار إحياء التراث العربي - صنعاء - بدون تاريخ.
١٦. أحمد بن يحيى المرتضى - البحر الزخار - دار الحكمة اليمانية - صنعاء ١٩٨٨م.
١٧. إبراهيم بن محمد البيجوري الشافعي - حاشية البيجوري - مؤسسة الحلبي مصر - ١٣٤٣هـ.
١٨. القاسم بن محمد بن علي - الاعتصام بحبل الله المتين - مطبعة الجامعة العلمية - ١٩٨٣م.
١٩. السيد سابق - فقه السنة - مكتبة الرشيد الرياض - الطبعة الأولى - ٢٠٠١م.
٢٠. زين العابدين إبراهيم بن نجيم المصري - رسائل ابن نجيم - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٩٨٠م.
٢١. حسام الدين عمر بن عبدالعزيز الخصاف - شرح آداب القاضي - دار لسان العرب - بيروت - بدون تاريخ.

٢٢. جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي - الأشباه والنظائر - الجزء الثاني - دار الفكر.
٢٣. جمال الدين السيد عبدالله جمال - تعريف السياسة الشرعية في حقوق الراعي وسعادة الرعية - مطبعة الدقي - القاهرة - ١٣١٨هـ.
٢٤. عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي - المغني - عالم الكتب - بيروت - بدون تاريخ.
٢٥. عبدالرحمن محمد قاسم النجدي - حاشية الروض شرح زاد المتقنع - الطبعة الثانية - ١٤١٩هـ.
٢٦. علي بن محمد بن حبيب البغدادي الماوردي - الأحكام السلطانية والولايات الدينية - دار الكتب العلمية - بيروت - بدون تاريخ.
٢٧. علي بن أحمد سعيد بن حزم الأندلسي - المحلى - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٩٨٨م.
٢٨. علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني - بدائع الصنائع - دار الفكر - بيروت لبنان - ١٩٩٦م.
٢٩. عبدالقادر عودة - التشريع الجنائي الإسلامي - مكتبة دار التراث - القاهرة - ٢٠٠٣م.
٣٠. محمد بن محمد الغزالي - إحياء علوم الدين - دار المعرفة - بيروت [د.ت].
٣١. محمد علي الشوكاني - الدراري المضيئة شرح الدرر البهية - دار المعرفة - بيروت - لبنان - ١٩٧٨م.
٣٢. محمد بن محمد الحسيني الزبيدي - إتحاف السادة المتقين بشرح إحياء علوم الدين - دار إحياء التراث العربي - بيروت - ١٤١٤هـ.
٣٣. محمد عرفة الدسوقي - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - دار الفكر - بدون مكان نشر (بدون تاريخ).
٣٤. محمد أبوزهرة - الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي - دار الفكر العربي - القاهرة - مصر - ١٩٩٨م.
٣٥. محمد أمين بن عمر بن عابدين - رد المختار على الدر المختار - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤١٥هـ.

٣٦. محمد صديق حسن البخاري - الروضة الندية شرح الدرر البهية - دار الندى - الطبعة الثانية - ١٩٩٣م.
٣٧. منصور يونس بن إدريس البهوتي - كشاف القناع على متن الإقناع - عالم الفكر - بيروت ١٤٠٣هـ.
٣٨. محي الدين شرف النووي - كتاب المجموع - دار إحياء التراث العربي - ط ١٠ - بيروت - لبنان - ٢٠٠١م.
٣٩. وهبة الزحيلي - الفقه الإسلامي وأدلته - الطبعة الرابعة - دار الفكر المعاصر - بيروت - لبنان - ١٩٩٧م.

ثالثاً: المراجع القانونية:

١. د. إبراهيم حامد طنطاوي - جرائم الاعتداء على الوظيفة - المال العام - الرشوة والتربح - الطبعة الأولى - المكتبة القانونية - مصر - ٢٠٠٠م.
٢. أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون العقوبات - القسم الخاص - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٧٢م.
٣. جندي عبدالملك - الموسوعة الجنائية - دار إحياء التراث العربي - بيروت لبنان - بدون تاريخ.
٤. حسن عبدالباقي مغيب - جرائم الرشوة والاعتداء على المال العام - الطبعة الأولى - المكتبة القانونية - القاهرة - ١٩٨٧م.
٥. حسن علي مجلي - جرائم الموظفين في القانون والقضاء اليمني - مركز عبادي للدراسات والنشر - الطبعة الأولى - صنعاء ٢٠٠٧م.
٦. د. حمدي رجب عطية - جرائم الموظفين - دون طبعة - ٢٠٠٦م.
٧. د. رمسيس بهنام - الجرائم المضرة بالمصلحة العامة - دار المعارف - الإسكندرية - بدون تاريخ.
٨. د. سعد إبراهيم الأعظمي - موسوعة مصطلحات القانون الجنائي - وزارة الثقافية بغداد ٢٠٠٢م.
٩. د. سعد إبراهيم الأعظمي - المعجم في الجرائم الماسة بأمن الدولة الخارجي - دار الشئون الثقافية بغداد ٢٠٠٠م.

١٠. د. عبدالحميد الشواربي - المسؤولية الجنائية في قانون العقوبات - الطبعة الثالثة - القاهرة - ١٩٩٨م.
١١. د. عبدالمهيمن بكر - القسم الخاص بقانون العقوبات - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٦م.
١٢. د. عبدالفتاح الصيفي - علم الإجرام والعقاب - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - ١٩٩٧م.
١٣. د. عبدالناصر الزنداني - شرح قانون الجرائم والعقوبات - القسم الخاص - الطبعة الرابعة - مركز الصادق - ص ٢٠٠٤.
١٤. د. عبدالحكيم فودة - الموسوعة الجنائية الحديثة - دار الفكر والقانون بالمنصورة - مصر ٢٠٠٢م.
١٥. د. علي حسن الشرفي - شرح قانون الجرائم والعقوبات اليمني - أوان للخدمات الإعلامية - صنعاء - ١٩٩٧م.
١٦. د. علي عبدالقادر القهوجي - شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية - منشورات الحلبي - بيروت - ٢٠٠٢م.
١٧. د. عمر السعيد رمضان - شرح قانون العقوبات القسم الخاص - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٦م.
١٨. د. عوض محمد - الجرائم المضرة بالمصلحة العامة - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - ١٩٩٨م.
١٩. د. فتوح عبدالله الشاذلي - قانون العقوبات - القسم العام - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - ١٩٩٨م.
٢٠. كامل السعيد - شرح قانون العقوبات - الجرائم المضرة بالمصلحة العامة - الطبعة الأولى - دار الثقافة للنشر والتوزيع - الأردن - ٢٠٠٨م.
٢١. د. معوض عبدالنواب - الموسوعة الجنائية الشاملة - مكتبة عالم الفكر والقانون - ٢٠٠٢م.
٢٢. د. محمود محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٤م.

٢٣. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات - القسم العام - الطبعة الرابعة - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٤م.
٢٤. د. ابراهيم زيد الكيلاني - الرشوة وأثرها على الحقوق - دار النشر - الرياض - ١٩٩٢م.
٢٥. د. حسين مدكور - الرشوة في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٤م.
٢٦. أحمد محمد الأمين - الرشوة وخطرها على الفرد والمجتمع - مركز الصف الإلكتروني - لبنان - ٢٠٠٢م.

خامساً: القوانين:

١. القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م بشأن الجرائم والعقوبات.
٢. القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م بشأن الإجراءات الجزائية.
٣. القانون رقم (٢٢) لسنة ١٩٦٣م بشأن الجرائم المضرة بالمصلحة العامة.
٤. قانون العقوبات المصري رقم (٦٩) لسنة ١٩٥٣م.
٥. قانون العقوبات القطري رقم (١١) لسنة ٢٠٠٤م.
٦. قانون العقوبات العماني رقم (٧) لسنة ١٩٧٤م.
٧. قانون العقوبات السوداني لسنة ١٩٩١م.
٨. قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩م.
٩. قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠م.
١٠. القانون المصري رقم (٢١٠) لسنة ١٩٥١م بشأن موظفي الدولة.
١١. قانون الجزاء الكويتي رقم (٣٠) لسنة ١٩٧٠م.



المجلة
البحوث والأبحاث
القانونية
والاجرائية

مجلة

البحوث والأبحاث
القانونية
والاجرائية

الانعدام الإجرائي في القانون اليمني

المحامي. الدكتور/
هشام قائد عبد السلام الشميري

تباينت آراء الفقه وأحكام القضاء بشأن مدى اعتراف القانون اليمني بفكرة الانعدام الإجرائي وبشأن تحديد مجال العمل القضائي الذي يرد عليه جزاء الانعدام؛ ويرجع ذلك التباين إلى الاختلاف حول مدلول مصطلح (العمل القضائي) الذي يرد عليه جزاء الانعدام الوارد في المادة (٥٥) من قانون المرافعات بين مضيق وموسع، وسوف نبين ذلك على النحو الآتي:

أولاً: موقف الفقه اليمني

إن استعمال المشرع في المادة (٥٥) مرافعات بشأن تحديده للمحل الذي يرد عليه جزاء الانعدام مصطلح (العمل القضائي) لم يحظ باستحسان فقهاء وشرح قانون المرافعات اليمني الذين اعتبروا هذا المصطلح مصطلحاً غير واضح وغير منضبط ما أدى إلى اختلافهم بشأن المراد بمصطلح (العمل القضائي) الذي استتبع اختلافهم بشأن تحديد المحل الذي يرد عليه جزاء الانعدام، وانقسم اختلافهم ذلك إلى ثلاثة آراء وهي:

الرأي الأول: ذهب أغلب الفقه اليمني إلى أن مصطلح (العمل القضائي) الوارد في المادة (٥٥) مرافعات ينصرف فقط إلى العمل القضائي الذي يقوم به القاضي ولا ينصرف إلى الأعمال الإجرائية الأخرى التي تحكمها القواعد العامة في الانعدام، فهذا الرأي وإن كان قد ذهب إلى أن مصطلح (العمل القضائي) لا ينصرف إلى الأعمال الإجرائية التي ليست من عمل القاضي إلا أنه انتهى إلى أن هذه الاعمال يرد عليها الانعدام وتحكمها القواعد العامة للانعدام. (د. سعيد خالد الشرعبي أصول القضاء المدني ص ٣٠٤، د. إبراهيم محمد الشرفي شرح قانون المرافعات ص ٢٣٥، القاضي محمد نعمان الأمير تنظيم البطلان في قانون المرافعات)

الرأي الثاني: ذهب إليه بعض الفقه اليمني الذي يرى أن مصطلح (العمل القضائي) الوارد في المادة (٥٥) مرافعات ينصرف إلى العمل القضائي الذي يقوم به القاضي وينصرف أيضاً إلى الأعمال الإجرائية الأخرى التي ليست من عمل القاضي، فالانعدام مثله مثل جزاء البطلان يرد على العمل الإجرائي أيًا كان شخص القائم به سواءً أكان القاضي أو معاونيه أو الخصوم أو الغير بشرط أن يكون ذلك العمل جزءاً من العمل القضائي الذي يقوم به القاضي. (د. نجيب الجبلي قانون المرافعات اليمني ص ٤٣٢).

الرأي الثالث: في حين ذهب جانب آخر من الفقه اليمني إلى أن مصطلح (العمل القضائي) الوارد في المادة (٥٥) مرافعات الذي يرد عليه جزاء الانعدام ينصرف فقط إلى الحكم القضائي دون غيره من الأعمال الإجرائية الأخرى سواءً التي يقوم بها القاضي أو التي ليست من عمل القاضي؛ وحجة هذا الرأي أن المشرع في المادة (٥٥) مرافعات قد جعل العمل القضائي هو المحل الذي يرد عليه جزاء الانعدام وأن الحكم القضائي يعتبر هو العمل القضائي الذي يقوم به القاضي، كما أن جميع تطبيقات الانعدام التي أوردها المشرع اليمني في قانون المرافعات تكاد جميعها تتعلق بالحكم القضائي. (د. صادق العري انعدام الحكم القضائي ص ٤٦، ٨٠، القاضي. د. عصام السماوي نظرية الانعدام ورقة عمل)

ثانياً: موقف القضاء اليمني

تباينت أحكام المحكمة العليا بشأن مدى اعتراف القانون اليمني بفكرة الانعدام الإجرائي وبشأن تحديد مجال العمل القضائي الذي يرد عليه جزاء الانعدام؛ ويرجع ذلك التباين إلى الاختلاف حول مدلول مصطلح (العمل القضائي) الوارد في المادة (٥٥) من قانون المرافعات الذي يرد عليه جزاء الانعدام بين مضيق وموسع، ولذلك فقد ذهب أحكام المحكمة العليا في رؤيتها لفكرة الانعدام الإجرائي إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: ذهب جانب من أحكام المحكمة العليا إلى أن القانون اليمني لا يعترف بالانعدام الإجرائي وأن الانعدام المقرر في قانون المرافعات يقتصر على الأحكام القضائية التي اختلفوا بشأنها بين موسع ومضيق، فمنهم من ذهب إلى أن جزاء الانعدام يقتصر على الأحكام الموضوعية فقط دون غيرها من الأحكام الأخرى كالأحكام الإجرائية أو الأحكام المستعجلة أو الأحكام التنفيذية، ومنهم من ذهب إلى أن جزاء الانعدام يقتصر على الأحكام المتعلقة بمرحلة الخصومة الصادرة في خصومة إجرائية أو موضوعية دون القرارات التنفيذية الصادرة في مرحلة التنفيذ، ومنهم من ذهب إلى أن الانعدام يلحق أي حكم سواءً كان قطعياً أو غير قطعي، موضوعي أو إجرائي وقتي أو غير وقتي وسواءً كان متعلقاً بمرحلة الخصومة أو بمرحلة التنفيذ وسواءً كان متعلقاً بخصومة قضائية أو بخصومة تحكيم، ومنهم من ذهب إلى أن الانعدام يقتصر على الأحكام الصادرة من المحاكم فقط دون أحكام التحكيم. ونذكر من أحكام المحكمة العليا التي أخذت بهذا الاتجاه على سبيل المثال لا الحصر الحكم الصادر من الدائرة المدنية الهيئة (أ) برقم (٢٠٣) لسنة ١٤٤٣ هـ

وتاريخ ٢٩/٦/٢٠٢٣م الذي جاء ضمن أسبابه ما لفظه: (إن الانعدام الإجرائي ليس له محل في القانون اليمني وأن الانعدام لا يرد إلا على الأحكام الموضوعية وفقاً لما بينته المادة (٢١٧) مرافعات، والحكم الصادر من الدائرة المدنية الهيئة (أ) برقم (١٢٩) لسنة ١٤٤٢هـ وتاريخ ١٠/٧/٢٠٢١م الذي جاء ضمن أسبابه ما لفظه: (إن ما تضمنته عريضة دعوى الانعدام جميعه يقوم على الانعدام الإجرائي وهو غير معترف به في القانون اليمني كون الانعدام مقصور على ما قرره القانون في المادة (٥٥) مرافعات، والحكم الصادر من الدائرة المدنية الهيئة (أ) بتاريخ ٢٦/٥/٢٠٠٨م في الطعن المدني رقم (٢٩٠٢٣) لسنة ١٤٢٧هـ الذي جاء ضمن أسبابه ما لفظه: (أما صدور ما سمي بالقرار التنفيذي الصادر في ١٩/١٩/١٤٢٥هـ بعد ذلك فالظاهر أن الطاعن لم يدرك حقيقته القانونية وما إذا كان حكماً أو قراراً ولائياً أو أنه غير ذلك؟ ومن المعلوم أن لكل نظامه القانوني الخاص وأن أحكام الانعدام المقررة في قانون المرافعات تتعلق بالأحكام فقط وعلى وجه الخصوص بأركان الحكم. المادة (٢١٧) مرافعات دون غيرها مما يكون في الحكم أو أي من إجراءات المرافعات.. وهذا إذا كان القرار حكماً وعلى افتراض بأنه كذلك فإنه مما يكون داخلًا في استثناء المادة (١٣) مرافعات على اعتبار أنه متعلق بإجراءات التنفيذ والحال أنه ليس بحكم لأن الحكم يلزم أن يصدر في خصومة وعليه فإن كل ما ذكره الطاعن عنه لا يفيد في شيء)، والحكم الصادر من الدائرة المدنية الهيئة (أ) في دعوى الانعدام رقم (٥٩١٧٥) لعام ١٤٣٧هـ بتاريخ ٢٤/٤/٢٠١٧م الذي جاء ضمن أسبابه ما لفظه: (ما تجدر الإشارة إليه في ذلك أن الانعدام يقع على الأحكام سواء كانت قطعية أو غير ذلك إجرائية أو غير ذلك وقتية أو غير وقتية مقررة أو منشئة متى ما كانت تتضمن سبباً من أسباب الانعدام المنصوص عليها في المادة (٢١٧) مرافعات، والحكم الصادر من الدائرة المدنية الهيئة (أ) برقم (١٧٧) لسنة ١٤٣٥هـ جلسة ٢٣/٤/٢٠١٤م في دعوى الانعدام المرفوعة برقم (٥٤٣٣٧) لعام ١٤٣٥هـ الذي جاء ضمن أسبابه ما لفظه: (... فإن هذا القول ليس بسند قانوني مقبول كون دعوى الانعدام يمكن أن تلحق أي حكم كان موضوعياً أو إجرائياً تعلق بمرحلة الفصل في خصومة تقرير الحق أو بمرحلة إجراءات التنفيذ ولا يحصنه من دعوى الانعدام أي حكم سبقه أو لحق به... وأن الأوان لإزالته وما يترتب على ذلك من التقرير بانعدام كل ما تعقبه من قرارات تنفيذية)، والحكم الصادر من الدائرة المدنية الهيئة (أ) بتاريخ ٩/١/٢٠١٢م في الطعن المدني رقم (٤٣٦٢٨) لعام ١٤٣١هـ الذي جاء ضمن أسبابه ما لفظه: (ولذلك فإن القانون قد أحاط القضاء بالانعدام بضمانات يلزم التحري فيها

أهمها أن يتعلق الدفع بالانعدام أو الدعوى به بحكم قضائي وفقاً لما تقرره في ذلك المادة (٢١٧) مرافعات.... وعليه يخرج من ذلك وبحكم المادة (٢١٧) مرافعات كل ما يباشر به القضاة أعمالهم مثل الأوامر الذاتية والأوامر على العرائض وما يقررونه من إجراءات في بعض الأحكام وما شاع لدى قضاة التنفيذ مما يسمى بقرارات التنفيذ الاختياري والجبري وقرارات التنفيذ الأخرى عدا ما كان منها فاصلاً في منازعة تنفيذ موضوعية أو إجرائية....)، والحكم الصادر من الدائرة المدنية في الطعن المدني رقم (٢٨٤٨١) لسنة ١٤٢٦هـ وتاريخ ٢٠٠٧/٦/١٨م الذي جاء ضمن أسبابه ما لفظه: (إن حكم التحكيم هو عمل قضائي يلحقه الانعدام إذا توافرت شروطه كما حددتها المادة (٢١٧) من قانون المرافعات... وهو ذات ما قرره الحكم الصادر عن الدائرة التجارية بتاريخ ٢٠١١/٣/٢م في الطعن رقم (٤٥٣٦٣).

الاتجاه الثاني: ذهب هذا الاتجاه القضائي إلى الاعتراف بالانعدام الإجرائي، بحيث لا يرد جزء الانعدام فحسب على القرار القضائي، وإنما يرد أيضاً على الخصومة القضائية وكافة الأعمال الإجرائية المكونة لها التي فقدت أحد أركانها والتي منها المطالبة القضائية والاعلان القضائي وغيرها من الأعمال الإجرائية الأخرى، ويرد كذلك على إجراءات التنفيذ التي فقدت أحد أركانها اللازمة لوجودها القانوني كإجراءات التنفيذ المتخذة من غير ذي ولاية أو الواردة على غير محل قانوني أو المتخذة بناءً على محرر لا يعد سنداً تنفيذياً. ونذكر من أحكام المحكمة العليا التي أخذت بهذا الاتجاه على سبيل المثال لا الحصر الحكم الصادر من الدائرة التجارية بتاريخ ١٩/٤/١٤٣٠هـ في الطعن التجاري رقم (٣٣١٩٨) لسنة ١٤٣٠هـ الذي جاء ضمن أسبابه ما لفظه: (... فإذا كانت المطالبة القضائية هي الباعث من وراء طلب الحماية القضائية فلا يتصور وجود قضاء دون ادعاء قانوني والقضاء بما لم يطلبه الخصوم يعد عيباً من العيوب الجسيمة التي تشوب الحكم كما أن الطلبات المقدمة من الخصوم هي المبتغى والباعث لممارسة الحق الدستوري باللجوء إلى القضاء بهدف حماية الحقوق والمصالح المشروعة فإن جرى الحكم بما لم يطلبه الخصوم فإنه يكون قضاء تجاوز الخصومة المنظورة وعيباً جسيماً يخلع عن الحكم صفته القضائية في تلك الجزائية وقد قيل قديماً: «القضاء دون طلب من أعجب العجب».... والخصومة المعتبرة في نظر القانون هي الخصومة المستكملة المقومات أطرافاً ومحلاً وسبباً فمن لم تتوافر فيه صفة الخصم- بما تشترطه القواعد العامة في الخصم- لا يجوز الحكم له أو عليه.... هو ذات مؤدى الانعدام فالحكم في موضوع الالتماس يحل محل الحكم السابق - المادة (٣١٢) مرافعات - ومن التطبيقات

القضائية مثلاً حالة ثبوت وفاة الخصم المحكوم عليه قبل رفع الدعوى أو التنفيذ على شخص بمناسبة تنفيذ حكم محكم دون أن يكون طرفاً في عقد التحكيم)، والحكم الصادر من الدائرة المدنية في الطعن رقم (٢٦٥٨٤) لسنة ١٤٢٧هـ وتاريخ ١٨/٢/٢٠٠٧م الذي جاء ضمن أسبابه ما لفظه: (إذا فقدت الخصومة أحد أركانها وهو الخصم كانت منعدمة، فلا يصح أن يصدر حكم على شخص لم يمثل في الخصومة، لأن الخصومة لا تنعقد في هذه الحالة في مواجهته ومن ذلك صدور قرار تنفيذي دون انعقاد خصومة بين طرفيه أو صدر على شخص قد توفي قبل صدوره ولم يعلن ورثته ولم يحضروا) وهو ذات ما قرره المحكمة العليا في أحكام أخرى منها حكمها الصادر في الطعن المدني رقم (٤٩٥٨) لسنة ١٤٢٢هـ وتاريخ ١/٥/٢٠٠٢م (مجموعة القواعد القضائية العدد الثاني ص ٣٧٣)، والحكم الصادر من الدائرة المدنية في الطعن رقم (٣١٣٥٠) لسنة ١٤٢٨هـ وتاريخ ١/٤/٢٠٠٨م الذي انتهى إلى التقرير بانعدام الخصومة وكافة إجراءاتها إذا لم يتم إعلان المدعى عليه بصحيفة الدعوى إطلاقاتاً باعتبار هذا الإعلان يُعد إجراءً لازماً لانعقاد الخصومة واستكمال وجودها الذي يلزم لوجود العمل القضائي وأن الحكم الصادر على من لم يُعلن إطلاقاتاً بصحيفة الدعوى يعد صادراً دون خصومة ومن ثم يكون منعدماً ويفقد صفته كحكم. وهو ذات ما قرره المحكمة العليا في أحكام أخرى منها حكمها الصادر في الطعن المدني رقم (٢٦٥٨٤) لسنة ١٤٢٧هـ وتاريخ ١٨/٢/٢٠٠٧م (مجموعة القواعد القضائية والقانونية العدد الثامن ص ٣٢٤)، وحكمها في الطعن المدني رقم (٢٧٨٣٦) لسنة ١٤٢٧هـ وتاريخ ١١/٤/٢٠٠٧م (مجموعة القواعد القضائية والقانونية العدد العاشر ص ٣٤٠)، والحكم الصادر من الدائرة المدنية برقم (١١٨) لسنة ١٤٣٣هـ وتاريخ ٤/٦/٢٠١٢م الذي انتهى إلى التقرير بانعدام إجراءات التنفيذ التي تمت على ذات المال الذي سبق استهلاكه في تنفيذ حكم قضائي آخر بموجب إجراءات تنفيذ لم يسبق الحكم ببطانها أو على شيء لا يقبل الانقسام أو التجزؤ، والحكم الصادر من الدائرة المدنية في الطعن رقم (٢٥٢٨٢) لسنة ١٤٢٦هـ وتاريخ ٥/٧/٢٠٠٦م الذي انتهى إلى التقرير بأن القرار التنفيذي الصادر بناءً على حكم لا يُعد سنداً تنفيذياً يتعين نقضه وإلغاؤه هو وكل ما ترتب عليه وكل ما اتخذت من إجراءات التنفيذ لورودها على غير محل قانوني لعدم توافر السند التنفيذي.

الجدير بالذكر أن محكمة النقض السورية أخذت بالاتجاه الثاني، فقد استقر قضاؤها على أن الانعدام يلحق بالإجراء كما يلحق بالحكم (نقض سوري هيئة عامة قرار رقم (٣) تاريخ ٧/١٠/١٩٩٢م منشور في مجلة المحامون السورية لعام ١٩٩٢م ص ٧٩٦).

كما أن الكثير من أحكام محكمة النقض المصرية أخذت بالاتجاه الثاني بما قرره من ورود جزاء الانعدام على الأعمال الإجرائية المكونة للخصومة وليس على القرار القضائي فقط، ونذكر من تلك الأحكام على سبيل المثال لا الحصر نقض مصري رقم (٣٥٥٥ لسنة ٧٤ ق جلسة ٢٠٢٤/٦/٢م الذي جاء ضمن أسبابه ما لفظه: (إذ كان الطاعنون قد تمسكوا بانعدام الخصومة أمام محكمة الاستئناف بالنسبة لمورث الطاعنين من الرابعة وحتى الأخيرة لوفاته بتاريخ ٢٠٠٣/٣/١٩م قبل رفع الاستئناف إلا أنه لما كان البين من الأوراق أن وفاة المورث المذكور سابقة على إيداع صحيفة افتتاح الدعوى أمام محكمة أول درجة في ٢٠٠٣/٤/٥م فإن الخصومة بالنسبة له تكون قد ولدت منعدمة وينسحب هذا الانعدام على كافة الإجراءات اللاحقة بما فيها الحكم الابتدائي والحكم المطعون فيه.....)، ونقض مصري رقم ١١٢ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٠/٧/٢٥م ورقم (١٠٤١٧) لسنة ٨٣ ق جلسة ٢٠١٦/٣/٨م الذي جاء ضمن أسبابهما ما لفظه: (ذلك أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الخصومة لا تقوم إلا بين طرفين من الأحياء فلا تتعد أصلاً إلا بين أشخاص موجودين على قيد الحياة وإلا كانت معدومة لا ترتب أثراً ولا يصححها إجراء لاحق....)، ونقض مصري رقم (٩٠٣٥) لسنة ٧٨ ق جلسة ٢٠١٠/١/١٠م الذي جاء ضمن أسبابه ما لفظه: (والأصل في انعقاد الخصومة أن يكون طرفاها أهلاً للتقاضي وإلا قام مقامهم من يمثلهم قانوناً.... وكان الثابت من الأوراق أن الطاعنين تمسكوا في دفاعهم أمام محكمة الاستئناف أن المطعون ضده اختصم الطاعنة الأولى عن نفسها وبصفتها وصية على ابنتها المطعون ضدها الثانية باعتبار أنها قاصر رغم بلوغها سن الرشد قبل رفع الدعوى الحاصل في ٢٠٠٣/٥/٢٧م وقدموا شهادة قيد الميلاد الدالة على صحة هذا الدفاع، فإن مؤدى ما تقدم اعتبارها غير ممثلة في الخصومة تمثيلاً صحيحاً وتكون هذه الخصومة بالنسبة لها غير ذات أثر وبالتالي تكون منعدمة (....)، ونقض مصري طعن رقم (٣٤) لسنة ٧١ ق جلسة ٢٠٠١/١١/٢٧م مكتب فني ٥٢ ج ٢ ق ٢٣٧ ص ١٢٢٨ جلسة ٢٧ من نوفمبر سنة ٢٠٠١م الذي جاء ضمن أسبابه ما لفظه: (انعدام العمل الإجرائي الصادر من جهة لا ولاية لها وعدم ترتيب القانون أثراً عليه مؤداه عدم تحصنه بفوات مواعيد الطعن وجواز الحكم بانعدامه مهما استطلت المدة بين وقوعه والطعن فيه)، ونقض مصري طعن رقم (٥٩٢) لسنة ٧٨ ق جلسة ٢٠١٦/١/٢٣م الذي قضى بانعدام الخصومة إذا تم الاعلان مع جهة الإدارة ولم يتم تسليم الخطاب المسجل الذي يخطر فيه المحضر بأن صورة الاعلان قد سلمت لتلك الجهة، وحكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ

٢٢/٤/١٩٨٢م الذي أشار إليه محمد كمال عبدالعزيز ص ١٣٩، والذي قضى بانعدام الإعلان إذا تم دون توقيع المحضر على ورقة الإعلان.

ثالثاً: رأينا

باستقراء نصوص قانون المرافعات نجد أن المشرع اليمني قد أخذ بفكرة الانعدام الإجرائي التي تشمل الأعمال الإجرائية المتعلقة بمرحلة تكوين العمل القضائي أو المتعلقة بمرحلة التعبير عنه أياً كان شخص القائم بها القاضي أو معاونوه أو الخصوم أو الغير، وأن مصطلح (العمل القضائي) الوارد في المادة (٥٥) مرافعات لا ينصرف فحسب إلى الأعمال الإجرائية التي يقوم بها القاضي وإنما ينصرف أيضاً إلى الأعمال الإجرائية الأخرى المكونة للخصومة التي ليست من عمل القاضي باعتبارها وسيلة تكوين إرادة القاضي وتعد من الأعمال المكونة للخصومة التي تتوقف عليها إضافة إلى الأركان الأخرى للعمل القضائي الآثار النهائية للعمل القضائي، فلا يقتصر العمل القضائي الذي يرد عليه جزاء الانعدام فحسب على الأحكام والأوامر القضائية التي يصدرها القاضي وإنما يشمل غيرها من الأعمال الإجرائية التي يقوم بها القاضي المتعلقة بالعمل القضائي الذي يقوم به ويشمل أيضاً الأعمال الإجرائية الأخرى التي ليست من عمل القاضي المتعلقة بالعمل القضائي الذي يقوم به بغض النظر عن شخص القائم بها سواء أكان معاوني القاضي أو الخصوم أو الغير. ونرى أن استعمال المشرع اليمني في المادة (٥٥) مرافعات مصطلح (العمل القضائي) إنما كان للدلالة على ضرورة تعلق العمل الإجرائي الذي يرد عليه جزاء الانعدام بالعمل القضائي الذي يقوم به القاضي، حيث أن مدلول مصطلح (العمل القضائي) لا يعني أن يكون العمل الإجرائي الذي يرد عليه جزاء الانعدام من الأعمال التي يقوم بها القاضي وإنما يعني ضرورة تعلق ذلك العمل الإجرائي بالعمل القضائي الذي يقوم به القاضي أياً كان شخص القائم به القاضي أو معاونوه أو الخصوم أو الغير. وهذا التفسير الذي نراه يستخلص من النظام القانوني في قانون المرافعات اليمني وسندنا في ذلك الآتي:

١- أن التفسير الذي نراه يجد سنده من عبارات المادة (٥٥) مرافعات التي جعلت العمل القضائي هو المحل الذي يرد عليه جزاء الانعدام والتي عرفت الانعدام بوصف عام بما نصت عليه من أن: (الانعدام وصف قانوني يلحق العمل القضائي ويجعله مجرداً من جميع آثاره الشرعية والقانونية...)، والمقصود بالعمل القضائي وفقاً

للفقه الإجرائي العمل الذي يقوم به القاضي طبقاً لإجراءات قانونية محددة لحماية حقوق الأفراد وتطبيق القانون عند حصول المنازعة التي تستدعي تدخل القاضي لحسمها، فهو العمل الذي يباشره القائم به بصفته القضائية بما له من سلطة قضائية طبقاً للإجراءات التي حددها القانون لحماية الحقوق عند حصول النزاع بين الأفراد الذي يستدعي تدخل القاضي لحسمه في صورة عمل قضائي يصدر عن القاضي متخذاً صوراً عديدة أبرزها الحكم أو الأمر القضائي. والملاحظ أن مصطلح (العمل القضائي) الوارد في المادة (٥٥) مرافعات الذي يرد عليه جزاء الانعدام قد ورد بصيغة العموم، بحيث يشمل كل عمل قضائي أياً كانت صورته سواء الحكم القضائي أو غيره من صور العمل القضائي الأخرى، فالحكم القضائي بإجماع الفقه وإن كان يعد أهم صور العمل القضائي إلا أنه يوجد بجانبه صور أخرى، حيث أن العمل القضائي يشمل الحكم الصادر في خصومة سواء أكان قطعياً أو غير قطعي موضوعي أو إجرائي وقتي أو غير وقتي وسواءً تعلق بمرحلة الخصومة أو بمرحلة التنفيذ وسواءً تعلق بخصومة قضائية أو بخصومة تحكيم، ويشمل أيضاً الأمر القضائي الصادر دون خصومة كأوامر الأداء الموضوعية والأوامر الوقتية الصادرة على عرائض، ويشمل كذلك قرارات تفسير وتصحيح الأحكام والقرارات التنفيذية، ومن ثم فإنه لا يمكن القول بقصر دلالة مصطلح (العمل القضائي) الوارد بصيغة العموم على الحكم القضائي دون بقية صور العمل القضائي الأخرى؛ لأن المشرع لو كان قد أراد قصر جزاء الانعدام فقط على الحكم القضائي لاستعمل في المادة (٥٥) مرافعات مصطلح (الحكم القضائي) بدلاً من استعماله مصطلح (العمل القضائي) مادام أن مصطلح (العمل القضائي) يُعد أعم من مصطلح (الحكم القضائي) باعتبار الحكم القضائي بإجماع الفقه يُعد جزءاً من العمل القضائي وليس هو بذاته العمل القضائي. وأساس ذلك أن ممارسة العمل القضائي بمظاهره المختلفة والمتنوعة وفقاً للفقهاء الإجرائي مرهون بوجود منازعة بين أشخاص القانون تستدعي هذا النشاط وتحثه الفصل فيها وحسمها حيث أصبحت العلاقة بين المنازعة والعمل القضائي بمظاهره المختلفة والمتنوعة من الأمور المسلم بها بما في ذلك العمل القضائي العادي والعمل القضائي الاستثنائي دون خصومة لأن الخلاف بين العمل القضائي العادي والعمل القضائي دون خصومة ليس خلافاً في الطبيعة فكلاهما يصدر عن الوظيفة القضائية ويعد ممارسة لنشاط قضائي وإنما خلاف في الدرجة

يرجع إلى اختلاف طبيعة المنازعة والشكل الذي يتخذه، فالعمل القضائي يباشر كقاعدة عامة في صورة أحكام قضائية تصدر بناءً على خصومة تمثل الشكل العام للعمل القضائي سواءً خصومة عادية فيما يتعلق بالدعوى الموضوعية أو خصومة مختصرة فيما يتعلق بالدعوى المستعجلة ومع ذلك واستثناءً من هذه القاعدة أجاز المشرع بنص خاص مباشرة العمل القضائي في صورة أوامر تصدر دون خصومة في غير مواجهة الخصوم سواءً أكانت تلك الأوامر موضوعية "أوامر الأداء" أو وقتية "الأوامر على عرائض" فبالرغم من أن هذه الأوامر ليس لها صفة وطبيعة الأحكام إلا أنها تعتبر أحد صور الحماية القضائية وتُعد ذات طبيعة قضائية ومن قبيل الأعمال القضائية التي يباشرها القاضي بما له من سلطة قضائية. كما يجمع الفقه الإجرائي على أن العوارض التي تبرر ممارسة العمل القضائي لا تقتصر فحسب على عارض التجهيل القانوني بالاعتداء على الحق أو المركز القانوني وإنما تشمل أيضاً عارض مخالفة القانون وهو صورة أكثر جسامة قد تصل إلى إحداث تغيير مادي مخالف له فلا يتأتى حمايته إلا باتخاذ وسائل مادية لإعادة المركز الواقعي للمركز القانوني وذلك عن طريق أعمال التنفيذ الجبري لأن القانون يكون مخالفاً دون تجهيل في حالة وجود حكم قضائي لم ينفذ بعد، ومن ثم فإن أعمال التنفيذ الجبري القضائي تعتبر نموذجاً خاصاً للعمل القضائي يستمد ذاتيته من خصوصية العائق الذي يواجهه وإن كانت لا تحوز حجية الأمر المقضي به وهي الأعمال والإجراءات المتعلقة بالتنفيذ الجبري.

(د. أحمد ماهر زغلول - أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي به ص ٢، ١٤، ٤١، ٦٩، ٣٨٩، د. وجدي راغب - النظرية العامة للعمل القضائي ص ٤١، ٩٦، ١١٥، د. فتحي والي - التنفيذ الجبري ص ٢٤٩، د. حسن علي حسين - الجزاء الإجرائي ص ٤٥، د. محمود هاشم - قانون القضاء المدني ص ١٣٠).

كما يشمل العمل القضائي الوارد في المادة (٥٥) مرافعات بصيغة العموم كافة الأعمال الإجرائية المكونة للخصومة المتعلقة بوسيلة تكوين العمل القضائي الذي يقوم به القاضي بغض النظر عن صفة القائم بها سواءً أكان القاضي أو معاونيه أو الخصوم أو الغير، حيث أن العمل القضائي لا يشمل فحسب الأحكام والقرارات القضائية التي تُعد وسيلة التعبير عن العمل القضائي وإنما يشمل أيضاً الأعمال الإجرائية المتعلقة بوسيلة تكوين العمل القضائي بغض النظر عن صفة القائم بها. وأساس ذلك أن الشكل الإجرائي للعمل القضائي وفقاً للفقه الإجرائي الغالب لا يقتصر على وسيلة التعبير عن

إرادة القاضي في ورقة الحكم وإنما يمتد إلى وسيلة تكوين هذه الإرادة لتشمل مراحل تكوينها وهي الخصومة القضائية التي تتكون من عدة أعمال إجرائية تتوقف عليها إضافة إلى الأركان الأخرى للعمل القضائي الآثار النهائية للعمل القضائي، حيث أن هذه الأعمال الإجرائية تساهم مع غيرها من أركان العمل القضائي في وجود القرار القضائي الذي يُعد الآثار النهائية للعمل القضائي والذي يتوقف على هذه الأعمال الإجرائية إلى جانب الأركان الأخرى للعمل القضائي، ومن ثم فإن العمل القضائي الوارد في المادة (٥٥) مرافعات بصيغة العموم لا يقتصر على وسيلة التعبير عن إرادة القاضي في القرار أو الحكم القضائي الذي يُعد الآثار النهائية للعمل القضائي وإنما يشمل أيضاً وسيلة تكوين هذه الإرادة لتشمل مراحل تكوينها وهي الخصومة القضائية التي تتكون من عدة أعمال إجرائية تتوقف عليها إضافة إلى الأركان الأخرى للعمل القضائي الآثار النهائية للعمل القضائي وتساهم هذه الأعمال الإجرائية مع غيرها من أركان العمل القضائي في وجود القرار القضائي الذي يُعد الآثار النهائية للعمل القضائي، وليس أدل على ذلك أن المشرع في المادة (٢) مرافعات قد عرف الخصومة القضائية التي تُعد الشكل الإجرائي العام للعمل القضائي بأنها: "مجموعة من الإجراءات القضائية تبدأ بالمطالبة وتنتهي بحكم".

(د. جدي راغب فهمي- النظرية العامة للعمل القضائي ص ١٤٠، ٦٢٢، ٦٢٩، د. نبيل اسماعيل عمر- عدم فاعلية الجزاءات ص ٢٣، د. حسن علي حسين- الجزاء الإجرائي ص ٧٨ وما بعدها، د. فتحي والي- نظرية البطلان ص ٨٢، د. محمود نجيب حسني- شرح قانون الإجراءات الجنائية ص ٣٥٤، د. خيرى عبدالفتاح- الانعدام في قانون المرافعات ص ٧٩، د. علي هيكل- الدفع بالإحالة ص ٦٤٤، د. طلعت يوسف خاطر- الانعدام في قانون المرافعات ص ٦٧، د. أيمن رمضان- الجزاء الإجرائي ص ١٢٥، د. سعيد الشرعبي- أصول القضاء المدني ص ٢٦٨، د. محمود هاشم- قانون القضاء المدني ص ١٥٣، د. نبيل إسماعيل عمر- أصول المرافعات ص ٣٣).

٢- إن التفسير الذي نراه يجد سنده من نصوص قانون المرافعات التي تعتبر تطبيقاً لجزاء الانعدام والتي جاءت مقررّة جزاء الانعدام ليس فحسب على الأعمال الإجرائية التي يقوم بها القاضي وإنما أيضاً على الأعمال الإجرائية المتعلقة بعمل القاضي التي يقوم بها بقية الأشخاص الإجرائيين كمعاوني القاضي أو الخصوم أو الغير، ونذكر من تلك النصوص القانونية الآتي:

* المادة (١٢٩) من قانون المرافعات نصت على أنه: (يكون عمل القاضي أو عضو النيابة في الأحوال المذكورة في البنود (١، ٢، ٤، ٦، ٨، ٩) من المادة السابقة منعداً كأن لم يكن)، والملاحظ أن عبارة (عمل القاضي) الواردة في هذا النص وردت بصيغة العموم بحيث تشمل كافة الأعمال الإجرائية التي يقوم بها القاضي سواءً الحكم أم غيره من الأعمال الإجرائية السابقة له، والملاحظ أيضاً أن المشرع أعقب تلك العبارة بعبارة (أو عضو النيابة) وبلاشك أن الأعمال التي يقوم بها عضو النيابة العامة ليس من بينها إطلاقاً الحكم القضائي، وهو ما يعني اعتراف المشرع اليمني بفكرة الانعدام الإجرائي التي تشمل الأعمال الإجرائية المتعلقة بمرحلة تكوين العمل القضائي أو المتعلقة بمرحلة التعبير عنه أياً كان شخص القائم بها القاضي أو معاونوه أو الخصوم أو الغير.

* المادة (٤٤١) من قانون المرافعات قررت انعدام إجراءات التنفيذ المتخذة بعد الحكم باستحقاق العقار المحجوز للغير بما نصت عليه من أن (ترفع دعوى الاستحقاق سواء قبل بيع العقار أو بعده....ويترتب على الحكم باستحقاق العقار للمدعي انعدام إجراءات التنفيذ)، والملاحظ أن عبارة (إجراءات التنفيذ) الواردة في هذا النص قد وردت بصيغة العموم بحيث تشمل القرارات التنفيذية وغيرها من إجراءات التنفيذ بغض النظر عن صفة القائم بها سواءً أكان القاضي أو معاونيه أو الخصوم أو الغير لأن إجراءات التنفيذ لا يقوم بها القاضي فقط، بل إن بعضها يقوم بها معاونوه والبعض الآخر يقوم بها الخصوم أو الغير، وهو ما يعني اعتراف المشرع اليمني بفكرة الانعدام الإجرائي التي تشمل الأعمال الإجرائية المتعلقة بمرحلة تكوين العمل القضائي أو المتعلقة بمرحلة التعبير عنه أياً كان شخص القائم بها القاضي أو معاونوه أو الخصوم أو الغير.

* المادة (١٢) من قانون المرافعات نصت على أنه: (لا يجوز للقاضي أن يفتح نزاعاً حُسم بحكم قائم صدر من ذي ولاية..)، والملاحظ أن المانع القانوني المقرر في هذا النص القانوني المتمثل بسبق الفصل في محل الدعوى بحكم صادر من ذي ولاية لا يُعد مانعاً من الفصل في الدعوى فحسب، وإنما يُعد أيضاً مانعاً من نظرها وفتح النزاع بشأنها ابتداءً، ومقتضى ذلك أن جزاء الانعدام الذي رتبته المادة (١٥) مرافعات على مخالفة هذا المانع القانوني لا يلحق فقط الحكم الصادر في الدعوى التي سبق حسمها وإنما يلحق أيضاً المطالبة القضائية ابتداءً وكافة إجراءات الخصومة

المتخذة بشأنها، وهو ما يعني اعتراف المشرع اليمني بفكرة الانعدام الإجرائي التي تشمل الأعمال الإجرائية المتعلقة بمرحلة تكوين العمل القضائي أو المتعلقة بمرحلة التعبير عنه أياً كان شخص القائم بها القاضي أو معاونوه أو الخصوم أو الغير.

* المادة (٥٦) من قانون المرافعات قررت انعدام الحكم إذا فقد أحد أركانه المنصوص عليها في المادة (٢١٧) من ذات القانون التي عرفت الحكم بوصف عام بما نصت عليه من أن (الحكم قرار مكتوب صادر في خصومة معينة من ذي ولاية قضائية شرعية وقانونية)، والملاحظ أن هذا النص القانوني قد ورد بصيغة العموم بحيث يشمل كافة الأحكام سواءً أكانت قطعية أم غير قطعية موضوعية أو إجرائية وقتية أو غير وقتية وسواءً أكانت متعلقة بمرحلة الخصومة أو بمرحلة التنفيذ وسواءً أكانت متعلقة بخصومة قضائية أو بخصومة تحكيم. والملاحظ أيضاً أن هذا النص القانوني قد أورد أركان الحكم القضائي والتي منها الأركان الشكلية التي نص عليها صراحةً «الولاية والخصومة والشكل»، وبلاشك أن الأعمال الإجرائية المتعلقة بهذه الأركان ليست جميعها من عمل القاضي وعلى وجه الخصوص ركن الخصومة القضائية التي رتب المشرع على انعدامها وعدم وجودها انعدام الحكم والتي تتكون من مجموعة من الأعمال الإجرائية المختلفة في مضمونها وطبيعتها وأشخاصها حيث أن الأعمال الإجرائية المكونة للخصومة ليست جميعها من عمل القاضي وإنما بعضها يقوم بها معاونوه أو الخصوم أو الغير، وهو ما يعني اعتراف المشرع اليمني بفكرة الانعدام الإجرائي التي تشمل الأعمال الإجرائية المتعلقة بمرحلة تكوين العمل القضائي أو المتعلقة بمرحلة التعبير عنه أياً كان شخص القائم بها القاضي أو معاونوه أو الخصوم أو الغير.

* المادة (١١) من قانون المرافعات التي رتبت المادة (١٥) على مخالفتها انعدام العمل القضائي نصت على أنه: (إذا كانت هيئة الحكم في المحكمة مشكلة من أكثر من قاضٍ وجب اجتماعهم لنظر الدعوى والحكم فيها...)، والمراد بعبارة (وجب اجتماعهم لنظر الدعوى والحكم فيها) الواردة في المادة (١١) مرافعات ضرورة اشتراك جميع قضاة هيئة المحكمة في نظر الدعوى وفي المداولة التي يتوصل من خلالها إلى الحكم في القضية بحيث يجب أن تباشر هيئة المحكمة مجتمعة بكافة أعضائها إجراءات نظر الدعوى حتى الحكم فيها، وبالتالي فإن الانعدام المترتب على مخالفة هذه المادة لا يتحقق فقط في حالة مخالفة تشكيل هيئة المحكمة لتشكيلها العددي المحدد

قانوناً عند المداولة والحكم في القضية وإنما يتحقق أيضاً في حالة مخالفة تشكيلها العددي عند نظر الدعوى وسماع المرافعة والدفاع، ومقتضى ذلك أن إجراءات نظر الدعوى التي باشرتها هيئة غير مكتملة التشكيل العددي تكون منعدمة كما أن الحكم المستند على تلك الإجراءات المنعدمة يكون منعدماً أيضاً حتى ولو اشترك في المداولة جميع قضاة هيئة المحكمة لأن ما بني على منعدم فهو منعدم، ومما لاشك فيه أن إجراءات نظر الدعوى التي تعد من الأعمال الإجرائية المكونة للخصومة والتي يرد عليها جزء الانعدام عند مخالفة التشكيل العددي لهيئة المحكمة ليست جميعها من عمل القاضي وإنما بعضها يقوم بها معاونوه أو الخصوم أو الغير، وهو ما يعني اعتراف المشرع اليمني بفكرة الانعدام الإجرائي التي تشمل الأعمال الإجرائية المتعلقة بمرحلة تكوين العمل القضائي أو المتعلقة بمرحلة التعبير عنه أياً كان شخص القائم بها القاضي أو معاونوه أو الخصوم أو الغير.

٣- إن التفسير الذي نراه يجد سنده من نص المادة (١٠٤) من قانون المرافعات التي اعتبرت إيداع صحيفة الدعوى قلم الكتاب "المطالبة القضائية" هو الإجراء اللازم لنشأة ووجود الخصومة التي تعد ركناً لازماً لوجود العمل القضائي بما قررته من نشأة الخصومة القضائية بمجرد رفع الدعوى عن طريق الإيداع الذي حدده القانون طريقاً أساسياً لرفع الدعوى، ومقتضى ذلك النص القانوني أن المطالبة القضائية التي تعتبر من الأعمال الإجرائية التي يقوم بها الخصوم تُعد مفترضاً ضرورياً لازماً للوجود القانوني للخصومة القضائية يترتب على تخلفها انعدام كافة إجراءات الخصومة والحكم الصادر فيها، فهي الأساس الذي يقوم عليه العمل القضائي وكافة إجراءات الخصومة القضائية التي لا توجد بدونها، وهي محل العمل القضائي الذي لا يمكن تصور وجوده دون وجود محله وهو المطالبة القضائية فلا يباشر القضاء وظيفته في حماية الحقوق إلا بناءً على طلب من أصحابها. كما أن الوجود القانوني للمطالبة القضائية التي تعتبر من الأعمال الإجرائية التي يقوم بها الخصوم والتي تعد مفترضاً ضرورياً لازماً لوجود الخصومة القضائية يتطلب توافر أركان ومقتضيات وجودها القانوني من إرادة ومحل وسبب وشكل وصلاحيية والتي يترتب على تخلفها كلها أو بعضها انعدام المطالبة القضائية الذي يؤدي إلى عدم نشأة الخصومة وانعدامها ومن ثم انعدام الحكم القضائي فما بُني على منعدم فهو معدوم، ومما لاشك فيه أن تلك المطالبة القضائية التي يرد عليها جزء الانعدام عند تخلف أركان وجودها القانوني إنما

تُعد من الأعمال الإجرائية المكونة للخصومة التي يقوم بها الخصوم وليس القاضي، وهو ما يعني اعتراف المشرع اليمني بفكرة الانعدام الإجرائي التي تشمل الأعمال الإجرائية المتعلقة بمرحلة تكوين العمل القضائي أو المتعلقة بمرحلة التعبير عنه أياً كان شخص القائم بها القاضي أو معاونوه أو الخصوم أو الغير. وليس هذا فحسب، بل أن صحيفة الدعوى «صحيفة افتتاح الخصومة» تعد مفترضاً قانونياً لازماً لأغلب الأعمال الإجرائية التي تليها كالطلبات والدفع وسائر إجراءات الخصومة والأحكام التي تصدر فيها، ومن ثم فإن انعدام صحيفة افتتاح الخصومة يؤدي إلى انعدم كل الأعمال الإجرائية اللاحقة لها، ويترتب على انعدام المطالبة القضائية عدم إنتاجها لآثارها الإجرائية والموضوعية وعدم الاعتداد بها أو التعويل عليها واعتبارها كأن لم تكن، فلا تنشأ بها الخصومة القضائية ولا ترتب أيضاً أي التزام على الأطراف ولا يصبح الحق المطالب به في الدعوى المنعدمة منازعاً فيه ولا يتحدد بها نطاق الخصومة من حيث الوقائع والطلبات فيمكن رفع دعوى جديدة بإدخال خصوم جدد وطلبات جديدة، ولا تقطع المدة المانعة من سماع الدعوى.

٤- إن التفسير الذي نراه يجد سنده من خلال عنوان الفصل الذي نظم فيه المشرع اليمني الانعدام، حيث أن المشرع نظم الانعدام والبطلان في الفصل الثامن من الباب التمهيدي تحت عنوان (بطلان الإجراءات وانعدامها)، فلم ينظم المشرع الانعدام تحت عنوان (انعدام الخصومة) الذي يُعرض كانعدام للعمل الأخير منها وهو الحكم القضائي، وإنما نظمه تحت عنوان (انعدام الإجراءات) الذي يُراد به (انعدام الأعمال الإجرائية). كما أنه بالرجوع إلى النصوص القانونية التي تحكم جزاءات مشابهة نجد أن المشرع قد استعمل فيها مصطلح (إجراء) الذي يراد به (العمل الإجرائي)، ويتجلى ذلك من خلال تقريب نص المادة (٥٥) مرافعات مع النصوص القانونية التي تحكم جزاء البطلان الذي يتشابه مع الانعدام في أوجه كثيرة والتي استعمل فيها المشرع مصطلح (إجراء) الذي يراد به (العمل الإجرائي)، حيث أن النصوص القانونية التي تحكم جزاء البطلان قد جعلت الأعمال الإجرائية هي المحل الذي يرد عليه جزاء البطلان سواء الأعمال الإجرائية التي يقوم بها القاضي أو معاونوه أو الخصوم أو الغير.

٥- إن التفسير الذي نراه يتفق مع الغاية التي قصد المشرع تحقيقها من وراء تقرير جزاء الانعدام بنص قانوني، بحيث يجب أن يستجيب ذلك الجزاء لهدف النظام الإجرائي الذي يعمل به، وهو ضمان احترام القاعدة الإجرائية وحسن سير المنظومة الإجرائية

على نحو صحيح بعيداً عن المخالفات الجسيمة التي تجرد العمل من وجوده القانوني عند تخلف ركن من أركانه الأساسية اللازمة لوجوده، وهذه الغاية متحققة سواءً في الأعمال الإجرائية التي يقوم بها القاضي أو غيرها من الأعمال الإجرائية التي ليست من عمل القاضي، وسواءً أكان ذلك العمل الإجرائي هو الحكم القضائي أو الخصومة بأكملها أو أي عمل من الأعمال الإجرائية المكونة للخصومة؛ وذلك لاتحاد العلة، وهي العيب الجسيم الذي يفقد العمل صفته ووجوده. كما أن لكل عمل إجرائي من الأعمال الإجرائية المكونة للخصومة غايته الخاصة التي تضاف إليها غاية مشتركة بينه وبين غيره من الأعمال الإجرائية الأخرى وهو تكوين الخصومة بوصفها عملاً إجرائياً. وكذلك أن مقتضيات وجود العمل الإجرائي ليست فقط عناصره الداخلية، بل يدخل فيها أيضاً مفترضاته ومن هذه المفترضات وجود الأعمال السابقة التي يعتمد عليها، ما يعني أن الانعدام لا يرد فحسب على الرابطة الإجرائية (الخصومة) برمتها الذي يُعرض كانعدام للعمل الأخير فيها وهو القرار القضائي (الحكم القضائي) وإنما يرد أيضاً على أي عمل إجرائي من الأعمال المكونة للخصومة كل منها على حدة. أضف إلى ذلك أن القول بورود الانعدام على أي عمل إجرائي من الأعمال المكونة للخصومة يؤدي إلى محاصرة عيب الانعدام منذ الوهلة الأولى للمحاكمة، وهذا يؤدي إلى تفادي السير في إجراءات مهددة بالزوال ما يوفر الجهد والوقت؛ لأنه قد يترتب أحياناً على انعدام أي عمل من الأعمال المكونة للخصومة زوال الخصومة وانعدامها هي والحكم الصادر فيها كانعدام المطالبة القضائية الذي يؤدي إلى انعدام الخصومة هي والحكم الصادر فيها، وبالتالي فلا يستقيم القول بحرمان كل ذي مصلحة التمسك أثناء نظر الدعوى بانعدام الدعوى لرفعها ضد شخص متوفى إلا بعد صدور الحكم فيها لأن هذا فيه ضياع للجهد والوقت.

كما أن التفسير الذي نراه يتفق مع ما ذهب إليه الفقه العربي الغالب من أن الانعدام مثله مثل البطلان في قانون المرافعات قد يرد على الأعمال التي يتكون منها الخصومة كل منها على حدة، وقد يرد على الأعمال الإجرائية المكونة للخصومة كوحدة واحدة وفي هذه الحالة فإنه يعرض كانعدام للحكم القضائي. (د. فتحي والي - نظرية البطلان ص ٦٩، د. حسن علي حسين - الجزء الإجرائي ص ٨١، د. طلعت يوسف خاطر - الانعدام في قانون المرافعات ص ٣٥، د. غنام محمد غنام - الانعدام في قانون الإجراءات الجنائية ص ١٤، د. عبد الحكم فوده - البطلان في قانون الإجراءات الجنائية ص ٥٤، د. أحمد عبد الحميد -

الانعدام في قانون الإجراءات الجنائية ص ٩٨، د. عبدالفتاح الصيفي - النظرية العامة للقاعدة الإجرائية ص ١٠٥). ويتفق أيضاً مع ما ذهب إليه أغلب فقهاء وشرح قانون المرافعات اليمني من أن جزاء الانعدام يرد على العمل القضائي الذي يقوم به القاضي ويرد أيضاً على الأعمال الإجرائية الأخرى التي ليست من عمل القاضي والتي تُعد جزءاً من العمل القضائي الذي يقوم به القاضي. (د. سعيد خالد الشرعبي - أصول القضاء المدني ص ٣٠٤، د. نجيب الجبلي - قانون المرافعات اليمني ص ٤٣٢، د. إبراهيم محمد الشرفي - شرح قانون المرافعات ص ٢٣٥، ق. محمد نعمان الأمير - تنظيم البطلان في قانون المرافعات). ويتفق كذلك مع ما ذهب إليه أغلب الفقه الإجرائي العربي واليمني من أنه يأخذ حكم عدم وجود الإعلان إعلان الخصم بإعلان منعدم من الناحية القانونية الذي يؤدي إلى عدم انعقاد الخصومة وانعدام كافة إجراءاتها والحكم الصادر فيها؛ لأن الإعلان المنعدم ليس له أي وجود قانوني ولا يترتب أي أثر قانوني ولا تتعقد به الخصومة ومن ثم تنعدم جميع الإجراءات المتخذة فيها والحكم الصادر فيها. (د. طلعت يوسف خاطر - نظرية الانعدام في قانون المرافعات ص ٦١، د. خيري عبدالفتاح - نظرية الانعدام الإجرائي ص ٩٦، د. غنام محمد غنام - نظرية الانعدام ص ١٩١، د. أحمد أبو الوفا - نظرية الدفع ص ٧٢، د. أحمد عبد الحميد - الانعدام الإجرائي في قانون الإجراءات الجنائية ص ٢٥٥، د. محمد محمود إبراهيم - أصول صحف الدعاوى ص ٣٠٩، د. هشام رشاد هيكل - انعدام الحكم القضائي ص ١٤٦، د. أحمد السيد صاوي - الوسيط ص ٥٧٩، د. نبيل إسماعيل عمر - الارتباط الإجرائي في قانون المرافعات ص ١٦، د. سعيد الشرعبي - أصول القضاء المدني ص ٤٧١، د. نجيب الجبلي - قانون المرافعات ص ٤٥٢ - ٤٥٣).

وبناءً على ما سبق فإنه يدخل في طائفة الأعمال الإجرائية التي يرد عليها جزاء الانعدام الأعمال القانونية التي يقوم بها القاضي، سواءً تمثلت في الأحكام أم القرارات أم الأوامر، وسواءً أكانت صادرة قبل الفصل في الموضوع أم فاصلة فيه أم متعلقة بمرحلة التنفيذ، وسواءً أكانت صادرة في خصومة أم صادرة دون خصومة كأوامر الأداء والأوامر على عرائض. ويدخل أيضاً في طائفة الأعمال الإجرائية التي يرد عليها جزاء الانعدام الأعمال القانونية التي يقوم بها الأشخاص الإجرائيون في الخصومة والتي تؤثر فيها، سواءً أكانوا الخصوم أو وكلاءهم أم أعوان القضاء كالكتبة والمحضرين أم الغير الذي ليس طرفاً في الخصومة كالخبير الذي يقوم بعمل بناءً على تكليف من القاضي في خصومة قائمة والشاهد الذي يؤدي شهادة في خصومة قائمة. كما يدخل في طائفة الأعمال الإجرائية

التي يرد عليها جزء الانعدام الأعمال القانونية التي تتم في الخصومة التحكيمية وتؤثر فيها بغض النظر عن شخص القائم بها، سواءً أكان المحكم أم الخصوم أم الغير، والأمر كذلك بشأن الأعمال القانونية التي تتم في الخصومة أمام جهات القضاء الخاص أو الاستثنائي وتؤثر فيها.

والله ولي الهداية والتوفيق، ، ،



البحر في الفقه الإسلامي

قواعد وأحكام الدفاع الشرعي في التشريع اليمني

الباحث /

طاهر محمد الجنيد

مجلة
البحر في الفقه الإسلامي

مقدمة

الدفاع الشرعي حق وواجب يعطيه القانون لمواجهة خطر محقق ومستمر دون الحاجة إلى الاستعانة بالسلطات العامة، وفي هذا البحث نتناول تعريف الدفاع الشرعي اللغوي والاصطلاحي وتتعرف على الأسس الشرعية في نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة على صاحبها أفضل الصلاة وأتم التسليم وذلك في المطلب الثاني، ثم نعرض على القواعد القانونية التي صاغها المشرع اليمني للدفاع الشرعي في قوانين وتشريعات شمال الوطن وجنوبه قبل الوحدة المباركة، والقواعد التي اعتمدها في التشريع الوحدوي وذلك في المطلب الثالث، وتتعرف في المطلب الرابع على شروط الدفاع الشرعي فنبدأ بدراسة شروط التعرض وشروط فعل الدفاع وفي المطلب الخامس ندرس أثر فعل الدفاع على المسؤولية المدنية والجنائية وحدوده، ومواجهة حالات التجاوز في ممارسة الدفاع الشرعي وفقاً لنصوص القوانين

ومن خلال دراسة قواعد الدفاع الشرعي يتبين لنا كذب من ادعى أن العدوان والإجرام الصهيوني على الأشقاء في غزة فلسطين دفاع شرعي وهم مجرمو الحرب من زعماء الغرب وغيرهم، وأيضاً كذب وافتراء بعض صهاينة العرب الذين قالوا أن المقاومة الإسلامية استفزت إسرائيل لأنهم يعلمون أن الكيان الصهيوني محتل للأراضي الفلسطينية منذ أكثر من مائة عام وعدوانه مستمر حتى الآن.

ملخص البحث:

التعريف بقواعد الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية والتشريع اليمني والمنهج الذي سار عليه في تقنين قواعد الدفاع الشرعي.

قواعد وأحكام الدفاع الشرعي في التشريع اليمني

يتناول هذا البحث قواعد وأحكام الدفاع الشرعي التي صاغها المشرع اليمني في منظومته القانونية بعد قيام الثورة اليمنية سبتمبر وأكتوبر وبعد الوحدة المباركة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية التي تنظم الدفاع الشرعي ويشتمل على العناوين الآتية:

- **المطلب الأول: تعريف الدفاع الشرعي.**
 - الفرع الأول: التعريف اللغوي.
 - الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي.
- **المطلب الثاني: الأساس الشرعي للدفاع.**
 - الفرع الأول: في نصوص القرآن الكريم.
 - الفرع الثاني: السنة النبوية المطهرة.
- **المطلب الثالث: قواعد الدفاع الشرعي في التشريع.**
 - الفرع الأول: في تشريع المحافظات الشمالية.
 - الفرع الثاني: في تشريع المحافظات الجنوبية.
 - الفرع الثالث: في التشريع الموحدوي.
- **المطلب الرابع: شروط الدفاع الشرعي.**

شروط التعرض:

 - الفرع الأول: وجود فعل خطر وحال.
 - الفرع الثاني: أن يكون الاعتداء جريمة.
 - الفرع الثالث: أن لا يكون مثاراً أو واقعاً بخطأ المدافع.
- **المطلب الخامس: أثر الدفاع الشرعي وتجاوز حدوده.**
 - الفرع الأول: آثار توافر الدفاع الشرعي.
 - الفرع الثاني: تجاوز حدود الدفاع.

المطلب الأول تعريف الدفاع الشرعي

التعريف اللغوي:

- الدفاع الشرعي مكون من كلمتين دفاع وشرعي وكلمه دفاع تأتي بعده معان .
- التنحية والإزالة: ومنه دفعت الشيء دفعاً بمعنى نحاه وأزاله بقوة.
 - الإعطاء: دفع إليه، أعطاه، وتأتي بمعنى الرد دفع القول معنا رده بالحجة
 - المحامي: ومنه دافع عنه، حامى عنه أي حامى عنه وانتصر له.
 - وكلمة شرعي. مأخوذة من الشرع بمعنى: أخذ يفعل ومنه شرع الدين سنه وبينه.
 - وشرع الأمر: جعله مشروعاً ومسنوناً.
- بمعنى الرفع: ومنه: شرع البيت إذا رفعه والتسديد أشرع نحوه الرمح سدده (٢)،
ومما سبق يمكننا تعريف الدفاع الشرعي بأنه: التنحية والإزالة المشروعة والمسنونة
لاعتداء خطر وحال بالقدر اللازم والوسيلة دون انتظار السلطات.

التعريف الاصطلاحي:

- وضع فقهاء القانون للدفاع الشرعي تعريفات مختلفة ومنها على سبيل المثال:
- ١- الدفاع الشرعي: حق يخوله القانون للشخص فيبيح له اللجوء إلى القدر اللازم من القوة لدرء خطر الاعتداء على نفسه أو ماله أو على نفسه غير وماله (٣).
 - ٢- استعمال القوة اللازمة لصد تعرض غير محق ولا مثار يهدد بإيذاء حق يحميه القانون (٤).
 - ٣- الحق في استعمال القوة لصد اعتداء حال غير مشروع (٥).
- وهذه التعريفات: تبرز أركان حق الدفاع الشرعي وهي الآتي:
- أولاً: الدفاع الشرعي: حق بموجب نصوص القوانين وهو أحد أهم وأقدم أسباب الإباحة.

ثانياً: أن يكون هناك اعتداء خطر وحال.

ثالثاً: أن لا يكون هناك إمكانية للجوء إلى السلطات لدفع هذا الخطر.

رابعاً: أنه يبيح للمدافع استخدام الوسيلة بالقدر اللازم من القوة لمواجهة.

الفرق بين الشريعة الإسلامية والقوانين:

تختلف الشريعة الإسلامية عن التشريعات الوضعية في تحديد الأساس للدفاع الشرعي فبينما القوانين ترى أن الدفاع الشرعي حق تؤكد الشريعة أن صد العدوان واجب والفرق واضح بين الحق والواجب ولكي يتضح الأمر فإننا نتعرف على معنى الحق أولاً وثانياً الواجب.

تعريف الحق: ما يثاب فاعله ولا يذم أو يعاقب تاركه ويقال: حق الامر حقا وحقوقاً: صح وثبت وصدق (٦). فمن ثبت له الحق في إمكانه استعماله وبإمكانه ترك ذلك ولا يلام ولا يعاقب على ذلك.

تعريف الواجب:

ما طلب الشارع فعله على وجه اللزوم بحيث يذم تاركه ومع الذم العقاب ويمدح فاعله ومع المدح الثواب (٧).

هنا نجد أن الشريعة جعلت الدفاع الشرعي واجب يذم تاركه ويثاب فاعله وهو ما سيتم التطرق إليه عند الحديث عن أساس الدفاع الشرعي من القرآن والسنة النبوية الشريفة ويكون الدفاع الشرعي واجباً لاحقاً وخاصة إذا تعلق الأمر بالضروريات أو الكليات الخمس التي جاءت الشريعة بالمحافظة عليها والتي تسمى بالكليات الخمس وهي (الدين والنفس والعقل والنسل والمال).

وهذه راعتها وحمتها الشرائع والأديان السماوية وكان أكملها في الحفظ والرعاية وهي الشريعة الإسلامية وأبرز مثال على ذلك أنها جعلت الدفاع الشرعي عنها واجباً لاحقاً.

المطلب الثاني

الأساس الشرعي للدفاع في القرآن والسنة

أكدت نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية على واجب الدفاع الشرعي سواء العام أو الخاص، فالعام لحماية الأوطان من الاعتداء ومواجهة المعتدين والخاص لمواجهة الاعتداء على النفس والعرض والمال أو العقل أو الدين، نتعرف على تلك الأسس في القرآن والسنة.

الفرع الأول في القرآن الكريم

جاءت آيات القرآن الكريم أمرة بوجوب التصدي للمعتدي أيّاً كان ومنها على سبيل

المثال:

١- قال تعالى: ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [سورة البقرة الآية ١٩٦] وموجب الأمر في الآية الكريمة أنه يجب رد الاعتداء بمثله سواء كان ذلك في الحال وهو ما يسميه فقهاء الإسلام دفع الصائل أو برده بموجب القصاص في حال عدم مواجهته أثناء حدوثه وسمى الله سبحانه وتعالى رد العدوان - اعتداء من باب المقابلة لا من باب الإنكار على رد الاعتداء بمثله.

٢- وأكد الله سبحانه وتعالى على أهمية انضباط الرد على الاعتداء وعدم التجاوز إذا كان على سبيل الدفاع الشرعي فقال جل جلاله: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عَاقَبْتُمْ بِهِ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ﴾ [النحل: ١٢٦] وهذه الآية تشمل أمرين اثنين، أولهما: أن يكون الدفع والرد بمثل فعل الاعتداء والمماثلة تعني استخدام القوة اللازمة والوسيلة المناسبة بغير تجاوز أو إسراف، وثانيهما: الترغيب بالصبر إذا كان ذلك ممكناً لأن فيه خيراً لمن صبر وترك الانتقام.

وجاءت الآية الثالثة تشير إلى أن الله ناصر من اعتدى على حقه وقام برد العدوان لكن الأمر أدى إلى اعتداء أكبر عليه، حتى وصل إلى البغي فقال جل جلاله: ﴿ذَلِكَ وَمَنْ عَاقَبَ بِمِثْلِ مَا عَاقَبَ بِهِ ثُمَّ بَغَى عَلَيْهِ لِيَنْصِرْنَهُ اللَّهُ إِنْ اللَّهُ لَعَفُو الْغَفُورِ﴾ [الحج: ٦٠].

فإذا دفع الإنسان الاعتداء بمثله لكنه تعرض لاعتداء أكبر من ذلك فإن نصره من عند الله سبحانه وتعالى وهذه الآية تدل على وجوب دفع الاعتداء بمثله وسواء كان ذلك في الحال دفع الصائل وهو ما يسمى الدفاع الشرعي أو بالاقتصاص من الاعتداء بعد وقوعه والترغيب في الصبر وأن الله ناصر على من بغي عليه بعد أن رد العدوان.

الفرع الثاني الأساس في السنة للدفاع الشرعي

أكدت الكثير من الأحاديث النبوية الشريفة على صاحبها أفضل الصلاة وأتم التسليم على أهميه دفع الصائل وأن من قاتل دون ماله فقتل فهو شهيد وأيضاً ماله ودمه وعرضه نذكر منها على سبيل المثال.

١- حديث عبد الله بن عمر قال: قال رسول ﷺ: (من قتل دون ماله فهو شهيد) رواه أبو داود والنسائي والترمذي وصححه.

في الحديث دليل على جواز المقاتلة لمن قصد أخذ مال غيره بغير حق قليلاً كان المال أو كثيراً. وهذا قول الجماهير وقال بعض المالكية: لا يجوز القتال على أخذ القليل من المال وحكى ابن المنذر عن الشافعي رضي الله عنه أن من أراد ماله أو نفسه أو حريمه ولم يمكنه الدفع إلا بالقتل فله ذلك وليس عليه قود ولا دية ولا كفارة.

٢- ووسع الحديث الذي رواه أبو داود وصححه الترمذي رضي الله عنهم واجبات الدفاع: (من قتل دون دينه فهو شهيد، ومن قتل دون دمه فهو شهيد، ومن قتل دون ماله فهو شهيد، ومن قتل دون أهله فهو شهيد) (٨) فقد شمل الحديث واجب الدفاع عن الدين والدم والنفس والمال والأهل وهي التي وضع لها الفقه الحديث موجبات الدفاع الشرعي.

٣- وجاءت أحاديث في إهدار دم المعتدي سواء التي كان بها ممارسة العدوان أو غيرها ومن ذلك حديث أبي هريرة رضي الله عنه أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: (لو اطلع في بيتك أحد ولم تأذن له فحذفته بحصاة ففقت عينه ما كان عليك من جناح) (٩) متفق عليه واللفظ للبخاري.

٤- عن عمران بن حصين رضي الله عنه قال: قاتل يعلي بن أمية رجلاً، فعض أحدهما صاحبه فانتزع يده من فمه، فنزع ثنيته فاختمها إلى النبي ﷺ فقال: يعض أحدكم أخاه كما يعض الفحل لا دية له « متفق عليه واللفظ لمسلم أخرجه البخاري في كتاب الديات، باب إذا عض رجلاً ووقعت ثناياه. الحديث ٦٨٢٩.

المطلب الثالث

قواعد الدفاع الشرعي في التشريع

رغم اختلاف المرجعيات التي اعتمد عليها المشرع اليمني في صياغة المنظومة القانونية تبعاً للمدارس الفكرية التي تأثرت بها الثورة اليمنية إلا أن هناك قدرًا مشتركاً من الأحكام التي اتفق عليها وخاصة قواعد وأحكام الدفاع الشرعي نتعرف على الأحكام والقواعد التي اختارها المشرع اليمني في المحافظات الشمالية قبل الوحدة وبعد الثورة المباركة ثم الأحكام والقواعد في النظام في المحافظات الجنوبية بعد الثورة وقبل الوحدة وصولاً إلى ما اختاره المشرع اليمني بعد الوحدة المباركة.

الفرع الأول

قواعد الدفاع الشرعي في المحافظات الشمالية

اعتمد المشرع في المحافظات الشمالية على تقنين أحكام الشريعة الإسلامية قبل الثورة ولما تحققت سعى إلى تقنين أحكامها بالإضافة إلى الاستفادة من خبرات الدول الأخرى في مجال التقنين، ويمكن حصر القواعد التي نظمت العقاب في أربعة قوانين وذلك على النحو الآتي:

أولاً: القانون (٢١، ٢٢) لعام ١٩٦٢م

أ- نظم القانون رقم (٢١) الخاص بالجرائم والعقوبات الدفاع الشرعي بشكل ضمني من خلال الاستناد إلى المرجعية للشريعة الإسلامية حيث نصت المادة (٢٥ منه) (لا تسري أحكام القوانين الجزائية على فعل ارتكب بنية سليمة عملاً بحق مقرر بمقتضى الشريعة الغراء) ومعلوم أن قواعد وأحكام الشريعة الإسلامية قننت قواعد وأحكام الدفاع الشرعي وجعلته واجباً لاحقاً ومعلوم الفارق بينهما كما سلف.

ثانياً: القانون رقم ١٥ لعام ١٩٧٥م

صدرت تحت مسمى قانون العقوبات العسكري وهو تقنين عقابي متكامل وأخذ مسمى ذلك حتى لا تثار حوله المعارضة من تقنين قد يتعارض مع المرجعية الشرعية ونظم قواعد وأحكام الدفاع الشرعي في المادة (٦٠) منه (يعد ممارسة الحق كل فعل قضت به

ضرورة حالية لدفع التعرض غير محقق عن النفس أو المال أو نفس الغير أو ماله)، هذه المادة تضع قواعد الدفاع الشرعي على النحو الآتي:

- ١- أن فعل الدفاع الشرعي ممارسة للحق.
 - ٢- دفع اعتداء حال وضروري.
 - ٣- أن الاعتداء كونه بغير حق.
 - ٤- دفاعاً عن النفس أو المال أو نفس الغير أو ماله.
- وأكدت المادة (٦٢) منه (لا يعد الفعل الذي تجيزه أحكام الشريعة الإسلامية والقانون جريمة) ومعلوم أن الدفاع الشرعي تجيزه الشريعة الإسلامية.
- وأضافت المادة (٩٥) تحت عنوان: الأعداء المحللة (لا عذر على جريمة إياها في الأحوال التي عينتها أحكام الشريعة الإسلامية والقانون) ووضعت المادة (٩٦) آثار العذر المحل عند وجوده (يعفى المجرم من كل عقاب على أنه يجوز أن تنزل به عند الاقتضاء التدابير الاحترازية كالكفالة الاحتياطية مثلاً حيث جعله مانعاً من مواع العقاب).

ثالثاً: قواعد الدفاع في المشروع والتعديل

شكلت لجنة تقنين أحكام الشريعة الإسلامية من مجموعة من العلماء ودكاترة القانون وأعدت المشروع والتعديل فالمشروع نظمه في المواد (٢٧ إلى ٣٠) والتعديل في المواد (٣١-٣٥) وكانت الأحكام والقواعد هي الآتي:

- ١- أن يواجه المدافع خطراً حالاً.
- ٢- أن يكون الاعتداء غير مشروع (من جريمة).
- ٣- أن تكون واقعة على نفس المدافع أو ماله أو نفس الغير وماله.
- ٤- تعذر اللجوء إلى السلطات العامة لاتقاء الخطر في الوقت المناسب.
- ٥- للمدافع أن يدفع الخطر بما يلزم لردده بالوسيلة المناسبة.

حدود الدفاع الشرعي وفقاً للمشروع والتعديل:

أوضحت المادة (٢٨) متى يجوز أن يصل الدفاع إلى القتل وذلك في جرائم الاعتداء على النفس والمال أن يقصد به دفع فعل يتخوف منه وقوع جريمة من الجرائم الآتية، إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة.

أ- الدفاع الشرعي المبيح للقتل دفاعاً شرعياً:

- ١- القتل أو جراح بالغة إذا كانت الجراح على المدافع نفسه أو أحد أقاربه .
- ٢- الشروع في الزنا أو اللواط بالقوة على المدافع أو زوجه وأي محرم له .
- ٣- اختطاف المدافع أو زوجه أو ولده أو أحد محارمه بالقوة أو بالتهديد بالسلاح والاعتماد في كل الصور الدفاع الشرعي بالقرائن القوية، فإذا دلت على ذلك فلا قصاص ولا دية ولا أرش .
- ٤- جريمة الحريق العمد .
- ٥- جرائم سرقة من السرقات الجسيمة .
- ٦- الدخول ليلاً في منزل مسكون أو أحد ملحقاته .

ولم تخرج قواعد تنظيم الدفاع في التعديل عن سابقها إلا من حيث الآتي: إضافة كلمة العرض إلى جملة ما يمكن أن يقع عليه الاعتداء (نفسه أو عرضه أو ماله) وذلك في الدفاع العام المادة (٣٣) التي توافق المادة (٢٧) في المشروع.

اتفقت أحكام المادة (٣٤) مع المادة (٢٨) ولم يشمل التعديل من جملة قواعد الدفاع عن المال الذي يوجب القتل دفاعاً شرعياً كما أورد ذلك المشروع ولم يكن هذا الاجتهاد موفقاً خصوصاً أن رأي جمهور الفقهاء يجيز القتل دفاعاً عن النفس أو المال أو العرض ودليلهم في ذلك الأحاديث الصحيحة عن الرسول ﷺ (من قتل دون ماله فهو شهيد) (١٤) وغيرها من الأحاديث التي سبق الإشارة إلى بعض منها خاصة وأن المشروع حدد نوع هذه الجرائم التي ورد ذكرها على سبيل الاستثناء وهي الجرائم الجسيمة التي يصاحبها الإكراه والتهديد والتي تقوم بها جماعات منظمة إضافة إلى الحراية المواد (٣٠١، ٣٠٦).

الفرع الثاني

قواعد الدفاع الشرعي في التشريع في الجنوب

نظم القانون رقم (١٢) لعام ١٩٧٠م والقانون رقم (٣) لعام ١٩٧٦م قواعد وأحكام الدفاع الشرعي فالأول شمل بأحكامه الدفاع الشرعي عن الأموال والأنفس والثاني شمل المصالح الاجتماعية وغيرها، نتعرف على قواعد الدفاع وذلك على النحو الآتي:

القانون رقم (١٢) عام ١٩٧٠م

نظم قواعد الدفاع في المواد من (٩ إلى ١٣) فيما يخص الدفاع عن النفس، والدفاع عن المال (١٥).

أ- قواعد الدفاع عن النفس.

١- أنه لا عقوبة على من قتل غيره أثناء استعماله حق الدفاع الشرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس غيره أو ماله. المادة (٨).

٢- أن حق الدفاع الشرعي عن النفس يبيح للشخص إلا في الأحوال الاستثنائية المبينة بعد استعمال القوة اللازمة لدفع كل فعل يعتبر جريمة على النفس منصوص عليها في هذا القانون. المادة (٩).

٣- لا يعتبر الحق موجوداً إذا أمكن الركون في الوقت المناسب إلى الاحتماء برجال الأمن. المادة (١٠).

٤- أن حق الدفاع الشرعي لا يبيح مقاومة أحد رجال الأمن أثناء قيامه بأمر بناءً على واجبات وظيفته مع حسن نيته. المادة (١١).

ومن خلال ما سبق يمكن تحديد قواعد الدفاع الشرعي العام كما يأتي:

١- أنه لا عقوبة على قتل المعتدي استعمالاً لحق الدفاع الشرعي عن النفس أو المال أو نفس الغير أو ماله.

٢- أنه لا يجوز قتل المعتدي إلا على سبيل الاستثناء وفقاً للقواعد التي حددها القانون.

٣- أن إمكانية الركون إلى الاحتماء برجال الأمن ينفي حالة الدفاع.

٤- أنه لا يعتبر دفاعاً شرعياً إذا كان القائم بالاعتداء أحد رجال الأمن خاصة إذا كان ذلك بناءً على أمر كواجب وظيفي وبحسن نية.

أولاً: الجرائم التي يباح فيها القتل العمد:

وضع القانون قواعد لتحديد الجرائم التي يباح فيها القتل دفاعاً عن النفس أو المال وذلك على النحو التالي:

أ- الجرائم التي يباح فيها القتل العمد أن يكون القصد منه دفع أحد الأمور الآتية: المادة (١٢).

١- فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جرح بالغ إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة.

٢- إتيان أمر كرهاً أو هتك عرض إنسان بالقوة.

٣- اختطاف إنسان.

وهذا النص ذاته هو نص المادة (٢٤٩) من قانون العقوبات المصري الذي تضمن ما يأتي:

١- مواجهة المعتدى عليه فعلاً يتخوف أن يموت منه أو جراح بالغة إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة.

٢- إتيان المرأة كرهاً أو هتك عرض إنسان بالقوة.

٣- اختطاف إنسان.

فالاختلاف واضح في اختزال الفقرة (٢) فبدلاً من إتيان المرأة كرهاً ثم تحويلها إلى إتيان أمر كرهاً والفقرة بصيغتها الحالية لا يتناسق أولها وآخرها وفقاً للتعديل بينما صياغتها كما هي، يثبت التناسق والانسجام بين بداية الفقرة ونهايتها.

ثانياً: الدفاع الشرعي المبيح للقتل دفاعاً عن المال وهذه نصت عليها المادة (١٣):

١- جنایات السرقة.

٢- الدخول ليلاً في منزل مسكون أو في أحد ملحقاته.

٣- فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جرح بالغ إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة.

وهذا يماثل نص المادة (٢٥٠) من قانون العقوبات المصري الذي أعطى الدفاع الشرعي المبيح للقتل عن المال أربع حالات وهي:

١- لدفع جريمة من جرائم الحريق العمد إذا بلغت الجريمة درجة معينة من الجسامة تحددها القوانين.

٢- لدفع سرقة من السرقات المعدودة من الجنایات.

٣- الدخول ليلاً في منزل مسكون أو أحد ملحقاته.

٤- فعل يتخوف منه الموت أو جراح بالغة إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة.

فالمشرع في المحافظات الشمالية حذف الفقرة الرابعة (فعل يتخوف منه الموت) وأثبت بقيه الجرائم والمشرع في المحافظات الجنوبية حذف الفقرة (١) (جريمة من جرائم الحريق العمد) وأثبت البقيه مع تعديل السرقة بغير تحديد (جسيمة أم غير جسيمة).

الدفاع الشرعي في القانون رقم (٣) لعام ١٩٧٦م

خالف القانون قواعد الدفاع الشرعي من حيث ماهية المصالح التي يرد عليها الدفاع الشرعي بدلاً عن الاعتداء على النفس والمال والضرر وكيفية تحديد التعدي وذلك في المادة (٢٧) على النحو الآتي:

- أ- لا يعتبر جريمة الفعل الذي، وإن كان يحتوي على سمات فعل يجرمه القانون إلا أنه ارتكب في حالة الدفاع الشرعي أي حالة الدفاع عن مصالح الدولة أو المصالح الاجتماعية أو شخص آخر ضد اعتداء خطر اجتماعياً وذلك عن طريق إلحاقه ضرراً بالمعتدي إذا لم يرتكب أثناء ذلك تعدياً لحدود الدفاع الشرعي.
- ب- يعتبر تعدياً لحدود الدفاع الشرعي عدم مطابقة الدفاع بوضوح لطبيعة الاعتداء وخطورته).

من خلال ما سبق يمكن تحديد قواعد الدفاع الشرعي كما يأتي:

- ١- أن الفعل (الدفاع) وإن كان يجرمه القانون إلا أنه لا يعد جريمة إذا كان للدفاع الشرعي.
- ٢- الدفاع الشرعي لمواجهة الاعتداء على مصالح الدولة والمصالح الاجتماعية أو حقوق المنافع أو شخص آخر.
- ٣- أن يكون الاعتداء خطراً اجتماعياً.
- ٤- أن يكون الدفاع بإلحاق أضرار بالمعتدي في حدود الدفاع بغير تجاوز.
- ٥- أن التعدي يكون عدم المطابقة بوضوح لطبيعة الاعتداء وخطورته.

يلاحظ على صياغة قواعد الدفاع الشرعي وفقاً لنصوص القانون رقم (٣) الآتي:

- ١- أنه اعتبر ممارسة الدفاع الشرعي (لا جريمة) بمعنى أنه سبب من أسباب الإباحة لا كما نص عليه القانون رقم (١٢) لعام ١٩٧٠م أنه لا عقوبة بمعنى أنه مانع من موانع العقاب.

٢- وأنه استبدل موضوع الحماية القانونية بعد أن كانت واردة لحماية النفس والعرض والمال بمصالح الدولة والمصالح الاجتماعية أو حقوق المنافع أو شخص آخر وهي عبارات عامة وتعطي سلطة تقديرية واسعة للجهات التنفيذية لا معقب عليها في ذلك وهو ما يتنافى مع الصياغة القانونية التي يجب أن تتسم بالدقة والوضوح والتحديد.

٣- أنه لم يخرج عن ذات الأمر في تحديد نوع (الاعتداء) واعتباره خطراً اجتماعياً وأيضاً في تحديد نوع الدفاع المطلوب من (إلحاق ضرر بالمعتدي) مع التأكيد على أهمية أن لا يرتكب المدافع تعدياً لحدود الدفاع الشرعي.

٤- أنه اعتمد على تحديد التعدي بعدم المطابقة الواضحة لطبيعة الاعتداء وخطورته، وفعل الدفاع بمعنى أنه لا بد من وجود التناسب بين الفعل والدفاع والرد.

٥- أن القانونين وإن نظما حالة الدفاع الشرعي إلا أنهما لم يستكملا شروط الدفاع الشرعي وفقاً للمتعارف عليه في تحديد قواعد الدفاع فقد أغفلا شرط أن يكون هناك اعتداء حال وإن كان الاستدلال عليه من عبارات النص وهو نص المادة (١٠) من القانون رقم (١٢) وليس لهذا الحق وجود متى كان من الممكن الركون في الوقت المناسب إلى الاحتماء برجال الأمن في معنى أن يكون الخطر حالاً ولا يسمح الوقت أن يسعف المجني عليه الاحتماء برجال الأمن لمواجهة القانون الأول يبيح القتل دفاعاً شرعياً وفقاً للضوابط التي حددها دفاعاً عن النفس أو المال.

وأما القانون الآخر فلا يبيح سوى إلحاق الضرر بالمعتدي، وترك الأمر تقديرياً للمدافع لاستخدام القوة والوسيلة المناسبة لدفع الاعتداء وأيضاً لتحديد ما يلزم دون تجاوز بمعنى أن يكون التناسب قائماً ولا يكون هناك تفاوت واضح بين الفعل ودفعه بالوسيلة المناسبة.

الفرع الثالث

قواعد الدفاع الشرعي في التشريع الوحدوي

صدر القانون رقم (١٢) الخاص بالجرائم والعقوبات لعام ١٩٩٤م واحتوى على مجمل الأحكام والقواعد التي كان العمل بها في القوانين الشطرية مع الحذف والإضافة وفقاً لما رأته اللجنة التي قامت بإعداده، نتعرف على هذه القواعد في الأسطر الآتية:

أولاً: الدفاع الشرعي العام.

نظمتها المادة (٢٧) وذلك وفقاً للقواعد الآتية:

- ١- أن يواجه المدافع خطراً حالاً.
- ٢- أن يكون الاعتداء غير مشروع (من جريمة).
- ٣- أن تقع على النفس المدافع أو عرضه أو ماله أو نفس الغير أو عرضه وماله.
- ٤- أن يتعذر اللجوء إلى السلطات العامة لاتقاء الخطر في الوقت المناسب.
- ٥- يجوز للمدافع أن يدفع الخطر بما يلزم لردده وبالوسيلة المناسبة.

ثانياً: الدفاع الشرعي المبيح للقتل العمد:

أن يقصد به دفع فعل يتخوف منه وقوع جريمة من الجرائم الآتية وأن يكون التخوف له أسباب معقولة المادة (٢٨).

أ- الدفاع عن النفس المبيح للقتل دفاعاً شرعياً.

١- القتل أو جراح بالغة إذا كان القتل أو الجراح واقعة على المدافع نفسه أو أحد أقاربه.

٢- الشروع في الزنا أو اللواط بالقوة على المدافع أو زوجته وأي محرم له.

٣- اختطاف المدافع أو زوجته أو ولده أو أحد محارمه بالقوة أو بالتهديد بالسلاح.

أن المعتمد في تحديد فعل الدفاع والاعتداء في كل صورة بناءً على القرائن القوية فإذا دلت على ذلك فلا قصاص ولا دية ولا أورش.

ب- الدفاع الشرعي عن المال المبيح للقتل العمد أن يقصد به دفع أحد الأمور الآتية.
المادة (١٩).

١- جريمة الحريق العمد.

٢- جريمة سرقة من السرقات الجسيمة وهي الموجبة للحد من سرقة بالإكراه أو الحراية المذكورة في المواد (٣٠١)، (٣٠٦) أو جرائم السرقات التي تعتمد على الجماعات المنظمة.

٣- الدخول ليلاً في منزل مسكون أو أحد ملحقاته.

ملاحظة هنا أن الدفاع العام لا يجيز القتل العمد في الدفاع عن النفس إذا كان نفس الغير أو عرضه أو ماله بينما في الدفاع الخاص يجوز إذا كان الاعتداء على نفس المدافع أو أحد أقاربه إذا كان الاعتداء يؤدي إلى جراح بالغة بالمدافع.

أن هذه الجرائم وردت على سبيل الاستثناء من الأصل العام الذي لا يباح إلا بناء على نص وبالتالي لا يجوز التوسع في تفسيره أو القياس عليه لأن هدف الحماية هو ذات المدافع وهي مصلحة جديرة بالحماية من مصلحة المعتدي والمتجاوز لحدود القانون.

أن القانون أعاد الدفاع الشرعي الموجب للقتل العمد دفاعاً عن المال بعد أن كان التعديل قد أسقط ذكره بخلاف المشروع الذي اثبتته وأكد على قواعده.

المطلب الرابع

شروط الدفاع الشرعي والتعرض (الاعتداء)

اختلف الفقه القانوني في تحديد متطلبات الدفاع الشرعي، بعضهم يميل إلى استخدام شروط الدفاع وآخر يفضل استخدام أركان الدفاع الشرعي (ركن الشيء أحد الجوانب التي يستند إليها ويقوم بها) (١٨) والشرط: ما لا يتم الشيء إلا به ولا يكون داخلياً في حقيقته) (١٩) والشرط والركن لازمان لتحقيق الفعل سنده مع غالبية الفقه في القول شروط الدفاع (٢٠).

- الدفاع الشرعي يفترض فعلين متقابلين الأول: فعل يمثل خطراً وحالاً وغير مشروع، والثاني: فعل يواجه ويدفع هذا الفعل ولكن لا بد أن يكون لازماً ومتناسباً مع الفعل وخطورته ولكي نتعرف على هذه الشروط ندرس شروط التعرض ثم شروط الدفع وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول

أن يكون الفعل خطراً وحالاً

أولاً: أن يكون التعرض خطراً نتعرف على معنى الفعل الخطر أولاً والحال ثانياً.

الخطر: هو الضرر الذي لم يقع بعد، ولكن احتمال وقوعه ممكن وفقاً للمجرى العادي للأمر لذلك يعرف بأنه (اعتداء محتمل لم يتحقق بعد ولكن تحقيقه منتظر وفق السير العادي للأمر)(٢١).

ويرى آخرون أنه (وصف يلحق بالسلوك ينذر بتحقق ضرر يستهدف به مرتكبه إلحاق ضرر بمال أو بمصلحة محميين جنائياً ولم يكن قد بلغ هدفه بل إنه ضرر مقبل) (٢٢) ومعنى ذلك أن الفعل إذا لم يكن يشكل خطراً على الإطلاق أو كان قليل الأهمية فلا يمكن وصفه بأنه خطر. موجب الدفاع الشرعي.

١- ويستوي أن يكون الفعل إيجابياً أم سلبياً طالما أنه يشكل خطراً فإن واجب الدفاع يستوجب رده ودفعه إما بمنع حدوثه ابتداءً أو بوقف استمراريته نظراً لما يهدد من مصلحة يحميها القانون وقد اختلف وصف المشرع اليمني لهذا الخطر فالبعض أشار إليه (اعتداء خطر اجتماعياً) بمعنى أنه يؤثر على الجوانب الاجتماعية المتعلقة بحياة أفراد المجتمع. القانون رقم (٣) لعام ١٩٧٦م ووصفه المشروع وتعديله أنه خطر على النفس أو العرض أو المال.

٢- ويستوي أن يكون الخطر موجهاً ضد المدافع أو ماله أو عرضه أو نفس الآخر أو ماله أو عرضه وسواءً كان جسيماً أم غير جسيم بخلاف ما إذا كان الفعل قليل الأهمية ولا يمثل خطراً.

الخطر الحقيقي والوهمي.

٣- يعتبر خطراً حقيقياً إذا تطابق الاعتقاد مع الواقع بخلاف ذلك وهو أن يعتقد المدافع أن هناك خطراً وليس ذلك حقيقة واقعة فإنه يكون خطراً وهمياً ولا أساس له.

(وهذا المعيار قائم على اعتبار شخصي وموضوعي، فالشخصي قائم على اعتقاد المدافع، وموضوعي أن يكون له ما يبرره).

١- أن يكون مبنياً على أسباب معقولة (٢٣) وصحيح أن المعيار يعتمد على الظن

لكن ليس مجرد الظن ولكن غالب الظن فقد نص على ذلك الإمام الشافعي إذا الرجل أقبل بالسيف أو بغيره من السلاح إلى الرجل فإنما له ضربه على ما يقع في نفسه فإذا وقع في نفسه أن يضربه وأن لم يبدأ المقبل عليه بالضرب فليضربه وأن لم يقع في نفسه ذلك لم يكن له ضربه (٢٤) وهو ما أشار إليه المشرع اليمني (فعل يتخوف منه أن يحدث الموت أو جراح بالغة إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة. المادة (٣٤) من المشروع وأكد على أن يؤخذ في كل صورة الدفاع الشرعي بالقرائن القوية فإن دلت على ذلك فلا قصاص ولا دية ولا أرش. المادة (٣٤) الفقرة الثالثة من المشروع.

٢- أن الغلط في تقدير حقيقة الخطر أو أهميته ينتفي به القصد إذا كان الاعتقاد مستنداً إلى أسباب معقولة يقع فيه الشخص المعتاد فهو وإن نفى القصد والخطأ وهدم الركن المعنوي فإن الركن المادي يظل متوفراً وبالتالي يحول دون قيام المسؤولية القصدية وتبقى المسؤولية الخطئية إن توافرت سائر شروطها (٢٥).

من حيث مصدر الخطر

يتنوع الدفاع الشرعي ضد مصدر الخطر المهدد له وهنا يمكن القول أن الخطر قد يتولد من إنسان مسؤول جنائياً فإن الدفع يتوجه إليه لمنعه من الاستمرار أو لوقف الخطر منه وهنا نجد أن الخطر وفعل الدفاع يعتمد على معيار موضوعي هو تحقق الخطر ولا يهم مصدره أكان عن إنسان مسؤول جنائياً أم غير مسؤول أو كان عن حيوان أو غيره.

الدفاع الشرعي ضد الفعل:

ولذلك يصح ضد فعل الإنسان المسؤول جنائياً وغيره وللفقه الإسلامي اتجاهان، الأول: لجمهور الفقهاء مالك وأحمد والشافعي (٢٦) وعلى النحو الآتي:
ليس بالضرورة أن يكون الفعل جريمة معاقباً عليها بل يكفي أن يكون عملاً غير مشروع.

وليس من الضروري أن يكون الصائل مسؤولاً عن فعله بل يصح أن يكون صيباً أو مجنوناً.

الاتجاه الثاني: أبو حنيفة وأصحابه خلافاً لأبي يوسف فهم يشترطون أن يكون الاعتداء جريمة معاقباً عليها وأن يكون الصائل مسؤولاً جنائياً وإلا كان الفعل بناءً على

حالة الضرورة ويخالفهم في ذلك أبو يوسف ورأيه يتفق مع رأي الجمهور.

ولا تخرج الآراء القانونية في تحديد حالة الدفاع ضد فعل المجنون والقاصر عن ذلك (٢٧) فالرأي الأول نظر إلى الاعتداء وأنه غير مشروع وأنه يشكل جريمة ولا يهمل بعد ذلك مصدره فأوجب الدفاع ضد مصدر الخطر، وآخر رأي أن حالة الدفاع الشرعي غير متوفرة وأن الاحتجاج يكون بناءً على حالة الضرورة وهذا الرأي منتقد لأن فعل الدفاع الشرعي ليس نوعاً من العقاب للمعتدي حتى يتم اشتراط الأهلية ثم إن المدافع غير ملزم بتحمل الاعتداء ويجب عليه دفعه.

دفع خطر الحيوان.

يفرق الفقه بين فرضين الأول: (٢٨) أن يكون الحيوان بيد من يحركه ويوجهه فإن المسؤولية عليه وفعل الدفاع أيضاً لأن الحيوان ما هو إلا آلة من الآلات التي يستخدمها مثل الكلب وسائق الدابة الذي يحركها فتصيب إنساناً أو تتلف شيئاً أو قرداً يستعمله صاحبه في السرقة وغير ذلك فهنا فعل الدفاع الشرعي يوجه لمن يحرك الآلة لا الآلة ذاتها وهذا رأي الإمام مالك وأحمد والشافعي.

الثاني: أن يكون فعل الحيوان بغير تحريك وإثارة أو تحريض من أحد وإنما من تلقاء نفسه وهنا نجد أن الرأي الغالب: يوجب دفع فعل الحيوان بناءً على الدفاع الشرعي بينما الرأي الآخر يذهب إلى دفعه بناءً على حالة الضرورة والفرق واضح بأن الدفاع الشرعي لا يوجب الضمان بينما حالة الضرورة توجب الضمان.

ثانياً: أن يكون حالاً.

هذه الصفة الثانية التي يجب أن يتصف بها فعل الاعتداء وهذا المعيار يعتمد على الزمن الذي يحدث فيه الخطر وقد عبر عنه المشرع أن يواجه المدافع خطراً حالاً وكان من المتعذر عليه الالتجاء إلى السلطات العامة لاتقاء هذا الخطر في الوقت المناسب (٢٧).

أ- ومعنى أن يكون حالاً (يكون من شأنه خلق حالة ضرورة تحمل على إتيان فعل الدفاع (٢٩) ولا يسع المعتدى عليه أن يحتمي أو يلجأ إلى السلطات العامة لاستمداد سلطتها بمنع الاعتداء يمكن التمييز بين الافتراضات الآتية:

١- أن يكون فعل الاعتداء بدأ وانتهى - هنا ليس للمعتدى عليه القيام بفعل تحت مبرر ممارسة حق الدفاع الشرعي لأن الدفاع لا يوجه إلا إلى الاعتداء الذي بدأ ولم ينته.

- ٢- أن يكون الاعتداء بدأ وما زال مستمراً وهنا يمكن الالتجاء إلى الدفاع الشرعي .
- ٣- أن يكون الاعتداء لم يبدأ لكن هناك علامات تؤكد أن المعتدي وفقاً للسير العادي للأمر سيباشر الاعتداء إذا لم يتم إيقاف عدوانه .

وهنا يتجه فعل الدفاع للوقاية من الاعتداء قبل وقوعه ومنع استمراره وعدم تركه لأن القانون أباح ذلك تحت طائلة (إذا قصد به دفع فعل يتخوف منه وقوع جريمة) إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة .

- ب- الخطر الوشيك، وهو الخطر الذي لم يحدث، لكنه وفقاً للسير العادي للأمر وسيصبح قائماً وحتماً فالمشروع لا يلزم المعتدى عليه المههد بالخطر أن ينتظر ابتداء الاعتداء عليه حتى يبرر له اتخاذ الدفاع بل يجيز له الدفاع بمجرد أن يهدده الخطر الوشيك (٣٠) فهنا يتجه فعل الدفاع لممارسه الوقاية من الخطر قبل تحققه وتحوله إلى اعتداء، فمن يسكب بنزين على باب منزل ثم يشعل أعواد الثقاب ويرمي بها على الباب لكن ينطفئ العود قبل وصوله ويحاول مرة أخرى بإشعال آخر ويلاحظ صاحب المنزل أو غيره فإنه يجب عليه أن يمنعه من الاستمرار بفعل ذلك (٣١) حتى لا يحدث الضرر ويمكن الإشارة أيضاً إلى من يخرج سلاحه ويوجهه إلى شخص آخر ثم يطلق عليه لكن يتضح أن السلاح عاطب لا يعمل فيرميه ويأخذ سلاحاً آخر فهنا يصح للمعتدى عليه أن يمنع المعتدي من توجيه سلاحه بالقدر اللازم وبالوسيلة المناسبة ولو أدى ذلك إلى قتله أو تحطيم أي شيء من جسمه لمنعه من إتمام جريمته وعدوانه .
- ج- الخطر المستقبل، وهو الذي لم يحدث وليس على وشك الحدوث لكنه يتعلق بالمستقبل فهذا لا يجوز فعل الدفاع الشرعي لأن الدفاع هو للوقاية من فعل لم يحدث لكن هناك دلائل تؤكد أنه سيحدث وفقاً للمجرى العادي للأمر يمكن التمثيل لذلك بمن يهدد غيره بأنه سيقته أو سيعتدي عليه دون تحديد وقت معين بدون أن يبدي استعداد له للقيام بذلك أو أنه سيقوم بذلك في الأشهر المقبلة فهنا الخطر مرتبط بالمستقبل لكن من ينزع سلاحه ويبدأ تعبئته بالطلقات النارية فهنا الخطر وشيك وليس مستقبلاً فيجوز توجيه فعل الدفاع الشرعي لمنعه من الحدوث أو لإيقافه حتى لا تتحقق النتيجة الإجرامية .

الفرع الثاني

أن يكون الخطر اعتداءً (جريمة)

وضع المشرع اليمني صياغات عدة لوصف الخطر غير المحق الذي يشكل اعتداءً وذلك على النحو الآتي:

- أ- المشروع وصف الاعتداء. المادة (٢٧) إذا واجه خطراً حالاً من جريمة على نفسه، وذات الوصف أورده في التعديل. المادة (٣٤) واختار قانون العقوبات العسكري ضرورة حالية لدفع تعرض غير محق عن النفس. المادة (٦٠) واختار القانون رقم (٣) ١٩٧٦م: (وإن كان يحتوي على سمات فعل يجرمه القانون إلا أنه ارتكب في حالة الدفاع الشرعي) المادة (٢٧) وجاء القانون رقم (١٢) لعام ١٩٧٠م بعبارة: (لا عقوبة مطلقاً على من قتل غيره أثناء استعماله حق الدفاع الشرعي عن نفسه) المادة (٨).
- ١- فالصياغات الأولى صريحة بأن الخطر أو الاعتداء لا بد أن يكون قائماً على العدوان سواءً ورد بلفظ من جريمة أو تعرض غير محق أو (يحتوي على سمات فعل يجرمه القانون على خلاف ذلك (ولا عقوبة مطلقاً على من قتل غيره أثناء...)) فإن المسؤولية الجنائية تترتب عليه وإنما يمتنع عنه العقاب.
- ٢- ومعنى أن الاعتداء والخطر جريمة خضوعه لنص تجريم وعدم خضوعه لسبب من أسباب الإباحة وبالتالي فهو يهدد مصلحة محمية جديرة بالحماية من أي مصلحة أخرى سواء تعلق الأمر بالنفس أو المال أو العرض وكون الاعتداء غير محق يرتب نتيجتين (٣٢):
- الأولى: أنه لا يباح الدفاع الشرعي إذا كان الخطر محققاً أي قائماً على سبب يبرره.
- الثانية: جواز الاحتجاج بالدفاع المشروع ضد كل خطر غير محق.

أولاً: لا دفع شرعي ضد خطر قائم على سبب يبرره

فالدفاع الشرعي يكون ضد الفعل الذي يعد جريمة وطالما وأن الخطر قائم على سبب إباحة فلا يعد جريمة ولا يشكل مجالاً للاحتجاج بحالة الدفاع الشرعي لأن القانون يوجب عليه ألا يقاومه وأن يتحمّله، ومثل ذلك الجلاد الذي يوكل إليه إقامة الحدود وتنفيذ القصاص فلا يمكن أن يدفع المجني عليه فعله حتى وإن أدى ذلك إلى هلاكه، ولكن كل ذلك مقيد بحدود ما هو مأمور به فإذا جاوز كان الدفاع بقدر دفع الضرر وبالوسيلة المناسبة.

١- فلا يعد من قبيل الدفاع الشرعي مواجهة من يقوم بتنفيذ أمر تتحقق فيه كل الشروط الشكلية والموضوعية مثل الجلاد في تنفيذ حكم الإعدام إذا كان ذلك وفق إجراءات سليمة وصحيحة وغيره من الأمور التي تكون من سلطة مختصة إلا إذا كان التنفيذ على غير أساس وهو مقتضى نص المادة (١١) من القانون رقم (١٢) لعام ١٩٧٠م (لا يبيح حق الدفاع الشرعي مقاومة أحد رجال الأمن أثناء قيامه بأمر بناءً على واجبات وظيفته مع حسن نيته).

فهنا يوجب القانون عدم قيام الدفاع الشرعي لمقاومة كل من يكلف بتنفيذ الأوامر كواجب وظيفي، وأن يكون ذلك بحسن نية فإذا خالف ذلك وكانت المخالفة جسيمة وخلا الأمر من حسن النية فإن المجني عليه - تقوم بجانبه حالة الدفاع الشرعي فمثلاً لا يصح تنفيذ أي أمر للقيام بإحدى الجرائم التي أباح القانون الدفاع الشرعي بالقتل سواءً كان ذلك في جرائم الأموال أو النفس أو غيرها لأنها من أسباب الإباحة ولا يمكن الاحتجاج بتنفيذ الأمر بارتكاب أي منها وهي المنصوص عليها في المواد (١٢، ١٣) من ذات القانون.

ثانياً: أنه لا دفاع ضد الدفاع الشرعي؛

لأن الدفاع الشرعي سبب من أسباب الإباحة ولأن الاعتداء كان سبباً في إباحة الرد فلا يمكن القول أن من أحدث السبب يباح له أن يمارس حقوق الدفاع، لكن ما الحل إذا تجاوز المدافع حدود الدفاع إلى الاعتداء فالمسألة هنا تخضع لقاعدة التناسب بين الفعل أو الخطر ودرئته وقد وضع المشرع أكثر من معيار منها (عن طريق إلحاقه ضرراً بالمعتدي إذا لم يرتكب أثناء ذلك تعدياً لحدود الدفاع الشرعي). المادة (٢٧) من القانون رقم (٣) لعام ١٩٧٦م وأكد القانون رقم (١٢) لعام ١٩٧٠م. المادة (١٠) حق الدفاع الشرعي (عن النفس يبيح للشخص إلا في الأحوال الاستثنائية المبينة بعد استعمال القوة اللازمة لدفع كل فعل يعتبر جريمة على النفس منصوص عليها بهذا القانون).

وجاء القانون العسكري بقواعد تحكم تجاوز حدود الدفاع الشرعي الفقرة (٣) من المادة (٦٠) إذا وقع تجاوز في الدفاع أمكن إعفاء فاعل الجريمة من العقوبة من الشروط المذكورة في المادة (٨٩).

وجاءت المادة (٨٩) محددة أن الإعفاء يكون بناءً على حالة الضرورة وأن لا يكون المدافع من تسبب فيه عن قصد أو أوجب عليه القانون التعرض للخطر: المادة (٨٩) (لا يعاقب الفاعل على فعل الجأته الضرورة إلى أن يدفع به في الحال عن نفسه أو غيره أو عن ملكه أو ملك غيره خطراً جسيماً محققاً لم يتسبب فيه قصداً شرط أن يكون الفعل مناسباً والخطر).

فالدفع يجب أن يكون متناسباً مع الخطر وأن الإعفاء للعقوبة بناءً على حالة الضرورة لا يمنع من الضمان.

ومثل ذلك لا يعتبر من مسوغات الدفاع الشرعي دفع من يمارس حقاً من الحقوق التي أعطاه له القانون ومثال ذلك تأديب الأب ابنه إلا إذا كان التجاوز منه ظاهراً ومبالغاً فيه وأيضاً تأديب الزوجة بخلاف ذلك إن كان الفعل مثاراً - لأن المصلحة المحمية تستوجب أن يواجه خطر الاعتداء بما يردده وما يمنعه من الاستمرار بالقدر اللازم وبالوسيلة المناسبة لا إن كان هناك تجاوز ويضرب بعض الفقهاء مثلاً (بمن يواجه زوجة مع عشيقها فيقتله فلا يحق للزوجة إذا هي قتلت زوجها الاحتجاج بالدفاع الشرعي عن نفسها) (٣٣).

ولأن الاعتماد في تحديد الخطر كونه غير محق يعتمد على معيار موضوعي كونه جريمة بموجب القانون لأن فيه اعتداء على حق أو مصلحة محمية، وكما يتصور الدفاع الشرعي في الأفعال الإيجابية كذلك يمكن في الأفعال السلبية فمسؤول السجن الذي يمنع الطعام عن السجنين من أجل تعذيبه وموته جوعاً فإن الدفاع الشرعي يوجب الزامه بتوفير الطعام له ولو جبراً عنه لأنه اعتداء غير محق ويستهدف المساس بمصلحة محمية ويمثل أساساً للدفاع المشروع.

ثالثاً: الدفاع الشرعي ضد كل خطر:

أوجب القانون أن يكون الفعل الذي يوجه إليه الدفاع الشرعي جريمة بمعنى أنه يستند إلى نص يجرمه وليس هناك نص يبيحه لكن معيار الخطر أوسع من ذلك، فالدفاع الشرعي جائز ضد أي خطريهدد بارتكاب جريمة ولو لم يكن محرماً في ذاته فمن يعمل على تنظيف سلاحه موجهاً إياه تجاه شخص آخر فإنه يرتكب خطراً يوجب فعل دفاع عنه حتى ولو لم يكن الفعل في حد ذاته مجرماً لأنه مخالف لقواعد الحيطة والحذر (٣٤) وبذلك يمكن الإشارة إلى مجمل الخطر بالآتي:

١- أن الدفاع الشرعي - يستهدف مواجهة الخطر المنذر بتحقق الضرر بناءً على الاستقراء لتوالي الأحداث والأفعال وفقاً لانسقها المعتاد فكل فعل خطر يمكن أن يتحول إلى ضرر وفق المجرى العادي للأمر يصح إثارة الدفاع الشرعي في مقابلة.

٢- أن الأفعال التي قد تكون مشروعة لا يمكن إثارة الدفاع الشرعي في مواجهتها طالما كانت في حدود القانون وما يسمح به لكن إن تم التجاوز فيمكن المساءلة عنها وفقاً لحالة الضرورة الموجبة للضمان دون إنزال العقاب ومثال ذلك من

يوجه قبضة يده في وجه المجني عليه وإن لم يصبه، فعل ينشئ خطراً مهدداً للحق في سلامة الجسم وهو لذلك خطر غير محق (٣٥).

٣- أن قيام الدفاع الشرعي بناءً على الخطر الذي يمكن أن يحدث يتيح للمدافع مواجهة أي خطر مهما كان نوعه جسيماً أم غير جسيم يشكل جريمة عمدية أم غير عمدية ويتيح له أن يواجه مصدر الخطر سواءً من إنسان أو حيوان أو إنسان لديه مانع من موانع المسؤولية أو العقاب.

الفرع الثالث

أن لا يكون الاعتداء مثاراً أو واقعاً بخطأ المدافع

لم يتضمن المشروع (الدفاع الشرعي) هذا الشرط لكن النصوص الأخرى وردت تؤكد ذلك نتعرف على شرط الإثارة والقوانين التي ذكرت ذلك وما هي الجرائم التي اعتبرها المشرع قد يكون فيها الإثارة.

القوانين التي لم تذكر هذا الشرط:

القانون رقم (٢١) لعام ١٩٦٣م والقانون رقم (١٢) لعام ١٩٧٠م لم يذكر شرط أن لا يكون الاعتداء مثاراً أو واقعاً بخطأ المعتدي إلا أن استناد الأول إلى الشريعة الإسلامية كمرجع بين أن بعض الجرائم التي تقع بفعل الإثارة ومنها من فاجأ زوجته أو إحدى محارمه على فراش غير مشروع فقتلها فإنه لا عقوبة ولا دية ولا أرش مما يعني أن ذلك سبب من أسباب الإباحة.

القوانين التي اشتملت عليها:

أولاً: القانون العسكري رقم (١٥) لعام ١٩٧٥م وضع قواعد تحدد ذلك وعلى النحو الآتي:

استند إلى مرجعية الشريعة الإسلامية في تحديد الأعذار فجاءت المادة (٩٥) (لا عذر على جريمة إلا في الحالات التي عينتها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين) فالمرجعية الأساسية هي أحكام الشريعة الإسلامية ثم القانون.

وبينت المادة (٩٦) آثار العذر المحل - أن العذر المحل يعفي المجرم من كل عقاب على أنه يجوز أن تنزل به عند الاقتضاء تدابير الاحتراز كالكفالة الاحتياطية مثلاً.

وحددت المادة (٩٨) أن العذر المخفف يستفيد منه من أقدم على الفعل تحت الاستفزاز فنصت على أنه (يستفيد من العذر المخفف فاعل الجريمة الذي أقدم عليها بصورة غضب شديد ناتج عن عمل غير محق وعلى جانب من الخطورة أتاه المجني عليه).

وهذا الاستفادة تخضع لثلاث شروط هي:

١- أن يكون إقدام الجاني على الفعل تحت سيطرة الغضب الشديد.

٢- أن يكون الفعل ناتجاً عن عمل غير محق.

٣- أن يكون على جانب من الخطورة.

فيجب أن يكون العمل غير محق وبالتالي لا استفزاز في العمل الذي يكون على حق حتى ولو أغضب الآخرين، وأن يكون على جانب من الخطورة فالعمل البسيط لا يمكن أن يستفيد منه من قام بالتجاوز وأيضاً أن يتزامن الفعل مع الاعتداء لأنه أن تم بعد ذلك لا يستفيد منه المعتدي ولا تسري عليه أحكام العذر المخفف وهي المذكورة في المادة (٩٧).

آثار الأعدار المخففة:

ينص القانون على أعدار مخففة وهي:

١- إذا كان الفعل جنائية توجب الإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة حولت، العقوبة إلى حبس سنة على الأقل.

٢- وإذا كان الفعل يؤلف إحدى الجنائيات الأخرى كان الحبس من ستة أشهر إلى سنتين.

٣- وإذا كان الفعل جنحة كانت العقوبة الحبس ستة أشهر أو الغرامة تسعمائة ريال. وقد وضع القانون عذرين يستفيد القاتل منهما وهما:

الأول: حال التلبس بجريمة الزنا نصت عليه المادة (٣٣٦): ١- (يستفيد من العذر المحل من فاجأ زوجته أو إحدى محارمه حالة التلبس بالزنا مع شخص آخر وأقدم على قتلها أو جرحها أو إيذائها كليهما أو أحدهما).

في هذه الحالة واقع تحت الإثارة الشديدة ويستفيد من العذر المحل الذي يعفيه من كل عقاب ولكن يجوز عند الضرورة أن ينزل به تدابير احترازية كالكفالة الاحتياطية.

الثاني: في غير حالات التلبيس يكون الاستفاد من العذر المخفف وهو نص الفقرة (٢) من ذات المادة: (يستفيد مرتكب القتل أو الجرح أو الإيذاء من العذر المخفف إذا فاجأ زوجته أو أحد أصوله أو فروعها أو أخواته مع آخر على فراش غير مشروع).

ثانياً: القانون رقم (٣) لعام ١٩٧٦م

ضمن هذا الشرط في الباب الخاص بالجرائم الواقعة على الأشخاص وحدود تجاوز الدفاع الشرعي في القتل والإيذاء الجسماني بأحكام مختلفة عما قرره كقاعدة عامة للتجاوز في الفصل الرابع تتعرف على حكم القتل بناءً على الإثارة في العمد تم في الإيذاء الجسماني:

أ- عقوبة التجاوز في الدفاع الشرعي:

١- حددت المادة (١٣٢) عقوبة التجاوز في الدفاع الشرعي بالحبس مدة لا تزيد على أربع سنوات: (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على أربع سنوات من قتل إنساناً أثناء تجاوز حدود الدفاع الشرعي) هذا الحكم يتوافق مع نص المادة (٢٩) (إذا تجاوز الشخص بإهماله حدود الإباحة، عوقب على هذا التجاوز إذا كان القانون يجرمه بوصفه جريمة غير عمدية).

٢- إذا كان التجاوز بإهمال يأخذ عقوبة الجريمة غير العمدية وهي قيد الحرية مع وقف التنفيذ أو الحبس مدة لا تزيد على أربع سنوات كما هو نص المادة (١٣٣) يعاقب بقيد الحرية مع وقف التنفيذ أو الحبس مدة لا تزيد على أربع سنوات من قتل إنساناً نتيجة لخطأ غير عمدي، وكان من المفترض أن يشمل القصد العمد ويفرده بمادة أخرى لأن سياق المادة يجعل حكم التجاوز بكافة صورته الحبس مدة لا تزيد على أربع سنوات.

ب- القتل في حالة الهياج النفسي.

نصت عليه المادة (٣١) على أن يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات من قتل إنساناً عمداً وهو في حالة الهياج النفسي الشديد الناجم عن استخدام العنف أو الإهانة البالغة أو أفعال أخرى غير مشروعة من جانب المجني عليه، إذا كانت هذه الأفعال قد أدت أو يمكن أن تؤدي إلى نتائج جسيمة بالنسبة إلى الجاني أو أقاربه.

ويشترط لذلك:

أ- أن يأتي المجني عليه أحد الأفعال الآتية:

١- العنف أو الإهانة- أو أي أفعال أخرى.

٢- أن تكون الأفعال غير مشروعة.

٣- تؤدي أو يمكن أن تؤدي إلى نتائج جسيمة وإذا كان ذلك يصدق على استخدام العنف والأفعال المادية الأخرى- فلا يصدق على الإهانة البالغة وهذه الحالة يمكن اعتبارها إحدى حالات عدم التناسب بين الفعل والاعتداء- وأنها تعتبر إحدى صور التجاوز التي يسري عليها حكم المادة (١٣٢) لكن المشرع من باب التشديد على عدم الانسياق وراء الإثارة والغضب جعل عقوبتها أشد من عقوبة التجاوز للدفاع الشرعي.

ب- الإيذاء الجسماني العمدى تحت تأثير الهياج النفسي.

وضع المشرع له أربع عقوبات وفقاً لنص المادة (٣٦): ١- (يحال إلى إحدى هيئات القضاء الاجتماعي أو يعاقب باللوم أو بغرامة لا تزيد على عشرين ديناراً أو بقيد الحرية مع وقف التنفيذ أو بالحبس مدة لا تزيد على سنتين).

فقد نصت المادة (١٣٧) على أن تسري العقوبات المذكورة في المادة (١٣٦) فقرة (١) إذا ارتكب الإيذاء الجسماني الجسيم العمدى تحت تأثير هياج نفسي عنيف ناجم عن استخدام العنف أو الإهانة البالغة أو أفعال أخرى غير مشروعة من جانب المجني عليه إذا كانت هذه الأفعال قد أدت أو يمكن أن تؤدي إلى نتائج جسيمة بالنسبة إلى الجاني أو أقاربه.

وهذا النص معيب لأن آثار الهياج النفسي لا يعاقب عليه إلا إذا ارتكب أثناءه، أما إذا كان قد حدث فلا مجال للقول بأنه سبب للمؤاخذة والعقاب فالإثارة تستوجب تزامن الفعل مع الاعتداء والدفاع الشرعي أيضاً يستوجب أن يكون الاعتداء خطراً وحالاً وبالتالي فإن القول إذا كانت هذه الأفعال قد أدت بمعنى أنها قد أحدثت الأثر أو (يمكن أن تؤدي) متعلق بالمستقبل فلا تتوافق مع شروط الإثارة ولا شروط الدفاع الشرعي.

عقوبة التجاوز في الإيذاء الجسماني:

أعطى المشرع العقوبات ذاتها الواردة في المادة (١٣٦): ١- إذا ارتكب الإيذاء الجسماني العمد أثناء تجاوز حدود الدفاع الشرعي.

ثالثاً: حكم الإثارة في قواعد المشروع وتعديله

أ- تماثلت قواعد وأحكام الإثارة في المشروع وتعديله وإن كان الاختلاف في أرقام المواد وجاءت أحكامها كما يأتي:

(أن المساس بمن لا عصمة له منوط بالسلطة المختصة وبالطريقة التي يحددها القانون ومن يخالف ذلك يعرض نفسه للعقاب المادة (٢١٢)، (٢١٣)».

حكم الإثارة في جرائم القتل والزنا:

أعطى القانون حكم الإثارة- لولي الدم إذا قتل الجاني بعد الحادث أو قتل الزوج زوجته هي ومن يزني بها حال التلبس عقوبة مخففة رغم أن ذلك من أسباب الإباحة التي لا يؤخذ عليها الفاعل فنصت المادة (٢١٣، ٢١٤) منهما على التوالي كما يأتي:

(إذا اعتدى ولي الدم على الجاني فور الحادث أو قتل الزوج زوجته هي ومن يزني بها حال تلبسهما بالزنا، أو اعتدى عليهما اعتداءً أفضى إلى موت أو عاهة فلا قصاص في ذلك مع البينة) ويعزر ولي الدم أو الزوج بالحبس مدة لا تزيد على سنة (ستة أشهر) أو بغرامة لا تتجاوز ألفي ريال (ستة ألف ريال)».

ويسري ذات الحكم على من فاجأ أحد أصوله أو فروعته أو أخواته متلبسة بجريمة الزنا.

وهذه المادة توضح الإثارة وحكمها لكن الاختلاف هو في تعزيز المدافع رغم أنه يمارس فعلاً من أفعال الإباحة- وبالتالي لا مسؤولية عليه إطلاقاً.

أنه ساوى في الحكم بالتعزيز للفاعل بين ولي الدم الذي يقتص للمجني عليه وقد انتهى الأمر- وفقاً لشروط الدفاع الشرعي وبين الزوج الذي يكون تحت الإثارة ويقوم بالفعل بناءً على حالة التلبس.

أن الخلاف بين القانونين في المدة ومبلغ الغرامة فالتعديل كما هو مبين بين الأقواس (لا تزيد على سنة أو بغرامة لا تتجاوز ألفي ريال) فيما سبق والمشروع كما هو مكتوب بغير أقواس (ستة أشهر أو بغرامة ستة آلاف ريال).

حكم قتل ولي الدم للقاتل:

١- استثناء من الأصل العام أن السلطة هي المخولة بالمساس بالمهدر فقد أعطى ولي الدم عقوبات مخففة إذا اقتص لوليه وذلك هو حكم المواد (٢١٤، ٢١٥) من القانونين.

٣- إذا قتله بعد الحادث وقبل الحكم بالقصاص يعزر بالحبس مدة لا تزيد على سنتين (أربعة أشهر).

٤- إذا قتله بعد الحكم بالقصاص وقبل صيرورته نهائياً الحبس مدة لا تزيد على سنة أو بغرامة لا تتجاوز ألفي ريال (مدة لا تزيد على شهرين) أو بغرامة لا تتجاوز ثلاثة آلاف ريال.

٥- إذا كان القتل وقد أصبح الحكم نهائياً بالقصاص الحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر أو الغرامة التي لا تتجاوز ألف ريال (مدة لا تزيد على شهر أو الغرامة التي لا تتجاوز ألفي ريال).

رابعاً: قانون رقم (١٢) لعام ١٩٩٤م

اعتمد في تحديد الإثارة على حالة التلبس بالزنا واعتبره سبباً من أسباب الإباحة ومع ذلك فقد أوجب تعزير الزوج أو الفاعل مع أنه يمارس سبباً من أسباب الإباحة وهي الدفاع عن النفس أو العرض أو المال.

قتل الزوج زوجته ومن يزني بها حال التلبس:

نصت المادة رقم (٢٣٢) على أنه: (إذا قتل الزوج زوجته ومن يزني بها حال تلبسهما بالزنا أو اعتدى عليهما اعتداء أفضى إلى موت أو عاهة فلا قصاص في ذلك وإنما يعزر الزوج بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة، ويسرى ذات الحكم على من فاجأ إحدى أصوله أو فروعه أو أخواته متلبسة بجريمة الزنا).

١- ويلاحظ أن النص حدد العقوبة التعزيرية في الحبس (مدة لا تزيد على سنة) وأهمل تحديد الغرامة وجعلها تقديرية للقاضي.

٢- أنه أدخل في النص ما لا يصح بقوله (فلا قصاص) - وكان المفروض حذف العبارة والاكتفاء (يعزر الجاني أو الفاعل) بدلاً من ذكر الزوج - حتى يكون النص عاماً في الزوج وغيره وأن التأكيد على أنه لا قصاص يوهم القارئ أن الفعل ليس من أسباب الإباحة وإنما يجب فيه القصاص واستثناء في الدفاع عن العرض كان التعزير.

شروط فعل الدفاع:

وضع المشرع اليمني كغيره من التشريعات قواعد الدفاع الشرعي ويمكن استعراضها من خلال النصوص القانونية على النحو الآتي:

- ١- تعذر اللجوء إلى السلطات العامة لاتقاء الخطر في الوقت المناسب.
- ٢- أن يدفع الخطر بما يلزم لرده.
- ٣- استخدام الوسيلة المناسبة. مادة (٣٣) من التعديل و(٢٧) من المشروع وقانون (١٢) لعام ١٩٩٤م.

فقد حدد القانون شروط اللجوء إلى فعل الدفاع الشرعي وترك حرية تقدير الوسيلة والقوة المناسبة لرد العدوان بناءً على ما تعرض له ووضع حكم التجاوز في استعمال الدفاع فمن ناحية الجرائم التي يباح القتل فيها دفاعاً فهي على سبيل الحصر استثناء من الأصل العام وهو عدم جواز أن يصل الدفاع إلى القتل إلا على سبيل الاستثناء. نتعرف على شروط فعل الدفاع الشرعي - وذلك بناءً على الترتيب السابق.

الفرع الأول

تعذر اللجوء إلى السلطات العامة لاتقاء الخطر

السلطات العامة هي القائم على حفظ الأمن ومنع الإعتداء على الآخرين ويناظر بها أيضاً معاقبة المعتدين ومن واجبها منع الجريمة قبل حدوثها واستثناء من ذلك أعطى الشرع الإسلامي والقوانين الإنسان المعتدى عليه واجب وحق حماية نفسه وماله وعرضه ونفس غيره وماله وعرضه في حال أن يكون الاعتداء قائماً والوقت لا يسمح باتخاذ إجراءات الوقاية والحماية ويضع الفقه القانوني تحديد ذلك بناءً على أمرين:

الأول: أن اعتداء وشيكاً وفق المجرى العادي للأمر قادم لا محالة، ويمكن أن يؤدي إلى موت المعتدى عليه أو إصابته بجراح بليغة، على نفسه أو ماله أو عرضه أو نفس غيره أو ماله أو عرضه.

الثاني: أن يبدأ الاعتداء ويستمر وتتوالى أفعال الجريمة على المجني عليه وليس هناك إمكانية لتدخل أو إبلاغ الجهات المسؤولة لمنع حدوثها.

هنا أتاح القانون أن يقوم المجني عليه بصد الاعتداء ولو أدى ذلك إلى قتل المعتدي أو إصابته أو تعطيل نشاطه بأي وسيلة وحدد القانون الأفعال التي يمكن للمدافع أن

يستخدمها لمنع الاعتداء وذلك كالآتي:

مادة (٣٣٧): تعد الأفعال الآتية دفاعاً مشروعاً:

فعل من يقتل غيره أو يصيبه بجراح أو بأي فعل مؤثر دفاعاً عن نفسه أو عرضه أو نفس غيره أو عرضه بشرط أن:

١. يقع الدفاع حال وقوع الاعتداء.
٢. يكون الاعتداء غير محقق.
٣. لا يكون في استطاعة المعتدى عليه التخلص من هذا الاعتداء إلا بالقتل أو الجراح أو الفعل المؤثر.

لكن إن كان في استطاعة المعتدى عليه اللجوء إلى السلطات العامة لاتقاء الخطر فإن الدفاع الشرعي لا يمكن الاحتجاج به طالما كان باستطاعته الالتجاء إلى السلطات العامة لاتقاء هذا الخطر في الوقت المناسب) مادة (٣٣) من التعديل و(٢٧) من المشروع.

وتنص المادة (١٠) من القانون رقم (١٢) لعام ١٩٧٠م على (أن حق الدفاع يندم إذا أمكن الالتجاء في الوقت المناسب للاحتماء برجال الأمن وليس لهذا الحق وجود متى كان من الممكن الركون في الوقت المناسب إلى الاحتماء برجال الأمن).

أ- الدفاع الشرعي بالامتناع

أباح القانون للمدافع أن يدفع الاعتداء والخطر الحال بفعل إيجابي حتى ولو كان مؤدياً إلى القتل طالما أنه الحل الوحيد والمناسب لمواجهة الاعتداء فهل على المدافع اللجوء إلى وسيلة الامتناع عن مواجهة الاعتداء بدلاً عن الاحتماء بالسلطات العامة أو دفعه بالقوة والوسيلة المناسبة.

وقد استقر المعيار القضائي في التمييز في فعل الدفاع الشرعي بين حالين أن يكون ممارسة الفعل السلبي فيه ضرر على المدافع مادي أو معنوي كأن يحط من سمعته وكرامته ومكانته الاجتماعية كمن يفر من مواجهة الخطر فإن عليه أن يواجه ذلك لأنه ليس ملزماً بالفرار عن مواجهة الخطر ولأن مصلحته أولى بالحماية من مصلحة المعتدي الذي يجب عليه أن يفر لا المعتدى عليه (٣٦).

ب- استخدام الوسائل الآلية للحماية:

أما عن مواجهة الأخطار بواسطة وسائل الحماية الآلية التي تنصب لمواجهة أخطار

الاعتداء أو السرقة ومثل ذلك استخدام الكلاب المدربة (يضع معياراً يعتمد على أن عمل هذه الوسائل مرهون بحلول الخطر على الحق وأن يكون الأذى الذي تحدثه داخلًا في حدود الدفاع الشرعي أي متناسباً مع الخطر فإذا انتفت هذه الشروط قامت المسؤولية الجزائية طبقاً للقواعد العامة كأن تعمل بدون خطر أو تحدث أذى لا يتناسب مع الخطر(٣٧).

وأيضاً يجب أن يتم وضع لوائح إرشادية إلى وجود هذه الوسائل وحتى لا يقع فيها من يكون جاهلاً أو وقع في غلط بشأنها.

ج- نية الدفاع

أن حقيقة الدفاع الشرعي تعتمد على معيار موضوعي قائم على أن أثرها يسري على من توفرت لديه ولو كان جاهلاً بها - مثال ذلك من يرى عدواً له متجهاً إليه على غير عادة منه وفي غير المكان المعتاد المرور فيه فيطلق عليه عياراً نارياً فيقتله أو يصيبه، دون أن يعلم أنه كان سيهاجمه وأن سلاحه كان معداً لذلك ومترصاً له ويريد قتله ونجد أن القانون في الدفاع العام لم يشترط النية في فعل الدفاع الشرعي لكن في الدفاع المجيز للقتل - وضع القصد كأساس للفعل وهذا نص المادة (٢٨) من المشروع لا يبيح الدفاع القتل العمد إلا إذا قصد به دفع فعل يتخوف منه وقوع جريمة، وهي المادة (٣٤) في التعديل وفي جرائم الاعتداء على الأموال. المادة (٢٩): لا يجوز أن يبيح حق الدفاع الشرعي عن المال القتل العمد إلا إذا كان مقصوداً به دفع أحد الأمور... وهذا القصد استثناء من الأصل العام - الذي لا يشترط النية أو القصد في الفعل لأنه مشروط بدفع الخطر بما يلزم لردده وبالوسيلة المناسبة.

الفرع الثاني

أن يكون فعل الدفاع لازماً

تعريف اللزوم: ألزم الشيء لزوماً ثبت ودام وألزم الشيء أثبته وأدامه واللزومة من يلزم الشيء فلا يفارقه (٣٨)، فاللزوم يعني الثبات والديموم والاستمرار - ومعنى أن يكون فعل الدفاع لازماً: أن لا يكون هناك وسيلة أخرى لمواجهة الاعتداء أو الخطر سوى الفعل الذي يواجه به المعتدي غيره لأنه لو أمكنه التخلص من الاعتداء أو الخطر عن طريق فعل لا يعد جريمة فلا يعتبر الدفاع لازماً.

وقد وضع المشرع هذا الشرط كمعيار لوجود حالة الدفاع الشرعي وغيرها من

الحالات التي تثار في كل الوقائع الجنائية فالمشروع والتعديل أشار إليه (٢٧ / ٣٣) (أن) يدفع الخطر بما يلزم لردده واختار قانون العقوبات العسكري رقم (١٥) لعام ١٩٧٥م (كل فعل قضت به ضرورة حالية لدفع تعرض غير محق...) المادة (٦٠) ونص القانون رقم (١٢) لعام ١٩٧٠م أن حق الدفاع يباح بصورة استثنائية (استعمال القوة اللازمة لدفع كل فعل يعتبر جريمة) المادة (٩) وأكدت الفقرة الأخيرة من القانون العسكري معنى اللزوم: (أن لا يكون في استطاعة المعتدى عليه التخلص من هذا الاعتداء إلا بالقتل أو الجرح أو الفعل المؤثر) المادة (٣٣٧) الفقرة (ج).

ومقتضى شرط اللزوم يتجه إلى أمرين:

الأول: أن يثبت أن المدافع لم يكن يستطيع التخلص من الاعتداء أو الخطر بغير الفعل الذي ارتكبه.

الثاني: أن عليه أن يوجه فعل الدفاع إلى مصدر الخطر المراد الاتقاء منه.

لا يستطيع التخلص من الاعتداء بغير الفعل:

أ- عندما يواجه الإنسان المعتدى عليه خطراً حالاً أو يواجه عدواناً مستمراً فإن هناك جملة من الوسائل تتاح أمامه لمواجهة ذلك لكن لزوم الخطر والضرورة التي يقع فيها لا تسمح باستعمال كل تلك الوسائل وهنا يأتي شرط اللزوم.

١- الاحتماء بالسلطات العامة لاتقاء الخطر لأن فعل الدفاع الشرعي لا يصار إليه إلا عند تعذر الالتجاء إلى السلطات العامة وفي الوقت المناسب فإذا كان الوقت لا يسمح أو أن الاستجابة غير محققة فلا يمنع من استعمال حق الدفاع الشرعي (أو أن يكون متعذراً على السلطة العامة القيام بتوفير الحماية اللازمة في الوقت المناسب) (٣٩).

٢- الاتقاء بالهرب من الاعتداء- فهل عليه الصمود ومواجهة الاعتداء أو الهرب: يفرق بين أمرين (٤٠).

الأول: أن له حق الدفاع ومواجهة الاعتداء- إذا كان الهرب مشيناً ولا يجبر صاحب حق على النزول عنه والالتجاء إلى مسلك يشينه ويأخذ ذات الحكم عندما يتم إيقاف مصدر الخطر كقيام أحد الأشخاص بإمساك الجاني لكن المجني عليه المميز قام بطعنه وكان بإمكانه ترك محل الاعتداء.

الثاني: أن يكون الفرار غير مشين ولا يخل باعتبار المجني عليه كمن يفر من طفل

أو مجنون أو من الأب أو الأم فإن على المعتدى عليه الابتعاد عن المعتدي ويحظر عليه استعمال القوة، أو فعل الدفاع الشرعي لأنه لا مجال للقول بلزومه ويؤكد ذلك نص المادة (٣٦) من القانون رقم (١): (لا عقاب على من ارتكب جريمة الجأته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم).

أن يواجه مصدر الخطر والاعتداء بدفاعه:

وهذا هو الشرط الثاني: هو أن يوجه دفاعه إلى مصدر الخطر لا إلى شيء آخر لا يمت إلى الاعتداء أو الخطر بصلة لأن المقصود من إباحة الدفاع هو اتقاء الخطر أو منع استمراره فإذا وجه الدفاع إلى غير مصدر الخطر فإنه لا يحول دون وقوعه.

١- فمن «يتخذ طفلاً للاحتماء به ممن يهددونه بالقتل أو يقتل زوجة من يهدده أو يقتل ابن من يهاجمه لرد اعتدائه فليس من شأن هذه الأفعال أن ترد الاعتداء وليس لها مبرر في القانون» (٤١).

٢- ويأخذ ذات الحكم من (يدخل دوابه في أرض غيره الزراعية فإن على صاحب الأرض أن يسوق الدواب بعصاة حتى لا تأكل الزرع ولا يستعملها في الاعتداء على من أدخلها إلا إذا منعه بالقوة فله أن يدرأ بالعنف تصديه إذ يصبح هذا التصدي تهديداً بضرر غير مشروع يصدق عليه إذا وقع وصف الجريمة) (٤٢).

٣- والقانون اليمني فرق بين أن يكون الفعل لدفع ضرر منها أو بغير ضرر فأوجب العقوبة على من تعمد قتلها أو أضر بها ضرراً جسيماً بخلاف إن كان ذلك لدفع ضرر فإنه يعد من أسباب الإباحة وهو نص المادة (٣٢٠) من قانون العقوبات لعام ١٩٩٤م الذي ينص على أن: (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة كل من قتل عمداً وبدون مقتضى دابة من الدواب أو حيواناً) فإن كان الفعل لدفع خطر أذاها كالكلب العقور الذي يحرضه صاحبه فلا مسؤولية عليه.

التفريق هنا بين الخطر المباشر وغير المباشر

فالخطر المباشر والذي يحصل منه الضرر ويجب أن يتجه فعل الدفاع إليه (٤٣) فمن يطلق كلباً على آخر فعليه مواجهة الكلب لأنه أساس الخطر لكن يفرق البعض في حال كان ذلك بتحريض من إنسان أو كان من الكلب ذاته فأباح مواجهة الخطر ولو بالاعتداء على الإنسان كونه المحرض للحيوان أما إن كان بغير تحريض فعليه مواجهة عدوان الكلب لا من حررضه أو حرشه.

الفرع الثالث: تناسب فعل الدفاع مع جسامة الخطر

معنى التناسب: التناسب: يأتي بمعنى الملاءمة والموافقة، وتناسب الشئان تشاكلا والتناسب التشابه والمناسبة (٤٣).

المقصود من إباحة فعل الدفاع الشرعي - هو إيقاف العدوان ومواجهة الخطر فإذا أمكن ذلك بوسيلة معينة فلا يصار إلى غيرها، وهنا يمكن القول أنه يجب أن تتناسب الوسيلة المستخدمة مع الهدف من الإباحة وهو وقف العدوان ومواجهة الخطر، لأن المعتدى عليه قد لا يملك الوسيلة التي يملكها المعتدي والتناسب لا يعني التساوي بين فعل الاعتداء والدفاع الشرعي.

معيار التناسب:

١- يستند إلى الملاءمة بين العدوان ووسيلة إيقافه واتقائه فالتناسب لا يعني التساوي من حيث الفعل ولا الأداة المستخدمة ولا حتى القدر اللازم من القوة ويضع بعض الفقهاء معيار التناسب: (أن ينطوي على استخدام قدر من العنف لا يجاوز القدر الذي كان يستخدمه شخص معتاد أحاطت به ذات الظروف التي أحاطت بالمدافع) (٤٤).

٢- فالأدوات المستعملة المتوفرة لدى المعتدي والمدافع تختلف وتختلف القوة الجسمانية والعقلانية وتختلف الظروف لكن المعول عليه أن لا يكون هناك عدم تناسب ظاهر بين فعل الدفاع والعدوان وهذا ما أشار إليه القانون رقم (٣) لعام ١٩٧٦م المادة (٢٧) الفقرة (٢): (يعتبر تعدياً لحدود الدفاع الشرعي عدم مطابقة الدفاع بوضوح لطبيعة الاعتداء وخطورته).

وهنا يمكن القول أنه إذا كان بإمكان المدافع دفع الاعتداء ومواجهة الخطر بفعل غير جسيم لكنه اختار الأشد ضرراً والأكثر جسامة فإن التناسب يعد منتفياً.

٣- فإذا كان بإمكانه منع الاعتداء بالصياح والاستغاثة لكنه فضل قتل المعتدي فإن التناسب غير موجود ومن تطبيقات عدم التناسب حكم محكمة النقض المصرية: (لا يمكن اعتبار شخص يحمل بندقية معدة لإطلاق النار أنه في خطر داهم إذا ما أبدى آخري حمل مجرد عصي الرغبة في تعقبه، كما لا يمكن اعتبار هذا الخطر ليس في الاستطاعة أن يدفع بشيء سوى القتل بالنار لا سيما إذا كان حامل البندقية بين قومه وذويه) (٤٥).

٤- والاعتماد في تحديد التناسب بين فعل الدفاع والاعتداء يعود للقاضي وفق سلطة تقديرية يميز فيها بين كل حالة على حدة وفقاً للظروف والملابسات والأفعال التي تمت بها الجريمة وأفعال الدفاع ولا يؤثر على رأيه إلا أن يكون التناسب غير متوفر وظاهر بين الأفعال التي تمت والدفاع الذي كان.

المطلب الخامس آثار الدفاع الشرعي، وتجاوز حدوده

الفرع الأول آثار الدفاع الشرعي

الدفاع الشرعي سبب من أسباب الإباحة وإذا ثبت أن الفعل كان دفاعاً شرعياً فإن الركن الشرعي ينتفي وبالتالي لا تقوم أي جريمة في مواجهة المدافع ومعلوم أن الدفاع الشرعي من أسباب الإباحة الموضوعية وبالتالي فإن أثرها يسري على كل من ساهم في الفعل سواء كانت مساهمته أصلية أو تبعية وسواء كان فعل الدفاع عن نفسه أو عرضه أو ماله أو عن نفس الغير أو عرضه أو ماله نتعرف على أثر الدفاع الشرعي في التشريع اليمني قبل الوحدة وبعدها ونتعرف على المسؤولية في حال تجاوز حدود الدفاع الشرعي وعلى النحو الآتي:

أولاً: آثار الدفاع الشرعي في التشريع قبل الوحدة

أ- تناول القانون رقم (٢١) لعام ١٩٦٢م الدفاع الشرعي بشكل غير مباشر فنصت المادة (٣٥): لا تسرى أحكام القوانين الجزائية على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملاً بحق مقرر بمقتضى الشريعة الغراء.

فقد أحال على الشريعة الإسلامية في تحديد قواعد الدفاع الشرعي بالإضافة إلى القيام بالواجب وبالتالي فإن قواعد الشريعة تجعل الدفاع الشرعي واجباً لاحقاً.

وأن من يدافع عن نفسه أو عرضه أو ماله ولو كان الدفع بقتل المعتدي ليس عليه قود ولا دية ولا كفارة وإن قتل فهو شهيد وقاتله في النار.

أن القانون اشترط أن يكون ارتكاب الفعل بنية سليمة ممارسة لحق مقرر.

ب- القانون رقم (١٢) لعام ١٩٧٠م.

جعل ممارسة الدفاع الشرعي ولو أدى ذلك إلى قتل المعتدي فلا عقوبة عليه إن دفع عن نفسه أو ماله أو نفس غيره أو ماله بمعنى أن الدفاع الشرعي مانع من موانع العقاب فأركان الجريمة قائمة في مواجهته من ركن مادي- (فعل ونتيجة) ورابطة سببيه وركن معنوي (قصد وإرادة) وركن شرعي (نص يجرم الفعل) وعدم وجود سبب إباحة لكن وجد مانع من موانع العقاب وهو نص المادة (٨) (لا عقوبة مطلقاً على من قتل غيره أثناء استعمال حق الدفاع الشرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس غيره أو ماله...)

ج- قانون العقوبات العسكري لعام ١٩٧٥م

اعتبر الدفاع الشرعي سبباً من أسباب الإباحة وبالتالي لا مسؤولية عن فعل الدفاع الشرعي حيث جاء نص المادة (٦٠) يُعد ممارسة للحق كل فعل قضت به ضرورة حالية لدفع تعرض غير محق عن النفس أو المال أو نفس الغير أو ماله ونصت المادة (٥٩): الفعل المرتكب في ممارسة حق دون إساءة استعماله لا يعد جريمة.

د- ولم يخرج القانون رقم (٣) لعام ١٩٧٦م.

عما أخذ به قانون العقوبات العسكري فقد اعتبر الدفاع الشرعي سبباً من أسباب الإباحة وهو نص المادة (٢٧) (١): (لا يعتبر جريمة الفعل الذي وإن كان يحتوي على سمات فعل يجرمه القانون إلا أنه ارتكب في حالة الدفاع الشرعي...) بمعنى أن الدفاع الشرعي لا يعد جريمة ولا مسؤولية على من قام به وإن كان لم يجعل ذلك في الجرائم الخاصة- فقد جعله في الجرائم العامة (الدفاع عن مصالح الدولة أو المصالح الاجتماعية أو الشخصية أو حقوق المنافع أو شخص آخر ضد اعتداء خطر اجتماعياً).

ه- وجاء المشروع وتعديله المقدم من لجنة تقنين أحكام الشريعة الإسلامية- بذات القواعد فالدفاع الشرعي من أسباب الإباحة المواد (٢٧، ٣٣) وبالتالي فلا مسؤولية على المدافع إذا واجه خطراً حالاً من جريمة على نفسه أو عرضه أو ماله أو نفس الغير أو عرضه أو ماله مع خلاف بسيط أن المشروع لم يثبت (العرض) ضمن الدفاع الشرعي (تقوم حالة الدفاع الشرعي إذا واجه المدافع خطراً حالاً من جريمة...).

و- قانون الوحدة رقم (١٢) لعام ١٩٩٤م

اعتبر أن الدفاع الشرعي من أسباب الإباحة ونص على ذلك في مادة (٢٧) منه (تقوم حالة الدفاع الشرعي....) وبالتالي فلا مسؤولية على المدافع- (إن دافع عن نفسه أو

عرضه أو ماله أو نفس غير أو عرضه أو ماله خطراً حالاً من جريمة..).

الفرع الثاني تجاوز الدفاع الشرعي

في تحديد المسؤولية عن التجاوز تعددت الاتجاهات التي أخذ بها المشرع - فالأول ذكر الدفاع إجمالاً ولم يحدد المسؤولية عن التجاوز والآخر حدد المسؤولية في حال التجاوز وكيفية تحديد حصوله تناول أولاً: الاتجاه الذي لم يحدد المسؤولية، وثانياً: الاتجاه الذي حدد المسؤولية.

أولاً: التشريع الذي حدد المسؤولية إجمالاً:

وهو الذي اعتمده المشرع في القانون رقم (٢١) وقانون العقوبات العسكري وليس معنى ذلك عدم تحديدها إطلاقاً بل أنه أحال على الشريعة الإسلامية من خلال أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية فالأول: أحال على الشريعة الإسلامية في تحديد قواعد الدفاع والمسؤولية عن التجاوز والثاني: نظمها على النحو التالي:

١- لا عذر على جريمة إلا في الحالات التي عينتها أحكام الشريعة الإسلامية والقانون. المادة (٩٥).

٢- أن العذر المحل يعفي المجرم من كل عقاب على أنه يجوز أن تنزل به عند الاقتضاء تدابير الاحتراز كالكفالة الاحتياطية. المادة (٩٦).

فقد أعفاه من المسؤولية عن أي جريمة وأعفاه من العقوبة لكنه أجاز عند الاقتضاء إنزال تدابير الاحتراز كالكفالة الاحتياطية.

وأيضاً: إذا وقع تجاوز في الدفاع أمكن إعفاء فاعل الجريمة من العقوبة في الشروط المذكورة في المادة (٨٩) الفقرة (٣) من مادة (٦٠) وتنص المادة (٨٩) على الآتي:

لا يعاقب الفاعل على فعل ألجأته الضرورة إلى أن يدفع به في الحال عن نفسه أو غيره أو ملكه أو ملك غيره خطراً جسيماً محققاً لم يتسبب هو فيه قصداً شرط أن يكون الفعل مناسباً والخطر (بمعنى أن تجاوز حدود الدفاع الشرعي يخضع لشروط حالة الضرورة وهي إن أعفت الفاعل من العقاب فلا تعفيه من المسؤولية المدنية في التعويض عن الأضرار التي أحدثها، سواء كانت مادية أو معنوية).

وبخلاف الاتجاه الأول الذي لم يحدد المسؤولية لكنه أحال على المرجعية التي يستمد منها- نجد الاتجاه الآخر الذي لم يحدد المسؤولية عن التجاوز ولم يشر إلى المرجعية التي تحدد قواعد التجاوز ما ورد في القانون رقم (١٢) لعام ١٩٧٠م.

التشريع الذي حدد المسؤولية تفصيلاً:

حدد هذا التشريع قواعد المسؤولية عن التجاوز في الدفاع الشرعي، مع خلاف في الجرائم التي يرد عليها، ولم يكن الاختلاف كبيراً في تلك القواعد، نتعرف على تحديد المسؤولية في حال التجاوز:

الاختلاف في تحديد الجرائم:

اختلف القانون رقم (٣) لعام ١٩٧٦م والتعديل في تحديد الجرائم التي يجب الدفاع الشرعي عنها عن بقية القوانين، أما المشروع والقانون رقم (١٢) لعام ١٩٩٤م فالاتفاق على قواعد تحديد المسؤولية كان هو الأساس، وعلى النحو الآتي:

أ. إن التجاوز يعاقب عليه بناءً على الآتي:-

- ١- أن يكون القانون يجرمه.
- ٢- يعتبر جريمة غير عمدية.
- ٣- أن يكون التجاوز بإهمال.

وتلك القواعد اتفق عليها المشروع والتعديل والقانون رقم (٣) لعام ١٩٧٦م والقانون رقم (١٢) لعام ١٩٩٤م وانفرد القانون رقم (٣) بوضع قاعدة بيان متى يكون فعل الدفاع تعدياً بناءً على عدم المطابقة الفقرة (٢) من المادة (٢٧): (يعتبر تعدياً لحدود الدفاع الشرعي عدم مطابقة الدفاع بوضوح لطبيعة الاعتداء وخطورته).

ب. المسؤولية عن التجاوز:

المادة (٣٥) من التعديل والمادة (٢٧) من القانون رقم (٣) والمادة (٣٠) من المشروع والقانون رقم (١٢) لعام ١٩٩٤م.

(إذا تجاوز الشخص بإهماله حدود الإباحة، عوقب على هذا التجاوز، إذا كان القانون يجرمه بوصفه جريمة غير عمدية) وأضاف المشرع في بعض (حدود الإباحة أو الضرورة أو الدفاع الشرعي).

ويمكن استخلاص أحكام التجاوز التي اعتمدها المشرع كآتي:

١- أن التجاوز في الدفاع الشرعي يعتبر جريمة، وخاضعاً للمسئولية والعقاب وليس مسموحاً به، لأنه يخالف حدود الدفاع المفترضة وهي (دفع الخطر بما يلزم لردّه وبالوسيلة المناسبة) وهي ذات القاعدة (عدم مطابقة الدفاع بوضوح لطبيعة الاعتداء وخطورته) ..

وقد حكم على شخص بالتجاوز بالإعدام قصاصاً لكونه قتل عمداً عدواناً شخصاً كان يسبه، بأن طعنه في فمه طعنة أودت بحياته ليسكته عن متابعة أقوال السب ضده (٤٧) فلا تناسب بين الفعل والدفاع ضده وبالتالي فالتجاوز ظاهر وعدوان يعاقب عليه.

٢- أن التجاوز الذي يحدث بإهمال يكون جريمة غير عمدية، ومعنى ذلك أنه إذا كان بغير إهمال فإن المسئولية عنه وفقاً لما يجب - وهنا نجد أن المشرع ضمن حالة الإهمال دون إبراز بقية صور الفعل، وهي - العمد والخطأ وليس معنى ذلك أنه لا يعاقب عليها، وقد أثبت المشروع والقانون رقم (٣)، (١٢) - كلمة الإهمال، وفعلاً حالهما التوفيق - وحذفت كلمة الإهمال في التعديل مما يعني أن التجاوز يخضع للمسئولية عنه وفقاً لما يكون - عمداً أو إهمالاً أو خطأ، لكن الإبقاء على آخر المادة مع تعديل أولها يثبت خطأ الصياغة - فكيف يتم اعتبار المسئولية وفقاً لدرجات القصد ومع ذلك في العقاب بناءً على أنه جريمة غير عمدية.

٣- أن التجاوز قد يكون عمداً - إذا كان المدافع يدرك جسامة الخطر الموجه إليه ويقدر على رده بما يناسبه لكنه تعمد المبالغة في رده مستغلاً حالة الدفاع، فهنا يعتبر متجاوزاً عمداً وليس خطأ، كأن يرميه بحجر صغير أو يضربه بسوط خفيف أو باليد، لكنه يتعمد طعنه بالسلاح الأبيض فلا تقف المسئولية عند الخطأ (٤٨).

أما إن كان المدافع قد تحرى الاعتداء وحاول أن يرده بما يستطيع وبالوسيلة المناسبة لكنه أخطأ التقدير كأى شخص كان في مكانه وفي نفس الظروف التي تعرض لها فإن المسئولية هنا يحكمها الخطأ - وكل ذلك متروك لقاضي الموضوع في تقدير الظروف - والوسيلة، وتناسب الفعل مع الخطر الذي تعرض له.

٤- أن النص لم يكن سليماً من حيث الصياغة فبالإضافة إلى الملاحظات السابقة - فالنص الذي أورده القانون رقم (٣) كان أفضل من الصياغة التي جاء بها المشروع والتعديل، والقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م: (إذا تجاوز الشخص بإهماله حدود الإباحة) وهذا شيء معقول لكن الإضافة: (حدود الإباحة أو الضرورة أو الدفاع

الشرعي) فمعلوم أن الدفاع الشرعي هو أحد صور الإباحة فلم عاد لتكرار ذكره دون مبرر أو مقتضى لذلك.

الهوامش:

١. المعجم الوجيز- منشورات مجمع اللغة العربية- مصرط (١٤٢٠هـ- ١٩٩٩م)- مادة (دفع) ص ٢٣٠.
٢. المعجم الوجيز- منشورات مجمع اللغة العربية- مرجع سابق- ومادة (شرع) ص ٣٤٠.
٣. المعجم الوجيز منشورات- مجمع اللغة العربية- مرجع سابق مادة (شرع) ص ٣٤٠، ٢٣٠.
٤. د. محمود نجيب حسني- شرح قانون العقوبات- القسم العام- منشورات دار النهضة. ط (١٤٠٤هـ- ١٩٨٤م) ص ٢٠٩.
٥. د. حسني الجندي- شرح قانون العقوبات اليمني- منشورات جامعة صنعاء ص ٢٦٢.
٦. سورة البقرة: الآية (١٩٤).
٧. سورة النحل الآية (١٢٦).
٨. سبل السلام- ابن الأمير الصنعاني- دار المعرفة- بيروت- ط الخامسة (١٤١٩هـ ١٩٩٩م)- المجلد (٣) ص ٤٠٥.
٩. سبل السلام- ابن الأمير الصنعاني- مرجع سابق ج (٤) ص ١٥٩.
١٠. سبل السلام- ابن الأمير الصنعاني- مرجع سابق ج (٤) ص ٦١.
١١. الجريدة الرسمية- السنة الأولى- العدد (١٣)- ١٣٨٣هـ الموافق (١٩٦٣م).
١٢. تشريعات الجمهورية العربية اليمنية- قانون العقوبات العسكرية رقم (١٥) لعام ١٩٧٥م.
١٣. مشروع قانون الجرائم والعقوبات الشرعي المقدم إلى لجنة تقنين أحكام الشريعة الإسلامية.
١٤. تعديل مشروع قانون الجرائم والعقوبات الشرعي المقدم من لجنة تقنين أحكام الشريعة الإسلامية.

١٥. الحديث سبق تخريجه - صحيح الترغيب والترهيب - حديث رقم (١٤١٢)، بتخريج الشيخ محمد ناصر الدين الألباني.
١٦. الجريدة الرسمية - جمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية - ١٣٩٠هـ - ١٩٧٠م - رقم (٢١) جرائم القتل في الريف.
١٧. الجريدة الرسمية لجمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية ١٣٩٦هـ - ١٩٧٦م القانون رقم (١٤).
١٨. منشورات مكتبة خالد بن الوليد - القانون رقم (١٢) لعام ١٩٩٤م
١٩. المعجم الوجيز - منشورات مجمع اللغة العربية - مرجع سابق - مادة (ركن) ص ٢٧٦، ومادة شرط: ص ٣٤٠.
٢٠. اختار شروط الدفاع كل من د. محمود نجيب حسني، ود. حسني الجندي، ود. علي حسن الشرفي، ود. مصطفى العوجي، واختار د. عبدالفتاح الصيفي - تعبير أركان الدفاع الشرعي.
٢١. د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات - مرجع سابق - ص ٢١٣.
٢٢. د. عبدالفتاح الصيفي - قانون العقوبات - النظرية العامة - دار الهدى - مصر - ص ٤٨٠.
٢٣. د. عبدالفتاح الصيفي - قانون العقوبات - مرجع سابق - ص ٤٨٢.
٢٤. الإمام محمد بن ادريس الشافعي - كتاب الأم - ج ٦ ص ٢٧.
٢٥. د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات - مرجع سابق صفحة ١٨٧.
٢٦. الشهيد د. عبدالقادر عون - التشريع الجنائي الإسلامي، منشورات دار القدس صفحة ٤٧٩.
٢٧. د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات - مرجع سابق - صفحة ٢٢٣.
٢٨. د. حسني الجندي - شرح قانون العقوبات اليمني - مرجع سابق - صفحة ٢٧٨ والشهيد عبدالقادر عودة - التشريع الجنائي الإسلامي ص ٤٨٠.
٢٩. د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات - مرجع سابق - صفحة ٢٣٠
٣٠. د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات - مرجع سابق - صفحة ٢٣٠
٣١. د. عبدالفتاح الصيفي - قانون العقوبات - مرجع سابق - صفحة ٤٨٥
٣٢. محمود نجيب حسني شرح قانون العقوبات - مرجع سابق - صفحة ٢١٦، ٢٢٧
٣٣. محمود نجيب حسني شرح قانون العقوبات - مرجع سابق - صفحة ٢٢٧، ٢١٦

٣٤. د. كامل السعيد- الأحكام العامة في قانون العقوبات ط (١ / ٢٠٠٢) الدار العلمية الدولية- عمان- الأردن صفحة ١٦٨.
٣٥. د. حسني الجندي- شرح قانون العقوبات- مرجع سابق صفحة ٢٧١.
٣٦. المعجم الوجيز- مجمع اللغة العربية- مصر- مرجع سابق- مادة لزم صفحة ٥٥٦.
٣٧. د. كامل السعيد- الأحكام العامة في قانون العقوبات- مرجع سابق صفحة ١٦٨.
٣٨. د. محمد نجيب حسني- شرح قانون العقوبات مرجع سابق صفحة ٢٣٤.
٣٩. المعجم الوجيز- منشورات مجمع اللغة العربية- مرجع سابق- مادة لزم صفحة ٥٥٦.
٤٠. د. كامل السعيد الأحكام العامة- مرجع سابق صفحة ١٦٨.
٤١. د. كامل السعيد الأحكام العامة- مرجع سابق صفحة ١٦٨، د. محمود نجيب حسني شرح قانون العقوبات صفحة ٢٣٦، د. عبدالفتاح الصيفي- قانون العقوبات- مرجع سابق صفحة ٤٩٦.
٤٢. د. مصطفى العوجي- المسؤولية الجنائية- مرجع سابق صفحة ٤٥٤.
٤٣. مجموعة القواعد القانونية الصادرة- عن محكمة النقض المصرية- ١٨ / مايو / ١٩٤٦م صفحة ٥٦٩ رقم (٦٠٩) / ١٦ / ديسمبر ١٩٥٨م صفحة ١٠٩٥ رقم (٢٦٥).
٤٤. د. حسني الجندي- شرح قانون العقوبات- مرجع سابق- صفحة ٢٧٨.
٤٥. د. المعجم الوجيز- منشورات مجمع اللغة العربية- مرجع سابق صفحة ٦١٢، مادة نسب.
٤٦. د. محمود نجيب حسني- شرح قانون العقوبات- مرجع سابق- صفحة ٢٣٩.
٤٧. مجموعة القواعد القانونية الصادرة- عن محكمة النقض المصرية- ٢٠ كانون الأول / ١٩٢٨م رقم (٧٠) صفحة ٨٩.
٤٨. د. علي حسن الشرفي- النظرية العامة للجريمة- منشورات مكتبة الصادق- صفحة ٢٣٥.

Contents

Speech of His Excellency the Minister of Justice and Human Rights	6
Editorial of the issue <div style="text-align: right;">Editor</div>	7
Declaration is indivisible from its owner <div style="text-align: right;">Judge .Dr. Abdul-momen Shuja AL- Deen</div>	9
The position of Yemeni Legislator related to the field of health <div style="text-align: right;">Prof Dr. Abdulrahman Abdullah Shamsan</div>	27
The tool used to commit the cybercrime <div style="text-align: right;">Prof Dr. Abdul-khaliq Saleh Moazeb</div>	69
Criminal liability of the insane and those in a similar position. 'An applied analysis study of Yemeni law and reality" <div style="text-align: right;">Judge .Dr. Saleh Abdullah AL-Marfadi</div>	85
The invalidity of the criminal procedure in Yemeni law “ A comparative study “ <div style="text-align: right;">Prof Dr. Mouneer Mohammed AL-Jawbi</div>	109
Ways to initiate criminal proceedings before the International Criminal Court. <div style="text-align: right;">Dr.Amr Yahya AL-Ahrami</div>	147
The bribery crime in Islamic law and positive laws “ A comparative study “ <div style="text-align: right;">Judge .Dr. Mohammed Sharaf AL-Wareeth</div>	185
Procedural nullity in Yemeni law <div style="text-align: right;">Lawyer.Dr. Hisham qaed AL-Shamiri</div>	239
Rules and provisions of legitimate defense In Yemeni legislation <div style="text-align: right;">Taher Mohammed AL-junaid</div>	257

Editorial Board

Editor - Head of technical office

Judge/ Khaled Abdulaziz Al-Baghdadi

Managing editor

Mr. Ebrahim Mohammed Ahmed Zayed

Editorial Secretary

Mutasim Abdul Rahman Sharaf Al-Deen

Artistic Director (Director)

Abed Abdullah Salem Azzan

advisory body

the professor. Dr. Abdul-Momen Shuja Al-Deen

the judge. Dr. Essam Abdel Wahab Al-Samawi

Judge/ Saad Ahmed Hadi

Judge/ Abdulaziz Dia Al-Deen Al-Baghdadi

the professor. Dr. Muhammad Hussain Al-Shami

Mr. Abdullah Mohammed Rajeh

the professor. Dr. Mohammed Saad Nejad

Dr. Mohammed Abdul-Malik Al-Mahbashi

الجمهورية اليمنية - صنعاء



jjlrs@moj.gov.ye



<https://www.facebook.com/almjalh.alqadaeh>



<https://twitter.com/almjalhalqadaeh>



t.me/almjalhalqadaeh



771791511





Journal of Judicial and Legal Studies and Research

***A quarterly journal for judicial and legal research and studies,
issued by the Technical Office of the Ministry of Justice and Human Rights***

Issue (11) 2024

General supervision

**Judge /Mujahid Ahmed Abdullah Ali
minister of Justice and Human Rights**

***The published research does not express the opinion of the Journal, but
rather the opinion of its writers***

Deposit NO: 460/ 1444 | 2022

Journal of Judicial and Legal Studies and Research



**A quarterly journal for judicial and legal research and studies,
issued by the Technical Office of the Ministry of Justice and Human Rights**

- **TDeclaration is indivisible from its owner**
Judge .Dr. Abdul-momen Shuja AL- Deen
- **The position of Yemeni Legislator related to the field of health**
Prof Dr. Abdulrahman Abdullah Shamsan
- **The tool used to commit the cybercrime**
Prof Dr. Abdul-khaliq Saleh Moazeb
- **Criminal liability of the insane and those in a similar position.
‘An applied analysis study of Yemeni law and reality’**
Judge .Dr. Saleh Abdullah AL-Marfadi
- **The invalidity of the criminal procedure in Yemeni law
“ A comparative study “**
Prof Dr. Mouneer Mohammed AL-Jawbi
- **Ways to initiate criminal proceedings before the International Criminal
Court**
Dr.Amr Yahya AL-Ahrami
- **The bribery crime in Islamic law and positive laws
“ A comparative study “**
Judge .Dr. Mohammed Sharaf AL-Wareeth
- **Procedural nullity in Yemeni law**
Lawyer.Dr. Hisham qaed AL-Shamiri
- **Rules and provisions of legitimate defense In Yemeni legislation .**
Taher Mohammed AL-junaid